Bjarne Melkevik

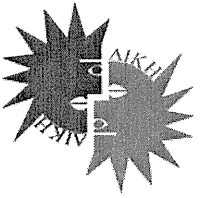
PHILOSOPHIE DU DROIT

VOLUME 1

PUL

DIKÈ

Collection dirigée par Josiane Boulad-Ayoub et Bjarne Melkevik



« Le soleil ne transgressera pas son orbe (*métra*).

Ou alors les Érinyes, aides de la justice, le découvriront. »

(Héraclite, *Aphorisme* 94)

Les Érinyes, déesses de la vengeance, dont Héraclite fait les auxiliaires de la justice, se métamorphosent à la fin de l'*Orestie* d'Eschyle en bienveillantes Euménides. Fille de Thémis dans la mythologie, DIKÈ, alliée cependant aux nouvelles divinités Athéna et Apollon, s'humanise dans la tragédie, se laïcise, se politise en s'associant aux progrès de la démocratie, du débat juridique et politique, du développement des lois.

DIKÈ n'était pas, à Athènes, la mimésis d'une essence de la justice, elle était à la fois l'idée abstraite du droit et, sous de multiples formes, l'action judiciaire.

La collection « DIKÈ », comme la Pnyx et l'Agora athéniennes, offre un espace public, un lieu de rencontre pour penseurs venus d'horizons et de disciplines différents, du droit, de la philosophie du droit, de la philosophie politique, de la sociologie, prêts à débattre des questions juridiques urgentes et disposés à une critique aussi polymorphe et diverse que les structures complexes du droit contemporain qu'ils tenteront de mettre à jour. Penseurs persuadés que DIKÈ, élevée à la dignité autonome du concept, est toujours enchaînée au juste et à l'injuste et que, privée de déterminations concrètes, la justice n'est qu'une forme vide. Persuadés aussi que l'ambivalence des structures juridiques invite à procéder à une enquête sur la généalogie des formes historiques du droit.

PHILOSOPHIE DU DROIT

VOLUME 1

Bjarne Melkevik

PHILOSOPHIE DU DROIT

VOLUME 1

Presses de
l'Université Laval

Les Presses de l'Université Laval reçoivent chaque année du Conseil des Arts du Canada et de la Société d'aide au développement des entreprises culturelles du Québec une aide financière pour l'ensemble de leur programme de publication.

Nous reconnaissons l'aide financière du gouvernement du Canada par l'entremise de son Programme d'aide au développement de l'industrie de l'édition (PADIÉ) pour nos activités d'édition.

© Les Presses de l'Université Laval 2010
Tous droits réservés. Imprimé au Canada
Dépôt légal 3e trimestre 2010

ISBN PUL : 978-2-7637-8952-1

3e tirage 2014

LES PRESSES DE L'UNIVERSITÉ LAVAL
Pavillon de l'Est
2180, chemin Sainte-Foy, 1er étage
Université Laval, Québec
Canada, G1V 0A6

www.pulaval.com

TABLE DES MATIÈRES

Présentation XI

Livre 1
HORIZONS DE LA PHILOSOPHIE DU DROIT

Remerciements 3

Avant-propos 5

I
QU'EST-CE QUE LA PHILOSOPHIE DU DROIT ?

Penser philosophiquement le droit 9

Pourquoi une réflexion philosophique du droit ? 9

Qu'est-ce que la philosophie du droit apporte au droit ? 13

Où se situe la philosophie du droit par rapport à d'autres formes de réflexion sur le droit ? 17

Conclusion 20

Le concept du droit et la réflexion philosophique contemporaine .. 23

La question ontologique 25

La question épistémologique 27

La question du « devoir-être » 29

La question de l'éthique et du droit 30

Conclusion 31

II
Philosophie et droit

La nature, un sujet de droit ? Interrogation philosophique et critique **35**

Naess. L'écologie profonde et la pensée juridico-cosmologique 37
1. Solidarité éthique et juridique 39
2. La valeur intrinsèque de la nature 39
3. Critique de la doctrine de Naess 40

Bentham, l'utilitarisme et les animaux comme sujets de droit 41
1. Droits et fondation utilitariste 41
2. L'utilitarisme et le faux pas scientifique 44

Serres et le contrat naturel 45
1. le contrat naturel et la pensée esthétique 45
2. La déraison esthétisante 47

Stone et la nature « comptant » comme sujet de droit 48
1. « Anthropomorpher » la nature comme sujet de droit 48
2. Question de droits ou question démocratique ? 50

Conclusion 51

Utilitarisme et droit. Jeremy Bentham et John Stuart Mill **53**

Bentham, l'utilitarisme et le droit 54
1. Une fondation épistémologique 55
2. La logique de l'utilité 56
3. Le langage du droit selon Bentham 57
4. Le modèle de logique utilitariste 59
5. Le positivisme juridique utilitariste 60
6. Quelques remarques 61

John Stuart Mill et la reformulation de l'utilitarisme juridique 62
1. Justification de l'utilitarisme 63
2. Le calcul de plaisir et de peine 64
3. Standards autotéliques d'une éthique utilitariste 64
4. Justice et droit 65
5. Liberté et droit 66
6. Quelques remarques 67

Réflexions critiques sur l'utilitarisme juridique 68
1. Une conception du Bien 68
2. Stérilité de l'utilitarisme 69

Conclusion 70

La responsabilité devant la mort. Sue Rodriguez devant la Cour suprême du Canada 73

Le cas de Sue Rodriguez : la liberté de choix 74

L'égalité devant la mort : les arguments de la minorité 76

La dignité humaine et la mort : les arguments de la majorité 81

Réflexion : l'homme et le transfert de droit 83

Conclusion : une réflexion ultime 85

III

Le modèle communicationnel et le droit

Le modèle communicationnel en science juridique : Habermas et le droit 89

Le modèle communicationnel d'Habermas 91

Le droit et la question de la rationalité 95
1. Le modèle de l'agir téléologique 96
2. Le modèle de l'agir régulé par des normes 96
3. Le modèle de l'agir dramaturgique 96
4. Le modèle de l'action communicationnelle 96

Le droit et la méthodologie 99

Conclusion 102

Transformation du droit : le point de vue du modèle communicationnel 103

Le droit et la transformation du droit 105
1. Une conception bilatérale du droit 106
1.1 Le droit comme institution 107
1.2 Le droit comme médium 108
2. Deux théories sur la transformation 110
3. La transformation sur la base du monde vécu 113

La transformation normative du droit 114
1. La validation des normes juridiques : le discours 115
1.1 Signification et validité 116
1.2 Cognitivité et universalité 120
1.3 Intérêt et consensus 123
2. Une transformation démocratique 126
Conclusion : tradition et renouvellement 127

Habermas et l'État de droit. Le modèle communicationnel du droit et la reconstruction réflexive de l'État de droit contemporain 129

La souveraineté communicationnelle et l'État de droit 131
La souveraineté communicationnelle 131
Le nouvel État de droit 133
L'État de droit, issu des procédures démocratiques 135
La formation collective de la volonté 135
La radicalisation de la démocratie 138
La validation sociale des normes juridiques par le discours 139
L'universalité, condition de la validité des normes 140
Les garanties de la validation des normes 142
La place des droits fondamentaux, des droits de la personne et des droits subjectifs 143
Conclusion 145

IV
Modernité ou postmodernité en droit

La nouvelle querelle des postmodernes et des modernes dans le domaine juridique 149

Sur le concept de postmodernité 150
1. Postmodernité et esthétique 150
2. Postmodernité et société 151
3. La postmodernité et la pensée poststructuraliste 152
Postmodernité ou modernité en droit ? 153

Postmodernisme, droit et « adieu à la raison ».
Critique de la conception postmoderne du droit 155

Le paradigme postmoderne 156
1. Nietzche et l'« autre raison » 156
2. Déconstruction 158
3. L'horizon apocalyptique 159
4. La subversion de la norme 160

Postmodernité et droit 162
1. Le droit, la mort de l'homme et la question de sens 163
2. La fin du grand récit juridique 166
3. Narrativité et littérature juridique 168
Conclusion 171

V
Culture et droit

Un regard sur la culture juridique chinoise : l'École des légistes, le confucianisme et la philosophie du droit 175

Le temps des légistes et des confucianistes 177
1. Quelques repères historiques 177
2. Le confucianisme et le li 178
3. Le légisme antique 179
4. La complémentarité entre confucianisme et légisme 181

L'école du *Fa* et la loi du roi 182
1. L'idée de loi chez les légistes 182
2. La loi comme technique de pouvoir 187
3. L'efficacité de la loi selon les légistes 190
4. Le *wou wei* légiste 194
5. Quelque remarques sur le légisme 197

Conclusion 197

Le crime de Salman Rushdie.
Réflexion sur *Les Versets sataniques* 201

L'œuvre littéraire 202
Le roman théologique : un contre-récit sceptique 202
1. Mohammed 203
2. Le Coran 206
3. L'Islam 208

L'évolution de l'affaire Rushdie : d'un malaise culturel à une question légale 211

La liberté d'expression 216

Acculturation juridique : la philosophie du droit et le droit des Amérindiens 217

L'acculturation juridique 217

L'univers juridico-coutumier des Amérindiens 218

1. Le récit initial 218

2. Un wampum à deux voies 220

La conception libérale du droit 220

1. Les paradigmes de base du libéralisme 221

1.1 Le paradigme individualiste 222

1.2 Le paradigme de « neutralité » 222

L'acculturation refusée 223

L'acculturation comme rencontre communicationnelle : un wampum à trois voies 225

VI

Marxisme et droit

Pasukanis : une lecture marxiste de Maurice Hauriou 231

La lecture analytique d'Hauriou 232

La lecture critique d'Hauriou 235

Livre 2
RÉFLEXIONS SUR LA PHILOSOPHIE DU DROIT

Préface. Au seuil des réflexions 241

I
Solidarité et philosophie

1. Pourquoi étudier la philosophie du droit? Quelques réflexions sur l'enseignement de la philosophie du droit 247

Sur la méfiance à l'égard de la philosophie du droit 247

La philosophie du droit comme accompagnement 250

Philosophie du droit et discours public 254

Pour une conception démocratique du droit 255

Philosophie du droit comme pratique démocratique 256

2. La solidarité, la philosophie et notre présent 257

Solidarité comme ressource 259

Deux impasses : fait et devoir 259

Solidarité et formation individuelle 260

Solidarité et ressource culturelle 262

Solidarité comme engagement 263

Solidarité et jugement 263

Solidarité et égarement idéologique 264

La solidarité à l'aune de l'universalité 265

Solidarité et démocratie 266

Les nouveaux mouvements sociaux de solidarité 267

Élargissement de la démocratie 268

Solidarité et consolidation normative 270

La législation comme acte de solidarité 270

État-providence et solidarité 272

Conclusion 273

II
Identité et droit

3. Identité et loi, affirmation et autodétermination à la croisée des chemins : les Premières Nations et le Québec **277**

Considérations épistémologiques 278

Le choc des nationalismes 282

L'autoreprésentativité narrative et la loi 288

L'identité interprétative en tant qu'ethno-nationalisme 293

Conclusion : un wampum à trois voies 297

4. La question identitaire, le droit et la philosophie juridique libérale : réflexion sur le fond du droit autochtone canadien **301**

Les paradigmes libéraux et la question des droits autochtones 303

Le paradigme individualiste 303

Le paradigme de « neutralité » 304

Kymlicka et le renouvellement du discours libéral sur les droits autochtones 306

Kymlicka et la question de l'application 311

La critique d'une impasse philosophique 313

En guise de conclusion 318

5. Cultures légales-coutumières autochtones : la question de philosophie du droit **319**

Culture autochtone et philosophie du droit 319

Le récit d'origine et la communauté autochtone 321

Accommodations philosophiques de l'univers autochtone 324

La récriture autochtone et le droit moderne 326

La question de survie 327

III
Métaphysique et droit

6. La métaphysique et le droit : une appréciation philosophique 331
Le contraste : hyperréalisme chinois du droit 331
La métaphysique et l'exigence de justice 333
La métaphysique et la notion de loi 334
La métaphysique des droits subjectifs 336
Point de vue 337

7. Villey et la philosophie du droit : en lisant *Les Carnets* 339
L'arrivée des *Réflexions sur la philosophie et le droit* 340
De 1958 à 1961 : pourquoi le droit naturel ? 341
De 1961 à 1968 : la « vérité » et le droit 346
1968 : la perte des valeurs de l'Être 350
Les années 1970 : gloire et honneur 354
Les années 1982 à 1988 : retraite et désolation 358
Pour en finir avec *Les Carnets* 362

8. L'influence de Villey au Québec et au Canada francophone 365

IV
Idéologie et droit

9. L'épistémologie hayékienne et la question de droit : analyse et critique 373
Saisir le droit par le biais de l'épistémologie 375
La question de rationalité 375
L'évolutionnisme juridique 379
Le respect d'une règle juridique 381
Les intermédiaires 382
Le droit épistémologiquement saisi 383
Le rôle du juriste 383
Le rôle du législateur politique 384
Le rôle du juge 387
Conclusion 389

10. À propos de Marx et de sa conception du droit: intersubjectivité, matérialité et normativité **393**

Droit comme intersubjectivité 394

Socialité du droit et intersubjectivité 399

Intersubjectivité comme cadre normatif 405

La nouvelle modernité du droit 408

11. Pasukanis, philosophie et droit **411**

Échange, droit et fétichisme 412

Point de vue 414

V

CULTURE ET POSITIVISME

12. La philosophie du droit au Québec: développements récents **417**

Nos juges sont nos philosophes: la production d'une philosophie du droit prétorienne 419

Dans l'ombre de la Cour: le contextualisme et la fonction «éthique» des juges 422

Contre le courant: le droit et la solitude du philosophe 426

Le projet Diké: faire vivre la philosophie du droit 429

Mot de la fin 432

13. Penser le droit québécois entre culture et positivisme: quelques considérations critiques **433**

Transformation de la culture juridique québécoise 434

L'essor du positivisme scientifique au Québec 437

Le sociopositivisme juridique québécois 443

Conclusion: penser autrement le droit 447

Remerciements **449**

Livre 3
RAWLS OU HABERMAS
UNE QUESTION DE PHILOSOPHIE DU DROIT

Avant-propos **453**

Profils philosophiques et politiques **459**

Avez-vous lu Rawls ? 460

Habermas et l'engagement philosophique 468

Deux chemins philosophiques 475

Le débat de 1995

Du contrat à la communication : Habermas critique Rawls **479**

Critique du modèle rawlsien de l'autonomie politique et individuelle 482

L'autonomie individuelle 483

L'autonomie politique ou la souveraineté 484

Le sens démocratique 487

Critique du discours rawlsien de la fondation des normes 489

La position originelle 489

Les droits fondamentaux 491

Le voile d'ignorance 493

Quelques réflexions 495

Bilan et question 495

Morale ou démocratie : retour vers le débat Rawls-Habermas **497**

Fondation morale ou engagement démocratique 499

Le discours fondationnaliste de Rawls 499

Une fondation par l'intuition morale 500

Une fondation par la tradition raisonnable 501

Le rôle de l'intuition morale 502

L'exigence communicative selon Habermas 503

Souveraineté communicationnelle 503

Autolégislation démocratique 505

Le modèle sujet-à-sujet 507

Raison publique : institution ou démocratie 508
Rawls et la raison publique institutionnelle 508
La raison publique incarnée 509
La Cour suprême comme exemple de raison publique 511
Habermas et la raison publique démocratique 514
Raison publique comme raison démocratique 514
Légalité et légitimité 517
Conclusion 519

Morale ou démocratie

Contrat social ou démocratie : une question de philosophie 523
Contractualisme et jusnaturalisme 525
Le paradigme volontariste 525
Une logique de transmission 527
Impasse contractualiste 529
Contractualisme et démocratie instrumentale 530
Rawls est-il contractualiste ? 531
Le contrat moral de Rawls 532
Le contrat moral comme fondement institutionnel 535
Les tribunaux garants du contrat moral 536
La démocratie comme processus 537
Une conception non instrumentale de la démocratie 538
Démocratie et volonté populaire 539
Un « nous juridique » développé démocratiquement 541
La question de philosophie 542
Habermas et la conception démocratique du droit 545
La démocratie à la hauteur de la modernité 546
La démocratie et la formation de l'opinion et de la volonté 549
La démocratie et les droits fondamentaux 551
La démocratie et la sélection du droit 554
La démocratie et l'État de droit 555
En fin de compte 557

Le droit cosmopolitique

Droit des peuples ou droit cosmopolitique **561**

Les cheminements du désaveu rawlsien 562
Justice sans frontière 562
Rawls et son retrait conservateur 563
Habermas et la justice démocratique planétaire 565
Chantiers ouverts 566

La question de « fondement » 566
Le « peuple » selon Rawls 567
Les cosmopolites de Habermas 570
Deux regards 573

La hiérarchisation rawlsienne des peuples 574
Rawls et l'échelle des peuples 574
Habermas et les thématisations planétaires 578
Deux mesures 580

La question de la morale internationale 581
Rawls et les affaires étrangères « justes » 581
Habermas pour un espace public planétaire 586
Deux politiques 589

Conclusion 590

Le droit cosmopolitique : la reformulation habermasienne **593**

La vision cosmopolitique du modèle communicationnel du droit 595

La communauté cosmopolitique comme lieu juridique 599

L'institutionnalisation d'un droit cosmopolitique juridique 603

Le droit cosmopolitique et le droit étatique 608

Mot de la fin 609

Rawls et l'utilitarisme

Rawls, l'utilitarisme et « deux concepts de règles » **613**

La conception de règles et l'utilitarisme 615
Le concept de « règle » chez Rawls 615
Exemples de jeux et de règles 617

Intuitionnisme moral et utilitarisme des règles 619
Une justification utilitariste pour punir 620
Niveau institutionnel, niveau individuel 621
Ici, nous punissons des personnes innocentes ! 623
Ici, nous ne punissons que les coupables ! 625
Les impasses insurmontables 626
Justifier la punition d'une personne innocente 626
La question du juge : les dés sont pipés 630
Fuyons le « droit » ! 631
Réflexions finales 631
Postface 635
Bibliographie 643

PRÉSENTATION

APOLOGIE DE LA SANTÉ INTELLECTUELLE EN DROIT

La philosophie du droit, telle que nous la concevons, focalise sur la santé intellectuelle du droit. Pareil à un clinicien juriste, nous envisageons le droit comme un patient qui a besoin de vigilance et d'attention, à partir de la philosophie du droit. Non parce que le droit est malade, ou en tout cas pas plus malade que tous les autres artefacts culturels que l'homme se fabrique pour vivre à l'aise et en harmonie sur notre planète bleue qui craque sous l'effet des bêtises et de l'orgueil des hommes et des femmes, juristes ou non. Disons plutôt que la santé intellectuelle se cultive à sa propre valeur et davantage encore parce qu'elle nous permet de réfléchir de manière critique sur les enjeux de notre modernité juridique. Vue de cette façon, la philosophie du droit se conçoit comme une œuvre de recommencement éternel où, à la façon de l'œuvre d'un Sisyphe, il convient, avec vigilance et ardeur, de défendre cette entreprise si singulière et si fragile que nous nommons « droit ». Il convient surtout de le protéger contre la convoitise des forces de l'hétéronomie qui rêvent de neutraliser la menace que le droit a toujours, plus ou moins, fait peser sur leurs sombres desseins. Tel Judas, ces forces sont toujours là pour nous faire une bise sur le front, pour trahir la possibilité de droit et pour faire triompher le « Pouvoir » à nos dépens et pour notre malheur.

On oublie souvent que le droit n'existe pas en soi, qu'il est, strictement parlant, impossible de prouver ou d'avoir accès au droit sur le plan de l'être ou de l'avoir, et que ceux qui s'engagent dans de telles irrationalités risquent autant leur santé intellectuelle que le bien-être de leur conscience. Le droit s'inscrit uniquement sur le registre des possibilités et surtout en tant qu'une possibilité qui se trahit et qui s'obscurcit rapidement si notre sens de la réalité et celui du juridique ne sont pas aux aguets. Vouloir toujours privilégier une solution pratique du droit, le défendre ardemment et inlassablement œuvrer en faveur de la santé intellectuelle du droit, n'a donc rien de fortuit, sinon représenter telle que nous la défendons, la voie où il faut s'engager à la fois sans illusion, avec des raisons et des arguments. Il faut, avec vigilance, s'assurer que le droit visé sera à notre mesure et

non pas uniquement un accessoire qui mesure les forces d'hétérogénéité et leurs désirs de voir nos dos courbés par l'obéissance et la servitude. En étant conscients que toutes les batailles ne se gagnent pas mais se perdent souvent héroïquement le drapeau entre les mains et le désespoir au cœur, l'option d'un droit possible a toute sa valeur. Comme Sisyphe, c'est dans l'acte de défense de la santé intellectuelle que se situe la victoire (et la défaite) et non pas dans un quelconque moment magique de finitude éphémère qui fera continuellement rouler « la pierre » (la possibilité de droit) à son point zéro.

Vue de cette façon, la philosophie du droit s'engage fermement en faveur d'une possibilité de droit. Cela ne porte guère ombrage à la tâche traditionnelle de la philosophie du droit quant à la participation dans l'argumentation, dans notre façon d'écrire la doctrine dite juridique, de réfléchir sur l'interprétation des sources de droit, d'examiner l'utilisation du mot de « scientificité » dans le domaine juridique, de faire des parallèles entre logique et logique pour des juristes... La philosophie du droit fait simplement partie d'une attention intellectuelle quant à la santé du droit que nous voulons nous donner. Nous avons tort si nous prenons la partie pour le tout, puisque celle-ci n'a de sens que dans la mesure même où elle se rapporte à ce dernier, c'est-à-dire aussi longtemps que l'horizon d'un droit possible *hic et nunc* sera là. À quoi bon les détails dogmatiques ou doctrinaux, ou encore anthropologiques ou sociologiques, si la possibilité de droit auquel ils se réfèrent n'est plus là ? Nous avons tort, terriblement tort, de croire contre raison à la beauté de la chimère du « droit » que nous imaginons régir nos sociétés modernes – en reprenant le mythe païen de Zeus régnant par le « droit » autant sur le cosmos que sur la société des hommes – et de nous taire quant aux nombreuses nations du monde où le mot « droit » fait plutôt ricaner et qui brille, plus ou moins, par son absence. Loin des images métaphysiques d'un « droit » régnant, ou d'un état de fait ou de normativité, il s'agit de comprendre, avec lucidité, que le droit ne régit rien, que tous les discours qui radotent des déclarations nulles affirmant que les conduites humaines sont régies par le droit, mentent de manière éhontée. Il faut plutôt affirmer que toutes les conduites humaines ne sont en rien régies par le « droit » (par l'« idéo-droit ») et que ceux qui pensent autrement ont mis leur intelligence en gage au mont-de-piété. Loin de tels imaginaires, un peu de lucidité et de réalisme ne feront certainement pas de mal et serviront à défendre la santé intellectuelle du droit!

Situer la philosophie du droit dans le rôle de défenseur de la santé intellectuelle du droit signifie établir des diagnostics, des vaccins et des soins. Pourquoi ? Parce que si la santé appartient au patient, la première leçon sera de renoncer à se substituer à lui pour plutôt se mettre à son service. Affirmons donc que le droit appartient en exclusivité à ses propriétaires, aux cosociétaires qui acceptent de régler leurs affaires,

leurs contentieux et leurs inimitiés par le moyen d'un droit moderniste. La philosophie du droit ne travaille que sur le plan de l'argumentation et n'apporte, strictement parlant, rien à la substance du droit, soit-elle positive ou normative, sinon à aiguiser notre sensibilité quant à l'importance d'un travail prophylactique à l'égard d'un droit possible. Il faut littéralement vacciner le droit pour éviter que des irrationalités, des obscurantismes, des partis pris, des idéologies, des « politiquement correct », etc., s'incrustent, prolifèrent et prennent le contrôle. Il s'agit de se tenir loin des idéologies de circonstances, tels la raison, l'ontologie, la positivité, la cosmo-théologie, le criticisme, le pluralisme, le postmodernisme et *tutti quanti*, et de le faire ouvertement, en n'ayant guère d'autre souci que la santé intellectuelle du droit.

En offrant donc aux lecteurs les trois livres que composent ce volume, une certaine fierté remplit notre esprit. Affirmons que nous ne changerons pas un mot de ce que nous avons écrit ici, pas une ligne non plus et aucun raisonnement ni aucune réflexion. Les *Horizons de la philosophie du droit* (1998 et 2004), *Réflexions sur la philosophie du droit* (2000) et *Rawls ou Habermas. Une question de philosophie du droit* (2001/2002) ont su se défendre plus qu'honorablement des dents du temps. À l'exception de quelques détails, en soi sans grande importance, comme le décès de Rawls le 24 novembre 2002 ou encore le fait qu'Habermas ait entretemps publié plusieurs études qui auraient pu enrichir notre bibliographie, tout est d'une actualité étonnante. C'est sur cette actualité qu'il faut insister puisque nos réflexions critiques sur le postmodernisme, l'écologie, le multiculturalisme, l'autochtonie, la solidarité, l'épistémologie, la méthodologie, la métaphysique, le marxisme, le positivisme, le cosmopolitisme, l'éthique, l'utilitarisme, etc., n'ont pas pris une ride. Ces thèmes seront peut-être davantage d'actualité que lors de leurs premières présentations puisque les tendances critiques auxquelles ils s'opposent avec vigueur n'ont guère disparu mais ont plutôt su se renforcer depuis, et ce aux dépens de la santé intellectuelle du droit.

En les soumettant à nos lecteurs, avouons que nos livres agissent en tant que plaidoirie en faveur de la modernité du droit. Nos essais s'engagent effectivement sans compromis sur la voie d'un dialogue moderniste pour nourrir et enrichir les réflexions sur les questions d'un droit que nous entendons nous accorder mutuellement. En fin de compte, c'est à l'espace public, en tant que lieu de dialogue et d'échanges communicationnels, que nous nous adressons et soumettons nos arguments et nos réflexions à l'appréciation de tous. De cette façon nous pouvons souhaiter plus de débats, plus de lumières et surtout plus d'arguments concernant le droit que nous voulons faire nôtre.

Bjarne Melkevik

LIVRE 1

HORIZONS DE LA PHILOSOPHIE DU DROIT

Remerciements

Nous remercions les revues et éditeurs qui ont permis la republication des articles suivants :

Cahiers Diké pour « Le concept de droit et la réflexion philosophique contemporaine », série 1, 1993-1994, « La nature - un sujet de droit? Une interrogation philosophique et une critique », série 2, 1998 et « Utilitarisme et droit : Jeremy Bentham et John Stuart Mill », série 2, 1998.

Revue internationale de Philosophie Pénale et de Criminologie de l'Acte pour « La responsabilité devant la mort ? Sue Rodriguez devant la Cour suprême du Canada », nos 7-8, 1996, p. 87-101.

Les Cahiers de droit pour « Le modèle communicationnel en science juridique : Habermas et le droit », vol. 31, 1990, nº 3, p. 901-915 ; « Transformation du droit : le point de vue du modèle communicationnel », vol. 33, 1992, nº 1, p. 115-139 et « Un regard sur la culture juridique chinoise : L'école des légistes, le confucianisme et la philosophie du droit », vol. 37, 1996, nº 3, p. 603-627.

Les Presses de l'Université Laval pour « Habermas et l'État de droit », dans J. Boulad-Ayoub, B. Melkevik et P. Robert (dir.), *L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, 1996, p. 371-387.

L'Association canadienne-française pour l'avancement des sciences (ACFAS) pour « La nouvelle querelle des postmodernes et des modernes dans le domaine juridique » et « Postmodernisme, droit et adieu à la raison. Critique de la conception postmoderne du droit », dans J. Boulad-Ayoub (dir.), *Carrefour : Philosophie et droit*, Montréal, Les Cahiers scientifiques de l'ACFAS, nº 80, 1995, p. 15-20 et p. 41-58.

Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique, pour « Pasukanis : une lecture marxiste de Maurice Hauriou », nº 8, 1989, p. 295-301.

Avant-propos

La plupart des textes publiés dans ce livre ont d'abord fait l'objet de conférences et, puisque nos destinataires étaient en majorité des étudiants, nous nous adressons avant tout à eux. Mais ce livre constitue aussi un lieu de réflexion pour tous ceux qui feront leurs premiers pas dans l'étude de la philosophie du droit et pour tous ceux qui se passionnent pour ce domaine. Aussi, nous avons jugé opportun d'inclure quelques textes de recherche scientifique sur le modèle communicationnel qui s'inscrivent naturellement dans le contexte contemporain de la philosophie du droit.

Notre objectif était de saisir et d'expliquer les enjeux des différents domaines de réflexion qui divisent notre modernité juridique et de démontrer comment le droit contemporain se construit à partir de certains présupposés théoriques. La nature comme sujet de droit, l'euthanasie, la liberté d'expression et le droit des minoritaires sont en effet autant de domaines pour lesquels une réflexion philosophique sur le droit s'impose.

Quoique notre ambition puisse sembler téméraire, nous croyons que ces essais sauront démontrer que la philosophie du droit peut combler certaines des lacunes du positivisme juridique qui marque notre modernité, et par le fait même certains déficits qui en découlent, grâce à une réflexion qui invite au dialogue et, surtout, à la production d'arguments réfléchis.

Le titre de notre livre, *Horizons de la philosophie du droit*, n'est certes pas la démonstration d'un sacrifice au temps, ou au mode, mais il exprime plutôt notre conviction que ces essais s'inscrivent naturellement dans un avenir communicationnel qui doit être constitué d'échanges et de dialogues: d'où la raison d'être de certains de nos texts sur le modèle communicationnel.

Puisque ce livre est essentiellement le fruit de partages, nous tenons à remercier nos collègues et nos étudiants qui ont su, avec leur contribution et leurs commentaires, nourrir notre réflexion. Retenons que ce livre ne résume en rien ces échanges et ne saurait les remplacer. Cependant, nous sommes convaincus qu'un modèle communicationnel, qui se traduit par un dialogue ouvert et ininterrompu, pourra faire progresser les réflexions dans le domaine de la philosophie du droit. Remercions également les éditeurs qui nous ont gracieusement permis de reprendre les articles déjà publiés.

Bjarne Melkevik

I

QU'EST-CE QUE LA PHILOSOPHIE DU DROIT ?

Penser philosophiquement le droit

Nous écrivons cette réflexion sur la relation entre la philosophie et le droit à la lumière de la réponse que nous avons précédemment donnée dans notre article « Le concept du droit et la réflexion philosophique contemporaine »[1]. Nous avons, dans cet article, insisté sur ce que font les philosophes du droit ; nous voulons maintenant exposer notre point de vue concernant ce qu'ils devront faire. Que signifie penser philosophiquement le droit ? Notre réponse résume clairement notre propre conception de la philosophie du droit, des objectifs et des paramètres de celle-ci. Nous pouvons dire que l'essai mentionné plus haut et la conception présentée dans le présent article se complètent comme les deux versants d'une même montagne : l'un est descriptif, l'autre est prescriptif.

Nous examinerons trois questions que nous jugeons fondamentales en matière de philosophie du droit. Pourquoi une réflexion philosophique sur le droit ? Qu'est-ce que la philosophie du droit apporte au domaine juridique ? Où se situe la philosophie du droit par rapport aux autres disciplines de réflexion sur le droit ? Il va sans dire que nous devrons nous limiter aux grandes lignes de cette problématique.

Pourquoi une réflexion philosophique sur le droit ?

Pourquoi ne chercherions nous pas plutôt à ancrer le droit sur de solides principes scientifiques ? Ou encore à développer une théorie générale

1. Bjarne Melkevik, « Le concept du droit et la réflexion philosophique. », (*Cahiers Diké*, 1993-1994, série 1, p. 1-5; reproduit ici par la suite).

du droit qui permettrait d'analyser l'usage que fait la communauté juridique de certains concepts, comment elle raisonne, rationalise les faits, etc. ?

Nous formulerons notre réponse ainsi : la philosophie du droit nous permet tout simplement de réfléchir. Dans un monde en constant développement où les instances juridiques sont fréquemment appelées à intervenir dans les débats de société et à trancher les questions éthiques, la philosophie du droit n'a pas d'autre choix que de garantir par la réflexion des arguments de poids et des justifications éclairées en faveur du projet juridique. En clair, la philosophie du droit ne donne pas de réponses ni de recettes mais participe, sans l'accaparer, à la réflexion que nous devons effectuer au sujet de la complexité juridique.

Deux points doivent être clarifiés : d'abord nous ne pouvons plus concevoir la philosophie du droit comme un vecteur de sagesse ou de connaissances susceptible d'éclairer le droit ; ensuite, la philosophie du droit n'est qu'une réflexion, dont la publicité est le corollaire.

L'impopularité (qui se dissipe lentement aujourd'hui) de la philosophie du droit dans le monde juridique vient d'un passé dogmatique où la philosophie du droit s'imposait au droit, et même se substituait à lui. La philosophie du droit entre le XV^e siècle et le XIX^e siècle, époque communément appelée la Modernité juridique et marquée par les doctrines de Grotius, Leipniz, Wolff, Burlamaqui, Kant et Hegel, s'efforçait en fait de subsumer la notion de droit sous des modèles rationnels, axiomatiques et paradigmatiques, sans trop se soucier de la pratique juridique. Elle prétendait que le « vrai » droit était philosophique ou n'était pas. Elle tentait à répétition de calquer le droit sur un système de droit philosophique prônant le recours au « rationnel ». En fait, la notion de droit n'était réduite qu'à une partie des systèmes philosophiques de ces différents modèles de pensée. Par conséquent, la question du droit était soumise à des considérations philosophiques qui n'avaient au sens strict rien à voir avec l'objectif juridique.

Loin de vouloir rejeter en bloc l'héritage de la philosophie du droit moderne, nous sommes même fiers d'examiner nos propres réflexions à la lumière de la modernité juridique jadis instaurée par les philosophes du droit moderne cités auparavant. Il s'agit uniquement de comprendre que nous ne pouvons plus lire les philosophes du droit, qu'il s'agisse de Grotius, de Hegel, ou, plus près de nous, de Dworkin, sans tenir compte des arguments et des raisons invoquées, que nous pouvons juger pertinents ou non. Nous devons plutôt lire les œuvres de ces penseurs non pas pour admirer la systémique philosophique développée et la place que le droit y occupe, fut-

elle place royale ou antichambre de la morale, mais pour l'apprécier à la lumière de la modernité juridique, qui a évolué. En fait, si la philosophie moderne du droit représente, comme l'affirme Kant, la sortie de l'homme du règne de l'hétéronomie (les arguments de l'autorité) au bénéfice de l'autonomie (les arguments du raisonnable tels que vus par l'individu), c'est cette autonomie qui doit s'élever contre l'embrigadement que représentent les systèmes philosophiques. L'autonomie ne peut-elle donc se concrétiser que par l'élaboration d'arguments et de raisons qui seront évalués sur la place publique, sans filet de sécurité ? Il nous semble que oui.

Le fait de comprendre que la philosophie du droit, comme la philosophie en général, ne peut plus donner de « réponses », qu'elle n'est en rien la « science mère » du droit, ou encore que les systèmes philosophiques n'apportent rien de tangible à cette discipline nous amène ensuite à nous demander ce que doivent être la philosophie et la philosophie du droit aujourd'hui. Selon nous, une fois de plus, la philosophie du droit ne peut être qu'une activité argumentative, et ne peut par conséquent qu'accompagner le processus d'élaboration de bons arguments et de raisons.

Nous pouvons maintenant renforcer d'avantage ces affirmations en décrivant le rôle de la philosophie quant à la « réflexivité » et à la publicité du droit, que nous considérons comme son corollaire obligé.

En fait, la philosophie doit nous aider à ouvrir nos convictions, nos valeurs, notre conception de la société, de la politique ou du droit à un débat critique. Nous ne devons pas chercher de réponses toutes faites dans les œuvres portant sur la philosophie du droit, mais plutôt les outils nécessaires au processus de connaissance de nous-même et de la société dans laquelle nous vivons. Aristote ou Platon, mais aussi Kant, Fichte et Hegel à une tout autre époque, ou encore Dworkin, Rawls et Habermas plus récemment, ne peuvent pas, selon nous, faire l'objet d'une recherche de la Vérité, mais sont des interlocuteurs avec qui nous confrontons nos idées au sujet du droit, de la société ou de l'éthique. Si Kant nous intéresse encore, ce n'est pas pour la beauté de son système ou pour sa conceptualisation rigoureuse, mais parce que sa théorie nous permet de mesurer grâce au dialogue nos propres arguments aux siens. Nous pouvons évidemment nous laisser convaincre, modifier et approfondir nos propres arguments, ou encore, comme nous le préconisons, utiliser ces arguments pour pouvoir aller plus loin encore que ne le pouvait Kant, forts de notre expérience historique et sociale. Certes, Kant n'est ici qu'un exemple, et nous aurions pu ajouter toute la pléiade des philosophes qui ont accompagné la pensée juridique,

ou même des penseurs non occidentaux, issus d'autres contextes culturels[2] ; il demeure pourtant que c'est le processus argumentatif qui doit justifier le rôle de la philosophie en droit.

Précisons que la philosophie nous permet de cette façon de nous familiariser avec différentes façons de penser : elle nous permet de constater comment différentes personnes conçoivent la relation entre individu et société, entre droit et morale, entre *polis* et *logos*, etc., ou encore d'identifier pourquoi certaines personnes considèrent certains arguments plus convaincants que d'autres. La philosophie nous permet ainsi d'obtenir une clarification par l'argumentation des différentes positions rencontrées, mais plus important encore, elle doit nous permettre de devenir plus conscients de nos préjugés. Comment se forment nos propres arguments ? Quels sont les paramètres que nous utilisons ? Notre jugement est-il conditionné par des préjugés ou encore biaisé par nos convictions exclusives ? La réflexion philosophique, d'un point de vue argumentatif, doit nous amener vers une plus grande réflexion sur nos propres arguments et soumettre ceux-ci à un examen critique et rationnel, en vue d'optimiser à la fois la rationalité et l'humanisme, qui doivent constituer l'horizon de notre argumentation. De cette façon, la philosophie nous conduit vers une plus grande compréhension de nous même en nous poussant à nous forger une volonté et une opinion individuelles plus réfléchies. Cette connaissance de soi est d'ailleurs le corollaire, comme nous le verrons, de la formation d'une volonté et d'opinions collectives dans l'espace public.

De nos jours, il est difficile de considérer le processus de formation de la volonté et de l'opinion comme un acte purement individuel, comme l'enseignait encore la « philosophie de conscience » (Kant, Fichte et Hegel). Vue précisément d'un point de vue argumentatif, la philosophie du droit doit plutôt être considérée comme l'un des participants de la discussion publique, de la société vue comme un tissu de débats, d'échanges, de communications, d'énonciations, etc. La philosophie du droit doit mettre ses arguments à l'épreuve dans cet espace public, sans bénéficier de privilèges. C'est d'ailleurs là que le « poids », ou la « valeur », qui doit être attribué à chaque argument doit être discuté et considéré par tous.

Au-delà de la formation individuelle de volonté et d'opinions, la philosophie doit, de concours avec les sciences, contribuer à l'élaboration d'une volonté et d'opinions communes. Dans la mesure où le Je a besoin d'un

2. Voir, nos essais « Un regard sur la culture juridique chinoise : L'école des légistes, le confucianisme et la philosophie du droit » et « Acculturation juridique : La philosophie du droit et le droit des amérindiens » (reproduits dans ce livre).

Nous, et dans la mesure où le Nous ne peut pas se concevoir sans le Je, cela doit se concrétiser dans des débats critiques. En fait, ce qu'une personne pense et veut pour elle-même doit être évalué de façon critique par tous. Ce sont nos considérations communes qui doivent guider nos choix. La philosophie du droit doit simplement accompagner (sans privilèges) ce processus.

Le concept de philosophie du droit qui se profile ici démontre que dès le moment où nous délaissons l'image de la philosophie comme « science mère » située au-dessus des autres « sciences », son rôle moderne ne peut être qu'argumentatif. La philosophie participe simplement à la formation d'arguments et de raisons en vue de les évaluer dans l'espace public.

Qu'est-ce que la philosophie du droit apporte au droit ?

Imaginons un étudiant fictif en sciences juridiques, qui consulte la liste des choix de cours. Il y trouve le plus souvent un cours de philosophie du droit. Supposons qu'aucune contrainte ne lui soit imposée ; la question qu'il doit rationnellement se poser peut se résumer ainsi : Qu'est-ce que la philosophie du droit apporte au droit ? Existe-t-il des raisons pour s'y intéresser ?

Conséquemment à ce que nous avons dit précédemment, nous voulons définir la raison d'être de cette discipline à partir de trois objectifs d'une philosophie du droit assumant entièrement les exigences de notre contemporanéité, qui sont nommément : la distanciation réflexive par rapport au positivisme ; la garantie d'une réflexion sur la rationalité juridique ; et, enfin, l'autonomie des acteurs de droit à l'intérieur du projet juridique.

La première raison de nous intéresser à la philosophie du droit peut donc être définie par la négative : en fait, la philosophie du droit peut servir à relativiser le positivisme juridique et à nous distancier de celui-ci. Les différentes formes de positivisme juridique dans leurs aspirations scientifiques se présentent sûrement aujourd'hui comme l'idéologie dominante en droit. Que ce soit dans les domaines de l'enseignement du droit au sein des diverses facultés, de la production des manuels et de la doctrine juridique, ou de l'élaboration de la jurisprudence, c'est le paradigme de scientificité procédant des différents positivismes qui domine ; plus précisément, l'opinion selon laquelle le droit doit être traité, découvert ou encore pensé comme un « objet ». Le positivisme juridique affirme que le droit repose unilatéralement sur des propositions empiriques. Que tout ce qui ne peut pas s'écrire sur le mode de l'être ne peut pas être pensé sur le plan du « droit ». À la limite, le positivisme juridique ne devient une philosophie du droit que pour mettre en place une « vraie » science du droit.

Le réductionnisme qui caractérise ainsi le positivisme juridique ne fait qu'occulter un point pourtant essentiel : les questions de droit concernent concrètement les droits que nous devons mutuellement nous donner. Le droit est normatif, puisque la question de ces droits prend la forme d'un « devoir-être », qui fait de nous les auteurs et les destinataires des droits que nous nous donnons réciproquement. Or, toute question de « devoir-être », l'argumentation et les raisons qui doivent nous guider dans le choix de normes pouvant être considérées comme valides, ne peuvent jamais, sous aucun prétexte, être établies par une quelconque « science » ou définies comme « objets », mais relèvent de l'espace public, en tant que discussions sur les différentes positions possibles vis-à-vis des discours visant à sélectionner des normes qui devront être respectées.

En fait, les questions normatives relèvent du domaine de la philosophie, dans la mesure où elle s'est approprié l'approfondissement rationnel des questions normatives. Elle peut ainsi nous mener plus loin dans notre réflexion concernant la forme de droit que nous voulons voir se réaliser. Pour reprendre notre propos, mentionnons que la philosophie du droit soumet les propositions normatives à un processus d'évaluation afin de permettre aux acteurs du droit de comprendre lucidement les enjeux du projet juridique. Elle nous accompagne pour mettre en évidence les présupposés qui se dégagent des propositions normatives. En clair, elle nous invite a nous rendre compte des préjugés qui se « cachent » derrière lesdites propositions : Une proposition respecte-t-elle notre idée de l'homme comme un être autonome, ou engage-t-elle la question de l'homme dans des impasses déterministes ? Respecte-t-elle l'exigence de justice qui doit régir cette sorte de relations intersubjectives ? Une multitude de questions de cette nature peuvent être résolues grâce à la philosophie du droit.

Ce que nous venons de dire nous amène, dans un deuxième temps, à nous pencher sur la question de la rationalité, de la réflexion sur la rationalité juridique qui doit s'effectuer dans le cadre de la philosophie du droit. Notre position peut se résumer dans l'idée de la primauté de la rationalité pratique, plus particulièrement de la rationalité « communicationnelle », sur la rationalité théorique. Précisons cette idée en insistant sur la signification de ces concepts.

Nous pouvons qualifier de « rationalité théorique », ou encore scientifique, l'exposé cohérent et rationnel du droit « objectif ». La rationalité théorique se rattache par conséquent à la conception théorique que se fait chaque chercheur de ce qui est « objectivement » cohérent et rationnel. Ceux-ci font encore référence à un discours de fondation soit axiomatique,

soit nomotique. D'où la formation de deux grandes familles de rationalité théorique en droit.

Le premier discours (axiomatique) s'appuie sur des « vérités » qui peuvent être considérées vraies en soi ou vraies pour tout homme rationnel. Être cohérent et rationnel en droit suppose donc que l'on se réfère aux principes, aux règles, etc. considérés comme des *a priori* ou des principes fondamentaux. Une action pratique est ainsi jugée rationnelle si elle respecte ces principes de base servant à établir le caractère rationnel du « droit ». Le plus important devient, par analogie directe avec les sciences pures, la procédure même de fondation qui ne peut être que le déploiement de ces principes, de ces règles, etc. considérés au départ comme « vrais ».

Le deuxième discours (nomotique) s'appuie sur l'« expérience » comme critère de fondation d'un discours. Il prétend que le but d'une théorie est de rendre compte de la réalité du droit telle qu'elle est représentée dans le paradigme d'une « expérience » ou encore de la prévoir. Une approche adéquate doit de cette façon être fondée sur une étude en profondeur de ce paradigme, de même que sur une recherche capable de définir celle-ci en termes théoriques.

Certes, ces deux branches de la rationalité théorique correspondent aux deux courants majeurs du positivisme juridique contemporain, c'est-à-dire le positivisme « doctrinal » et le socio-positivisme, mais elles nous mettent surtout sur la piste des contraintes ou des limites de cette conception de la rationalité. Car nous constatons bien que la réflexion portant sur cette forme de droit se cantonne dans un discours de fondation du droit qui s'enferme dans le « monologisme » du « vrai ».

En adoptant une position critique à l'égard de cette façon de concevoir la question de la rationalité en droit, nous avons nous-mêmes fait le choix de plutôt concevoir celle-ci à la lumière d'une philosophie « communicationnelle » du droit. Cela nous semble être la seule issue possible si, comme nous l'avons avancé, la philosophie du droit doit se justifier à la lumière des arguments et des raisons à honorer publiquement.

En fait, en considérant la production d'arguments et de raisons comme l'enjeu majeur du projet juridique, la philosophie du droit accompagne pratiquement ce projet en démontrant que la rationalité pratique que vise le droit se concrétise dans le discours. Le discours comme pratique entre des sujets de droit qui produisent des arguments et des raisons et les proposent à la population à des fins d'évaluation et de validation. La rationalité communicationnelle située dans le discours permet de concevoir et d'évaluer le poids et la valeur des arguments soumis à la procédure de validation.

Nous expliquerons plus amplement dans les pages qui suivent cette façon de concevoir le droit[3].

La troisième contribution de la philosophie du droit est relative au concept et à l'exigence d'autonomie. Nous avons précédemment effleuré la question de la modernité juridique et pouvons maintenant approfondir celle-ci en spécifiant que l'individu doit pouvoir se voir comme engagé dans un processus de réciprocité lui permettant à la fois d'être l'auteur et le destinataire des droits et des institutions juridiques le concernant. Il s'agit ainsi de considérer le droit du point de vue de l'autonomie de tous les individus, qui peuvent être à la fois les auteurs et les destinataires des droits.

En fait, la philosophie du droit peut accompagner cette conception de l'autonomie en veillant à ce que l'exigence d'autonomie soit toujours présente. Quiconque approche de près ou de loin la pratique du droit est inévitablement frappé par le poids des arguments de l'autorité. En effet les figures rhétoriques prétendant que la loi dit ceci, que la jurisprudence a décidé cela, que la doctrine a tranché ceci, que la coutume a établi cela, risquent d'engager le projet juridique dans l'abnégation et l'obéissance aveugle aux arguments d'autorité. Un tel projet de droit est caractérisé par une complète hétéronomie, où l'individu n'a d'autre choix que d'obéir ou de subir. Beaucoup des malheurs qui ont affligé notre contemporanéité ne sont-ils pas issus d'une telle hétéronomie et de notre désir de la servir ?

L'un des objectifs que nous envisageons pour la philosophie du droit est précisément d'examiner le rôle que doivent aujourd'hui jouer le concept et l'exigence d'autonomie. D'abord en ce qui concerne l'autonomie individuelle, et ensuite l'autonomie politique (à l'égard du processus de sélection des normes pour le droit). Vu que la science juridique s'écrit aujourd'hui sur le mode doctrinal ou encore « dogmatique », la philosophie du droit doit faire sienne la promesse de la modernité juridique, en évaluant le projet juridique en fonction de l'exigence selon laquelle les individus doivent pouvoir se percevoir réciproquement comme des auteurs et des destinataires de droit. Toute personne qui connaît un peu la pensée juridique contemporaine peut, à la mesure de ses connaissances et de sa faculté de distanciation, comprendre qu'il s'agit ici d'un programme de philosophie du droit dont l'ampleur sera immense.

Précisons maintenant la réponse que nous donnons à notre question initiale : en fait, la philosophie du droit favorise la distanciation nécessaire au projet juridique au sens précis où elle accompagne réflexivement les acteurs de droit. La philosophie ne se définit par conséquent pas en termes

3. Voir, dans ce livre le chapitre 3, « Le modèle communicationnel et le droit ».

de droit positif, le droit dit « valide », ou encore de science juridique. Elle ne doit pas être au service commandé. La philosophie du droit sert comme nous le voyons modestement à la distanciation réflexive, à l'exigence de rationalité et d'autonomie.

Où se situe la philosophie du droit par rapport à d'autres formes de réflexion sur le droit.

Si la philosophie du droit a longtemps pu développer ses systèmes et ses axiomes juridiques en toute quiétude, sans trop se préoccuper de la société et des enjeux du pouvoir, rien ne justifie aujourd'hui une telle attitude. La philosophie du droit doit pouvoir assumer la fonction que nous lui attribuons, soit celle d'accompagner les arguments et les raisons relatifs au projet de droit, en se référant aux sciences empiriques. Kant est le représentant le plus significatif de l'anti-empirisme, doctrine ayant caractérisé en grande partie la pensée juridique moderne. Pour notre part, nous croyons que la philosophie du droit n'a pas d'autre choix que de s'ouvrir aux sciences empiriques. Nous pouvons avoir envie de réécrire autrement une fameuse phrase de Kant de telle façon qu'une doctrine uniquement philosophique « du droit (comme la tête de bois dans la fable de Phèdre) est une tête qui peut être belle, mais dont il est simplement dommage qu'elle ne possède point de cervelle. »[4]

En fait, la philosophie du droit doit mesurer ses arguments et ses raisons, avec les informations que peuvent donner les sciences. Les sciences les plus importantes nous semblent être l'histoire du droit, la sociologie du droit et l'anthropologie juridique. Regardons de plus près leurs contributions.

Il nous semble que la recherche sur l'histoire du droit soit souvent un préalable à la philosophie du droit, une étape permettant d'élaborer des arguments et des raisons appropriés. En fait, l'objectif que se donne l'histoire du droit, c'est d'illustrer comment ont été utilisées jadis les « sources de droit » par les acteurs juridiques, quelles ont été les conséquences sur le plan de l'institution juridique et les conséquences sociales, politiques, économiques, etc. de ces pratiques. L'historien cherche à exposer la « réalité historique » du droit, ou plus précisément à rendre l'histoire du droit intelligible selon des critères « scientifiques » acceptés par la communauté des historiens de droit.

---

4. E. Kant, *Métaphysique des mœurs II, Doctrine du droit. Doctrine de la vertu,* (traduction A. Renaut), Paris, GF-Flammarion, 1994, p. 16. Kant parle bien entendu contre « une doctrine uniquement empirique du droit ».

La sociologie du droit se compare sous beaucoup d'aspects à l'histoire du droit. Comme l'histoire du droit, elle fait de la « réalité juridique » des hommes et des femmes son objet de recherche. Elle est donc aussi l'enfant légitime de celle-ci. Or, la sociologie du droit, comparativement à l'histoire du droit, cherche à trouver la « loi » (ou la régularité, même dans sa « déviation ») des « réalités » sociales qui gouvernent, déterminent, ou encadrent la vie des hommes et des femmes. La sociologie du droit étudie les relations de causalité entre les actions réelles et les actes de conscience qui forment, on le suppose, la « réalité » juridique. Il est donc aussi facile de comprendre pourquoi des théoriciens de la sociologie juridique sont tentés par le « jus-sociologisme », c'est-à-dire de croire, illégitimement, que leurs analyses empiriques donnent accès au « concept de droit ». Pour la philosophie du droit, par contre, la sociologie juridique peut servir à rendre compte des contextes socio-culturels où se transforment et sont évaluées les réalités « juridiques ».

L'anthropologie juridique est, sous de nombreux aspects, beaucoup plus ancienne que l'histoire ou la sociologie juridique. Elle a, pour une large part, accompagné la pensée juridique depuis les grecs et les romains. Elle a par conséquent souvent un statut non problématique (parce que portée par la tradition juridique) à l'intérieur de la doctrine ou dogmatique juridique. En fait, la doctrine juridique abonde de références anthropologiques au prétendu « naturel » de l'homme, au discours selon lequel la procréation, la famille, la cité, l'économie etc. sont naturels. L'anthropologie juridique a, depuis environ un siècle cependant, tenté de devenir une science, une discipline, étudiant l'homme et la femme dans leur milieu social et culturel. Si cette discipline a longtemps pu se consacrer aux cultures non occidentales, le déplacement vers le monde occidental et les enjeux mêmes de la modernité fondée sur des notions comme le pluralisme, le multiculturalisme, le fondement anthropologique des droits de l'homme, etc. a pu symboliser le renouveau de la pensée anthropologique juridique. Quoi qu'il en soit, c'est surtout sur le plan de la méthodologie que l'anthropologie juridique rejoint aujourd'hui la philosophie du droit, en soulignant l'origine culturelle de nombreuses opinions admises de façon générale comme étant inéluctables.

En plus, en tant que prolongement de ces trois grandes disciplines factuelles s'intéressant à l'homme versus le « droit », s'ajoutent des disciplines comme celles de l'ethnologie juridique, de l'analyse économique de droit, de la politicologie juridique, de la criminologie, etc. Nous pouvons cependant dire que ces trois disciplines représentent pour la philosophie du

droit des partenaires et concurrentes en ce qui concerne le développement des arguments et des raisons relatifs au projet juridique. Nous pouvons dire que les sciences auxiliaires du droit et de la philosophie du droit poursuivent le même objectif en insistant sur le développement avisé d'arguments et de raisons.

La philosophie du droit possède cependant certaines caractéristiques qui la différencient incontestablement de ces autres disciplines.

D'abord, celle de la distinction entre norme et fait. Ce qui caractérise toutes les disciplines que nous venons de nommer est la constatation qu'elles se rattachent au fait. Elles considèrent même les questions d'ordre normatif comme déterminées par les faits, ce qui implique que les arguments et les raisons produites par ces disciplines risquent d'être réduites à de simples arguments factuels. D'où aussi le risque d'un déterminisme culturel non avoué. Si ces disciplines peuvent s'avérer indispensables au projet juridique, il reste qu'il serait absurde et dangereux de réduire ce projet à une quelconque « factualité ». La philosophie du droit doit par conséquent défendre l'autonomie du projet juridique en affirmant que tout passage des faits aux normes est illégitime. Ce que l'homme a fait est une chose, ce que nous devrions faire en est une autre.

Il peut sembler futile d'insister encore aujourd'hui sur l'illégitimité d'un passage du fait vers la norme, mais un examen de la production doctrinale ou encore des théories du droit est là pour nous convaincre que non. En fait, l'hégémonie actuelle du positivisme juridique qui traite précisément le « droit » sur le modèle de l'«être» est là pour nous le prouver. Soulignons aussi comment les termes comme « interdisciplinarité », « transdisciplinarité » ou « multidisplinarité » servent le plus souvent à prétendre que les questions de droit peuvent être résolues de manière factuelle.

Une autre différence caractérise également la philosophie du droit : son exigence de penser en fonction d'une universalité non donnée. Les disciplines mentionnées, du point de vue de la méthode ou de l'objet d'étude, penchent par contre vers le particulier. En fait, l'objet de recherche est par nécessité « scientifique » pensé sous l'angle de la « factualité » particulière choisie. Sur le plan argumentatif, le risque que ces disciplines n'invoquent pas uniquement des arguments et des raisons à des fins de recherche, mais qu'elles les transposent aussi en idéologie particulariste est donc très élevé. Avec, pour conséquence non souhaitable, l'engagement du jugement juridique dans cette même idéologie particulariste.

La philosophie du droit, en faisant de l'exigence d'universalité l'horizon de ses choix, doit par contre travailler en vue de dépasser les particularités

d'ordres culturel, religieux, politique, économique, etc. Elle doit forcer les participants du projet juridique, c'est-à-dire tous les individus, à envisager, au-delà des normes culturellement valables, la question de validité à la lumière de ce que tous peuvent unanimement reconnaître comme norme universelle. La philosophie du droit ne peut donc pas reposer sur sa propre conception de l'universalité, puisqu'elle n'en a aucune, mais doit défendre la perspective de l'universalité par opposition au particularisme et participer avec des arguments et des raisons en vue de voir se concrétiser, toujours temporellement, cette même exigence d'universalité.

Quoi qu'il en soit, la philosophie du droit ne peut plus faire abstraction des contributions venant d'autres formes de réflexion sur le droit. La philosophie du droit n'est plus la tour d'ivoire nous permettant de voir plus loin ou encore d'éclairer des zones demeurées dans l'ombre. Elle est elle-même une actrice du projet juridique et doit pouvoir prendre à la fois le pouls de la réalité et envisager la portée réelle des arguments et des raisons qui appuient le projet de droit.

Du fait même que notre modernité a mis le droit au premier rang de ses préoccupations, elle a propulsé la philosophie du droit au cœur de conflits politiques, moraux (éthiques), culturels, religieux, etc., qui comptent pour ses protagonistes. La philosophie du droit ne peut plus assumer aujourd'hui son rôle sans prendre le pouls de la « réalité ».

Conclusion

Tout ce que nous venons de dire aurait certainement besoin d'être développé d'avantage. Il sera cependant plus utile d'insister sur ce que signifie penser philosophiquement le droit.

Insistons d'abord sur le fait que nous considérons que le droit est inhérent à un processus de formation collective et individuelle de volonté et d'opinions. Il s'agit d'une conception inhérente à notre héritage de la modernité juridique. Au lieu cependant de confiner la philosophie du droit dans un quelconque rôle d'Éclaireur, nous avons choisi de la personnifier dans le rôle plus modeste de l'Accompagnateur. La philosophie du droit accompagne la réflexion que toutes les personnes peuvent faire au sujet des arguments et des raisons à évaluer dans le projet juridique. Il accompagne même les personnes dans le processus de sélection de normes pouvant être honorées comme valides.

En deuxième lieu, la philosophie du droit fait sienne la promesse même de la modernité juridique : les sujets du droit doivent pouvoir être perçus réciproquement comme des auteurs et des destinataires du droit. Comme

notre contemporanéité juridique est presque exclusivement bâtie sur la perspective des destinataires, la philosophie doit prendre sur soi la responsabilité d'assurer le rôle des auteurs et la signification de cette position pour la pensée juridique. Elle doit faire en sorte que l'exigence de la modernité juridique ne se perde pas dans des luttes de pouvoir, mais demeure l'horizon de notre façon de penser et de concrétiser le projet juridique.

Bref, la philosophie du droit ne sert pas le droit positif, mais l'idéal d'un droit toujours à réaliser démocratiquement.

Le concept du droit et la réflexion philosophique contemporaine

Cet article est un aperçu général de ce que constitue la philosophie du droit. À cet effet, nous insisterons sur ce que font les philosophes du droit, plus spécifiquement sur les problèmes de réflexion non positiviste qui caractérisent la philosophie du droit. Nous nous attarderons également au concept du droit lui-même ainsi qu'aux problèmes relatifs à la constitution philosophique du droit en tant qu'objet de réflexion. Il nous est d'ailleurs permis d'affirmer que cette dernière question représente la perspective classique de la philosophie du droit.

Comme il s'agit d'un aperçu général, cet article succinct laissera évidemment plusieurs questions en suspens.

Avant d'aborder spécifiquement ce en quoi consiste la philosophie du droit, glissons d'abord quelques mots sur la notion même de « philosophie du droit », ainsi que sur le double point de vue qui y est sous-entendu : philosophie et droit des juristes.

Quant à la notion même de « philosophie du droit », cette dernière n'a pas comme objet « le droit » proprement dit. Elle se rattache plutôt indirectement et de manière très générale aux réflexions liées à la notion de droit. Il s'agit de réflexions distanciées du droit tel que généralement reconnu et non d'une analyse effectuée en vue de clarifier les règles juridiques en vigueur : le droit sous-entend validité. Il convient donc de souligner que la philosophie se distingue de toute réflexion dans un cadre positiviste du droit, de toute approche ou de tout phénomène du droit en tant qu'objet scientifique étudié par l'anthropologie juridique, la sociologie du droit, l'histoire du droit, etc. Ces différentes sciences du droit ont également un

certain caractère distancié et réflexif par rapport à l'objet du droit, qu'elles envisagent à titre de « donnée », dans un monde factuel. À la différence de ces sciences du droit qu'on apprécie selon des critères descriptifs, la philosophie du droit présente le droit comme objet de réflexion. Autrement dit, elle le dessine dans la « pensée ». Ainsi, la philosophie du droit demeure essentiellement universelle dans sa visée.

Considérons maintenant le double point de vue impliqué dans cette notion de philosophie du droit. De fait, la philosophie du droit peut se définir tant à partir d'une position philosophique que d'une expérience juridique.

Le premier point de vue, généralement adopté par des philosophes aussi bien de profession que de vocation, se caractérise par l'investigation philosophique de l'objet du droit à partir d'une position philosophique qui peut s'avérer une école, une tendance, un système, une méthode, une problématique, une notion philosophique, etc. L'objet du droit devient généralement une application de la position philosophique, démontrant que celle-ci peut servir adéquatement à éclairer notre façon de concevoir le droit. La philosophie du droit est souvent sujette à l'élaboration d'un système axiomatique du droit en vue d'expliquer la réalité du droit.

Le deuxième point de vue est généralement adopté par les juristes qui ressentent le besoin d'une réflexion plus fondamentale sur le droit. Le fondement de cette démarche repose avant tout sur leur expérience, laquelle détermine l'ampleur de leur réflexion sur le sujet. En fait, le courant dit de « philosophie juridique » ainsi que celui de plusieurs auteurs appelé « théorie générale du droit » restreignent souvent la réflexion philosophique du fait qu'elle n'est utilisée que pour légitimer des positions spécifiques relatives à la conception même du droit positif. Conséquemment, la philosophie des juristes se caractérise par un souci marqué pour la pratique juridique et par l'efficacité des procédures et des schèmes mentaux qu'elle propose. Néanmoins, il s'agit là d'une réflexion constructive nullement approfondie.

Le résultat de ces deux points de vue pris isolément favorise une analyse superficielle de la philosophie du droit : étudier la philosophie du droit sans « philosophie » ou sans « droit » trahirait en quelque sorte aussi bien l'un que l'autre... et avec raison ! En fait, ces deux points de vue distincts démontrent clairement le déchirement prévalant à l'intérieur de la philosophie du droit. Il s'agit du même type de débat entourant « Dieu » chez les philosophes et les théologiens : le « Dieu » des philosophes ne nécessite aucun acte de foi, c'est un « Dieu » émanant de la raison, contrairement au « Dieu » des théologiens qui est édifié au-dessus de toute instance de raison,

c'est le « Dieu » de la foi. De même, le déchirement que connaît la philosophie du droit prouve la légitimité de la philosophie consacrée à l'élaboration d'une « Raison-Ordonnatrice » et des formes d'« Idéo-Droit » qui en résultent. La légitimité de la philosophie des juristes touche essentiellement à l'axe d'une « Expérience-Ordonnatrice » en élaborant des formes de « vrai » droit, entraînant ainsi le débat mentionné auparavant.

Bien que la philosophie du droit soit divisée entre ces deux perspectives, il n'en demeure pas moins que de ce déchirement émerge une énergie créatrice des plus fructueuses qui permet aux deux disciplines de mobiliser ce qui leur est propre et de les confronter. L'ampleur et la richesse de la philosophie contemporaine du droit en témoignent.

Par ailleurs, nous sommes personnellement d'avis que le prochain virage de la philosophie du droit devra se faire en abandonnant toute prétention « ordonnatrice », tant du côté philosophique que juridique, afin de permettre le développement de la philosophie du droit entre les notions de « Raison » et d'« Expérience ». Il s'agit de nouvelles conceptions philosophiques du droit que nous n'avons aucunement l'intention d'élucider dans le cadre de cet article.

Après ces quelques remarques préliminaires, abordons le vif du sujet en présentant les thèmes dont nous traiterons ensuite.

Nous nous attarderons d'abord à la question de la définition du droit – la question ontologique –, pour ensuite nous pencher sur la façon dont nous pouvons connaître le droit – la question épistémologique. Nous tenterons par la suite de définir ce qu'est le droit « devoir-être » – la question du droit naturel ou l'idéal du droit. Finalement, nous analyserons la question de l'éthique et du droit. Il s'agit en fait des quatre grandes questions classiques de la philosophie du droit.

La question ontologique

Dans un premier temps, examinons ce que le droit « est ». Il s'agit de réfléchir et de s'interroger sur l'essence même du droit en dehors de la notion de positivisme juridique. Une brève incursion dans l'histoire de la philosophie du droit démontre que cette question a longtemps été la plus importante de toute la réflexion sur le sujet. Historiquement, le droit se concevait soit dans « les choses », soit dans « les esprits »[1]. Dans un même ordre d'idée, les Anciens défendent une conception du droit en tant que

1. Voir : Michel Villey, « Le droit dans les choses » et Paul Amselek, « Le droit dans les esprits », dans P. Amselek et C. Grzegorczyk (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, PUF, 1989, p. 11-26 et p. 27-49.

« Verbe » alors que les Modernes penchent plutôt pour un concept du droit comme « Sujet ».

Aristote considère le droit comme un art. Pour ce dernier, comme pour les juristes romains, le droit est essentiellement synonyme de justice distributive. Il s'agit d'un art qui consiste à déterminer, dans une cité ordonnée, ce qui est réellement dû à chaque citoyen. Le droit s'inscrit ainsi dans la hiérarchie même de la cité et représente la parole de justice enracinée dans la cité. Si ce « Droit-Verbe » se caractérise chez Aristote par l'existence d'une cité bien ordonnée, pour d'autres philosophes anciens, sa caractéristique essentielle demeure la nature cosmologique ou le monde des idées.

La leçon à tirer de la philosophie du droit moderne tient au concept de « Droit-Sujet », lequel rattache, bien entendu, le droit au sujet et à ses qualités intrinsèques comme l'autonomie, la dignité, la volonté, etc. C'est le philosophe Kant qui aurait élaboré le système de Droit-Sujet le plus perfectionné. En rattachant le droit au sujet en tant que volonté autolégislative, Kant soumet le droit au tribunal de la raison et en fait un postulat de la raison *a priori* des sujets. L'ontologie du droit se confond ainsi avec la métaphysique des sujets.

Dans la philosophie contemporaine du droit, la controverse entre « Droit-Verbe » et « Droit-Sujet » se perpétue. Il faut également préciser que cette controverse est délaissée au profit des positions empiriques du droit. En fait, les courants empiriques, tels les théories de A. Ross et de H. Hart, situent la question de l'ontologie du droit dans la prédictibilité des personnes ayant la compétence d'énoncer le droit[2]. Cette dernière perspective a fait basculer plusieurs thèmes de la philosophie du droit vers la science du droit où la question ontologique du droit ne repose que sur les définitions communément admises caractérisant le droit comme un ensemble de règles ou de normes.

Les différentes tentatives contemporaines visant à redéfinir l'ontologie du droit selon le schème de la querelle prévalant entre les Anciens et les Modernes ne nous apparaissent pas vraiment pertinentes dans le contexte actuel. Leur horizon métaphysique n'est plus le nôtre. Par conséquent, nous pouvons observer l'émergence de différentes formes d'ontologie du droit, comme la théorie systémique ou autopoïétique[3], la nouvelle théorie de

2. Alf Ross, *On Law and Justice*, London, Stevens and Sons, 1958 ; H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, Bruxelles, F.U.S.L., 1976.
3. André-Jean Arnaud et Pierre Guibentif (dir.), *Niklas Luhmann observateur du droit*, Paris, L.G.D.J., 1993 ; Gunther Teubner, *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, PUF, 1993.

l'institutionnalisme du droit[4], et autres théories dont les résultats ne sont pas des plus convaincants.

Toutefois, il nous semble que l'investissement philosophique dans le langage et son utilisation pragmatique dans la philosophie du droit s'avèrent beaucoup plus fructueux. De fait, grâce au tournant langagier, la question ontologique du droit s'aventure aujourd'hui vers de nouveaux horizons : une ontologie du « Sujet-Langagier » (Apel, J-M Ferry, Lenoble) ou une ontologie du sens intersubjectif du language (Habermas). Ces nouvelles réflexions ont eu pour effet d'écarter la question métaphysique des Anciens et des Modernes dans ce domaine.

La question épistémologique

Examinons maintenant la question de la connaissance potentielle du droit. Il convient de souligner que toute réflexion sur l'épistémologie juridique réfère nécessairement à des conceptions de scientificité et de rationalité établies autrement. Ainsi, à ce titre, la réflexion sur la philosophie du droit consiste en grande partie à élucider la relation entre la spécificité du droit et la possibilité de la connaissance telle que développée par une théorie épistémologique spécifique. Deux courants se confrontent ici, l'épistémologie de l'observateur et l'épistémologie de participation.

D'une part, l'épistémologie juridique de l'observateur se fonde sur le paradigme d'un individu qui « observe » théoriquement son objet et qui, selon des règles scientifiques plus ou moins établies parmi les différentes théories de connaissance scientifique, expliquera son objet. Aujourd'hui, cela signifie souvent qu'il faut déterminer le droit comme objet de connaissance scientifique. Concrètement, la connaissance du droit se rattache à un aspect significatif du droit, soit ses concepts, ou au langage juridique en général, ou encore aux attitudes psychologiques des acteurs juridiques. Il s'agit surtout de courants épistémologiques tels l'empirisme ou la philosophie analytique[5].

D'autre part, l'épistémologie juridique de participation repose sur le paradigme selon lequel nous ne pouvons pas « observer » le droit, puisque cette fois, le droit prend tout son sens dans un contexte qui nous définit également. Le droit n'est pas « nature » mais « culture » et il doit être reconnu comme tel. C'est l'herméneutique juridique qui est cette philosophie

4. Neil MacCormick et Ota Weinberger, *Pour une théorie institutionnelle du droit. Nouvelles approches du positivisme juridique*, Paris, L.G.D.J., 1992

5. Voir, Cristophe Grzegorczyk, Françoise Michaut et Michel Troper, éditeurs, *Le positivisme juridique*, Paris, L.G.D.J., 1993.

contemporaine du droit, laquelle privilégie cette voie[6]. Cette approche prétend également que dans toute connaissance la personne qui connaît est déjà impliquée. La perspective herméneutique permet ainsi de laisser de côté le paradigme de l'observation qui domine l'épistémologie juridique, et nous force à nous interroger sur le droit dans la perspective de la connaissance qu'une personne peut acquérir dans un contexte qui la définit également.

En fait, la question de l'une ou l'autre de ces approches n'est pas uniquement épistémologique afin de rendre compte de l'objet d'étude, mais elle est souvent aussi empreinte d'« intérêts épistémologiques ». Ainsi, l'épistémologie de l'observation prêche plutôt la « neutralité », tandis que l'épistémologie de participation prend nécessairement position au niveau social.

L'épistémologie juridique sous-tend la question de la rationalité juridique. Pour l'épistémologie juridique, la question de la rationalité et du type de rationalité occupe une place de première importance. Il s'agit d'une question « classique » dont l'importance pour le droit s'accroît dans notre culture moderne imprégnée par les perspectives de « scientificité », d'utilité, d'efficacité, etc. Ici, la philosophie du droit se concentre sur les discours possibles de rationalité du droit. En effet, lorsque Max Weber définit la rationalité du droit comme une activité rationnelle par rapport à une fin, et fait de cette forme de rationalité la clé conceptuelle de la compréhension du droit, il nous porte à croire qu'il est fort probablement un bon analyste des tendances de la société de son temps, mais à titre de philosophe, il engage cette compréhension du droit sur l'unique voie de la rationalisation de ces moyens[7]. Le succès de ce discours sur la rationalité nous permet de comprendre pourquoi la philosophie du droit s'intéresse tellement à la question des discours de rationalité. Les mouvements philosophiques qui cherchent l'instauration d'un concept de rationalité communicationnel – comme chez Habermas – ou la réévaluation et le déplacement de la rationalité dite esthétique que nous pouvons observer comme tendance dans la philosophie du droit ces dernières années témoignent de cette préoccupation croissante pour la question de la rationalité du droit.

---

6. Voir : *Herméneutique et ontologie du droit*, numero thématique de la Revue de metaphysique et de morale, n° 3, 1990, p. 311-423 ; Patrick Nerhot, *Law, Writing, Meaning. An Essay in Legal Hermeneutics*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 1992.
7. Max Weber, *Sociologie du droit*, Paris, PUF, 1988.

La question du « devoir-être »

Le troisième aspect du concept de droit concerne la question du « devoir-être » du droit. Autrement dit, la question de savoir ce que doit être le droit est plus précisément une recherche de la *lege ferenda* et de l'évaluation normative du droit. Même si cette question a longtemps été confondue avec la question ontologique de la définition du droit et la question épistémologique de la connaissance du droit, il convient de préciser la spécificité de cette question.

Nous pouvons affirmer qu'aujourd'hui la ligne de partage se situe entre ceux qui cherchent à faire une théorie totale et globale du droit sur la notion du « devoir-être » juridique, et ceux qui cherchent uniquement des repères particuliers de ce « devoir-être ».

Nous pouvons identifier la première perspective : le renouveau de la pensée « jusnaturaliste ». En effet, nous remarquons tout d'abord que le droit naturel des Anciens, comme celui des Modernes, connaît un essor remarquable depuis une vingtaine d'années[8]. Au-delà des différences de l'un et de l'autre, ils ont communément élaboré le principe de l'« Idéo-Droit » qui prétend expliquer la réalité du droit. En fait, leurs travaux tendent vers l'élaboration d'une théorie globale permettant d'évaluer et de juger le droit existant. C'est historiquement le concept de « Justice », ou simplement du « juste », qui a servi de pierre angulaire à l'élaboration d'une telle théorie. Les Modernes, eux, ont plutôt privilégié des concepts tels « Raison », « Volonté », « Autonomie », « Contrat Social », et bien d'autres, mais en général, c'est le paradigme de droits subjectifs (*rights*) qui sert de mesure idéale moderne. La dernière constatation nous conduit, d'ailleurs, sur la piste du caractère essentiellement idéaliste de la constitution des sociétés modernes qui sont bâties sur l'axe d'un « Idéal » à réaliser.

Dans un deuxième temps, nous pouvons aussi observer le recours au principe d'un « devoir-être » juridique, mais de façon beaucoup plus modeste que dans les différents courants dits de « critique du droit ». Il ne s'agit pas de développer un « Droit-idéal », mais plutôt de supposer plus particulièrement et philosophiquement l'existence d'un idéal du droit. Cette existence n'est jamais explicitement démontrée en philosophie du droit mais se retrouve dans des solutions et des avenues jugées plus justes, rationnelles, équitables, égales, démocratiques, etc. D'ailleurs, nous pouvons observer des courants dits de critique du droit qui font de cette évaluation normative leur raison d'être, comme le courant du féminisme juridique et, en partie, les mouvements du « Critical Legal Studies ».

8. Voir : Alain Renaut et Lukas Sosoe, *Philosophie du droit*, Paris, PUF, 1991.

Sous plusieurs aspects, les théories de droit naturel et celles de critique du droit sont complémentaires. Toutefois, les critiques du droit se distinguent par leur désir de mobiliser le « devoir-être » du droit en se référant aux analyses factuelles ou contextuelles.

La question du « devoir-être » du droit s'intéresse au droit en tant qu'institution. Il s'agit ainsi d'une question qui est intimement liée à celle de savoir ce qu'est une « bonne institution » telle qu'élaborée par la philosophie politique et sociale. Il nous semble qu'aujourd'hui le grand débat s'attarde au bien-fondé de nos institutions, selon une conception soit de « justice », de « juste », ou de « bien ». Des « communautariens » comme Sandel et Charles Taylor prônent une justification selon la conception du « bien », alors qu'un penseur libéral comme Rawls insiste plutôt sur une justification selon la conception du « juste ». Peut-être les avenues les plus prometteuses consisteront-elles à tirer le meilleur de ces deux positions, comme le propose d'ailleurs subtilement la théorie communicationnelle de Habermas.

La question de l'Éthique et du droit

Si nous devons chercher une constante dans la réflexion philosophique du droit, il semble que celle-ci se trouve du côté de l'Éthique. Il s'agit alors de comprendre le droit dans la perspective de ce que nous devons faire et des actes que nous devons poser. Les adeptes du positivisme juridique n'ont pas entièrement tort en associant cette question aux réflexions sur le « devoir-être » du droit ; cette association se traduit soit par un rejet de toute considération éthique (Kelsen), soit par la confirmation de quelques règles éthiques minimales posifiées (Hart).

Depuis Socrate, il s'agit en fait d'une constante dans la philosophie du droit que d'insister sur cette question fondamentale : que faut-il faire ? Cette question du droit se trouve engagée dans une perspective qui met l'accent sur les agents du droit ainsi que sur un modèle de l'agir normatif où celle-ci trouve sa place. En fait, nous pouvons définir l'Éthique comme imposant une justification rationnelle de nos choix individuels et collectifs. En tant qu'acteurs du droit, aux niveaux juridique et social, nous sommes ainsi constamment appelés à justifier nos actes de façon rationnelle et à clarifier la finalité de nos actions. Par conséquent, le problème capital consiste à distinguer entre le droit et l'Éthique. Car si le principe de la spécificité du droit prédomine sans problème dans nos réflexions sur l'ontologie du droit, l'épistémologie du droit et le « devoir-être » du droit, il demeure cependant problématique en ce qui concerne l'Éthique. La distinction entre

l'Éthique, laquelle se réfère à la conscience ou à l'intériorité d'un sujet, et le droit, qui est associé aux actes sociaux ou à l'extériorité des sujets, a longtemps été considérée comme le critère classique. Ce modèle d'explication est de plus en plus contesté et délaissé au profit de plusieurs autres. Mentionnons notamment les modèles élaborés par Hart et Habermas.

Le débat actuel en philosophie du droit relatif à l'agir régulé par des normes se concentre aujourd'hui autour de la question de l'établissement de normes juridiques.

L'observateur de la philosophie contemporaine du droit ne peut qu'être frappé par l'antagonisme existant entre ceux qui cherchent à instaurer un discours en vue de fonder des normes, et ceux qui s'y opposent en totalité. D'une part, nous observons comment l'héritage du siècle des lumières est repris dans les différents programmes philosophiques afin d'assurer un fondement ultime aux normes. Il s'agit surtout de différentes formes de kantisme juridique qui se reflètent ici. D'autre part, nous observons un discours non fondé sur des normes. Ce discours se rallie facilement à la philosophie communicationnelle de Habermas sur laquelle nous avons eu l'occasion de nous prononcer[9]. Il s'agit en fait de divers programmes philosophiques présentant des réflexions sur notre façon de concevoir les modèles de l'agir de même que le rôle de la justice, de la vie bonne, et bien d'autres. Ils revêtent une importance primordiale pour le droit puisqu'ils nous offrent d'ouvrir notre esprit aux différents horizons culturels du droit qui peuvent être, à bien des égards, si distincts du nôtre.

Les domaines du droit et de l'éthique font souvent l'objet d'innombrables débats. Les problèmes éthiques auxquels fait face l'humanité ont souvent des répercussions directes sur le domaine juridique. Nous n'avons qu'à penser à la bioéthique, à l'avortement, au suicide assisté, à l'écologie, etc.

Conclusion

La philosophie contemporaine du droit confirme la préoccupation première pour le concept de droit. Les œuvres déterminantes de Kelsen (*La théorie pure du droit*), de Hart (*Le concept du droit*) et de Dworkin (*Prendre*

9. B. Melkevik, « Le modèle communicationnel en science juridique : Habermas et le droit », dans *Les Cahiers de Droit*, vol. 31, nº 3, 1990, p. 901-915 ; *id.*, « Transformation du droit : le point de vue du modèle communicationnel », dans *Les Cahiers de Droit*, vol. 33, nº 1, 1992, p. 115-139, repris dans Jean-Guy Belley et Pierre Issalys (dir.), *Aux frontières du juridique. Études interdisciplinaires sur les transformations du droit*, Québec, Geptud, Université Laval, 1993, p. 111-135.

les droits au sérieux), ne font que reprendre les problématiques relatives au concept de droit en leur donnant des réponses cohérentes. Néanmoins, si nous devions dégager une certaine tendance, nous pourrions affirmer que notre contemporanéité donne de plus en plus de poids à une pensée normative en relation avec d'autres disciplines, telles les sciences sociales, politiques ou anthropologiques. Selon nous, le fait que les résultats de la réflexion philosophique sur le droit soient mis à l'épreuve, et ainsi validés, est un signe de la vitalité de cette réflexion.

Nous avons mentionné que la philosophie du droit demeure un domaine plutôt ouvert, offrant maintes possibilités et portant sur la culture du droit tant actuel qu'éventuel de nos sociétés modernes. Précisons maintenant la portée du concept de droit tel qu'explicité par la philosophie du droit. Ce travail philosophique s'adresse à la culture du droit disponible dans une société qui a fait du droit l'horizon de ses choix et de ses actions. En fait, le but recherché est de renouveler et d'enrichir cette culture. Nous pouvons dire que la philosophie du droit poursuit l'objectif de « repérer et préserver les places », pour paraphraser Habermas, qu'occupent potentiellement les pratiques et les théories du droit de cette culture.

En dernier lieu, nous tenons également à souligner les aspects éthiques et politiques de la philosophie du droit.

Soulignons d'abord la responsabilité que possède toute personne qui fait de la philosophie du droit. La philosophie du droit représente un enrichissement dimensionnel de la culture du droit. Son sens, tout comme son rôle, consiste à ouvrir de nouveaux horizons à notre culture. Étant donné que la philosophie du droit se consacre à la culture du droit, elle touche à un domaine de la vie sociale et humaine d'une importance capitale pour tous. Tout philosophe du droit doit conséquemment évaluer les conséquences éthiques qui découlent de son travail.

Par ailleurs, le philosophe du droit a aussi une responsabilité à l'égard de la société. Il doit être à l'écoute de la société et des individus qui la composent. L'injustice, l'oppression, l'ostracisme, entre autres, demeurent toujours présents au sein de nos sociétés modernes ; la scène internationale nous semble plutôt sombre. Faire de la philosophie du droit est aussi un engagement, un engagement pour le droit, pour le règlement de nos querelles par le droit.

En ce sens, la philosophie du droit se caractérise davantage par l'horizon qu'elle ouvre et par les possibilités qu'elle envisage que par son passé, aussi glorieux soit-il.

II

PHILOSOPHIE ET DROIT

La nature, un sujet de droit ? Interrogation philosophique et critique

Nous voulons, dans cet article, analyser l'idée de plus en plus réclamée et soutenue que la nature doit ou peut, au même titre que l'Homme, être considérée comme un sujet de droit. Que la nature soit animée (les animaux) ou inanimée (les rivières, les montagnes, les forêts, etc.), elle doit, selon ce nouveau discours, être considérée comme un ayant droit par l'entreprise humaine. Dans les différents domaines de la réflexion humaine, notamment ceux de l'éthique, de la philosophie, de la théologie et du droit[1], nombreux sont ceux qui, le plus sérieusement du monde, soutiennent que la nature a des « droits » ou qu'elle devrait en avoir.

Notre objectif est donc d'analyser ces discours, de préciser leur contenu et d'évaluer leur portée pratique. Nous tenterons de saisir la logique juridico-philosophique que ces courants défendent et de démontrer les déficits philosophiques qui en découlent. Comme nous le verrons, la revendication d'un droit pour la nature ne respecte pas la symétrie pratique du droit et fait dériver la pensée juridique vers une abdication irrationnelle devant la nature. Par conséquent, nous pouvons annoncer dès maintenant notre réticence et notre incrédulité à l'égard de cette revendication qui, selon nous, véhicule un déficit philosophique qui la rend plutôt inacceptable comme horizon de l'agir humain et comme pratique juridique. Soulignons que notre incrédulité ne se traduit aucunement par une insensibilité

1. Voir Philippe Gérard, François Ost et Michel Van de Kerchove (dir.) ; *Images et usages de la nature en droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1993.

de notre part à l'égard de la préoccupation écologique qui anime les partisans défendant la nature comme sujet de droit, mais qu'elle exprime plutôt notre conviction qu'il faut investir ce problème sous un angle philosophique différent.[2] Nous ne pourrons pas, dans le cadre du présent article, approfondir cet angle philosophique, mais ce dernier sera implicite dans notre analyse et notre critique.

Avant d'aborder le plan de notre article, nous croyons utile de rappeler que l'idée d'un droit propre à la nature n'est pas nouvelle. C'est même une idée très ancienne qui, sur le plan de la philosophie du droit, vient du stoïcisme antique. Rappelons la définition du « droit naturel » du stoïcisme, telle que transmise par le juriste romain Ulpien dans le Digeste :

> « Le droit naturel est celui que la nature enseigne à tous les êtres animés ; ce droit en effet n'est pas propre à l'espèce humaine, mais à tous les êtres animés, à tous ceux qui naissent sur la terre ou la mer ainsi qu'aux oiseaux ; de là procède l'union du mâle et de la femelle, que nous appelons mariage ; et de là la procréation et l'éducation des enfants [...][3]. »

Nous pouvons constater que le phénomène de droit devrait être commun à tous les êtres animés. Pourtant, si l'idée est ancienne, la façon contemporaine d'affirmer et de justifier la nature comme sujet de droit a bien changé et a investi, comme nous le verrons, le domaine même de la modernité juridique. Les façons de concevoir la nature comme sujet de droit sont nombreuses, mais nous nous limiterons ici à quatre courants majeurs. Nous nous pencherons d'abord sur la doctrine de l'« écologie profonde » d'Arne Naess. Nous analyserons ensuite le postulat utilitariste de Jeremy Bentham qui revendique les animaux comme sujets de droit, puis la revendication du « contrat naturel » de Michel Serres. Finalement, nous nous attarderons au « contrat social » proposé par Christopher D. Stone et à sa façon pragmatique de « compter » la nature comme sujet de droit.

---

2. Jürgen Habermas, *De l'éthique de la discussion*, Paris, Cerf, 1992, p. 193-199 ; Karl-Otto Apel, « La crise écologique en tant que problème pour l'éthique du discours », dans G. Hottois et M.-G. Pinsart (éds), *Hans Jonas. Nature et responsabilité*, Paris, Vrin, 1993, p. 93-130.
3. Ulpien, Digeste, Titre 1er, 1, 3.

Naess, l'écologie profonde et la pensée juridico-cosmologique

La doctrine de l'écologie profonde « Deep Ecology », élaborée par le philosophe Arne Naess[4], et l'écoféminisme qui s'en inspire, se définissent comme une pensée juridico-cosmologique. Puisque Naess est un spinoziste et que la théorie de l'écologie profonde repose largement sur ce système philosophique, il serait opportun de le décrire brièvement. *L'Éthique* de Spinoza[5], et le point de vue de l'éternité qu'elle exprime (*sub specie aeternitatis*) enseigne que l'Homme joue un rôle subordonné dans l'univers ; l'Homme, éclairé par la connaissance de la nécessité, doit effacer la différence entre lui et l'univers. Selon le philosophe français Roland Caillois :

> « [...] l'adhésion organique à l'ordre de la nature entière signifie que la raison ne peut rien vouloir contre la nature, mais seulement que chacun s'aime, prenne conscience de soi et de sa place dans l'univers[6]. »

C'est ce principe philosophique qui structure la pensée naessienne. La pensée de l'écologie dite profonde veut surtout se démarquer d'une écologie superficielle ou, en d'autres mots, du réformisme de protection de l'environnement. Il veut le faire en reformulant la façon de concevoir la place de l'Homme dans le cosmos, dans la nature. Naess nous propose les thèses constitutives suivantes :

---

4. Arne Naess, « The Deep Ecological Movement : Some Philosophical Aspects », dans *Philosophical Inquiry*, vol. 8, 1986, p. 14. Voir également Arne Naess, *Ecology, Community and Lifestyle. Outline of an Ecosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989 ; *id.* « The Shallow and the Deep, Long-range Ecology Movement. A Summary », dans *Inquiry*, vol. 16, 1973 ; *id.* « A defense of the Deep Ecology Movement », dans *Environnemental Ethics*, vol. 6, 1984 ; *id.* « Basic Principles of Deep Ecology » dans *Ecophilosophy*, VI, 1984 ; *id.* « Deep Ecology : A New Philosophy of Our Time », dans *The Ecologist*, n° 14, 1984 ; *id.* « Identification as a source of Deep Ecology Attitudes », dans M. Tobias (ed), *Deep Ecology*, San Diego, 1985 ; *id.* « The World of Concrete Contents » dans *Inquiry*, vol. 28, 1985, p. 417-428 ; *id.* « Intrinsec Value : Will the Defenders of Nature Please Rise ? » dans M. E. Soule (ed), *Conservation biology*, 1986 ; *id.* « Ecosophy, Population and Free Nature », dans *Trumpeter*, n° 5/3, 1988 ; *id.* « Ecosophy, Population and Sustainable Development », dans H. Skolimowski (ed), *Voices of Eco-philosophy*, 1990. Sur Naess, on consultera avec intérêt : David Rothenberg, *Is It Painful to Think ? Conversations with Arne Naess*, University of Minnesota Press, 1992.
5. Baruch de Spinoza, *L'Éthique*, Paris, Gallimard, coll. Folio Essais, 1993.
6. Roland Caillois, « Introduction », de Spinoza, *L'Éthique, op. cit.*, p. 33.

« 1. Le bien-être et l'épanouissement de la vie humaine et non humaine sur la terre sont des valeurs en soi (synonymes : valeurs intrinsèques, valeurs inhérentes). Ces valeurs sont indépendantes de l'utilité du monde non humain pour les fins de l'Homme.

« 2. La richesse et la diversité des formes de vie contribuent à la réalisation de ces valeurs et sont par conséquent aussi des valeurs en soi.

« 3. Les humains n'ont aucun droit de réduire cette richesse et cette diversité, si ce n'est pas pour satisfaire des besoins vitaux.

« 4. L'épanouissement de la vie et de la culture humaines est compatible avec une diminution substantielle de la population humaine. L'épanouissement de la vie non humaine requiert une telle diminution.

« 5. L'intervention humaine dans le monde non humain est actuellement excessive et la situation se dégrade rapidement.

« 6. Il faut donc changer nos orientations politiques de façon drastique sur le plan des structures économiques, technologiques et idéologiques. Le résultat de l'opération modifiera profondément l'état actuel.

« 7. Le changement idéologique se traduira principalement par la valorisation de la qualité de la vie (en habitant dans des situations de valeurs intrinsèques) plutôt que de viser sans cesse un niveau de vie plus élevé. Une prise de conscience profonde de la différence entre gros (big) et grand (great) sera obligatoire.

« 8. Ceux qui souscrivent aux points énoncés ont une obligation directe ou indirecte de travailler à ces changements nécessaires[7]. »

Naess propose une nouvelle pensée cosmologique dans laquelle nous observons cette même insistance sur les êtres animés (vie autre qu'humaine) que dans le stoïcisme juridique ; c'est la nature cosmique en tant que telle qui est en jeu. Nous pouvons le voir précisément dans le fait que la nature est pensée comme une unité holistique où la « raison » dite totale détermine la substance des parties. De cette façon, le droit à la vie des êtres correspond à notre droit à l'existence. Selon Naess, ce droit à la vie implique une solidarité éthique et juridique entre l'homme et la nature et une reconnaissance de la valeur intrinsèque de celle-ci.

7. Naess, « The Deep Ecological Movement : Some Philosophical Aspect » *op. cit.*, p. 14. Ici reproduit dans la traduction française donnée par Luc Ferry, *Le nouvel ordre écologique. L'arbre, l'animal et l'Homme,* Paris, Grasset, 1992, p. 144-145.

1. Solidarité éthique et juridique

Chez Naess, l'idée d'une solidarité éthique et juridique n'est pas pensée *pour* la nature mais *avec* la nature. Il s'agit d'une solidarité des formes de vie entre elles. Nous trouvons ici une des idées clés de l'écologie profonde : une forme de vie n'a pas à démontrer son utilité pour l'humanité afin de justifier son existence. Toute forme de vie, par son caractère non anthropocentrique, a une valeur intrinsèque et a donc droit à l'autoconservation.

Puisque l'autoconservation, qui découle du stoïcisme juridique, constitue la base de la modernité juridique, nous pouvons affirmer que le mouvement de l'écologie profonde reprend et élargit le devoir de l'autoconservation. Toute la nature, spécialement la nature animée, mais aussi la nature non animée comme lieu de vie de la nature animée, est un « lieu nécessaire » à un processus d'autoconservation. Le fait que la décision de l'autoconservation ne revienne qu'à l'homme, comme le conçoit Kant, pour qui ce processus est le premier devoir de l'Homme envers lui-même[8], est, du point de vue de l'« écologie profonde », plutôt réducteur.

Les partisans de l'écologie profonde qualifient d'illogique et d'irrationnel un type d'« environnementalisme » qui n'implique pas une solidarité entre les différentes formes de vie et n'englobe pas la nature comme condition nécessaire à l'autoconservation. Nous pouvons faire une analogie avec les oiseaux migrateurs qui, même s'ils bénéficient d'une protection juridique, sont, dans les faits, exterminés parce que les milieux humides nécessaires à leur cycle de vie sont détruits. La solidarité concerne la nature en tant que telle et nullement l'idée du bien de l'Homme. Remarquons que cette idée rappelle l'abdication de l'Homme devant la nécessité « naturelle » qu'enseigne le spinozisme.

2. La valeur intrinsèque de la nature

Par ailleurs, la conception juridico-philosophique de l'écologie profonde attribue à la nature une valeur intrinsèque indépendante de toute considération humaine. La valeur de la nature provient du simple fait qu'elle existe en tant que montagnes, forêts, rivages, marais, etc. Nous pouvons insister sur le fait que l'Homme et la nature, principalement la nature animée, ont une valeur égale. Chacun possède sa valeur inhérente qui témoigne d'une égalité entre toutes les formes de vie constituant le monde. Pourquoi ?

---

8. Kant, *Métaphysique des mœurs*, t. 2, traduit par Alain Renaut, Paris, Flammarion, série G.F., 1994, p. 273-274, *cf.*, p. 274-276.

Parce que les humains ne sont qu'un fragment de la chaîne écologique. Puisque l'écologie scientifique envisage la biosphère comme une unité, cette unité démontre, selon Naess, que l'Homme ne peut pas être un « animal » privilégié. Nous vivons dans les mêmes conditions que toutes les autres formes de vie et profitons ainsi du même droit à la vie. Parmi les thèses constitutives de la doctrine de Naess énumérées précédemment, la troisième thèse impose une limite naturelle à notre droit à la vie et à notre droit de satisfaire nos besoins vitaux. La quatrième nous soumet, quant à elle, à l'obligation de réduire la présence humaine pour satisfaire le droit des êtres non humains. Nous constatons cependant que Naess ne nous donne aucun critère pratique concernant la mise en application de cette obligation.

Nous trouvons par ailleurs une documentation abondante sur le droit et la théorie du droit qui exploite les idées de l'écologie profonde et dont le thème du décentrage du droit de l'Homme par rapport au droit de la nature animée est le point commun.

3. Critique de la doctrine de Naess

Il est étonnant de constater que la doctrine de l'écologie profonde n'apporte aucune solution pratique ni ne guide l'homme dans les choix éthiques qu'il a à faire. En fait, elle ne peut d'aucune façon conseiller ou éclairer les forces sociales de la sphère politique, à qui revient le devoir de faire des choix. Elle se confirme plutôt dans ce qui a toujours représenté le problème du spinozisme, et celui du stoïcisme, soit le retrait du sage dans une position gnostique et hermétique, où lui et ses initiés se retirent du bruit de ce monde encombrant[9]. La théorie de l'écologie profonde, telle que développée par Naess, se concrétise en une abdication « écosophique » de l'Homme envers la nature. Sa seule proposition, irréalisable d'ailleurs, est que l'Homme se retire de la place privilégiée qu'il occupe grâce à son statut autoproclamé, et laisse la nature telle qu'elle est. Tout choix pour l'Homme se résume à cette abdication « écosophique » comme preuve

9. Il y a un parallèle à faire entre l'admiration de Naess pour la cosmologie éthique de Gandhi et l'écologie profonde. Précisément sur le plan du retrait du sage en dehors du monde. Il est en fait frappant de constater la léthargie et la non-action de Gandhi dans la réalité politique de l'Inde en 1947, devant le bain de sang qui se déroule sous ses yeux et le fait que seul Gandhi avait l'autorité nécessaire d'arrêter ou de limiter ce bain de sang. La léthargie de Gandhi se compare avec la position non pratique de l'écologie profonde qui délaisse le domaine des forces sociales à leur propre logique. Arne Naess est auteur de plusieurs livres sur l'« éthique » de Gandhi : A. Naess, *Gandhi and the Nuclear Age*, Totowa, Bedminster Press, 1965, *id., Gandhi and Group Conflict An Exploration of Satyagraha, Theoretical Background*, Oslo, Universitetsforlaget, 1974.

métaphysique de sagesse. L'écologie profonde échoue ainsi dans sa tentative de fournir des critères pour traiter de façon responsable les conflits inévitables entre les intérêts vitaux des différents êtres vivants. Le fait que chacun doive s'aimer et prendre conscience de soi et de sa place dans l'univers détourne notre attention de notre engagement dans la cause écologique. Puisque l'écologie profonde souligne l'égalité « écosophique » ultime entre tous les êtres et la dépendance de l'homme envers la nature inanimée, celui-ci doit donc vénérer la nature de façon quasi religieuse. Cette philosophie mise sur la sensibilité, sur la conscience et sur la mentalité d'une « élite de sages » et n'apporte aucune solution pratique. Par conséquent, ce courant ne pourra jamais guider nos actes.

Bentham, l'utilitarisme et les animaux comme sujets de droit

Examinons maintenant la doctrine de l'utilitarisme élaborée par Jeremy Bentham, plus précisément sa conception de l'animal comme sujet de droit.

1. Droits et fondation utilitariste

Si nous croyons que la référence aux sciences naturelles développée dans la pensée de Naess constitue un paravent idéologique, nous considérons par contre que l'utilitarisme, par ses efforts soutenus pour ériger des principes issus du paradigme de la science moderne pour diriger les actions humaines, est plus réaliste. L'utilitarisme se veut scientifique et ses principes expriment un point de vue prétendument scientifique. L'importance de l'utilitarisme réside, selon nous, dans ce caractère scientifique qui donne naissance au paradigme de l'animal comme sujet de droit.

Rappelons brièvement le fondement de l'utilitarisme juridique tel que développé par Bentham[10]. Selon lui, l'homme tentera toujours de maximiser son plaisir et d'éviter la peine ou la douleur. Il est soumis à un règne naturel et physique qui le force à chercher à maximiser son plaisir et, réciproquement, à éviter ou, du moins, à minimiser sa peine ou sa douleur. C'est ce principe fondamental qui guide toutes les actions humaines. Puisque le lieu d'explication de l'utilitarisme juridique est situé, selon Bentham, dans la nature physique de l'homme, nous pouvons, par conséquent, mesurer scientifiquement le degré de plaisir et de peine, ce qui permettrait d'obtenir un argument solide pour le droit. Il est évident que Bentham se

10. Jeremy Bentham, *Déontologie ou science de la morale*, dans *Œuvres*, t. 4, Aalen Verlag, 1969. Il s'agit d'une réimpression de l'édition de Bruxelles 1834.

débarrasse, de cette façon, de toutes les questions embarrassantes qui caractérisent la philosophie pratique.

Nous savons que la peine et le plaisir ne sont cependant pas propres à l'homme uniquement, mais communs à tous les êtres ayant un système neurologique développé, ce qui est le cas des animaux. Nous pouvons déjà, en principe, affirmer que le règne animal (l'homme inclus) doit être régi par le même principe. Bentham en arrive aussi à cette conclusion. Tout en faisant référence à la libération des esclaves noirs en France, il affirme que les animaux ont les mêmes droits que toutes les autres créatures (incluant l'homme) et que c'est seulement l'obscurantisme qui nous empêche d'inscrire la libération juridique des animaux dans la foulée des libérations juridiques humaines :

> « [...] la véritable question est celle-ci : sont-ils susceptibles de souffrance ? Peut-on leur communiquer du plaisir ? Qui se chargera de tirer la ligne de démarcation qui sépare les degrés divers de la vie animale, en commençant par l'Homme, et descendant de proche en proche jusqu'à la plus humble créature capable de distinguer la souffrance de la jouissance ? La distinction sera-t-elle établie par la faculté de la raison ou celle de la parole ? Mais un cheval ou un chien sont, sans comparaison, des êtres plus rationnels, et des compagnons plus sociables qu'un enfant d'un jour, d'une semaine ou même d'un mois. Et, en supposant même qu'il en fût autrement, quelle conséquence en tirer ? La question n'est pas : peuvent-ils raisonner ? Peuvent-ils parler ? Mais : peuvent-ils souffrir[11]. »

Citons aussi sa conclusion :

> « Il serait, certes, grandement à désirer que quelque moraliste bienfaisant prit les animaux sous sa protection, et revendiquât leurs droits à la protection des lois et à la sympathie des hommes vertueux[12]. »

Nous ne pouvons qu'être frappés par la logique et par la cohérence des arguments de Bentham qui demeure fidèle à ces prémisses présumées scientifiques. Nulle hésitation devant les conséquences, mais qu'en est-il de la volonté d'assumer pleinement ce que la grande majorité des gens de son temps, et du nôtre, ont bien des problèmes à accepter, soit que les animaux ont des droits, des droits qui ne dépendent pas à proprement parler de l'homme ? Même si Bentham aspire à une législation de protection des animaux pour assurer leur bien-être, ce qui est important, c'est qu'il voit cette législation comme la reconnaissance des droits des animaux.[13] Quoi qu'il en soit, la pensée benthamienne a fait école comme pensée juridico-

---

11. Jeremy Bentham, *Déontologie ou science de la morale*, dans *Œuvres*, t. 4, *op. cit.*, p. 9.
12. Bentham, *ibid.*, p. 9.

morale. Nous pouvons donc maintenant examiner les arguments des partisans modernes de cette pensée.[14]

Les animaux souffrent comme nous souffrons, et souffrent même à cause de nous. Ce thème, exploité à satiété dans les écrits sur les droits des animaux, soulève notamment l'épineuse question des expérimentations scientifiques et, plus précisément, du mythe de vivisection[15] ou des horreurs de l'élevage industriel : cages trop petites, nourriture engraissante, absence de soleil et d'air frais, etc. L'homme ne respecte pas l'égalité de droit des animaux en transgressant, par égoïsme ou égocentrisme, leurs droits. Voilà la leçon qu'il faut tirer de ces écrits. Bien sûr, il y a ici sujet de discorde entre les partisans des droits des animaux. Les uns croient que l'homme n'a pas le droit de transgresser les droits des animaux, sauf en cas de légitime défense, et que celui-ci doit se convertir le plus vite possible au végétarisme. Les autres affirment que l'animalité de l'homme peut justifier la transgression des droits des animaux et qu'il peut les tuer pour se nourrir. Cependant, l'homme ne peut pas être reconnu comme l'unique « animal » ayant le statut de sujet de droit, comme le confirme cette critique acerbe d'un prétendu « spécisme » :

> « L'homme a créé dans le monde vivant une hiérarchie arbitraire qui n'existe pas naturellement, en ne prenant en compte que son usage propre. Cette *hiérarchie anthropocentrique* a conduit au *spécisme*, lequel consiste à adopter une attitude différente selon les espèces, [...] »[16].

Autrement dit, l'homme a trahi le statut d'égalité avec le reste de la nature. À partir de ce principe fondamental, le principe politique est déjà tracé : il faut libérer les animaux. Cette libération constitue d'ailleurs la raison d'être des différents mouvements des droits de l'animal.[17] Mais attention ! La libération dont il est question n'est nullement pensée dans une

13. Bentham, *ibid.*, p. 9.
14. Georges Chapouthier, *Les droits de l'animal*, Paris, PUF (Que sais-je ? n° 2670), 1992 ; *id.*, *Au bon vouloir de l'Homme*, Paris, Denoël, 1990, id., « Les droits de l'animal, entre les droits de l'Homme et ceux de l'environnement », dans *Raison présente*, n° 106, 1993, p. 81-89. François Armengaud, « Animalité et humanité », dans *Encyclopaedia Universalis, Symposium : Les Enjeux*, Paris, 1989, p. 19-30. Pour une critique, voir : Janine Chanteur, *Du droit des bêtes à disposer d'elles-mêmes*, Paris, Seuil, 1993. Pour un aperçu de la protection juridique de l'animal, voir : Jean-Pierre Marguénaud, *L'animal en droit privé*, Paris, PUF, 1992.
15. G. Chapouthier, *op. cit.*, p. 18.
16. Ligue française des Droits de l'Animal, *L'esprit de la déclaration universelle des droits de l'animal*, dans G. Chapouthier, *op. cit.*, p. 122. Voir la critique de L. Ferry, *op. cit.*
17. Peter Singer, *Animal Libération*, Avon books publisher, 1975.

logique physique, comme ouvrir des cages pour laisser les lapins courir, mais plutôt dans un sens juridique. Cette libération est pensée de façon juridique, en fonction d'une accession pleine et entière de l'animal à un statut juridique et d'une réaffirmation d'un statut d'égalité, donc à un statut de sujet de droit. Cette idée se retrouve d'ailleurs dans le texte de Bentham cité auparavant, mais les partisans contemporains la renforcent davantage. Ladite accession à la liberté est ainsi envisagée comme le prolongement de la lutte pour l'émancipation juridique des protestants, des esclaves, des ouvriers, des femmes, des minorités, etc. Elle est pensée à la lumière de la reformulation de l'espace juridique et politique qui caractérise notre histoire moderne. Pour les partisans des droits de l'animal, la prochaine étape à franchir est de reconnaître ce même droit au monde animal.

2. L'utilitarisme et le faux pas scientifique

Il faut reconnaître que le mouvement des droits des animaux se base sur le paradigme de l'utilitarisme[18], l'un des courants les plus influents de notre modernité juridique. Par conséquent, nous aurions tort d'écarter les partisans des droits des animaux en les considérant comme des enfants attardés du cinéma de Walt Disney.[19] La force de leur argumentation est cohérente et une apparence de scientificité la sous-tend. Ce mouvement s'inscrit à l'intérieur du symbolisme de notre modernité. C'est justement cet aspect de « scientificité » que nous critiquons, car celui-ci ne sert qu'à évacuer toute référence aux problèmes de la philosophie pratique du droit, à savoir que seul l'homme peut abstraitement et pratiquement s'imposer des normes pour ses actes. L'utilitarisme ne repose donc que sur un faux pas scientifique. La présence ou l'absence de peine ou de bonheur ne constitue qu'un aspect physiologique et le fait d'éviter la peine n'est qu'un des principes que l'Homme s'est donnés.

L'expérience de peine et de plaisir chez les animaux représente un argument éthique qui est ancré dans notre culture. Cet argument correspond aux critères, aux principes et aux règles que nous avons adoptés pour nous-mêmes et son application au règne animal nous semble tout à fait appropriée,

---

18. Voir *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, P. Gérard, F. Ost et M. Van de Kerchove, Éditeurs, Bruxelles, FUSL, 1987. Rappelons que H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, Bruxelles, Fusl, 1976, s'inspire largement du benthamisme. Sur Bentham et le droit, voir M. El Shakankari, *La philosophie juridique de Jeremy Bentham*, Paris, LGDJ, 1970.
19. Voir sur l'anthropomorphisme moderne : John S. Kennedy, *The New Anthropomorphism*, Cambridge University Press, 1992.

précisément parce que nous introduisons une cohérence éthique qui correspond à notre normativité. De cette façon, les animaux n'ont pas de droits. Il existe, par contre, des droits des animaux que nous avons faits pour eux, comme pour nous, en tant qu'actes culturels.

Serres et le contrat naturel

Michel Serres revendique lui aussi un contrat naturel qui assure à la nature (animée ou inanimée) un statut de sujet de droit. Si les deux courants analysés précédemment se préoccupent davantage de la nature animée, Serres se préoccupe, quant à lui, de l'ensemble de la nature. Le succès de son livre, *Le contrat naturel* est, dans plusieurs sens, étonnant, mais peut pourtant s'expliquer par le fait qu'il a touché le public avec son appel à un nouvel ordre écologique.[20] Même si nous sommes enclins à qualifier de romantique la pensée serresienne, nous verrons toutefois qu'il s'agit d'un romantisme bien différent du romantisme juridique allemand posthégélien dans lequel nous retrouvons aussi l'affirmation de la nature comme sujet de droit.[21]

1. Le contrat naturel et la pensée esthétique

Précisons d'abord que l'élément qui caractérise le romantisme juridico-naturel de Serres est la pensée esthétisante de la nature. La nature est envisagée dans une logique de rationalité esthétique, en opposition avec la rationalité instrumentale supposée être à la fois pervertie et caractéristique de notre modernité juridique. Pour Serres, cette rationalité instrumentale est représentée politiquement par le capitalisme, par l'exploitation de l'homme par l'homme, par l'exploitation des pays non industrialisés par les pays industrialisés, etc. La pensée esthétique mise de l'avant par Serres consiste à envisager la nature comme notre mère nourricière, comme notre matrice universelle et les humains comme des fils et des filles ingrats. Il y a la nature, avec sa beauté, sa bonté et sa fidélité d'un côté et l'homme, avec son égoïsme et son ignorance de l'autre.

---

20. Michel Serres, *Le contrat naturel*, Paris, Flammarion, 1992. Première édition : Paris, Éditions François Bourin, 1990. Voir Denis Dumas, « Peut-il y avoir un contrat naturel ? La raison moderne au tribunal de l'écologie », dans *Dialogue*, vol. 31, 1992, p. 295-310. Jean Goulet, « Contrat naturel pour un voyage dans l'environnement, sous la direction de Michel Serres », dans *Revue générale de droit*, vol. 22, 1991, p. 235-241. Michel Lacroix, « La morale écologique et le contrat avec la nature », dans *Raison présente*, nº 106, 1993, p. 92-104.
21. J. W. Goethe, *Zur Naturwissenschaft*, org. 1823.

La pensée esthétisante de Serres nous invite à réconcilier juridiquement l'existence humaine avec celle de la nature :

> « Retour donc à la nature ! Cela signifie : au contrat exclusivement social la passation d'un contrat naturel de symbiose et de réciprocité où notre rapport aux choses laisserait maîtrise et possession pour l'écoute admirative, la réciprocité, la contemplation et le respect, où la connaissance ne supposerait plus la propriété, ni l'action la maîtrise, ni celles-ci leurs résultats ou conditions stercoraires. Contrat d'armistice dans la guerre objective, contrat de symbiose : le symbiote admet le droit de l'hôte, [...] »[22]

> « Le droit de maîtrise et de propriété se réduit au parasitisme. Au contraire, le droit de symbiose se définit par réciprocité : autant la nature donne à l'homme, autant celui-ci doit rendre à celle-là, devenue sujet de droit. »[23]

Tout semble être dit. La nature doit, selon Serres, devenir sujet de droit. Une nouvelle alliance doit être conclue entre l'homme et la nature. Une nouvelle alliance, laïque, comme notre modernité l'oblige, où l'homme, ayant fait de la vision esthétique de la nature l'horizon de ses choix, instaure un fondement juridique commun avec la nature. Car, précisons-le, la nature n'est pas pensée ici en tant qu'ayant droit, mais bien comme méritant d'être considérée comme sujet de droit. C'est dans ce contrat d'armistice que l'homme reconnaît le droit de la nature.

Serres fait référence, par la métaphore d'un « contrat naturel », au « contrat social » des philosophes qui ont instauré une symbolique de « droit ». En reprenant cette figure de la modernité juridique pour imaginer un contrat avec la nature, Serres se réfère à une pensée esthétique : « [...] être même de beauté, rien n'est aussi beau que le monde ; rien de beau ne se produit sans ce donateur de toutes les magnificences[24]. » La nature est donneuse de beauté et, par ce don, elle signe implicitement un contrat avec les humains. C'est la perception du beau qui constitue le lieu d'explication de cette signature contractuelle.[25] D'où la métaphore d'un contrat social comme la contribution à un changement de conscience. D'où, aussi, le glissement constant et artificiel de Serres vers une utilisation confuse d'un langage « physiocentriste » et « anthropocentriste ».

---

22. Michel Serres, *Le contrat naturel, op. cit.*, p. 67.
23. *Ibid.*, p. 67.
24. M. Serres, *op. cit.*, p. 45.
25. Michel Serres, « Michel Serres, la traversée des savoirs », entretien avec François Ewald, dans *Magazine littéraire*, nº 276, avril 1990, p. 102.

Serres fait appel, en ce qui concerne le droit, à une nouvelle « responsabilité » esthétique.[26] La nature, par sa beauté, sa bonté et sa fidélité, exige que nous la considérions en tant que sujet de droit qui réclame son dû. Cela veut dire que l'on doit respecter la nature non seulement comme lieu de l'Homme, mais aussi comme lieu symbiotique. Cela signifie que nous ne devons pas voir uniquement la pollution de la nature comme une pollution pour l'Homme ou comme une entrave à sa jouissance, mais comme la pollution de la nature par une partie de la nature, comme un acte de trahison fait par l'Homme contre sa mère nourricière.

2. La déraison esthétisante

Bien que nous puissions apprécier le caractère métaphorique de l'image d'un contrat naturel, la théorie ne nous semble pas acceptable pour autant.[27] La force des théories relevant d'un « contrat social » nous renvoie à l'idée d'un contrat librement consenti entre individus et qui repose sur le paradigme de l'autonomie de la volonté. La nature s'en trouve exclue parce que le domaine de la nature est hors du domaine de la liberté. C'est uniquement l'Homme qui est présent, qui se confirme comme sujet de droit et qui confirme la nature comme l'objet de cette liberté.

Or, cette conception consensuelle a influencé le modèle de la modernité qui nous a été léguée par les philosophes du dix-septième siècle et du dix-huitième siècle. Nous devons donc insister sur le fait que le « monologisme », qui était l'un des aspects problématiques de ce modèle, s'affirme ici comme un déficit philosophique aggravé. Le « monologisme » introduit par les philosophes du sujet (qui sont également, rappelons-le, ceux qui ont institué le « contrat social ») se retrouve ici comme une conscience ou une mentalité qui se donne des normes et des droits dans un monologue esthétisant leur conscience.

Le rationalisme caractéristique du siècle des lumières est remplacé par un « émotivisme » sans bornes en raison de cette rationalité esthétique. Un « émotivisme » esthétique qui ne fait d'ailleurs que soulever la dichotomie entre la beauté de la nature et la souillure causée par l'Homme. Le rétrécissement de la perspective de l'agir humain et le risque d'une indifférence devant la complexité des problèmes sociaux et humains en seront les conséquences.

---

26. Voir aussi Hans Jonas, *Le principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, Paris, Cerf, 1991 et H. Jonas et J. Greisch, « De la gnose au Principe Responsabilité. Un entretien avec Hans Jonas », dans *Esprit*, mai 1991, p. 5-21.
27. Serge Gutwirth, « Autour du contrat naturel », dans Gérard, Ost et Van de Kerchove (éds) ; *Images et usages de la nature en droit*, *op. cit.*, p. 119.

Stone et la nature « comptant » comme sujet de droit

Le dernier courant que nous voulons analyser a été développé par le juriste américain Christopher D. Stone, au début des années soixante-dix, dans son article *Should Trees Have Standing ? – Toward Legal Rights for Natural Objects* [28] (Les arbres devraient-ils avoir un statut juridique ? Vers la création de droits légaux pour les objets naturels).

1. « Anthropomorpher » la nature comme sujet de droit

Nous pouvons qualifier la pensée de Stone de pragmatique. Comme dans le pragmatisme philosophique, notamment celui de Pierce, de James et de Dewey, la vérité et le sens de cette théorie ne résident pas dans une quelconque « fondation », mais plutôt dans les conséquences que peut avoir la pensée sur notre façon de concevoir le monde qui nous entoure. Chez Stone, le droit de la nature n'est pas pensé selon une philosophie de la nature (comme dans la pensée cosmique moderne), ni une pensée « scientifisante » (comme dans l'utilitarisme), ni même selon une pensée esthétique (comme dans le romantisme), mais bien selon le bienfait même de la démonstration. Nous gagnons à envisager la nature comme sujet de droit. Tel est le message de ce courant. Ce sont d'ailleurs davantage des juristes-philosophes qui ont voulu développer cette pensée.[29]

Le trait significatif de ce courant est de se fonder à partir d'un cas judiciaire concret. Pour en comprendre les thèses premières, nous devons nous y arrêter quelques instants.

En 1970, l'entreprise Walt Disney obtient l'autorisation d'utiliser une vallée sauvage, Mineral King Valley, dans les montagnes de la Sierra Nevada, pour construire un centre récréatif doté d'installations hôtelières, de restaurants, etc. Le groupe écologique Sierra Club intente un recours judiciaire pour s'opposer à cette construction, mais sera débouté par une Cour fédérale, car le groupe n'a pas la capacité d'ester en justice pour défendre

---

28. Christopher D. Stone, « Should Trees Have Standing ? – Toward Legal Rights for Natural Objects », dans *Southern California Law Review*, vol. 45, 1972, p. 450-501. Publié sous forme de livre en 1974, Los Altos, Californie. Compare : *id.*, « Should Trees Have Standing ? Revised : How Far will Law and Morals Reach ? », dans *Southern California Law Review*, vol. 59, n° 1, 1985, p. 1-154 et *id.*, « Comment. Legal Rights and Moral Pluralism », dans *Environnemental Ethics*, vol. 9, fall 1987, p. 281-284. Voir également, *id.*, *Earth and Other Ethics : the case of Moral Pluralism*, 1987.
29. Aussi bien Bernard Edelman que M.A. Hermitte peuvent, avec certaines réserves, s'inscrire dans une telle approche. Voir *L'Homme, la nature et le droit*, Paris, Bourgeois, 1988.

les intérêts de cette vallée sauvage. Avant que le cas soit porté devant la Cour suprême fédérale, Stone intervient avec son article, *Should Trees Have Standing ? – Toward Legal Rights for Natural Objects*, pour soutenir le Sierra Club.

L'argument de Stone n'est pas que la vallée a des droits dans un sens ontologique ou moral, mais bien qu'elle doit « compter » juridiquement pour l'Homme et que cette façon de « compter » implique que nous traitions la nature comme un ayant droit. On peut ici faire une analogie avec les changements survenus en science de l'économie nationale où l'on a commencé à octroyer une valeur hypothétique aux ressources économiquement « vierges ». La science économique nationale avait, jusqu'à récemment, comptabilisé uniquement l'activité économique humaine en mesurant la capacité de production pour un marché donné. Cela nous a mené à un bien triste résultat : plus il y avait de pollution et de spoliation, plus le produit national brut (PNB) était important. Ainsi, un champ pollué pouvait valoir beaucoup, alors qu'un champ improductif et hors de la circulation économique ne valait rien. C'est une anomalie que plusieurs systèmes de « comptabilité » nationaux ont depuis lors prise en considération. La stratégie argumentaire de Stone était donc de nous convaincre que nous avions tout intérêt à « compter » juridiquement la nature en insistant sur le fait que la science juridique avait historiquement eu recours à l'anthropomorphisme juridique pour résoudre des problèmes issus de changements et de nouveautés économiques ou politiques.

Le sens de l'anthropomorphisme juridique est d'attribuer la qualité juridique de l'« humain » ou, spécifiquement, de « vouloir » aux entités non individualisées. En ce sens, toute prétention d'attribuer une qualité juridique à la nature serait effectivement anthropomorphique. Or, Stone nous rappelle encore que nous avons déjà utilisé cette technique pour expliquer comment des sociétés commerciales ou des royaumes ont pu s'engager juridiquement et être responsables de l'ordre économique, politique, etc., au même titre que des personnes physiques. Notre législation moderne repose d'ailleurs sur une tendance anthropomorphique ; la loi moderne devrait exprimer une volonté, une volonté de la nation, une volonté du peuple. Cette pensée se retrouve d'ailleurs dans la méthodologie juridique qui fait référence à cette volonté législative pour interpréter les lois. Dans ce cas, pourquoi ne pas utiliser la technique de l'anthropomorphisme juridique, surtout quand les conséquences sont bénéfiques pour tous ?

Concrètement, Stone propose d'« anthropomorpher » la nature dans la mesure où cela nous permettrait de traiter juridiquement un problème, à

savoir le problème moderne de la relation de l'Homme avec la nature et, surtout, le problème issu de la destruction de la nature au bénéfice de la culture. Dans le cas spécifique qui intéresse Stone, le cas de Mineral King Valley, cela veut dire que nous devrions donner à la vallée la capacité d'ester en justice. Cela nous permettrait de traiter un problème selon le mécanisme le plus approprié, à savoir selon une procédure juridique où tous les intérêts peuvent être représentés. Le fait que la nature soit considérée comme un sujet de droit permettrait, selon Stone, de rendre efficaces un traitement judiciaire, une entente à l'amiable ou simplement des arrangements spécifiques respectant les droits de la nature dans une cause où celle-ci est impliquée. Toutefois, comment serait-il possible de désigner quelqu'un qui aurait la capacité d'ester en justice dans les cas où la protection de la nature est en jeu ? Il faudrait, selon Stone, que les « amis » de la nature puissent s'adresser au tribunal pour faire désigner un curateur ou un tuteur qui pourrait légalement représenter la nature. C'est ce curateur qui détiendrait le « droit » et qui agirait au nom de la nature.[30]

2. Question de droits ou question démocratique ?

Certes, nous pouvons retenir la solution d'un curateur pour protéger les droits de la nature, mais ce curateur devrait, selon nous, agir selon les choix relevant d'un débat social, et non d'un processus purement juridique. Nous croyons en effet que seuls les débats démocratiques peuvent aujourd'hui servir à concevoir les relations qui seraient souhaitables entre l'Homme et la nature. Toutefois, Stone exclut tout débat public sur les critères à appliquer. Or, les problèmes concernant la relation entre l'Homme et la nature doivent, du moins du côté de l'Homme, être débattus dans un espace public. En fait, sa solution abroge la politique concernant les choix en les « juridiciarisant », sans pour autant éclairer d'un iota ceux que nous devons faire ou ceux qui ne pourraient obtenir l'adhésion des personnes concernées que si ces choix sont débattus publiquement. Nous voulons souligner que cette solution tend vers une individualisation des problèmes environnementaux. Dans le même ordre d'idées, nous pouvons également discerner un déficit éthique quant aux normes que le curateur doit appliquer. En pensant la nature comme sujet de droit et selon un modèle de

30. C'est sûrement l'intérêt pratique du résultat qui a séduit trois juges de la Cour suprême des États-Unis (quatre contre et deux abstentions) qui ont accepté l'argumentation de Stone. Mentionnons que l'Honorable juge Douglas, un des représentants marquants des juges radicaux nommés par le Président Roosevelt et un partisan du « legal realism », était le porte-parole de la minorité qui a accepté la nature comme sujet de droit.

« droits » (*rights*), l'agir juridique, en tant qu'agir normatif, est mis au rancart, sinon propulsé dans une institutionnalisation bureaucratique (comme c'est souvent le cas avec différentes formes d'ombudsmans ou de médiateurs) où c'est la sensibilité ou le sentiment d'urgence qui guide le curateur. Or, le fond du problème, la relation entre l'Homme et la nature, n'est pourtant pas une question de « droit », mais davantage une question de choix « commun ».

Si nous retenons que nous sommes en droit de voir les normes juridiques concernant la relation entre l'Homme et la nature exposées publiquement, le modèle même de Stone tombe à pic. En effet, seul l'Homme peut agir et instaurer des normes. Nous pouvons facilement nommer une institution en tant que curateur de la nature, mais un tel curateur doit appliquer des normes démocratiquement choisies par ceux qui peuvent instaurer ces normes. Par conséquent, nous devons envisager la tenue d'un débat public sur les droits de la nature qui aboutirait à un choix « social » et « commun », plutôt qu'à un droit strictement juridique et politique.

Car, le fait d'envisager la nature en tant que sujet de droit, comme le fait Stone, implique une profonde connaissance du système juridique. Par ailleurs, cette façon de concevoir les différents problèmes sociaux, c'est-à dire de façon rationnelle et juridique, se retrouve dans la ligne de pensée du droit international. En effet, l'idée y est largement répandue qu'un statut juridique devrait être attribué à l'Antarctique, au « patrimoine commun de l'humanité », à la mer, au patrimoine génétique de la Terre et aux autres entités du même genre. D'autre part, on pense généralement aux organismes internationaux relevant des Nations-Unies, qui ont le pouvoir de réglementer ces « biens communs », pour agir en tant que curateurs. Cependant, à l'intérieur du cadre même de cette organisation de « curateurs », les différentes nations et les différents intérêts devraient avoir la possibilité de déterminer la politique « de droit » qui devra ensuite être poursuivie.

Conclusion

Nous avons pu voir qu'aucun des quatre courants exigeant un droit pour la nature (animée ou inanimée) n'arrive à développer des positions valables. Ce déficit philosophique s'explique d'abord par la dévalorisation de la raison pratique, puis par l'évacuation de la théorie de différenciation des sphères de validité.

Le droit est pensé hors (ou en contradiction) de toute éthique comprise dans une philosophie pratique où notre agir social se construit selon les normes que nous avons élaborées pour guider nos choix et nos décisions.

En fait, les quatre modèles que nous venons d'analyser ne constituent que des impasses ou simplement des pseudo-solutions qui obstruent notre horizon éthique et nous empêchent de faire des choix. La figure de la nature comme sujet de droit n'est qu'une « solution magique » qui évacue la complexité inhérente aux relations intersubjectives entre les hommes et entre les hommes et la nature. La revendication de la nature comme sujet de droit témoigne, de cette façon, d'une dévalorisation inacceptable de la raison pratique.

En ce qui concerne l'évacuation de l'exigence d'une différenciation des sphères de validation, nous pouvons nous appuyer sur le constat suivant : les quatre courants de pensée que nous venons d'analyser insèrent la question de droit dans une pensée holistique. Le droit n'est pas pensé comme étant propre à l'Homme, mais comme un élément compris dans un tout holistique, comme une pensée qui englobe l'Homme, les animaux et la nature en tant qu'éléments interreliés naturellement et, par le fait même, nullement de façon juridique.

Or, comme nous l'avons souligné dans notre introduction, l'idée d'une conception holistique du droit englobant la nature n'est pas nouvelle. C'est en fait une pensée juridique qui s'apparente à la conception antésocratique du droit occidental et que nous trouvons encore, de façon plus ou moins authentique, dans plusieurs conceptions du droit de type non occidental, dans les différentes formes de droit amérindien traditionnel, par exemple. Il s'agit d'une conception de droit qui ne différencie pas les nombreuses prétentions à la validité, mais où seul le « tout » peut être « valable » ou peut déterminer la validité. Cette conception de droit s'oppose ainsi à celle que nous pouvons qualifier « d'occidentale », à savoir le droit construit sur la théorie de différenciation entre ce qui peut être considéré vrai, juste ou beau. Nous avons pu constater qu'aucune de ces conceptions revendiquant ou affirmant la nature comme sujet de droit n'arrive à répondre à l'exigence de la philosophie pratique en raison de l'évacuation de la théorie de différenciation et de la dévalorisation de la raison pratique qui l'accompagne.

Utilitarisme et droit
Jeremy Bentham et John Stuart Mill*

Dans cet article portant sur l'utilitarisme et le droit, nous formulerons une réflexion critique sur la pensée de Jeremy Bentham (1748-1832) et sur celle de John Stuart Mill (1806-1873). Par le choix de ces deux auteurs, nous situons notre réflexion au cœur du paradigme utilitariste afin de comprendre, de façon critique, comment le principe d'utilité sert à penser le droit. Bentham et Mill ont su, de façon programmatique, incarner le caractère paradigmatique de l'utilitarisme juridique moderne en développant un modèle de raisonnement pour le droit et pour la politique. Toutefois, en raison de l'aspect paradigmatique de notre réflexion, nous laisserons en suspens plusieurs questions importantes concernant l'histoire de l'utilitarisme.

C'est le succès incontestable du paradigme utilitariste dans le domaine juridique qui nous incite à nous y intéresser. Ce mouvement a gagné une grande partie du monde juridique à sa cause. Notre modernité juridique (le droit tel que nous le connaissons aujourd'hui) a été largement façonnée par le mouvement utilitariste. Il a servi de modèle de raisonnement aux différentes commissions de réforme du droit qu'a connues le monde occidental au cours des dernières décennies et certains changements, dans des domaines comme le droit pénal, par exemple, seraient incompréhensibles si on ne tenait pas compte de l'influence et du succès de ce mouvement.

Il est important de souligner dès maintenant le rôle « émancipateur » que l'utilitarisme a joué dans la culture juridique contemporaine. Les

* Communication prononcée dans le cadre des conférences du Groupe Diké : Philosophie et droit, à l'Université du Québec à Montréal, mardi le 28 février 1995.

partisans de l'utilitarisme étaient, avant tout, des réformateurs sociaux et juridiques dont les méthodes et les stratégies politiques visaient la création de réformes structurelles profondes. En fait, dès le début du XIX^e siècle et jusqu'à aujourd'hui, l'utilitarisme juridique a servi de mouvement et de paradigme « scientifique » pour réformer politiquement la législation. Il s'agissait, comme le disait Bentham, de « démystifier la loi ».

Le succès de l'utilitarisme peut aussi être envisagé sur le plan théorique. L'utilitarisme a introduit dans le droit un modèle particulier de raisonnement sur les questions juridiques. Ce modèle de raisonnement est la base sur laquelle sont construites plusieurs écoles modernes de pensée juridique. Nous n'avons qu'à penser aux écoles « law and economics » (droit et économie), « welfare law current » (droit du bien-être social) ou encore « public choice theory » (théorie des choix publics), pour ne pas dire le libéralisme moderne lui-même.

Nous analyserons, dans un premier temps, la fondation de l'utilitarisme juridique de Jeremy Bentham en insistant sur le modèle de raisonnement juridique qu'il a introduit dans la théorie du droit. Ensuite, nous nous pencherons sur la pensée de John Stuart Mill et la réforme « sociale » qu'il fait de ce projet. Nous verrons comment Mill, tout en légitimant le modèle benthamien de base, réaménage sa mise en application. Finalement, nous formulerons quelques réflexions critiques sur le projet utilitariste en insistant sur ce que nous considérons comme « l'aveuglement » de ce système.

Bentham, l'utilitarisme et le droit

L'utilitarisme juridique est fondé, en apparence, sur la perspective de fournir le plus grand plaisir au plus grand nombre[1]. L'idée est de maximiser la somme totale de bonheur disponible pour les citoyens. Le radicalisme du projet de Bentham surpasse cependant largement l'idée directrice inhérente à cette perspective : Bentham veut fonder « scientifiquement » le principe de l'utilité et fournir une base inébranlable à une nouvelle façon de penser le droit. C'est dans l'épistémologie sous-jacente à ce processus de fondation que Bentham montre son radicalisme et où il fonde l'utilitarisme juridique moderne.

---

1. J. Bentham, *Traités de législation civile et pénale*, Paris, Bossage, Père et fils et Rey et Gravier, 2^e édition, 1820, traduit par Ét. Dumont. Voir M. El Shakankiri, *La philosophie juridique de Jeremy Bentham*, Paris. L.G.D.J. 1970 ; P. Gérard, F. Ost & M. Van de Kerchove, *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Bruxelles, F.U.S.L., 1987 ; Herbert L.A. Hart, *Essays on Bentham : Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon, 1982.

L'idée de maximiser le bonheur dans la société n'est, en fait, nullement nouvelle. Nous la retrouvons dans la pensée antique de l'hédonisme de même que dans l'eudémonisme. Dans la pensée moderne, nous la trouvons entre autres chez Wolff (« Glückseligkeit des menschlichen Geschlechtes ») et chez Rousseau (« Le plus grand bien de tous »). De façon plus significative, il y a également eu l'émergence d'une thématique utilitariste dans la philosophie morale anglaise. Nous trouvons aussi le thème utilitaire chez Hobbes et Locke, mais surtout chez Francis Hutcheson. Bentham, pour sa part, affirme qu'il a surtout été influencé par Priestley (théologue et chimiste anglaise), Beccaria (philosophe italien du droit) et Helvétius (philosophe français). Cependant, aucun de ces courants ne conçoit le principe de l'utilité de façon épistémologique comme le fait Bentham.

La construction du modèle de raisonnement juridique de Bentham peut être analysée sous cinq aspects, soit la fondation épistémologique, la logique de l'utilité, le langage du droit, le modèle de logique utilitariste et, enfin, le positivisme utilitariste.

1. Une fondation épistémologique

L'habileté de Bentham est de reprendre la thématique utilitaire en épousant une épistémologie empiriste et en fondant l'utilitarisme dans un déterminisme psychologique. Toutes les idées, le langage et l'interprétation du monde sont, selon Bentham, le résultat d'un processus d'apprentissage du plaisir et de la douleur :

> [...] la nature a placé l'homme sous l'empire du *plaisir* et de la *douleur*. Nous leur devons toutes nos idées ; nous leur rapportons tous nos jugements, toutes les déterminations de notre vie.
>
> [...]
>
> *L'utilité* est un terme abstrait. Elle exprime la propriété ou la tendance d'une chose à préserver de quelque mal ou à procurer quelque bien. *Mal,* c'est peine, douleur ou cause de douleur. *Bien*, c'est plaisir ou cause de plaisir. Ce qui est conforme à l'utilité ou à l'intérêt d'un individu, c'est ce qui tend à augmenter la somme totale de son bien-être. Ce qui est conforme à l'utilité ou à l'intérêt d'une communauté, c'est ce qui tend à augmenter la somme totale du bien-être des individus qui la composent.[2]

Ce fondement, en apparence simple, est en fait très complexe. Nous pouvons le voir d'abord sous l'angle du principe d'un individualisme qui s'exprime et ensuite sous celui des considérations historiques et sociales.

---

2. J. Bentham, *Traités de législation civile et pénale*, Paris, Bossage, Père et fils & Rey et Gravier, 2e édition, 1820, traduit par Ét. Dumont, page 3, souligné par l'auteur.

En fait, l'utilitarisme de Bentham se caractérise par un individualisme extrême dans le sens précis où celui-ci est englobé dans le concept même de plaisir corporel. Le plaisir corporel est toujours individuel. Des entités non individuelles (comme l'État ou la communauté) ne peuvent avoir ni plaisir ni peine. Donc, l'individu ou, plus précisément, la physiologie humaine, devient le seul et unique lieu possible d'explication. Il s'agit là d'une constatation qui n'empêche pas Bentham (et nous y reviendrons) de croire que l'intérêt des individus coïncide avec celui de l'État, soit celui d'accorder un monopole de droit à l'État.

Quoi qu'il en soit, Bentham introduit de cette façon un refus explicite de prendre en considération les données ou les contextes historiques et culturels. Dans l'anthropologie benthamienne, l'homme, l'individu, est psychologiquement guidé par un but unique (plaisir) et, également, par une motivation unique (augmenter le plaisir). La question des institutions sociales, des cultures et de l'histoire n'a plus aucune place. Bentham, croyant avoir trouvé l'explication scientifique inébranlable pour fonder l'action humaine, nie tout enracinement culturel de l'homme.

Le système benthamien se base sur un fait constaté et décrit, soit le « fait présupposé » que tous les hommes cherchent uniquement le plaisir, pour justifier de façon normative ce fait comme étant le principe de toute action sociale. Or, nous savons, depuis Hume, que ce « saut naturaliste » (*naturalistic fallacy*) est illégitime et réductionniste. Si Bentham s'était arrêté à cette étape dans sa construction paradigmatique, l'histoire n'aurait sûrement rien retenu de lui, si ce n'est qu'il était un partisan anglais d'Helvétius.

2. La logique de l'utilité

Bentham utilise le paradigme utilitariste pour introduire une nouvelle façon de penser l'*action* humaine. Si l'homme ne cherche qu'à maximiser son plaisir et à minimiser ses peines, nous pourrons, soutient Bentham, *comptabiliser* ce qui, effectivement, donne plus ou moins de plaisir. Il s'agit de ce que Bentham désigne comme « la logique de l'utilité » :

> [...] la *logique de l'utilité* consiste à partir du calcul ou de la comparaison des peines et des plaisirs dans toutes les opérations du jugement et à n'y faire entrer aucune autre idée.[3]

Le fondement de tout calcul d'utilité consiste, pour Bentham, à trouver la valeur des plaisirs et des peines. Celle-ci dépend, selon lui, de quatre

3. Bentham, *op. cit.*, pp. 3 s.

cconditions, à savoir l'intensité, la durée, la certitude et la proximité du plaisir ou de la peine. À ces circonstances primaires s'ajoutent deux nouvelles circonstances, soit la fécondité et la pureté, qui servent à calculer la tendance d'un acte dont il résulte une peine ou un plaisir immédiat. Ces conditions réunies assurent, pour Bentham, la calculabilité des plaisirs et des peines.

Si les plaisirs et les peines ont un caractère quantifiable, comme il le prétend, la prochaine opération consisterait simplement à les additionner. En ce qui concerne l'individu, celui-ci peut additionner tous les plaisirs d'un côté et toutes les peines de l'autre afin d'opter pour une action qui maximiserait le plaisir. Le principe de l'utilité comme logique de choix législatrice et gouvernementale suit, selon Bentham, le même dessein. Il affirme candidement qu'il y a « [...] des plaisirs à répandre, des peines à écarter, voilà l'unique but du législateur[4] ».

Toutefois, quand il s'agit de faire une estimation par rapport à une collectivité d'individus, il faut, selon Bentham, ajouter la circonstance de l'étendue, à savoir le nombre de personnes qui peuvent s'en trouver affectées[5]. La logique du plaisir et des peines devient ainsi un instrument qui ressemble étrangement à l'idéologie de l'ingénierie juridique, puisque Bentham insiste sur le fait que tout ce qui compte, c'est le résultat et rien d'autre. Ce calcul utilitariste ressemble aussi au calcul de profits développé dans la pensée économique. Si les économistes calculent la valeur d'une chose selon des catégories abstraites et comparables telle une unité monétaire, il nous semble difficile, voire impossible de comprendre comment le plaisir et les peines pourraient être également *abstraits* et comparables. La monnaie d'échange des économistes serait comparable à la valeur d'usage benthamien. Car, nous observons qu'il introduit dans sa logique d'utilité l'idée que le droit puisse être perçu comme une question de relation entre l'homme et les « choses ». Sa conception du langage juridique, que nous étudierons plus loin, confirme d'ailleurs cette idée.

3. Le langage du droit selon Bentham

Le droit n'est pas, pour Bentham, une question de rapport entre les individus, mais un rapport entre les individus et les choses et qui constitue la conséquence immédiate du principe de l'utilité. Il cherche donc à créer de toutes pièces un nouveau langage artificiel du droit qui puisse prendre en charge cette tâche. Pour comprendre le radicalisme du projet de Bentham, il convient de préciser qu'en général, tous les concepts de la pensée

4. Bentham, *op. cit.*, p. 49.
5. Bentham, *op. cit.*, p. 49-51.

juridique antébenthamien ne pouvaient être pensés comme des rapports entre les individus, comme des rapports sociaux. Et, comme ces rapports sont complexes, le langage juridique l'est également. C'est précisément ce principe d'intersubjectivité que Bentham veut abolir.

Bentham veut créer un nouveau langage artificiel, un langage de pureté et de simplicité que nous pouvons observer dans sa définition des concepts d'obligation, de délits et de *rights* (droits) :

> [...] ainsi d'éclairer par une Loi que tel ou tel acte est prohibé, c'était ériger cet acte en *délit*. Assurer aux individus la possession de tel ou tel bien, c'était leur conférer des *droits*. Ordonner aux hommes de s'abstenir de tous les actes qui pouvaient nuire à la jouissance de tel ou tel autre, c'était leur imposer une *obligation*.[6]

Les concepts juridiques sont donc constitués de relations entre les individus et les choses pouvant procurer du plaisir ou de la peine, chose que l'État reconnaît sous une forme de loi. En fait, le rôle de l'État est de reconnaître la jouissance des individus et d'empêcher que leurs jouissances ne nuisent aux autres. Bentham considère, comme nous l'avons vu précédemment, que le langage est issu d'un processus d'apprentissage humain du plaisir et de la peine. Le recentrage philosophique si caractéristique de l'utilitarisme est ainsi transposé au domaine de la philosophie du langage. Bentham considère que le langage juridique est propagateur de fictions utilisées pour tromper les individus et qu'il ne reflète pas la relation immédiate entre les personnes et les choses

Il y a certes quelque chose de sain dans la critique que Bentham fait des concepts juridiques. En effet, certains concepts juridiques peuvent effectivement servir à manipuler, à mystifier ou à tromper, comme il le prétend. Ils ne sont pas, en ce sens, différents des concepts tels que la patrie, la nation ou l'honneur qui peuvent servir ou qui ont déjà servi de tels desseins. Mais la solution de remplacement de Bentham, le langage artificiel de droit, est-elle meilleure ? Un langage artificiel du droit, géré par une nouvelle élite bureaucratique, peut-il mieux prévenir les abus qu'un langage naturel dont le lieu d'explication est toujours le peuple et la société ? Est-ce que la conception d'un langage artificiel, qui évacue toute *altérité* dans le droit, peut être autre chose qu'une conception instrumentale, technique et de visée bureaucratique ?

Quoi qu'il en soit, la pensée de Bentham sur le langage artificiel du droit a eu un succès fou dans la philosophie du droit. C'est principalement sur cette pensée que John Austin fonde sa théorie avec le succès que nous

6. J. Bentham, *Traités de législation civile et pénale*, t. 3, *op. cit.*, p. 192-193.

connaissons[7]. Le réalisme américain (*sociological jurisprudence*) et le réalisme scandinave ont aussi puisé dans cette façon bien simple et accessoire de concevoir le langage juridique pour se soustraire à toute réflexion sur la tradition culturelle et historique de même qu'à la question de l'altérité.

4. Le modèle de logique utilitariste

Concentrons-nous maintenant sur ce que nous considérerons comme l'essence même de l'utilitarisme juridique, à savoir l'élaboration d'un nouveau modèle de logique (ou de raisonnement) juridique que Bentham explique en ces mots :

> [...] on peut aisément imaginer une époque où les hommes existaient sans connaître des lois, des obligations, des délits, des droits : qu'y avait-il alors ? Les personnes, les choses, les actions : les *personnes* et les *choses*, les seuls êtres réels ; les *actions*, qui n'existent que dans un instant fugitif, dans un moment donné, qui périssent en naissant, mais qui laissent une postérité nombreuse.[8]

Le sens de ce modèle de logique est complexe et il faut expliquer sa portée en tenant compte du paradigme utilitariste. Insistons d'abord sur le fait que ce modèle introduit la rationalité stratégique ou téléologique comme la seule applicable dans la théorie et dans la pratique juridique. Seules les conséquences comptent ; seul le résultat prévisible de nos actes doit être pris en considération. De même, il n'y a de réel dans le monde social que des « choses ». Bentham exclut donc tout ce qui n'est pas matériel, tout ce qui n'est pas calculable. Pourquoi ? Parce que le droit se désigne comme un pouvoir que les personnes peuvent avoir sur les choses, et que nous ne pouvons avoir de pouvoir que sur des choses matérielles.

Ce modèle de logique est d'abord un modèle de choix. Les personnes, sous l'empire du plaisir et de la douleur, font des choix en vue d'un résultat profitable selon un calcul d'utilité. La conséquence immédiate du calcul de l'utilité est que tout raisonnement de droit repose sur une position abstraite de choix qui est non thématisable. C'est ensuite un modèle abstrait où les personnes sont pensées abstraitement. Les personnes n'ont pas d'autres qualités que celle d'être sous l'empire du plaisir et de la douleur. Autrement dit, puisque le principe d'utilité est un principe de « nature » chez Bentham, les individus n'ont aucune qualité sociale, ils n'ont pas d'exis-

---

7. John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence*, ed. H. L. A. Hart, London, 1954, et *idem, Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, ed. R. Campbell, London, 1885, 5e édition.
8. J. Bentham, *Traités de législation civile et pénale*, t. 1, p. 192.

tence individuelle. Finalement, le modèle de logique de Bentham est également neutre, au sens où il est dépouillé de tout horizon axiologique ou normatif. Ce dernier ne nous donne qu'une procédure stratégique et téléologique où seule l'appréciation « intéressée » du résultat compte.

Ce raisonnement juridique peut, selon nous, être envisagé comme la quittance de l'utilitarisme juridique. Il n'y a qu'une personne abstraite prise atomistiquement dans une situation de choix simple : le choix que je veux faire peut-il me procurer plus de plaisir que de peine ? Ou, plus simplement : les conséquences de mon acte servent-elles mes intérêts matériels ? Ou, à l'échelle étatique, les conséquences de cette loi servent-elles nos intérêts matériels ? C'est en fait un paradigme simple qui constitue l'horizon idéologique d'une certaine contemporanéité juridique.

La conséquence directe de ce modèle de raisonnement juridique est, chez Bentham, l'apparition d'un positivisme juridique rigoureux. Bentham réalise, d'une certaine façon, le programme d'un positivisme inauguré par Hobbes. Le droit est, chez lui, issu uniquement des commandements du Souverain.

5. Le positivisme juridique utilitariste

Afin d'analyser ce positivisme juridique, nous nous pencherons sur l'affirmation suivante de Bentham :

> [...] l'unique objet du gouvernement doit être le plus grand bonheur possible de la communauté.
>
> [...]
>
> Le soin de sa jouissance doit être laissé presque entièrement à l'individu. La principale fonction du gouvernement est de protéger l'homme contre les peines. Il remplit cet objet en créant des droits qu'il confère aux individus.
>
> [...]
>
> Le citoyen ne peut donc acquérir des droits que par le sacrifice d'une partie de sa liberté.[9]

La première phrase de cette citation nous permet de comprendre que Bentham ne voit aucune différence significative entre les personnes et l'État. L'État est appelé à faire la même chose que les individus, soit à chercher à maximiser le bonheur dans la société. Mais cela veut aussi dire que l'État est construit sur la base des intérêts individuels puisque ce ne sont que des personnes qui peuvent ressentir physiquement le plaisir et la douleur. Si le

9. J. Bentham, *Traités de législation civile et pénale*, t. 1, p. 148-149.

rôle de l'État est d'instaurer des lois qui assureraient la jouissance des individus dans la société. le rôle de la législation est, selon Bentham, éducateur et pédagogique. Le droit comme exercice du pouvoir (Bentham dit « liberté ») se fait selon les choix des personnes dans le cadre d'une législation qui l'affirme. Il s'agit, en somme, d'un positivisme juridique total : il n'y a pas de salut hors de la législation bureaucratique de l'État.

6. Quelques remarques

Bentham est un juriste qui n'est venu à la philosophie et à la philosophie du droit que par accident et par goût. Il a reçu une formation de juriste selon le modèle de son temps et le célèbre Blackstone (l'auteur des *Commentaries on the Laws of England* [10]) était son tuteur à Oxford. La théorie du droit qu'on lui enseignait ne lui plaisait guère. Bentham trouvait le langage juridique flou, fumeux, incertain, indécis, indistinct, nébuleux et vague. C'est, comme il le dira plus tard, un langage fait pour enrichir les avocats, pour tromper et opprimer le peuple. Il voulait le remplacer par un langage artificiel qui puisse éblouir par sa clarté et par sa brièveté.

Jeremy Bentham ne verra jamais ses plans et ses desseins grandioses de législation se réaliser. Il ira d'échec en échec. L'une des raisons de ses échecs est qu'il considérait que la *common law* était indigne d'être désignée comme droit. Si Bentham a perdu ce qu'il considérait être sa grande bataille, il a cependant gagné sur le plan de sa conception de langage juridique, du raisonnement juridique de même que sur celui du positivisme de la loi. Bentham a gagné de façon telle que ses conceptions ont largement façonné le droit contemporain.

Si nous pouvons facilement critiquer les propositions théoriques fallacieuses, farfelues et fautives de Bentham en ce qui concerne ce fondement épistémologique, il n'en demeure pas moins que le benthamianisme a eu le privilège, dans la pensée juridique, d'être évalué sur le bienfait de sa façon de penser le droit et nullement sur le bien-fondé de sa philosophie. Cette « victoire » se traduit par le fait que le droit perd toute connotation éthique ou simplement normative. Le droit ne peut plus faire référence à la sphère de normativité dans la société. C'est une science entièrement autotélique et neutre, où des questions comme l'intention d'un acte, la différence entre coupable et non coupable, les jugements partiaux et impartiaux, la distribution des ressources selon des critères de justice ou non, n'ont plus

10. William Blackstone, *Commentaries on the Law of England*, Oxford, 1765 ; repr., Chicago, 1979.

aucun sens. Ce sera à John Stuart Mill, sans jamais altérer le système de base, d'essayer de réconcilier l'utilitarisme avec la société.

John Stuart Mill et la reformulation de l'utilitarisme juridique

John Stuart Mill est le penseur central de la deuxième génération de l'utilitarisme juridique[11]. Sur le plan intellectuel, il aura autant d'influence que Bentham sur le droit, mais il y apportera une connotation « sociale » tout à fait nouvelle. Tandis qu'il convient de désigner les partisans de la première génération de l'utilitarisme comme des « philosophes radicaux »[12], la deuxième génération, inaugurée par John Stuart Mill, se désigne comme des partisans de l'« utilitarisme social ». Le libéralisme « sauvage » de Ricardo et de Bentham s'estompe à partir du milieu du XIX^e^ siècle et les revendications politiques des mouvements ouvriers placent le libéralisme devant un choix crucial : celui de prendre en considération leurs revendications et d'aménager un espace social ou de les refuser et de s'aliéner l'élan démocratique qui s'exprime dans ces mouvements. John Stuart Mill choisit la première voie et sera, de ce fait, obligé de repenser les relations entre l'individu et la collectivité, entre la liberté et l'autorité, entre l'utilité et le droit, autrement que selon la prétention « scientifique » de Bentham.

Stuart Mill ne veut pas porter atteinte aux principes fondateurs de l'utilitarisme, mais y juxtaposer des standards « éthiques » ou, mieux encore, autotéliques. Il cherche à refondre l'utilitarisme juridique et à y aménager un espace pour des valeurs individualistes côtoyant les principes utilitaristes. Nous analyserons d'abord la justification de l'utilitarisme et le principe du calcul du plaisir et de la peine. Nous nous attarderons ensuite sur les standards autotéliques qui sont censés guider l'utilitarisme. Finalement, nous examinerons brièvement les logiques binaires justice/droit et liberté/droit dans le renouveau utilitariste.

---

11. John Stuart Mill, *L'utilitarisme*, Paris, Flammarion, (Champs), 1993 ; *id.*, *De la liberté*, Paris, Gallimard, (Folio-Essais), 1990 ; *id.*, *Autobiographie*, Paris, Aubier, 1994. Voir Evelyne Griffin-Collart, « Égalité et Justice dans l'utilitarisme. Bentham, J.S. Mill, H. Sidgwick », dans *L'Égalité*, t. 1, Bruxelles, E. Bruylant, 1971, pp. 272-290, et *idem*, « Le principe d'utilité et d'égalité : Bentham et J.S. Mill », dans *Revue internationale de philosophie*, t. 25, 1971, p. 312-330.
12. Voir Elie Halévy, *La formation du radicalisme philosophique*, 3 volumes, Paris, Félix Alcan, 1901 ; republié par PUF, Paris, 1995, dans la collection « Philosophie morale ».

1. Justification de l'utilitarisme

En ce qui concerne la justification de l'utilitarisme, Stuart Mill choisit une argumentation *ad hominem*. Nous pouvons résumer son point de vue de la façon suivante. Le principe d'utilité démontre que les individus agissent de façon à maximiser leurs plaisirs. Nous pouvons ainsi demander aux individus si, effectivement, ils cherchent à maximiser leur plaisir. Comme nous savons intuitivement, selon Stuart Mill, que les individus en question répondront par l'affirmative, nous pouvons donc confirmer l'attitude utilitariste des personnes dans une situation d'action donnée. En fait, la justification de l'utilitarisme fait référence aux attitudes et aux habitudes sous-jacentes à l'action humaine relatives aux faits moraux de la société. L'utilitarisme est ainsi, selon Stuart Mill, fondé sur des faits empiriques de moralité sociale.

Or, de quel droit Stuart Mill peut-il prétendre que le plaisir représente le seul but recherché par l'homme ? Cette affirmation peut-elle être validée ? Selon Stuart Mill, la seule chose que nous pouvons empiriquement prouver est que les hommes cherchent effectivement leur propre « plaisir ». Il s'agit d'un principe de base et d'organisation qui nous permet de comprendre les autres phénomènes. Stuart Mill ne nie pas, pourtant, que les hommes aspirent à d'autres buts tels que l'argent, le pouvoir ou la vertu. Il considère, par contre, que la plupart des choses que nous espérons acquérir ne sont, à l'origine, que des moyens de maximiser notre plaisir. Il prétend que les moyens deviennent souvent, par la force des choses, le but lui-même. Se procurer de l'argent et le détenir devient plus important que de s'en servir. Être vertueux devient plus important que les objectifs moraux que l'homme tend à réaliser. En fait, l'argent, le pouvoir et la vertu sont valorisés comme si le moyen d'obtenir du plaisir était le plaisir même ou comme si ces moyens avaient une utilité propre[13]. Il s'agit ici du syndrome de Midas, un mécanisme psychologique assez connu. Ce syndrome permet à Stuart Mill d'immuniser d'un trait l'utilitarisme contre toute critique et contre toute théorie rivale en expliquant que ces dernières valorisent, par exemple, l'être vertueux. Nous pouvons facilement qualifier, du point de vue philosophique, cette justification de naïve. Elle permet pourtant à John Stuart Mill d'introduire ensuite une distinction entre le caractère intrinsèque du plaisir et celui du calcul de l'utilité.

13. J. Stuart Mill, *L'utilitarisme, op. cit.*, p. 103-114.

2. Le calcul de plaisir et de peine

Stuart Mill critique le calcul de l'utilité de Bentham et l'utilisation du « plaisir » comme unique motivation et unique valeur. Il constate que Bentham ne semble pas faire la différence entre un plaisir moralement bien et un plaisir moralement mauvais. Selon les critères de Bentham, le plaisir du sadique et le plaisir d'un médecin devant le progrès d'un patient peuvent être égaux. Nous remarquons cependant que, pour Mill, le plaisir du sadique est moralement mauvais et que le plaisir du médecin est moralement bon. Comme il le dit : « il vaut mieux être Socrate insatisfait qu'un imbécile satisfait[14] ». Mais pourquoi ? Parce que selon lui, la nature intrinsèque du plaisir est liée à la nature empirique de l'homme. Il affirme qu'une forme particulière de plaisir, à savoir le plaisir qui relève de nos capacités intellectuelles, spirituelles ou artistiques, est qualitativement supérieure à une autre forme de plaisir qui relève simplement d'un plaisir physique ou corporel.

Encore une fois, la raison est, pour Stuart Mill, d'ordre empirique. Des individus qui sont familiarisés à ces plaisirs supérieurs, qui en ont fait l'expérience, qui sont cultivés, préfèrent empiriquement une forme de plaisir à une autre. Aucune quantité d'un plaisir « bas » ne peut surpasser la qualité d'un plaisir « élevé ». Il existerait donc différentes « classes » ou catégories de plaisirs. Les plus estimables seraient les plaisirs de l'esprit et les moins estimables seraient les plaisirs corporels. Stuart Mill justifie ainsi l'existence d'une élite sociale qui doit guider le peuple, car celui-ci sera soumis uniquement à ses instincts « bas ». Cette élite, qui était déjà à l'œuvre chez Bentham, doit veiller surtout aux standards autotéliques.

3. Standards autotéliques d'une éthique utilitariste

Le troisième élément de la reformulation de l'utilitarisme de Stuart Mill, et sûrement révélateur quant à son intention sous-jacente, est l'introduction des standards autotéliques pour accompagner l'utilitarisme. Stuart Mill introduit deux catégories de standards autotéliques. D'un côté, l'intégrité individuelle, le respect de soi et la liberté et, de l'autre, le bien-être social. Il s'agit de valeurs autotéliques, c'est-à-dire de valeurs qui sont soi-disant vraies axiomatiquement et qui sont indépendantes, nonobstant qu'elles procurent ou non du plaisir ou de l'utilité. Soulignons que ce sont les résultats escomptés qui demeurent, comme chez Bentham, l'ultime mesure pour une action individuelle.

---

14. J. Stuart Mill, *L'utilitarisme, op. cit.*, p. 54.

Les standards autotéliques concernant l'individu, à savoir l'intégrité, le respect de soi et la liberté, ne représentent ainsi qu'un simple calcul arithmétique qui rend objectifs les résultats d'une action individuelle.

Cette constatation nous mène à réfléchir au caractère assez hybride du standard autotélique de « bien-être » qui concerne avant tout la question des objectifs des actions étatiques. Le standard de « bien-être » traite des conséquences des actes collectifs (les lois) sans qu'il ne soit jamais question d'une quelconque obligation : les standards autotéliques sont « vrais » dans le modèle de Stuart Mill, mais il n'y a jamais obligation d'instaurer une politique quelconque de « bien-être ».

Avec les trois changements apportés par la justification, par le calcul du plaisir et de la peine, ou encore par les standards autotéliques, J. Stuart Mill fait de l'utilitarisme un système beaucoup plus acceptable que celui de Bentham. Cependant, sa reformulation de l'utilitarisme repose sur des assises beaucoup plus fragiles. Il y a, quant à la signification même du projet de Mill, une ambiguïté philosophique profonde. Cette ambiguïté se concrétise d'ailleurs dans la relation qu'il établit entre la justice et le droit et entre la liberté et le droit.

4. Justice et droit

Stuart Mill cherche à relier le principe d'utilité au sentiment de justice. Ayant, comme nous avons pu le constater, justifié le principe de l'utilité en faisant référence aux faits moraux et aux habitudes des personnes, il affirme qu'il y a toutefois un certain nombre de sentiments de justice présents dans les comportements humains. Certes, Hume avait déjà insisté sur l'existence de tels sentiments et Mill ne fait que répéter ces arguments. Mais l'originalité du projet de Stuart Mill, c'est d'envisager ces sentiments de justice dans une complémentarité avec le principe de l'utilité :

> [...] j'estime que la pratique de la justice fondée sur l'utilité est la partie maîtresse, la partie incomparablement la plus sacrée et la plus obligatoire de toute la moralité. *Les mots justice* désignent certaines catégories de règles morales qui touchent de plus près aux conditions essentielles du bien-être humain et sont par suite plus rigoureusement obligatoires que toutes les autres règles pour la conduite de la vie. Et la notion d'un droit appartenant à l'individu, qui nous est apparue comme un élément essentiel de l'idée de justice, présente implicitement ce caractère d'obligation plus rigoureux et en porte témoignage.[15]

15. J. Stuart Mill, *L'utilitarisme, op. cit.*, p. 148.

Même si nous pouvons mettre en doute la cohérence de ce raisonnement, il sert toutefois de stratégie argumentaire pour Mill, d'abord pour relever une ambiguïté chez Bentham. Dans sa pensée, le droit s'étatise complètement et fait uniquement référence aux individus. De plus, et plus important encore, il conteste le fait que la perspective du bien-être humain soit juxtaposée à l'idée du droit.

Même si cette complémentarité réunit les sentiments de justice au principe de l'utilité, Stuart Mill affirme cependant que le principe de l'utilité tend souvent à prendre plus d'importance. Puisque les opinions sur la justice sont très variées, sinon antinomiques, Mill prétend que seul le critère de l'utilité peut mettre fin aux controverses sur le droit et la justice. En effet, le principe d'utilité ne peut être égal aux règles de justice que dans les cas où il existe un « équilibre intuitionniste » de ces principes chez les personnes de qualité « libérale » supérieure.

5. Liberté et droit

La réflexion de Stuart Mill au sujet de la relation entre la liberté et le droit a fait autorité et a largement déterminé la conception libérale de la relation entre droit et morale, de même que le sens du droit pénal. Si la justification de Bentham pour utiliser la loi afin de lutter contre les préjudices (les peines) est conditionnée empiriquement, la révolution de Mill consistera à transformer cette notion de « préjudice » en tenant compte d'un principe initial de liberté. Sa stratégie argumentaire est en apparence simple. Puisqu'il a enlevé toute légitimité aux principes non factuels, il peut ainsi affirmer que nous ne possédons aucune instance qui nous permet de juger les différentes opinions sur le bien observables dans les actions humaines. Le principe d'utilité nous enseigne, dans cette même veine, que tout contexte de choix doit être ouvert, égal et libre, précisément parce que c'est la liberté de choix qui assure la maximalisation des biens ou du bonheur. De cette façon, Mill interprète le principe de l'utilité en se référant à un principe abstrait de liberté.

La question des limites de cette liberté est encore plus importante chez Mill que la transformation du principe de l'utilité en principe fondamental de liberté. C'est ici qu'intervient le principe de « préjudice » (*harm*) à autrui. Mill affirme que les limites de la liberté s'établissent dans la constatation d'un préjudice encouru par une autre personne :

> [...] ce principe veut que les hommes ne soient autorisés, individuellement ou collectivement, à entraver la liberté d'action de quiconque que pour assurer leur propre protection. La seule raison légitime que puisse avoir une

communauté pour user de la force contre un de ses membres est de l'empêcher de nuire aux autres.[16]

Mill laisse le contenu ou le sens précis de ce principe de préjudice dans un flou artistique. C'est un principe de censure qui est lui-même ouvert au changement intervenu dans les faits de moralité humaine. Ces faits, constatés empiriquement et que nous avons étudiés plus tôt, seront ainsi associés au principe de l'utilité qui, en apparence, trace les frontières entre liberté et droit. Les catégories de plaisir interviennent dans cette systématique pour soumettre le principe de préjudice au processus de cognition que l'élite éclairée et de caractère peut « juger » utile pour sauvegarder la liberté de base. Il est sans doute inutile d'ajouter que l'idéologie même des juristes des XIX^e^ et XX^e^ siècles a placé l'élite éclairée dans une telle position.

Résumons la conception de J. Stuart Mill sur le droit en disant que la complémentarité entre le principe de l'utilité et les principes de justice et de liberté est bien problématique. Il ne faut cependant pas oublier que la force de sa conception du droit ne vient pas de cette conception seule, mais plus précisément du raisonnement juridique de base de l'utilitarisme juridique. C'est ce raisonnement de base qui permet d'« opérationnaliser » la complémentarité ambiguë du principe de l'utilité avec le principe de justice et de liberté. C'est cependant l'utilitarisme de principe (*rule utilitarism*) du XX^e^ siècle qui, en faisant intervenir la philosophie pratique de Kant, réussit à enlever l'ambiguïté sans porter atteinte au raisonnement juridique de base[17].

6. Quelques remarques

John Stuart Mill est un philosophe dont la sensibilité est très différente de celle de Bentham. La scientificité rigoureuse, voire brutale, de Bentham est loin de la pensée ambiguë, équivoque et ambivalente de John Stuart Mill. C'est Mill qui entraîne l'utilitarisme, comme le libéralisme, vers un ethnocentrisme frôlant le racisme. C'est également lui qui confine l'utilitarisme et le libéralisme dans une tour d'ivoire intellectualiste qui aura une conséquence désastreuse à la fin du XIX^e^ siècle.

Soulignons que l'importance de l'utilitarisme vient aussi du fait qu'il a été développé à l'intérieur du libéralisme. Une telle affirmation nous interdit de traiter le libéralisme et l'utilitarisme comme deux entités différentes,

16. J. Stuart Mill, *De la liberté, op. cit.*, p. 74.
17. Voir John Rawls, « Two Concepts of Rules » dans *Philosophical Review*, vol. 64, 1955, p. 3-32.

comme certains philosophes libéraux veulent le faire aujourd'hui[18]. En fait, l'avènement de la « philosophie radicale » de Bentham et des benthamiens sonne le glas du libéralisme classique de Locke. L'utilitarisme, qui se développait à l'origine dans le cœur même du libéralisme classique, transforme, change, façonne le libéralisme classique et fonde le libéralisme contemporain. La question de « neutralité » si chère au libéralisme contemporain, comme la base d'un raisonnement libéral, remplace l'obligation de tolérance culturellement fondée du libéralisme classique. L'importance du choix, également si crucial au libéralisme contemporain, est issu du modèle de raisonnement de base de l'utilitarisme. Or, par cette superposition, sinon par cette fusion, les aspirations philosophiques de l'utilitarisme ont remplacé, sur le plan philosophique, les paradigmes historiques du libéralisme classique par ceux de l'utilitarisme. L'utilitarisme a donc obtenu une existence paradigmatique à l'intérieur du libéralisme contemporain.

L'existence paradigmatique de l'utilitarisme ou, plus simplement, les leçons venues de l'utilitarisme et fondées à l'intérieur du libéralisme, a conduit le projet moderne du droit dans une direction spécifique. Ainsi, aucun des mouvements de l'émancipation de l'homme du XIX^e siècle n'a pu voir dans le libéralisme autre chose qu'un obstacle à surmonter, avec les conséquences néfastes que nous connaissons.

Réflexions critiques sur l'utilitarisme juridique

Formulons maintenant quelques réflexions critiques sur l'utilitarisme juridique. Pourquoi l'utilitarisme mène-t-il à des impasses philosophiques et comment ces impasses nous empêchent-elles de concevoir la place et le rôle du droit dans les sociétés modernes et pluralistes ? Nous voulons insister sur deux aspects, d'abord sur le fait que le raisonnement utilitariste est un raisonnement bâti sur une conception préétablie du Bien et, ensuite, sur le fait que le raisonnement utilitariste condamne le droit à une stérilité infructueuse et aveuglante à l'égard de l'histoire et de la culture.

1. Une conception du Bien

En fait, aussi bien chez Bentham que chez Stuart Mill, le bonheur pour l'humanité prime toute autre considération. Le bonheur représente pour eux le Bien suprême et le raisonnement utilitariste représente la Vérité pour l'atteindre. Le principe sur lequel reposent le droit et l'État n'est que l'utilité en tant que Bien suprême pour tous. Tout le raisonnement utilitariste

18. Will Kymlicka, *Contemporary Political Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1990.

converge vers cette Vérité et fait de celui qui le conteste un ennemi de l'humanité. On comprend pourquoi l'utilitarisme est devenu, et reste chez plusieurs de ses partisans, une sorte de substitut religieux ou, carrément, un système religieux sans transcendance.

Le droit tel qu'il s'est établi dans la culture occidentale cherchait avant tout la justice. La question de justice est la valeur ou l'objectif contrefactuel qui anime la culture juridique occidentale depuis la Grèce antique. Cette conception de justice a, par ailleurs, toujours été conjuguée avec une conception non déterminante du Bien mis au service de la justice. Or, l'utilitarisme ne donne place qu'à une conception du Bien qui se prétend « scientifique » et, par conséquent, il n'y a pas vraiment de place pour la question de justice.

2. Stérilité de l'utilitarisme

L'utilitarisme s'interdit de thématiser la pensée juridique à partir de l'histoire et de la culture, à l'égard des forces « collectives » et de la politique. L'utilitarisme met en œuvre une rationalité théorique et répugne la dimension pratique. Examinons brièvement chacun de ces thèmes.

La dimension abstraite du raisonnement utilitariste crée une incapacité de concevoir le droit comme faisant partie intégrante de l'histoire et de la culture ou, en d'autres mots, une incapacité d'accepter que le droit est toujours « situé » concrètement dans des contextes historiques et culturels. C'était d'ailleurs ces contextes concrets qui constituaient, dans la pensée libérale classique des XVII^E et XVIII^e siècles, le tremplin pour penser l'universalité du droit. L'utilitarisme juridique, par contre, en « scientifisant », particularise la pensée juridique et toute perspective universaliste devient suspecte.

Ensuite, à l'égard des forces « collectives », ou plus précisément des forces sociales anonymes, il convient de souligner que le modèle de raisonnement de base de l'utilitarisme propage un individualisme, un atomisme extrême. Il n'existe que des personnes et des choses et nullement des idéologies, des ordonnancements symboliques ou des systèmes économiques. L'utilitarisme juridique se construit comme un aveuglement des forces sociales anonymes, mais tout aveuglement exige que nous laissions ces forces libres, même si elles peuvent porter atteinte aux valeurs humaines fondamentales.

Enfin, en matière de la politique, il faut se rappeler que le modèle de raisonnement de base de l'utilitarisme ne reconnaît que les personnes et les choses et non la société comme un agrégat de personnes anonymes. La

politique et les choix politiques sont donc exclus d'une thématisation à l'égard du droit. Il n'y a pas de luttes politiques. Il n'y a pas d'opinions ou d'intérêts structurés selon l'ordre du symbolique, de l'idéologie ou de l'enracinement culturel. L'utilitarisme introduit une conception de la société qui nie le droit comme lutte entre égaux au profit d'une conception antijuridique et irénique. Il en résulte aussi une conception préschmittienne d'ami et d'ennemi.

Tous ces éléments nous permettent de réitérer notre jugement : l'utilitarisme juridique nous mène à un aveuglement vis-à-vis de la complexité du droit et à l'égard du rôle et de la fonction du droit dans une société. En fait, l'utilitarisme juridique a, souvent par le biais du libéralisme, mis de l'avant un monologue biaisé sur l'autonomie, sur le choix, sur l'individualité, sur la liberté, sur la rationalité stratégique ou téléologique et sur le progrès, tout en étant un discours obsessionnel de l'anti-tradition, de l'anti-coutume, de l'anti-conformité et de l'anti-communauté qui a obstrué l'horizon disponible au droit. Même s'il prétend soutenir la valeur de diversité ou de différence, l'utilitarisme conduit plutôt l'entreprise humaine dans les impasses d'une fausse assurance de scientificité et de rationalité stratégique. L'utilitarisme juridique nous donne une certitude prétendument « scientifique », alors que nous devrions plutôt assurer de façon réflexive le destin du droit.

Il n'y a, selon nous, pas de place pour l'utilitarisme dans un processus de réflexion du droit. Il faut penser le droit de façon à combiner les différents aspects de la vie sociale et à envisager un horizon normatif indispensable à celui-ci. La perspective d'une telle théorie dépasse l'aveuglement de l'utilitarisme.[19]

Conclusion

Reprenons, en terminant, les éléments que nous considérons comme les acquis les plus importants de notre analyse. Nous avons d'abord insisté sur la façon dont l'utilitarisme juridique a participé au grand projet de modernisation du droit annoncé par la modernité juridique. Nous avons également souligné que l'utilitarisme était, avant tout, un mouvement de réfor-

19. Voir Bjarne Melkevik, « Le modèle communicationnel en science juridique : Habermas et le droit », dans (1990) 31, *Les Cahiers du droit*, p. 901-915, et *idem*, « Transformation du droit : le point de vue du modèle communicationnel », dans (1992) 33, *Les Cahiers du droit*, p. 115-139 ; repris dans Jean-Guy Belley et Pierre Issalys, *Aux frontières du juridique. Études interdisciplinaires sur les transformations du droit*, Québec, GEPTUD, 1993, p. 111-135.

mes sociales et juridiques qui affirmait la perspective épistémologique du droit. Nous avons insisté sur le fait que l'utilitarisme juridique nous mène à un aveuglement, qu'il nous interdit d'ouvrir les yeux et d'examiner l'histoire, la culture et les sphères symboliques de la société afin de faire le droit. Il nous interdit de voir que le droit s'exerce de façon communicationnelle dans la société et que le droit n'est pas artifice mais communication pratique.

Personne ne sera surpris de savoir que nous considérons que le projet utilitariste constitue un faux pas philosophique, une expérience philosophique grandiose qui ne pourrait connaître de lendemain sans le sacrifice de la dimension normative du droit. Même si les différents systèmes de l'utilitarisme du XX^e siècle, comme l'utilitarisme de principe ou l'école « droit et économie », ne font pas l'objet de cet article, nous croyons que cette affirmation est aussi valable pour ces systèmes.

L'utilitarisme, dans le domaine du droit, représente un système fait pour gouverner, pour planifier et pour administrer. C'est un système qui traite les hommes comme des « choses » et ne nourrit que notre fascination moderne pour un droit bureaucratique.

La responsabilité devant la mort
Sue Rodriguez devant la Cour suprême du Canada*

Au cours des dernières décennies, il était d'usage au Québec d'employer l'expression bien connue : nos « juges sont nos juristes ». Cette formule renvoyait à l'idée que les personnes « habilitées à prononcer des décisions juridictionnelles étaient aussi celles qui étaient le plus en mesure de parler du droit, de l'expliquer, de l'enseigner, voire d'en faire la théorie »[1]. Toutefois, la fonction de magistrat a connu une évolution significative qui permet aujourd'hui d'affirmer que nos juges sont également devenus nos « philosophes du droit », en statuant notamment sur les représentations ultimes des valeurs sociales. En effet, il est évident que les décisions judiciaires constituent maintenant un tremplin important qui permet de faire progresser et triompher certaines positions de philosophie du droit. À cet égard, l'arrêt Sue Rodriguez, rendu par la Cour suprême du Canada en 1993, représente un cas de figure exemplaire de cette tendance selon laquelle la construction des droits fondamentaux est devenue indissociable de la philosophie du droit.

À partir de ce constat, qui nous servira de cadre d'analyse, il est possible de formuler une réflexion utile sur ce jugement sous l'angle de la philosophie

---

* Conférence prononcée au Séminaire international de philosophie pénale à Paris, le 13 décembre 1995, organisé par l'Équipe internationale interdisciplinaire de philosophie pénale (section du Centre de philosophie du droit, Paris II). Le thème du séminaire était « Responsabilité et culpabilité ». Publié dans la *Revue internationale de philosophie pénale et de criminologie de l'Acte*, nos 7-8, 1996, p. 87-101.

1. Christian Atlas, *Savoir des juges et savoir des juristes. Mes premiers regards sur la culture juridique québécoise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, série : McGill Legal Studies no 6, 1990, p. 20.

du droit. La question est de savoir si l'interdiction de l'aide au suicide, prévue dans le Code criminel canadien, va ou non à l'encontre de la Charte canadienne des droits et libertés. Dans l'affaire Rodriguez, et au terme de l'ensemble des délibérations, la majorité des juges (cinq contre quatre) s'est prononcée en faveur de la constitutionnalité de l'interdiction, alors qu'une puissante minorité, soutenue par le juge en chef, aurait voulu rendre légitime l'aide au suicide. Comme nous le constaterons, la formulation ainsi que l'articulation de la requête de Mme Rodriguez, sur le plan juridique, font de cette affaire sans précédent un cas unique et exemplaire à bien des égards. Nous croyons que ce cas sera d'ailleurs amplement commenté sur le plan jurisprudentiel[2].

Nous nous proposons de faire une analyse des thèses défendues dans le cadre de ce jugement. Leur évaluation nous permettra de dégager les principaux éléments de raisonnement à l'origine de la divergence engendrée par le jugement jurisprudentiel. Notre objectif est de faire valoir les positions défendues tant par les partisans de l'autonomie de la volonté et de l'égalité que par les promoteurs de la vie et de la dignité humaine, tout en tenant compte de la capacité de chacune des approches à répondre à l'exigence d'un ordre juridique. Nous exposerons ensuite quelques réflexions que nous inspire cette affaire. Cependant, avant d'aborder concrètement l'arrêt en question, il nous paraît essentiel d'expliquer brièvement le cas.

Le cas de Sue Rodriguez : la liberté de choix

Madame Sue Rodriguez est atteinte, à l'âge de 42 ans, d'une maladie incurable et dégénérative (la sclérose latérale amyotrophique, SLA, aussi désignée sous le nom de maladie de Lou Gehring). M^me^ Rodriguez vivait alors en Colombie-Britannique, au Canada, en compagnie de son époux et de son garçon de huit ans et demi. Au moment du procès, son espérance de vie était de 2 à 14 mois. Son état de santé se détériorait rapidement, ce qui devait, de façon irréversible, la rendre incapable d'avaler, de parler, de marcher et de bouger sans aide. À ces graves difficultés devaient suivre une perte d'autonomie respiratoire et la nécessité de subir des gastrotomies afin de s'alimenter et, finalement, l'obligation de demeurer alitée en permanence et de dépendre totalement des machines et de son entourage pour assurer l'ensemble de ses fonctions corporelles. Bien que M^me^ Rodriguez ait en tout temps été capable de comprendre ce qui lui arrivait, l'évolution de sa maladie laissait prévoir une mort prochaine à la suite d'un étouffe-

2. Voir *Revue de droit de McGill*, vol. 39, n° 3, octobre 1994, chroniques de jurisprudence consacrées à l'affaire Rodriguez. p. 602-724.

ment, d'une suffocation ou d'une pneumonie, causée par l'aspiration d'aliments ou de sécrétions.

Confrontée à une situation de plus en plus insoutenable, M^me^ Rodriguez a finalement engagé une procédure judiciaire afin d'obtenir la possibilité, lorsqu'elle le jugerait souhaitable, de se suicider (à l'instar de toute personne non handicapée désireuse de mettre un terme à ses jours), avec l'aide d'une tierce personne. Toutefois, la requérante déclarait vouloir jouir de la vie aussi longtemps qu'elle le pourrait, repoussant ainsi la date de son suicide médical au moment où elle se considérerait physiquement incapable de réaliser un tel souhait sans le concours d'un tiers habilité à l'aider. Cette demande sans précédant concernait donc la période prévisible où Mme Rodriguez n'aurait plus aucun contrôle sur son corps, mais aurait toutefois, pour seule faculté résiduelle, la volonté de décider du moment de son décès, sans pour autant pouvoir physiquement réaliser ce souhait.

Il est essentiel de rappeler qu'en vertu de l'article 241 b), le Code criminel canadien interdit formellement l'aide au suicide. En effet, les dispositions de la loi stipulent que toute personne qui aide ou encourage quelqu'un à se donner la mort est coupable d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de quatorze ans. Par ailleurs, l'article 14 du même Code invalide tout consentement fait par une personne en ce qui concerne cette infraction. Sur le plan du droit positif, la réponse à la requête de Sue Rodriguez était ainsi des plus prévisibles.

Toutefois, conformément au système juridique canadien, le Code criminel canadien demeure soumis à une Charte des droits et libertés enchâssée dans la Constitution. Ainsi, toute règle de droit contraire aux droits et libertés fondamentales des citoyens doit nécessairement être déclarée *ultra vires*. Sue Rodriguez a donc voulu abroger l'article 241 b) *ultra vires*, en raison du caractère discriminatoire et contraire au souci de « justice fondamentale » de cette loi qui portait atteinte à ses droits, pourtant garantis par ladite Charte en vertu des articles 7 et 15[3].

---

3. L'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés stipule : « Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne ; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. »
En vertu de l'article 15, « la loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques».
Au sujet de la Charte canadienne, voir Henri Brun et Pierre Brun, *Chartes des droits de la personne. Législation, jurisprudence et doctrine*, Montréal, Wilson et Lafleur Ltd, (Collection : Alter Ego), 8^e^ édition, 1995.

Les procédures engagées ont donc débouché sur un conflit juridique exemplaire, opposant une citoyenne qui réclamait le respect de ses droits fondamentaux aux contraintes imposées par le Code criminel. Il est bon de rappeler qu'il ne s'agissait pas là d'une poursuite criminelle et qu'il n'était même pas certain, à la lumière des faits, que des accusations seraient portées contre qui que ce soit. De plus, aucune partie ne pouvait garantir qu'à la suite de ses démarches, M^me^ Rodriguez pourrait bénéficier d'une assistance pour se suicider au moment de son choix. L'image de cette femme, clouée dans un fauteuil roulant et confrontée à un destin implacable, n'a pas manqué de soulever une sympathie exceptionnelle de la part de la population. La « Société pour le droit à la mort », créée dans la foulée de ce mouvement de sympathie, a d'ailleurs fait prévaloir un « droit » qui nous permettrait de choisir l'heure de notre propre mort.

Après cette brève mise en situation, analysons maintenant le point de vue de la tendance minoritaire de la Cour suprême dont l'argumentation repose sur le droit d'une égalité devant la mort.

L'égalité devant la mort : les arguments de la minorité

Le juge en chef Antonio Lamer est le premier à avoir jeté les fondements du discours soutenu par la faction minoritaire de la Cour suprême du Canada[4]. Les juges L'Heureux-Dubé, McLachlin et Cory ont par la suite appuyé le raisonnement du juge Lamer, tout en y ajoutant quelques précisions. Au-delà des subtilités et des stratégies visant l'aménagement futur de la jurisprudence, les quatre juges ont structuré le fond de leur argumentation sur la question essentielle de l'égalité, étroitement liée aux décisions et aux choix individuels au cours de la vie ou face à la mort. Dans les sociétés occidentales, cette notion symbolise à la fois une valeur inaltérable et une finalité.

Examinons plus en détail les arguments avancés par le juge en chef Lamer qui commentait l'article 241 b) du Code criminel comme suit :

> « [...] j'estime que les personnes handicapées qui sont ou seront incapables de mettre fin à leur vie sans assistance font l'objet d'une discrimination par l'effet de cette disposition puisque, contrairement aux personnes capables de se donner la mort, elles sont privées de la possibilité de choisir le suicide[5]. »

---

4. Voir Recueil des arrêts de la Cour suprême du canada (cité comme R.C.S.), (1993) 3 R.C.S. p. 530 à 581 (Lamer) ; cf. pages 616 à 629 (McLachlin) et pages 629 à 631 (Cory).
5. (1993) 3 R.C.S. p. 544.

Le juge en chef soutenait donc que l'interdiction de l'aide au suicide créait une inégalité et une discrimination injustifiables, en empêchant des personnes handicapées de se suicider en ayant recours à une assistance dans le respect de la légalité, alors que, parallèlement, tout individu capable de mettre fin à ses jours sans assistance pouvait le faire sans contrevenir à aucune loi.

Il nous est possible, en examinant davantage la méthodologie accréditant cette thèse, de clarifier deux aspects fondamentaux de la pensée du juge Lamer. En premier lieu, le juge Lamer était d'avis que la question de la validité de l'interdiction au suicide devait être analysée sous l'angle des effets de la loi, seuls capables d'en déterminer la nature discriminatoire[6]. En insistant sur les effets présumés discriminatoires de l'interdiction de l'aide au suicide dans le cas de M^me^ Rodriguez, le juge Lamer rejetait ainsi implicitement l'analyse de la loi comme position normative, faisant de celle-ci un acteur du droit en l'associant à l'État. Cette façon de raisonner, dont la paternité intellectuelle revient à l'utilitarisme, implique donc que le principal enjeu n'est rien d'autre que la capacité de Mme Rodriguez de décider de façon autonome et responsable de la conduite de sa vie.

Par la suite, le juge Lamer a introduit la question de l'aide au suicide dans une logique individualiste où il n'y aurait en fait qu'une personne confrontée à une situation de choix simple. Dès lors, un tel choix pourrait-il lui procurer le bénéfice recherché ? Ou plus simplement, les conséquences de son acte seraient-elles susceptibles de servir ses intérêts matériels ? Ainsi, selon le juge Lamer, la question de savoir si l'interdiction de l'aide au suicide était discriminatoire ou non devait être envisagée avant tout sous l'angle des effets générés au niveau de l'individu ou du groupe concerné. Cette réflexion, qui met l'accent sur une méthodologie de l'acteur au détriment du sens normatif de la loi concernée, soulève donc une question fondamentale quant au cas de M^me^ Rodriguez : le « droit » au suicide est-il un « bénéfice » aux yeux de la requérante ?

La méthodologie de l'action et la perspective subjectiviste prennent, dans ce cas précis, une importance capitale. Alors qu'une telle approche se justifie amplement dans des cas « moralement neutres » où le droit cherche plutôt une solution technique (dans des situations normales de droit où il existe deux acteurs en conflit et un ordre normatif pour régler la controverse), la situation est tout autre dès que la norme elle-même est contestée. Ainsi, la loi interdisant l'assistance au suicide ne serait-elle pas un acteur ? Il est vrai que les fondements méthodologiques sur lesquels reposait la

6. *Op. cit.*, p. 547 s.

question de savoir si l'interdiction de l'aide au suicide pouvait être discriminatoire ou non avaient de fortes chances de susciter la réaction attendue. Ainsi, le juge Lamer affirmait :

> « Cette disposition crée en effet une inégalité puisqu'elle empêche les personnes physiquement incapables de mettre fin à leur vie sans aide de choisir le suicide, alors que cette option est en principe ouverte au reste de la population. Cette inégalité est en outre imposée aux personnes incapables de mettre fin à leur vie sans assistance, en raison d'une déficience physique. »[7]

Deux thèses avancées par le juge Lamer et les juges minoritaires permettent toutefois d'expliquer davantage ce raisonnement. La première concerne le caractère paradigmatique que prend la notion du « choix » dans le raisonnement, comme l'ont fait remarquer les juges McLachlin et L'Heureux-Dubé :

> « À [notre] avis, on ne peut justifier de priver Sue Rodriguez d'un choix dont d'autres disposent. [...] Ce régime a pour effet de refuser à certaines personnes le droit de mettre fin à leur vie pour la seule raison qu'elles en sont physiquement incapables. De ce fait, Sue Rodriguez est privée du droit à la sécurité de sa personne (le droit de prendre des décisions concernant son propre corps et qui n'affectent que son propre corps) d'une manière qui enfreint les principes de justice fondamentale et qui, par conséquent, viole l'art. 7 de la Charte. »[8]

Conformément à cette interprétation, la loi n'aurait pas dû priver M^me^ Rodriguez d'un choix dont d'autres disposaient. Ce présumé droit est relié à la liberté dont tout individu est censé disposer à l'égard de son corps. L'article 241 b) du Code criminel ne permettant pas à Sue Rodriguez une telle liberté, il pouvait donc être jugé arbitraire envers les personnes handicapées. Sur la base d'un tel raisonnement, la loi, perçue comme un acteur, imposait une position paternaliste et empêchait un autre acteur du droit de disposer de sa propre liberté d'action.

La seconde approche rejoint ce que nous désignerons ici sous le nom de « thèse d'équivalence »[9]. Cette dernière postule qu'il y a aucune différence morale majeure entre un décès résultant du refus d'un patient de se faire traiter médicalement et l'aide au suicide comme telle. Le juge Cory a clairement formulé cette thèse de la manière suivante :

> « Je ne vois aucune différence entre le fait de permettre à un malade sain d'esprit de choisir de mourir avec dignité en refusant un traitement et le fait

7. *Op. cit.*, pp. 549-550.
8. *Op. cit.*, p. 617.
9. *Cf.* James Rachels, *The End of Life : Euthanasia and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1986.

> de permettre à un malade sain d'esprit mais physiquement en phase terminale de choisir de mourir avec dignité en arrêtant le traitement qui lui permet de survivre, même si, du fait de son incapacité physique, cette mesure doit matériellement être prise par quelqu'un d'autre selon ses instructions. De même, je ne vois aucune raison de ne pas permettre aussi qu'un malade en phase terminale et sur le point de mourir puisse mettre fin à ses jours par l'intermédiaire de quelqu'un, comme l'a suggéré Sue Rodriguez. Le droit de choisir la mort est offert aux malades qui ne sont pas physiquement handicapés. Il n'existe aucune raison de refuser ce choix à ceux qui le sont. »[10]

Le juge en chef Lamer a approuvé cette thèse en affirmant ce qui suit :

> « Une des conditions énoncées par le juge en chef McEachern est que l'acte qui mettra fin à la vie de l'appelante soit le sien et non l'acte de quelqu'un d'autre. Bien que cette condition convienne à sa situation actuelle, puisqu'on peut mettre en place un mécanisme qui lui permettra de causer sa propre mort, malgré ses capacités physiques limitées, pourquoi lui interdire l'option de choisir le suicide si son état se détériorait au point de ne plus être physiquement capable de pousser un bouton ou de souffler dans un tube ? C'est certainement dans de telles circonstances que l'aide est la plus indispensable. Étant donné que M^me^ Rodriguez n'a pas demandé d'ordonnance de ce type, j'ai n'ai plus besoin de trancher cette question en l'espèce. Je préfère donc de laisser la résolution de cette question à plus tard. »[11]

La thèse de l'équivalence, qui privilégie le respect du choix individuel ainsi que son corollaire, la mort voulue, sans tenir compte des raisons qui motivent un tel choix, est ainsi devenue le fer de lance du raisonnement de la faction minoritaire de la Cour suprême dans l'affaire Sue Rodriguez. Sur le plan du raisonnement juridique, il est toutefois nécessaire d'analyser les raisons sous-jacentes aux actes posés. Il est d'usage, en droit criminel, d'évaluer la question du *mens rea* ainsi que la bonne foi en droit des obligations. Conformément à cette forme de raisonnement, nous pourrions soutenir qu'il existe une différence marquée entre la demande de débranchement de l'appareil qui maintient une personne en vie et le suicide assisté. Alors que la première option correspondrait à laisser la nature suivre son cours, la seconde semble s'opposer à la vie par une décision qui fixe l'heure de la mort. Si l'une peut être conçue comme un acte visant à préserver la dignité humaine d'une fin dégradante (tel que mourir relié à des machines), l'autre constitue un acte qui réclame une intervention qui cause une mort délibérée. Certes, la différence peut paraître subtile, mais elle est quand même là, à l'échelle de la formulation sémantique.

---

10. *Op. cit.*, p. 631.
11. *Op. cit.*, pp. 578-579.

En fait, la thèse d'équivalence a permis à la minorité de faire valoir que la demande de M^me^ Rodriguez relevait de sa liberté de choix, à l'instar de toute autre personne. Tout comme la tendance majoritaire de la Cour suprême, nous contestons cette thèse, car il est évident qu'en aucun cas M^me^ Rodriguez n'a revendiqué l'égalité de choix, mais bien la reconnaissance d'une option pour la mort. Ce qui tend à réintroduire une question normative évacuée du débat par les juges minoritaires : quelles sont les avenues possibles, que devrions-nous faire ? Après avoir présumé l'existence d'une discrimination, il restait au juge Lamer à évaluer si celle-ci pouvait quand même être justifiée dans une société libre et démocratique. En fait, il s'agissait là du test ultime dans l'ordre juridique canadien relativement à la validité constitutionnelle des lois. En ayant présenté M^me^ Rodriguez comme la victime d'un paternalisme exercé par le Code criminel, le juge Lamer n'a pas eu de difficulté à conclure qu'une discrimination imposée arbitrairement et source de préjudices pouvait difficilement être considérée comme une valeur dans une société libre et démocratique.

Si la faction minoritaire était parvenue à faire triompher ce point de vue, la population canadienne aurait subitement eu accès à un droit à l'euthanasie le plus ouvert et le plus permissif du globe, notamment en vertu de trois aspects spécifiques du discours soutenu par cette tendance. D'abord parce que la minorité plaidait pour un vrai « droit », un droit fondamental constitutionnalisé. Cela nous éloigne de la solution néerlandaise qui annonce une restriction préalable à la poursuite judiciaire dans des cas précis et selon une procédure stricte. Ensuite, nous n'observons aucune restriction sur le plan des personnes autorisées à pratiquer l'aide au suicide. La minorité a plaidé pour le droit de quiconque de pratiquer l'euthanasie sans limitation, alors que l'approche néerlandaise accorde ce privilège uniquement aux médecins et les met à l'abri de poursuites judiciaires. Finalement, bien que la décision traite du cas particulier de Sue Rodriguez et des handicapés atteints de maladies incurables et mortelles, il faut souligner que le droit en question concerne juridiquement et philosophiquement la liberté de choisir le moment de sa propre mort. Il y a ainsi une forte dichotomie entre le droit à l'euthanasie dans ce cas spécifique et un droit à l'euthanasie constitutionnalisé.

Sans aucun doute, le triomphe de cette thèse aurait inévitablement provoqué un bouleversement radical dont les répercussions auraient été immédiates, en transformant le débat sur le suicide assisté dans tous les pays occidentaux. Toutefois, ainsi que nous l'avons souligné précédemment, ces motifs reposent entièrement sur la méthodologie adoptée. En fait, la mé-

thodologie de l'action a pour effet de programmer les réponses en vidant de leur essence les questions normatives, ce qui affaiblit considérablement l'argumentation invoquée.

La dignité humaine et la mort : les arguments de la majorité

Les cinq juges membres de la faction majoritaire se sont essentiellement appuyés sur une argumentation formulée par le juge Sopinka. En se reportant au même article de la Charte invoqué par les magistrats de la minorité, les juges majoritaires ont abouti à une conclusion opposée. Chose curieuse, ces derniers ont toujours accepté la construction juridique de la question telle que définie par le juge Lamer afin de résoudre le problème. Mais c'est en insistant uniquement sur la notion de dignité humaine que les juges majoritaires ont structuré leur argumentation. Il est donc indispensable d'examiner ce principe de base avant d'analyser les arguments spécifiques.

Le droit à la liberté demeure étroitement lié à la notion de dignité humaine. En effet, le droit de prendre des décisions fondamentales sans intervention de l'État constitue un aspect essentiel de la dignité humaine qui confère ainsi à l'individu une marge d'autonomie dans la prise de décisions touchant sa vie privée et dont l'importance est fondamentale pour sa personne. L'État a ainsi l'obligation de respecter les décisions personnelles de ses citoyens. En se basant sur la formule du philosophe du droit Ronald Dworkin selon laquelle la vie humaine possède une valeur intrinsèque qui est « sacrée et inviolable », le juge Sopinka met l'accent sur une dimension essentielle : la dignité humaine[12]. Bien entendu, le caractère « sacré de la vie » est conçu d'un point de vue laïc et non religieux, mais il constitue le fondement général de la vie de la communauté qui s'affirme et fait ses choix selon le principe du respect de la vie d'autrui. La vie acquiert ainsi un caractère normatif de base pour chaque individu ; la dignité humaine fait référence à la fois à l'humanité et à la société dans un projet de « vie communautaire ».

La demande de Sue Rodriguez allait à l'encontre d'une telle pensée. Comme l'expliquait Sopinka : « [...] la vie, comme valeur, entre en jeu dans le cas du malade en phase terminale qui demande à choisir la mort plutôt que la vie[13] ». Dans cette perspective, le projet de M^me^ Rodriguez n'était pas de vivre « ensemble » avec d'autres, mais plutôt de sortir de

12. *Op. cit.*, p. 585. *Cf.* Ronald Dworkin, *Life's Dominion : An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, New York, Knopf, 1993.
13. *Op. cit.*, p. 586.

cette vie. Ceci constitue en fait le non-dit de sa requête. Ce point de vue marginalise donc la question du choix en tant qu'affirmation ou non de l'autodétermination et valorise plutôt le respect de la vie comme fondement des communautés humaines. Ainsi, ce raisonnement s'oppose au postulat soutenu par la tendance minoritaire, et implique que la dignité humaine n'appartient pas « à l'intéressé seulement »[14], mais constitue une composante du système juridique. Sur ce plan, la requête de M^me^ Rodriguez est entrée inévitablement en conflit avec les autres composantes de l'ordre juridique qui reposent, quant à elles, sur un droit qui est au service du respect de la vie dans un sens social.

Comme nous pouvons le constater, cette approche nous éloigne quelque peu des conceptions kantiennes d'obligation et de **devoir,** qui rejettent le suicide et, plus encore, l'aide au suicide[15]. En fait, le raisonnement de la majorité repose davantage sur les fondements mêmes de l'interdiction du suicide assisté et sur un souci de pondération des intérêts en question. Toutefois, il est bon de préciser qu'une telle pondération n'est pas exclusivement construite sur l'opposition entre l'individu et l'État, mais plutôt sur la façon idéale d'assurer l'humanisation de l'espace social. À cet égard, si la tendance majoritaire se distancie de Kant quant au devoir, elle approuve toutefois la notion de la vulnérabilité ou de la fragilité de l'homme.

En définitive, il fut admis que la vie humaine (à la fois fragile et vulnérable) devait être considérée comme une valeur à la fois sociale et juridique, et que l'État se devait de protéger cette valeur à tout prix. Le juge Sopinka a soutenu cet argument en le formulant comme suit :

> « L'alinéa 241 b) vise à protéger la personne vulnérable qui, dans un moment de faiblesse, pourrait être incitée à se suicider. Cet objectif, fondé sur l'intérêt de l'État à la protection de la vie, traduit la politique de l'État suivant laquelle on ne devrait pas dévaloriser la valeur de la vie humaine en permettant d'ôter la vie. Cette politique trouve son expression dans les dispositions de notre **Code criminel** qui interdisent le meurtre et d'autres actes de violence contre autrui, indépendamment du consentement de la victime, ainsi que dans la politique qui interdit la peine capitale [...]. »[16]

Cette interprétation de la loi rend donc caduque la thèse d'équivalence entre le refus du traitement thérapeutique et le suicide assisté préconisé par la tendance minoritaire. L'ordre juridique, défenseur de l'intérêt général et promoteur de la vie, rend l'interdiction au suicide assisté préférable à une

14. *Op. cit.*, p. 590.
15. Emanuel Kant, *Métaphysique des mœurs*, t. 1, Paris, GF-Flammarion, 1994, p. 65.
16. *Op. cit.*, p. 595.

loi ou à une jurisprudence qui risquent de ne pas prévenir les abus de façon adéquate. Le droit régit ainsi des actes sociaux, tels que l'aide au suicide, laissant par ailleurs la nature suivre son cours (comme ce fut le cas dans l'affaire Nancy B. lorsque les tribunaux ont acquiescé à la requête de la patiente qui réclamait l'arrêt de son traitement)[17].

La conclusion qui se dégage de cette argumentation est que « la vie humaine doit être respectée et que nous devons nous garder de miner les institutions qui la protègent[18] ». Ces institutions sont le reflet des valeurs véhiculées par la société, mais elles valorisent aussi la vie humaine. Ainsi en possession de sa pleine capacité symbolique, la loi demeure apte à servir de modèle de conduite pour les individus et la société. Nous pouvons également dégager de ce raisonnement deux principes jurisprudentiels soulevés par la décision du juge Sopinka et de la tendance majoritaire :

La dignité de la vie humaine constitue le fondement de l'ordre juridique d'une société libre et démocratique. Cet énoncé, qui n'a rien d'absolu, démontre que le droit recherche une cohérence entre les principes humanistes de base tels que le respect de la vie.

Le droit de bénéficier de l'aide au suicide ne peut relever des « droits fondamentaux », car il brime ladite dignité humaine.

Il est donc réaffirmé que les sociétés démocratiques ont bel et bien le droit d'interdire l'aide au suicide.

Réflexion : l'homme et le transfert de droit

En regard de cette analyse, il nous est possible, à présent, de formuler quelques réflexions sur le cas Sue Rodriguez. Il convient tout d'abord de souligner qu'il serait simpliste de ne voir dans ce jugement qu'une lutte entre la construction de droits subjectifs et la défense de valeurs pouvant servir le sens humaniste de la société ou la matérialisation d'un affrontement entre libéraux radicaux et libéraux modérés. Bien que de telles oppositions existent, elles n'expliquent en rien le problème. Notre critique privilégiera plutôt deux aspects importants qui ont été évacués de ce jugement : il s'agit de l'homme derrière les choix et de la logique de l'habilitation juridique d'une tierce personne sur nos corps et nos vies.

Il faut d'abord insister sur la conception de l'homme véhiculée dans ce jugement. Il est étonnant de constater que l'ensemble des arguments soumis par les tendances majoritaire et minoritaire proposent une conception

17. Nancy B. c. Hôtel-Dieu de Québec, (1992), R.J.Q., p. 361 s. Voir les réflexions de R. Dworkin sur cette cause. Dworkin, 1993, *op. cit.*, p. 184.
18. *Op. cit.*, p. 608.

purement instrumentale de l'homme. Signe des temps, cette démarche réductionniste évacue du débat la dimension humaine dans toute sa complexité et ses enjeux sociaux. Or, relativement au choix auquel aspirait M^me^ Rodriguez, une réflexion sur l'être humain et sur les exigences qui lui sont assujetties nous semble pourtant incontournable. En utilisant les catégories philosophiques liées à un système de pensée, comme l'ont fait les tendances minoritaire et majoritaire dans ce jugement, ne s'aliène-t-on pas une réflexion humaniste sur ce qui vaut universellement ? Pour pallier de telles apories, ne devrions-nous pas, par conséquent, essayer d'entrevoir une médiation jurisprudentielle se situant entre la sphère du monde vécu et l'exigence universaliste ? Ne serait-il pas souhaitable de concevoir le langage en tant qu'intersubjectivité, et l'homme comme le médiateur de cette même intersubjectivité ?[19]

C'est précisément ce principe qui s'applique dans le cas de M^me^ Rodriguez, car cette dernière a introduit sa conscience existentielle comme un objet, en se rapportant à elle-même comme à n'importe quel objet. Ceci nous permet d'expliquer l'instrumentalisation de la conscience mise au service d'un simple choix, d'une simple liberté de choisir, qui équivaut à celle dont dispose toute autre personne. Pourquoi ? Parce que le choix comme objet, réalisé par la conscience, ne sert qu'à empêcher tout retour de la conscience sur elle-même. En fait, un tel modèle n'amène nullement la conscience devant la conscience en soi, mais la projette plutôt sur le plan de l'attitude objectivante où le sujet se supprime, conformément à sa propre instrumentalisation.

Cela démontre en effet l'importance fondamentale de la formulation de la requête adressée à la cour dans le cadre de l'affaire Rodriguez : la plaignante réclamait la liberté de choisir de se suicider et de le faire au moment où elle serait physiquement impotente, impliquant ainsi l'habilitation d'une tierce personne pour réaliser ce souhait. À la lumière de ce qui a été analysé précédemment, il est possible de comprendre à quel point cette formulation est entièrement fallacieuse. Car il faut comprendre que le problème se situe bien au-delà du droit réclamé par M^me^ Rodriguez ; il se situe en effet à l'échelle de la construction d'un droit pour la personne censée servir d'aide au suicide. Il nous semble que c'est précisément cette dimension qui n'a pas été suffisamment débattue dans le cadre de ce jugement. En fait, à aucun moment il n'a été question de priver M^me^ Rodriguez de la liberté de s'enlever la vie, puisque le suicide n'est pas criminalisé au Canada,

19. Jürgen Habermas, *Théorie de l'agir communicationnel*, t. 1. « Rationalité de l'agir et rationalisation de la société », Paris, Fayard, 1987, p. 397 (souligné par l'auteur).

comme il ne l'est pas dans les autres sociétés occidentales. M^me^ Rodriguez pouvait donc, à tout moment, se donner la mort, et bien avant le moment où la maladie l'empêcherait de le faire elle-même. L'importance de la question du choix de la requérante dans la formulation de la requête a ainsi permis d'occulter l'habilitation d'une tierce personne qui disposerait de la liberté d'action, sous le couvert de l'immunité juridique[20].

C'est donc dans l'attribution de ce droit que réside l'essence même de la demande de l'aide au suicide. À bien des égards, le juge Sopinka s'est rapproché d'un tel point de vue, en insistant notamment sur le paradigme de cohérence entre les différents éléments d'ordre juridique et en évoquant la question de la peine capitale. Toutefois, il nous paraît plus approprié d'adopter une position qui fait valoir l'idée qu'une partie essentielle de l'évolution du droit occidental consiste à se libérer de l'habilitation juridique du droit sur les individus par une tierce personne, en particulier lorsqu'il est question de leur corps et de leur vie. Qu'il s'agisse de l'esclavage antique, du servage médiéval ou encore de la peine capitale, c'est toujours ce même droit sur la vie ou le corps de quelqu'un d'autre qui se manifeste : celui de l'habilitation d'une tierce personne à disposer du corps d'autrui et de la controverse que suscite une telle perspective et dont nous ne parlerons pas ici.

De ce fait, l'idée de la réhabilitation d'un tel droit nous paraît répréhensible à bien des égards, ce qui nous amène à approuver la thèse défendue par la tendance majoritaire de la Cour suprême du Canada, qui souligne le caractère irrecevable de la demande de M^me^ Rodriguez. Il est essentiel qu'une société libre et démocratique veille à ne pas légaliser une habilitation de cette nature. Par ailleurs, notre réflexion nous a permis de soulever certaines lacunes d'ordres philosophique et juridique. En effet, le réductionnisme risque de nous empêcher de traiter de façon adéquate les demandes comme celles de Sue Rodriguez.

Conclusion : une réflexion ultime

Le dénouement de l'affaire Sue Rodriguez a fait l'objet d'une grande mystification. Après avoir été déboutée par le jugement de la Cour, Sue Rodriguez a planifié sa propre mort de façon à ce que celle-ci puisse servir la cause qu'elle avait fait sienne, le « droit » au suicide assisté. Elle a en effet demandé à un des parlementaires les plus populaires du Canada d'être

20. *Cf.* W. N. Hohfeld, *Fondamental Legal Conceptions*, ed. W.W. Cook, New Haven, Yale University Press, 3^e^ edition, 1964.

témoin de son suicide. À cause du rôle ingrat et de l'image paternaliste de la Cour suprême du Canada, la population a, bien entendu, sympathisé à la cause de M^me^ Rodriguez qui a finalement mis son projet à exécution.

Au-delà de la synthèse que nous pourrions faire de notre analyse, il nous semble en fait que nous risquons d'oublier un aspect important du droit concernant l'opportunité de la poursuite. Est-il toujours opportun d'appliquer des lois interdisant l'aide au suicide ? Nous estimons en fait que non. Tout comme nos sociétés, nos législateurs et nos juristes semblent avoir oublié que la valeur d'une loi ne réside pas dans son application, mais plutôt dans son caractère symbolique. En ce sens, les lois interdisant l'aide au suicide expriment le respect et la valeur de la vie humaine, comme l'a d'ailleurs souligné la faction majoritaire de la Cour suprême dans le cas de Sue Rodriguez. Toutefois, sous ce caractère symbolique[21], c'est la vie dans toutes ses imperfections et ses complexités qui est mise en jeu. De ce fait, ne serait-il pas plutôt opportun de suivre l'exemple de plusieurs ordres juridiques occidentaux dans les cas d'homicides par compassion, soit l'adoption d'une politique de cas par cas qui permettrait de fermer les yeux dans certaines situations et de réagir vigoureusement dans d'autres, tout en utilisant l'appareil judiciaire pour contrer les abus et malfaisances et empêcher que l'aide au suicide ne devienne une industrie, une sorte de service spécial de pompes funèbres qui risquerait de proliférer. S'il nous semble qu'une telle politique puisse être acceptable, c'est que nous estimons que, sous la valeur symbolique d'une loi, il y a toujours place à la prudence. Une prudence humaine qui impliquerait la compassion.

21. Voir J. Boulad-Ayoub, B. Melkevik et P. Robert (reds), *L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1996.

III

LE MODÈLE COMMUNICATIONNEL ET LE DROIT

Le modèle communicationnel en science juridique : Habermas et le droit

Ces dernières années, nous avons été témoins d'une réhabilitation significative de la philosophie pratique. Innombrables sont les travaux qui, dans le cadre de ce nouvel intérêt, ont tenté de saisir le sens et le but d'un monde où « l'action » est devenue un paradigme de premier plan. D'une part, nous assistons ainsi au rejet, ou, du moins, à une distanciation par rapport à la pensée utilitariste ou empirique qui a dominé le monde juridique et la politique et, d'autre part, nous observons l'apparition de nouveaux soucis engendrés par les problèmes normatifs inédits auxquels sont confrontées nos sociétés modernes et pluralistes. Devant la crise de la rationalité, l'omniprésence d'un modèle techniciste, le rejet des mesures de valeurs, parmi d'autres éléments, la nécessité d'une philosophie pratique s'avère une condition primordiale pour faire face aux problèmes normatifs de notre modernité. Nous croyons que la science juridique a beaucoup à apprendre de ce renouveau de la philosophie pratique. Rappelons à cet égard que le droit était considéré traditionnellement comme relevant de la philosophie pratique. Par conséquent, la science juridique qui est, elle aussi, confrontée aux problèmes normatifs de notre société doit se demander si les modèles scientifiques qui structurent l'interprétation du droit sont aptes à répondre à ces nouveaux défis.

Le philosophe allemand Jürgen Habermas a été l'une des figures principales de la réhabilitation de la philosophie pratique. Il a, entre autres, développé un modèle de scientificité qui a suscité un intérêt grandissant chez les juristes, avant tout chez les juristes-sociologues, mais aussi, dernièrement, chez les juristes qui ont des préoccupations méthodologiques et

épistémologiques. C'est ainsi qu'au cœur de ces préoccupations méthodologiques et épistémologiques, nous croyons que l'interrogation qui s'impose sur le bien-fondé de nos méthodes et de nos épistémologies peut trouver un nouvel éclairage dans la pensée de Jürgen Habermas.

Nous nous proposons par conséquent d'analyser, d'interpréter et d'évaluer le modèle communicationnel de Habermas dans l'optique de son application en science juridique. Notre hypothèse est en effet qu'Habermas a su mieux que quiconque saisir les aspects significatifs de la science juridique, et que son modèle peut nous aider à réfléchir sur les processus de justification et d'évaluation inhérents à tout système juridique digne de ce nom. Par conséquent, nous nous concentrerons avant tout sur l'utilité et la pertinence du modèle communicationnel en tant que théorie pratique du droit ; nous serons donc amenés à laisser dans l'ombre plusieurs questions relatives au droit que nous envisagerons dans un autre cadre que celui-ci.

Avant d'aborder le plan de notre article, nous voudrions présenter brièvement le philosophe Jürgen Habermas. Habermas est aujourd'hui une figure de proue de la philosophie allemande, et sa pensée est mondialement connue, tant en Amérique du Nord qu'en Europe. Il a d'abord été considéré comme l'héritier de l'École de Francfort – il a d'ailleurs été l'assistant de Adorno – mais rapidement l'inspiration hégéliano-marxiste et freudienne de ses premiers écrits s'est enrichie de la philosophie analytique du langage, de la sociologie et de la réflexion éthique. Depuis la fin des années 70, Habermas s'est tourné vers la théorie de l'action et a développé dans ce cadre un modèle de scientificité communicationnelle. Ses œuvres les plus retentissantes, publiées au cours des dernières années, sont *Théorie de l'agir communicationnel, Morale et communication* et *Le discours philosophique de la modernité*[1] ; nous nous limiterons à celles-ci dans le présent essai.

Le modèle communicationnel d'Habermas a été élaboré comme un dialogue avec des penseurs venus d'horizons très différents. Il est ainsi possible de considérer ledit modèle comme la résultante d'un dialogue avec des penseurs comme Wittgenstein, Austin, Hare et Toulmin pour la théorisation du langage éthique, avec Lorenzen et Schwemmer (École d'Erlangen) pour la théorie de l'intersubjectivité, avec Chaïm Perelman pour la théorie de la rhétorique en droit, etc. Ainsi, le caractère dialogique de la

1. J. Habermas, *Le discours philosophique de la modernité. Douze conférences,* Paris, Gallimard, 1985.
J. Habermas, *Morale et communication*, Paris, Cerf, 1985.
J. Habermas, *Théorie de l'agir communicationnel*, 2 tomes, Paris, Fayard, 1987.
J. Habermas, *Logique des sciences sociales et autres essais*, Paris, PUF, 1987.

pensée d'Habermas, qui établit ses avancées théoriques dans une perspective ouverte, et le caractère synthétique de son œuvre rend parfois la lecture difficile au lecteur étranger aux présupposés de ces dialogues et aux préalables théoriques implicites.

Dans le présent article, nous procéderons comme suit : dans une première partie, nous exposerons le modèle communicationnel d'Habermas. Nous nous proposons de présenter des traits caractéristiques de ce modèle en soulignant les aspects qui peuvent nous servir comme modèle de recherche juridique. Dans un deuxième temps, nous évaluerons plus en détail les différents aspects de ce que nous considérons important pour un modèle de science juridique. Ainsi, nous nous interrogerons sur la conception de la rationalité véhiculée par le modèle communicationnel, puis sur la méthodologie. Ces deux derniers aspects constituent des préoccupations primordiales de la science juridique d'aujourd'hui. En conclusion, nous nous pencherons sur la nature du modèle juridique qui pourrait le mieux répondre aux exigences de la société moderne.

Le modèle communicationnel d'Habermas

Nous voulons tout d'abord définir les traits caractéristiques du modèle de scientificité communicationnel d'Habermas. Cette perspective situera notre analyse du point de vue de la science juridique.

Il est possible de caractériser le modèle communicationnel comme un modèle de pensée établi sur l'idéal d'une intersubjectivité. Ainsi, sa spécificité est la relation entre un sujet et un autre sujet. Le schème traditionnel d'un sujet de connaissance vis-à-vis d'un objet de connaissance est éliminé au profit de la relation intersubjective. Ce modèle fait de l'action intersubjective le cadre scientifique à partir duquel peuvent être analysés les résultats de l'agir social. Par conséquent, le critère d'intersubjectivité peut être défini comme l'idéal scientifique qui sert aussi bien à mettre en marche la recherche scientifique qu'à fonder une pratique qui garantisse sa validité.

Pour saisir le point d'ancrage de ce critère d'intersubjectivité, il faut le situer à l'intérieur de sa condition de possibilité, c'est-à-dire la philosophie du langage. En effet, le critère d'intersubjectivité prend racine dans le cadre d'une communication langagière entre un locuteur et un auditeur. Selon Habermas, il existe deux modes d'utilisation du langage. Il désigne le premier comme l'usage cognitif, caractérisé par un locuteur qui est en « communication » avec un auditeur « à propos » de quelque chose, où le locuteur exprime donc ce qu'il veut dire. Le deuxième est l'usage communicationnel

du langage, caractérisé par le dessein du locuteur d'accéder avec son auditeur à la compréhension commune d'une situation. Ces deux modes d'utilisation du langage établissent deux attitudes différentes à l'égard de quelque chose ou d'une situation dans le monde. Celui qui veut « dire quelque chose à quelqu'un » adopte une attitude objectivante, du fait que l'on présuppose une relation entre ce que l'on dit des choses et les choses telles qu'elles se manifestent. Par contre, dans le cas de celui qui adopte une attitude communicationnelle, on entre dans une sphère d'intercompréhension où le langage sert à partager quelque chose « avec » quelqu'un d'autre. Habermas spécifie cet usage comme suit :

> Celui qui [...] prend part à des processus de communication, en disant quelque chose et en comprenant ce qui est dit, que ce soit une opinion qui est rapportée, un contrat qui est établi, une promesse ou un ordre qui sont formulés, ou encore que ce soient des avis, des souhaits, des sentiments ou des humeurs qui sont exprimées, celui-là doit toujours adopter une attitude performative[2].

Habermas fait ressortir ici la dimension performative du locuteur dans l'interaction communicationnelle : la perspective d'intercompréhension coordonne les projets par le fait que l'on doit s'entendre sur quelque chose qui existe dans le monde, sur une situation. L'attitude communicationnelle en impliquant le sujet de façon performative dans son attitude face à l'autre sujet, fait éclater le rapport d'objectivation face à l'autre en tant qu'objet. De plus, l'attitude communicationnelle projette la question de la scientificité « dans une structure qui se définit à travers le système que forment, en s'entrecroisant réciproquement, les perspectives des locuteurs, des auditeurs et des personnes présentes ne participant pas encore à l'interaction[3] ».

Nous reviendrons ultérieurement sur ce que cela signifie en tant que paradigme pour l'interprétation du droit, mais retenons simplement pour l'instant que Habermas remplace le modèle scientifique de la connaissance des objets par celui de l'entente entre les sujets capables de parler et d'agir. C'est ainsi que le fait de pouvoir parler et agir dans une société nous confère une compétence communicationnelle qui confirme le caractère communicationnel de notre monde vécu en commun.

Précisons l'orientation de la pensée d'Habermas. Il nous amène à considérer que le locuteur et l'auditeur établissent les significations à partir de leur expérience particulière du monde vécu. Ainsi, la question du sens, sans laquelle il n'existerait pas de scientificité, relève essentiellement de la communication intersubjective. Cette communication enracine donc le sens,

---

2. *Morale et communication, supra*, note 1, p. 46.
3. *Le discours philosophique de la modernité. Douze conférences, supra*, note 1, p. 351.

tout comme la rationalité qui lui est rattachée, dans une perspective reposant simultanément sur quelque chose qui existe dans le monde social – la totalité des relations interpersonnelles légitimement établies – et sur quelque chose qui existe dans le monde subjectif du locuteur et de l'auditeur – la totalité des expériences subjectives, pouvant se manifester, auxquelles le locuteur a un accès privilégié. Ce sens prend toute sa valeur du fait même que les sujets l'établissent par voie de communication, et qu'il s'enracine dans leur mode de vie.

Faisons un pas de plus dans notre démarche, et demandons nous ce qui résulte de tout ceci par rapport au critère de scientificité de l'intersubjectivité. D'après Habermas :

> L'attitude performative permet une orientation mutuelle vers les exigences de validité (telles la vérité, la justesse normative et la sincérité), que le locuteur émet en escomptant une prise de position par oui ou par non de la part de l'auditeur. Ces exigences réclament une évaluation critique telle que la reconnaissance intersubjective, supposée par toute exigence particulière, puisse servir de base à un consensus rationnellement motivé. En adoptant une attitude performative, le locuteur et l'auditeur sont impliqués, en même temps, dans les fonctions que les actions communicationnelles remplissent afin de reproduire le monde vécu qu'ils ont en commun[4].

Dans le modèle communicationnel d'Habermas, le locuteur et l'auditeur attachent implicitement une exigence assertorique de validité à tout énoncé. Ainsi, alors que tout locuteur et tout auditeur cherchent à arriver à une intercompréhension dans des situations pratiques en vue de coordonner leurs actions mutuelles, ils doivent émettre des prétentions à la validité qui correspondent à chaque catégorie d'énoncés. Nous nous proposons ici de classifier les assertions performatives par rapport, d'une part, à leur fonction pragmatique, c'est-à-dire en tant que type de relation au monde et, d'autre part, à leur exigence de validité. Ainsi :

(1) Les actes de langage « constatifs », c'est-à-dire ceux qui constatent, proposent, définissent quelque chose, ont une exigence de validité de l'ordre de la vérité.
(2) Les actes de langage « normatifs », c'est-à-dire ceux qui prescrivent, promettent, régulent, ont une exigence de validité de justesse ou de légitimité.
(3) Les actes de langage « expressifs », c'est-à-dire ceux qui expriment des sentiments, des humeurs, des goûts, ont une exigence de validité, de sincérité ou d'authenticité.

4. *Morale et communication, supra*, note 1, p. 46.

Les trois exigences de validité correspondent aux fonctions cognitive, pratique et expressive de la rationalité, qui sont combinées dans la perspective d'un acteur pouvant utiliser tout le système des relations au monde et des exigences de validité en vue de coordonner l'action communicationnelle. Dans le modèle communicationnel, le sujet peut différencier, de façon réflexive, les trois types de relations au monde, et il peut choisir celle qui sera la plus appropriée, dans une situation donnée, pour interpréter une situation et développer une définition de celle-ci qui puisse être acceptée par tous. Le modèle communicationnel constitue donc un outil pour décoder et déchiffrer le potentiel de sens véhiculé par le langage, et par conséquent pour pouvoir émettre un jugement.

Pour mieux comprendre comment ce modèle communicationnel peut constituer une théorie du jugement, nous devons revenir sur la procédure de validation des énoncés à travers leurs exigences à la validité. La façon de valider un énoncé consistera à thématiser et à rendre explicite l'exigence ou les exigences de validité qui lui sont inhérentes, afin de pouvoir en démontrer la légitimité dans une discussion. Les énoncés « constatifs » seront vérifiés dans des discussions théoriques, et les énoncés normatifs dans des discussions pratiques, alors que les énoncés expressifs seront validés par la conformité des actions par rapport au contenu propositionnel de l'énoncé. Les discussions théoriques et pratiques serviront, par conséquent, d'instance de jugement, où le but recherché sera le consensus rationnel fondé sur des arguments rationnels. La discussion faisant office de tribunal n'admettra qu'une seule procédure légitime pour fonder le consensus : que seule la force du meilleur argument devra servir à juger de la validité d'un énoncé. Habermas veut ainsi écarter les consensus établis par compromis, où les jeux d'influence, les rapports de force politiques, la coercition, la manipulation, etc. s'infiltreraient dans l'argumentation.

Ce tribunal communicationnel n'a cependant pas pour but de fixer une fois pour toutes une façon unique d'aménager nos actions ou nos institutions : au contraire, sa procédure garantit que toute position qui pourra se fonder sur des arguments rationnels aura voix au chapitre et pourra engager un dialogue pour se faire valoir, sur la base de la recherche d'un consensus établi discursivement. Les discussions ont pour fonction de prendre en considération les positions de tous les intervenants concernés dans l'évaluation d'une situation donnée. Mais c'est là bien entendu un idéal que pose Habermas, et ce dernier est le premier à reconnaître que la réalité empirique est souvent loin de correspondre à la description qu'il fait des discussions. Cependant, cet idéal proposé sert concrètement à évaluer et à

critiquer contre-factuellement les pratiques quotidiennes ; cet idéal est une instance critique qui doit servir à réviser nos pratiques toujours déficientes, et à les reconsidérer. C'est donc en vertu d'un tel idéal que l'on peut affirmer que toute personne peut légitimement contester les conventions sur lesquelles reposent les règlements institutionnels qui régissent la société, afin de s'interroger sur leur bien-fondé. Ce modèle communicationnel laisse, par conséquent, une place aussi bien à la tradition qu'à la raison dans son rôle de critique des traditions.

Malgré le caractère trop succinct de notre article, qui malheureusement n'est pas à la mesure de la densité de la pensée de Habermas, nous voulons cependant tirer deux conclusions de ce que nous venons de voir : d'abord, en revenant sur la fondation normative et, ensuite, sur le caractère procédural de ce modèle communicationnel.

(1) Le modèle communicationnel est un modèle normatif en ce sens qu'il propose des normes relatives à l'agir communicationnel. L'objectif de ce modèle normatif est de faire appel à notre « devoir-être » face à la responsabilité d'une position scientifique devant la complexité du monde de l'action.

(2) Le modèle communicationnel est un modèle procédural en ce sens qu'il nous donne des critères de procédure pour juger et évaluer une action communicationnelle. Le modèle procédural ne constitue pas l'action proprement dite, comme dans le cas des échecs par exemple, mais au contraire constitue une manière de représenter et de considérer la forme de l'action communicationnelle.

Le droit et la question de la rationalité

Le modèle communicationnel nous amène à considérer le droit à la lumière des rationalités qui peuvent être mobilisées pour formuler l'exigence du droit. Il faut souligner ici que le modèle communicationnel de Habermas ne conçoit pas la question de la raison et de la rationalité selon la perspective héritée du siècle des lumières, c'est-à-dire comme établissant une raison absolue envers laquelle nous devons nous comporter d'une façon déductive ou inductive. Cette conception de la raison est contestée par Habermas, qui considère qu'elle conduit nécessairement à l'enfermement dans un « monologisme » stérile. Habermas nous invite au contraire à concevoir la question de la rationalité dans la relation au monde impliqué dans les attitudes performatives que nous venons d'analyser. Cette perspective jette véritablement un éclairage nouveau sur la question de la rationalité. En effet, la problématique de Habermas consiste à dire que la question de

la rationalité repose sur différents modèles d'action ; le fait d'opter pour un type d'action plutôt qu'un autre implique le choix d'une rationalité plutôt que d'une autre. Dès que nous avons compris dans quel modèle d'action nous nous situons, il est possible de réfléchir au modèle de rationalité qui y correspond le mieux : ainsi en est-il du droit qui, s'il se situe dans un champ d'action sociale, devra opter pour une rationalité pratique. Considérons maintenant les trois modèles d'action, avant d'analyser le modèle communicationnel et la rationalité juridique.

1. Le modèle de l'agir téléologique

Ce modèle s'inscrit dans la relation entre un sujet et le monde objectif ; le paradigme de ce modèle d'action est celui du scientifique qui objective son objet d'investigation afin de produire un discours propositionnel sur cet objet.

2. Le modèle de l'agir régulé par des normes

Ce modèle est celui de la relation entre un sujet et un monde social. Ce monde social comprend un contexte normatif qui spécifie la nature des interactions appartenant à un corpus de relations interpersonnelles justifiées. Dans la mesure où les sujets reconnaissent ce monde social comme étant valide pour eux, ce monde prend alors pour eux une qualité de « devoir-être ». La relation entre l'action et ce monde social peut être thématisée en tant que justesse normative ou légitimité normative.

3. Le modèle de l'agir dramaturgique

Ce modèle est celui de la relation entre un sujet et un monde subjectif. Le sujet, dans son action performative, représente son monde subjectif devant une audience constituée d'autres sujets. Par monde subjectif, nous entendons la totalité des expériences subjectives auxquelles le sujet a un accès privilégié. Le monde subjectif inclut les souhaits, les sentiments, les besoins, etc., que le sujet peut exprimer réflexivement et présenter sélectivement devant les autres. Le type de rapport entre l'action et le monde est de l'ordre de la sincérité ; nous pouvons juger de cette sincérité par la conformité des actions du sujet à ses énoncés.

4. Le modèle de l'action communicationnelle

Dans le modèle de l'action communicationnelle, le sujet doit se positionner par rapport aux trois mondes, c'est-à-dire le monde objectif, le monde

social et le monde subjectif, et par le fait même coordonner les modèles de rationalité qui y correspondent.

Habermas définit la rationalité communicationnelle comme suit :

> Ce concept d'une rationalité communicationnelle est chargé de connotations qui remontent, en dernière instance, à l'expérience centrale de la force propre au discours argumenté, capable de susciter un accord sans contrainte et de créer un consensus ; au moyen de ce discours argumenté, les différents interlocuteurs dépassent la subjectivité initiale de leurs conceptions et, grâce à la communauté de leurs convictions rationnellement motivées s'assurent en même temps de l'unité du monde objectif et de l'intersubjectivité de leur vie[5].

À partir de cette définition, il est possible d'inférer que la rationalité communicationnelle nous fait entrer dans une logique de positionnement qu'il est possible de diviser en deux : d'abord un positionnement qui consiste à dégager les raisons inhérentes à toute activité communicationnelle, et ensuite un positionnement qui consiste à reconstruire, à partir de la base de validité, un concept de rationalité qui peut générer un consensus. Voyons plus en détail en quoi ces deux aspects consistent.

Lorsqu'il s'agit de dégager les raisons inhérentes à une activité communicationnelle, cela implique qu'il faut honorer les prétentions à la validité par des arguments qui font ressortir sur « la place publique » les raisons que l'on peut avoir de les soutenir. Habermas rattache cette dimension de la rationalité communicationnelle à une théorie de l'argumentation qu'il décrit comme suit :

> Nous appelons argumentation le type de discours où les parties prenantes thématisent des prétentions à la validité qui font l'objet de litiges, et tentent de les admettre ou de les critiquer au moyen d'arguments. Un argument contient des raisons qui sont systématiquement reliées à la prétention à la validité d'expressions problématiques. La « force » d'un argument se mesure, dans un contexte donné, au bien-fondé des raisons ; ce bien-fondé se montre, entre autres, dans la capacité d'une expression à convaincre les participants d'une discussion, c'est-à-dire à motiver l'admission d'une prétention à la validité[6].

Par conséquent, dans l'obligation de se situer par rapport aux mondes objectif, social et subjectif, se dévoile ici la possibilité de faire valoir les raisons qui peuvent soutenir leurs prétentions à la validité. La question de

---

5. « Explications du concept d'activité communicationnelle », (1982), dans *Logique des sciences sociales et autres essais, supra,* note 1, p. 445,
6. *Théorie de l'agir communicationnel, supra,* note 1, tome 1, p. 34.

la rationalité se réfère donc à un contexte systématique de prétention à la validité.

La deuxième étape consiste à reconstruire un concept de rationalité. Par le concept de « reconstruction », Habermas veut introduire une instance de réflexion sur les raisons qui peuvent soutenir les prétentions à la validité. Il est possible de rattacher cette reconstruction au fait que les trois rationalités des mondes d'actions sont soumises pour Habermas à l'exigence d'universalité. Ce principe d'universalité est défini comme suit :

> Toute norme valable doit [...] satisfaire la condition selon laquelle les conséquences et les effets secondaires qui (de manière prévisible) proviennent du fait que la norme à été universellement observée dans l'intention de satisfaire les intérêts de tout un chacun peuvent être acceptés par toutes les personnes concernées (et préférés aux répercussions des autres possibilités connues de règlement)[7].

Il faut d'abord faire observer que la notion d'universalité n'a pas le même sens que dans l'héritage de Kant. Loin de concevoir l'universalité comme une relation « monologique » entre un énoncé ou un sujet et une pure idée d'universalité que l'on tenterait de formaliser à l'aide de nos faibles capacités humaines, Habermas conçoit plutôt l'universalité dans une perspective dialogique où le sens de l'universalité est rattaché aux exigences de validité. La question de la reconstruction de la rationalité et le concept d'universalité se joignent précisément en ce point où le consensus fondé rationnellement dépend des intérêts communs à toute personne concernée dans une reconnaissance universelle. C'est ainsi qu'un moment « critique » est légitimé sur une base normative.

Considérons maintenant les conséquences de ce modèle pour la conception de la rationalité en science juridique. Le premier point saillant consiste à dire que la prétention à la rationalité du droit engage celui-ci dans une théorie de l'argumentation où le meilleur argument doit prévaloir. Cependant, dans la logique qui sous-tend la théorie de l'argumentation, nous avons bien fait remarquer que le meilleur argument doit prévaloir dans la mesure où une prétention à la validité est honorée dans une discussion raisonnée. De plus, ce « meilleur argument » doit être soumis à une exigence d'universalité. Par conséquent, le droit en tant qu'activité rationnelle sera soumis aux « règles du discours ». Cette possibilité de justifier l'argumentation en droit qui nous est donnée par le modèle communicationnel a d'ailleurs déjà été soulevée par la théorisation de l'argumentation juridique de Robert Alexy, sans toutefois, selon nous, en épuiser toute la richesse.

---

7. *Morale et communication, supra*, note 1, p. 86-87.

Par ailleurs, ce modèle de rationalité communicationnelle nous donne également la possibilité de nous rapprocher de la rationalité, comme de l'argumentation, du point de vue de la complexité sociale. Mieux que d'autres modèles de théorie de l'action, le modèle de Habermas nous fournit les moyens de nous distancier du dogmatisme et du formalisme, en ce qu'il permet une évaluation de la rationalité des arguments, laquelle présuppose la médiation d'une discussion pratique entre tous les participants. Ce procédé est certainement des plus aptes à mobiliser l'exigence de rationalité dans une société comme la nôtre, qui est caractérisée par un haut degré de complexité et où le pluralisme est devenu une donnée courante de la vie en société.

Le droit et la méthodologie

Nous voulons maintenant aborder la question relative à la signification de ce modèle communicationnel pour la méthodologie juridique. Dans cette perspective, nous privilégierons la théorie de l'interprétation que propose ce modèle.

Avant de nous tourner vers l'interprétation des sources du droit en tant qu'activité communicationnelle, nous voudrions faire un petit ex*cursus* vers le modèle « monologique » auquel s'oppose la conception communicationnelle de Habermas. Ce dernier constate que le modèle dominant dans les sciences interprétatives est celui d'un observateur en position de tiers par rapport à son objet. Ce modèle interprétatif pose la question de la possibilité de l'intercompréhension alors que l'interprétation et la connaissance sont posées de façon « monologique », donc par un sujet isolé. Le regard objectivant de l'interprète non seulement réifie l'objet, mais réifie également l'interprète qui doit faire abstraction de lui-même et de sa propre situation dans son acte interprétatif.

Pour sortir de l'impasse du modèle « monologique », il faut nécessairement repenser le rôle de l'observateur qui réifie son objet ; pour le droit, cela signifie sortir d'un questionnement « objectif » sur la nature du droit, pour s'orienter vers un questionnement sur « ce que demande le droit ». Une telle perspective implique nécessairement que l'interprète se situe dans une position intersubjective, c'est-à-dire comme participant qui cherche à dégager la question de la validité immanente à une telle position. Par conséquent, l'interprète doit d'emblée jouer un rôle performatif, où locuteur et auditeur cherchent à s'entendre sur une situation donnée en vue de la maîtriser. L'objectif étant bien entendu d'engendrer une interdépendance entre les participants, qui les implique dans la recherche d'un accord rationnellement motivé.

Ceci dit, nous pouvons maintenant nous tourner vers la question de l'interprétation du droit, ou plus précisément des sources du droit, en tant qu'activité communicationnelle. Tout d'abord, il faut considérer que l'interprète, en prenant part à des activités communicationnelles, doit accepter un statut identique à celui dont il veut comprendre les énoncés : il faut donc accepter d'entrer dans une interaction entre locuteur et auditeur, afin d'instaurer une compréhension sur le fond des exigences de validité qu'impliquent les énoncés. Dans le modèle communicationnel la question de l'interprétation se pose donc à deux niveaux : l'un concernant les raisons qui fondent les énoncés, et l'autre concernant la rationalité impliquée dans les énoncés. Pour comprendre le premier niveau d'interprétation, nous pouvons nous référer directement à Habermas :

> Les interprètes ne comprennent [...] la signification d'un texte que dans la mesure où ils voient pourquoi l'auteur s'est senti autorisé à présenter (comme vraies) certaines affirmations, à reconnaître (comme justes) certaines valeurs et certaines normes, à exprimer (comme sincères) certaines expériences vécues (en les attribuant éventuellement à d'autres). Si tant est que les difficultés que le texte présente aujourd'hui n'apparussent pas (du moins pas avec la même obstination) à l'époque où le texte fut rédigé, les interprètes doivent éclairer le contexte dont l'auteur a dû présupposer qu'il appartient au savoir commun du public qui lui était contemporain. Cette démarche s'explique par la rationalité immanente que les interprètes imputent à tous les énoncés, pour autant qu'ils les attribuent à un sujet dont ils n'ont aucune raison de mettre en doute la responsabilité[8].

L'interprétation consiste ici d'abord à énoncer les arguments en prenant conscience des raisons que l'auteur aurait pu invoquer pour les justifier. L'interprète procède donc en inférant des raisons qui, du point de vue de l'auteur, font apparaître les énoncés comme étant rationnels ; il s'agit donc de faire ressortir les raisons de l'auteur comme autant d'arguments rationnels. On suppose alors que le discours ou le texte interprété est rationnel et que le discours ou le texte est justifié dans la mesure où l'exigence de rationalité fait elle-même partie d'un système de valeur cohérent. Même si la citation de Habermas peut à première vue donner l'impression d'évoquer une rationalité contextuelle, il faut bien comprendre que l'exigence de rationalité dont il est question ici renvoie à la question de la rationalité comme valeur même de l'être humain.

Le deuxième niveau d'interprétation consiste à interpréter les raisons trouvées dans le discours. C'est une interprétation de la rationalité même des raisons :

---

8. *Morale et communication, supra*, note 1, p. 51.

> [...] les raisons ne peuvent être comprises que dans la mesure où elles ont été prises au sérieux – et évaluées – en tant que raisons. C'est pourquoi les interprètes ne peuvent élucider la signification d'une expression obscure que s'ils expliquent comment cette obscurité s'est instaurée, et s'ils disent pourquoi les raisons que l'auteur aurait pu invoquer dans le contexte qui était le sien ne sont plus recevables[9].

Par conséquent, l'évaluation des raisons doit être fondée sur le modèle de rationalité présumé universel. C'est ainsi que les exigences de vérité, de normativité et de sincérité peuvent représenter un modèle de rationalité universel, dans le sens où elles sont acceptables par tous dans des conditions appropriées.

Considérons maintenant l'application de cette théorie en science juridique.

Le juriste, devant une situation donnée, intervient en tant que tierce personne. Le juriste arrive comme un interprète du monde des actions qu'il doit comprendre et ultimement juger. La fonction interprétative, pour Habermas, implique que l'interprète est capable de dégager et de thématiser les raisons que l'auteur ou le locuteur peut avancer pour valider ses énoncés. L'interprète doit pouvoir se situer lui-même dans une attitude performative par rapport aux énoncés qu'il doit comprendre : il doit prendre position vis-à-vis des raisons soulevées par le locuteur. C'est ce que Habermas propose lorsqu'il dit que, dans l'interprétation, le sens et la validité d'un énoncé sont liés : pour comprendre le sens d'un énoncé l'interprète doit pouvoir en dégager les prétentions implicites à la validité. L'interprète doit évaluer le degré de rationalité impliqué dans un énoncé. Le critère de rationalité joue un rôle tout à fait particulier dans cette évaluation : c'est celui-ci qui représente le critère ultime. C'est ainsi que l'on peut dire que la raison communicationnelle est constituée des trois rationalités des mondes d'actions soumises à l'exigence d'universalité.

Le modèle communicationnel d'Habermas pose ainsi la question de l'interprétation du droit en fonction d'un modèle de relation entre une raison énoncée et une rationalité évaluatrice. La perspective des raisons énoncées amène l'interprétation du droit à considérer le monde vécu dans toutes ses composantes. Il ouvre donc l'interprétation du droit sur ses propres dimensions sociale et historique. Il l'ouvre en légitimant une meilleure compréhension de l'intersubjectivité sociale et historique. Il en est de même avec la rationalité évaluatrice, dans la mesure où toute interprétation est une évaluation, ce qui amène une réflexion critique sur le droit. Par conséquent,

---

9. *Morale et communication*, *supra*, note 1, p. 52.

ce modèle nous amène à toujours évaluer les dimensions sociale et historique d'un discours dans la perspective de la rationalité qu'il comporte. Nous avons ici des procédures qui nous indiquent comment introduire un test, et une évaluation qui nous permet d'assumer une telle position.

Une telle interprétation du droit donne aux juristes une perspective ouverte sur le droit et sur les prémisses du droit, car l'ouverture du droit dont il est question ici renvoie toujours à la question du statut théorique du droit en tant que science normative. Il nous apparaît que le modèle communicationnel permet d'évaluer et d'assurer le statut théorique du droit, et ce mieux que ne l'a fait l'usage de l'interdisciplinarité en droit : en effet, le modèle interdisciplinaire a provoqué avant tout, dans le pire des cas, un reniement même du droit et, dans le meilleur des cas, un obscurcissement de la perspective juridique. Tout au plus, ce modèle a servi à justifier l'utilisation des méthodes propres aux sciences de l'observation en philosophie du droit, avec pour résultat l'impossibilité de penser la dimension normative du droit.

Conclusion

Le modèle d'Habermas nous propose une conception procédurale du droit. Il remplace la question de la nature du droit, donc la question de la substance présumée du droit, par une question relative à « ce que demande le droit ». En d'autres termes, nous pourrions dire que le poids de la signification du droit est déplacé vers l'actualisation d'une relation intersubjective. Par conséquent, le droit représente un choix collectif, ou mieux un choix social qui se fonde sur un discours entre tous les sujets concernés. « Ce que demande le droit » en tant que procédure ne peut donc jamais être fixé à l'avance, mais est ouvert aussi bien en raison des contextes sociaux actuels et historiques, que parce que les exigences qui découlent d'une nouvelle situation nécessitent un nouvel enracinement pouvant favoriser la rationalité communicationnelle, ce qui établit le droit en tant que phénomène social et historique. La conception procédurale du droit n'est nullement étrangère aux juristes, si l'on se remémore par exemple la phrase célèbre d'Ulpien : *ius et suum cuique tribuere.* Cependant, nous avons tenté de montrer que les fondements théoriques de la conception procédurale d'Habermas ne procèdent pas d'idées classiques et que cette conception est riche en perspectives inédites pour le droit et la science juridique.

Transformation du droit : Le point de vue du modèle communicationnel

Dans le présent article, nous voudrions apporter une contribution au questionnement portant sur la transformation du droit dans la société contemporaine en examinant les positions théoriques sur la transformation normative du philosophe allemand Jürgen Habermas. Nous voudrions en effet démontrer que sa perspective du modèle communicationnel peut être des plus fructueuses pour une réflexion sur la transformation du droit et que le besoin de nos sociétés modernes et pluralistes d'expliquer et de justifier les transformations juridiques peuvent y trouver une théorisation pertinente. Nous chercherons ainsi à analyser comment la prise en charge de la transformation du droit peut être faite rationnellement. C'est pourquoi nous nous situerons sur un plan métathéorique, car notre réflexion sur le modèle de théorisation de la transformation du droit ne sera pas d'ordre descriptif. C'est bien de l'intérieur de la discipline de la philosophie du droit que notre étude sera ici développée, dans la tâche qu'elle se donne d'investir le modèle communicationnel comme modèle ouvert de la pensée juridique.

Pour ce faire, nous nous appuierons sur certains ouvrages récents d'Habermas : *Théorie de l'agir communicationnel, Morale et communication* et ses *Écrits politiques. Culture, droit et histoire*[1], de même que sur certains articles pertinents à nos propos.

---

1. J. Habermas, *Théorie de l'agir communicationnel*, Paris, Fayard, 1987, 2 vol. ; *Morale et communication : conscience morale et activité communicationnelle*, Paris, Cerf, 1985 ; *Écrits politiques : Culture, droit, histoire*, Paris, Cerf, 1990.

Nous n'entendons pas cependant traiter ici la totalité de la pensée d'Habermas relativement à la problématique de la transformation juridique. Le style intellectuel même d'Habermas semble défier la reprise systématique d'un problème, car la pensée se révèle en évolution et en approfondissement constants. Nous nous proposons par conséquent d'esquisser les lignes directrices de sa pensée sur la transformation du droit et les conclusions qui peuvent en être tirées en nous inspirant des ouvrages d'Habermas. Il est cependant nécessaire de poser deux limites à la présente étude : l'une relative au fait que nous ne voulons pas aborder le problème de la compréhension de la transformation juridique sous l'angle de son évolution historique, et l'autre relative à l'utilisation que nous entendons faire du concept de modèle communicationnel.

La première limite s'impose en quelque sorte d'elle-même. En effet, même si les idées défendues par Habermas concernant la transformation juridique et son évolution pouvaient donner un éclairage significatif sur sa conception de la transformation rationnelle, il n'en demeure pas moins qu'elles ont été construites dans une large mesure à partir de considérations fort différentes de celles dont nous désirons traiter ici. Ces considérations, reprenant la théorie du développement moral de Lawrence Kohlberg, donnent lieu à des propos historico-philosophiques à caractère « évolutionniste » qui demandent à être situés sur le fond de la controverse entre Kant et Hegel, et ce en référence aux problématiques wébériennes et marxistes. Se dessine alors une problématique spécifique qui exigerait un traitement particulier, différent de celui que nous entendons effectuer dans le présent cadre.

La deuxième limite tient, quant à elle, à notre utilisation du modèle communicationnel en science juridique. Nous avons déjà donné, dans un autre contexte, un aperçu des traits constitutifs de ce modèle tel qu'il a été développé par Habermas lui-même[2]. Pour une analyse de ce modèle, nous nous permettrons par conséquent de faire référence à cette précédente étude. La présente étude constitue cependant un élargissement quant à l'intérêt que peuvent susciter les travaux d'Habermas. Nous tenterons de démontrer en effet que ceux-ci fournissent des occasions privilégiées de théoriser sur des aspects de la réalité juridique, et nous nous appliquerons tout spécialement à en voir les incidences sur la problématique de la transformation juridique.

---

2. B. Melkevik, « Le modèle communicationnel en sciences juridiques : Habermas et le droit », (1990) 31 C. de D. 901.

Ainsi, dans la première partie, nous nous attarderons à l'analyse du droit dans nos sociétés modernes tel que le perçoit Habermas. Nous verrons qu'Habermas a une conception bilatérale du droit, ce qui l'amène à poser le problème de la transformation du droit d'une manière bien précise. Dans la deuxième partie, en nous fondant sur la problématique théorique de la première partie, nous analyserons la formation même du droit, qui procède de normes juridiques ayant obtenu une métavalidité sociale. Nous expliquerons alors qu'Habermas conçoit la transformation juridique comme relevant d'une procédure normative à l'intérieur de laquelle les questions d'importance sociale peuvent être « thématisées », traitées au moyen d'un argument en vue d'un consensus respectant les intérêts de chacun.

Le droit et la transformation du droit

La réflexion sur le droit d'Habermas se construit à partir de la dichotomie qu'il pose entre « monde vécu » et « système »[3]. Il est par conséquent essentiel d'insister sur le fait que sa conception de la société constitue l'enjeu premier de sa théorie. Le grand bouleversement théorique qui se dessine dans son ouvrage fondamental, *Théorie de l'agir communicationnel,* publié en 1981, consiste en un déplacement du sens de la logique des sciences sociales vers une réflexion fondamentale sur le social lui-même, c'est-à-dire vers une théorie de la société. Il s'agit désormais pour lui de définir les contours normatifs d'un domaine de la pratique, en l'occurrence de la société elle-même en tant que pratique sociale. En anticipant sur nos conclusions, nous pouvons dire dès maintenant que le concept clé du modèle communicationnel, à savoir l'activité communicationnelle, renvoie à cette conception de la société qui se réfère à l'activité humaine précisément orientée vers l'intercompréhension dont le monde vécu sera le dépositaire.

Habermas conçoit donc la « bilatéralité » du droit d'une part comme une institution et d'autre part comme un « médium » selon sa distinction entre monde vécu et système, ce qui l'amène à poser la question de la transformation juridique d'une manière tout à fait particulière. Nous voulons d'abord analyser cette conception bilatérale du droit et, ensuite, préciser

3. Pour l'exposé de cette dichotomie, voir J. Habermas, *Théorie de l'agir communicationnel, op. cit.*, note 1 ; pour son application au droit, voir « Law and Morality », dans M.McMurrin (dir.), *The Tanner Lectures on Human Values*, vol. 8, Salt Lake City et Cambridge, University of Utah Press et Cambridge University Press, 1988, p. 217-279.

comment cela mène Habermas à fonder deux théories de la transformation juridique. Nous distinguerons laquelle de ces théories est la plus pertinente, selon Habermas, et préciserons la signification et les effets de ce choix pour notre problématique.

1. Une conception bilatérale du droit

Le droit dans l'État du droit moderne se divise pour Habermas selon deux logiques : d'une part, le droit comme médium et, d'autre part, le droit comme institution. Ces deux logiques répondent à la division entre la logique du système et la logique du monde vécu. Les distinctions qu'opère Habermas entre monde vécu et système sont les clés de lecture pour comprendre sa pensée concernant la société. Ainsi, ces distinctions permettent d'envisager les phénomènes sociaux selon leur mode d'intégration sociale. La différenciation de l'intégration sociale révèle son sens dans les modes de coordination des actions. D'où la constatation d'Habermas selon laquelle :

> In « socially integrated » areas of action the interactions are linked either via their intuitive background of the lifeworld ; in « systemically integrated » areas of actions order emerges objectively so to speak « over the heads of the participants » and it does so via consequences of actions which interlock functionally and stabilize one another[4].

Habermas introduit ici la perspective de l'action, de l'agir relevant d'une philosophie pratique, en tant qu'horizon de compréhension valant aussi bien pour le monde vécu que pour les systèmes. Cependant, il faut noter que c'est bien cette perspective de l'action qui légitime la distinction entre monde vécu et système, et ultimement la distinction entre droit comme moyen ou comme institution. Nous allons voir bientôt que cette distinction se manifeste sur le plan de l'ordre juridique par un questionnement différent de la forme de légitimation. Par rapport à la logique du système, cette perspective fait exploser les limites sociologiques à l'intérieur desquelles les systèmes ont été traités jusqu'ici au profit d'une interrogation privilégiant la perspective de leur rationalité sociale. C'est sur ce point précis que l'on peut apprécier comment le regard qu'Habermas est amené à y poser est d'ordre métathéorique et nullement d'ordre sociologique.

---

4. J. Habermas, « Morality, Society and Ethic – An Interview with Torben Hviid Nielsen », *Acta Sociologica*, vol. 33, fasc. 2, 1990, p. 106.

1.1 Le droit comme institution

Habermas caractérise le droit comme institution comme suit :

> Par *institutions du droit,* j'entends les normes juridiques qui ne sauraient trouver une légitimation suffisante dans le renvoi positiviste à des procédures. De cet aspect sont typiques des fondements du droit constitutionnel, les principes du droit pénal et de la procédure pénale, ainsi que toutes les réglementations de faits pénaux *touchant* à la morale (comme le meurtre, l'avortement, le viol, etc.). Dès que la validité de *ces* normes-*là* est mise en cause dans la pratique courante, le renvoi à leur légalité ne suffit plus. *Elles* exigent une justification matérielle parce qu'elles appartiennent aux ordres sociaux légitimes du monde vécu lui-même, et qu'elles constituent, avec les normes informelles de l'action, l'arrière-plan de l'agir communicationnel[5].

Seul un retour aux idées d'Habermas sur le monde vécu peut nous fournir un fondement nécessaire pour comprendre ce qu'implique cette conception du droit moderne.

Le concept de monde vécu renvoit chez Habermas à la pluralité des mondes qui sont et qui peuvent être vécus par des individus. Comme tel, le concept ne renvoie à aucune définition substantielle de ce vécu, mais plutôt à la différenciation structurelle que chaque individu fait ou peut faire de la culture, de la société ou de la personnalité. Le monde vécu est ainsi un arrière-plan de compréhension linguistiquement organisé et culturellement donné. Le monde vécu étant partagé et structuré intersubjectivement par la communication, il constitue un réservoir de sens pour les individus qui s'y réfèrent constamment.

Le monde vécu renvoie donc au bassin de connaissances symboliques qui ont été véhiculées par la culture et le langage. C'est pourquoi il n'y a pas d'une part « le monde » situé devant soi comme un objet réifié, ni d'autre part « l'observateur » de ce monde complètement coupé de celui-ci et qui en aurait une connaissance objective. Au contraire, le monde vécu constitue davantage un horizon possible de compréhension pour toute personne vivant en société, puisqu'il est une ressource aussi bien personnelle que commune du sens disponible.

Soulignons que nous entrons dans le monde vécu par l'intégration sociale. Celle-ci comporte deux volets : la personnalisation et la socialisation. Chaque individu fait, selon Habermas, sa propre différenciation du monde vécu, car celui-ci est pluraliste dans sa constitution même. Un monde universel homogène n'est pas un monde vécu.

---

5. J. Habermas, *Théorie de l'agir communicationnel, op. cit.*, note 1, t. 2, p. 402.

Habermas considère en fait qu'il existe une corrélation intime entre le monde vécu et les différents types d'agir, à savoir l'agir théologique, l'agir régulé par des normes, l'agir dramaturgique et l'agir communicationnel. C'est pourquoi nous ne pouvons jamais nous soustraire complètement de la langue et de la culture, car notre propre différenciation du monde constitue notre ressource de compréhension et d'action. Le monde vécu est ainsi un monde à l'intérieur duquel nous nous situons tous comme des *participants*. Ce n'est que pour une certaine dimension de ce monde vécu qu'il nous sera possible d'adopter le point de vue d'un tiers ou d'un observateur. « Le monde vécu est quasiment le lieu transcendantal où se rencontrent locuteur et auditeur ; où ils peuvent réciproquement prétendre que leurs énoncés coïncident avec le monde (le monde objectif, social et subjectif) ; et où ils peuvent critiquer et confirmer ces prétentions à la validité, régler leurs différends et viser un accord[6]. »

À partir de cette vision de la relation intime entre le monde vécu et les différents types d'agir, nous pouvons bien comprendre pourquoi Habermas considère que les types d'agir représentent les « médiums » pour le monde vécu. Ou, en d'autres mots, que les différents types d'agir représentent, actualisent et changent le monde vécu. On comprend alors pourquoi la reproduction symbolique de ce monde vécu passe nécessairement par une ouverture rationnelle lui permettant de se maintenir et de se renouveler par l'intercompréhension.

Le conception du droit qui s'exprime dans la notion de droit comme institution est par conséquent un droit intimement rattaché au monde vécu. C'est un droit qui ne trouve sa raison d'être que dans la constitution même de ce monde vécu. Ainsi, ce droit repose sur la composante normative qui peut être mobilisée par ce même monde vécu, et cela selon des procédés que nous allons examiner ultérieurement. Par conséquent, ce droit se distingue par sa légitimation qui doit impérativement passer par le monde vécu.

1.2 Le droit comme médium

Le droit comme médium est caractérisé ainsi par Habermas :

> *le droit* [comme médium] *sert d'instrument pour organiser les sous-systèmes régulés par des médiums*, des sous-systèmes qui par ailleurs sont devenus autonomes par rapport aux contextes normatifs de l'agir orienté vers l'intercompréhension. Sur ce point, la plupart des matériaux juridiques de l'économie, des affaires, de l'entreprise et de l'administration sont

6. *Id.*, p. 139.

> significatifs. Le droit s'y combine avec les médiums de l'argent et du pouvoir de telle sorte qu'il assume lui-même un fonction de médium régulateur[7].

De même que pour le droit comme institution, il est nécessaire d'avoir ici recours au concept de système pour comprendre ce qu'implique cette conception du droit comme médium.

À travers le concept de système, Habermas pense aux sphères sociales plus ou moins autorégulées. L'État et son administration et le marché économique sont pour Habermas les figures centrales de ce qu'est le système. Un système est ainsi un ordre social qui peut être perçu par un observateur en tant que « système d'agir » à l'intérieur duquel les actions reçoivent une valeur fonctionnelle conditionnellement à leur contribution au maintien du système.

Les trois médiums régulateurs fondamentaux des systèmes sont, selon Habermas, le pouvoir, l'argent et l'administration. Ces médiums demandent une attitude stratégique de la part des sujets. Ils servent par conséquent à consolider le système dont l'ordre semble avoir une existence objectiviste « au-dessus des têtes des participants ». En effet, comme il le dit : « Des médiums comme l'argent et le pouvoir partent d'obligations empiriquement motivées ; ils codifient le commerce rationnel en vue d'une fin avec des valeurs quantifiables et calculables, et rendent possible une influence stratégique généralisée sur des décisions d'autres participants de l'interaction[8] [...] »

Il existe ainsi une disjonction entre système et monde vécu due au fait que dans la coordination de l'action des systèmes, la coordination de l'action et la formation du consensus par le langage sont séparés. Les médiums comme l'argent et le pouvoir deviennent en fait des médiums de communication sans langage et s'immiscent dans le lieu traditionnellement réservé au monde vécu, car ils nouent dans le temps et l'espace des interactions qui forment des réseaux de plus en plus complexes.

Nous entrons dans les systèmes par l'intégration sociale. Or, l'intégration sociale dans les systèmes relève du fonctionnement ou des impératifs de ce système. Les personnes, en dépit de leurs qualités personnelles, ne sont plus que des rouages soumis aux impératifs du bon fonctionnement du système.

La conception du droit, à l'intérieur de cette conception, n'est plus qu'un droit qui exprime la logique du pouvoir et de l'argent. C'est un droit enfermé dans le sous-système qu'il organise pour le bon fonctionnement

7. *Id.*, p. 401.
8. *Id.*, p. 200.

de l'économie et de l'administration. Le droit en sera réduit à une dimension techniciste qui se soumet d'emblée à la logique du système qu'il sert.

2. Deux théories sur la transformation

L'État du droit comme lieu de transformation du droit se structure selon Habermas à partir de la disjonction entre système et monde vécu. Le droit comme institution et comme médium se fonde sur la logique même de la transformation du système et du monde vécu que nous avons esquissée. Il est maintenant possible d'expliquer le sens de cette perspective pour la théorie de la transformation juridique.

Nous prendrons comme point de départ le droit comme médium fondé sur la logique de la transformation du système. Comme l'affirme Habermas : « Les matériaux juridiques marqués par la technique et l'absence de morale, qui apparaissent dans le sillage des complexités du système économique et administratif, doivent être jugées au regard d'impératifs fonctionnels et de leur compatibilité avec des ordres supérieurs[9]. »

Ainsi, le critère même du droit comme médium est d'être fonctionnel. Quoique ce droit puisse aussi être jugé dans sa compatibilité avec des principes supérieurs, si celui-ci n'entre pas en contradiction avec ceux-là, le critère de fonctionnalité constitue le seul paradigme adéquat pour le droit comme médium. C'est pourquoi la transformation du droit comme médium se fait sous le signe de la fonctionnalité des systèmes, et qu'elle se soumet entièrement aux transformations survenues dans le système. Le droit comme médium, qui recouvre en général le champ du droit civil, ne représente donc pas un problème relativement à la problématique de la transformation juridique : il faut plutôt se demander si le droit comme médium accomplit fonctionnellement son rôle, et, dans la négative, il faudra travailler pour qu'il s'y conforme. La problématique se situerait ainsi peut-être plutôt dans son adaptation que dans sa transformation. Chose certaine, il ne s'agit ici que de constater une transformation factuelle ou fonctionnelle dans les systèmes et de s'assurer que cette transformation est prise en considération par le droit comme médium dans le sens même de la logique du système. D'où la constatation d'Habermas : « Le droit appliqué comme médium de régulation se débarrasse de la problématique de la légitimation, et il est relié au corpus juridique, qui nécessite une légitimation de son contenu, uniquement par des procédures formellement correctes[10]. »

9. *Id.*, p. 403.
10. *Id.*, p. 402, *cf.* p. 401.

Il en va tout autrement pour le droit comme institution. En effet, les « institutions juridiques appartiennent à la composante sociale du monde vécu[11] », et elles appellent par conséquent une légitimation matérielle. À l'intérieur du présent cadre, en effet, le domaine du droit comme institution comprend la dimension des normes juridiques qui ont besoin d'une légitimation. À l'opposé de la logique des systèmes qui invite à évaluer le droit comme moyen en fonction des changements intervenus dans les systèmes en tant que données objectives, la compréhension du monde vécu comme monde intersubjectivement partagé exclut d'emblée tout recours à quelque objectivation réifiante que ce soit. Dans une telle optique apparaît le sens et la pertinence du consensus rationnel, qui ne peut se produire que par la mobilisation et la « problématisation » de notre héritage culturel, en tant que conséquence de la recherche de légitimation du droit comme institution.

À partir de ces considérations, deux théories de la transformation du droit se trouvent distinguées : d'une part, une théorie qui rend compte de la logique des systèmes et, d'autre part, une théorie relative à la logique du monde vécu. Cependant, nous voulons maintenant insister sur le fait que ces deux formes de droit, ainsi que ces deux formes de logique sociale, n'ont pas un statut égal. En effet, pour Habermas, le droit comme médium est soumis au droit comme institution — sans renier pour autant son rôle inhérent au système —, et c'est ce dernier qui doit prévaloir. Nous allons maintenant nous pencher sur la vision très intéressante qui découle d'une telle perspective.

Ainsi, toute théorisation unilatérale de la transformation juridique consistant à « problématiser », à thématiser ou à critiquer des propositions normatives qui impliquent des choix de société et des questions de valeurs à partir de la logique des systèmes constitue, pour Habermas, une abdication et même une forme d'aliénation juridique. En effet, si les médiums des systèmes ne sont que l'argent, le pouvoir et l'administration, toute appréhension de la transformation juridique sur cette base se condamne à une monétarisation ou à une bureaucratisation des problèmes juridiques. Dans son ouvrage *Théorie de l'agir communicationnel*, Habermas a bien analysé les conséquences néfastes d'une telle conception sur le droit[12]. Pour notre propos, ne retenons que le verdict d'Habermas : la « monétarisation » ou la bureaucratisation des problèmes juridiques tels qu'ils sont engendrés par la logique du système ne crée que des pathologie sociales.

---

11. *Ibid.*
12. *Id.*, p. 391-410.

Habermas se distingue ainsi nettement des théories modernes du système, dont l'entreprise de Luhmann est un exemple particulièrement éloquent. Le paradigme de l'intégration des systèmes, en tant que systèmes d'autorégulation analogues aux systèmes biologiques, et qui amène Luhmann à concevoir l'autonomie systémique du droit, évacue complètement, selon la critique qu'en fait Habermas, toute connotation normative au droit. Le droit se trouve ainsi propulsé dans une sphère nihiliste[13]. Habermas reproche aux théories du système de manquer de recul normatif et de perspective critique, c'est-à-dire de n'être que le reflet de ce qu'il s'agirait d'expliquer. Comme le souligne Habermas, il faut se mobiliser « contre la distanciation fétichisante d'une théorie systémique qui évacue tout aspect normatif et exclut déjà analytiquement la possibilité d'une communication focalisante de la société sur elle-même tout entière[14] ».

L'enfermement des théories du système à l'intérieur des catégories systémiques ne leur permet pas de se dégager de leur logique et de leurs conséquences. La critique d'Habermas s'avère à cet égard très utile pour toute théorie de la transformation juridique, car elle met en garde contre toute prétention de « suivre l'évolution » sans autre recours à une évaluation normative et critique. D'où l'accent mis par Habermas sur l'importance du monde vécu pour fonder une théorie de la transformation juridique : Habermas y voit la seule possibilité pour ancrer une perspective normative. Voyons plus en détail ce point.

Le monde vécu, dans son aspect intersubjectif, permet en effet à Habermas d'introduire un horizon de signification qui fournit un fond implicite de connaissances pour les sujets en situations d'action. Par le fait même, il apparaît qu'il ne peut exister un monde vécu unique, mais bien au contraire des mondes vécus propres à chaque individu et qui s'enchevêtrent mutuellement. Il est donc nécessaire de chercher à harmoniser les points de vue différents pour s'assurer qu'une transformation puisse être efficace parce qu'elle est voulue. La réalisation de la compréhension et du consensus sera rendue possible par le fait que, pour des raisons culturelles et sociales, les mondes vécus doivent largement coïncider.

---

13. J. Habermas, *loc. cit.*, note 3, 251-259. Habermas se réfère ici tout particulièrement aux écrits suivants de N. Luhmann : *Rechtssoziologie*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1983, traduction anglaise : *A Sociological Theory of Law*, London, Hutchinson, 1985 ; *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt am Main, Luhrkamp, 1981, et *Legitimation durch Verfahren*, Neuvied, Luchterhand, 1969.
14. J. Habermas, « La souveraineté populaire comme procédure. Un concept normatif d'espace public », *Lignes*, n° 7, 1989, p. 45.

De plus, la perspective du monde vécu lui sert d'ancrage pour une nouvelle conception de la rationalité, c'est-à-dire la conception de la rationalité communicationnelle. En effet, les mondes vécus représentent une « force de rationalité » qui se manifeste par les exigences de validité des agirs communicationnels — agir téléologique, agir régulé par des normes et agir dramaturgique. La mobilisation des mondes vécus dans une perspective communicationnelle représente une libération de la potentialité de rationalité véhiculée par les mondes vécus. C'est pourquoi ces deux dimensions de signification et de rationalité communicationnelle servent à Habermas d'instance « quasi transcendantale » pour un *a priori* non analytique (dans le sens kantien du terme) de l'agir[15].

3. La transformation sur la base du monde vécu

Que signifie la perspective de la reproduction symbolique du monde vécu pour une théorie de la transformation du droit ? Revenons encore une fois à Habermas lui-même :

> Les structures symboliques du monde vécu se reproduisent grâce à l'usage continu du savoir valide, grâce à la stabilisation de la solidarité de groupe et à la formation d'acteurs capables de prendre leurs responsabilités. Le processus de reproduction rattache de nouvelles situations à l'état existant du monde vécu, et ce dans la dimension *sémantique* de significations ou de contenus (de la tradition culturelle), comme dans les dimensions de *l'espace social* (de groupes socialement intégrés) et *du temps historique* (des générations qui se suivent). À ce processus de la *reproduction culturelle*, de *l'intégration sociale* et de la *socialisation* correspondent, en tant que *composantes structurelles* du monde vécu, la culture, la société et la personne[16].

Il faut d'abord souligner, à la lumière de ce qui précède, que seule une transformation « pièce par pièce » sera possible. La perspective du monde vécu exclut d'emblée le rêve d'une révision totale, le rêve totalitaire d'une *tabula rasa*, car ce sera toujours à partir du contexte réel du monde vécu qu'une transformation du droit pourra s'enclencher, s'expliquer et se justifier.

Mentionnons également que toute transformation du droit doit passer par le monde vécu, c'est-à-dire par les différentes forme d'agir qui tissent les liens sociaux : l'agir téléologique, l'agir régulé par des normes, l'agir dramaturgique et ultimement, l'agir communicationnel. Ce dernier type

15. J. Habermas, *Théorie de l'agir communicationnel, op. cit.*, note 1, t. 2, p. 139.
16. *Id.*, p. 152.

d'agir est d'ailleurs, comme nous allons le voir, primordial par rapport aux autres agirs, car c'est par son intermédiaire qu'il est possible de coordonner les modèles de rationalité qui leur correspondent. Le rôle de l'agir communicationnel, dans son insistance sur la relation intersubjective, se manifeste dans son importance de la compréhension intersubjective pour la reproduction du monde vécu. Ainsi, le « champ sémantique des valeurs symboliques, l'espace social et le temps historique constituent les dimensions où se déploient les actions communicationnelles[17] », de telle sorte que l'agir communicationnel se présente comme un mécanisme d'interprétation grâce auquel se reproduit le savoir culturel.

La reproduction culturelle et sociale du monde vécu donne ainsi l'assurance qu'à travers la dimension sémantique, les situations nouvelles qui émergent seront rattachées aux conditions déjà existantes du monde vécu. Nous sommes ici devant une perspective décisive pour la problématique du droit. En effet, il apparaît ici que la perspective de la reproduction culturelle est la garantie métasociale du droit quant à la continuité de la tradition et à la cohérence du savoir dans la pratique quotidienne. Cette continuité et cette cohérence doivent ainsi être évaluées par la rationalité communicationnelle mise en branle dans les mondes vécus. Par conséquent, la transformation du droit peut être comprise en tant que médiation entre la tradition du droit et l'intercompréhension, en tant qu'idéal de l'intersubjectivité tel qu'il est véhiculé par les mondes vécus. « La reproduction du monde vécu, fait remarquer Habermas, consiste essentiellement à poursuivre et à renouveler la tradition, poursuite et renouvellement qui se meuvent entre les extrêmes de la pure continuité ou d'une rupture avec les traditions[18]. » Dans les deux cas, une évaluation se fait à partir de la rationalité du savoir qui peut être mobilisé comme valide.

Soulignons que cette volonté infatigable d'Habermas de n'utiliser que le seul horizon du monde vécu pour expliquer la transformation du droit témoigne d'un antipositivisme juridique qui est des plus conséquents. Cette façon de concevoir les choses l'amène à une conception normative du droit qui, autant sur le plan de la formation que sur celui de la transformation du droit, peut être qualifiée de « procéduraliste ». Nous expliquerons maintenant comment une théorie normative du droit peut rendre compte de la transformation du droit dans la modernité.

---

17. *Ibid.*
18. *Id.*, p. 153.

La transformation normative du droit

Précisons d'entrée de jeu la conclusion à laquelle la perspective d'Habermas entend nous mener : pour lui, la transformation et la formation du droit doivent nécessairement passer par un processus de légitimation reposant sur le monde vécu. Dans cette conception, il est possible de dégager un idéal très fort du principe démocratique. Nous tenterons ici d'analyser comment l'exigence d'une légitimation par le monde vécu amène Habermas à instaurer un processus de légitimation spécifique au droit dans l'instance du discours. Ainsi, ce processus de légitimation devrait fournir aux normes juridiques une métavalidité sociale. En effet :

> La phrase : « il se trouve que *q* est l'objet d'un commandement » (« *Es ist der Fall dass q geboten ist* ») a, à l'évidence, une autre signification que la phrase : « il faut impérativement que *q* » (« *Es ist geboten, dass q* »). Lorsqu'elle est exprimée dans la forme appropriée à la justesse normative, i.e. formulée de telle sorte qu'elle prétende à la validité pour un cercle de destinataires, cette phrase exprime une norme ou encore un commandement déterminé. Et nous disons qu'une norme existe ou qu'elle jouit de la validité sociale (*soziale Geltung*), si elle est reconnue comme valide (*gültig*) ou légitime par ses destinataires[19].

De même :

> Qu'une norme *vaut* idéalement signifie : elle mérite l'assentiment de tous les intéressés parce qu'elle règle des problèmes d'action dans leur intérêt commun. Qu'une norme *existe* factuellement signifie en revanche : la prétention à la validité qu'elle comporte est reconnue par les intéressés, et cette reconnaissance intersubjective fonde la *validité sociale* de la norme[20].

Ce qui est en jeu dans la perspective de la validité sociale à développer est un « monde de l'agir régulé par des normes ». Un tel monde pourrait être considéré, accepté et validé par les personnes concernées parce que ultimement il serait voulu par elles. Le rôle du discours consiste précisément à édifier et à transformer ce monde régulé par des normes.

1. La validation des normes juridiques : le discours

Sur la signification même des discours, examinons tout d'abord la description qu'en donne Habermas :

> Le principe d'une éthique de la discussion se réfère à une procédure qui consiste, en l'occurrence, à honorer par la discussion des exigences normatives

19. *Id.*, t. 1, p. 104.
20. *Ibid.* ; l'italique est de nous.

> de validité [...]. Elle ne livre pas des orientations relatives au contenu, mais une manière de procéder : la discussion pratique. L'objet de cette manière de procéder n'est assurément pas de produire des normes légitimées. Il consiste plutôt à tester la validité des normes qui sont proposées ou envisagées à titre d'hypothèse. Il faut donc que les discussions pratiques reçoivent leurs contenus de l'extérieur. Sans l'horizon propre au monde vécu d'un certain groupe social, et sans conflits d'action inhérents à une situation donnée dans laquelle les participants estiment devoir régler par le consensus une querelle portant sur un problème de société, vouloir mener une discussion pratique ne présenterait aucun intérêt [...]. Par conséquent, cette procédure est formelle mais non au sens où il y aurait abstraction des contenus. C'est parce qu'elle est ouverte que la discussion a précisément besoin que les contenus contingents lui soient « donnés »[21].

Les discours sociaux auxquels fait référence Habermas constituent une procédure spéciale de communication à l'intérieur de laquelle la prétention à la validité des normes proposées ou envisagées peut être honorée. Ainsi, les normes juridiques deviennent controversées par l'interaction même des sujets qui mettent en marche une telle thématisation. Le discours représente ainsi une forme de réflexion réciproque, métacommunicationnelle, où les exigences de validité sont soumises à une procédure de réflexion commune visant à un consensus éventuel. Les discours se réfèrent alors au but recherché, c'est-à-dire obtenir un consensus pouvant servir de régulateur aux différents types d'agir communicationnels. Le critère de validité d'une norme est donc un produit de la communication réciproque-réflexive. Dans ce qui suit, nous analyserons en trois étapes les implications d'une telle conception : a) « signification » et « validité » impliquées dans la perspective normative inhérente à la communication linguistique ; b) « universalité » et « cognitivité » comme épreuves en vue de l'obtention de la validité ; et enfin c) « consensus » autour duquel se joue l'établissement d'une validité des normes juridiques.

1.1 Signification et validité

Il est important de souligner qu'Habermas pose la communication linguistique comme fondement des normes juridiques. La communication linguistique exprime, selon Habermas, la logique du monde vécu. Toute reproduction culturelle (des normes, des convictions, des valeurs) passe, à l'époque moderne, par des exigences de validité sociale honorables dans la communication linguistique. Le raisonnement d'Habermas est en apparence simple : si notre société moderne n'est pas le chaos – si les relations

21. J. Habermas, *Morale et communication, op. cit.*, note 1, p. 125.

intersubjectives ne sont pas strictement le résultat du hasard dans un univers où rien n'a plus de sens –, il doit exister « quelque chose » qui donne un sens aux comportements sociaux et qui peut fonctionner comme un canal pour la reproduction sociale et culturelle. Sans un tel sens, toute individualisation ou personnalisation des humains dans un univers social serait impossible. C'est à partir de cet arrière-plan que l'on peut comprendre le rôle de coordination et de signification impliqué dans la communication linguistique. Pour Habermas, la reproduction culturelle et la validation des normes juridiques reposent sur la capacité de la communication linguistique. Mais comment ?

Tout d'abord, les normes juridiques qui ont acquis une validité sociale devraient par le fait même pouvoir constituer une force coordinatrice pour tout agir régulé par ces mêmes normes. À partir d'une telle conception, le problème est de savoir d'où la communication linguistique « tire sa force de coordination pour l'action[22] ». Habermas se trouve à cette étape aux prises avec la nécessité de dégager la nature des liens constitués dans les actes de langage. Nous allons examiner tout d'abord le problème de la signification d'un acte de langage en rapport avec notre problématique. Puis nous verrons que les conséquences de ce problème amènent Habermas à poser la problématique de la validité en suivant la même logique.

Considérons donc en premier lieu le problème de la signification d'un acte de langage et ce qui y est impliqué. Habermas soumet la phrase suivante : « Je Te promets (par là même) de venir demain[23]. » Pour entrer dans la compréhension d'un acte de parole, il nous faut savoir ce qui le rend acceptable[24]. L'effet de coordination pour l'action ne peut être établi que si les conditions d'acceptabilité reposent sur une reconnaissance intersubjective de la prétention à la validité de l'énoncé. Ainsi, une phrase ne peut être dite acceptable que si un auditeur peut prendre position par rapport à l'énoncé par un « oui » ou un « non ». Ce sera donc la reconnaissance intersubjective d'une prétention à la validité d'un énoncé qui fondera la signification de celui-ci, qui permettra d'instaurer des obligations significatives par la suite de l'interaction. En effet, la signification même d'un acte de langage sera rattachée aux exigences de validité à travers ses conditions d'acceptabilité.

Habermas n'a donc plus qu'un pas à faire pour tisser le lien entre l'exigence de validité et les conditions de signification. Ce lien sera établi par la

22. J. Habermas, *Théorie de l'agir communicationnel, op. cit.*, note 1, t. 1, p. 306.
23. *Id.*, p. 305.
24. *Id.*, p. 307.

perspective selon laquelle les conditions de signification, dans le cadre d'une théorie pragmatique, doivent être doublées d'une théorie des conditions de réalisation. Ainsi, lorsque l'impératif suivant est émis : « Je T'engage (par là même) à déposer ta cigarette », le sens de la phrase ne pourra être compris que lorsque l'auditeur saura ce qu'il devrait faire ou laisser faire pour produire l'état « p » souhaité par le locuteur, et qu'il saura comment il pourrait accorder ses actions par rapport aux éventuelles sanctions de la part du locuteur. L'auditeur ne comprend donc complètement la signification de l'énoncé que lorsqu'il sait pourquoi le locuteur peut s'attendre à pouvoir imposer sa volonté à l'auditeur. Le locuteur, en se référant à la validité d'une norme juridique, élève lui-même une prétention à la validité. Ainsi, dans l'exemple que nous avons mentionné, le locuteur, en se référant à la validité d'une norme juridique interdisant de fumer, élève la prétention à la validité de cette norme. D'où la conclusion d'Habermas :

> Un locuteur peut [...] *motiver rationnellement un auditeur* à accepter l'offre de son acte de parole, parce que, sur la base d'une relation interne entre la validité, la prétention à la validité et la justification qui honore les prétentions, il peut garantir qu'il donnera si besoin est les raisons convaincantes qui assurent la prétention à la validité contre une critique de l'auditeur. Ainsi un locuteur ne dit-il pas la force du lien engagé par son succès illocutoire à la validité de ce qui est dit, mais à *l'effet de coordination* opéré par la *garantie* offerte d'honorer le cas échéant, par son acte langagier, la prétention à la validité qui a été élevée. Au lieu de la force de motivation empirique d'un potentiel de sanctions relié de façon contingente à des actions langagières, nous avons la force de motivation rationnelle des assurances que portent les prétentions à la validité, pour tous les cas où le rôle *illocutionnaire* ne fait pas connaître une prétention au pouvoir, mais une prétention à la validité[25].

Il en va ainsi parce que la prétention à la validité est soumise à des limitations conventionnelles : une telle prétention ne peut être récusée que sous la forme d'une critique, et contre cette critique, elle ne peut être défendue elle-même que sous la forme d'une critique. Donc, l'énonciation d'un acte de langage, qui aspire à un effet de coordination de l'agir, ce qui est le cas précis des normes juridiques, est soumise à une condition : pour établir un consensus sur la prétention à la validité d'une prétention à la validité, le locuteur et l'auditeur doivent, par la logique même qui est mise en branle, se soumettre à l'obligation de donner des raisons convaincantes de leurs prétentions.

25. *Id.*, p. 311.

Or, au cœur de la signification même d'un acte de langage, les exigences de validité correspondent aux relations que le langage établit avec le monde. Habermas distingue en effet, dans une logique wébérienne, trois mondes différents par rapport auxquels peuvent être soulevés trois différents types de prétentions à la validité qui doivent être honorés chacun selon un mode déterminé.

> [...] lorsqu'on considère qu'un locuteur engagé dans l'agir communicationnel ne choisit une expression langagière compréhensible que pour s'entendre *avec* un auditeur *sur* quelque chose, et par là, se rendre *lui-même* compréhensible. Il y a donc dans l'intention communicationnelle du locuteur : a) une action langagière *juste* à effectuer au regard d'un contexte normatif donné, afin qu'ait lieu entre l'auditeur et lui une relation interpersonnelle reconnue comme légitime ; b) un énoncé vrai à produire (ou encore des présuppositions d'existence exactes), afin que l'auditeur reprenne et partage le savoir du locuteur ; et c) des opinions, des intentions, des sentiments, des souhaits, etc., à exprimer de façon *véridique*, afin que l'auditeur accorde foi à ce qui est dit[26].

Nous avons ainsi trois mondes, c'est-à-dire : a) le monde social ; b) le monde objectif ; et c) le monde subjectif. Pour chacun de ces mondes peut être soulevée une prétention à la validité qui sera à honorer selon une exigence propre de justesse, de légitimité, de vérité, ou encore de sincérité. Dans le cas de la validation des normes juridiques, il est important de souligner que, dans le contexte de l'agir communicationnel, les actions langagières peuvent toujours être récusées selon chacun de ces trois ordres, et ce même si les normes juridiques sont d'abord comprises dans le cadre du monde social et de la prétention à la légitimité de l'ordre de la justesse.

Si l'on examine maintenant la procédure par laquelle il est possible d'honorer une prétention à la validité, il semble que c'est le langage lui-même qui a la fonction d'un « tribunal communicationnel » pour établir le bien-fondé des normes juridiques. C'est la possibilité même que nous offrent les actes de langage, sous la forme du discours, de fonder et de critiquer la prétention à la validité par la logique même du langage, qui constitue un tribunal communicationnel pour trancher sur une base rationnelle entre les différentes prétentions. À travers les prétentions à la validité, ce sont ces mondes vécus qui sont mobilisés, ce qui implique que la résolution des conditions de validité doit se faire à partir de l'arrière-fond du savoir intersubjectivement partagé par la communauté de communication.

26. *Id.*, p. 316.

Le principe « fondationnel » des normes juridiques est ainsi l'intersubjectivité langagière telle qu'elle s'exprime dans l'intercompréhension de la signification sur l'arrière-fond des mondes vécus. Dans cette logique, tout recours à une ontologie de caractère objectiviste ou subjectiviste se trouve exclue par le tournant communicationnel dans l'explication de la norme juridique. Par le fait même, la conception du droit d'Habermas aura un caractère notamment intersubjectif, en opposition aux les modèles objectivistes et subjectivistes du droit de notre modernité juridique. Dans la partie suivante, nous analyserons cependant comment ce modèle intersubjectif du droit tend, d'une part, à l'objectivité sur le plan scientifique et vise, d'autre part, les subjectivités sur le plan de l'effectivité sociale.

1.2 Cognitivité et universalité

À partir de ce qui précède, nous pouvons envisager la « problématisation » de l'existence de règles discursives pour la validation des normes juridiques chez Habermas. Il est possible de dégager deux de ces règles discursives : d'une part, la règle discursive de la cognitivité et, d'autre part, la règle discursive de l'universalité. Le rôle de chacune de ces règles, considérées comme inhérentes à l'activité communicationnelle par Habermas, consiste à tester les prétentions à la validité.

Voyons d'abord en quoi consiste la règle discursive de la cognitivité des normes juridiques. Selon Habermas, les normes sont « susceptibles de vérité », à partir de la problématique qu'il pose dans *Raisons et légitimité*[27] selon laquelle « les questions pratiques sont susceptibles de vérité ». Habermas s'oppose sur ce point aux moralistes et aux juristes modernes qui défendent le caractère « non cognitiviste » des normes. Pour ces derniers, en effet, les normes ne sont que l'expression de l'attitude individuelle que chaque personne adopte pour des raisons insondables — émotives, subjectives et non « universalisables ». Par conséquent, les normes ne pourraient, selon ces penseurs, être l'objet de connaissances, elles ne pourraient être appréhendées selon les catégories du vrai et du faux, pas plus que les énoncés mathématiques ne pourraient être appréhendés selon les catégories du sain ou du malade. Par contre, pour Habermas, la dimension cognitive est essentielle dans l'élaboration même de la norme.

Pour comprendre les enjeux de cette conception cognitiviste, revenons à la thèse d'Habermas selon laquelle on ne peut comprendre un acte de parole que dans la mesure où l'on comprend ce qui le rend acceptable.

27. J. Habermas, *Raison et légitimité*, Paris, Payot, 1978, p. 142 et suiv.

Cette perspective conduit Habermas à poser la possibilité de répondre soit par oui soit par non à la prétention de validité d'un énoncé. Ce qui est impliqué dans cette alternative pour se situer par rapport à la prétention à la validité d'un énoncé, c'est que la possibilité même de cette alternative se comprend dans la mobilisation qui y est faite de l'arrière-fond normatif que nous donne le monde vécu. Ainsi, les raisons qui nous poussent à répondre par oui ou par non à une prétention à la validité d'un énoncé peuvent être fondées, argumentées et vérifiées à cause de leur caractère « cognitiviste ». Sur ce point, Habermas postule que le test « cognitiviste » que l'on peut faire subir à l'exigence de validité serait analogue au test de vérité. Ainsi :

> [...] dans la vie quotidienne, nous attachons à des énoncés normatifs des exigences de validité que nous sommes prêts à défendre contre toute critique. Nous abordons des questions pratiques du type : « Que dois-je/que devons-nous faire ? » en présupposant qu'on ne peut pas y répondre n'importe comment. De même, nous nous estimons, par principe, capables de distinguer les normes et les commandements justes de celles et de ceux qui sont faux. Au reste, si des propositions normatives ne sont pas, au sens strict, susceptibles de vérité, c'est-à-dire si elles ne peuvent pas être dites « vraies » ou « fausses » *au même titre* que des énoncés descriptifs, nous devons donc nous efforcer d'expliquer quel est le sens de l'expression « vérité morale » ou celui de l'expression « justesse normative »[28].

Celui qui manifeste une prétention à la validité dans une proposition normative prétend par le fait même que cette proposition est juste au regard d'un contexte normatif reconnu comme légitime. Ce processus est tout à fait parallèle à la prétention à la vérité soulevée par rapport à un énoncé « constatif » dans le monde objectif. Dans un cas comme dans l'autre, le locuteur se réfère toujours à un contexte normatif qu'il suppose partagé et admis. Ainsi, le locuteur et l'auditeur mobilisent des fragments du monde vécu qui leur permettent de prendre position par rapport à des prétentions à la validité. Locuteur et auditeur se situent dans un cadre normatif, par rapport à ce qu'ils considèrent comme juste. Le point que veut soutenir Habermas consiste à dire que parce que le locuteur et l'auditeur connaissent le monte vécu qui peut être mobilisé pour honorer les prétentions à la validité, ce monde vécu peut précisément servir d'instance « argumentative » de « vérité ». La justesse normative, par analogie avec l'exigence de la vérité, se révèle ainsi en tant que règle discursive qui peut « forcer » les participants au discours à s'appuyer sur des raisons dans leurs efforts pour

28. J. Habermas, *Morale et communication, op. cit.*, note 1, p. 77.

justifier les normes. Par conséquent, le test « cognitiviste » en appelle à la possibilité d'une reconnaissance intersubjective quant à leur prétention critiquable à la validité, dans le but d'obtenir un consensus sur les normes juridiques. Il en découle que la cognitivité des normes juridiques ne peut être mesurée que d'après leur justesse dans le contexte d'une communication visant l'intercompréhension.

Une fois posée la règle discursive de la cognitivité pour les normes juridiques, il est possible de se tourner vers la règle discursive de l'universalité des normes. Par la règle discursive de la cognitivité, Habermas avait établi qu'elle devait être traitée de façon analogique avec les exigences à la vérité. Dans une telle optique, chacun se constitue comme juge dans son évaluation lorsqu'il répond par « oui » ou par « non » à la prétention à la validité soulevée. Le locuteur et l'auditeur interprètent les prétentions à la validité à la lumière des standards culturellement en vigueur. Or, même si une reconnaissance intersubjective se forme autour de valeurs culturelles, cela ne signifie encore nullement la possibilité de prétendre à un assentiment culturellement généralisé ou absolument universel. Ce qui fait défaut est alors la dimension réflexive qui ne peut survenir que si le locuteur et l'auditeur peuvent arriver ensemble à décrire un intérêt commun afin de forger une norme qui puisse exprimer cet intérêt. Et pour qu'un tel projet de coopération puisse être envisagé, seule la procédure de l'échange universel des rôles constitue une condition de réalisation[29]. Ainsi, au cœur de tout projet communicationnel se trouve l'exigence de se placer du point de vue de l'autre pour que la communication soit effective. Habermas pose en fait qu'une telle exigence existe implicitement en ce que les exigences de validité normatives établissent, entre le langage et le monde social, une dépendance réciproque qui propulse les participants au discours dans un dialogue coopératif. À cet égard, soulignons que la perspective de la coordination de l'action amène la conclusion selon laquelle la formation impartiale du jugement s'exprime dans un principe qui contraint toute personne à adopter la perspective de tous les autres participants à la discussion.

C'est pourquoi il faut bien souligner la différence fondamentale entre les conceptions de l'impératif catégorique d'Habermas et de Kant. Ainsi, comme le dit Thomas McCarthy :

> Au lieu d'imposer à tous les autres une maxime dont je veux qu'elle soit une loi universelle, je dois soumettre ma maxime à tous les autres afin d'examiner par la discussion sa prétention à l'universalité. Ainsi s'opère un glissement : le centre de gravité ne réside plus dans ce que chacun peut souhaiter faire

29. *Id.*, p. 86.

valoir, sans être contredit, comme étant une loi universelle, mais dans ce que tous peuvent unanimement reconnaître comme une norme universelle[30].

Par conséquent, la prétention à la validité des normes ne peut être honorée que si la norme a été évaluée universellement, dans la perspective d'un échange universel de rôles, avec l'intention de satisfaire les intérêts de tout un chacun. Nous reviendrons sur le concept d'intérêt, mais soulignons dès maintenant que le principe d'universalisation introduit par Habermas est formel et qu'il vise avant tout une « procéduralité » communicationnelle menant au consensus. Le principe d'universalité doit, par son caractère formel, se concrétiser dans des maximes ou des règles de rationalité procédurales pouvant exprimer rationnellement ce principe[31].

En conclusion, les deux règles discursives de la cognitivité et de l'universalité jouent un rôle de validation des normes afin de les rendre acceptables par tous, parce qu'elles sont fondées sur des raisons qui pourront être partagées dans la discussion.

1.3 Intérêt et consensus

Les notions d'intérêt et de consensus vont nous permettre d'appréhender l'acceptabilité des prétentions à la validité sous un nouvel angle. Ce sera par l'intermédiaire de ces deux notions que la validité sociale des normes juridiques se concrétisera.

Examinons dans un premier temps la notion d'intérêt, que nous avons retrouvée en filigrane dans tout le développement de la présente étude. Nous allons voir comment un consensus peut être obtenu relativement aux normes juridiques grâce à cette notion d'intérêt. En effet, pour Habermas, la norme doit « satisfaire les intérêts de tout un chacun » de telle manière qu'elle puisse être acceptée « par toutes les personnes concernées »[32]. Le fait que le choix des normes peut être justifié de façon argumentative dans

30. T. McCarthy, *The Critical Theory of Jürgen Habermas*, Cambridge, Mass. et Londres, The MIT Press, 1978, p. 326 ; cette formulation de McCarthy est reprise et endossée par J. Habermas dans *Morale et communication, op. cit.* note 1, p. 88-89.

31. J. Habermas, *Morale et communication, op. cit.* note 1, p. 108-114. Habermas se réfère ici entre autres à la formulation de ces maximes et principes procéduraux fait par le juriste R. Alexy, « Eine Theorie des praktischen Diskurses », dans W. Oelmuller (dir.), *Normenbegrundung*, Normendurchsetzung, Schjoningh, Paderborn, 1978, Alexy a développé davantage ses idées dans *A Theory of Legal Justification. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Oxford, Clarendon Press, 1989 ; cf. I. Dewars, « La rationalité du discours pratique selon Robert Alexy », (1987) 32 Arch. Philo. dr. 291.

32. J. Habermas, *Morale et communication, op. cit.*, note 1, p. 86-87.

un rapport différencié aux attentes que le locuteur peut présumer de la part de l'auditeur, dans son rapport aux mondes objectif, social et subjectif, fait intervenir une mobilisation de la situation concrète dans le monde vécu qui transforme le type même de rapport aux intérêts et au monde vécu.

Il ne s'agit pas par conséquent de faire reposer les normes sur les intérêts, mais bien plutôt de montrer que, par le concept d'intérêt, on veut légitimer la dimension du monde prévu puisque c'est à partir de cet arrière-fond que se développent les attentes, normatives et factuelles, qui s'expriment dans l'intérêt pour la transformation des normes. Il n'existe donc chez Habermas aucune idée selon laquelle les intérêts pourraient servir de directives, mais bien plus modestement, l'idée que la fondation et la transformation des normes reposent sur la complexité des mondes vécus. Les intérêts expriment le contexte d'une forme de vie particulière qui serait nécessaire pour enraciner la validité des normes dans un contexte social. Habermas est d'ailleurs plus proche de Marx que de Kant sur ce point. Ce qu'il faut souligner, c'est que la notion d'intérêt est concrète chez Habermas, et qu'il n'y a pas de place pour une conception abstraite de celle-ci. Cela exclut donc d'emblée la pensée libéraliste, ainsi que la pensée du contrat social, pour lesquelles toute personne qui émet un jugement sur la validité des normes doit faire abstraction de sa propre situation. Cependant, Habermas se démarque également de la tradition paternaliste qui défend abstraitement des « intérêts véritables ». Pour Habermas, la question de l'intérêt est essentiellement une question de pouvoir, puisque l'exercice d'un intérêt peut être contraire aux intérêts d'autres personnes. Nous verrons plus loin comment Habermas veut concilier des intérêts contradictoires par le consensus, mais soulignons à cette étape que la notion d'intérêt veut exprimer ici le respect de la pluralité concrète qui caractérise nos sociétés modernes.

Pour saisir l'articulation entre intérêt et consensus, examinons maintenant l'exigence du consensus. Le consensus obtenu sur la validité des normes juridiques, lorsque sont maintenues les exigences discursives que nous avons vues précédemment, procure la validité sociale nécessaire pour toute coordination de l'action juridique. Or, quel est le sens de ce consensus ? Selon Habermas :

> [...] des conflits qui surgissent dans le cadre d'interactions gouvernées par des normes proviennent directement d'une perturbation dans l'entente mutuelle sur les normes. La réparation peut donc seulement consister à garantir le fait qu'on approuve et reconnaît intersubjectivement l'exigence de validité qui s'est, en un premier temps, trouvée contestée mais que l'on a pu réhabiliter en en montrant le caractère non problématique. Elle peut aussi ne consister qu'à garantir le fait que l'on approuve et reconnaît intersub-

> jectivement une autre exigence de validité destinée à remplacer celle qui fut contestée. Ce genre d'entente est l'expression d'une *volonté commune*. Mais lorsqu'il faut que les argumentations morales [c'est-à-dire normatives] produisent une entente de ce type, il ne suffit pas qu'un individu se demande, en y réfléchissant à deux fois, s'il lui serait possible d'adhérer à une norme. Il ne suffit même pas que tous les individus procèdent, chacun dans son coin, à cette délibération, pour qu'ensuite on enregistre leur suffrage. Ce qui est exigé, c'est une argumentation « réelle » à laquelle participent, en coopération, les personnes concernées. Seul un processus intersubjectif de compréhension peut conduire à une entente de nature réflexive ; c'est ensuite seulement que les participants peuvent savoir qu'ils sont parvenus en commun à une certaine conviction[33].

Habermas est ici très clair : c'est par une argumentation « réelle », d'où seraient exclues toutes considérations de stratégies, de manipulations et de contraintes, que pourrait être élaboré un consensus sur une question normative. L'horizon qui s'ouvre par la perspective de compréhension des actes de langage se confirme ici sur un tout autre plan comme la poursuite d'un consensus. La nécessité d'établir un consensus sur les normes juridiques s'accentue par ce que nous venons de voir au sujet de la notion d'intérêt. Au-delà de la reconnaissance de la multiplicité *de facto* des intérêts dans notre société, Habermas nous invite à accepter cette pluralité qui n'exprime que l'état même du monde vécu et à trouver un *modus vivendi* qui puisse y répondre. Il ne voit donc d'autre issue que de respecter l'exigence de consensus pour les normes juridiques.

Mais demandons-nous quelle est la nature du consensus auquel veut parvenir Habermas. Ce consensus devrait, selon Habermas, englober aussi bien la majorité que les différentes minorités, ce qui implique d'emblée son caractère forcément minimaliste. Ainsi, le consensus ne peut être obtenu que pour un nombre restreint de normes, cela n'est pas accidentel chez Habermas, mais bien au contraire voulu par celui-ci. En effet, Habermas préconise une sorte de dialogue permanent entre les propositions de contenus normatifs qui peuvent se mobiliser par le monde vécu, et le choix minimaliste qui peut être retenu par l'exigence de consensus. Ce dialogue, sous son aspect de rationalisation qui est constitutif du discours même, ouvre en fait la perspective même de la rationalisation du monde vécu, non pas en tant que projet direct, mais au contraire en tant que conséquence indirecte et limite de l'agir social.

---

33. *Id.*, p. 88.

Si nous considérons maintenant l'exigence de satisfaire les intérêts de tous et l'exigence du consensus acceptable pour tous, il apparaît que le maintien des deux éléments assure à la formation des normes juridiques un ancrage concret dans la différenciation que toute personne se fait du monde vécu. Les personnes doivent donner leur accord aux normes juridiques à partir de leur situation dans le monde vécu. C'est leur accord qui construit le consensus qui donne aux normes leur force d'obligation.

2. Une transformation démocratique

Le résultat de la procédure du discours argumenté serait, selon Habermas, la validation des normes juridiques. Ces normes auraient en effet obtenu une légitimation nécessaire afin de pouvoir être insérées dans un monde de l'agir régulé par des normes *transformées*. Nous voulons souligner maintenant les conséquences pratiques d'une telle perspective.

Ces conséquences pratiques doivent cependant être dégagées à la lumière de leur originalité théorique. En effet, l'idée fondamentale d'Habermas consiste à dire que toute transformation normative repose sur la communauté des « je » réunis en un « nous ». La pierre angulaire du modèle habermassien consiste dans le fait que les normes sont, pour lui, susceptibles de vérité et que le discours n'est en fait qu'un processus de formation démocratique à l'intérieur duquel les intérêts pourraient se transformer en normes[34]. Le nouveau principe juridique qui se profile chez Habermas consiste à dire que les normes ne règlent pas les intérêts, mais les expriment, et que l'exigence d'universalité représente l'horizon des pratiques d'entente.

La première implication de ce modèle de la transformation du droit se situe sur le plan méthodologique. En effet, ce que veut fournir Habermas est d'abord une méthode. Cette méthode est procédurale et elle exige une prise en considération qualitative des intérêts en présence, qui sont en confrontation. Cette confrontation qui est médiatisée dans l'argumentation introduit des normes juridiques dans la dimension du devoir-être. En effet, puisque les normes juridiques représentent dans cette optique l'horizon de sens de la pratique juridique, la problématique de la transformation juridique n'apparaît alors proprement que dans la perspective d'une conception de la *justice*. Or, ce principe n'est pas « déjà donné » selon la formule d'un principe abstrait, mais il est plutôt « anticipé » en tant qu'« universel concret », à l'horizon de l'universalité par rapport à laquelle s'exprime la raison pratique.

34. J. Habermas, « Towards a Communicative Concept of Rational Collective Will-Formation. A Thought-Experiment », (1989) 2 Ratio Juris 144.

De plus, Habermas nous donne un paramètre à partir duquel il faut évaluer la validité des normes existantes ou en état de formation. En nous donnant en effet le paramètre démocratique, il nous permet de voir la transformation du droit à l'intérieur d'un horizon particulier, celui de la démocratie, pour lequel la perspective même de la transformation dépend du consensus à obtenir. Ainsi, le critère abstrait de validité sociale constitue le paramètre qui nous permet d'évaluer et de juger la situation réelle. Nous pouvons ainsi dire que les normes socialement validées représentent la reconstruction « contre-factuelle » qui nous permet de prendre le pouls de l'agir social régulé par les normes.

En somme, nous pouvons insister sur le fait que cette façon de concevoir la formation et la transformation des normes juridiques, qui constituent le monde de l'agir régulé par des normes, aboutit à une conception « procéduraliste » du droit. L'aspect procédural et « dialogique » devient par le fait même l'essence du droit, car lui seul permet de répondre adéquatement aux exigences inhérentes à cette conception de la formation des normes juridiques.

Sur le plan politique, il est également nécessaire d'insister sur le fait que la programmation politique par des lois et des législations n'a reçu aucun privilège théorique chez Habermas. Par rapport au discours de validation, il est évident que la programmation politique par des lois peut représenter des normes qui sont proposées ou envisagées à titre d'hypothèses en vue d'une validation discursive.

Sur le plan d'une philosophie du droit, nous pouvons aussi retenir comment cette façon de « fonder » les normes juridiques se démarque clairement des théories du contrat social. Les modèles libéraux et ceux du contrat social font intervenir la régulation des intérêts sociaux par l'application de principes sémantiquement « universalisables », alors que le modèle communicationnel tend à faire s'exprimer les intérêts dans l'universalisation d'une discussion, c'est-à-dire pragmatiquement[35]. Par rapport au modèle du contrat social qui représente un des fondements de notre modernité juridique, nous pouvons bien mesurer l'ampleur de la révolution amenée par la perspective communicationnelle.

Conclusion : tradition et renouvellement

L'insistance d'Habermas sur la dimension du monde vécu nous a appris que les normes de l'agir régulé par des normes juridiques ne se transforment

35. *Ibid.* et J. Habermas, *loc. cit.*, note 3, 241-244, 262-264, 267-271.

pas arbitrairement « à la carte ». Le droit n'est pas un supermarché où chacun pourrait choisir librement selon son goût, mais plutôt un projet de « vivre ensemble » toujours renouvelable à partir d'un fondement commun dans le monde vécu. L'intérêt que doit inspirer chez les juristes cette façon de concevoir le droit impose la prudence dans l'évaluation du respect de la tradition par rapport à la perspective du renouvellement culturel.

En effet, le projet de transformation des normes juridiques doit absolument prendre en considération le poids même de la transformation par rapport à ce qui est organiquement développé dans le monde vécu, les opinions établies et les espoirs exprimés issus du monde vécu. Le projet de transformation du droit devrait également respecter les multiples projets individuels et les formes collectives de vie, sans porter préjudice aux responsabilités de chacun dans sa manière de mener sa vie. Ainsi, toute possibilité de transformation juridique doit passer par des formes de communication pouvant mobiliser les forces culturelles inhérentes au monde vécu.

Habermas et l'État de droit

Le modèle communicationnel du droit et la reconstruction réflexive de l'État de droit contemporain

L'objectif de notre article est d'analyser la reformulation du concept de l'État de droit telle que la propose le modèle communicationnel du droit. Dans ses récents écrits, le philosophe allemand Jürgen Habermas appelle de ses vœux la reconstruction réflexive de l'État de droit contemporain à partir d'une conception de l'État de droit (*Rechtsstaat*) que nous appellerons « communicationnelle ». Habermas prône un État de droit communicationnel, ancré dans une conception radicale de la démocratie.

Nous analyserons ici quelques présupposés de ce projet d'État de droit conçu selon le modèle communicationnel et nous y réfléchirons de façon critique. Pour ce faire, nous nous concentrerons sur la charpente structurelle d'un tel État de droit à la lumière du modèle communicationnel du droit. Il nous a donc fallu tailler dans le vif du projet habermassien pour ne retenir que l'essentiel, quitte à écarter de nombreuses et pertinentes questions.

L'intérêt du projet habermassien réside dans sa tentative de modifier notre façon de penser l'État de droit moderne. Il ne s'agit plus de penser l'État du droit selon le modèle de l'exercice institutionnel du pouvoir, mais plus radicalement de dissocier le pouvoir et le droit. L'État de droit, comme le droit, ne doit plus être pensé et structuré sur le mode de la domination. En fait, Habermas reconstruit le concept traditionnel de *Rechtsstaat*, l'État de droit, hérité du siècle des lumières. Au terme de cette reconstruction, la légitimation du pouvoir ne s'incarne plus dans une conception de la légalité,

mais s'établit comme un dialogue communicationnel toujours ouvert avec le pouvoir institutionnel et légal. Le dialogue communicationnel et la participation effective replacent, pour Habermas, le pouvoir et la domination comme structure et mode de présence de l'État de droit.

Dans cette vision, Habermas s'inscrit en faux contre Max Weber et sa fameuse thèse selon laquelle la forme juridique conduit à la légitimité de la domination et la domination légale ne peut s'exercer que dans sa forme juridique. Weber pense le droit sur le mode du pouvoir, de la domination, tandis qu'Habermas substitue le paradigme de la communication à celui du pouvoir. Nous allons montrer comment Habermas reformule la thèse wébérienne : la légitimité constituant la forme juridique « est » le dialogue communicationnel.

Cette analyse privilégiera l'ouvrage intitulé *Faktizität und Geltung* (Facticité et validité), notamment son chapitre sur les principes et les paradigmes d'un État de droit communicationnel, et les articles d'explication et d'approfondissement qui s'y ajoutent[1]. Ce livre se concentre sur le projet de restructuration communicationnelle de l'État de droit et introduit par ailleurs une précision par rapport à la conception habermassienne antérieure du droit[2].

Ces remarques introductives nous amènent au plan de notre article. Trois thématiques émergeant des travaux habermassiens ponctuent notre analyse : la légitimité, la procéduralité et la validité des normes. Grâce à elles, nous tenterons de saisir la nature de la reconstruction communicationnelle de l'État de droit démocratique et social moderne.

---

1. J. Habermas, *Faktizität und Geltung. Beitrage zur Diskurstheorie des Rechts und des democratischen Recthsstaats*, Frankfurt, 1992 ; *id.*, « Postscript to Faktizitat und Geltung », dans *Philosophy and Social Criticism*, vol. 20, nº 4, p. 135-150 ; *id.*, « Three Normative Models of Democracy », dans *Constellations*, vol. 1, nº 1, 1994, p. 1- 10 ; *id.*, « Human Rights and Popular Souvereignty : The Liberal and Republican Versions », dans *Ratio Juris*, vol. 7, nº 1, 1994, p. 1-13 ; *id.*, « Struggles for Recognition in Constitutional States », dans *European Journal of Philosophy*, vol. 1, nº 2, 1993, p. 128-155 ; *id.*, « "L'Espace public", 30 ans après », dans *Quaderni : La revue de la communication*, nº 18, 1992, p. 165-191.

2. Voir, B. Melkevik, « Le modèle communicationnel en science juridique : Habermas et le droit », (1990) 31 C. de D. p. 901-915 ; *id.*, « Transformation du droit : le point de vue du modèle communicationnel », (1992) C. de D. 33, p. 115-139, repris dans Jean-Guy Belley et Pierre Issalys (dir), *Aux frontières du juridique. Études interdisciplinaires sur les transformation du droit*, Québec, GEPTUD, Université Laval, 1992, p. 111-135.

La souveraineté communicationnelle et l'État de droit

Le modèle communicationnel de l'État de droit constitue un défi dans la mesure où il repose sur la possibilité d'une société fondée ultimement sur la raison discursive. Habermas introduit une nouvelle façon de concevoir la légitimité qui constitue, on le sait, le fondement de tout État de droit. Pour Habermas, la légitimité ne peut émaner que de la souveraineté communicationnelle et le pouvoir doit être communicationnel. Grâce à une théorie de la souveraineté communicationnelle, il démontre que le droit, éventuellement programmable à l'échelle de l'État de droit, peut reposer sur le paradigme d'intégration sociale ; il en arrive ainsi à relier la question de la légitimité au paradigme communicationnel.

Précisons d'abord l'objectif de la théorie de souveraineté communicationnelle.

L'intersubjectivité dans la communication discursive déplace la question de la souveraineté vers la communication effective, en vue d'une reconnaissance réciproque de normes valides. Pour Habermas, la légitimité, de même que l'explication, ne peut plus s'appuyer sur une forme quelconque de Raison raisonnante, comme chez Kant, Fichte ou Hegel, ni sur la moralité du sujet comme chez Locke et la tradition libérale, ni sur un sujet collectiviste comme chez Bodin et Hobbes. Habermas rejette les conceptions de la souveraineté héritées de la modernité qui ont voulu fonder l'État de droit sur la volonté du « souverain ». La solution de remplacement est la souveraineté communicationnelle.

La souveraineté communicationnelle

Habermas déplace le lieu d'explication de l'État de droit, car il pense la souveraineté selon un modèle accordant la priorité à ceux qui participent effectivement à la communication. Ce lieu ne peut plus être une hypostase de la Raison, de la Morale ou de la Communauté, comme nous l'avons dit auparavant. Habermas nous oblige à voir concrètement ceux qui « participent » communicationnellement, ou mieux, la multitude des personnes qui s'approprient le projet moderne de l'État de droit.

Le thème de la « souveraineté entièrement disséminée » relève pour Habermas d'une conception radicale de la démocratie. La légitimité, plus précisément la légitimité de l'État de droit, ne trouve plus son principe dans un quelconque sujet abstrait, mais dans les hommes et les femmes concrets qui mobilisent les ressources de leur monde vécu pour affirmer leur accord ou leur désaccord. En concédant peu de crédit à la théorie

moderne de la souveraineté, Habermas fait le pari que la solidarité et l'exigence morale qui s'y exprime puissent se déployer librement dans des formes de discours publics[3]. En effet, Habermas, fait de l'existence effective de la communication la seule instance possible de souveraineté :

> « La souveraineté entièrement disséminée ne s'incarne [...] pas dans les têtes des membres associés, mais - si l'on peut toutefois encore parler d'une quelconque incarnation - dans ces formes de communications discursives de l'opinion et de la volonté de façon à ce que leurs résultats faillibles aient pour eux la présomption de la raison pratique. Une souveraineté populaire devenue sans sujet et anonyme, intersubjectivement dissoute, ne trouve pas exclusivement son expression dans les procédures démocratiques et les exigeantes conditions communicationnelles de son implantation. [...] La souveraineté communicativement liquéfiée se fait valoir dans le pouvoir des discours publics [...] »[4].

La question de la souveraineté est associée avec l'existence, réelle ou potentielle, de la communication pratique dans l'espace public. C'est l'existence, réelle ou potentielle, de l'argumentation publique dans la société qui constitue le lieu de la souveraineté. Quand Habermas dépeint la souveraineté comme « entièrement disséminée » dans des formes de communication, c'est dans la communication en tant que phénomène social que réside la souveraineté moderne et donc la possibilité de légitimité pour le droit. La souveraineté repose donc sur l'utilisation publique de la raison en tant que force sociale s'affirmant dans un processus infini d'actes de langages. Ceux-ci renvoient à la constitution des mondes vécus, c'est-à-dire à la différenciation que chaque individu peut se faire de la société et de la personnalité.

L'État, pourtant, ne peut se référer à une légitimité, pour disposer du droit ou pour une programmation politique de droit, que selon des prémisses très précises : l'État de droit ne peut être légitime que lorsque les destinataires des lois et des droits peuvent, en même temps, se considérer dans leur ensemble comme les auteurs rationnels des normes qui les concernent. Habermas fait ainsi sienne la définition hégélienne de la modernité juridique. Or, nous devons aussi souligner que la légitimité est ainsi rendue « non disponible » à tout pouvoir ou force d'autorité instituée, comme l'État de droit[5]. En fait, dans l'idée d'un État de droit fondé sur la souveraineté

3. William Rehg, *Insight and Solidarity. The Discourse Ethics of Jürgen Habermas*, Berkeley, University of California Press, 1994.
4. J. Habermas « La souveraineté populaire comme procédure. Un concept normatif d'espace public », dans Lignes, Paris, nº 7, 1989, p. 52.
5. J. Habermas, « Law and Morality », The Tanner Lectures on Human Values, vol. 8, 1988, ed, M McMurrin, University of Utah Press, Salt Lake City & Cambridge University Press, Cambridge. Voir, aussi *id.*, *Faktizität und Geltung*, *op. cit.*, p. 541-599.

communicationnelle, l'État n'est plus structuré grâce au pouvoir, si ce n'est grâce au « pouvoir communicationnel »[6]. Par conséquent, le pouvoir politique, utilisé pour faire respecter le droit, doit lui-même être discursivement maîtrisé par les destinataires de ces droits. Soulignons ici en passant que le postulat positiviste d'une homologie entre légitimité et légalité n'a plus de sens dans ce modèle.

Le nouvel État de droit

En conséquence de ce qui précède, le droit de l'État de droit doit être repensé. C'est pourquoi Habermas introduit une nouvelle conception du droit pour le soutenir[7]. La conception du droit que défend maintenant Habermas précise celle qu'il avait défendue dans *Théorie de l'agir communicationnel*[8]. Le droit sert maintenant de « médium » grâce auquel le pouvoir communicationnel se transforme lui-même en pouvoir administratif, en encadrement économique et en solidarité. Ainsi, l'État de droit instaure un équilibre entre les trois forces d'intégration sociale, à savoir l'argent, le pouvoir d'administration et la solidarité[9]. Mais comment cela se réalise-t-il ?

Habermas défend l'idée que le droit sert à coordonner les actions sociales. Selon lui, l'ordre juridique est assuré et médiatisé, d'une part par l'argent et le pouvoir venus des systèmes administratifs et économiques et, de l'autre, par la solidarité issue des mondes vécus. Le lien entre ces deux côtés, systèmes et mondes vécus – permettant ainsi l'unicité du droit – est le fait que chacun repose sur la perspective d'une intégration, qu'elle soit sociale ou systémique[10]. Le droit chez Habermas est le moyen de parvenir à une telle intégration. Le modèle communicationnel fait donc reposer le droit sur deux axes, soit sur une théorie normative et sur un ancrage empirique et social.

---

6. Sur ce concept, voir Jean-Marc Ferry, *Habermas. L'éthique de la communication*, Paris, PUF, 1987. Habermas introduit le concept de « pouvoir communicationnel » en référence à la distinction d'Hannah Arendt entre « pouvoir » (Macht) et violence (Gewalt), voir J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, *op. cit.*, p. 182-187.
7. Sur la relation entre l'État de droit (Rechtsstaat) et « rule of law » (le règne du droit) voir : Daniel Mockle, « L'État de droit et la théorie de *rule of law* », dans (1994) 35 *Les Cahiers de Droit*, p. 823-904.
8. J. Habermas, *Théorie de l'agir communicationnel*, Paris, Fayard, 1987, t. 1, p. 401 s. Voir B. Melkevik, *op. cit.*
9. J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, *op. cit.*, p. 187. *Cf. id.*, « Morality, Society and Ethics – An Interview with Torben Hviid Nielsen », *Acta Sociologica*, vol. 33, fasc. 2, 1990, p. 106.
10. J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, *op. cit.*, p. 61-108.

Or, l'intégration sociale requiert que chaque sujet, chaque individu, ne poursuive pas uniquement ses propres intérêts et ne comprenne pas uniquement ses propres actions comme des stratégies pour les satisfaire, comme c'est le cas dans les systèmes[11]. Il faut que le sujet puisse aussi coordonner ses actions avec d'autres d'une façon qui vise, et qui présuppose, l'intercompréhension et la détermination d'intérêts communs. Si l'intégration sociale devient la prémisse du droit, on peut considérer que celui-ci comble les lacunes de l'intégration sociale réalisée par les systèmes. Mais plus important encore, le droit ne peut remplir la fonction d'intégration sociale qui lui revient que si les normes de l'État de droit possèdent un élément de légitimité allant au-delà de sa propre imposition coercitive.

La condition préalable à l'intégration sociale est, selon Habermas, que la société produise un arrière-fond de compréhension dans le monde vécu. Cet arrière-fond constitue en quelque sorte un réservoir normatif pour l'évolution de la régulation juridique des processus systémiques, en même temps qu'il permet de réaliser un agir communicationnel malgré le risque toujours élevé de dissension. En d'autres termes, l'exigence de solidarité comme médium de l'intégration sociale des mondes vécus doit pouvoir concorder avec les exigences systémiques.

Cette façon de concevoir le droit nous conduit à une conception où le « monde vécu » s'apparente à un réservoir de normativité et de solidarité concrètes, dans lequel peut puiser le discours du droit. Il convient de souligner que si Habermas a repris le concept de « monde vécu » pour exprimer une conception phénoménologique de la société, celui-ci n'a plus un sens exclusivement sociologique. Le concept de « monde vécu » joue, chez Habermas, un rôle théorique dans le modèle communicationnel du droit, car il souligne les conditions communes qui sous-tendent les interactions sociales. Les actions communicationnelles ont pour condition préalable des données culturelles, des institutions légitimes et l'identité personnelle des acteurs. C'est grâce aux ressources puisées dans le monde vécu que nous pouvons agir comme des sujets personnalisés et socialisés. C'est notre assise pour agir de façon communicationnelle. Il s'ensuit que la solidarité au sein des mondes vécus est essentielle pour l'équilibre communicationnel de la société et de l'État de droit.

Cet État de droit repose sur une souveraineté entièrement disséminée dans les faits discursifs, et bouscule la conception que nous nous en faisons ordinairement. La théorie habermassienne du droit dessine une conception radicale de la démocratie comme fondement de l'État de droit. Une con-

11. Voir, J. Habermas, *Théorie de l'agir communicationnel*, Paris, Fayard, 1987.

ception où seule la force normative du dialogue de tous compte. Nous en aurons la confirmation par la suite en examinant le processus démocratique constituant l'État de droit selon Habermas.

L'État de droit, issu des procédures démocratiques

Chez Habermas, la reconstruction de l'horizon procédural de l'État de droit est un enjeu aussi important que celui de fonder la légitimité sur la souveraineté communicationnelle. Il s'agit en effet de fonder la « procéduralité » de l'État de droit sur l'homologie entre la formation individuelle de l'opinion et la formation collective de la « volonté ». Notre objectif consiste ici à comprendre comment Habermas reprend l'idée de la « procéduralité » du droit, telle que l'a développée la modernité, et comment il la redéfinit comme la formation d'une volonté « commune ». Nous considérerons d'abord la procédure de formation de la volonté chez Habermas et, ensuite, la radicalisation de la démocratie[12].

La formation collective de la volonté

Voyons comment la « formation collective de la volonté » peut gérer un État de droit[13]. Habermas propose de remplacer l'idéal collectif de formation de la volonté, développé au cours du siècle des lumières et maintenu jusqu'à nous, par une formation collective de volonté procédurale intersubjective et concrète. En fait, l'idée d'une souveraineté communicationnelle, telle que nous l'avons analysée auparavant, conduit Habermas à l'idée que la formation de la volonté commune ne consiste qu'en ceci : l'utilisation publique de la raison afin d'évaluer des arguments et des raisons. Nous pouvons d'abord examiner cette idée sur le plan principal, et non institutionnel, et ensuite brièvement sur le plan des institutions publiques et juridiques.

---

12. J. Habermas, « Law and Morality », The Tanner Lectures on Human Values, vol. 8, 1988, ed. M. McMurrin, University of Utah Press, Salt lake City & Cambrigde University Press, Cambrigde. Voir aussi *id.*, « Three normative models of democracy » dans, *Constellations*, *op. cit.*, p. 10 : « Popular sovereignty, even if it becomes anonymus, retreats into democratic procedures and the legal implementation of their demanding communicative presuppositions only in order to make itself felt as communicatively generated power. Strictly speaking, this communicative power springs from the interactions between legally institutionalized will-formation and culturally mobilized publics ».

13. J. Habermas, « Towards a Communicative Concept of Rational Collective Will-Formation. A Thought-Experiment », dans (1989) 2 *Ratio Juris* p. 144 s. Voir, *id.*, *Faktizität und Geltung*, p. 187-207.

Habermas part de la prémisse selon laquelle la volonté commune ne se trouve prédéterminée ni par la tradition ni par la constitution morale des personnes. Elle se crée, par contre, grâce à l'utilisation pratique de la raison dans l'espace public. Cette constatation le conduit à affirmer que la formation collective de la volonté s'explique par le processus de formation des arguments et des raisons et plus précisément, par la délibération communicationnelle, grâce au dialogue auquel tous participent. La volonté collective se forme comme la volonté individuelle, c'est le résultat d'une délibération ouverte et non contraignante. Habermas considère en effet qu'il y a une homologie entre la formation des volontés individuelles et celle des volontés collectives, puisque toutes se constituent intersubjectivement. Cette homologie lui permet de postuler que le processus de formation de la volonté intersubjective repose sur le paradigme de la délibération générale et non sur une quelconque expression de volonté générale. La délibération générale devient par conséquent le point de convergence entre l'opinion individuelle et la volonté démocratique.

L'espace public exprime de cette façon la quintessence de la formation discursive de volonté en assurant un échange de plus en plus élargi d'arguments et de raisons qui peut à la fois éclairer les individus et contribuer à la formation d'une volonté collective. Cet échange communicationnel d'arguments et de raisons assure dans cette perspective les modalités de la formation d'une volonté fondée intersubjectivement[14].

Cette conception ne néglige pas pour autant le fait que l'espace public puisse être manipulé, détourné, dépolitisé. Elle n'ignore pas non plus que l'accès à l'espace public n'a jamais été équitable et que l'espace public a continuellement subi l'influence de forces anonymes, quelquefois obscures. Les limites de l'espace public sont les limites de la démocratie.

La thèse d'une homologie entre la formation individuelle et la formation collective de la volonté se concrétise dans quelques exigences discursives qu'Habermas caractérise comme suit : « la participation de toutes les personnes concernées, l'égalité de droit des participants, une interaction

14. J. Habermas, « La souveraineté populaire comme procédure. Un concept normatif d'espace public », *op. cit.*, p. 56 : « L'État de droit devient un projet, en même temps que résultat et catalyseur accélérant d'une rationalisation du monde vécu débouchant bien au-delà du politique. Le seul contenu du projet est l'institutionnalisation pas à pas améliorée des procédures de formation rationnelle collective de la volonté, procédures qui ne peuvent pas préjuger des buts concrets des parties concernées. Sur cette voie, chaque pas a des effets en retour sur la culture politique et les formes de vie ;[...] ».

dépourvue de contrainte, une bonne foi quant aux thèmes et aux contributions proposés, le caractère révisable des résultats, etc. »[15] En somme, cette série d'exigences discursives enracine la formation collective de la volonté dans des discussions publiques, découvre des thèmes pertinents pour l'ensemble de la société, interprète des valeurs, contribue à la résolution des problèmes, et produit de bonnes raisons tout en écartant les mauvaises.

La discussion pratique est soumise à l'exigence du consensus, de l'élaboration d'une « volonté commune ». C'est l'objet de la « procéduralité » que de produire une « volonté commune » qui ne sera ni l'expression de minorités dites éclairées, comme celles des juges ou des intellectuels, ni l'expression d'une majorité, comme dans une conception formelle de la démocratie ; la « volonté commune » exprimera une volonté à laquelle tout le monde pourra souscrire. Il est ici capital de souligner que l'impératif du consensus chez Habermas ne témoigne pas d'un utopisme devant les forces factuelles de notre modernité contemporaine, mais bien de la reconnaissance de l'exigence morale selon laquelle personne ne doit être exclu pour quelque raison que ce soit.

L'intérêt de cette façon de concevoir la formation collective de la volonté se manifeste sur le plan institutionnel par le fait que ce processus « juridique » de base permet de comprendre la nature des institutions démocratiques. Autrement dit, les institutions de la démocratie se donnent de bonnes raisons et de bons arguments, en gérant et en imputant, selon des règles institutionnelles, les médiums donnés selon ce type de formation de la volonté. Habermas pense en effet que la formation de la volonté sur la place publique doit se « dissoudre dans les institutions démocratiques »[16]. Il estime d'ailleurs que la formation collective de la volonté peut inclure différentes formes de discours, à savoir les discours pragmatiques, éthiques et politiques, moraux, et même le concept du *fair bargaining*[17].

---

15. J. Habermas, « "L'Espace public" – 30 ans après », dans *Quaderni : La revue de la communication*, Paris, nº 18, automne 1992, p. 182.
16. J. Habermas, « "L'espace public" 30 ans après », *op. cit.*, ..p. 182-183 : « C'est dans cette même perspective d'une institutionnalisation juridique des conditions communicationnelles générales d'une formation discursive de la volonté, que peuvent être comprises d'autres institutions, comme par exemple la réglementation de la composition et la méthode de travail des assemblées législatives, celle des responsabilités et des immunités des représentants élus, mais aussi le pluralisme politique des systèmes multipartisans, la contrainte pour les partis de masse de lier ensemble dans leurs programmes des positions d'intérêts différentes, etc. ».
17. J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, *op. cit.*, p. 187-208.

Cela nous amène au côté radical de la démocratie chez Habermas[18].

La radicalisation de la démocratie

En fait, Habermas a fait siennes les promesses de la démocratie antique grecque et celles de notre modernité juridique et politique : « [...] dans le dialogue que les citoyens entretiennent, les choses viennent au langage et en reçoivent forme »[19]. Autrement dit, la production des artefacts sociaux, comme la normativité régissant la coordination des actes sociaux et les institutions qui l'assurent, n'a d'autre « vérité » que ce dialogue. Un dialogue public érigé comme détenteur unique et ultime de la légitimité normative est le cœur même d'une conception moderne de l'État de droit.

C'est une affirmation que nous pouvons maintenant approfondir grâce à deux conditions de l'État de droit communicationnel : l'autonomie individuelle et l'indétermination du droit.

Parcourons d'abord l'axe de l'autonomie individuelle. L'autonomie, qui est l'idéal constitutif de notre modernité, est associée à l'utilisation publique de la raison dans l'espace public, sans pour autant porter atteinte à l'idéal de l'autonomie comme devoir moral des individus. Habermas a en effet déplacé le critère de l'autonomie individuelle vers l'intersubjectivité en situant cette autonomie individuelle dans l'espace public. Il s'agit certainement de l'une des façons dont Habermas se sert pour réfuter « la philosophie du sujet, ou de la conscience. Mais plus subtilement encore, l'autonomie ne peut plus être pensée que comme position intermédiaire entre Kant et Hegel : l'individu se réalise comme être moral par l'utilisation publique de la raison dans l'espace public. Autrement dit, l'idéal de l'autonomie morale est ancré dans l'intersubjectivité de l'espace public, et l'État de droit, issu de cette autonomie morale, est lui-même ancré dans l'espace public.

---

18. J. Habermas, *Écrits politiques. Culture, Droit, Histoire*, *op. cit.*, p. 158 : « C'est dans cette souveraineté rendue fluide par la communication que se trouve le potentiel de réflexion nécessaire, pour autant, en effet, que, d'autre part, elle se fait entendre à travers les thèmes, les arguments et les solutions proposés, tels qu'ils surgissent librement au gré du débat public, [...] Le pouvoir engendré par la communication peut sans esprit de conquête agir sur les prémisses des processus d'évaluation et de décision tels qu'il se déroulent dans le cadre de l'administration publique, puisqu'il s'agit, pour lui, de faire valoir ses exigences normatives dans le seul langage que comprend la forteresse ainsi assiégée : il gère le fonds d'arguments que le pouvoir administratif est en droit d'utiliser de manière instrumentale, mais non – pour autant que sa structure est celle de l'État de droit – d'ignorer ».

19. J. Habermas, *L'espace public*, Paris, Payot, 1978, p. 16.

Voyons maintenant l'indétermination du droit : le droit, ou, mieux encore, le projet de légitimation du droit, n'est jamais « fini ». Habermas définit le droit comme étant continuellement « ouvert », ce qui lui permet de recentrer l'horizon juridique sur l'intersubjectivité communicationnelle, tout en dépassant la philosophie de la conscience, ou du sujet. Le droit, ayant perdu les fondements métaphysiques que la philosophie moderne lui avait fournis, devient ainsi objet de lutte politique, sociale et juridique. Le droit est objet de lutte ou de controverse (polémique), avant de devenir sujet irénique.

Nous comprenons mieux maintenant le projet d'Habermas : il veut institutionnaliser juridiquement les procédures et les présuppositions communicationnelles, ces dernières exigeant un réseau d'arguments et de négociations différencié selon les interrogations auxquelles il doit répondre. Cette reformulation de l'État de droit remet en question le droit positif : celui-ci ne peut plus trouver son origine dans un droit moral ou des principes supérieurs, mais exclusivement dans un processus discursif (présumé rationnel) de formation collective de la volonté. Dans ces discours, les individus « testent » les droits qu'ils doivent réciproquement s'accorder. En tant que sujets juridiques, ils doivent ancrer leur projet d'autorégulation dans le médium même du droit. Habermas fait ainsi sortir la rationalité juridique des arcanes de la « philosophie de la conscience » en engageant la modernité juridique sur le chemin d'une philosophie de l'intersubjectivité.

La validation sociale des normes juridiques par le discours

Habermas développe une théorie de la validité sociale des normes juridiques à mi-chemin entre la tradition kantienne et la tradition hégélienne. En fait, il envisage une validité exerçant deux fonctions : assumer l'exigence d'universalité caractérisant notre modernité juridique et politique, et rendre compte des luttes sociales et politiques qui se manifestent dans un État de droit.

Plus précisément, Habermas conçoit la validation des normes juridiques comme un processus consistant à honorer des prétentions à la validité par des arguments et des raisons[20]. Nous pouvons dire, dans cette perspective,

20. J. Habermas, *Morale et communication*, *op. cit.*, p. 125 : « Le principe d'une éthique de la discussion se réfère à une *procédure* qui consiste, en l'occurrence, à honorer par la discussion des exigences normatives de validité. On taxera donc, à juste titre, l'éthique de la discussion de *formelle*. Elle ne livre pas des orientations relatives au contenu, mais une manière de procéder : la discussion pratique. L'objet de cette manière de procéder n'est assurément pas de produire des normes légitimées. Il consiste bien plutôt à tester la validité de normes qui sont proposées ou envisagées à titre d'hypothèse.

que les prétentions à la validité nous viennent de l'extérieur de ce processus de validation, soit des systèmes économiques ou administratifs, soit des mondes vécus. Habermas, en acceptant cette « production » extérieure et la logique du pouvoir, de l'argent et de la solidarité qui s'y déploie, établit le lien entre la validation des normes juridiques et le paradigme d'un processus de validation sociale.

Ainsi, nous verrons que l'universalité des normes conditionne leur validité, que la validation des normes se munit de garanties, et que les droits fondamentaux, les droits de l'homme et les droits subjectifs ont leur place dans ce modèle.

L'universalité, condition de la validité des normes

La validité sociale des normes juridiques peut être éclairée par le test de l'Universalité des normes que définit Habermas :

> « Chaque norme valide doit satisfaire à la condition selon laquelle les conséquences et les effets secondaires qui, de manière prévisible, résultent de son observation universelle dans l'intention de satisfaire les intérêts de tout un chacun peuvent être acceptées sans contrainte par toutes les personnes concernées. »[21]

Nous observons dans ce test de l'universalité que la question de la validité est structurée sur deux axes complémentaires : d'une part, l'exigence de l'universalité proprement dite et, d'autre part, les intérêts des personnes vivant dans des contextes réels. Autrement dit, la validité se situe à la croisée des axes du Juste et du Bien. Pour comprendre ce test, nous devons d'abord connaître les intentions d'Habermas.

En fait, le test de l'universalité reformulé de façon intersubjective prend le contre-pied de la philosophie de la conscience de Kant, de Fichte et d'Hegel. Le test de l'universalité est critique chez Habermas dans un sens émancipatoire concret. Comme il le dit :

> « Briser les chaînes d'une fausse et prétendue universalité de principes universalistes, épuisés sélectivement et appliqués sans égard au contexte, a

---

Il faut donc que les discussions pratiques reçoivent leurs contenus de l'extérieur. Sans l'horizon propre au monde vécu d'un certain groupe social, et sans conflits d'action inhérents à une situation donnée dans laquelle les participants estiment devoir régler par le consensus une querelle portant sur un problème de société, vouloir mener une discussion pratique ne présenterait aucune intérêt. [...] Par conséquent, cette procédure est formelle mais non au sens où il y aurait abstraction des contenus. C'est parce qu'elle est ouverte que la discussion a précisément besoin que les contenus contingents lui soient "donnés." ».

21. J. Habermas, *De l'éthique de la discussion*, *op. cit.*, p. 34.

> toujours requis, et requiert aujourd'hui encore, des mouvements sociaux et des luttes politiques, et ce afin d'apprendre, à partir des douloureuses expériences et des souffrances irréparables des opprimés et des offensés, des blessés et des massacrés, que personne n'a le droit d'être exclu de l'universalisme moral - ni les classes sous-privilégiées, ni les nations exploitées, ni les femmes domestiquées, ni les minorités marginalisées. Celui qui, au nom de l'universalisme, exclut l'Autre, qui pour l'autre a le droit de rester un étranger, trahit sa propre idée. Ce n'est que dans la libération radicale des histoires de vie individuelles et des formes de vie particulières que s'affirme l'universalisme de l'égal respect pour chacun et de la solidarité avec tout ce qui porte visage humain »[22]

Cette affirmation nous servira de point d'appui, et nous chercherons à comprendre le principe de l'universalité dans sa distance avec l'héritage du siècle des lumières.

Habermas n'est pas prêt à délaisser l'exigence de l'universalité des normes. Un horizon universaliste doit nous servir de façon critique à honorer pratiquement dans l'argumentation les prétentions à la validité. L'universalité des normes juridiques telles que les décrit Habermas se présente comme un test discursif ; en effet, les normes sont présentées par des personnes concrètes et leur prétention à la validité est « argumentativement » éprouvée dans l'espace public en vue d'obtenir un consensus garantissant leur validité. L'universalité des normes juridiques dont témoigne cette vision n'est rien d'autre qu'un consensus obtenu discursivement.

Plus important encore est le rôle des intérêts, de la dimension « factuelle ». Ils jouent un rôle capital dans cette conception de la validité des normes.

Sur le plan collectif, Habermas affirme que l'exigence de l'universalité nécessite des mouvements sociaux et des luttes politiques. Selon lui, les mouvements sociaux offrent en fait un ferment aux communications thématisant les intérêts des minorités et des marginalisés dans des sociétés multiculturelles. Quant au niveau individuel, les intérêts qui émergent des histoires de vies doivent s'exprimer tout à fait librement, bien que ces intérêts refusent radicalement l'universalisme. Habermas affirme que collectivement et individuellement, ce sont des hommes et des femmes situés dans un contexte donné qui élaborent des normes. La dimension factuelle entre en jeu dans l'élaboration des discours de formation des normes. En fait, l'insistance de Habermas sur « la dimension factuelle » rappelle plutôt le marxisme « utopique » qu'autre chose[23].

---

22. J. Habermas, *De l'éthique de la discussion*, Paris, Cerf, 1992, p. 107-108.
23. *Cf.* Agnes Heller, *La théorie des besoins chez Marx*, Paris, U.G.É, collection 10/18, 1978.

Les deux axes que nous venons d'analyser sont complémentaires. Ensemble, ils témoignent que la validité controversée de normes ne se laisse thématiser que dans la perspective de la première personne du pluriel, par le Nous s'exprimant concrètement dans l'espace public.

Les garanties de la validation des normes

On reproche fréquemment à Habermas de ne pas fournir assez de garanties contre la validation de normes néfastes pour la démocratie ou pour la dignité humaine[24]. Notre histoire et notre contemporanéité donnent du poids à cette objection. Or, c'est justement sur ce point qu'interviennent la règle discursive de cognitivité et le rôle spécifique du critère de consensus. C'est chaque fois à « notre » reconnaissance que sont renvoyées les prétentions à la validité normative.

Chez Habermas, le critère du consensus fait référence aux individus qui, par leurs jugements, s'approprient le processus de validation. Il ne s'agit pas d'un processus abstrait et anonyme. En fait, la validation ne peut être obtenue que dans l'optique d'une évaluation pratique par des individus concrets, une optique où chacun se constitue comme juge lorsqu'il répond par « oui » ou par « non ». Cette évaluation s'appuie sur la règle discursive de cognitivité chez Habermas, qui seule peut supporter ce poids. Le locuteur et l'auditeur interprètent les prétentions à la validité selon les standards culturels en vigueur. Nous pouvons supposer qu'un individu ou un groupe de personnes veulent émettre un « non » catégorique contre des normes qui portent atteinte à leurs intérêts. En fait, ce « non » représente un appel à la dimension réflexive en vue de réactiver le processus de validation des normes.

En réalité, le consensus ne peut donc s'obtenir que dans le cas d'un nombre restreint de normes. L'exigence de consensus instaure de ce fait une sorte de dialogue permanent entre les majorités et les minorités, culturelles ou autres. Le dialogue qui s'en suit impose un choix minimaliste en raison de l'exigence de consensus. Ce choix ouvre de façon normative l'espace public à des affirmations d'identités et de cultures *en droit*. Le concept communicationnel de droit reconnaît ainsi d'abord normativement le droit de l'étranger à rester pour nous un étranger. En effet, le respect d'un pluralisme factuel défendu par le libéralisme cède la place à un pluralisme normatif (et factuel) sur le plan du droit.

---

24. Ota Weinberger, « Habermas on Democracy and Justice. Limits of a Sound Conception », dans *Ratio Juris*, vol. 7, n° 2, 1994, p. 239-253.

Précisons maintenant le sens que nous devons accorder à la théorie de la validation des normes chez Habermas. En fait, dans le débat philosophique qui a opposé Kant et Hegel quant aux fondations des normes, Habermas donne raison à l'un comme à l'autre en acceptant en même temps l'universalité et l'enracinement culturel. L'attrait de son approche est précisément la tension fructueuse de cette bipolarité. Sa conception de la validation de normes reconnaît que le projet même de société est intrinsèquement lié aux débats idéologiques et aux luttes politiques et sociales. Loin d'établir une théorie de la justice, comparable aussi bien à celle de Rawls ou à celle de Sandel, ce modèle de pensée sur la démocratie, le droit et la fondation des normes, accorde une légitimité à ces débats, à ces luttes. Constatant les impasses de l'État-Providence, Habermas confère ainsi un droit aux acteurs sociaux, individuels et collectifs, mais avec une restriction : si l'on recherche une solution normative, il faut se soumettre à la logique même de cette normativité. En clair, c'est ainsi que nous pourrons résoudre des conflits sans recourir à la violence ou aux stratégies à courte vue.

La place des droits fondamentaux, des droits de la personne et des droits subjectifs

À cette étape, on doit s'interroger sur la place des droits fondamentaux, des droits de la personne et des droits subjectifs (*rights*) dans ce modèle.

Le libéralisme thématise la volonté collective à l'égard de droits moraux « non politiques » originels et métaphysiquement établis pour représenter le fondement et la limite de la volonté collective. Si on le compare au libéralisme, le modèle communicationnel ne donne-t-il pas tous les « atouts » à la collectivité[25]? L'un des changements, ou l'une des précisions majeures, qu'apporte Habermas dans le modèle communicationnel du droit est sûrement une théorie des droits fondamentaux[26].

En effet, si les citoyens doivent être en mesure de se percevoir comme les auteurs des lois, il faut que les droits fondamentaux des individus formant la communauté juridique stabilisent l'intersubjectivité discursive. De fait, « l'interrelation interne entre souveraineté populaire et droits humains consiste en ce que le système de droits indique, précisément, les conditions

25. Ota Weinberger, « Habermas on Democracy and Justice. Limitits of a Sound Conception », *op. cit.*

26. Voir, Paul Cobben, « On the status of the system of rights », dans *Current Legal Theory. International Journal for the Theory of Law and its Documentation*, Tilburg, vol. 12, nº 2, 1994, p. 1-21.

dans lesquelles les formes communicationnelles nécessaires à une création du droit politiquement autonome peuvent, à leur tour, être juridiquement institutionnalisées »[27].

Cette stabilisation ne peut s'effectuer par conséquent que grâce à un faisceau de droits fondamentaux faisant référence à la communication intersubjective, à savoir le droit d'expression, le droit de participation politique, etc. Habermas fait des droits fondamentaux mentionnés le fondement et le principe d'autres catégories de droits. Les droits fondamentaux de base servent à générer les droits individuels comme les droits collectifs. Il n'existe plus dans le modèle communicationnel d'« enjeux » libéraux ou républicains, mais une interaction entre deux dimensions également pertinentes.

En fait, les personnes participent réellement à la production des droits et de lois de façon intersubjective. La relation interne entre les « droits de l'homme » et la souveraineté populaire consiste donc, selon Habermas, dans la perspective d'une autolégislation institutionnalisée ne pouvant s'accomplir que dans un cadre légal, ou mieux, constitutionnel. Le cadre contitutionnel réalise simultanément la garantie des libertés individuelles et les conditions institutionnelles de son application. Dans la même veine, la distribution égale de ces libertés (et leurs « valeurs équitables ») ne peut voir le jour que par le biais d'une procédure démocratique qui garantit que le résultat d'une formation politique de la volonté et de l'opinion soit raisonnable. De cette façon, l'autonomie privée et l'autonomie publique se présupposent l'une et l'autre. Ni l'une ni l'autre ne peuvent donc revendiquer la suprématie.

Habermas n'a pas remis en question la morale universaliste inhérente aux droits de l'homme. Il accepte largement cette morale et ouvre ainsi, grâce à la complémentarité du droit et de la morale, la possibilité que la morale puisse représenter le sens et le contenu des droits de base. Par contre, sur le plan d'une philosophie du droit, Habermas a introduit une tension : d'une part il a renforcé le sens juridique des droits fondamentaux en le conjuguant avec la tradition du républicanisme civique ; d'autre part, il a affaibli les droits fondamentaux dans la mesure où ils constituent des freins à la démocratie dont peuvent disposer les libéraux.

---

27. J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, *op. cit.*, p. 134. Notre traduction : « Mithin besteht der gesuchte interne Zusammenhang zwischen Volkssouveranitat und Menschenrechten darin, dass das System der Rechte genau die Bedeutingen angibt, unter denen die für eine politisch autonome Rechtssetzung notwendingen Kommunikationsformen ihrerseits rechtlich institutionalisiert werden können. »

Ce dernier point nécessite un éclaircissement et nous voulons le fournir en soulignant que la liberté négative provient de la tradition libérale. Historiquement, les droits fondamentaux ont servi d'arguments dans la rhétorique libérale visant à limiter les droits et les libertés des ouvriers et des mouvements ouvriers. Cette rhétorique a eu pour effet de détourner largement lesdits individus et mouvements de la potentialité démocratique des droits de l'homme : ils se sont même retournés contre celle-ci, affaiblissant la démocratie et la potentialité de l'État de droit à progresser. Or, Habermas considère les droits fondamentaux comme devant d'abord être réciproquement donnés et intersubjectivement affirmés, et donc limités à leur sens positif et démocratique. Il peut donc élever lesdits droits fondamentaux au rang de libertés négatives, mais avec la possibilité de thématiser le sens de celles-ci dans une société démocratique.

Conclusion

L'horizon d'un État de droit communicationnel que vient de nous proposer Habermas peut être évalué sous différentes optiques. Il nous semble en effet que le sens de ce projet bouscule et dépasse autant la conception positiviste ou formelle de l'État de droit que le libéralisme. Effectivement, ce projet repense l'État de droit à partir de prémisses dont certaines correspondent à notre État-Providence actuel, et d'autres sont postmétaphysiques, établies dans l'héritage contemporain de la Modernité juridique.

Ici, nous verrons surtout ce qui distingue ce projet du projet libéral et nous indiquerons comment le modèle communicationnel élargit notre compréhension et notre engagement à l'égard de l'État de droit.

Habermas délaisse les métaphores du « contrat social ». Il devient impossible de penser le droit sur la base d'un « contrat social » hypothétique. Comme les théories contractualisées ont construit l'autonomie des citoyens sur le fond d'un contrat que les sujets signent librement, le modèle d'Habermas déplace le débat dans un cadre intersubjectiviste où le processus discursif porte entièrement le fardeau démocratique du droit. Le modèle communicationnel se veut concret.

Il ne s'agit plus de rééquilibrer la « division des pouvoirs » entre les institutions étatiques et entre celles-ci et les individus, comme nous l'enseigne encore le libéralisme ; plus radicalement, et plus profondément, il faut repenser la notion même de légitimité sous l'angle de la communication. Le projet de société est intrinsèquement lié aux débats idéologiques et aux luttes politiques et sociales et il s'agit plutôt de rééquilibrer celles-ci.

Habermas recherche un changement démocratique radical de notre compréhension de l'État de droit et des lois ; ce serait un nouvel équilibre entre la force d'intégration de la société - la solidarité - et les deux médiums fondamentaux des systèmes, à savoir l'argent et le pouvoir administratif. La solidarité doit pouvoir s'imposer légitimement à ces médiums et ainsi faire valoir les prétentions des mondes vécus orientés vers l'intercompréhension.

IV

MODERNITÉ ET POSTMODERNITÉ EN DROIT

La nouvelle querelle des postmodernes et des modernes dans le domaine juridique

Si la querelle entre les Anciens et les Modernes continue encore d'alimenter le débat en philosophie du droit, il nous semble que la réflexion sur le paradigme philosophique en droit a pris un virage capital avec l'avènement du paradigme postmoderne. Le « postmodernisme » ne cherche qu'à introduire une autre façon de penser le droit en dehors de notre héritage moderne juridique. En prônant rien de moins que la fin de la modernité juridique, la fin du droit constitué à partir de l'homme, du sujet, le postmodernisme a pris d'assaut notre façon de concevoir le droit. Il représente aujourd'hui un défi incontournable pour les partisans de la modernité.

Dans le cadre de cet article, nous décrirons brièvement le fond de ce nouveau débat en insistant sur la notion de postmodernité, de loin la notion la moins familière aux juristes. Nous serons ainsi obligés de délaisser la question dont l'objet est de définir la « modernité juridique », et de nous satisfaire de l'explication générale selon laquelle le droit est construit sur le paradigme de l'individu, sur le sujet. Dans cette optique nous voulons d'abord examiner le concept de postmodernité ; notre analyse ne traitera pas de plusieurs auteurs, mais se concentrera plutôt sur la formation idéologique de ce mouvement. Le dernier point portera sur la querelle entre postmodernité et modernité.

Sur le concept de postmodernité

La première question dont nous traiterons concerne le concept même de postmodernisme. En fait, il existe plusieurs formes de postmodernisme[1]. L'ambiguïté de cette notion n'est qu'un des problèmes de ce mode de pensée. Nous pouvons dire que le questionnement du postmodernisme se fait en général en référence soit à un diagnostic culturel, soit à une conception philosophique, mais l'ambiguïté de la nébuleuse postmoderne a aussi entraîné des dérives psychosociales, psychanalytiques, écologiques. Chose certaine, nous devons toujours, lorsqu'il est question de postmodernisme, définir le type de postmodernisme dont il s'agit. Beaucoup de débats stériles pourraient être évités de cette façon.

Il existe deux formes de postmodernisme dans le paysage intellectuel contemporain des philosophies du droit : le postmodernisme issu d'un diagnostic porté sur la société et le postmodernisme philosophique. Avant d'aborder ces deux courants, il serait intéressant de nous attarder sur l'origine de cette notion.

1. Postmodernité et esthétique

L'utilisation contemporaine de la notion de postmodernisme voit d'abord le jour dans le domaine de l'architecture au cours des années soixante et soixante-dix. C'est un cri de guerre nous invitant à délaisser la conception moderne de l'architecture[2].

La notion de postmodernisme est d'abord introduite comme une critique de l'hégémonie fonctionnaliste en architecture, au bénéfice de la dimension esthétique de la création architecturale. L'effet esthétique obtenu par un retour vers des styles historiques, vers la combinaison et la transgression de styles distincts, caractérise le postmodernisme en architecture. Ce mouvement veut rappeler que l'architecture est un art et qu'elle est ainsi soumise à la question de l'esthétique. Or, sur le plan philosophique, ce mouvement manifeste son refus absolu de poursuivre le projet moderniste et prône la séparation de la forme et de la fonction dans le domaine architectural.

---

1. Voir, A. Huyssen, « Mapping the Postmodern », dans *New German Critique*, 1984, nº 33, p 5 s. ; F. Jameson, « Postmodernism, or the Cultural Logic of Capitalism », dans *New Left Review*, nº 146, p. 53 s.
2. J. Habermas, « Architecture moderne et postmoderne », dans *id.*, *Écrits politiques. Culture, droit, histoire*, Paris, Cerf, 1990. Voir aussi J. Habermas, « La Modernité : un projet inachevé », dans *Critique*, nº 413, oct. 1981.

Issue du domaine de l'architecture, la notion de postmodernisme s'est répandue dans tous les domaines artistiques, rendant désuète l'image moderne de l'artiste repoussant éternellement les limites de l'art selon le « code » de dépassement artistique au gré du talent et de l'imagination. En fait, la contre-image développée par ce postmodernisme esthétique était une esthétique « sans règle », l'artiste ne suivant aucun « code » et travaillant en célébrant l'ère de l'indifférence. Libéré des codes de la modernité, comme la nouveauté, la linéarité et le temps, l'art postmoderne se veut délibérément éclectique.

Après ce bref rappel sur le mouvement postmoderne en architecture et en art, nous pouvons maintenant aborder les deux versions du postmodernisme en philosophie du droit.

2. Postmodernité et société

Considérons d'abord le postmodernisme comme reposant sur un diagnostic – ou jugement – de notre contemporanéité, comme l'analyse du *zeitgeist*. Le postmodernisme juridique constitue soit une critique culturelle, soit une critique sociologique.

Selon le postmodernisme culturel ou social, notre société contemporaine serait parvenue à une nouvelle étape de son évolution : la postmodernité. Le fait que la modernité a épuisé ses forces, que l'«homme est mort» et que la rationalité instrumentale règne en maître témoigne de cette transformation. Notre société contemporaine ne peut plus rien révolutionner, ne peut plus rien corriger, car elle vit de gestion et de décisions courantes et banales. C'est une société qui accueille indifféremment tout ce que lui est présenté – normes, coutumes, etc. – sans discernement.

Le postmodernisme culturel n'a pas encore beaucoup influencé le domaine juridique, mais il existe tout de même certaines exceptions[3].

Ce sont avant tout différentes formes de sociologisme juridique critique qui ont repris ce diagnostic de nos sociétés modernes et qui ont opté pour le postmodernisme. Le postmodernisme est ici envisagé comme perspective culturelle légitimante qui, en l'absence de réflexion épistémologique, a séduit par sa compréhension apparente des traits caractéristiques des sociétés modernes[4]. L'objectif du postmodernisme est ici de légitimer les

3. V. Jesus Ballesteros, *Postmodernity. Decadence or resistance*, Universidad de Navarra, Division de derechos humanos, Pamplona, 1992.

4. Voir André-Jean Arnaud, *Pour une pensée juridique européenne*, Paris, PUF, 1991 ; Boaventura De Sousa Santos, « Towards a Postmodern Understanding of Law », dans André-Jean Arnaud, *Legal Culture and Everyday Life*, Onati, Onati Institute for the Sociology of Law, 1989, p. 113-123.

thèmes développés d'abord théoriquement par la sociologie juridique et, notamment, les thèmes du pluralisme juridique, de la polyphonie ou polycentrisme en droit et du droit comme « géographie ». Le thème du pluralisme juridique acquiert une dimension normative comme essence même de notre société contemporaine jugée postmoderne.

Cependant nous croyons que toutes ces théories culturelles et sociologiques dépendent de la conception philosophique issue de la pensée poststructuraliste.

3. La postmodernité et la pensée poststructuraliste

Dans le postmodernisme associé au poststructuralisme français, nous trouvons des noms tels que Jean-François Lyotard, Jacques Derrida, Jean Baudrillard, Michel Foucault, etc. Différentes personnes et différents courants philosophiques ont adopté cette forme de postmodernisme pour penser le droit. Sans vouloir être exhaustif, nous pouvons mentionner la critique du droit de D. Kennedy[5], le féminisme juridique de Drucilla Cornell[6], et l'école dite de « Law and litterature » de Stanley Fish[7]. Mais plus significatif encore semble l'avènement d'une école de droit proprement postmoderne professant cette forme de postmodernisme. Nous pouvons mentionner notamment les noms de Costas Douzinas, de Ronnie Warrington et de Dragan Milovanovic[8]. Cette nouvelle école postmoderne et poststructuraliste, avec des styles, des méthodes, des perspectives diverses, tente de former une nouvelle conscience juridique pour remplacer celle héritée de la modernité juridique.

---

5. D. Kennedy, « Spring break », Tex. L. Rev, 1985, p. 1355.
6. Drucilla Cornell, *Beyond Accommodation : Ethical Feminism, Deconstruction and the Law*, New York, Routlegde, 1991 ; *id.*, *The Philosophy of the Limit*, New York, Routlegde, 1992. Voir aussi, Mary Joe Frug, *Postmodern Legal Feminism*, New York, Routlegde, 1992.
7. Stanley Fish, *Is There a Text in This Class ? The Authority of Interpretive Communities*, Cambrigde, Mass, Harvard University Press, 1980, *id.*, *Doing What Comes Naturally. Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Oxford, Clarendon Press, 1989.
8. Douzinas, Costas et Ronnie Warrington (with Shaun McVeigh), *Postmodern Jurisprudence. The Law of the Text in the Texts of Law*, London et New York, Routlegde, 1991 ; Dragan Milovanovic, *Postmodern Law and Disorder. Psychoanalytic Semiotics, Chaos and Juridic Exegeses*, Liverpool, Deborah Charles Publications, 1992. Voir aussi la revue *Law and Critique*, Liverpool, qui peut être considérée comme l'organe officiel de ce courant.

En réalité, c'est surtout Jean-François Lyotard qui popularise la notion de postmodernité en 1979 avec son livre *La Condition postmoderne*, qui constituait un « Rapport sur le savoir dans les sociétés les plus développées » proposé au gouvernement du Québec[9]. Lyotard étend ici la notion de postmodernité aux domaines du savoir, de la science ou de l'épistémologie, et de la philosophie :

> « Le postmoderne serait ce qui dans le moderne allègue l'imprésentable dans la présentation elle-même ; ce qui se refuse à la consolation des bonnes formes, au consensus d'un goût qui permettrait d'éprouver en commun la nostalgie de l'impossible ; ce qui s'enquiert des présentations nouvelles, non pas pour en jouir, mais pour mieux faire sentir qu'il y a de l'imprésentable. Un artiste, un écrivain postmoderne est dans la situation d'un philosophe : le texte qu'il écrit, l'œuvre qu'il accomplit ne sont pas en principe gouvernés par des règles déjà établies, et ils ne peuvent pas être jugés au moyen d'un jugement déterminant, par l'application à ce texte, à cette œuvre de catégories connues. Ces règles et ces catégories sont ce que l'œuvre ou le texte recherche. L'artiste et l'écrivain travaillent donc sans règles, et pour établir les règles de ce qui *aura été fait*[10]. »

La reconversion de Lyotard au postmodernisme inaugure une radicalisation du mouvement français poststructuraliste sous le drapeau d'un postmodernisme philosophique. Car ce qui se profile dans cette profession de foi chez Lyotard est un programme philosophique visant à remplacer celui de la modernité.

Postmodernité ou modernité en droit ?

Voyons maintenant les défis que le postmodernisme lance à notre modernité juridique et politique. Nous pouvons distinguer deux axes autour desquels se structure la nouvelle querelle entre postmodernité et modernité.

D'abord, celui du projet postmoderne en droit. Celui-ci peut-il honorer les attentes que tous ces courants ont investies dans le postmodernisme ? Quel est le rôle exact de la raison esthétique en droit ? La philosophie postmoderne représente-t-elle une voie adéquate pour théoriser sur le droit ? La critique du logocentrisme confère-t-elle au postmodernisme un droit de regard sur le contenu essentiel des textes juridiques et des pratiques

9. Jean-François Lyotard, *La condition postmoderne*, Paris, Minuit, 1979.
10. Jean-François Lyotard, « Réponse à la question : Qu'est-ce que le postmoderne », dans *Critique. Revue générale des publications françaises et étrangères*, Tome 37, nº 419, avril 1982, p. 366-367. Cette citation se retrouve aussi dans Jean-François Lyotard, *Le Postmoderne expliqué aux enfants*, Paris, Minuit, 1986, p. 31.

juridiques ? De plus, n'existe-t-il pas une différence fondamentale entre un diagnostic social ou artistique et la pratique du droit ?

Le second axe est celui de la compréhension même de la modernité. Dans la littérature postmoderne, l'avènement de la modernité juridique et politique est associé à la victoire de la rationalité instrumentale ou stratégique. Le projet moderne est décrit comme une forme d'asservissement, de manipulation, d'oppression, d'exclusion des femmes, des jeunes, des étrangers. Le postmodernisme structuraliste va jusqu'à imputer à la modernité l'Holocauste, les guerres mondiales et les mouvements de dictature moderne comme le communisme, le nazisme et le fascisme. Dans cette optique, la modernité a été un désastre. Or, ces accusations doivent-elles être acceptées sans plus d'approfondissement ? Et dans l'éventualité d'une remise en question, comment pouvons-nous répondre à cette critique ? Ce qui sous-tend ce débat, c'est la gestion de l'héritage de la modernité juridique. La modernité juridique a bien été développée à partir de la philosophie du sujet, mais devons-nous sauvegarder cette modernité juridique une fois la philosophie du sujet mise en doute ? L'horizon métaphysique de la philosophie du sujet peut-il encore nous apprendre quelque chose ou devons-nous défendre la modernité juridique avec d'autres moyens, par exemple la philosophie du langage ?

Telles sont quelques-unes des questions que soulève la polémique à propos des projets moderne et postmoderne du droit.

Postmodernisme, droit et « adieu à la raison » Critique de la conception postmoderne du droit

Cette critique a pour but d'analyser le postmodernisme issu du mouvement poststructuraliste français en tant que projet d'une philosophie du droit. Nous analyserons son caractère paradigmatique, c'est-à-dire son apport théorique au phénomène juridique. En fait, il s'agit de faire une analyse du projet postmoderniste du droit en démontrant ses apories théoriques. Tout en insistant sur la question de rationalité, nous démontrerons comment le postmodernisme représente un « adieu à la raison ». Nous désirons également démontrer comment cet « adieu à la raison » pose un problème au droit.

Dans cet article, nous avons voulu privilégier le postmodernisme émanant du mouvement poststructuraliste français que nous considérons à la fois comme le plus radical et le plus significatif de ce mode de pensée. Nous nous proposons d'insister plus particulièrement sur la pensée postmoderne formulée par des penseurs comme Jean-François Lyotard et Jacques Derrida, et plus spécifiquement, dans le domaine de la philosophie du droit, sur le livre de Costas Douzinas et Ronnie Warrington intitulé *Postmodern juridsprudence : The Law of Text in the Texts of Law*[1].

Cette critique se divisera comme suit : en premier lieu, nous analyserons le postmodernisme issu de la pensée poststructuraliste française en tant que paradigme philosophique, en mettant l'accent sur le rejet de toute rationalité. En deuxième lieu, nous nous pencherons plutôt sur l'étude

1. Costas Douzinas et Ronnie Warrington, with Shaun McVeigh, *Postmodern Jurisprudence. The Law of Text in the Texts of Law*, London et New York, Routlegde, 1991.

critique de certains thèmes clés de la théorie du droit issue de ce paradigme philosophique.

Le paradigme postmoderne

Tout d'abord, examinons le paradigme philosophique du postmodernisme tel que développé par J.-F. Lyotard et J. Derrida[2]. Dans cette optique, nous nous concentrerons sur la critique du « logocentrisme » tel qu'ils l'ont énoncé, à savoir la tradition occidentale de la rationalité. Nous insisterons sur la façon dont l'image de l'« autre de la raison » évacue la question de la rationalité. Dans ce sens, nous soulignerons l'enracinement du postmodernisme dans l'horizon nietzschéen. Voyons un peu cet « autre de la raison » tel que défini par Nietzsche.

1. Nietzsche et l'« autre de la raison »

Qu'en est-il de cette notion d'« autre de la raison » selon Nietzsche ? La tradition rationaliste occidentale est bâtie sur le langage discursif. Or, chez Nietzsche, le discours et les mots sont « au service des fonctions physiologiques[3] ». Nietzsche prétend, d'une part, que les mots sont secondaires puisqu'ils ne reflètent que les signes de la pensée. Il soutient également que les actions sociales et humaines accompagnant les mots ne sont en réalité que des trompe-l'œil. L'alternative du logocentrisme réside dans les « fonctions physiologiques », à savoir dans le corps humain. La réalité pour l'homme, de même que la « vérité » des mots, repose selon Nietzsche dans le corps physique[4].

En contrepartie du langage discursif faisant référence à une conception de rationalité, Nietzsche propose un discours métaphorique qui replace les mots dans leur origine corporelle cachée. Étant donné qu'il utilise lui aussi le langage et les mots, l'approche subversive de Nietzsche consiste à faire du texte une métaphore pour le corps physique. Parce qu'il refuse le dualisme entre le corps et les mots, Nietzsche propose une fusion philosophique du corps et des mots dans la métaphore et dans l'interprétation pouvant

2. Jacques Derrida, *De la grammatologie*, Paris, Minuit, 1967 ; *id.*, *L'écriture et La Différence*, Paris, Seuil, 1967 ; *id.*, *La dissémination*, Paris, Seuil, 1972. Jean-François Lyotard, *La condition postmoderne*, Paris, Minuit, 1979 ; *id.*, *Le postmoderne expliqué aux enfants*, Paris, Galilée, 1988 ; *id.*, *Moralités postmodernes*, Paris, Galilée, 1993.
3. F. Nietzsche, *Aurore. Pensées sur les préjugés moraux*, Paris, Gallimard, (Œuvres philosophiques complétes), 1980, page 326.
4. F. Nietzsche, *Œuvres*, Jean Lacoste et Jacques Le Rider (dir.), Paris, Robert Laffond, 1993, t. 2, p. 307 et p. 1020.

être faite de cette dernière. Par conséquent, le corps devient pour Nietzsche l'origine ainsi que la pierre angulaire de l'interprétation. Mais comment ?

Pour Nietzsche, le corps est instinct ou pulsion qui construisent la réalité en l'interprétant. Dans ce sens, le corps ne peut représenter un quelconque fondement philosophique, même qu'il mine toute référence à un tel fondement. Car selon Nietzsche, tout commence par le corps. Avant le corps, il n'y a pas d'ordre, pas de rapport, pas de texte ; après le corps viennent l'ordre, le rapport et le texte. L'originalité de la conception nietzschéenne repose sur le fait que le corps demeure indéchiffrable. Il est là mais ne donne pas de fondement à la pensée et à cette réalité ontologique, comme peuvent le faire les tenants de l'approche du dualisme ontologique. Le corps repose là à titre d'énigme ou de connaissance impossible. D'ailleurs, Nietzsche fait référence au système digestif, image représentant un système d'une pluralité insaisissable.

Ensuite, le corps comme « fondement » ou origine est considéré comme une source d'interprétation. Nietzsche ne croit pas que la réalité du corps est substance ou chose, mais plutôt mouvement et rapport de forces ; d'où émanera l'idée de volonté de puissance comme détermination ontologique. Il s'ensuit que cette notion d'interprétation exige qu'on se rende maître des textes et des discours. Or, dans ce processus d'interprétation, le corps fonctionne selon un schème d'interprétation bien précis. Comme l'affirme Éric Blondel :

> Interpréter, c'est, face à une pluralité, choisir des possibilités de sens d'un signe ou d'un ensemble de signes polysémiques. C'est à la fois livrer le signe à sa plurivocité, *et* forcément abréger celle-ci : c'est *libérer* et *dominer*, se rendre maître par des exclusives[5].

La réalité comme la « vérité » du monde est un jeu interprétatif. Chaque être interprète son monde, et les textes, selon sa perspective propre. Il n'existe aucune réalité ni vérité autre que ce processus d'interprétation. Puisque nous ne partageons pas le même corps, chaque interprétation est unique en soi. Lorsque Nietzsche compare l'interprétation au jeu, il présente alors la multitude d'interprétations comme un jeu infini. Un jeu où chaque être veut voir imposer sa vision du monde.

Forts de cette vision nietzschéenne, nous nous proposons maintenant de rechercher comment le postmodernisme a repris le projet nietzschéen en lui donnant une connotation radicale. Penchons-nous d'abord sur la notion de déconstruction.

---

5. Éric Blondel, *Nietzsche le corps et la culture. La philosophie comme généalogie philosophique*, Paris, PUF, 1986, p. 315.

2. Déconstruction

Le premier aspect du postmodernisme que nous désirons analyser est la notion de « déconstruction[6] ». Comme nous le verrons, cette notion n'est pas une méthode mais une façon de mettre de côté la question de la raison. Le problème, tel que perçu par les adeptes du postmodernisme, est que Nietzsche n'est pas assez radical. Il s'emprisonne dans le logocentrisme en travaillant sur les prémisses même de ce qu'il entend critiquer.

En fait, Nietzsche prétend que ni la connaissance ni la conscience ne peuvent être juges ; c'est uniquement en regardant au-dehors qu'il est possible de voir que toute connaissance est basée sur une illusion, et que la conscience, par conséquent, n'est que l'illusion de cette illusion. Or, la position généalogique, tout comme la critique faite « au-dehors », est une critique basée sur une position, laquelle permet à Nietzsche de juger de la non-rationalité et de la non-vérité des positions adverses. Pour ce faire, il doit cependant user d'une conception de rationalité ou de vérité ; c'est la condition même pour toute critique. De cette façon, la position de Nietzsche devient plutôt ambiguë, pour ne pas dire politique. Cependant, une critique qui ne peut pas rendre compte de sa propre position n'est pas critique mais relève de la poésie. Conformément à ce raisonnement, Nietzsche doit-il être considéré comme un philosophe ou comme un poète culturel ?

Intervient alors la notion de « déconstruction » comme « en dedans ». Telle une non-position, une faille dans la position qui est développée par d'autres. Le postmoderniste « déconstruit » le texte. Comme le dit Derrida :

> Les mouvements de déconstruction ne sollicitent pas les structures du dehors. Ils ne sont possibles et efficaces, ils n'ajustent leurs coups qu'en habitant ces structures. En les habitant d'*une certaine manière*, car on habite toujours et plus encore quand on ne s'en doute pas. Opérant nécessairement de l'intérieur, empruntant structurellement, c'est-à-dire sans pouvoir en isoler des éléments et des atomes, l'entreprise de déconstruction est toujours d'une certaine manière emportée par son propre travail[7].

En d'autres termes, la notion de déconstruction signifie habiter, d'*une certaine manière*, le langage, les textes et les concepts. Il ne s'agit pas simplement d'habiter ces trois aspects, car la notion de structure qu'utilise Derrida se réfère à une réécriture concernant le langage, les textes et les concepts. La réécriture habite le langage, les textes et les concepts comme

---

6. J. Derrida, *De la grammatologie*, *op. cit.*
7. J. Derrida, *De la grammatologie*, *op. cit.*, p. 39 (souligné par l'auteur).

une interprétation. Elle habite ainsi « à l'intérieur ». Toutefois, la réécriture, en habitant le langage, les textes et les concepts, ne peut plus servir de référent au sujet de la question de rationalité.

Nous retrouvons le thème nietzschéen de l'interprétation, bien que radicalisé. L'interprétation prévoit que la déconstruction consiste à mobiliser la réécriture dans les textes en tant que discours de l'autre de la raison. Là où le logocentrisme interprète les textes comme faisant référence à l'esprit (le sens, le message, l'intention), le postmoderne interprète les textes comme faisant référence à leur propre positivité comme signe que l'interprétation se poursuit comme une telle positivité. Comme une chaîne de positivité qui passe par ce qui est posé chez l'homme, à savoir sa positivité corporelle. Même si Derrida utilise les textes, ceux-ci n'ont pas comme chez Nietzsche de statut particulier, si ce n'est qu'à titre de métaphore pour la réécriture que nous pourrions tous assimiler et faire.

3. L'horizon apocalyptique

Le postmodernisme de Derrida et Lyotard s'inscrit sous le signe d'un horizon apocalyptique. Il s'agit maintenant de préciser la portée de l'expression « horizon apocalyptique ».

Comme point de départ, rappelons que le rationalisme occidental est toujours appuyé sur le vecteur d'un « sens » normatif. Inutile de dire que ce vecteur a bien changé au cours de l'histoire. Or, la déconstruction d'un texte, comme le chemin emprunté par un agent double, ne peut pas partager ce vecteur du sens car ce serait une contradiction. Se pose alors la question de la survivance de la déconstruction qui, pour Derrida et Lyotard, s'est soldée par l'élaboration de la théorie de l'horizon apocalyptique en tant qu'horizon de la pratique déconstructiviste.

Que signifie l'horizon apocalyptique ? En fait, ni Derrida ni Lyotard ne l'ont défini explicitement, car ce faisant, ils lui auraient donné un « sens ». Bien au contraire, l'horizon apocalyptique possède un caractère de non-dit, une destination inconnue, une enveloppe affranchie sans destinataire, etc. Citons tout d'abord Derrida dans un texte qu'il a rédigé sur Kant, et intitulé « Un ton apocalyptique adopté naguère en philosophie » qui dit ceci :

> C'est une des suggestions que je voulais soumettre à votre discussion : l'apocalyptique ne serait-il pas une condition transcendante de tout discours, de toute expérience, même de toute marque ou de toute trace ? Et le genre d'écrits dits « apocalyptique » au sens strict, ne serait alors qu'un exemple, une révélation *exemplaire* de cette structure transcendantale. Dans ce cas, si l'apocalypse révèle, elle est d'abord révélation de l'apocalypse, autoprésentation de la structure apocalyptique du langage, de l'écriture, de

> l'expérience de la présence, soit du texte ou de la marque en générale : *c'est-à-dire de l'envoi divisible pour lequel il n'y a pas d'autoprésentation ni de destination assurée*[8].

En d'autres termes, la déconstruction devient ainsi un renversement de la question du « sens » au profit d'une destination inconnue.

Lyotard raconte une fable qui reprend cette même idée :

> « La fable postmoderne raconte [...]. L'Humain, ou son cerveau, est une formation matérielle (c'est-à-dire énergétique) très improbable. Cette formation est nécessairement transitoire puisqu'elle est dépendante des conditions de la vie terrienne, qui ne sont pas éternelles. La formation nommée Humain ou Cerveau devra être dépassée par une autre plus complexe, si elle doit survivre à la disparition de ces conditions. L'Humain ou le Cerveau n'aura été qu'un épisode dans le conflit entre différenciation et entropie. La poursuite de la complexité ne demande pas le perfectionnement de l'Humain, mais sa mutation ou sa défaite au bénéfice d'un système plus performant[9] ».

Le postmoderniste travaille ainsi dans la faille du texte, avec le pressentiment qu'il y existe autre chose. Toutefois, comme il est encore prisonnier du logocentrisme, à savoir de la tradition de rationalité occidentale, il n'arrive pas à identifier cette « chose ». Même les itinéraires ne connaissent pas la destination, sauf qu'elle est là, devant nous.

Nous pouvons également dire, en adoptant la position moderne, que l'horizon apocalyptique est assez révélateur. En effet, le postmoderniste travaille dans une perspective religieuse ; il a la foi. Il a foi en des lendemains meilleurs sans avoir aucune garantie quant à la réalisation de ses espérances.

4. La subversion de la norme

« Qu'est-ce que juger ? ». Cette question n'est pas issue d'une perspective postmoderne, mais, comme toutes les questions usant du modèle « qu'est-ce que... », elle traduit une expression de logocentrisme, typique de la métaphysique occidentale.

Qu'est-ce donc que juger ? Il n'y a pas de jugement possible dans le postmodernisme ; la subversion remplace toute question sur la faculté de

---

8. Jacques Derrida, *D'un ton apocalyptique adopté naguère en philosophie*, Paris, Galilée, 1983, p. 77-78 (souligné par l'auteur), voir aussi p. 95 et 96.
9. Jean-François Lyotard, *Moralités postmodernes*, *op. cit.*, p. 92. Voir, Jean-François Lyotard, « Réponse à la question : Qu'est-ce que le postmoderne? », dans, *Critique. Revue générale des publications françaises et étrangères*, t. 37, nº 419, avril 1982, p. 367 : « *Postmoderne* serait à comprendre selon le paradoxe du futur (post) antérieur (modo) ».

juger. Nous pouvons d'abord le constater dans le rejet de toute normativité et, ensuite, dans l'alternative de cette subversion.

Tournons-nous vers la question de l'écartement de la normativité dans le postmodernisme. À cet effet, voici la constatation de Lyotard :

> C'est bien à tort que les Humains se prévalent d'être les moteurs du développement et qu'ils confondent celui-ci avec le progrès de la conscience et de la civilisation. Ils en sont les produits, les véhicules et les témoins. Même les critiques qu'ils peuvent opposer au développement, à son inégalité, à son irrégularité, à sa fatalité, à son inhumanité, même ces critiques sont des expressions du développement et y contribuent. Révolutions, guerres, crises, délibérations, inventions et découvertes ne sont pas les « œuvres de l'homme », mais des effets et des conditions de la complexité. Ceux-ci sont toujours ambivalents pour les Humains, ils leur apportent le meilleur et le pire[10].

En fait, l'homme n'est pas directement responsable des révolutions, guerres, crises, délibérations, inventions et découvertes ; ce sont uniquement des événements qui apportent le meilleur et le pire. Tout ceci ne survient pas par le biais de réponses et de questions, mais témoigne comme chez Nietzsche de la vie en général. Or, ce que nous venons de constater ici est vrai au regard de toute question normative. Il n'existe toutefois aucune instance pour juger de cette vie, de ces événements. Le postmodernisme de Derrida et de Lyotard dédouble l'auto-image de la modernité, comme la raison, l'autonomie, la volonté, la libération, etc., avec ses contraires, la terreur, l'asservissement, la folie, la dépendance, etc. Ce dédoublement, par ses contrastes, nous fait réaliser l'état des choses dans toute sa cruauté, sa perversité, un état des choses qu'on ne peut éviter. Dès lors, les notions de raison, d'autonomie, de volonté, de libération ne peuvent plus être utilisées parce qu'elles sont stigmatisées par la marque de leurs antonymes.

L'alternative se trouve, chez Derrida et Lyotard, dans la subversion. Celle-ci peut être structurée sur la base de deux axes distincts : pouvoir ou esthétique.

Sur l'axe du pouvoir, la description que Derrida et Lyotard font de l'état des choses ne laisse pas d'autre alternative que de se demander si nous voulons être victime ou bourreau, si nous voulons être l'objet du pouvoir ou nous servir de ce pouvoir. L'absence d'une théorie normative quant au fondement du pouvoir légitime et illégitime a pour conséquence que la « question » du pouvoir se perçoit uniquement en tant que « jeu » sur la scène des états de choses. Le sadomasochisme est ainsi la « vérité » sur la

10. Jean-François Lyotard, *Moralités postmodernes*, *op. cit.*, p. 92-93.

société, et toutes les théories politiques et juridiques ne sont que des illusions ou des idéologies masquant ce qui se passe « vraiment » dans la société, dans la « vie ».

Sur l'axe de l'esthétique, en guise de subversion esthétique, Derrida et Lyotard tentent de mobiliser ce qui pour eux semble encore disponible pour contrecarrer, pour subvertir la modernité comme projet normatif. C'est justement ici qu'ils vont recourir à la littérature prétendue maudite : le Marquis de Sade, Georges Bataille, Antonin Artaud, Stéphane Mallarmé, Raymond Roussel et Maurice Blanchot. En réalité, ce qui les intéresse dans ces livres, ce n'est pas la dimension littéraire comme telle mais l'image de l'« autre de la raison » qui s'y trouve. Dans les fantasmes érotico-sadiques, les transgressions et les dépassements, de même que dans la folie, Derrida et Lyotard présentent l'idée d'une subversion esthétique authentique parce qu'ils sont, selon eux, contaminés aussi peu que possible par l'état des choses ou par le logocentrisme, et aussi près que possible de la « vie » dans toute sa cruauté, et dans sa beauté. En fait, ces auteurs évoquent de façon paradigmatique la figure de l'autre de la raison de Nietzsche, et la relation avec la figure du corps ne fait pour eux aucun doute. De plus, ces derniers compareront la subversion esthétique à une écriture dans la faille de la modernité.

Précisons que le résultat de cette subversion est la déperdition de sens de l'instance de jugement et de la faculté de juger. La *phronesis* d'Artistote ou l'*Urteilskraft* de Kant sont des notions qui n'ont plus leur place. Il n'y a plus de fondements au jugement. Il n'y a plus aucune instance normative permettant de juger.

Mais également, il faut insister sur le *positivisme* qui se manifeste dans le postmodernisme. En voulant éliminer le logocentrisme, et toute dualité, la théorie postmoderne s'affiche comme entièrement « *posifiée* ». Pourtant, il s'agit d'un positivisme bien particulier qui n'a rien à voir avec un positivisme juridique scientifique.

Postmodernité et droit

À partir de notre analyse du paradigme postmoderne, nous pouvons maintenant nous orienter vers le déploiement de ce paradigme en droit. Pour ce faire, nous pousserons notre analyse vers des théories de philosophie ou de droit qui reposent sur le paradigme. Dans cette perspective bien précise, nous avons privilégié, comme nous l'avons mentionné auparavant, le volume écrit par Costas Douzinas et Ronnie Warrington et intitulé

Postmodern jurisprudence. The Law of Text in the Texts of Law[11]. Ces auteurs nous disent :

> Le poststructuralisme marque la fin de tous les grands récits et de toute mention, tant à Dieu, qu'à la vérité et à la forme, et met l'accent sur la fin de l'homme en tant que créateur, qu'épicentre de l'histoire et de la représentation. Le rôle de la jurisprudence postmoderne est de faire ressortir les conséquences de cette idée pour le sujet de droit, détenteur de droits et de devoirs abstraits, et pour le système juridique avec ses principes, sa forme et sa raison. La jurisprudence devient postmoderne pour réaffirmer sa vive intention de s'ouvrir à des rationalités plurielles et ouvertes, et aux communautés[12].

Tout en conservant cette donnée comme première prémisse, nous nous interrogerons sur un premier élément de la théorie postmoderne du droit, à savoir la mort de l'homme. Puis, nous nous attarderons sur l'analyse de l'affirmation relative à la fin des grands récits juridiques, et enfin nous terminerons cet exposé par un bref regard sur le rôle du postmodernisme en droit.

1. Le droit, la mort de l'homme et la question de sens

Le thème de la mort de l'homme est symptomatique pour le postmodernisme. Analysons maintenant cette affirmation et sa signification pour le droit.

Douzinas et Warrington affirment, comme nous venons de le voir, la mort de l'homme en tant qu'auteur et sujet de l'histoire ainsi que toute représentation de ces deux aspects. Limitons-nous, dans le cadre de cet article, à l'affirmation prônant la mort de l'homme comme auteur. Il nous semble important de souligner qu'il s'agit de l'homme, entre autres auteur ou créateur de textes juridiques. Cette constatation nous oriente vers le langage en droit.

---

11. Costas Douzinas et Ronnie Warrington, with Shaun McVeigh, *Postmodern Jurisprudence. The Law of Text in the Texts of Law, op. cit.*

12. Douzinas, Costas & Ronnie Warrington (with Shaun McVeigh), *Postmodern Jurisprudence. The Law of Text in the Texts of Law, op. cit.*, page 28. Notre traduction de : « Poststructuralism has pronounced the end of all grand narratives and references, whether of God, truth or form, and has insisted on the death of man as creative author and the centred subject of history and representation. The task of postmodern jurisprudence is to bring out the consequences of this for the legal subject, possessor of abstract rights and duties, and for the legal system of principles, forms and reason. Jurisprudence goes postmoderne in order to retain and redraw its old commitment to plural and open forms of reason(s) and communities ».

Si nous nous tournons vers la philosophie du langage, nous pouvons dire que l'image traditionnelle réside dans l'affirmation du langage comme possibilité de production de sens intersubjectif et dans la « problématisation » d'un locuteur et d'un auditeur quant à la compréhension. L'important dans cette image est que la production du sens est située tant horizontalement que verticalement. Horizontalement, la production du sens tient compte du fait que les utilisateurs d'un langage sont personnalisés et socialisés dans ce même langage. Verticalement, la production du sens prend en considération que tant le locuteur que l'auditeur peuvent, dans la limite de la raison, utiliser ce langage de façon créative.

Or, en confirmant que l'homme est mort en tant qu'auteur, Douzinas et Warrington ne cherchent rien de plus que de remplacer la question du sens par l'affirmation des signes pour comprendre le droit. L'homme est mort ; seuls les signes demeurent.

Nous pouvons comprendre le raisonnement que fait le postmoderniste en reprenant l'image de la musique. Selon le postmodernisme, la musique n'est fondée sur aucune substance ni sur aucun sens. Les signes graphiques utilisés par le soi-disant compositeur ne sont pas de la musique. Ils deviendront de la musique lors de leur interprétation. Les signes ne peuvent être interprétés qu'individuellement, mais l'interprétation n'a aucune réalité en dehors des sons. Il n'existe aucune similarité entre les sons et les signes graphiques du compositeur. De plus, les interprétations varient à l'infini, d'un individu à l'autre. Comme le soutiennent Douzinas et Warrington :

> Les signes musicaux et linguistiques n'exigent point une présence imaginative ou conventionnelle. Ils existent en tant que répétition productive laquelle crée ce qu'ils répètent[13].

Le postmodernisme transpose en droit ce paradigme interprétatif, dont la raison d'être réside dans le domaine de l'esthétique. L'interprétation du texte juridique est une œuvre d'art où l'interprétation fait vivre le texte comme l'expression esthétique.

En fait, la compréhension d'un texte juridique, pour Douzinas et Warrington, signifie ceci :

> En outre, afin qu'un signe fonctionne, il doit être répétitif. La répétitivité est un élément essentiel du signe. Toutefois, étant donné que chaque répétition émerge d'un nouveau contexte, aucun sens n'est jamais pareil, et, par

13. Douzinas et Warrington, *op. cit.*, p. 132. Notre traduction : « Both musical and linguistic signs do not recollect an imaginary or contractual presence. They exist as productive repetitions that create what they repeat ». Voir, Georges Liébert, « Nietzsche et la musique », dans Friedrich Nietzsche, *Œuvres*, *op. cit.*, t. 2, pp. 1453-1552.

> conséquent, aucun signe répété n'est identique. La répétitivité, raison primordiale pour laquelle un signe ne peut recevoir une identité propre, relève également du champ de la productivité. Dans la répétition, le signe compromet toute distinction entre l'original et la copie, l'authentique et le dérivé, l'essence et l'expression, le contexte et la forme. Toutes ces antinomies entrent en jeu par la logique de la répétition incessante[14].

Ils poursuivent comme suit :

> [...] puisque la subjectivité fait partie intégrante du langage, aucun individu n'est véritablement présent à lui-même. Lorsque nous utilisons des signes pour penser, réfléchir sur nous-même et expérimenter le monde, le seul fait de suspendre le sens du langage affecte chaque aspect de notre existence[15].

Par conséquent, comme dans la perspective nietzschéenne, le sens d'un texte juridique se forme dans le processus d'interprétation, et ce processus d'interprétation est le flux de signes qui s'enchaînent au rythme de la répétition interprétative que fait le corps de chaque individu. Car la subjectivité dont parlent Douzinas et Warrington n'est pas une subjectivité moderne, mais une « subjectivité » corporelle dans le sens nietzschéen. Comme la musique crée des émotions profondes chez les auditeurs, l'interprétation juridique crée également une émotion profonde chez les personnes qui se placent devant les signes linguistiques du droit. La création émotionnelle qui monte dans le corps des individus crée l'interprétation du droit d'abord dans la manifestation invisible de ces mouvements internes, puis dans les signes du langage, et, enfin, la traduit dans un vouloir plus conscient. En effet, l'interprétation du droit ne dépend que de l'instinct esthétique originaire. L'interpréter n'est pas de « penser selon des fins », comme l'enseigne la modernité juridique, mais d'« écouter » comment les signes s'enchaînent dans la réception et la narration des signes.

Selon Douzinas et Warrington l'interprétation juridique est « un fait » linguistique. L'interprétation se moule dans la « factualité » de l'ordre

---

14. Costas Douzinas and Ronnie Warrington, *op. cit.*, p. 47. Notre traduction : « Furthermore, for a sign to work, it must be repeatable. Repeatability is the mark of the sign. But then as each repetition occurs in a new context, no meaning is ever the same, and no sign is identically repeated. Repeatability, the cause of the sign's lack of absolute identity, is also a field of productivity. In repeating, the sign defies all distinguishing lines by original and copy, authentic and derivative, essence and expression, context and form. All these oppositions are put into play by the logic of incessant repetition ».

15. Costas Douzinas et Ronnie Warrington, *op. cit.*, p. 47-48. Notre traduction : « Even more, as the subjectivity is constructed in langage, no person is ever fully present to him or herself. As we use signs to think, to search our soul and to experience the worlds, the suspension of meaning in langage affect every aspect of our existence ».

juridique en place. Plus précisément dans la « factualité » vue comme un jeu interprétatif du langage juridique dans lequel chaque être doit nécessairement imposer simultanément sa « place » dans le monde, soit sa vision, de même que les signes qui pour lui prennent un sens dans l'interprétation. L'interprétation est idéosyncrasique.

Le sens n'est donc plus qu'une perspective que le Moi adopte pour des raisons stratégiques ou poétiques. Si seule l'interprétation que le Moi peut ajouter au texte compte, le postmodernisme débouche sur une impasse. En effet, si, comme le dit Charles Taylor, l'authencité du Moi ne fait référence qu'à Moi, et à ma volonté de pouvoir, cette démarche « revient à éliminer tout ce qui pourrait compter »[16]. Ou, autrement dit, à éliminer l'histoire, la nature, la société, les exigences de solidarité, ou encore l'intersubjectivité. Des mouvements comme le féminisme postmoderne, le mouvement critique postmoderne du droit, et d'autres qui ont opté pour cette forme de postmodernité, travaillent ainsi dans une contradiction « performative », déconstruisant toute narrativité au nom d'une norme qui n'en est pas une.

2. La fin du grand récit juridique

Examinons maintenant cette affirmation de Douzinas et Warrington annonçant la fin du grand récit, narratif ou juridique. Par la suite, nous analyserons cette affirmation et les conséquences qui en découlent pour le droit.

Douzinas et Warrington transposent ce thème clé du paradigme postmoderne dans le droit en vue d'annoncer la fin du rationalisme juridique. En fait, suivant le postmodernisme de Derrida et de Lyotard, le logocentrisme occidental s'affirme dans différents Grands Récits concernant les notions traditionnelles de Raison, de Vérité ou de Forme[17]. En ce sens, le thème du Grand Récit soutient la légitimation, l'ordre, la cohérence, qui ont caractérisé la tradition rationaliste. Mais qu'est-ce que tout cela apporte au droit ?

Chez Douzinas et Warrington, il s'agit d'abord d'une critique de la philosophie du droit occidental et, plus spécifiquement, du droit naturel rationnel, qui a véhiculé le projet moderne du droit. Le souci fondamental pour les normes s'inscrit dans ce projet. Le récit moderne recherche les normes juridiques dans la Raison, la Vérité, la Forme ou le Consensus. Dans ce contexte, les normes juridiques s'imbriquent dans un projet qui

16. Charles Taylor, *Grandeur et misère de la modernité*, Montréal, Bellarmin, 1992, p. 58.
17. Jean-François Lyotard, *La condition postmoderne*, *op. cit.*, p. 8-9.

tente d'assurer une cohérence rationnelle entre ces différentes normes juridiques.

Pour le postmodernisme, il s'agit d'une illusion. Invoquant précisément la perspective de Nietzsche, Douzinas et Warrington élaborent ce qui suit :

> Les normes sont radicalement subjectives et dépendent de la volonté de pouvoir de chaque individu. Lorsqu'aucune fondation ultime ne peut être établie ou lorsqu'il ne peut être découvert de normes s'apparentant à Dieu, à la Vérité, à la Réalité ou au Bien, toutes les valeurs s'équivalent, et tous les concepts clés de la pensée métaphysique occidentale perdent leur puissance[18].

Le projet moderne du droit est donc une illusion. Illusion métaphysique à laquelle le postmodernisme s'oppose, et ce en fonction d'un souci pour la réécriture habitant la structure même des textes constitutifs de la modernité juridique.

Or, comme le rejet des grands récits s'applique expressément aux concepts et aux valeurs transcendants, l'argument présenté marque également cette possibilité qu'il n'existe pas de tels concepts sinon en tant qu'expressions subjectives soumises à la volonté de pouvoir des individus.

Bien pire pour la modernité juridique, l'utilisation de tels concepts dans le procès d'adjudication n'est que l'expression d'une oppression déguisée. Étant donné que le droit, selon cette conception, fait toujours partie d'un ordre de valeurs, le droit moderne s'affirme comme un faisceau de valeurs réalisées par les « autres », c'est-à-dire effectuées par des hommes occidentaux blancs de classe économique moyenne. Selon le postmodernisme, une telle réalité exclut expressément les femmes, les jeunes, les minorités, etc. En d'autres termes, les différents mouvements sociaux, religieux, ethniques, ne pourraient s'exprimer librement.

En fait, l'absence et le rejet de toute légitimation normative selon le postmodernisme juridique n'est qu'une conséquence de la vision apocalyptique que nous avons analysée auparavant. La destination inconnue que nous propose le postmodernisme ne permet pas de faire appel à une instance normative. Mais l'incapacité de distinguer entre quelque chose de légitime ou d'illégitime nous conduit à l'incapacité de juger et provoque l'anéantissement de toute pratique juridique.

---

18. Douzinas et Warrington, *op. cit.*, p. 13. Notre traduction : « Values are radically subjective, the expression of the individual's will to power. And when no ultimate foundation can be established, or highest value discovered in God, truth, reality or the good, then all values stand in a relation of equivalence, and all key concepts of western metaphysical thought are weakened ».

3. Narrativité et littérature juridique

Passons maintenant à la question de l'alternative, ou mieux encore, à cette ouverture que nous propose le postmodernisme en droit. En marge des textes juridiques, Douzinas et Warrington nous proposent deux stratégies ; tout d'abord, la stratégie micronarrative qu'ils appellent communément « narratologie critique »[19], puis, celle de la « littérature » en tant que droit.

En premier lieu, voyons la stratégie micronarrative qui a remporté un large succès dans le postmodernisme.

Le droit que présente le postmodernisme est comparé à l'exclusion, à la terreur, à l'oppression, à l'autorité, au contrôle. Il s'agit, comme nous l'avons mentionné, d'un droit des hommes blancs de classe moyenne et victimes des traditions qui ne sont pas remises en question. Le postmodernisme veut, par contre, donner la « parole » à ceux qu'il considère comme des exclus, des victimes, des opprimés, etc.

Or, le micronarratif du postmodernisme juridique n'offre pas vraiment la parole aux femmes, aux exclus, etc. Cette forme de narration juridique est imprégnée du sujet et du logocentrisme. Par contre, le micronarratif du postmodernisme est un jeu de séduction. Comme le décrivent si bien Douzinas et Warrington :

> L'histoire postmoderne du procès judiciaire et du droit nous les narre comme un « essaim de narrations, des narrations toutes inventées, fabriquées, écoutées, et dépassées ». [...] Nous pouvons tous raconter des histoires, et ceux qui l'écoutent peuvent, à un certain moment, y changer un simple détail, et de ce fait, devenir des narrateurs d'une histoire tout à fait différente de celle racontée à l'origine à de nouveaux auditeurs, et ces derniers peuvent y changer un détail et ainsi de suite. Ces détails que nous ajoutons modifient évidemment ce qui est raconté à l'origine. Néanmoins, comme Lyotard nous le rappelle, ce type d'aménagement d'histoire manifeste une force nietzschéenne propre à oublier le passé, et ouvre la possibilité d'actions. [...] Le récit de la justice ne devient alors ni une théorie, ni une loi, mais bien une perspective[20].

19. Douzinas et Warrington, *op. cit.*, p. 109.

20. Douzinas et Warrington, *op. cit.*, p. 110. Notre traduction : « The postmodern story of the trail and of the law would instead narrate them as a "swarm of narratives, narratives that are passed up, mode up, listened to, and acted out". [...] We can all tell stories, and the narratees of one moment, by changing a secondary detail in the narration, can become the narrators of a different story to their own narratees, and so on. Secondary details and turs in the act of saying will change what is being said. But then, as Lyotard reminds us, this type of local telling of short stories displays a Nietzschean strength to forget the past, and open the possibility of actions. [...] The narrative of justice then is neither a theory nor a law, but a perspective. »

Autrement dit, la narration postmoderne n'est que fiction et stratégie. En comparaison avec la façon dont le narratif est conçu dans la modernité juridique où nous retrouvons la narration en tant qu'expression d'un sujet et dont l'authenticité est supposée et quelques fois contrôlée, la narration postmoderne ne demeure que fiction. Il ne s'agit pas du sujet qui se raconte, mais du récit lui-même qui se déroule par des signes que l'interprétation répète. Mais également, il n'existe pas d'authenticité ni de sincérité dans ce contexte et nous pouvons en juger par la non-conformité du sujet avec ses énoncés, puisqu'il y a mille façons de raconter des histoires et que tous sont libres de changer un « détail » selon leur gré. En fait, la narration postmoderne n'a d'égal que l'affect, la réaction émotionnelle qui se produit lors de la narration. L'affect guide la narration dans son sens nietzschéen.

Or, cette narration postmoderne ne s'adresse pas au droit mais agit en tant que subversion esthétique de l'empire juridique argumentatif :

> Nous sommes tous des raconteurs d'histoire et notre seul référent provient d'autres narrations qui nous ont été faites. Mais de nos jours le raconteur doit reconnaître son autorité plutôt que de l'assumer[21].

Il n'y a donc aucune relation possible entre la narration et l'argumentation. Comme le droit moderne est structuré autour de l'axe argumentatif, la narration juridique postmoderne se présente ainsi comme une alternative à la conscience prônant que tout dialogue est impossible. Nous sommes donc aussi en droit de nous demander pourquoi le postmodernisme se coupe de tout dialogue : la beauté de la narration prime-t-elle sur toute autre considération d'ordre politique ou juridique ? La narration comme monologue peut-elle présenter un intérêt en dehors du domaine esthétique ? Comme nous sommes enclins à répondre non à ces deux questions, nous pouvons aussi observer l'aporie théorique qui habite le paradigme postmoderne.

Notre analyse se poursuit sur cette autre affirmation postmoderne voulant que la littérature remplace le droit. Comme Douzinas et Wellington l'ont affirmé : « La postmodernité fait un modeste pari sur les chances de la littérature pour remplacer le droit[22] ». Il s'agit d'une conséquence directe de ce qui a été préalablement évoqué concernant la narration postmoderne. D'une autre façon, c'est l'annonce du dépérissement du droit.

---

21. Douzinas et Warrington, *op. cit.*, p. 109. Notre traduction : « We are all storytellers and our only reference is to other narratives. But nowadays the storyteller must learn her authority rather than assume it ».
22. Douzinas et Wellington, *op. cit.*, p. 131, *cf.* p. 135. Notre traduction : « Postmodernity places a modest wager on literature's chances of replacing the law ».

Reprenons la théorie de la narration juridique et poursuivons le raisonnement que Douzinas et Warrington nous proposaient à ce sujet. Ce faisant, nous devons insister sur le fait que la narration, en tant que fiction ou littérature, agit sur le monde. En racontant le droit différemment, en tant qu'interprétation esthétique, le postmodernisme se substitue à la modernité juridique, ou plus précisément, il fait miroiter un avenir où la narration juridique postmoderne détrônera le prétendu Grand Récit juridique.

Or, la narration juridique postmoderne n'est que fiction, sans aucune prétention à la sincérité ou à la vérité, exception faite de sa seule existence comme en témoigne sa positivité. Douzinas et Warrington le disent comme suit :

> La jurisprudence postmoderne est, [...] la fin de la jurisprudence [...]. [Elle ne fait que] reprendre toujours et encore les histoires du droit, [et, de ce fait] crée de nouvelles significations et de nouvelles identités[23].

Ce thème de la fin du droit n'est pas absent de la culture moderne, comme en témoigne la perspective marxisme radicale. Au contraire cependant du marxisme qui a élaboré une théorie relative à la fin du droit comme émancipation et comme occasion de recréer des liens intersubjectifs harmonieux, le postmoderne ne conçoit la fin du droit que dans un horizon eschatologique. La fin du droit surviendra lorsque tous les êtres de ce monde se raconteront des histoires. Mais il nous est impossible de voir et d'appréhender ce futur, puisque nous sommes, hélas, beaucoup trop corrompus par le logocentrisme.

L'alternative du droit moderne proposée par la postmodernité témoigne bien d'un changement thématique vers la narrativité qui annonce une autre façon de concevoir le droit. Or, la thématisation d'une narration sans dialogue comme le voudrait le postmodernisme est une impasse. Sans critères de sincérité et d'authenticité, la narration postmoderne se situe en dehors des question essentielles, en dehors des exigences de la société et d'une situation de vie communes. Loin de ce qui importe à l'individu socialisé, la narration ne peut prétendre qu'à une esthétique.

---

23. Douzinas et Warrington. *op. cit.* page 135. Notre traduction : « Postmodern jurisprudence is, [...] an end to jurisprudence [...]. [...] keep retelling the stories of law, [...] keep creating new meanings and selves [...] ».

Conclusion

En terminant notre analyse critique de la position postmoderne en droit, nous voulons résumer notre critique comme suit :

1) Le postmodernisme par son « adieu à la raison » engage la pensée juridique sur la voie d'une subversion normative du droit que nous pouvons caractériser comme antijuridique. Il nous engage dans un nihilisme esthétique qui confond le rôle unique de l'artiste avec les rôles complexes et partagés de la pratique juridique moderne. De cette façon le postmodernisme juridique n'est que l'expression d'un nihilisme global.

2) Le postmodernisme, en niant toute les considérations de la philosophie pratique concernant le pouvoir légitime et illégitime, la justice et l'injustice, la légalité et l'illégalité, la normativité et la facticité, nous désarme devant les exigences de la vie en commun, aussi bien sur le plan communautaire, étatique ou mondial. Comme il n'y a pas de place logique pour de telles considérations, nous n'avons plus aucune instance pour lutter contre des forces portant atteinte à l'humanité ou ne voulant pas la respecter. Ainsi le postmodernisme juridique ouvre la porte à tous les arbitraires.

3) Le postmodernisme ne peut jamais occuper une position pratique en droit. Comme le postmodernisme rejette la question du sens en droit, toute pratique du droit devient inutile sinon vaine. Ne pouvant jamais assumer de responsabilité pratique dans le domaine du droit, le postmodernisme juridique ne représente qu'une retraite esthétique en dehors du monde pratique.

Nos trois thèses sur le postmodernisme juridique démontrent nos désaccords fondamentaux avec le projet postmoderne. Les apories théoriques sont insurmontables et condamnent ce projet à une « déviance » sans lendemain.

V

CULTURE ET DROIT

Un regard sur la culture juridique chinoise : l'École des légistes, le confucianisme et la philosophie du droit

Loin de nous l'intention de donner un exposé complet et entier de la culture juridique chinoise ou encore de mesurer toute l'ampleur et la profondeur d'une culture juridique millénaire. Toute personne abordant la culture juridique chinoise est en effet frappée par son étendue, sa complexité et son historicité. L'Occident, qui a longtemps eu tendance à réduire les cultures juridiques extra-occidentales soit à son contraire soit à son semblable, peut maintenant mieux se soucier de l'originalité et de l'authenticité qui s'expriment dans ces cultures. Nous devons au moins reconnaître que notre rencontre avec ces cultures se fait avec un regard qui voit déjà les choses d'une certaine façon, selon des préjugés et des concepts hérités de nos cultures d'origine respectives. Le regard que jette sur la Chine un spectateur occidental descendant le Yang-Tsé-Kiang n'est sûrement pas celui d'un membre de la vie culturelle chinoise.

L'objectif de cet article est d'analyser une partie du socle de la culture juridique chinoise, à savoir le légisme ancien ou l'École des Lois (le *Fa Jia*). Nous voulons examiner le légisme sous l'angle de la philosophie du droit et sur le fond de la conception plutôt antijuridique du confucianisme. En insistant sur le légisme, nous souhaitons apporter une contribution pouvant servir à cerner la complexité de la culture juridique chinoise de même qu'à mettre en lumière une école de pensée largement méconnue dans les milieux juridiques occidentaux et son apport déterminant à la culture juridique chinoise. Dans notre analyse, nous voulons privilégier la contribu-

tion la plus systématique et la plus connue des légistes, à savoir Han Fei et son œuvre[1].

Précisons maintenant notre approche. Nous partons de la constatation de Xu Zhen Zhou selon laquelle :

> Le confucianisme et le légisme constituent les deux sources principales [...] [de la culture juridique chinoise]. Ainsi, nous pouvons dire avec simplicité que le confucianisme et le légisme dominent ensemble la politique chinoise. Le premier est employé dans la propagande, dans l'éducation du peuple, avec pour but de former des sujets modèles et obéissants et d'amortir les conflits sociaux. Le légisme, lui, joue un rôle de répression des révoltes éventuelles, de prévention contre l'usurpation du pouvoir du roi par ceux qui l'ambitionnent et de maintien de l'ordre dans la société. [...] le premier est le masque ; le deuxième, la substance[2].

Xu Zhen Zhou confirme une impression largement partagée par les sinologues occidentaux : la question de droit et de culture juridique en Chine n'est pas réductible au confucianisme. Ces sinologues s'inscrivent en faux contre René David et Camille Jauffret-Spinosi, qui écartent le légisme comme contraire à la mentalité de la majorité des Chinois et identifient, d'une façon assez réductrice, la culture juridique chinoise au seul confucianisme[3]. Car même si le confucianisme a été proclamé officiellement

---

1. Nous utilisons les traductions de Han Fei par Jean Levi dans, *Dangers du discours (Stratégies du pouvoir IV^e et III^e siècle avant J.-C.)*, Aix-en-Provence, Alinea, 1985, p. 21-10 (chapitre 1 intitulé « Han Fei Tseu » [maître Han Fei]) et Burton Watson (dir.), *Han Fei Tzu : Basic Writings*, New York, Columbia University Press, 1964. Nous citons aussi Han Fei en utilisant les traductions françaises faites par Xu Zhen Zhou dans *L'art de la politique chez les légistes chinois*, Paris, Economica, Collection : Travaux du centre d'analyses politiques comparées de Bordeaux n° 2, 1995. Ont aussi été consultés : Wen-Kuei Liao (dir.), *The Complete Works of Han Fei Tzu*, London, 1959, et les traductions partielles de Han Fei que nous trouvons chez : Wen-Kuei Liao (traducteur), « Learned Celebrities. A Criticism of the Confucians and the Moists », Harvard Journal of Asiatic Studies, vol. 3, 1938, p. 161-171 ; E. R. Hughes (dir.), *Chinese Philosophy in Classical Times*, London, Dent and Sons, New York, Duttonm 1942, p. 254-268 ; Wing-Tsit Chan, *A Source Book in Chinese Philosophy*, Princeton, Princeton University Press, 1963, p. 252-261 ; Wm. Theodore de Bary, Wing-tsit Chan et Burton Watson, *Sources of Chinese Tradition*, New York, Columbia University Press, 1969, p. 138-150 ; Arthur Waley, *Three Ways of Thought in Ancient China*, Stanford, Stanford University Press, 1982, p. 184-188.
2. Xu Zhen Zhou, *op. cit.*, note 1, p. 314. Voir aussi Xuefeng Qi, « L'évolution et le nouvel essor de la législation chinoise après l'époque de Mao : ses orientations », (1994) 35 C. de D. p. 941, 943-944.
3. René David et Camille Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, coll : « Précis Dalloz », 10^e édition, Paris, Dalloz, 1992, p. 426.

l'idéologie de l'État chinois et a acquis le statut de religion profane, dominant ainsi, apparemment, les questions de droit pendant deux millénaires, le fait est que le fondement juridique de la culture juridique chinoise se trouve dans la complémentarité du légisme et du confucianisme. Ils représentent ensemble le socle de la culture juridique chinoise. Comme dans la relation entre le *Yin* et le *Yang*, ils se mouvaient, comme nous le verrons, dans une dialectique culturelle entre le *li* (les coutumes anciennes et les rites) des confucianistes et le *fa* (la loi donnée par le roi) des légistes.

Dans un premier temps, nous situerons, historiquement et politiquement, l'École des légistes et son adversaire, le confucianisme. Dans un deuxième temps, nous examinerons la conception de la loi chez les légistes.

Le temps des légistes et des confucianistes

Le socle de la culture juridique, que nous avons identifié dans la complémentarité du confucianisme et du légisme, s'est formé à une époque cruciale et décisive de l'histoire de la Chine. En conséquence, nous situerons d'abord la formation de ces théories dans leurs contextes historiques respectifs et nous verrons surtout comment l'une et l'autre étaient des réponses à une crise politique et sociale déchirant littéralement la société chinoise. Nous examinerons ensuite la réponse des confucianistes et celle des légistes à ces situations de crise. Enfin, nous traiterons de la complémentarité des deux écoles.

1. Quelques repères historiques

L'historiographie chinoise débute vers 4 000 ans av. J.-C. avec le récit d'une succession légendaire de rois sages, qui auraient découvert les éléments fondamentaux de la civilisation et fixé les règles rituelles de la vie quotidienne et politique. Trois dynasties se sont établies par la suite : la dynastie des Xia (du XXI^e^ au XVI^e^ siècle av. J.-C. environ), la dynastie des Shang (du XVI^e^ au XI^e^ siècle av. J.-C. environ) et la dynastie des Zhou (du XI^e^ siècle à l'an 256 av. J.-C.), qui se divise elle-même en deux périodes soit celle des Zhou de l'Ouest (de 1050 à 772 av. J.-C. environ) et celle des Zhou de l'Est (de 771 à 256 av. J.-C. environ). Cette dernière période se divise aussi en deux périodes soit la période du Printemps-Automne (de 770 à 476 av. J.-C. environ) et la période des Royaumes Combattants (de 475 à 221 av. J.-C. environ). Le confucianisme apparaît pendant la période du Printemps-Automne, le légisme surtout pendant celle des Royaumes Combattants.

La chute des Zhou de l'Ouest, en l'an 772 av. J.-C., a été causée par la révolte des notables féodaux. La dynastie des Zhou de l'Est, qui allait prendre la suite, était très affaiblie. Les seigneurs ne respectaient plus l'autorité du roi, lequel était réduit à son rôle religieux d'intermédiaire avec le Ciel. Les anciens domaines féodaux étaient devenus de véritables royaumes indépendants. Aucun de ces seigneurs, ces autres « rois », n'était alors assez fort pour vaincre les autres. Cette période est caractérisée par des guerres civiles à répétition et par l'insécurité économique et sociale.

La dynastie des Qin réussira à faire l'unité chinoise en 221 av. J.-C. et instaurera le premier Empire chinois[4]. Le succès de cette entreprise, de même que son échec, sera attribué au légisme. En fait, les Qin avaient, pendant des siècles, pratiqué la politique légiste dans leur propre royaume (le Qin) avant de réussir à vaincre tous leurs rivaux. Cette politique avait fait du royaume de Qin un pays riche et solidement organisé, grâce à une administration compétente et à une armée très puissante. Cependant, la dynastie des Qin sera de courte durée puisqu'elle sera renversée par des révoltes populaires après avoir durement appliqué les recettes légistes à l'empire entier. Cet échec sera attribué au légisme. D'où le jugement qu'il est un moyen sûr pour gouverner un pays et pour l'enrichir, mais inapte à susciter l'adhésion populaire.

2. Le confucianisme et le *li*

Confucius vécut en Chine de 551 à 479 av. J.-C. sous la dynastie des Zhou de l'Est. Il est le fondateur de la doctrine qui porte maintenant son nom, le confucianisme. Il convient de souligner que le confucianisme est à la fois un courant politique, philosophique et éthique et, dans son sens moderne, une religion rationaliste divinatoire. Pour ce qui est de la loi, le confucianisme croit que celle-ci est secondaire, superflue et ne concerne que des hommes corrompus et sans assises sociales. Pour le confucianisme, c'est la vertu qui doit régner sur tous les plans, tant personnel, politique que social. Cette vertu est symbolisée par le *li* (les rites).

En fait, Confucius voulait réinstaller l'ancien ordre hiérarchique détruit par les guerres civiles. Les sources de cet ordre hiérarchique sont la mythologie des rois anciens et le *li*, associés au système mythique et cosmogonique ancien. Le *li* peut à la fois signifier des rites, des coutumes, des conventions sociales, et résumer la croyance en des modèles de conduites concrètes et affectives entre les personnes. Il existe, selon Confu-

4. Pour une analyse du légisme sous les Qin, voir G. L. Dorsey, *Jurisculture*, vol. 3. « China », New Brunswick (USA), Transaction Publishers, 1993, p. 125-148.

cius, cinq modèles de relations affectives de base : la relation entre seigneur et vassal (ou chef de famille), entre père et fils, entre aîné et cadet, entre mari et femme et, enfin, entre ami et compagnon.

Dans le confucianisme, les relations personnelles et sociales sont basées sur le modèle de l'affection familiale, où la personne supérieure doit aimer la personne inférieure et où celle-ci doit vénérer la première. Les cinq modèles de relations personnelles de base expriment symétriquement des relations hiérarchiques dérivées d'une idéologie pyramidale et patriarcale.

Le confucianisme se caractérise ainsi, sur le plan juridique, en prônant le règne du *li*, autrement dit le règne de l'homme sur l'homme comme moyen de fonder la légalité sur des rapports concrets, affectifs et particuliers. Pour les confucianistes, le problème du gouvernement, de l'administration et même des relations internationales, est uniquement un problème d'*hommes*, plus spécifiquement, un problème de choix, de qualité et de vertu des hommes. Ce qui compte à leurs yeux, c'est la vertu des hommes qui détiennent le pouvoir et la vertu de ceux qui obéissent. Il suffit, selon le confucianisme, d'avoir des hommes vertueux et instruits aux postes de responsabilité pour que règnent l'harmonie et l'ordre dans la société.

La connaissance du *li* nécessite cependant, selon le confucianisme, un bon système éducatif. La connaissance du *li* n'est que fragmentaire, incomplète et incomprise par l'ensemble du peuple. Seul le lettré (l'instruit confucianiste) peut acquérir, par l'ascension des degrés d'instruction éthique, une compréhension « vraie » et complète. Au sommet de cette pyramide se trouvent les sages confucianistes qui détiennent réellement le pouvoir dans la société. C'est cette doctrine qui fait des lettrés confucianistes les « bureaucrates célestes » qui gouverneront sur la Chine pendant des millénaires. Cependant, la doctrine qui a mis en marche la bureaucratie chinoise n'était pas confucianiste, mais légiste.

3. Le légisme antique

Le légisme se situe surtout dans la dernière période des Royaumes Combattants, qui est considérée comme la période classique du légisme. Il devient ensuite doctrine d'État dans la courte dynastie des Qin (221 à 207 av. J.-C.), se prolonge dans la première période de la dynastie des Han (206 av. J.-C. à 220 après J.-C.), pour s'effacer en tant qu'école de pensée devant la montée du confucianisme au début du premier siècle après J.-C. Les plus connus des légistes sont sans aucun doute Han Fei (environ 280 à

233 av. J.-C.) et Shang Yang (mort en 338 av. J.-C)[5]. Parmi les autres légistes connus, citons Li Kui, Shen Dao et Shen Bu Haiu[6].

Les légistes étaient presque tous des hauts fonctionnaires ou des magistrats des différents royaumes. Leurs idées et leurs stratégies étaient élaborées dans l'intention de servir aux seigneurs et aux rois comme recette de gouvernement. Le légisme n'était pas une école de pensée créée par un fondateur ou organisée autour d'une philosophie systématique. L'expression « légisme » (*Fa Jia*) fait référence à la traduction des mots chinois *fa*, « la loi », et *jia*, « école de pensée ». Ce qui caractérise en fait tous les légistes, c'est le désir de revaloriser la loi et de faire de la loi le centre névralgique de l'ordre social. Les légistes étaient un groupe d'hommes de terrain, prônant la primauté de la loi en opposition et en contradiction avec les anciens rites hiérarchiques du *li* des confucianistes. En fait, cette opposition au *li* et au confucianisme faisait, dans une certaine mesure, leur unité.

Le légisme exprime le diagnostic établi par de hauts fonctionnaires de différents États à l'égard de la crise de la société chinoise. Ils observent que l'essor démographique a créé la famine, que la multiplication des principautés a engendré la guerre et que la corruption a détruit le pouvoir. Forts de ces constatations, les légistes décident de mettre en œuvre des moyens pour atteindre la forme de société souhaitée. C'est cette décision qui les a amenés à étudier la question de la loi comme moyen susceptible de faire régner un ordre social stable et sûr. L'essence du légisme est, sur ce plan, une idéologie de l'administration. Il leur faut instaurer une administration qualifiée et dévouée à l'intérêt du roi, administration qui, en remplaçant l'ancien système féodal source de guerre et de convoitise, peut assurer la cohérence sociale et légale. La politique légiste abolit donc, pendant la dynastie de Qin, l'ancien ordre féodal au profit d'une administration hiérarchique fonctionnant selon des lois et des ordres écrits, également applicables à tous.

---

5. Sur le légisme, voir : Jean Levi, *Les fonctionnaires divins. Politique, despotisme et mystique en Chine ancienne*, Paris, Seuil, 1989, p. 89-146 ; Marcel Granet, *La pensée chinoise*, Paris, La renaissance du livre, 1934, p. 457-471 ; Joseph Needham, *Science and Civilisation in China. Volume 2. History of Scientific Thought*, Cambridge, Cambridge University Press, 1962, p. 204-215, compare p. 518 -584 ; Herrlee G. Creel, *Chinese Thought from Confucius to Mao Tsê-tung*, Chicago, Chicago University Press, 1953, p. 135-158 ; Fung Yu-Lan, *History of Chinese Philosophy. Vol. 1. The Periode of the Philosophers*, Princeton, Princeton University Press, 1952, p. 312-336 ; Benjamin I. Schwartz, *The World of Thought in Ancient China*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1985, p. 321-349.

6. *Cf.* Xu Zhen Zhou, *op. cit.*, note 1, p. 87-101

Les légistes cherchaient ainsi à instaurer une mentalité nouvelle en rupture avec les usages aristocratiques archaïques chers aux confucianistes. Ils cherchaient à inculquer une mentalité pratique, pouvant prendre en charge la réalité politique et sociale concrète, c'est-à-dire nullement comme crise éthique, ainsi que l'analysaient les confucianistes, mais en tant que déstructuration politique et sociale empiriquement constatable. Le légisme était ainsi le champion du changement politique et social profond de son temps.

En tant qu'école de pensée, le légisme sera éclipsé par le confucianisme. La mainmise du confucianisme sur la société chinoise pendant la dynastie Han est accompagnée du déclin du légisme. L'empereur Wu, de la Dynastie des Han de l'Ouest, accepta sur le conseil des confucianistes, particulièrement Tong Tchong-Chou (104-179), d'interdire toutes les autres doctrines philosophiques et politiques rivales pour que le confucianisme soit la seule respectée, la seule enseignée et la seule propagée par l'État. Le confucianisme en tant qu'idéologie d'État servait, par conséquent, à la préparation des concours impériaux de recrutement pour l'administration publique et surtout pour la magistrature.

Nous ne trouvons pas de successeurs aux légistes sur le plan de la théorie de la loi après l'interdiction faite par l'empereur Wu. Ce qui ne veut pas dire pour autant que le légisme disparaît, mais qu'il s'établit un compromis pratique entre le confucianisme et le légisme.

4. La complémentarité entre confucianisme et légisme

Si le confucianisme gagne pratiquement la lutte contre le légisme, c'est une victoire qui, fonctionnellement, annonce un partage de compétence[7]. Le confucianisme se voit investi du *li* comme éthique sociale, et le légisme du *fa* comme moyen d'administration, de contrôle et de répression. Nous pouvons à ce sujet évoquer deux raisons.

D'abord, le système du *li* présuppose une relation concrète et particulière entre les personnes, une proximité qui correspond à celle de l'ancien système de féodalité aboli par la politique légiste. Il présuppose aussi une proximité de l'ordre de l'oralité, qui n'existait plus à partir des Han, dès lors qu'il s'est agi de gouverner un pays aussi vaste que l'Europe, où l'administration devait fonctionner sur la base de lois et d'ordres écrits. Il relève aussi d'une conception de l'ordre naturel-culturel et ne peut jamais

7. Voir, Max Kaltenmark, *La philosophie chinoise*, coll. « Que sais-je », n° 707, 3e édition, Paris, PUF, 1987, p. 58 : Comme Kaltenmark le remarque : « L'influence de l'école [légiste] ne disparut toutefois pas entièrement, son esprit se retrouve dans toute l'histoire du droit chinois qui resta essentiellement un droit pénal ».

être objet d'un acte de volonté. En fait, le résultat de la politique légiste fut, historiquement parlant, la naissance d'un État unifié et d'une administration capable de gouverner tout le pays. Les confucianistes n'ont jamais contesté ni l'un ni l'autre, mais ont repris cette nouvelle donnée et, surtout, ont accordé le monopole de tous les postes, autant supérieurs qu'inférieurs, aux lettrés confucianistes.

Comme le confucianisme ne donnait pas de recettes de gouvernement adaptées à l'immensité de l'Empire, le légisme fut adopté comme politique non avouée pour gouverner la Chine. Les lettrés confucianistes ont très vite découvert que gouverner un pays n'était pas une question d'éthique et que les crises de cette société ne se résolvaient pas en faisant appel à la vertu. En fait, les lettrés confucianistes étaient obligés d'administrer un pays complexe comportant différents peuples aux coutumes différentes. Ils étaient obligés de gérer des crises, des famines, des invasions, des rébellions, des catastrophes naturelles, de construire des villes, des canaux, etc. Le moyen administratif pour accomplir tout cela leur était fourni par le légisme : le droit bureaucratique, droit qu'il convient maintenant d'étudier.

L'école du *Fa* et la loi du roi

Cette petite incursion dans l'histoire nous a permis de voir que le mot clé du légisme est le *fa* (la loi). C'est par la loi (*fa*) que les légistes voulaient instaurer un ordre social stable et sûr. C'est par la loi qu'ils voulaient réformer la société et par elle que le souverain devait régner. C'est la loi qui est, comme l'indique le nom de leur école, le centre de leur univers. Ce qui nous amène à étudier la signification légiste de la loi, qui est à l'antipode de la conception occidentale. Le droit bureaucratique est un droit hiérarchique d'administration, de contrôle et de châtiment.

Nous examinerons d'abord l'idée de la loi chez les légistes. Ensuite, nous analyserons la loi comme technique de pouvoir, puis nous réfléchirons sur l'efficacité de la loi et évoquerons ensuite le système de *wou wei* légiste. En dernier lieu, nous ferons brièvement quelques réflexions pour tenter de caractériser la culture juridique chinoise sur son versant de *fa*.

1. L'idée de Loi chez les légistes

La pierre angulaire de la philosophie des légistes est leur idée de la loi. Il convient de souligner ses traits caractéristiques. Le légisme ne donne jamais une définition rationnelle ou conceptuelle de la loi, mais cherche à saisir sa physionomie par des images, des métaphores et des symboles évoquant de prétendues « réalités » sociologiques et historiques. Nous insiste-

rons sur quatre traits qui nous semblent primordiaux afin de saisir la loi en tant que représentation concrète du pouvoir du roi. Avant de les aborder, nous devons d'abord rappeler un fait culturel permettant de comprendre cette façon de penser qui, loin de toute conceptualisation occidentale, tente de « peindre » la loi en faisant référence à la réalité. Nous emploierons l'expression « hyperréalisme de la pensée chinoise » pour référer à ce fait culturel.

Il est courant, dans la culture juridique occidentale, de faire une distinction entre le mot « loi » lui-même et la fonction ou le rôle institutionnel attribué à ce mot dans le domaine juridique. Les acteurs du droit, comme les vocables juridiques, portent dans la culture juridique occidentale le « masque » d'une représentation abstraite[8]. La culture juridique chinoise, par contre, prône un hyperréalisme où une telle distinction est impensable. Ainsi, l'individu concret et empirique se trouve derrière tout mot ou tout rôle. Il n'en est pas autrement avec le mot « loi ». Il sera donc inutile et futile, dans cette culture juridique, de construire le concept de loi selon une logique occidentale faisant référence à la justice de la cité, à la volonté générale, à l'autolégislation de la volonté de tous, ou à d'autres constructions abstraites. La culture chinoise, dans son hyperréalisme, demande toujours à savoir qui est « derrière » les mots. En fait, ce que nous voyons à l'œuvre dans la culture chinoise, c'est la transition d'une cosmogonie initiale à un hyperréalisme la prolongeant dans une question unique : qui est ton maître ? Cette question désigne le roi comme le maître concret et empirique de la loi.

Si le confucianisme et le légisme partagent cet hyperréalisme et le référent cosmogonique et divinatoire qui le fonde, ces deux écoles divergent quant à la notion du roi comme maître souverain.

Le confucianisme a repris l'idée traditionnelle selon laquelle le détenteur du pouvoir est désigné par le Tian Ming, c'est à dire qu'il reçoit de ce dernier le Mandat céleste. C'est le Ciel, gouverneur suprême de l'univers, qui est censé le choisir et lui attribuer le pouvoir pour appliquer sa volonté sur terre. C'est aussi selon cette tradition que l'on a désigné des empereurs comme Tian Zi, fils du Ciel. Pour s'en rendre digne et pour le rester, celui qui se voit investi du Mandat céleste doit se soumettre au processus continu de perfectionnement de ses qualités personnelles de bonté, de bienveillance, d'indulgence, etc. Bien entendu, ce perfectionnement sera

8. Voir, Jean-Marc Trigeaud, *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, coll. « Bibliothèque de philosophie comparée. Philosophie du droit », vol. 11, Bordeaux, Éditions Biere,1995, ou du même auteur, *Persona ou la justice au double visage*, coll. « Biblioteca di filosophia oggi », vol. 1, Genova, Studio Editoriale di Cultura, 1990.

dispensé pas des lettrés confucianistes. Dans la conception confucianiste de la loi comme expression de la volonté personnelle du souverain, s'expriment les qualités tout à fait concrètes de bonté, de bienveillance et d'indulgence de la personne du roi à l'égard de ses sujets. Ce qui n'empêche pas le concept de loi, pour des raisons que nous avons évoquées plus tôt d'être secondaire et vil.

Pour les légistes, par contre, la souveraineté s'exprimant dans l'idée de loi est une construction rationnelle créée par les hommes pour les hommes. La naissance du pouvoir politique représentait pour les légistes quelque chose de concret, quelque chose d'empirique[9]. Prenant l'exemple des rois légendaires de la Chine archaïque, ils s'efforçaient de démontrer que la création du pouvoir exigeait un effort unilatéral et empirique, du seul fait qu'une personne se faisait roi. Le peuple restait complètement passif dans ce processus, sauf en apportant la légitimité au roi et en acceptant son pouvoir. Il était donc possible de conclure que l'acte fondateur de la société politique résidait dans la force ou l'habilité du roi. Ce qui signifie que la loi n'est que l'expression de la force et de l'habilité du roi.

Bien que le confucianisme et le légisme se concentrent sur la personne censée être « derrière » le concept de loi, et même si les deux préconisent l'omnipotence du roi, le légisme exprime avant tout un réalisme sociologique et empirique. Là où le confucianisme demande au souverain de se perfectionner, le légisme demande au souverain de « chevaucher le vent » en tant que maître incontestable du pays et de l'ordre social.

La première caractéristique de la loi chez les légistes peut maintenant être évoquée : la loi est absolue. Il n'y a rien qui puisse l'égaler (surtout pas le *li* confucianiste) et il n'y a rien qui puisse servir à la contester. Même le roi qui fait la loi est, comme nous le verrons, soumis à celle-ci. La loi est le signe du pouvoir et de l'habilité du roi. Elle est la marque de l'omnipotence du roi.

Un côté de cet absolutisme de la loi concerne le roi lui-même et sa façon de régner par la loi. Dans le légisme, la loi se substitue au règne personnel du roi. En fait, le roi abandonne sa volonté personnelle au profit de la loi :

> [...] la loi sert d'arme au roi pour gouverner le pays et réprimer les malintentionnés [...] Sa volonté personnelle, au contraire, entrave la bonne administration. Donc, quand la loi est appliquée, le pays est bien gouverné. Quand la volonté personnelle du roi l'emporte, le pays se trouve en désordre[10].

---

9. Voir, Fung Yu-Lan, op.cit., note 5, p. 315. Fung Yu-Lan cite Shang Yang (*Livre du Seigneur Yang*) ; voir Jean Levi, *Dangers du discours*, op. cit, note 1, p. 119-125.
10. Guan Zi, cité chez Xu Zhen Zhou, *op. cit.*, note 1, p. 263.

Le roi laisse travailler la loi à sa place. L'absolutisme de la loi signifie le retrait du roi en tant qu'individu.

L'idée des légistes est que le gouvernement par la loi est supérieur et préférable au gouvernement par les hommes préconisé par le confucianisme. Le règne de la loi évite les préjugés, les incertitudes et surtout que la volonté du roi soit dictée par ses seuls sentiments ou par son entourage.

Pour les légistes, la loi sert à administrer le pays, à traiter rapidement, facilement et surtout efficacement tous les problèmes en fonction de l'habilité et du pouvoir absolu du roi tels qu'exprimés par la loi.

La deuxième caractéristique est que la législation doit prendre en considération des circonstances historiques, naturelles et humaines. L'idée de loi exprime, de cette façon, un enracinement « sociographique » de première importance. Ce qui fait des légistes, et surtout de Han Fei, les premiers sociologues du droit.

Comme la loi n'est pas faite pour exprimer la vertu (comme dans le confucianisme) mais pour régner, pour vaincre les résistances et pour accroître le pouvoir du roi, les légistes préconisent que le souverain, avant d'arrêter sa volonté par la loi, prenne le pouls de la population, de la réalité. En tant que doctrine réformatrice prônant des changement économiques, politiques et sociaux majeurs, le légisme voit bien que la loi doit avoir un enracinement concret et réaliste dans les situations :

> Ceux qui ont l'intention de bien gouverner le pays, doivent d'abord observer la vie politique et l'administration et connaître les coutumes des citoyens. Il faut chercher les causes de la stabilité et des révoltes, étudier les expériences de réussite et d'échec, avant d'entreprendre le processus législatif[11].

Ce que prône le légisme, c'est une analyse objective de la situation réelle d'un pays à un moment donné de son histoire. Le légisme présuppose une méthode d'observation sociologique réfléchie en vue de prendre le pouls de la réalité et de faire, par le biais de la loi, des expériences sociales directement sur le corps social. La loi n'a donc rien d'immuable, mais doit au contraire, pour que le pays soit bien gouverné, changer quand les situations changent. Elle doit épouser les formes de la réalité. En fait, les légistes conçoivent la loi comme le reflet des changements du pays.

La troisième caractéristique est l'égalité. L'absolutisme de la loi nécessite, selon les légistes, que tous soient également soumis à la loi. Le légisme prône l'égalité à l'égard de la loi. Personne n'est au-dessus de la loi : ni le roi, ni les cours de justice, ni les nobles, ni les lettrés. Il n'y a

11. *Id.*, p. 257.

aucun privilège ni même d'exception à la loi. Il s'agit d'une pensée révolutionnaire pour l'époque et qui s'inscrit, encore une fois, en faux par rapport au confucianisme. Comme le dit le *Guan Zi*, « la loi est la règle unique pour le monde entier[12] ». À noter qu'il s'agit ici d'une révolution dans la culture chinoise.

L'objectif du paradigme légiste de l'égalité n'était sûrement pas de valoriser l'égalité normative, comme le fait la culture juridique occidentale, mais de supprimer tous les privilèges sociaux traditionnels, de même que les inégalités qui pouvaient porter atteinte au roi et à la loi. Nous pouvons remarquer que l'égalité en question était hiérarchiquement fondée. Les citoyens sont égaux aux yeux de la loi, contrairement à la culture juridique occidentale où l'individu se présente égal devant la loi. Selon les légistes, le traitement que la loi prévoit est le même pour tous, mais on ne reconnaît pas une égalité initiale et essentielle attribuée à l'homme, comme dans la culture juridique occidentale. Mentionnons qu'une des premières manifestations de la réaction confucianistes après l'éviction des légistes sous les Han fut la restauration des anciens privilèges et immunités juridiques au bénéfice des classes supérieures[13].

L'idée de la loi qui se concrétise dans ces trois caractéristiques peut se résumer en un désir de remplacer le gouvernement des hommes par le règne de la loi. Le légisme propose ainsi une révolution de la pensée juridique chinoise. Un occidental moderne aurait pu escompter que le légisme inaugure une modernisation ou une rationalisation égalisatrice, comme celle intervenue dans la société occidentale. Mais ce jugement n'aurait pas tenu compte de l'hyperréalisme de la pensée chinoise.

L'idée de la loi des légistes n'est simplement pas fondée, comme dans la culture juridique occidentale, sur la base d'une transcendance, mais sur la base d'une relation où le souverain impose sa volonté à ses sujets. L'hyperréalisme légiste introduit, en effet, l'idée de loi dans une logique tout à fait particulière, où la loi est un élément même de la réalité. La loi ne peut pas, comme dans la culture occidentale, évoquer l'idée d'un réservoir symbolique et normatif dépassant l'homme et le pouvoir, mais uniquement l'attribution factuelle du pouvoir aux détenteurs de l'autorité.

Les conséquences de cette façon de voir peuvent être étudiées en examinant la loi comme technique de pouvoir.

---

12. *Ibid.*
13. Voir, P. M. Chan, *Law and Justice. The Legal System in China 2400 B.C. to 1960 A.D.*, New York, Dunellen, 1973, p. 35-37.

2. La loi comme technique de pouvoir

En tant que hauts fonctionnaires ou conseillers d'État, les légistes expliquent avec éloquence l'importance du pouvoir pour le roi : ce qui fait du roi un dominant n'est ni son intelligence, ni sa lignée familiale, ni sa moralité supérieure, mais seulement le pouvoir et l'habilité par lesquels il réussit à imposer sa volonté. Il faut donc savoir comment sauvegarder le pouvoir, le renforcer et le mettre à l'abri de l'usurpation. Il s'agit ici de l'art du roi (le *shu* [14]) que nous examinerons en tant qu'art concevant la loi comme composante technique du pouvoir. Nous décrirons d'abord la relation entre la loi et les fonctionnaires, puis la relation entre la loi et les citoyens, ces deux relations ne référant qu'à l'absolutisme de la loi.

Examinons donc la relation entre la loi et les fonctionnaires (comprenant les magistrats). Les légistes, hauts fonctionnaires et ministres avaient une connaissance intime et détaillée des affaires administratives. Leur sens pratique se manifestait aussi dans l'élaboration d'un système administratif très développé, visant à s'assurer que la loi puisse servir au pouvoir royal pour gouverner le pays adéquatement. L'idée fondamentale est que le fonctionnaire ne doit pas porter ombrage à l'omnipotence de la loi, qu'il n'est qu'un serviteur, qu'un engrenage dans une machine.

Nous avons déjà mentionné que les légistes considéraient la loi comme absolue, comme principe de pouvoir ne pouvant être contré ou divisé qu'au risque d'être détruit ou usurpé. En effet, selon le *Guan Zi* :

> [...] s'il y a deux rois, le pays ne fonctionne pas normalement. S'il y a deux chef dans une famille, cette famille se trouve en désordre. Quand le pouvoir n'est pas suffisamment concentré, les gens ne respectent plus les ordres du roi[15].

Il faut donc que le pouvoir du roi et la loi, comme expression de son commandement, soient un tout unique et incontestable, qu'il n'existe rien ni personne qui puisse porter ombrage à la loi, surtout pas un fonctionnaire.

Même si le roi règne par la loi, il a besoin de fonctionnaires pour la rendre efficace. Les légistes préconisent par conséquent que le roi délègue des pouvoirs aux fonctionnaires pour appliquer la loi. Mais pour exclure toute possibilité d'usurpation du pouvoir du roi et de la loi, les légistes recommandent certaines précautions.

Comme le roi gouverne par la loi, ses fonctionnaires doivent faire de même. Selon la logique légiste, ils ne doivent pas « faire à leur guise » : il ne doivent pas substituer leur propre jugement à la loi mais l'appliquer

14. Voir, Xu Zhen Zhou, *op. cit.*, note 1, p. 311.
15. *Id.*, p. 283.

strictement. Celle-ci doit donc être cohérente avec la stratégie de pouvoir des légistes pour que ce soit vraiment la loi qui soit appliquée et non pas des jugements personnels. Les initiatives personnelles doivent être sévèrement réprimées. Le *Guan Zi* l'affirme comme suit :

> [...] quand la loi est cohérente, elle devient un ensemble de règles uniques, suivies par les fonctionnaires. Quand la loi est claire, les fonctionnaires peuvent ajuster leur action sur elle. Sinon, ils la méprisent et font à leur guise [...] La crise du pays commence par là[16].

La loi doit aussi être claire et détaillée. Han Fei le dit de cette façon :

> [...] quand les textes sont moins précis, les gens se disputent. Quand la loi est abstraite et ambiguë, les gens doutent des jugements. C'est ainsi que les textes classiques sont détaillés et la loi du roi sage toujours précise[17].

La loi, comme technique de pouvoir, doit aussi être publiée pour que tout le monde puisse contrôler et vérifier son application. Selon Han Fei, « [...] la loi est inscrite dans le code civil, expliquée par le gouvernement et publiée pour le peuple[18] ». Aussi :

> [...] les lois doivent être réunies et affichées sous forme de tableaux [...] exposés dans tous les offices administratifs, elles doivent être rendues publiques dans l'ensemble du peuple [...] Il y a loi lorsque les décrets ont été affichés et que les châtiments et les peines paraissent inévitables à tous les esprits. Les récompenses sont attachées à l'observation respectueuse des lois et les peines à leur violation[19].

Certes, la loi doit être publiée pour avertir le peuple de ce qui l'attend s'il porte atteinte à la loi, mais aussi pour pouvoir contrôler les fonctionnaires dans leur travail.

C'est aussi son caractère public qui la rend obligatoire. Il s'agit là d'une position entièrement moderne, qui contraste avec la possibilité pour le sage confucianiste de découvrir (de créer artificiellement) de nouvelles dispositions légales.

Cette dimension de la loi considérée comme technique de pouvoir se résume, comme nous l'avons mentionné plus tôt, en la construction d'un système administratif hiérarchisé, détaillé et fonctionnel. Si on le compare avec les systèmes administratifs européens de la même époque, force est de constater que le système chinois était redoutable dans son efficacité. Signalons uniquement la question du choix des fonctionnaires, telle que

16. *Id.*, p. 264.
17. *Id.*, p. 266.
18. *Id.*, p. 274.
19. Han Fei, cité par M. Granet, op. cit., note 5, p. 465.

l'envisagent les légistes. Ces derniers considéraient que la sélection des fonctionnaires devait se faire à partir de la base, dans les provinces, en favorisant l'acquisition d'une expérience pratique. Les fonctionnaires, comme les généraux de l'armée, devaient commencer au bas de l'échelle et n'obtenir de promotion qu'au mérite. En fait, les légistes préféraient un système fondé sur le mérite au système des lettrés confucianistes. Il va sans dire que le caractère révolutionnaire qui se cache derrière ce projet légiste représente une des occasions ratées pour la culture chinoise.

La deuxième dimension de la loi en tant que technique de pouvoir concerne la relation entre la loi et le peuple. Comme ce dernier peut représenter une menace pour la loi ou, du moins, lui porter ombrage, il est tout à fait conforme à l'esprit des légistes d'observer que la loi doit d'abord « vaincre » le peuple.

> Tous les anciens rois qui réussirent à vaincre le monde avaient vaincu d'abord leurs peuples ; ceux qui réussissent à triompher de leurs ennemis ont d'abord triomphé de leurs sujets. Le point crucial pour vaincre le peuple consiste à le dissuader[20].

La loi est faite par le roi et elle exprime sa volonté. Le roi n'a donc besoin ni de raisons ni du consentement du peuple. Il est important de remarquer comment le texte écarte toute possibilité de convaincre, en privilégiant la notion stratégique de vaincre et de triompher. En fait, le roi et la loi doivent vaincre le peuple selon une perspective militaire de soumission et de défaite. Pour que la loi soit tout, le peuple doit n'être rien.

Cette volonté de vaincre le peuple s'accompagne chez les légistes d'une volonté de nivellement social. Selon eux, seules la guerre et l'agriculture doivent être encouragées, ce qui entraîne la possibilité de supprimer ou d'éliminer les classes « dangereuses » aux yeux des légistes : les commerçants, les artisans (de produits de luxe), les ermites, les intellectuels, les enseignants, les moralistes, les philanthropes et autres groupes du genre[21]. Il s'agit, pour les légistes, de classes inutiles, dangereuses et susceptibles, par leur richesse ou leurs idées, de porter atteinte à la suprématie de la loi.

Les légistes considèrent la loi comme la seule idéologie acceptable et permise dans la société. Le *Shen Zi* l'exprime de cette façon :

> La loi doit être la règle stable de l'administration du pays. Par conséquent, il est défendu aux sophistes de préconiser ce que la loi interdit aux fonctionnaires et aux intellectuels d'accomplir des exploits et de fonder leur réputation en dehors de la loi[22].

---

20. Shang Yang, cité chez Xu Zhen Zhou, *op. cit.*, note 1, p. 268.
21. A. Waley, *op. cit.*, note 1, p. 170-176.
22. Shen Zi, cité chez Xu Shen Shou, *op. cit.*, note 1, p. 264.

Plus significative encore est l'opinion que la loi comme idéologie officielle exprime la « vérité » pour les individus. Comme le dit Han Fei :

> [...] dans le pays du roi sage, les livres n'existent pas, la loi fait fonction de texte officiel pour éduquer les masses. Il n'y a pas de citations de paroles de rois anciens pour servir à l'instruction ; les fonctionnaires tiennent lieu de professeurs au peuple. Les duels sont interdits ; on n'obtient la gloire que sur les champs de batailles. C'est ainsi que les paroles et les comportements de tous les citoyens se conforment à la loi[23].

Il n'y a pas de vérité en dehors de la loi, tel est le message des légistes. La loi, c'est la vérité du pays. Il s'ensuit que la vérité est artificielle, créée par les hommes, mais surtout que la question de l'autorité se conjugue avec les critères de jugement juridique, scientifique et social.

Nous sommes ici devant l'un des aspects les plus importants de la culture juridique chinoise, voire de la culture chinoise. Car le paradigme selon lequel la loi et le roi derrière la loi décident en toute quiétude de la « vérité » a des conséquences énormes. Ce paradigme a largement condamné la culture chinoise à une culture mimétique où l'innovation devient suspecte.

L'intérêt de cette façon de concevoir la loi comme une technique de pouvoir est que la loi est pensée et intellectualisée dans une perspective stratégique. La loi est un pion utilisé d'une façon stratégique pour vaincre sans qu'il n'y ait de bataille. Il s'agit ici d'un des aspects particuliers de la culture chinoise qui, en pensant la « guerre », la supprime dans une pensée stratégique où la victoire est déjà assurée par la position des pions.

3. L'efficacité de la loi selon les légistes

Analysons maintenant la question de l'efficacité de la loi. Le roi possède donc, selon les légistes, deux instruments pour que se réalisent ses desseins politiques : la récompense et le châtiment. Pour analyser ces instruments, nous devons d'abord faire, hyperréalisme légiste oblige, une incursion dans la question de la nature de l'homme ou, pour éviter la métaphysique occidentale, la question de la motivation empirique ou « béhavioriste » de l'homme[24].

Débutons une fois de plus avec le confucianisme. Le confucianisme classique enseigne que l'homme est naturellement bon. Si parfois des gens

23. *Id.*, p. 255.

24. Voir, Benjamin I. Schwartz, *op. cit.*, note 5, p. 321 qui désigne tout le légisme comme « The Behavioriste Science » et Fung Yu-Lan, *op. cit.*, note 5, p. 327-330, qui donne les citations principales de Han Fei sur cette question.

n'ont pas un comportement correct, le confucianisme enseigne que c'est parce qu'ils ont perdu leur bonne nature sous la mauvaise influence de la société. La société corrompt l'homme, selon le confucianisme classique. Pour cette raison, le perfectionnement (l'éducation éthique) convient à tous pour leur rappeler leur nature perdue et réformer leurs défauts.

Pour les légistes, le paradigme de l'égale bonté de l'homme représente un piège à éviter, un piège justifiant l'inégalité devant la loi. De même, en justifiant le processus de perfectionnement éthique des personnes, il porte ombrage au pouvoir absolu du roi, puisqu'il se substitue à la loi comme expression de l'ordre social. L'intention des légistes, en insistant sur « l'intéressement », sur l'intérêt concret et empirique de chaque personne, est de chercher à justifier l'égalité devant la loi, de même qu'à assurer le rôle concret et pédagogique de la loi. L'efficacité réfère ainsi dans le légisme à l'effet pédagogique de la loi, qui incite à se soumettre à l'autorité sans condition et sans réserve.

Selon les légistes, l'homme tel que l'on peut l'observer empiriquement est soumis à ses intérêts, à ses « appétits ». La possibilité de créer légalement une sphère socialisée lui permettant de vivre en paix avec ses semblables nécessite, par conséquent, que le souverain prenne conscience de ce fait et l'utilise dans la loi pour s'assurer de son efficacité.

La motivation sociale de l'homme est, selon le légisme, concrète et empirique. Le légisme ne rejette pas l'altruisme, l'amour ou la solidarité, mais souligne que de tels actes sont individuels, isolés et surtout sujets aux vicissitudes des sentiments irraisonnés. L'intérêt prime donc par sa généralité, ce que Han Fei exprime de cette façon :

> [...] quand un garçon est né, ils [les parents] se félicitent. Quand une fille est née, ils la tuent parfois. La différence de cette différence d'attitude vient d'une considération, d'un calcul d'intérêts à long terme. Ainsi, même les parents traitent leurs enfants en calculant leurs intérêts, alors peut-on agir autrement quand il n'y a pas de liens de parenté[25] ?

L'intérêt représente quelque chose de concret et de stable dans l'ordre social.

> La relation entre le fils et la mère est l'amour, mais celle entre le roi et ses sujets concerne le calcul des intérêts. Alors que même une mère n'arrivera jamais à diriger sa famille seulement avec de l'amour, peut-on espérer que le roi puisse gouverner son pays uniquement par l'indulgence ? [...] Ceux qui assurent le pouvoir du roi n'ont rien à faire de la bonté et la bienveillance [...] Par contre, ces qualités le détruiront tout autant que la cruauté[26].

25. Cité chez Xu Zhen Zhou, *op. cit.*, note 1, p. 278.
26. *Id.*, p. 255-256.

Il faut souligner qu'il n'est pas question d'intérêts communs ou d'une quelconque docte combinaison d'intérêts publics et privés, mais uniquement et cruellement d'un hyperréalisme attestant que la motivation du roi n'a rien à voir avec celle du peuple. C'est le roi qui fait le calcul des intérêts selon ses desseins, insondables pour le peuple. Quant aux intérêts du peuple, ils sont matériels, palpables et concrets. Le peuple veut du pain, des maisons et d'autres choses du même genre et le roi peut les leur donner pourvu que ce soit à son avantage. Il faut ainsi que le peuple reste toujours sur sa faim.

Nous pouvons dire que ce système de calculs d'intérêts se résume à un utilitarisme poussé à l'extrême. Comme dans l'utilitarisme de Bentham et de Mill, il s'agit d'un utilitarisme ouvertement immoral et non éthique. Toutefois, cette forme d'utilitarisme est plus perfectionnée et empirique que l'utilitarisme occidental développé par Bentham et Mill en ce qu'elle n'invoque pas de fondements ontologiques quelconques, prétendument scientifiques, mais se réalise dans l'exploitation directe, à la fois draconienne et subtile, de la psychologie individuelle.

Sur la base de cette conception « béhavioriste » de la psychologie humaine, il n'est pas étonnant de constater que le roi doive appliquer la loi à l'homme selon des paramètres qui lui correspondent, à savoir une logique de récompense et de châtiment.

Les récompenses représentent une faible portion du système légiste. Elles visent avant tout la construction d'une administration centralisée et le contrôle des fonctionnaires. Les fonctionnaires ne doivent recevoir comme récompenses (salaire, gratification et honneur) que celles octroyées par le roi, ce qui concorde parfaitement avec le rôle des légistes comme organisateurs d'une administration au seul service du roi.

Plus largement, la notion de récompense est en parfaite harmonie avec la vision stratégique des légistes, voulant que le peuple canalise ses forces dans l'agriculture et la guerre afin de renforcer le pouvoir du roi. Écoutons Shang Yang à ce sujet :

> Ainsi, ceux qui gouvernent habilement le pays, fixent une seule voie aux citoyens pour leur carrière (à savoir l'agriculture et la guerre) [...] Quand les citoyens verrons que la récompense du roi ne vient que par cette voie, ils la suivront[27].

Personne ne pourra devenir riche, obtenir un poste dans la fonction publique, acquérir l'honneur ou la renommée que s'il l'obtient à titre de récompense du roi. C'est le roi seul qui doit distribuer ces récompenses, et

27. *Id.*, p. 231.

on ne peut les obtenir que par lui. C'est par le roi que tout s'obtient et non pas à la suite d'une évaluation publique ou faite par des pairs. Une telle évaluation devient même néfaste dans ce système et doit être combattue.

Tandis que les récompenses ne concernent que la politique et les stratégies du roi, les peines et les châtiments ont, quant à eux, une étendue encore plus large. Ils sont l'essence même de l'obéissance de tous à la volonté d'une seule personne. Le légisme rejoint ici le confucianisme juridique, en qualifiant la loi par le châtiment, ce qui semble d'ailleurs avoir eu pour effet d'identifier la loi au châtiment pénal dans la culture chinoise[28]. Quoi qu'il en soit,

> [...] le peuple craint la loi sévère et la sanction impitoyable. Ainsi, le roi sage impose ce qu'il craint afin de prévenir les crimes, de sortes que le pays se trouve stable et en ordre. Je m'aperçois donc que la bonté et l'indulgence ne sont guère utiles et que la loi est seule capable de gouverner le pays[29].

Il est important de souligner que la menace de châtiment dépend exclusivement de la loi. Comme celle-ci exprime un unique souci d'efficacité, il n'y a nul besoin de contrepoids tel la culpabilité ou la circonscription logique du crime, comme c'est le cas dans la culture occidentale. Dans la logique légiste, la transgression est factuelle et non normative à l'égard de la loi. En fait, seule compte l'efficacité de la loi, qui se mesure à l'obéissance absolue et sans réserve du peuple. Une conséquence de cette constatation est que la crainte et la peur doivent, selon le légisme, être omniprésentes pour motiver les individus.

Dans une perspective occidentale, les légistes privilégient une doctrine de prévention générale, où la personne n'a pas d'importance. Ce qui compte, c'est l'effet que le châtiment exemplaire peut avoir sur la population. La punition doit inspirer la crainte et la frayeur pour motiver même le plus endurci des hommes. Le légisme privilégie des peines extrêmement sévères, pouvant même être jugées, selon la culture juridique occidentale, d'une cruauté inhumaine : torture, mutilation, décapitation pour ne citer que quelques exemples. Certes, le légisme n'a pas inventé ces formes de punition puisqu'elles existaient dans la culture juridique chinoise antérieure, mais il leur attribue une légitimité à l'intérieur même de l'idée de la loi, ce qui a eu comme conséquence de les pérenniser.

---

28. Rappelant que les premières lois de l'Occident, comme celles de Hammurabi ou de Rome, règlent toutes des affaires « privées », comme des transactions commerciales, etc. La loi réglant les affaires « publiques » est, généralement parlant, un phénomène juridique moderne dans la culture juridique occidentale.
29. Han Fei, cité chez Xu Zhen Zhou, *op. cit.*, note 1, p. 256.

Le châtiment ne concerne pas uniquement l'individu en tant que tel, mais peut s'étendre à toute sa famille, à sa parenté ou encore à son groupe ou unité. Raffinant les moyens d'inculcation de la crainte, les légistes inventent une panoplie de systèmes de supervision et de responsabilité collective, où la crainte de punition pousse les individus à l'autocensure et à l'autorégulation collectives. Le seul qui puisse échapper à la responsabilité collective est celui qui dénonce les autres. En effet, le légisme considère le recours à la délation comme un véritable art du pouvoir.

En somme, le pouvoir de donner une récompense ou d'infliger un châtiment est un instrument crucial pour l'autorité. Les légistes pensent cette logique de récompenses et de châtiments en fonction de l'affirmation même du pouvoir royal. Comme Shang Yang le dit :

> [...] dans un pays bien gouverné, les sanctions dépassent toujours les récompenses. Chez un roi sage, la proportion entre les sanctions et les récompenses est de neuf pour un. Alors que dans un pays faible, cette proportion est d'une sanction pour neuf récompenses[30].

La loi des légistes n'instaure donc pas un quelconque droit pénal, mais plutôt un droit bureaucratique accompagné d'une logique de récompenses et de châtiments pour le rendre efficace.

4. Le *wou wei* légiste

Le côté draconien du système de récompenses et de châtiments appliqué directement aux individus devra cependant être évalué en examinant l'autre versant de l'efficacité de la loi, à savoir, « le règne du non-agir » comme application du *wou wei* des taoïstes[31], mais pensé autrement que chez les taoïstes. Disons d'abord quelques mots sur ce paradigme.

Le paradigme du *wou wei* est le point cardinal de la pensée taoïste. Il signifie « ne rien faire pour tout faire » ou, en d'autres mots, le *Tao* lui même qui « reste toujours sans action et pourtant réalise tout[32] ». Le taoïsme se construit sur la croyance d'un ordre naturel commun à la nature et à la culture, ordre qui rythme l'univers, la nature, les animaux et les hommes, et que la pensée chinoise classique concevait comme unitaire. Le sage ou le Prince qui adopte le principe du *wou wei* n'intervient donc pas dans le cours des choses, mais laisse les choses suivre leur cours et leur rythme. Le sage sert de guide mythico-religieux, tel un aimant qui attire les individus

30. Cité chez Xu Zhen Zhou, *op. cit.*, note 1, p. 254.
31. Fong Yeou-Lan, *Précis d'histoire de la philosophie chinoise*, Paris, Payot, 1952, p. 176-178.
32. Max Kaltenmark, *op. cit.*, note 7, p. 38-40 ; Joseph Needham, *op. cit.*, note 5, p. 68-70.

vers lui tout en les laissant aller à leur spontanéité naturelle, à leurs propres « lois » naturelles.

Là où le paradigme du *wou wei* taoïste exprime plutôt une passivité, le légalisme prône, quant à lui, une politique active et agressive et des méthodes d'intervention instrumentales et utilitaristes. L'utilisation que les légalistes font du paradigme du *wou wei* est donc le contraire de ce que prônent les taoïstes. Écoutons Han Fei :

> Les affaires de l'État sont abondantes et compliquées. Mais il n'y a qu'un point crucial au centre. Le roi sage surveille simplement ce point en confiant le reste aux fonctionnaires. Ainsi, il n'a rien fait apparemment et les choses s'arrangent[33].

Ou encore le *Shen Zi* :

> Les anciens rois ne s'épuisaient pas dans l'administration du pays. Ils confiaient les affaires de l'État à la loi ou la justice aux sanctions et aux récompenses. Ils ne contraient pas la loi céleste ni la nature humaine, ne reprochaient pas de petites fautes à leurs sujets et n'insistaient pas sur les questions insolubles [...] Ils ne s'occupaient pas des questions en dehors de la loi, mais ne retardaient pas non plus des affaires décidées par elle[34].

La loi, comme commandement du roi, selon les légistes, est ici pensée en tant que paradigme constitutif de l'ordre social. Quand la loi règne, la stabilité, la prospérité et la sécurité suivent. Comme la loi a préalablement pris le pouls de la société et que son contenu exprime le système commun de motivation, elle lui permet de suivre son cours naturel spontané. Le roi n'a pas à intervenir : il laisse régner la loi.

Il convient de synthétiser le rôle de la loi en système de récompenses et de châtiments et en paradigme du *wou wei*. Notre culture occidentale nous a habitués à des jugements dyadiques qui opposent une notion à une autre. Par exemple, nous opposons le bien au mal. Dans la culture chinoise, une telle approche n'a aucun sens, puisqu' elle considère que de telles notions sont liées, complémentaires et alternatives. Ainsi, le plus grand bien peut sortir du mal le plus cruel et le plus impitoyable. Ainsi en est-il de la relation entre l'aspect utilitaire et sévère de la loi et le *wou wei*. En fait, les légistes pensent la loi de façon utilitaire et sévère pour réaliser le *wou wei*.

Le raisonnement légiste peut être expliqué grâce à la citation suivante :

> Ainsi, punir sévèrement un criminel pour dissuader tous les autres dans le pays constitue un bon procédé. Maintenant, les gens qui ne savent pas gouverner un pays qualifient les sanctions sévères de cruauté. Ils allèguent

33. Cité chez Xu Zhen Zhou, *op. cit.*, note 1, p. 283.
34. *Id.*, p. 262.

> que si une sanction légère peut dissuader les malintentionnés, pourquoi faut-il l'alourdir ? Cette vision est tout à fait naïve. Dans la réalité, ceux qui peuvent être dissuadés par une sanction sévère ne sont pas forcément arrêtés par une sanction légère. Mais ceux qui peuvent être dissuadés par une sanction légère le sont automatiquement par une sanction sévère. Donc, quand le roi impose des sanctions sévères, les crimes disparaissent et ces sanctions sont, par conséquent, non employées. Dans ce cas-là, est-ce que les sanctions sévères sont cruelles[35]?

La réponse qui s'impose, selon Han Fei, est évidemment que les sanctions sévères ne sont pas cruelles comme les confucianistes le prétendaient, mais appropriées puisqu'elles font diminuer la somme totale de souffrances. En fait, plus la sanction est cruelle et appliquée strictement, plus les gens sont susceptibles de suivre les lois. Si le plus grand nombre possible de personnes suivent les lois, les peines cruelles et strictes ne peuvent concerner que quelques individus irréductibles et dangereux. Ce qui fait, en somme, que la totalité des peines soit diminuée à son minimum. Aux légistes d'indiquer qu'une cruauté bien pratiquée représente le plus grand bien pour l'ordre social.

L'utilitarisme légiste et un système de sanctions expéditif permettent ainsi à l'ordre social de suivre son cours naturel et au roi de le contempler. Le roi n'a rien à faire car il a tout fait. Comme le cœur (selon la culture chinoise) ou la tête (selon la culture occidentale), il peut observer et contrôler le cours des choses. Il est comme un « gestionnaire » moderne qui, dans l'anonymat de son bureau, veille à ce que tout marche selon ses plans ou encore comme le parfait « autopoïésien » moderne cher à Luhmann ou à Teubner, qui regarde le système fonctionner parfaitement dans toute sa splendeur.

Comme l'homme n'a plus de place, sinon comme objet, l'efficacité de la loi s'affirme comme un système qui fonctionne de façon autonome, sans que soit nécessaire l'intervention de qui que ce soit. La loi, en assurant l'autoreproduction du système, lui confère ce caractère automatique qui est l'essence même du cosmos dans la culture chinoise. Inutile donc de dire qu'il n'y a là de place ni pour des juristes ni pour des avocats, ni même pour des juges indépendants se croyant investis d'une mission comme celle de réaliser et d'affirmer la justice. La seule nécessité est d'avoir des administrateurs pour assurer le fonctionnement d'un droit entièrement bureaucratique.

---

35. *Id.*, p. 267-268.

5. Quelques remarques sur le légisme

L'idée de *fa* (de loi) se révèle dans le légisme comme un système très élaboré de contrôle et de répression de la population. C'est d'abord et avant tout un système pour gouverner, pour planifier et pour assurer une harmonie irénique de l'ordre social. Le légisme prône un droit entièrement bureaucratique. C'est un droit visant à administrer le pays comme si les personnes étaient des « choses », l'antithèse complète d'un État de droit.

Le confucianisme et le légisme se complètent ainsi dans le refus unanime d'un État de droit. Certes pour des raisons divergentes : le confucianisme croit au gouvernement par les hommes moralement « supérieurs », tandis que le légisme croit à un droit bureaucratique. Ils se complètent dans le fait que le droit bureaucratique permet à ces hommes moralement « supérieurs » de toujours se tenir aux postes de commande. Grâce précisément à cette complémentarité que nous avons signalé dès le départ, l'élite lettrée confucianiste s'est tenue au pouvoir et a gouverné au moyen du droit bureaucratique des légistes.

Conclusion

Le questionnement à propos d'une autre pensée et une autre culture nous permet le plus souvent de renouveler le regard que nous pouvons porter sur notre propre culture. La différence entre les cultures juridiques chinoise et occidentale consiste en la façon de penser le phénomène juridique : l'absolutisme de la loi et l'obéissance bureaucratique dans la culture chinoise, la souveraineté de l'individu et le projet irréductible de justice dans la culture occidentale.

Quelques mots encore pour terminer notre analyse de la contribution légiste à la culture juridique chinoise. En fait, beaucoup de choses ont changé en Chine depuis la période des Zhou de l'Est, qui avait vu naître le confucianisme et le légisme, les deux piliers de la culture juridique chinoise. La société chinoise a, depuis lors, géré des transformations et des mutations profondes. Pendant le siècle dernier, la Chine a changé économiquement, politiquement et socialement d'une façon si radicale que nous pouvons faire une analogie avec la période des Zhou de l'Est. Ces changements ont aussi eu des répercussions profondes sur le droit chinois. Il est significatif qu'aussi bien le républicanisme moderne du début du siècle que le régime communiste contemporain aient tenté, chacun à leur façon, de réformer et de moderniser la conception culturelle du *fa* et de l'harmoniser avec l'héritage du *li*. Or, au-delà de la question pressante et culturellement délicate de

la réforme et de la reconfiguration de la conception traditionnelle du *li* et du *fa*, il nous semble que tout projet de modernisation ne peut se faire qu'en aménageant une place pour un troisième pilier, à savoir, le *jus* moderne et un véritable État de droit[36]. En insistant sur cette constatation, nous pouvons souligner deux absences majeures dans la culture juridique chinoise.

Premièrement, l'absence d'une culture de l'argumentation et de l'adversité. La culture juridique occidentale trouve son origine dans la lutte entre des rivaux égaux. Ce n'est pas sans raison que la culture juridique occidentale pense qu'il n'y a de droit que là où il y a égalité, et qu' il y a absence de droit là où il y a inégalité. Le modèle occidental pense le droit selon un modèle où deux combattants se font face et se battent pour déterminer un vainqueur. La culture juridique occidentale est profondément et essentiellement polémique. La résultante de cette conception polémique occidentale est, sur le plan politique, l'obligation de l'État de rendre compte de ses motifs, de ses raisons et de ses évaluations, de même que celle des responsables politiques de rendre compte de leurs politiques. Le droit sert la politique en assurant un espace public, sans pour autant être réductible à la politique.

Or, nous avons pu constater, aussi bien dans le légisme que dans le confucianisme, que le phénomène juridique est conçu comme une entité irénique. Nous avons vu comment le légisme établit la loi comme un ensemble organique exprimant l'harmonie sociale. De même, nous avons vu comment le confucianisme et le système du *li* expriment une harmonie associée à la douceur de la musique[37]. Il s'ensuit qu'autant le *li* que le *fa* se vivent et se réalisent dans une harmonie toujours considérée irénique. Ils ne peuvent être ni discutés ni justifiés qu'au risque d'une dissidence qui est en elle-même une négation, donc une transgression. En fait, le combat judiciaire, dans son sens occidental, devient un scandale, une calomnie ou une dissolution de l'ordre social. Le pouvoir (l'administration) n'a donc pas besoin d'argumenter, de trouver de bonnes raisons, de convaincre. Il préfère l'ombre des bureaux où ne fleurit que le droit bureaucratique, la plaie millénaire de la Chine.

---

36. Voir, Xue-feng Qi, *op. cit.*, note 2, p. 959 : « Il est indéniable que la Chine s'engage à peine dans le chemin menant à un État de droit. De toute évidence, si on dit que la Chine a fait des progrès vers la légalité socialiste, elle n'en est qu'à ses premiers pas ».
37. Shen-yu Dai, « The Confucian philosophy of music : a theory in jurisprudence », dans *Chinese Culture*, vol. 4, nº 1, mars 1962, p. 9-24.

Deuxièmement, nous pouvons insister sur l'absence de droit (de *jus*) dans le sens paradigmatique que celui-ci a acquis dans la culture juridique occidentale pour caractériser le résultat particulier d'une procédure rationnelle et dialectique où s'engagent des hommes égaux. En fait, il n'y a pas de *jus* dans la culture juridique chinoise : il n'y a que l'obéissance, la soumission et la sujétion. Il est ainsi significatif de s'apercevoir que c'est le concept de pouvoir qui occupe la place normalement occupée par le droit dans la culture juridique occidentale. L'homme chinois, ne pouvant disposer de recours par le biais du langage à une idéalité qui peut le transcender, se trouve désarmé devant la réalité chinoise. Ce qui prévaut est toujours la « réalité », une réalité occupée par la bureaucratie céleste.

Nous pouvons en dernier lieu affirmer que ces deux absences majeures dans la culture juridique chinoise ont permis à cette dernière de nier systématiquement tout projet de fondation d'un État de droit.

Nous pouvons aussi affirmer qu'il n'y a aucune raison d'oublier les événements survenus sur la place Tiananmen, en juin 1989.

Le crime de Salman Rushdie
Réflexion sur *Les Versets sataniques**

Quoique la condamnation à mort de Salman Rushdie reste irrévocable, l'Iran des ayatollahs ne cherche apparemment plus à l'assassiner. C'est ainsi que la presse internationale résume aujourd'hui la situation entourant l'auteur indo-pakistanais et musulman Salman Rushdie et son roman publié en 1988, intitulé *Les Versets sataniques*[1]. Même si tout musulman a encore le droit et l'obligation d'assassiner Rushdie selon la *fatwa* (décret religieux émis par feu l'ayatollah Ruhollah Khomeyni le 14 février 1989), les autorités iraniennes ne feront rien pour l'exécuter. Il reste cependant que l'auteur des *Versets sataniques* est condamné à mort et le restera en vertu de cette version d'un fanatisme fondamentaliste politico-islamiste, et que tout musulman qui adhère à une telle idéologie a le droit de l'exécuter pour la gloire d'Allah.

Au-delà de la répulsion et du dégoût que nous inspire un tel fanatisme, il n'en demeure pas moins que l'affaire Rushdie est un exemple de « crime » particulier, peut-être le plus innommable, soit le blasphème, voire l'hérésie. Nous tenterons de faire la lumière sur ce crime hautement littéraire et romanesque de Salman Rushdie, « crime innommable » qu'il a commis en

---

* Conférence prononcée le 18 décembre 1996 au Séminaire international de philosophie pénale sur le « Crime inommable », organisé par l'Équipe internationale interdisciplinaire de philosophie pénale (section de philosophie pénale – Centre de philosophie de droit, Paris II).

1. Salman Rushdie, *Les Versets sataniques*, Christian Bourgeois Éditeur, 1989 ; traduction française de *The Satanic Verses*, London, Penguin Books, 1988.

mettant en doute la version islamique du monothéisme. Nous nous proposons de réfléchir sur les fondements de la philosophie du droit et sur le caractère « pénal » de cette affaire. Soulignons dès le départ que l'aspect religieux ne nous intéresse aucunement, il nous servira uniquement de tremplin pour une réflexion entièrement philosophique sur ce crime bien particulier que demeure le livre de Rushdie. Présentons d'abord le lieu du « crime » : le roman.

L'œuvre littéraire

Les *Versets sataniques* est avant tout un roman qui traite de l'immigration pakistano-bangladesho-indienne, de l'acculturation et du mal de vivre qui caractérisent le continent indien, de même que de la présence musulmane en Angleterre. Un deuxième roman, à caractère théologique, s'inscrit à l'intérieur de cette œuvre littéraire. Avant d'aborder ce roman théologique, il faut toutefois jeter un regard sur les figures romanesques que met en scène ce deuxième roman. Après seulement pourrons-nous aborder le contre-récit islamique.

Le livre est construit autour de deux personnages centraux : Gibreel Farishta et Saladin Chamcha. Fait significatif, ils sont tous deux acteurs. Saladin Chamcha, qui habite Londres, est entièrement intégré à la société britannique, ayant renoncé à toutes ses racines, qui lui font d'ailleurs honte. En tant qu'acteur, il prête sa voix à une série complètement loufoque sur les extraterrestres (c'est-à-dire les Étrangers) ou encore à la publicité commerciale. Gibreel Farishta, qui habite Bombay, en Inde, est pour sa part l'acteur fétiche de films « théologiques » mettant en scène différentes divinités. C'est un acteur « divin » qui incarne des personnages issus de toutes les religions de l'Inde. Tout au long du livre, Gibreel se prend pour l'archange Gabriel. Il l'est même. D'ailleurs, comme le dit Rushdie :

> « Dans ses visions il était toujours présent, pas en tant que lui-même mais comme son homonyme, et je ne veux pas dire que j'interprète un rôle, [...], je suis lui, il est moi, je suis le putain d'archange, Gibreel lui-même, grandeur nature. »[2]

Le roman théologique : un contre-récit sceptique

C'est justement avec le personnage de Farishta l'archange que le roman coranique est introduit. Car Rushdie dit deux choses qu'il faut dès maintenant souligner. D'abord, il affirme que Farishta « était toujours pré-

2. *Op. cit.*, p. 98.

sent ». Ce qui veut dire que la narration de Farishta, l'archange, aurait existé lors de la « production » du Coran. Une supposition que Rushdie confirme en narrant à sa façon, en quelques chapitres clés, tout le récit islamique.

Il affirme ensuite que Farishta était « le putain d'archange », ce qui veut dire que la narration de Farishta rejoint la « vérité » ou encore la fiction de la récitation faite à Mohammed. Concrètement, cela signifie que la narration que fait Rushdie par l'intermédiaire de Farishta est basée sur le même plan que la tradition islamique : la fiction rejoint la « vérité » et vice-versa. C'est précisément ce roman coranique qui retient l'attention puisqu'il reprend clairement toute la narration islamique. Nous pouvons analyser trois des thèses (ou récits) les plus radicales de Rushdie concernant Mohammed, le Coran et l'Islam[3].

1. Mohammed

Il faut d'abord saisir un élément important : dans les monothéismes antérieurs au message mahométan, le Dieu reste toujours caché. Personne n'a vu Dieu, personne ne peut déchirer le voile qui le sépare du regard de l'homme. Il existe une barrière infranchissable entre Dieu et les hommes de même qu'une condamnation absolue pour cause d'hérésie contre toutes les prétentions de contact direct avec Dieu. Tous les prophètes, y compris Jésus, utilisent leurs propres mots pour relater leurs expériences avec Dieu. Le monothéisme judéo-chrétien est une croyance en un Dieu unique, et aussi bien la Torah que la Bible témoignent de la façon dont cette croyance a été vécue par des hommes et des femmes. La Torah et la Bible sont donc écrites par des hommes vivant dans un contexte historique et social donné et ces hommes n'ont qu'un statut « secondaire » devant ce qui est un mystère, et qui doit le rester : le Dieu caché. Ces livres saints sont des témoignages faits par l'homme pour les hommes. Même si nous utilisons le terme « révélation » pour qualifier ces textes, il convient de souligner que le Dieu, dans la judéo-chrétienté, n'écrit pas de textes.

Dans la théologie musulmane par contre, le Coran a un statut particulier puisqu'il ne vient pas de l'homme, mais d'Allah. En fait, Mohammed prétend qu'il a été choisi pour « déchirer le voile qui sépare Dieu » des hommes, qu'il a fait le voyage jusqu'au Paradis, jusqu'à Allah. Le Coran

---

3. Nous laissons ainsi de côté deux récits : le récit anti-mosquée (*op. cit.*, pp. 410-425) et le récit anti-fanatisme (*op. cit.* pp. 225-264 et 507-544). Ce dernier récit fait référence à l'affaire de Hawkes Bay au Pakistan en février 1983. Voir Akbar S. Ahmed, « Death in Islam : The Hawkes Bay Case », *Man : Journal of the Royal Anthropological Institute*, vol. 21, 1986, pp. 121-134.

lui a été donné après ce voyage par l'archange Gabriel (en arabe, Jibrîl). L'archange Gabriel a servi d'intermédiaire pour réciter des versets d'Allah aux hommes. Mohammed est par conséquent, dans la théologie islamique, le Messager à qui le Coran a été transmis, d'où le statut absolu et immuable du Coran. D'où, aussi, le statut d'Allah comme auteur de textes.

C'est justement ici que Rushdie intervient en racontant la révélation faite à Mohammed comme s'il s'agissait d'une sorte d'illusion. Chez Rushdie, Farishta, l'archange Gabriel, accompagne en fait Mohammed dans une « révélation » qui n'en est pas une. L'archange Gabriel de Rushdie se fusionne à Mohammed et s'incarne dans le personnage d'un commerçant excentrique et rusé qui fait croire à ses amis qu'il communique avec Allah par l'intermédiaire du présumé archange, pour des raisons tout à fait pragmatiques : se faire reconnaître comme un égal par les autres commerçants. Or, quelle sorte d'homme est ce Mohammed ? Comme le dit Rushdie :

> « C'est une ville d'hommes d'affaires, Jahilia. Le nom de la tribu est **Requin**. Dans cette ville, l'homme d'affaires-transformé-en-prophète, Mahound, est en train de fonder une des plus grandes religions du monde ; et ce jour-là, il est confronté à la plus importante crise de sa vie. Une voix murmure à son oreille : **Quel genre d'idée es-tu ? Démon-ou-strueux ?** ».[4]

En fait, dans la contre-narration coranique de Rushdie, tout se résume dans la façon d'écouter. Quel genre « d'idée » est ce Mohammed qui prétend être le messager d'Allah ? Voici le récit de la révélation tel que décrit par Rushdie :

> « Cela arrive : la révélation. Comme ça : Mahound, encore dans son non-sommeil, se raidit, les veines de son cou se gonflent, ses mains agrippent le centre de son corps. Non, non, ça ne ressemble pas à une crise d'épilepsie, on ne peut pas s'en débarrasser aussi facilement ; une crise d'épilepsie a-t-elle jamais changé le jour en nuit, fait s'amasser les nuages, s'épaissir l'air pendant qu'un ange, hébété de peur, se tient dans le ciel au-dessus de celui qui souffre, comme un cerf-volant au bout d'un fil d'or ? La lourdeur encore la lourdeur et maintenant le miracle commence dans son mon notre ventre, il s'arc-boute de tout son être contre quelque chose, forçant quelque chose, et Gibreel commence à sentir cette puissance cette force, la voici **dans mes propres mâchoires** les ouvrant, les refermant ; et le pouvoir naît dans Mahound, atteint mes cordes vocales et la voix arrive.
>
> « **Pas ma voix** je n'ai jamais connu de tels mots, je ne suis pas un beau parleur je ne l'ai jamais été ne le serai jamais mais ce n'est pas ma voix c'est une Voix.

4. Rushdie, *op. cit.*, p. 111 (souligné par Rushdie).

> « Mahound, ouvre grand les yeux, il a une espèce de vision, il regarde, oh !, c'est vrai, se souvient Gibreel, moi. Il me voit. Mes lèvres remuent, sont mues par. Quoi, qui ? Sais pas, peux pas dire. Néanmoins, les voici, sortant de ma bouche, montant de ma gorge, passant mes dents : les Mots.
>
> « Ce n'est pas drôle d'être facteur de Dieu.
> Mais mais mais : Dieu n'est pas dans ce film
> Dieu seul sait de qui j'ai été le facteur. »[5]

Cette narration du message coranique est lourde de sens. Car ce qui est dit peut être résumé en deux points. Le plus radical, d'abord, est celui où Rushdie affirme que « Dieu n'est pas dans ce film ». Celui qui ne se montre jamais ne se montre pas à Mohammed non plus[6]. Le Dieu, comme l'affirme le monothéisme judéo-chrétien, reste caché : il ne se révèle jamais aux hommes, il n'est pas un écrivain de Textes et n'est pas un romancier. La seule conclusion logique qui s'impose est donc qu'il n'y a pas de révélation ; que le Coran n'est qu'une greffe illégitime faite sur les religions monothéistes. Pire, Rushdie nomme le mont de la révélation « Cone[7] » (selon la tradition le mont Hirâ) qui, dans la suite du roman, se révèle comme le nom juif Cohen. Farishta, l'archange Gabriel, est en fait amoureux de la fille juive Alléluia Cone. Il n'est pas loin de considérer Mohammed amoureux ou jaloux de la religion juive, lui qui, dans sa volonté de se faire accepter par les autres commerçants (juifs !), invente ce qui est inacceptable dans la tradition monothéiste. Avons-nous besoin de souligner la signification d'une telle allégation dans le litige contemporain entre juifs et musulmans ?

Le second point est celui où Rushdie affirme que « Dieu seul sait de qui j'ai été le facteur ». Car, si Dieu le sait sûrement, le lecteur n'a pas de doute non plus. Comme il n'y a aucune révélation divine, Mohammed n'est qu'un mystificateur. Certes, Rushdie ne l'écrit pas comme tel, mais l'extrait que nous venons de citer met en scène une « révélation de texte » plus nietzschéenne que divine. À la façon de Nietzsche, Mohammed écrit le texte coranique d'une manière viscérale. Il se soumet aux « voix » corporelles et lutte avec un « texte » qui était déjà en lui. Il digère un texte originel qu'il est incapable de maîtriser en le soumettant aux pulsions de son propre corps. Rushdie revient à plusieurs reprises sur l'aspect corporel de la « révélation du texte » jusqu'à la décrire comme un « vomissement[8] ».

---

5. Rushdie, *op. cit.* p. 129-130 (souligné par Rushdie).
6. *Cf.* Salman Rushdie, p. 128-129.
7. Jeu de mots de connotation sexuelle. *Cf. op. cit.*, p. 109, où Mohammed est désigné comme « celui-qui-monte-et-descend-le-vieux-Coney ».
8. Rushdie, *op. cit.*, p. 141.

Mais ce vomissement, ce produit de l'estomac, n'est-il donc pas autre chose que le déchiquetage de toutes les religions monothéistes, que le produit du tourment spirituel d'un commerçant ? À ce moment, que reste-t-il pour Rushdie de la récitation de Mohammed ? Une seule question : quelle est la nature du texte de la révélation, le Coran ?

2. Le Coran

Nous pouvons maintenant approfondir davantage l'analyse de la narration coranique de Rushdie, en nous penchant sur la nature des versets qui constituent le Coran. Si ce n'était pas Allah qui les avait transmis, Mohammed ne serait-il pas la victime du Diable, le Maître de ce monde ? Le Coran n'aurait-il donc pas été écrit par le Diable ? Encore une fois, Rushdie laisse entendre, sans le dire expressément, que c'est peut-être le cas.

Dans le récit de Rushdie, l'épisode des versets sataniques[9] commence par le pari diabolique mis en scène par le Maître de Jahilia (Mekka), propriétaire de différents temples où sont adorées plusieurs divinités. Abu Simbel (en réalité Abou Sofyân) cherche à faire reconnaître trois des divinités de la ville : Uzza, la divinité de la Beauté et de l'Amour, Manat, la divinité du Destin, et Al-lat, qui est simplement la déesse et donc la contre-partie et l'égale d'Allah, Dieu. Chez Rushdie, Abu Simbel propose à Mohammed « une petite épreuve honnête : trois contre un[10] », soit la reconnaissance de la religion de Mohammed et son accès au Conseil de Jahilia en échange de la reconnaissance par Mahomet de ces trois divinités de la ville. Si Mohammed était monothéiste comme il l'affirmait, il aurait dû décliner immédiatement une telle offre. Il accepte malgré tout et gravit la montagne où il aura encore une « révélation », celle des versets sataniques, qu'il prononce dans le récit de Rushdie, pendant le concours de poètes de la ville :

> « L'Étoile, récite Mahound et les scribes se mettent à écrire.
>
> « Au nom d'Allah, celui qui fait miséricorde, le Miséricordieux !
>
> « Par les Pléiades quand elles s'éteignent : votre compagnon n'est pas dans l'erreur ; il ne se trompe pas de direction.
>
> « Il ne parle pas non plus au nom de ses propres désirs. C'est une révélation qui lui a été révélée : un tout-puissant lui a transmis un enseignement.
>
> « Il se tenait sur le haut horizon : le seigneur de la force. Puis il s'est approché à moins de deux fois la portée d'un arc, et il a révélé à son serviteur ce qui est révélé.

9. Le fait de ces versets sataniques est rapporté par Tabari et Ibn Sa'd. Voir Maxime Robinson, *Mahomet*, Paris, Seuil, 1968, p. 134-136.
10. Rushdie, *op. cit.*, p. 120.

> « Le cœur du serviteur ne mentait pas quand il voyait ce qu'il a vu. Alors, allez-vous oser mettre en doute ce qui a été vu ?
>
> « J'ai l'ai vu aussi au fond au pied de l'arbre auprès duquel se trouve le Jardin du Repos. Quand cet arbre était recouvert de son feuillage, je n'ai pas détourné les yeux, mon regard s'est mis à errer ; et j'ai vu quelques-uns des signes du Seigneur. »

À ce moment, sans la moindre trace d'hésitation ou de doute, il récite deux autres versets.

> « Avez-vous pensé à Lat et Uzza, et Manat, la troisième, l'autre ? » Après le premier verset, Hind se lève ; le Maître de Jahilia se tient déjà debout, très droit. Et Mahound, les yeux muets, récite : « Ce sont des oiseaux qu'on place à un rang élevé, et leur intercession est effectivement désirée ».[11]

Ainsi Mohammed a plié, dans le récit de Rushdie, pour obtenir la place tant convoitée au Conseil de la cité. Il prononce au nom d'Allah des versets qui font des trois divinités de la ville des archanges. Donc, fini le monothéisme. Or, si le maître de la ville, Abu Simbel, a ainsi obtenu, par son pari diabolique, ce qu'il voulait, le méchant du récit de Rushdie n'est pas lui mais Hind, son épouse et la prêtresse de la divinité Al-lat. Ce qui est particulier dans le roman de Rushdie, c'est qu'il fait intervenir un deuxième pari, encore plus diabolique, mis en scène par Hind, l'incarnation du Mal : Mohammed doit bannir de la vraie récitation les versets sataniques venus du diable ; il n'aurait pas dû faire ce qu'il a fait[12].

Ce deuxième pari du diable, le seul d'importance, Mohammed l'accepte encore une fois. Dans le récit de Rushdie, il gravit le mont Cone (Hirâ) et en redescend précisément pour dénoncer la nature satanique des premiers versets : « D'abord ce fut le Diable, murmure Mohammed en se précipitant vers Jahilia. Mais cette fois, l'ange, aucune question. Il m'a cloué au sol au cours du combat[13] ».

Aucune question ? Pourtant, l'expérience de la révélation est identique. Il n'y a aucune différence entre la première révélation diabolique et la deuxième révélation. Comme Rushdie le fait remarquer, il y a un problème : Mohammed ne sait pas distinguer les bonnes « révélations » des mauvaises. Influencé par Hind, l'incarnation du Mal, il veut rétablir la « vraie » récitation. Or, comme le dit Rushdie : « Gibreel, planant-observant depuis son plus haut angle de caméra, connaît un petit détail, juste une chose minuscule qui est un léger problème ici, à savoir que **c'était moi les deux**

11. Rushdie, *op. cit.*, p. 131-132.
12. Rushdie, *op. cit.*, p. 137-139.
13. Rushdie, *op. cit.*, p. 142.

fois, baba, moi en premier et moi en second aussi. De ma bouche, à la fois l'affirmation et le reniement, les versets et leurs controverses, univers et envers, et nous savons tous comment ma bouche a été utilisée[14] ».

Bref, si les premiers et les deuxièmes versets proviennent de la même bouche, en l'occurrence celle de Mohammed, et que les premiers versets étaient sataniques, alors les deuxièmes le sont aussi. Le deuxième pari, celui de Hind, prend ici, d'une façon romanesque, toute sa signification : c'est l'écriture même du Coran qui devient diabolique. Dans la logique romanesque de Rushdie, la conclusion qui s'impose est que le Coran ne peut donc être qu'une ruse du Diable, le maître de ce monde : un texte du diable.

3. L'Islam

Qu'en est-il de l'Islam, la religion fondée par les successeurs de Mohammed ? Les historiens de la religion musulmane ont pu se demander si Mohammed allait « devenir chrétien ?[15] ». Les versets sataniques changent irrémédiablement cette éventualité. La doctrine de Mohammed doit, à partir de cet épisode, devenir une religion propre : ce sont les versets sataniques qui fondent l'Islam. Rushdie établit ainsi une contre-narration puissante qui nous donne une image plutôt négative de l'Islam. En fait, la soumission n'est, dans l'expression romanesque de Rushdie, que l'image du désir de reconnaissance et du sentiment d'infériorité qui habite Mohammed : il ne peut être sûr de son pouvoir que dans la soumission des autres.

Rushdie fait intervenir le scribe Salman, compagnon de toujours de Mohammed, celui qui met les versets sur papier[16]. Bien sûr, dans le récit de Rushdie, le même Salman altère et modifie les versets coraniques que dicte Mohammed. Il écrit son propre Coran pour vérifier si Mohammed peut se souvenir de la « révélation ». Mohammed échoue lamentablement, ce qui sème le doute dans le cœur du scribe qui, à la différence des autres compagnons de Mohammed, a le malheur d'être instruit[17]. Mais, comme le Coran était déjà falsifié, écrit par le Diable, cette création romanesque de Rushdie n'étonne plus aucun lecteur. Salman le scribe, Salman l'intelligent, commence à se poser des questions : pourquoi les versets d'Allah arrivent-ils toujours à point nommé pour soutenir Mohammed dans sa lutte pour le pouvoir, pour appuyer ses opinions et ses aspirations personnelles, pour

14. Rushdie, *op. cit.*, p. 141-142 (souligné par Rushdie).
15. M. Robinson, *Mahomet, op. cit.*, p. 127.
16. Il s'agit en fait de Abdallah Ibn Sa'd. Voir M. Robinson, *op. cit.*, p. 297.
17. Rushdie, *op. cit.*, p. 399-401 ; *cf.* p. 407 où Mohammed blâme Salman de ses actes.

contourner les obstacles ? Drôle de Dieu que celui qui ne sert plus que les intérêts de Mohammed.

En fait, Rushdie met en scène plusieurs récits qui prennent place aussi bien à Jahilia qu'à Yathrib (Medina) où Mohammed se sert des versets coraniques pour résoudre d'une façon pratique les problèmes qui se présentent. En voici quelques exemples :

> « Ensuite Salman commença à remarquer que les révélations de l'ange avaient tendance à être utiles et bien programmées, ainsi quand les fidèles discutaient les opinions de Mahound sur un sujet quelconque, de la possibilité de voyager dans l'espace à la permanence de l'Enfer, l'ange arrivait avec une réponse, et il soutenait toujours Mahound, déclarant qu'il ne faisait pas l'ombre d'un doute qu'aucun homme ne pourrait jamais marcher sur la lune, et se montrant aussi catégorique sur la nature transitoire de la damnation ; [...]. Tout aurait été différent, se plaignit Salman à Baal, si Mahound avait adopté ses positions après avoir reçu les révélations de Gibreel ; mais non, il établissait la loi et l'ange la confirmait après coup ; alors je me suis mis à sentir une mauvaise odeur, et j'ai pensé, cette odeur doit être celle de ces créatures impures, mythiques et légendaires, comment s'appellent-elles déjà, des crevettes. »[18]

Ne pourrait-on pas conclure que les versets coraniques que récite Mohammed ne sont que le reflet d'un homme affligé par le doute et le sentiment d'infériorité, qui fait en sorte d'avoir toujours raison ? Il semble que ce soit effectivement le cas. Nous pouvons encore voir comment Rushdie confirme cette hypothèse concernant la polygamie et les propres problèmes matrimoniaux de Mohammed. Dans le récit que Rushdie fait de la guerre contre Jahilia, Mohammed perd beaucoup d'hommes.

> « Et après la fin de la guerre, d'un seul coup, l'archange Gibreel donna instruction aux survivants d'épouser les veuves, de crainte qu'en se remariant à l'extérieur elles soient perdues pour la Soumission. [...] Oh ! Ces révélations terre-à-terre, s'écrira Salman, on nous a même dit que ça ne faisait rien si l'on était déjà marié, on pouvait même aller jusqu'à quatre mariages si on en avait les moyens, alors tu imagines, les gars étaient d'accord. »[19]

Donc, il s'agit uniquement d'une question pratique : les survivants se partageaient les femmes pour garder les « troupes » soudées. Sur le plan matrimonial, cela pose des problèmes à Mohammed, car sa femme Ayesha proteste. Mohammed invoque toutes les raisons pratiques, mais Ayesha proteste encore. Dans le récit de Rushdie, les choses se déroulent comme suit, telles que transmises par le scribe Salman, le compagnon :

---

18. Rushdie, *op. cit.*, p. 397.
19. Rushdie, *op. cit.*, p. 398.

> « Le fait que son mari veuille tant d'autres femmes lui faisait mal au ventre, dit-il. Il parlait de la nécessité, des alliances politiques, et ainsi de suite, mais elle n'était pas dupe. Qui peut la blâmer ? Finalement il entra dans – quoi d'autre ? – l'une de ses transes, et en ressortit avec un message de l'archange. Gibreel avait récité des versets lui apportant un total soutien divin. La permission de Dieu lui-même de baiser autant de femmes qu'il voulait. Alors, que pouvait dire la pauvre Ayesha contre les versets de Dieu ? Tu sais ce qu'elle a dit ? Ceci : "Ton Dieu arrive bien vite quand tu as besoin d'arranger les choses à ta convenance." »[20]

Drôle de Dieu que celui qui s'occupe des problèmes matrimoniaux de Mohammed ; drôle de Dieu que celui qui s'occupe des problèmes sexuels tout court. En fait, Rushdie présente ici un thème fondamental de l'Islam : la peur de la femme et de sa sexualité. Dans le récit de Rushdie, Mohammed a peur de ce qui est égal à lui ; il a peur de toutes les femmes qui peuvent le regarder droit dans les yeux. Le goût des femmes de Mohammed est donc orienté, comme le dit Rushdie, vers les « mères et les filles »[21], femmes qu'il peut maîtriser selon une logique de pouvoir où elles ne peuvent jamais être son égal. Et Rushdie d'insister à plusieurs reprises, tout au long de ses récits sur le refoulement de la sexualité humaine qui gruge et pervertit l'Islam. Que reste-t-il de l'Islam, de la Soumission comme pratique religieuse dans le récit de Rushdie ? Encore une fois, nous serons tentés de dire qu'il n'en reste rien.

Salman Rushdie a, au milieu de la tempête qu'a suscitée son livre *Les Versets sataniques*, plaidé l'ignorance et l'innocence en ce qui concerne les aspects religieux[22]. Il a plaidé qu'il avait, même en tant que musulman, seulement voulu romancer certaines particularités de la tradition coranique. Cela est difficile à croire.

En fait, comme nous venons de le constater, le discours de Rushdie est trop absolu, trop direct. Il s'attaque aux piliers de la religion musulmane : Mohammed, le Coran et l'Islam. Comment pouvons-nous sincèrement croire que le Coran a été donné par Allah, quand le récit de Rushdie le décrit comme étant un vomissement de Mohammed, un piège pour l'humanité inventé par le Diable et l'expression existentielle d'un être aux prises avec

---

20. Rushdie, *op. cit.*, p. 419.
21. Rushdie, *op. cit.*, p. 398-399 : « Le problème avec notre Prophète, mon cher Baal, c'est qu'il n'aimait pas que ses femmes lui répondent, il aimait les mères et les filles, pense à sa première femme et à Ayesha : trop vieille et trop jeune, ses deux amours. Il n'aimait pas ceux qui étaient de taille à se mesurer avec lui ».
22. S. Rushdie, *Patries imaginaires*, Paris, Christian Bourgeois, 1993, p. 418-440, « De bonne foi ».

des problèmes presque pathologiques d'estime de soi et des femmes ? Il est impossible pourtant d'affirmer qu'il s'agit plutôt d'un livre contre l'Islam. Il s'agit plutôt de l'expression du scepticisme qu'éprouve un musulman à l'égard de sa religion, scepticisme assez radical qui rejoint une sous-tradition hétérodoxe et hérétique à l'intérieur même de l'Islam.

L'évolution de l'affaire Rushdie : d'un malaise culturel à une question légale

Quelle réflexion de philosophie du droit nous inspire l'affaire Rushdie ? Notre intention n'est pas d'innocenter celui-ci ni de banaliser ses propos. Considérons simplement que Rushdie a incontestablement écrit l'un des livres les plus critiques et dissidents à l'égard de la religion islamique. Soulignons par ailleurs que nous considérons que ses propos sur la religion islamique sont extrêmement hérétiques. Ceux-ci, malgré leur caractère absolu, ne sont toutefois pas plus virulents que ceux de Dante qui campe Mohammed dans l'enfer ou que ceux de Voltaire qui, dans sa lutte contre les religions dites positives, désigne deux ennemis principaux : le catholicisme et l'Islam. Ces exemples tirés de la littérature se doublent de ceux des chercheurs qui s'intéressent à la religion musulmane et qui ont déjà soulevé, grâce à une démarche scientifique, ce que Rushdie romance. Ils ont, depuis des siècles déjà, prouvé que le Coran avait son origine dans d'autres textes appartenant aux religions monothéistes ou dans les coutumes et les mœurs de leur temps. Ce qui correspond, dans le récit que Rushdie fait du Coran, au déchiquetage « stomacal » des textes qui permet à Mohammed de faire écrire le sien. Mais ces livres ne sont lus que par les spécialistes et n'ont certainement pas la même portée que l'œuvre romanesque de Rushdie, auteur à succès.

Toute réflexion inspirée par l'affaire Rushdie à propos des fondements de la philosophie du droit doit nécessairement débuter par un retour sur l'origine de la controverse. En fait, l'affaire commence non pas par une controverse d'ordre religieux, mais par l'expression d'un malaise complexe chez les immigrés indo-pakistanais en Angleterre, particulièrement à Londres[23].

---

23. Malise Ruthven, *A Satanic Affair. Salman Rushdie and the Rage of Islam*, Londres, Chatto & Windus, 1990 ; Shabbir Akhtar, *Be Careful with Muhammad ! The Salman Rushdie Affair*, London, Bellew Publishers, 1989 ; Dan Cohn-Sherbok (ed), *The Salman Rushdie Controversy in Interreligious Perspective*, Lewinston, Edwin Millen Press, 1990. Une bibliographie sur l'affaire Rushdie est accessible sur l'Internet : http://www.crl.com/-subir/rushdie/bib.html#raffair.

Le roman de Rushdie est, comme il l'affirme lui-même, une réflexion sur l'immigration, sur le mélange des différentes cultures et opinions, et sur les problèmes d'intégration et d'acculturation. Rushdie traite à la fois de lui-même et des autres immigrants indo-pakistanais originaires du sous-continent indien. Si, donc, ses premiers romans, dont *Les Enfants de minuit* ou *La honte*, ont illustré d'une façon tiers-mondiste les enjeux que représentaient leur immigration et leur pays d'origine, *Les Versets sataniques* constitue, pour les immigrés indo-pakistanais, une insulte sur le plan culturel.

En fait, le romancier présente d'abord l'immigration indo-pakistanaise sous un jour défavorable : il n'y a aucun enjeu positif dans le récit de Rushdie. Les personnages ne font que tromper où se laisser tromper. Les enjeux culturels de l'immigration indo-pakistanaise sont « stériles » comme le sont les personnages romanesques. Certes, aucun romancier n'a l'obligation de donner une image positive de lui-même et de la communauté dont il fait partie ni de faire l'éloge de ses représentants et des valeurs qui leur sont propres. Replacée dans son contexte, l'affaire Rushdie se manifeste d'abord comme une protestation de la communauté indo-pakistanaise à Londres, qui se sent dénigrée sur le plan individuel, collectif et culturel.

Ce malaise culturel s'élargit au domaine religieux uniquement parce que Rushdie met en jeux deux questions tourmentant les immigrants indo-pakistanais, à savoir la sexualité et la religion. La sexualité et la religion sont d'ailleurs étroitement liées, comme nous l'avons indiqué, dans le récit coranique de Rushdie. Bref, la communauté indo-pakistanaise s'indigne que leur contribution culturelle soit mise à l'écart, que leurs problèmes quotidiens soient banalisés et ridiculisés, et, plus important encore, que Mohammed et leur religion soient tournés en dérision et traînés dans la boue. Fondée sur des problèmes tout à fait réels tels le racisme, l'exclusion, le chômage et l'aliénation, l'affaire Rushdie témoigne de problèmes à la fois culturels et politiques réels, mais aussi, comme il faut le souligner, de problèmes qui dépassent l'œuvre romanesque elle-même.

C'est par la médiatisation, ou mieux encore, par un processus centrifuge, que l'affaire prend une dimension religieuse. L'une des raisons expliquant ce phénomène est tout à fait banale : les immigrants indo-pakistanais dont parle Rushdie adhèrent communément à la religion musulmane. D'autre part, le militantisme politico-islamique, qui est longtemps resté sans écho au sein de cette communauté, a transformé l'affaire Rushdie en une affaire de blasphème ; une affaire religieuse où Rushdie est accusé de mépriser la religion musulmane, de la tourner en ridicule, de se moquer des musulmans, sinon de déprécier leur héritage culturel et religieux. Le déplace-

ment du malaise individuel vers la question de l'authenticité et de la « véracité » de la religion musulmane prouve que l'affaire Rushdie est devenue le cheval de bataille d'un militantisme politico-islamiste.

En fait, à ce stade, l'affaire Rushdie rappelle étrangement l'affaire Naipul en 1981 et le voyage qu'il a fait au pays des croyants. Rappelons que son livre *Crépuscule sur l'Islam. Voyage au pays des croyants*[24] a suscité la même réaction : la dénonciation d'une prétendue islamophobie.

Or, le motif du déplacement de la controverse chez Rushdie n'est pas la défense de l'« authenticité » de la religion musulmane, mais plus prosaïquement le contrôle et le leadership de la communauté musulmane en Angleterre. C'est sur un fond de lutte de pouvoir que le troisième épisode prend place. En fait, tous les groupes musulmans cherchent à internationaliser la question, à obtenir l'appui du centre religieux de leur choix. Les khomeynistes anglais cherchent le soutien de l'ayatollah Khomeyni. Ce dernier, qui n'est pas reconnu pour son goût de la littérature anglaise ni de la littérature en général, n'a fait que répondre à une commande qui lui était adressée par ses admirateurs. La réponse de Khomeyni, la *fatwa* décrétée contre Rushdie pour apostasie, marque l'apogée de l'évolution de l'affaire Rushdie.

En effet, en apportant son soutien à ses fidèles en Angleterre, Khomeyni transforme profondément et irrémédiablement l'affaire Rushdie. Ce qui n'a été, jusqu'à ce troisième épisode, qu'un problème culturel devient un problème « légal ». Khomeyni établit une norme juridique fondée sur les traditions chiites et cherche à lui donner force de loi. Le fond du problème est, ici, le khomeynisme sur le plan international. En 1989, cette doctrine est en perte de vitesse et dépourvue de crédibilité ; la *fatwa* vient renforcer l'affirmation que l'ennemi, qui en apparence n'est que Rushdie, est en fait l'occidentalisme et la rationalité, dans la mesure où les musulmans pourraient être tentés d'opter pour des modes de vie non traditionnels. Mais la *fatwa* est aussi un piège, comme beaucoup d'intellectuels musulmans l'ont vu, qui ne sert qu'à créer une division stérile et géopolitique par rapport à l'occident[25].

---

24. V. S. Naipul, *Crépuscule sur l'Islam. Voyage au Pays des croyants*, Paris, Albin-Michel, 1981. Voir le commentaire de Rushdie sur Naipul, *Patries imaginaires, op. cit.*, p. 397-399.

25. Voir le collectif, *Pour Rushdie. Cent intellectuels arabes et musulmans pour la liberté d'expression*, Paris, La Découverte/Carrefour des littératures/Colibri, 1993. Voir particulièrement la contribution de Yadh Ben Achour, « Foi et liberté », p. 97-98. Ben Achour approfondit ses arguments dans « Politique, religion et droit dans le monde arabe », Tunis, Cérès, 1992, et, « Normes, foi et loi », Tunis, Cérès, 1994.

Récapitulons maintenant en insistant sur le fait que les allégations de crime débutent par un malaise culturel donnant lieu à des accusations d'islamophobie en Angleterre, puis se transforment en accusations de « haine raciale et religieuse » envers les musulmans indo-pakistanais et de toutes les nationalités ; ces accusations aboutissent enfin à un problème de « droit » musulman : le jugement de Rushdie pour apostasie établi par Khomeyni. C'est malheureusement cet événement qui retient, après 1989, toute l'attention. Par la *fatwa* de Khomeyni, l'affaire prend une tournure « juridique » là où il aurait été dans l'intérêt des musulmans d'Angleterre que l'affaire reste sur le plan culturel. Or, cette *fatwa* tout à fait inacceptable expose pourtant la différence entre deux logiques, apostasie confrontée à blasphème, notions sur lesquelles il convient maintenant de nous pencher.

Il n'existe pas de blasphème dans l'Islam, même le mot « apostasie » qui le remplace a un sens beaucoup plus radical dans l'Islam que dans toute autre culture occidentale. Comme nous le confirme le philosophe Bhikhu Parekh, les mots arabes normalement utilisés dans ce contexte, « riddah » et particulièrement « irtidad », signifient « tourner le dos » à l'Islam[26]. Il s'agit d'une trahison, de la rupture d'une promesse ou simplement de félonie. Les réactions à l'égard d'une telle trahison ont cependant été partagées, les uns prônant l'acceptation, les autres l'assassinat. La presse internationale nous donne d'ailleurs à l'occasion des exemples de la seconde réaction. La notion de blasphème, au sens occidental, fait référence aux paroles ou aux gestes qui outragent quelqu'un dans son sentiment ou dans sa croyance religieuse. La différence sémantique ne réside pourtant pas dans la définition, mais dans la logique religieuse.

Prenons d'abord le christianisme et le fait d'imiter ou de représenter irrespectueusement le Christ. Référons-nous au film de Martin Scorsese, *La dernière tentation du Christ*, basé sur un roman de Kazantzakis. L'offense était ici la scène tout à fait imaginaire où Jésus avait des fantasmes de relations sexuelles avec Marie-Madeleine. Or, le chrétien qui se situe dans un *imitatio Christi*, qui a foi en Jésus Christ, se place dans une logique de souffrance. « Jésus a souffert pour nous » est le Crédo chrétien. Suivre le Christ, être chrétien, c'est aussi être conscient que la route est parsemée d'embûches. Les Églises chrétiennes ont été bâties sur le principe qu'il était dans la nature des choses d'être persécuté. Devant l'insulte, devant le blasphème, le chrétien n'a d'autre choix que de « tendre la joue gauche ».

26. Bhikbu Parekh, « The Rushdie Affair : Research Agenda for Political Philosophy », dans Will Kymlicka (dir.), *The Rights of Minority Cultures*, Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 307.

C'était par un avantage psychologique et moral que le chrétien devait gagner le monde.

Précisons que c'est uniquement celui qui a perdu de vue le Crédo chrétien que le film de Scorsese peut offenser. Cela signifie que le blasphème ne cherche pas à protéger le chrétien ni sa foi, mais qu'il exprime une logique d'État, garant de l'ordre public. Le blasphème, tel qu'il est perçu dans la culture juridique occidentale, n'est pas fondé sur des notions religieuses, mais plutôt sur une conception étatique des enjeux moraux présents dans une société. Hélas, l'Angleterre n'a pas de législation portant sur le blasphème à l'égard des sentiments religieux, mais uniquement sur le blasphème à l'égard du christianisme et sa version anglicane. Ce fait explique sûrement pourquoi l'affaire Rushdie a été si rapidement internationalisée.

Revenons maintenant à Mohammed, celui que Rushdie a représenté irrespectueusement. Mohammed n'est pas quelqu'un qui tend l'autre joue à ses prétendus ennemis[27]. Il leur déclare plutôt la guerre sainte – le *jihad*. En fait, la vie de Mohammed, comme dirigeant guerrier, est ponctuée d'épisodes où il montre une cruauté expéditive contre ses ennemis ou ses alliés. En effet, 600 alliés juifs furent décapités après la bataille de Ditch (en 627), parce que Mohammed doutait de leur loyauté. Leurs femmes et enfants furent vendus comme esclaves.

Ainsi, c'est le comportement de Mohammed, prétendument inspiré par Allah qui pose problème. Même quand les seigneurs et les princes chrétiens commettaient des massacres, ils le faisaient en invoquant la nature humaine et particulièrement une nature pervertie chez ceux qu'ils massacraient. Ils n'ont jamais servi de modèle. En justifiant leurs méfaits par la faiblesse de la nature humaine, les sociétés occidentales ont par conséquent pu rationaliser les comportements et surtout les comparer à l'exemple christique. Car dans le discours humain, différents points de vue concernant la nature humaine peuvent se confronter. Or, comment rationaliser un comportement qui est *a priori* sans discernement, sans critique, et soi-disant inspiré par Allah ?

Cette dernière réflexion nous ramène aux sentiments de Mohammed à l'égard des poètes. Nous avons pu choisir la vraie histoire sur le poète qui avait « composé des vers contre Mohammed et organisait à Mekka des soirées où il les faisait chanter par deux chanteuses ». Mohammed fit tuer le poète de même que l'une des chanteuses[28].

---

27. Maxime Robinson, *Mahomet*, Paris, Seuil, 1968.
28. Maxime Robinson, *op. cit.*, p. 297.

Or, Rushdie est encore plus explicite dans l'histoire qui n'est en fait que la réplique de sa propre condamnation. Comme l'aurait dit Marx : la première fois comme tragédie, la deuxième comme parodie. Dans le récit de Rushdie, la tragédie est présentée comme suit :

> « Autrefois, tu ridiculisais la Récitation, dit Mahound dans le calme revenu. À cette époque, ces gens riaient aussi de tes moqueries. Aujourd'hui tu es revenu déshonorer ma maison, et il semble qu'une fois encore tu as réussi à faire sortir du peuple ce qu'il y a de pire.
>
> « Baal dit, "J'ai fini. Fais ce que tu veux."
>
> « Aussi on le condamna à avoir la tête tranchée dans l'heure, et quand les soldats l'emmenèrent brutalement hors de la tente vers le lieu d'exécution, Baal cria par-dessus son épaule : "Les putains et les écrivains, Mahound. Nous sommes ceux à qui tu peux pardonner."
>
> « Mahound répond, "Les écrivains et les putains. Je ne vois aucune différence". »[29]

Ainsi, Rushdie met-il en scène sa propre condamnation. Si Mahomet pouvait condamner un écrivain à mort parce qu'il n'aimait pas sa prose et si ce comportement était (soi-disant) divinement inspiré, pourquoi ne pourrait-on pas continuer à condamner à mort les poètes et les écrivains qui créent des vers et même des romans ? Et s'il n'existait aucune raison valable dans le premier cas, pourquoi y en aurait-il davantage dans le second ?

La liberté d'expression

Il ne s'agit pas, en terminant, de faire le résumé des arguments avancés, mais plutôt de conclure que la liberté d'expression est essentielle à la liberté de religion. L'une ne va pas sans l'autre. Il ne peut pas exister de liberté de religion sans que la liberté de l'exprimer dans toutes ses dimensions soit entièrement respectée. La liberté d'expression doit permettre en toute légitimité d'exprimer les doutes, les scepticismes, les hérésies, les déceptions et les révoltes en ce qui concerne la religion. Aucune religion n'a de valeur si elle ne peut pas respecter la liberté humaine et l'humanité qui s'exprime par cette liberté.

---

29. Rushdie, *op. cit.*, p. 425.

Acculturation juridique : la philosophie du droit et le droit des Amérindiens*

Il n'existe aucun système juridique qui n'a pas déjà emprunté à d'autres systèmes. Qu'il s'agisse des systèmes juridiques anciens (le code d'Hammurabi, le droit romain antique) ou des systèmes juridiques des États modernes, ils sont tous composés de nombreux emprunts et de transferts. Le droit comparé démontre comment le droit peut utiliser et acculturer les institutions juridiques des autres. Si l'acculturation juridique pose peu de problèmes quand elle est acceptée et négociée, il en va tout autrement lorsque la version libérale de la modernité rencontre des cultures juridico-coutumières dites autochtones, comme celles des Amérindiens, dans des situations devenues entièrement hégémoniques. La conception libérale de la modernité juridique refuse l'acculturation avec des systèmes juridico-coutumiers amérindiens, considérés comme rétrogrades et arriérés.

Nous regarderons ici de plus près ce refus d'acculturation avec des nations, ou peuples amérindiens, dans un contexte canadien ou québécois[1].

L'acculturation juridique

Spécifions d'abord la compréhension que nous avons de ce concept. Selon l'étymologie latine, l'acculturation juridique signifie, littéralement,

---

* Écrit en 1995 pour un numéro thématique sur l'acculturation pour la revue *Crises*. Prépublication dans les documents de base du Colloque « Les obstacles ontologiques », Université Laval, 1996.

1. Le terme « amérindien » a été forgé pour dissiper la confusion créée par Colomb, croyant avoir abordé dans les parages de l'Inde et désignant des habitants des Caraïbes comme « indiens ».

le mouvement d'une culture vers une autre, la rencontre de différentes cultures juridiques. C'est d'abord un pas *vers* l'autre, un dialogue, une négociation, une confrontation et un mélange. Mais, quand on se refuse à une vue angélique de la réalité, on reconnaît que ce dialogue n'est pas toujours égal, ni exempt d'arrière-pensées, ni dépourvu d'une certaine violence, à tout le moins structurelle. Tout dialogue ou toute rencontre d'acculturation se concrétise en un mélange où les contributions de l'une ou de l'autre culture peuvent être inégales, voire confuses. Cependant, la véritable acculturation n'est pas la part d'authenticité venue de l'un ou de l'autre côté, mais bien la création de quelque chose de nouveau, de différent et d'unique. Et c'est justement dans cette création de quelque chose de neuf que le concept d'acculturation apparaît comme une valeur, assurant ainsi la rencontre avec autrui et un dialogue avec lui, que celui-ci soit son égal ou non.

Pour appuyer notre thèse, nous regarderons d'abord de plus près la culture juridique amérindienne. Nous analyserons la conception libérale et son incapacité à négocier avec cette culture ainsi que les impasses qui en résultent. Puis, nous présenterons l'acculturation - la vraie ! - comme le dénouement de l'impasse. Enfin, nous envisagerons l'acculturation comme une rencontre des cultures juridiques, comme un « wampum à trois voies ».

L'univers juridico-coutumier des Amérindiens

L'héritage juridico-coutumier des Amérindiens est un univers de sens qui leur a servi, pendant des siècles, à sauvegarder leurs identités individuelle et culturelle. Nous nous concentrerons donc sur cet héritage en examinant l'autocompréhension des peuples en question (nous laisserons de côté les situations spécifique et historique des peuples amérindiens au Canada et au Québec, très bien traitées dans les études spécialisées[2]).

1. Le récit initial

Le chef amérindien Oren Lyons[3] nous enseigne que tous les êtres humains, en particulier les Amérindiens, sont soumis à la cosmogonie de la

2. Voir Denys Delâge, *Le pays renversé : Amérindiens et Européens en Amérique du Nord-Est*, 1600-1664, Montréal, Boréal, 1991 ; Philippe Jacquin (dir.), *Terre indienne, un peuple écrasé, une culture retrouvée*, Paris, Autrement (série : Monde), 1991.

3. Oren Lyons, « Traditional Native Philosophies Relating to Aboriginal Rights », dans Menno Boldt, J. Anthony Long et Leroy Little Bear (eds), *The Quest of Justice. Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 1985, pp. 19-23, et *idem*, « Spirituality, Equality and Natural Law », dans Leroy Little Bear, Menno Boldt et J. Anthony Long (eds), *Pathways to Self-Determination. Canadian Indians and the Canadian State*, Toronto, University of Toronto Press, 1984, pp. 5-13.

nature, des animaux et des hommes. Il désigne cette Création comme la Grande Loi ou comme la Loi de la Nature. Cette symbolique de la Création met en scène un Récit initial qui explique la place qu'occupent les faits et les êtres non humains ou humains, ainsi que les relations qu'ils entretiennent entre eux. Il s'agit d'un Récit cosmogonique qui sert à assurer une compréhension commune et une maîtrise de la signification humaine de la Grande Loi.

Cette Grande Loi instaure deux enseignements de base. D'abord une non-différenciation entre les différents éléments de la Création, puisque tous les êtres et les réalités sont égaux. Ensuite, la Loi cosmique doit être vue comme circulaire, comme une harmonie cyclique, comme une logique quadruple qui revient toujours à son point de départ.

Nous pouvons déjà entrevoir deux conséquences pour la pensée juridique. Cette fondation cosmogonique de l'univers juridico-coutumier met en scène une conception particulière de la temporalité ouverte pour l'expérience juridique. Contrastant avec la linéarité juridique de la modernité juridique, « le temps chrétien », cette conception établit un temps juridique circulaire. Il s'ensuit un rejet de la catégorisation du droit moderne et une invitation ontologique à penser le phénomène juridique comme non différencié du cosmos, de la nature et de la communauté. Cette conception cosmogonique place aussi les Amérindiens dans le rôle de « détenteurs initiaux » d'un « droit inhérent », de même qu'ils sont responsables du cosmos, de la nature et de la communauté des êtres. Ces droits et responsabilités, personne ne peut les altérer ou les abroger.

C'est la narration de ce Récit initial dans les temps historiques, par les membres des Nations amérindiennes, qui établit l'efficacité de cette fondation « légale » comme culture juridico-coutumière. Le Récit initial devient « vrai » lors de sa narration ; c'est ainsi que l'individu dans sa maturité peut affirmer sa propre « histoire » comme la confirmation et l'extension de ce Récit. L'individu est fondé à l'intérieur du Récit initial dont la communauté est le véhicule.

Sur le plan juridico-coutumier, la narration historique du Récit initial lie les individus entre eux et crée un « sens » intersubjectivement partagé. En fait, la conception du « droit » des Nations amérindiennes relève d'une authenticité communautaire. La vision du monde des Amérindiens est le produit d'une authenticité qui fonde physiquement et métaphysiquement leur communauté, leur Nation, comme un élément intégral d'un ordre naturel. De cette façon, l'authenticité communautaire est le seul paramètre permettant à l'individu de se dire amérindien. Les identités sont ainsi subsumées, au sens donné par la communauté, et il n'y a pas de place pour la

modernité juridique ni pour l'individu. L'individu est la « communauté », et la « communauté » est l'individu. L'univers juridico-coutumier fait appel à la prédiction communautaire, aux limites de l'expérience juridique, et nullement à la modernité du droit ou à des concepts fondés sur les droits individuels modernes.

2. Un wampum à deux voies

L'univers juridico-coutumier des peuples amérindiens est à des années-lumière de l'univers moderne du droit et nous ne pouvons pas expliquer toutes ces différences. Nous constatons toutefois que l'univers juridico-coutumier amérindien est construit de façon cohérente, structurée et ordonnée. C'est un univers juridico-politique qui assure à l'individu le sens intime de son existence.

Par ailleurs, il faut souligner que les peuples amérindiens ont très tôt mis leur culture juridico-coutumière à l'abri des non-Amérindiens. Dès le XVI^e^ siècle, c'est le thème, et le mythe, du « wampum à deux voies » qui assure cette fonction. Ce thème de deux « wampums » s'exprime différemment selon les sources, mais nous pouvons privilégier une des façons de l'exprimer : deux canoës descendent côte à côte la rivière de la vie ; le canoë des Amérindiens transporte leur héritage, tandis que le canoë des non-Amérindiens transporte le leur. Cette image, véhiculée au cours des siècles, démontre qu'il existe et qu'il doit exister deux systèmes indépendants de culture, de droit et d'institutions politiques, indépendants l'un de l'autre. Cela signifie donc aussi que les autochtones refusent l'acculturation.

Quoi qu'il en soit, l'univers juridico-coutumier des nations amérindiennes d'Amérique du Nord se déploie aujourd'hui sur le plan politique, culturel et spirituel comme contre-modèle des systèmes étatiques. Il s'agit d'une conception juridico-coutumière qui accompagne les luttes de reconnaissance caractéristiques de ces sociétés, et c'est un héritage culturel et spirituel mobilisant une résistance identitaire.

La conception libérale du droit

La conception du droit qui règne en maître en Amérique du Nord est d'abord et avant tout libérale. C'est l'idéologie de l'État et de l'économie. C'est avec cette conception du droit que l'univers juridico-coutumier des nations amérindiennes aurait dû s'acculturer, et vice-versa. Une telle acculturation n'a cependant jamais eu lieu, et nous devons maintenant tenter de savoir pourquoi. Pour ce faire, nous nous limiterons à deux aspects de cette conception : d'abord à son émergence historico-philosophique et en-

suite, aux deux principes qui dictent aujourd'hui le discours libéral dans le domaine du droit.

Il faut d'abord faire un pas en arrière vers la genèse historico-philosophique de la conception libérale du droit, plus particulièrement vers le modèle de pensée qui se construit comme une dialectique entre les droits subjectifs et le droit étatique. Il faut en effet savoir que le seul vrai droit, selon le libéralisme, est le droit étatique modulé par les droits subjectifs. Le droit étatique réalise et accomplit ainsi le sens de l'absolutisme juridique et politique du début de la modernité.

En fait, l'absolutisme juridique et politique qui s'installe en Europe à partir du XVI^e siècle affirme que le monopole de faire et d'administrer le droit relève d'une prérogative de l'État. Dans le droit ancien, on pouvait avoir le privilège de se faire juger par ses pairs, et différents « statuts de droit » coexistaient soit selon les ordres sociaux (noblesse, clergé, bourgeoisie), selon les critères géographiques, selon les droits ou coutumes, selon les métiers, et selon plusieurs autres critères encore. L'absolutisme politique et juridique qui inaugure la modernité juridique détruit le fondement de ce système en assimilant le droit à l'État. Le libéralisme, simultanément mouvement politique et philosophie combattant l'absolutisme politique et juridique, ne met jamais en doute ce modèle ; il le confirme en aménageant un espace subjectif de liberté individuelle comme son corollaire. Le libéralisme s'est d'abord manifesté historiquement comme une revendication de liberté religieuse à l'égard des religions d'État, de même que dans une lutte contre l'absolutisme politique dans les domaines économique et politique. Le libéralisme trouve ainsi son origine dans un souci de protection de l'individu contre l'État. Le résultat de la victoire politique et philosophique sur l'absolutisme s'est concrétisé dans un droit étatique et national représenté par la Loi. Une loi qui, à partir de la figure de la souveraineté nationale ou de la volonté nationale, prétend être égale et universelle.

1. Les paradigmes de base du libéralisme

Ceci dit, nous pouvons maintenant analyser les deux paradigmes de base du libéralisme moderne qui structurent les prises de position lorsqu'on aborde la culture et le droit des autochtones. Les deux paradigmes libéraux qui nous intéressent sont le paradigme individualiste et le paradigme de neutralité[4].

4. *Cf.* Kymlicka, *Contemporary Political Philosophy. An Introduction, op. cit.*, pp. 50-94 ; John Rawls, *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1987 ; Ronald Dworkin, *A Matter of Principle,* Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1985.

1.1 Le paradigme individualiste

Pour le libéralisme, le lieu d'explication doit être uniquement l'individu. Le libéralisme fait sien le sujet moderne du droit constitué par la liberté de conscience, l'autonomie de la volonté et la responsabilité individuelle des choix. Le libéralisme paradigmatise le sujet moderne de droit dans la perspective abstraite de la personne qui fait des choix. Il met ainsi au premier plan la question du « choix » que les individus opèrent. La perspective du « choix » devient donc le lieu privilégié d'explication du libéralisme moderne.

Le libéralisme admet que la totalité contextuelle n'est pas choisie. Il affirme toutefois que le contexte n'a aucun ascendant sur nos choix, même si nos choix ne peuvent pas renier en bloc le contexte dans lequel nous sommes nés et dans lequel nous vivons (contextes social, historique, langagier, communautaire, religieux, économique, etc.). Le libéralisme tient pour acquis que ces contextes n'ont aucun statut moral pour nous. Selon la pensée libérale, nous n'avons aucun « devoir » envers les contextes où nous vivons. Acceptant le contexte comme dépourvu de valeur, l'individu est libre de faire ses choix sur le marché, sans contrainte ni devoir contextuel.

1.2 Le paradigme de « neutralité »

Le paradigme de « neutralité » postule que l'État doit être neutre face aux individus, aux citoyens. Comme le choix du « bien » est réservé aux individus, l'État n'a pas le droit de s'immiscer dans ce qui relève de la compétence exclusive des individus. Il n'a pas pour rôle de se substituer à leurs choix, ni d'imposer une conception particulière du bien, même si celle-ci est généreuse et ouverte. Le rôle de l'État est d'être « juste », d'où, d'ailleurs, la préoccupation significative du libéralisme de constamment fonder des institutions justes.

Le paradigme de neutralité doit servir à protéger les individus dans des situations ou des contextes non choisis. La neutralité doit protéger la liberté de faire des choix individuels. C'est un paradigme faisant appel à l'universalité du droit, à savoir que le droit doit être « égal » pour tous. Il ne doit pas y avoir *stricto sensu* de différence de statut juridique entre les différentes catégories de citoyens. C'est un argument contre toute discrimination et différenciation non fondées.

Certes, nous pouvons constater que plusieurs penseurs libéraux contemporains cherchent à briser ce carcan et, sans renoncer au sujet moral, à entamer une réflexion et un dialogue avec les contextes culturels[5]. Mais,

5. Voir Will Kymlicka, *Liberalism, Community and Culture*, Oxford, Clarendon Press, 1991 ; *idem*, *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford,

aussi héroïques qu'ils soient, ces efforts n'ont rencontré jusqu'ici qu'un succès mitigé. Cela nous permet de voir comment ce modèle de droit a refusé toute acculturation parce que hostile à une prise en considération positive des composantes culturelles.

L'acculturation refusée

Observons d'abord le contexte juridique des peuples amérindiens d'Amérique du Nord. Nous y voyons un droit étatique généralement appliqué de façon « paternaliste » et dirigiste. Nous remarquons aussi que le droit colonial, programmant le projet de colonisation initial, persiste comme paradigme de ce droit étatique. Dans le contexte nord-américain, le libéralisme moderne a farouchement combattu les « vestiges » de l'univers juridico-coutumier des peuples autochtones. Il n'a jamais accepté une acculturation.

Pour comprendre la position du modèle libéral du droit, il faut d'abord lui rendre hommage. Nous ne pouvons pas comprendre entièrement ces principes sans tenir compte du fait qu'ils ont accompagné l'évolution moderne et contemporaine du droit. De même, nous devons mentionner que ces principes ont eu un effet « émancipateur » pour les sujets de droit dans les sociétés occidentales. Comme l'écrivait Milton Gordon, l'idée libérale du droit se caractérise par :

> [...] l'absence, même la prohibition, de toute reconnaissance juridique ou gouvernementale des entités collectives, qu'elles soient raciales, religieuses, langagières ou groupales [ethno-nation : BM] comme ayant un statut dans le processus légal ou gouvernemental, et une prohibition de l'usage des critères ethniques de toutes sortes pour des raisons de discrimination ou réciproquement pour un traitement spécial ou de faveur.[6]

Le libéralisme juridique a représenté un outil politique indubitable contre l'inégalité, la discrimination, la différenciation, l'exclusion, et autres maux de notre modernité. Sur ce plan, nous pouvons tous convenir que le libéralisme juridique a démontré son efficacité et aidé les individus des groupes

---

Oxford University Press, 1995 ; et *idem* (ed), *The Rights of Minority Cultures*, Oxford, Oxford University Press, 1995.

6. M. Gordon, « Toward a General Theory of racial and Ethnic Group Relations », dans Glazer & Moynihan (eds), *Ethnicity, Theory and Experience*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1975, p. 105 ; « the absence, even prohibition, of any legal or governemental recognition of racial, religious language or [ethno-national : BM] groups as corporate entities with a standing in the legal or governemental process, and a prohibition of the use of ethnic criteria of any type for discriminatory purposes, or conversely for special or favored treatment. » (Notre traduction.)

défavorisés. Mais qu'en est-il des contextes non occidentaux, non européens, comme ceux de l'univers juridico-coutumier amérindien ?

Dans l'histoire du droit autochtone canadien, le projet du premier ministre Pierre Elliot Trudeau (1969) d'abolir tout « statut » autochtone (les « réserves », les lois sur les amérindiens) représente le sommet idéologique d'une intention libérale contre toute revendication identitaire, amérindienne ou autre. Si Trudeau n'est pas parvenu à ses fins, s'il a reculé stratégiquement devant l'opposition amérindienne et s'il a été obligé d'accepter partiellement un fait amérindien dans la Constitution canadienne de 1982, il n'en demeure pas moins qu'il a formulé, sur le plan de l'idéologie de l'État, une interprétation du fait amérindien qui le nie en substance. Cette morale libérale n'attend que le moment où sera abolie toute référence au fait amérindien mentionné. Pourquoi ? En fait, notre réponse peut être assez brève. L'univers juridico-coutumier amérindien devient immoral, car il attribue un droit à une entité ethno-nationale.

Il ne s'agit pas, comme nous l'avons constaté, d'un droit qui repose sur des personnes, mais d'un droit construit sur le fait culturel d'un peuple particulier. Il introduit donc nécessairement une distinction entre les différents types de citoyens, entre les non-Amérindiens et les Amérindiens. Il forge ainsi une arme juridique qui peut être utilisée contre les libertés individuelles.

La question des droits collectifs, sans laquelle nous ne pouvons pas envisager un droit autochtone *sui generis*, synthétise en soi le motif de cette accusation d'immoralité. En fait, du point de vue de la conception libérale, le droit collectif autochtone doit être jugé comme immoral parce que l'État amérindien, ou la Nation, impose une conception particulière du Bien, qu'il s'agisse du langage, de la culture, des coutumes ou autres, et se substitue ainsi au choix individuel. L'État amérindien, ou la Nation, n'est donc pas neutre, mais il adopte une position paternaliste et autoritaire. Il en va de même en ce qui concerne les choix individuels, où un droit collectif impose à l'individu une conception du Bien qui restreint son libre choix. Ce choix établit une dépendance de l'individu envers cette conception du Bien et restreint – abolit en fait – le libre choix.

Dans ce contexte, tout discours de droit amérindien devient une monstruosité qui doit être écartée et combattue, une immoralité honteuse qui ne peut absolument pas être justifiée dans une société libre et démocratique. Celle-ci refuse tout « statut » juridique des autochtones au profit d'un droit des citoyens.

Comment pouvons-nous, dans ce cas, défendre l'acculturation comme une rencontre des cultures, comme un signe de respect d'Autrui et une volonté de construire avec lui quelque chose de neuf, quelque chose de partagé ? Et pourtant nous le faisons !

L'acculturation comme rencontre communicationnelle : un wampum à trois voies

Appeler à une rencontre communicationnelle qui pourrait aboutir à l'acculturation, vue comme la création d'un espace juridique partagé, n'est pas chose facile dans la situation où se trouvent la plupart des nations autochtones du monde. La méfiance règne des deux côtés. Cependant, nous pouvons dire que rien ne peut être entrepris avant que la « justice historique » ne soit rétablie. Jean-Marc Ferry a synthétisé ce **devoir** comme suit :

> Nous avons collectivement beaucoup à nous faire pardonner. Au-delà, nous **devons** nous remémorer sur un mode critique ce que nous avons infligé de violence et d'humiliations à des peuples entiers de tous les continents, afin de faire triompher notre propre version de l'humanité ou de la civilisation. [...] Les peuples humiliés, largement majoritaires aujourd'hui sur la planète, attendent **d'abord** que nous reconnaissions ce qu'ils ont subi jadis, à l'époque où nous n'écoutions pas les cris de souffrance et du désespoir. Ils résonnent aujourd'hui comme des appels à la justice. Une telle reconnaissance implique notre responsabilité à l'égard du passé. [...] Les mots ont ici toute leur importance, car ils peuvent -ou non- réparer l'injustice avec la même quantité et la même qualité des choses données en réparation.[7]

En fait, l'histoire moderne des Nations amérindiennes de l'Amérique du Nord tourne autour des injustices subies, des promesses sans lendemain et, surtout, de l'humiliation subie. Aucun dialogue ne peut être entrepris sans la reconnaissance des torts infligés aux autres.

Une telle reconnaissance de l'injustice historique ne pourrait être l'unique préalable à une acculturation. Celle-ci doit passer par l'utilisation de la symbolique amérindienne qui conférera une valeur à cette reconnaissance historique et développera le désir d'une acculturation partagée et respectueuse de l'autre culture.

---

7. Jean-Marc Ferry, *Les puissances de l'expérience. Essai sur l'identité contemporaine*, t. 2, *Les ordres de la reconnaissance*, Paris, Cerf, 1991, p. 218-219. *Cf.* Jean-Marc Ferry, « Sur la responsabilité à l'égard du passé. L'éthique de la discussion comme éthique de la rédemption », dans *Hermès*, n° 10, 1991, numéro thématique intitulé : *Espaces publics. Traditions et communautés*.

La métaphore de « deux wampums », des deux cultures juridiques, rappelle que personne ne doit se déposséder de tout ce qu'il considère comme valable pour lui et pour les siens. Nous devons admettre que l'univers juridico-coutumier amérindien fonde le sens de l'« être autochtone ». Nous devons également reconnaître que le modèle libéral est valable, tant par sa conception du sujet moral mettant l'accent sur sa capacité de construire et de détruire le social, que par ses principes de liberté et d'égalité qui figurent au cœur des démocraties modernes.

Imaginez donc une « voie à trois wampums ». Imaginez la rivière de la vie où descendent trois canoës : le canoë des Amérindiens avec leur héritage juridico-coutumier, le canoë libéral avec le modèle subjectiviste, et le canoë d'acculturation symbolisant le fait de vivre ensemble. Ce troisième canoë combine l'une et l'autre culture.

Sur le plan pratique, cela veut dire que nous devons, sans pour autant renoncer au modèle de droit étatique, reconnaître l'existence de l'univers juridico-coutumier des Amérindiens sur leurs propres prémisses. Nous devons reconnaître ce que cet univers apporte de positif aux communautés autochtones. Nous devons reconnaître la valeur d'être juges selon des normes ayant un sens pour les personnes concernées.

Mais nous devons surtout, en couplant le droit étatique avec l'horizon d'un pluralisme juridique, trouver de nouveaux *modus vivendi* entre les héritages amérindiens et le modèle libéral. Comme l'imaginaire juridique est en train de s'essouffler, cette nouvelle conciliation devrait trouver sa source de légitimité hors des systèmes nationaux. En fait, le nouveau système de normes internationales concernant les peuples autochtones peut devenir la source d'une telle légitimité[8], qu'il s'agisse de la Convention 169 de l'O.I.T. ou du Projet de déclaration des droits des peuples autochtones qui se prépare dans le système onusien. Il nous semble en effet que ces normes internationales, et d'autres encore, incitent les différents systèmes juridiques nationaux à trouver de nouvelles solutions. Nous devons imaginer une acculturation qui, jusqu'ici, n'a pas pu se produire et, surtout, tordre le bras des États pour qu'ils obtempèrent.

Finalement, nous nous rendons compte que nous risquons de nous trouver dans une position inconfortable. Les uns veulent nous rejeter en nous accusant de miner leur héritage juridico-coutumier, les autres parce que nous préconisons un compromis qui ne paie pas le tribut au Roi-Loi. Assumons pourtant le risque en disant que l'acculturation est le destin de ce

8. Voir *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. 24 (1994-95), nº 4 pp. 71-77 et 78-83, reproduisant ces documents.

monde. Chaque culture, en chérissant et en protégeant ses multiples héritages, participe aussi à une vaste entreprise dont nous envisageons à peine l'ampleur : des acculturations multiples, aussi bien verticales qu'horizontales, où les cultures s'entrechoquent et s'enrichissent, tout en créant constamment quelque chose de neuf, quelque chose de partagé. Le droit est là, dans ce processus. Il convient de le reconnaître et de comprendre que chacun doit apporter quelque chose à partager. Loin d'une binarité des solitudes, la véritable acculturation juridique est, comme nous l'avons souligné à maintes reprises, un partage, un mélange et un dialogue.

VI

MARXISME ET DROIT

Pasukanis : une lecture marxiste de Maurice Hauriou

À première vue, rien ne semble rapprocher le juriste soviétique Evgèny B. Pasukanis (1891-1937) du doyen de la faculté de droit de Toulouse Maurice Hauriou (1856-1929). Pasukanis était un théoricien marxiste du droit connu pour son engagement révolutionnaire et pour sa position en faveur du dépérissement du droit. C'est là semble-t-il l'exacte antithèse d'Hauriou, penseur conservateur, d'inspiration chrétienne et platonicienne, soucieux de faire cesser toute agitation révolutionnaire au profit d'une réconciliation spirituelle de l'individu avec la société, dans la perspective d'une paix sociale apportant un progrès aussi bien moral que matériel pour l'humanité. Mais au-delà de ce clivage de fond entre ces deux juristes, nous voulons ici mettre en lumière que Pasukanis propose lui-même une lecture théorique complaisante d'Hauriou. Ainsi la lecture d'Hauriou par Pasukanis s'établit dans un dialogue ouvert sur la signification du droit et de son fondement, tout en conservant cependant sa propre perspective marxiste. Nous nous proposons donc de dégager le rôle spécifique qu'a pu jouer la théorisation d'Hauriou dans l'oeuvre majeure de Pasukanis, *La théorie générale du droit et le marxisme* de 1924[1], sans pour autant que celui-ci adopte les conclusions de son prédécesseur.

1. Pasukanis. *The General Theory of Law and Marxism,* 1re éd. de 1924, *in Selected Writings on Marxism and Law,* éd. Par P. Beirne et R.S. Sharlet, London, Academic Press, 1980 (cité à l'avenir « (1924) *S.W.* ». La 3e éd. de 1927 a été traduite et publiée par EDI, Paris, 1970. Pour la commodité, nous nous référons à cette édition pour les citations en français (cité « *T.G.* »); cependant nous tenons à souligner que nous ne considérons pas cette traduction comme scientifiquement valable, et ce autant pour des problèmes d'ordre philologique que pour les transformations de perspectives apportées par Pasukanis dans les 2e (1926) et 3e (1927) éditions de son oeuvre. Sur cette

Tout lecteur de *La théorie générale du droit et le marxisme* ne peut en effet qu'être frappé par la réelle admiration que Pasukanis manifeste envers Hauriou. Alors que son genre littéraire habituel consiste en une stigmatisation générale de toutes les positions théoriques sur le droit, y compris de celles d'Engels et de Lénine, Hauriou y reçoit un traitement d'exception car il est caractérisé comme « l'un des juristes [...] les plus perspicaces »[2]. Cette opinion de Pasukanis trouvera sa réalisation en 1929 dans l'édition qu'il fera en russe de l'oeuvre principale d'Hauriou, *Principes de droit public,* à un moment où la chasse aux vestiges des « théories bourgeoises » était pourtant bien ouverte. Au-delà de l'emploi stratégique que Pasukanis a pu faire d'Hauriou pour contrecarrer le puissant courant de « soviético-duguisme », représenté par A.G. Goikhbarg (1883-1962), à cette époque chef du département de la législation soviétique, nous allons ici insister sur les indices du dialogue de Pasukanis avec Hauriou.

La lecture analytique d'Hauriou

L'intérêt de la lecture analytique d'Hauriou par Pasukanis apparaît à la lumière du problème que celui-ci tente ainsi de résoudre. Ce qui le préoccupe alors, c'est que Marx n'a jamais développé une quelconque théorie du droit, mais qu'il a plutôt introduit une critique de l'ordre social dans sa critique de l'économie politique en tant qu'anatomie de la société civile. Par conséquent, la position marxiste peut également s'avérer fructueuse pour la compréhension du droit, pourvu que l'on conçoive le droit comme partie intégrante de l'ordre social. De ce fait, Pasukanis rejette la tradition marxiste inaugurée par Engels pour laquelle le droit est idéologique, car il cherche à poser analytiquement la question de l'objectivité sociale du droit. C'est là qu'intervient la pensée d'Hauriou dans son triple postulat des « équilibres juridiques », à savoir que l'ordre juridique se caractérise par son enracinement social dans l'intérêt, dans le pouvoir et dans la fonction.

Examinons tout d'abord le premier postulat des « équilibres juridiques » d'Hauriou qui consiste à dire « qu'il n'y a pas de droit sans intérêt[3] ». Pasukanis reprend à son compte cette perspective comme suit : « [...] le droit est, tout comme l'échange, un moyen de communication entre des éléments sociaux dissociés. Le degré de cette dissociation peut être historiquement plus ou moins grand, mais elle-même ne peut jamais disparaître

question, nous renvoyons à notre thèse, *Pasukanis et la théorie marxiste du droit,* Paris 2, 1987, multig.

2. Pasukanis (1924) *S.W.*, p. 83; *cf.* p. 90; *T.G.*, p. 112; *cf.* p. 123.
3. M. Hauriou. *Principes de droit public,* Larose et Tenin, 1re éd., 1910, p. 32 ss.

totalement.[4] » Reprenant ainsi l'idée que l'intérêt permet de désigner l'objectivité du droit, Pasukanis en détourne cependant le sens initial qu'il avait pour Hauriou. En effet, pour celui-ci, l'intérêt est un appendice concret de l'homme, alors que pour Pasukanis, c'est la possibilité abstraite pour l'homme qu'incarne l'intérêt qui peut donner une objectivité au droit. Là où Hauriou a posé l'intérêt concrètement et positivement comme représentation des particuliers, Pasukanis en fait plutôt un moyen en tant que sphère abstraite de la société de se représenter, permettant à l'objectivité du droit de se constituer. Ainsi, lorsqu'il soutient que le droit est un « moyen de communication », il fait du droit, comme du langage, une objectivité sociale qui représente une médiation particulière dans la réalité sociale.

Le deuxième postulat d'Hauriou affirme qu'il « n'y a pas de droit [...] sans pouvoir de décision ». Pasukanis reprend ce postulat : « Même dans l'État bourgeois « bien ordonné » la matérialisation des droits, selon l'opinion d'un juriste aussi perspicace qu'Hauriou a lieu, pour chaque citoyen, à ses propres « risques et périls ». Marx formule cela de manière encore plus nette dans son *Introduction générale à la critique de l'économie politique :* « Le *Faustrecht* (le droit du plus fort) est également un droit »[5]. Mais alors que le pouvoir de décision « à ses risques et périls » représente chez Hauriou le principe de la justice commutative, Pasukanis le reformule en le rattachant à la pensée de Marx, et cette interprétation amène encore une précision absente chez Hauriou. En effet, le principe du pouvoir de décision chez Hauriou est une question de liberté individuelle : la liberté individuelle comme pouvoir juridique. Cette liberté est soumise au respect réciproque des individualités, car Hauriou fait de l'individualité même la liberté virtuelle de l'humanité : dans la ligne de la philosophie du siècle des lumières, il identifie l'homme à la contingence, de par son individualité, et fait de la réalité le règne de la liberté ; d'où la conceptualisation de la justice commutative en tant que justice idéale. Or, la précision qu'amène Pasukanis renverse ce schéma : ainsi, c'est la réalité, la matérialité qui est contingente alors que la liberté est une dimension sociale où la justice commutative se « matérialise ». En d'autres termes, la justice commutative, de par les positions sociales des acteurs, appartient à la contingence sociale ; la possibilité abstraite d'une justice commutative représente le droit en tant que liberté inhérente à la société civile. Lorsque Pasukanis dit que les droits « s'incorporent dans la chair et le sang de deux parties en litige, qui, la

4. Pasukanis (1924) *S.W.*, p. 90; *cf.*, pp. 82-83; *T.G.*, p. 123; *cf.*, p. 111-112. Voir également Hauriou, *op. cit.*, p. 286.

5. Pasukanis (1924) *S.W.*, p. 90; *T.G.*, p. 123. Pasukanis ne donne aucune référence pour sa citation d'Hauriou, *op. cit.*, p. 34. V. également Marx (1857), *Œuvres*, t. 1er, Économie, éd. Rubel, Gallimard, 1977, p. 241.

vindicta au poing, réclament leur « droit[6] », il s'agit de la liberté sociale en tant qu'affirmation de la justice commutative. Par conséquent, la justice commutative n'est pas envisagée par Pasukanis comme une idéalité - à la façon d'Hauriou - mais comme un domaine d'équivalence commutative soumise à la contingence de la réalité sociale.

Quant au troisième postulat d'Hauriou, selon lequel il n'existe d'ordre juridique que s'il existe une fonction sociale remplie[7], Pasukanis l'adopte comme suit : « Hauriou [...] place très justement au premier rang la réciprocité comme garantie la plus efficace de la propriété et nécessitant le minimum de violence extérieure. Cette réciprocité garantie par les lois du marché donne à la propriété son caractère d'institution « éternelle[8] ». La notion de réciprocité est ici le signe de la fonction sociale de l'ordre juridique : c'est elle qui représente le sens juridique de l'ordre juridique en tant que partie de l'ordre social. Mais ici Pasukanis ne fait rien de moins que de renverser la démonstration d'Hauriou. Car chez ce dernier, c'est plutôt la fonction du droit comme « institution » qui donne à l'ordre juridique, comme à l'ordre social, un sens. Selon Pasukanis, Hauriou se tromperait en confondant la fonction sociale et la fonction juridique par le biais d'une figure d'idéalité : l'institution. Si la fonction sociale de l'ordre juridique signifie la réciprocité, il serait illogique à partir de ces prémisses de dire que la réciprocité est également un critère de fonctionnement juridique. Pour lui, ce serait plutôt le sens juridique d'un ordre juridique conçu à partir de l'ordre social. Lorsque Pasukanis oppose « les lois du marché » à la doctrine de l'institution d'Hauriou, il s'agit en fait d'un rejet de la conception globale de la société qui fait de celle-ci un *agamen* (la troupe en ordre de marche), au bénéfice d'une conception de la société en tant qu'agrégat de rapports sociaux ; cet agrégat de rapports sociaux s'élabore dans des rapports de communication sociale, et c'est cette communication sociale, dont le droit représente l'élément abstrait de la rationalité sociale, qui a le caractère d'une « institution éternelle » comme le dit Pasukanis en paraphrasant Hauriou.

La conséquence de cette lecture analytique d'Hauriou fait apparaître que Pasukanis persiste dans sa vision de l'ordre juridique qui s'inscrit dans la continuité de la conception de Marx au sujet de l'ordre social. Il ne partage donc pas la position ontologique d'Hauriou, mais suit le chemin critique

---

6. Pasukanis (1924) *S.W.*, p. 59; *T.G.*, p. 70.
7. Hauriou, *op. cit.*, p. 35.
8. Pasukanis (1924), *S.W.*, p. 83; *T.G.*, p. 112. Pasukanis ne donne aucune référence, mais voir Hauriou, *op. cit.*, pp. 286-289.

et épistémologique de Marx. Sa perspective consiste dans la théorisation du droit en tant que questionnement sur sa dimension de réalité et sur sa dimension de rationalité. En définissant le droit comme relevant à la fois de la communication sociale, de la représentation commutative et de l'aspect commutatif de la société, Pasukanis cherche à dégager les dimensions de la réalité qui permettent de traiter rationnellement du droit et à souligner les dimensions de la rationalité qui permettent d'analyser et de comprendre la réalité.

La lecture critique d'Hauriou

Un disciple d'Hauriou répliquerait à Pasukanis qu'il ne reconnaît plus son maître dans cette lecture analytique. Où sont donc passées la poésie philosophique et la spiritualité cosmique qui le caractérisent si bien ? Il est clair que Pasukanis laisse tomber une large part de l'esprit d'Hauriou, et il nous faut maintenant analyser les raisons de ce choix. Nous les synthétiserons en deux problèmes fondamentaux que constituent la représentation du droit du point de vue de la société, et la représentation de la société du point de vue du droit.

Sur la question de la représentation du droit, nous pouvons souligner que la critique d'Hauriou que fait Pasukanis est déjà inhérente à sa lecture de l'ordre juridique. Nous avons constaté que pour lui l'ordre juridique n'est constitué qu'en fonction du sujet du droit, alors que pour Hauriou, le droit concerne l'individu, l'homme concret. Pour saisir dans toute son ampleur la raison d'être de ce déplacement de l'individu au sujet du droit, il nous faut approfondir la conception d'Hauriou qui fait de l'individu le fondement du droit. Cette conception repose sur un dualisme entre l'individu et la société. Ainsi, l'individu aurait une existence indépendante de la société, et la société suivrait son cours indépendamment de l'individu. D'où la nécessité pour Hauriou de poser une correspondance d'ordre « spirituel » entre les deux dimensions. L'ordre juridique peut donc s'expliquer par le rôle de l'individu, en l'occurrence celui de médiateur spirituel vers la sphère du bien moral objectif, conçue comme Esprit ou comme le Dieu chrétien.

Le remplacement de l'individu par le sujet du droit qu'opère Pasukanis recouvre deux dimensions. Tout d'abord, il rejette tout dualisme entre l'individu et la société, car il conçoit l'individu *zoon politikon* selon l'expression d'Aristote. Pasukanis s'attache donc à expliquer la pluralité des positions sociales, en ce que la position du sujet du droit distingue le droit des autres positions sociales. C'est dans ce dessein qu'il introduit une dualité entre l'individu en général comme *zoon politikon* et l'individu en particulier

qui se manifeste comme sujet du droit. La thèse du droit en tant que moyen de communication fait du sujet du droit l'instance permettant de distinguer entre le droit comme communication particulière et la communication sociale qui relève du domaine de la socialité de l'individu.

Ensuite, Pasukanis critique le fondement même de la compréhension du droit d'Hauriou. Car celui-ci, en faisant de l'individu la base du droit, pose l'existence du droit sur un plan concret. Or Pasukanis, en distinguant entre l'individu et le sujet du droit, situe pour sa part le droit au niveau de l'abstraction. En effet, l'existence du sujet du droit n'étant que le masque abstrait de la position juridique dans la société, il en découle que le droit lui-même n'est qu'une abstraction sociale particulière. Ainsi, alors qu'Hauriou limite son questionnement à la nature de l'homme, Pasukanis, pour sa part, établit le questionnement de base du droit à partir de la capacité de la société de se faire des représentations abstraites en vue d'une communication sociétale. Il critique Hauriou pour son égarement dans les brumes de la dimension éthique de l'individu, là où il faudrait plutôt s'engager dans un travail sur la possibilité abstraite de la « juridicité » dans la société.

Si l'on considère maintenant la question de la représentation de la société vis-à-vis du droit, le point de départ critique de Pasukanis consiste à dire que toute personnification – individualiste ou collectiviste – de la société est une impasse théorique. Hauriou, en séparant l'individu et la société, ne peut que transférer la somme des « droits individuels », c'est-à-dire l'ordre juridique, à un agent chargé de personnifier cet ordre, à l'État. Il fait ainsi de l'humanité une personnification morale, une virtualisation spirituelle représentant le droit comme substance d'elle-même. Soulignons que si le fondement du droit est ici individualiste, le concept de droit est cependant collectiviste, étant personnifié par l'État.

Que la position d'Hauriou soit une version implicite d'une théorie de contrat social ne fait aucun doute. Pasukanis le critique précisément sur la question de la souveraineté comme étant soit inhérente au droit lui-même, soit extérieure au droit. La position qu'il défend pour sa part consiste à dire que toutes les théories de personnification du droit (individualiste ou collectiviste) ne sont que des légitimations politiques de la victoire politique de la bourgeoisie[9] qui n'approfondissent en rien la compréhension du droit proprement dit. Pasukanis récuse comme irrationnelles les théories sur la souveraineté qui, par le biais d'une naturalisation de l'État (Bodin, Althusius, Grotius et Hobbes), d'un contrat social (Locke, Pufendorf, Wolff et

9. Pasukanis (1924) *S.W.* p. 52; *cf.* pp. 72-73; *T.G.*, p. 39; *cf.* pp. 91-92 et 133.

Rousseau), ou d'une Raison (morale chez Kant, historique chez Hegel), font de l'État une personne attribuant des droits et des devoirs. Car si le droit n'est qu'une substance de la personnification de l'État, il n'est plus que dépendant de la définition attribuée à ladite personnification, devenant ainsi lui-même non rationnel. Si le droit reposait sur une personnification imaginaire, il ne serait plus que l'exigence également imaginaire, pour ne pas dire métaphysique, d'une correspondance entre les individus et l'État.

Soulignons que la conception du droit commutatif de Pasukanis n'ouvre d'autre voie que celle du « procéduralisme » juridique. En effet, pour lui, seuls les sujets du droit peuvent s'instituer dans un rapport de souveraineté en droit, et par conséquent toute représentation de la société et de l'État doit se représenter abstraitement sous le masque des sujets du droit. C'est dans le jeu de la communication des sujets que le droit apparaît comme une rationalité souveraine pouvant répondre aux besoins de la société.

Ainsi la critique d'Hauriou par Pasukanis reconnaît en lui quelqu'un qui travaille aussi en vue de dépasser la notion purement générique du caractère social du droit, mais qui échoue à cause de son idéalisme. Sa lecture d'Hauriou introduit et affirme la possibilité d'une attitude réaliste dans la théorisation du droit, et ce contre Hauriou lui-même. Pasukanis, en insistant sur l'existence objective et historiquement déterminée du droit, en arrive à faire du marxisme une philosophie pratique, c'est-à-dire une éthique, qui indique théoriquement les limites d'une pratique rationnelle en ce qui concerne le droit.

LIVRE 2

RÉFLEXIONS SUR LA PHILOSOPHIE DU DROIT

PRÉFACE

Au seuil des réflexions

La philosophie du droit est là pour nous permettre de réfléchir sur la signification du projet juridique moderne et sur la direction à lui donner. Nous devons ainsi l'envisager comme un domaine de réflexions et d'idées dont la publicité est la conséquence nécessaire et évidente. En publiant nos *Réflexions sur la philosophie du droit*, nous poursuivons un objectif « communicationnel » : ces réflexions sont pour nous des actes de dialogue qui nourriront, modifieront ou approfondiront nos idées sur le projet juridique moderne. En ce sens, nos réflexions ne se prévalent d'aucune « sagesse » ou « expérience ». Nous ne voulons que nous engager de façon partisane au bénéfice du droit. En fait, par nos réflexions sur la philosophie du droit, nous nous proposons d'épauler, sans concession et avec le plus de sens critique possible, l'élaboration de raisonnements et d'arguments pour contribuer à l'actualisation continuelle du projet juridique. C'est par le dialogue et la réflexion que nous pourrons aboutir à ce droit que nous voulons nous octroyer.

Qu'il nous soit pourtant permis, à l'heure de la publication de ces *Réflexions,* d'ajouter quelques précisions. Non pas dans le but de nous arroger la place des réflexions proprement dites, ni, espérons-le, d'ôter du plaisir à leur lecture, mais bien pour souligner notre volonté de défendre le projet juridique moderne au moyen d'arguments et des raisonnements valables.

Il faut d'abord considérer l'individu comme un acteur autonome du projet juridique moderne. Le leitmotiv de notre livre, c'est donc aussi d'insister sur l'autonomie des sujets de droit et sur l'importance de cette dimension quant à la signification à attribuer à notre projet juridique moderne. Comme nous ne trouvions aucune raison valable de sacrifier les sujets de droit sur l'autel du Marché, de la Mondialisation ou de l'Argent, et comme nous observions même avec étonnement l'engouement pour de tels faits, nous avons délibérément choisi notre domaine de réflexion en insistant sur les sujets de droit comme auteurs de leurs droits.

Cet ouvrage se distancie, par ailleurs, de la nouvelle mode pour le « droit éthique » (ce qui, en d'autre mots, est le retour d'un droit naturel retricoté en « éthique »). En effet, la philosophie du droit, pendant les vingt dernières années, a été littéralement submergée par un tsunami de théories prétendant assujétir le projet juridique moderne à la conception « éthique » de leurs choix. Ronald Dworkin et John Rawls, par exemple, ont exprimé avec fermeté leur volonté d'asservir le droit à la tutelle « éthique ». Nouvelle forme de « rectitude éthique », le projet du droit moderne semble aujourd'hui être prêt à tomber aux mains d'hommes et de femmes éthiquement justes et éclairés. Or, nous ne croyons pas à leur « droit éthique ». Nous sommes plutôt convaincu que le droit doit occuper le terrain tout en gardant une saine distanciation par rapport aux convictions éthiques des uns et des autres. Seule une telle et saine distanciation permettra au droit, au moyen d'arguments rationnels, d'arbitrer les enjeux potentiels et concrets, sans pour autant nuire aux convictions personnelles. Selon nous, le projet juridique moderne n'a tout simplement pas à intervenir dans les convictions éthiques, à moins de regarder, avec distanciation et bienveillance, leur extension et la capacité de jouissance qu'en retirera l'individu.

Nous aimerions dire un mot, enfin, de la conviction politique qui guide nos réflexions. Selon nous, il n'existe plus d'autre forme de légitimation du projet juridique moderne que les processus démocratiques. Nous refusons, en fait, d'envisager que la philosophie du droit puisse devenir tributaire des forces hétérogènes déjà citées, le Marché, la Mondialisation

ou l'Argent. Nous refusons encore de voir le projet juridique moderne mis en tutelle par un « droit éthique » prétendument supérieur. Ces refus ne peuvent que tracer la voie vers le rôle et la signification que nous devons aujourd'hui attribuer aux processus démocratiques. Il ne s'agit guère, dans cet ouvrage, de célébrer un fait démocratique, et personne ne devra donc s'attendre à y trouver une apologie de la démocratie ou des institutions démocratiques d'un pays. Il est plutôt question dans notre propos d'investir le processus démocratique, de l'utiliser et de l'alimenter en vue de voir les sujets de droit confirmés dans leur rôle d'auteurs de leurs propres droits. Entre le « droit éthique » et le droit issu du processus démocratique, nous choisissons donc volontairement le deuxième.

La question de l'autolégislation démocratique est en conséquence toujours présente dans nos *Réflexions*. En fait, l'établissement et la pérennité du droit démocratique ne pourra se réaliser, selon notre point de vue, que dans une conception « délibérative » du droit. Une conception « délibérative », qui ne véhiculera aucun *a priori* du droit, qui fera confiance aux forces propres du processus démocratique et qui, dans l'embrouillamini d'intérêts multiples, tentera de faire ressortir ce que pourrait être l'horizon d'un « nous juridique » moderne. Un « nous juridique » où nous devrons nous engager à partager démocratiquement le droit.

Vaste projet, nous le reconnaissons bien volontiers ! Mais nous gardons néanmoins à l'esprit que nos réflexions ne sont pas exhaustives et qu'elles appellent une suite probable dans un prochain volume. Par delà ces constats, nous réaffirmons notre soutien au projet juridique moderne, un soutien qui nécessite plus de dialogue, plus de publicité et plus de synthèse d'arguments et de raisonnements. Considérées individuellement ou comprises dans leur ensemble, nos réflexions espèrent donc, avant tout, susciter un échange de points de vue en faveur du projet juridique moderne.

Bjarne Melkevik

I SOLIDARITÉ ET PHILOSOPHIE

1 POURQUOI ÉTUDIER LA PHILOSOPHIE DU DROIT?
QUELQUES RÉFLEXIONS SUR L'ENSEIGNEMENT DE LA PHILOSOPHIE DU DROIT[1]

Si nous nous mettons dans la peau d'un(e) étudiant(e) en droit qui consulte la liste des cours optionnels offerts, nous pouvons nous demander : « Pourquoi choisir un cours de philosophie du droit ? » En fait, si l'étudiant n'est pas contraint physiquement à éliminer un choix, il peut rationnellement se poser les questions suivantes : « Qu'est ce que la philosophie du droit apporte au droit ? Et à moi-même ? Existe-t-il des raisons pour s'y intéresser ? Pourquoi étudier la philosophie du droit ? »

Les réponses que nous voulons apporter à ces questions reflètent à la fois notre propre expérience de l'enseignement de la philosophie du droit aux étudiants et notre propre conception du droit[2]. Les deux sont liées comme les deux versants d'une montagne. L'idée que le chercheur se fait de la philosophie du droit et le rôle qu'il lui attribue doivent nécessairement se refléter dans l'enseignement. Il en découle que la description de notre enseignement de la philosophie du droit est indissociable des concepts de la philosophie du droit que nous devons enseigner.

Sur la méfiance à l'égard de la philosophie du droit

Avant de pouvoir répondre concrètement aux questions que nous nous sommes posées, il nous semble pertinent de regarder de plus près la résistance ou encore la méfiance qui

1. Conférence prononcée le 23 octobre 1998 au colloque « Enseigner la philosophie », organisé par la Société de philosophie du Québec, au Collège Bois-de-Boulogne, Montréal.
2. B. Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit*, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, et Paris, L'Harmattan, 1998, p. 13-36.

se manifeste dans le milieu juridique à l'égard de la philosophie du droit. Cette résistance/méfiance est transmise, « comme par enchantement », par les professionnels du droit aux étudiants en droit. Si elle semble aujourd'hui s'estomper lentement, comme l'illustre d'ailleurs le regain de la philosophie du droit dans le milieu juridique, il n'empêche que l'obstacle dressé par des décennies d'incompréhension et de malentendus subsiste encore dans les milieux juridiques. Nous pouvons distinguer deux raisons à un tel rejet. L'une considère la philosophie du droit comme « Raison-Ordonnatrice » nuisible et la rejette, l'autre la décrit comme carrément inutile pour les exigences du droit contemporain en raison des ressources « scientifiques » qui semblent plus pertinentes aujourd'hui.

Quant au rejet par un certain milieu juridique de la philosophie du droit dans le rôle présupposé d'une « Raison-Ordonnatrice » nuisible, il nous semble que personne d'autre que le philosophe du droit Michel Villey n'a pu mieux le croquer au vif. Comme il l'affirme sur un ton de confidence, ou de confession :

> Je suis persuadé pour ma part qu'à nous, juristes, les philosophes modernes ont fait beaucoup de mal. Je le dirai aussi bien de Hobbes, Locke, Hume, et même de Leibniz, Kant, Fichte, Hegel et la quasi-totalité des philosophes du XIV^e^ siècle et XX^e^ siècles. Quand il leur arrive de parler « droit », c'est dans une totale ignorance du métier spécifique du droit. Que savent-ils ? Des mathématiques, une sociologie plus ou moins marquée par l'évolutionnisme, de la logique, parfois de la morale. Ainsi ont-ils transplanté dans notre discipline des systèmes scientifiques fondés sur des expériences extrinsèques. Leur influence a perturbé notre propre représentation du phénomène juridique, y injectant les positivismes légaliste ou sociologique[3].

Certes observons-nous que Villey se limite à vilipender la philosophie dite « moderne », de même qu'à élaborer une stratégie argumentative reliant la philosophie moderne du droit à l'émergence « quasi-causale » du positivisme juridique, il n'empêche que l'accusation d'ignorance contre lesdits philosophes va droit au but. Car si les philosophes modernes du

droit étaient généralement bien renseignés sur les affaires publiques de leur temps et sur le droit qui s'y rapporte, et s'ils avaient lu les classiques du «droit naturel» rationaliste, aucun d'eux n'avait effectivement une connaissance spécifique du métier du droit. De là l'efficacité de la charge qui est ici dirigée contre eux. En lisant Villey, la conclusion qui s'impose est qu'il ne vaut pas la peine d'étudier la philosophie du droit dite moderne. Personne, selon lui, ne peut s'instruire en écoutant des bêtises, et personne ne peut prétendre à une connaissance quelconque en se laissant séduire par des ignorants ou l'ignorance[4].

Pour d'autres, la philosophie du droit dans le milieu juridique est simplement inutile, inefficace ou encore improductive. Personne ne se déclare pourtant ouvertement contre une réflexion philosophique du droit, ce qui nécessiterait l'adhésion à une telle philosophie. L'argument est plutôt que la philosophie du droit n'apporte rien de plus qui ne soit déjà accessible par les sciences du droit. Ce qui n'est pas accessible par lesdites sciences ne peut être que pure spéculation sans lendemain ou croyances métaphysiques propres à son instigateur. Bien que personne n'y soit hostile, il faut néanmoins, selon eux, se rendre à l'évidence: les sciences du droit doivent avec légitimité occuper la place laissée vacante par le retrait (forcé) de la philosophie du droit. Ce qui veut aussi dire, toujours selon eux, que la philosophie du droit doit être considérée comme un passe-temps, ou comme une activité quasi-spirituelle que chaque personne peut cultiver à sa guise au rythme des lectures et des conversations privées entre confrères. C'est une activité que l'on réserve au jour de repos, ou encore à la retraite. Bref, personne n'a quoi que ce soit à

3. Michel Villey, *«Préface», à Chaim Perelman, Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, Paris, L.G.D.J., vol. XXIX, 1984, p.8, coll. Bibliothèque de philosophie du droit. La même idée s'exprime dans *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Monchrestien, 1968 (plusieurs fois réédité). Voir la contre critique «philosophique», d'Alain Renaut et Lukas K. Sosoe, *Philosophie du droit*, Paris, PUF, 1991.

4. Alain Renaut, dans *Kant aujourd'hui*, Paris, Aubier, 1997, p. 322, critique précisément le « dédain envers les philosophes » de Michel Villey.

reprocher à la philosophie du droit, c'est simplement une activité qui doit être reléguée à l'âge d'or, tandis que le développement des sciences du droit doit être spécifique à notre époque.

Il n'est pas dans notre intention d'évaluer ces deux formes de résistance/méfiance envers la philosophie du droit, nous constatons simplement les faits. Nous ne pouvons pas, cependant, nous empêcher de penser que ces résistances sont l'héritage tumultueux d'une époque où la philosophie du droit, se croyant une science-mère, a pu négliger le dialogue avec les juristes, forts pourtant d'une expérience pratique certaine, et le développement des confrontations entre les différents discours scientifiques de droit. Cela n'est plus possible aujourd'hui , à moins de réduire la philosophie du droit au rôle de commentaire des œuvres de jadis ou d'un exercice sémantique et « systémique » tournant en rond. Quoi qu'il en soit, si nous synthétisons ces deux formes de rejet/méfiance à l'égard de la philosophie du droit, il nous semble qu'elles résument, chacune à leur façon, la situation où se trouve l'enseignement de la philosophie du droit. Bien sûr, il existe des « mordus », des passionnés. Avec eux, la philosophie du droit doit, surtout au sein des Facultés de droit, surmonter la méfiance professionnelle des juristes contre des discours qu'ils jugent creux et vains, et prouver qu'elle peut apporter quelque chose d'utile et d'original au droit.

La philosophie du droit comme accompagnement

Tournons-nous maintenant vers nos questions initiales. Nous développerons par la suite un point de vue qui situe la philosophie du droit dans le rôle de l'Accompagnateur (ou l'Accompagnement) du projet juridique moderne en ce qui concerne les arguments et les raisons[5]. L'enseignement de la philosophie du droit doit, par conséquent, consister à faire comprendre ce rôle et ses implications pratiques.

Le fait de concevoir l'enseignement de la philosophie du droit avant tout dans un rôle d'accompagnement à l'égard du projet juridique implique la renonciation à toute pensée Ordonnatrice, du côté philosophique comme du côté juridique.

---

5. B. Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit*, p. 14 s.

En fait, si nous pouvons dire que la philosophie du droit, souvent adoptée par les philosophes de profession ou de vocation, peut être caractérisée par l'élaboration d'une « Raison-Ordonnatrice » et des formes d'« Idéo-Droit » correspondantes, la philosophie du droit créée par les juristes peut être considérée comme fondée sur l'idée d'une « Expérience-Ordonnatrice », donc des formes de « Vrai-Droit » répondantes. Ce dernier courant ne veut plus, d'ailleurs, être caractérisé comme philosophie du droit. On l'appelle désormais « philosophie juridique ». Or, quoique nous puissions apprécier la tension entre ces deux courants, qui peut d'ailleurs être source d'une compétition fructueuse, il n'empêche pourtant que toute philosophie du droit qui souhaite aujourd'hui se constituer dans le rôle unique de l'« Ordonnatrice » se prive d'un dialogue réfléchi avec le droit positif (valide), et avec la dimension démocratique, laquelle doit, selon nous, caractériser le projet juridique moderne. Nous devons accepter que la philosophie du droit ne puisse plus prétendre éclairer le droit, qui est d'ailleurs déjà suffisamment éclairé par ses propres forces. Nous devons aussi accepter qu'elle ne possède aucune « sagesse » ou « connaissance » susceptible de contribuer « en substance » à quoi que ce soit du projet juridique. Donc, si la philosophie du droit abdique son rôle d'« Ordonnatrice », il ne lui reste plus que la possibilité d'accompagnement du projet juridique et, plus précisément, d'accompagnement des réflexions, des arguments et des raisons qui étayent le projet juridique.

Il nous semble que l'enseignement de la philosophie du droit ne peut que faire sienne l'idée suivante : la philosophie du droit ne possède ni réponse ni recette, mais participe, sans se l'accaparer et sans rien lui concéder, à la réflexion que nous avons le devoir de faire au sujet de la complexité juridique contemporaine. Si nous avons raison, la philosophie du droit n'est qu'une activité argumentative dont la publicité est le corollaire.

En fait, le rôle que nous pouvons aujourd'hui accorder à la philosophie du droit, celui qui sous-tend l'enseignement, c'est celui qui accompagne le développement d'arguments et de raisons dans le projet juridique. La philosophie du droit doit, en ce sens, nous aider à ouvrir et à universaliser nos

convictions, nos valeurs et nos conceptions préétablies. Elle doit nous accompagner dans le processus de développement de bons arguments et de raisons de « poids ». Précisons que la philosophie du droit doit servir à reconnaître et à identifier les différents paramètres culturels ou philosophiques qui balisent ce domaine. En fait, la philosophie du droit doit nous permettre de nous familiariser avec les différentes conceptions de la relation entre droit et « morale », entre société et individu, ou encore entre d'autres thèmes du même genre. De cette façon, la philosophie du droit ne travaille pas sur les qualités formelles du droit, les laissant ainsi volontairement aux sciences du droit, mais elle accompagne les réflexions qui alimentent les perspectives du projet juridique moderne.

C'est par l'argumentation et la rationalité que la réflexion philosophique du droit s'ouvrira sur la réalité. Toutefois, cela ne peut sûrement pas se faire de manière directe, car la philosophie du droit ne possède, hélas, aucun accès direct à la réalité, mais cela doit se faire en dialoguant avec les sciences et particulièrement avec les sciences du droit. C'est leur rôle de donner à la philosophie du droit des informations factuelles pouvant servir à alimenter la réflexion à propos du projet juridique moderne. Le kantisme juridique, représenté surtout par Hans Kelsen, a fait tort à la réflexion philosophique sur le projet juridique moderne. Il a voulu, peut-être contre l'intention même de Kant, cantonner le projet juridique moderne à l'intérieur d'une pureté se refusant aux dialogues avec les convictions politiques, sociales, morales et religieuses des individus[6].

Or, dès que nous délaissons tout rôle d'Ordonnatrice à la philosophie du droit, le dialogue avec les sciences n'est pas la « déchéance » mais plutôt la nature même des choses.

Dans le même ordre d'idées, il s'ensuit que la philosophie du droit doit servir à se distancier du positivisme juridique. Nous pouvons même dire qu'il est primordial pour l'enseignement de montrer que la philosophie du droit ne sert pas le droit dit « positif » mais le projet juridique. En effet, le

6. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, coll. « Philosophie du droit » n° 7, ou *idem*, *Théorie pure du droit*, Neuchâtel, Éditions de la Baconnière, 1973 (1re éd.), 1988 (2e éd.), coll. Etre et Penser, n° 37.

réductionnisme, qui caractérise le positivisme juridique, fait oublier que les questions de droit concernent, en pratique, la question des droits que nous devons mutuellement et intersubjectivement nous donner à nous-mêmes. Le droit est normatif, en ce sens que la question de ces droits s'écrit sous la forme d'un « devoirêtre » qui fait de nous les auteurs et les destinataires des droits que nous nous donnons intersubjectivement.

Nous pouvons ainsi observer que les Cours suprêmes du Canada, des États-Unis et d'ailleurs se réfèrent de plus en plus aux positions de la philosophie du droit, ou aux écrits des philosophes du droit, et que ces positions ne sont pas que le point de départ d'une réflexion de philosophie du droit[7]. Nous exacerberons l'esprit critique des étudiants si nous pouvons leur démontrer comment les réflexions philosophiques du droit influencent les cours mentionnées plus haut et comment ces réflexions interfèrent sur le résultat judiciaire. Les juges, en prenant position sur l'avortement, sur le suicide assisté par un tiers, sur les droits inhérents des peuples autochtones ou sur d'autres sujets, ne nous offrent pas pour autant une quelconque « représentation ultime »[8]. Si la philosophie du droit doit prendre le pouls de la réalité juridique d'aujourd'hui, et particulièrement en matière de jurisprudence, elle ne doit pas être comprise comme la « fondation » des positions de philosophie du droit. Les juges ne devraient pas être considérés comme nos philosophes du droit, comme les traitent implicitement et aveuglement beaucoup de philosophes de droit contemporain (Dworkin)[9], mais comme des interlocuteurs dignes d'intérêt vis-à-vis de nous, qui sommes à la fois les auteurs et les destinataires de nos droits.

---

7. B. Melkevik, « La philosophie du droit : Développements récents », dans Raymond Klibansky et Josiane Boulad-Ayoub (dir.), *La pensée philosophique d'expression française au Canada. Le rayonnement du Québec*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1998, p.465-483.
8. Voir Josiane Boulad-Ayoub (dir.), *Carrefour : Philosophie et droit*, Montréal, L'ACFAS, 1§995, p. 231-315, *« Langage des droits et conflits des représentations ultimes »* avec les contributions de L. Bégin, F. Blais, G. Legault et L. Tremblay.
9. R. Dworkin, *L'empire du droit*, Paris, PUF, 1994, coll. Recherche politique ; *idem.*, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, 1995, coll. Léviathan.

Philosophie du droit et discours public

Si nous devons enseigner et concevoir la philosophie du droit uniquement comme accompagnateur des arguments et des raisons éclairés et réfléchis à l'égard du projet juridique, il s'ensuit aussi qu'elle abdique de son rôle d'« Arbitre » au bénéfice des débats publics. En fait, la philosophie du droit doit abandonner toute référence à la « philosophie de conscience » (Kant, Fichte et Hegel), car le jugement qu'une personne peut poser seule sur le projet juridique importe peu. Vue sous un d'aspect argumentatif, la philosophie du droit doit être considérée comme l'un des participants aux discours entourant le projet juridique moderne. Elle doit ainsi être considérée comme mettant concrètement ses arguments et ses raisons à l'épreuve de l'espace public. C'est dans l'espace public que le « poids » ou la « valeur » à attribuer à chaque argument et à chaque raison doit être débattu et réglé au vu et au su de tous.

C'est en considérant cet espace public que nous pouvons également réfléchir sur la question de rationalité et sur les différences de rationalités juridiques du projet juridique. Notre propre position peut se résumer dans l'idée de la primauté d'une rationalité « communicationnelle »[10]. En envisageant en fait la production d'arguments et de raisons comme l'enjeu majeur du projet juridique, la philosophie du droit accompagne pratiquement ce projet en démontrant que la rationalité pratique à laquelle se réfère le droit s'incarne dans les discours publics. Le discours comme pratique interindividuelle des sujets de droit produit des arguments et des raisons, et les proposent à l'auditoire à des fins d'évaluation et de validation.

Le fait d'insister sur l'espace public dans l'enseignement marque notre volonté d'habituer les étudiants à considérer qu'en droit, c'est à l'espace public que nous nous adressons. Ils doivent comprendre que cet espace public joue un rôle primordial dans le développement et l'entretien de la formation de la volonté et de l'opinion en ce qui concerne le projet juridique moderne. Dans la mesure où le droit se fait à la première personne du pluriel, « nous », l'enseignement même de

10. B. Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit*, *op. cit.*, p 91-150.

la philosophie du droit doit pouvoir se concrétiser dans des débats et des discours critiques concernant l'espace public et la formation rationnelle de la volonté et de la raison.

Pour une conception démocratique du droit

La philosophie du droit comme source de bons arguments et de raison éclairée se révèle être, en soi, une position philosophique. Nous l'avons d'ailleurs reconnu dès le début, car l'enseignement de la philosophie du droit est par « nature » issu et intimement relié à une conception du droit. Or, au-delà de ce que nous pouvons maintenant ajouter à cette conception de la philosophie du droit, il nous semble, en dernier lieu, plus pertinent d'envisager la question qui était jusqu'ici sous-jacente à notre réflexion, à savoir : « quel est l'objectif de l'enseignement de la philosophie du droit ? » La dernière partie de ce texte consiste donc à souligner notre confiance dans l'enseignement d'une conception démocratique du droit.

Pour comprendre une telle conception démocratique du droit, il peut être utile, tout d'abord, de souligner que cette conception diffère de la conception de « moralité libérale » du droit qu'on enseigne essentiellement dans les facultés de droit d'Amérique du Nord. La conception de « moralité libérale » est une philosophie du droit qui se confond dans la croyance en l'existence prépolitique d'un faisceau de principes et de règles *a priori* et dans la croyance que le droit doit être pensé sur le présupposé de certains « droits moraux », pouvant à la fois assurer la liberté négative et censurer l'activité collective. L'enseignement de la philosophie du droit en Amérique du Nord a souvent versé dans l'initiation à une telle croyance. Celle-ci s'est incarnée dans une profession de foi dans les « institutions » libérales. Il va sans dire que nous considérons un philosophe du droit comme Ronald Dworkin, et particulièrement dans son dernier livre *Freedom's Law*, comme le représentant type d'une telle conception[11]. Le résultat est donc que l'enseignement de la philosophie du droit est devenu une incitation à avoir foi dans « nos » Institutions. De

11. R. Dworkin, *Freedom's Law*, Cambridge, Mass. Harvard University Press, 1996.

plus, il forme les personnes à croire que la démocratie n'est que le moyen, l'instrument pour propager la «moralité libérale». Il en a découlé plus de «moralité libérale», ce que nous jugeons bien évidemment positif, sans pour autant que l'homme soit sorti des rangs de l'infériorité, pour paraphraser Kant[12].

La conception démocratique du droit qui anime notre enseignement dans un objectif déterminé, prend, comme nous l'avons expliqué, un autre chemin. Cela avant tout parce que la démocratie a bien pour nous une valeur en soi. En fait, si la philosophie du droit représente, comme l'affirme Kant, la sortie de l'homme du règne de l'hétéronomie (les arguments de l'autorité) au bénéfice de l'autonomie (les arguments du raisonnable tels qu'ils sont vus par l'individu), c'est cette autonomie qui doit à la fois s'élever contre l'embrigadement philosophique et être assumée. Si la modernité du droit peut à notre point de vue se résumer dans l'exigence que tous les sujets de droit doivent pouvoir s'envisager réciproquement comme les auteurs et les destinataires des droits, des normes et des institutions, il s'ensuit que l'enseignement de la philosophie du droit ne peut pas se cantonner dans un exercice d'hétéronomie, fut-elle de «moralité libérale», mais qu'elle doit faire sienne cette modernité. La philosophie du droit ne peut pas se substituer aux auteurs du droit, mais elle doit les accompagner. La philosophie du droit doit elle-même refléter l'objectif démocratique du projet juridique moderne.

Philosophie du droit comme pratique démocratique

Un dernier mot. En situant de cette façon l'enseignement de la philosophie du droit à l'intérieur des préoccupations contemporaines du projet juridique, nous espérons combiner le côté pratique du droit avec le côté prospectif de la philosophie. Nous souhaitons ainsi, en quelque sorte, réconcilier le projet juridique avec l'idée d'une philosophie envisagée comme pratique démocratique.

---

12. I. Kant, dans «Vers la paix perpétuelle, que signifie s'orienter dans la pensée?», *Qu'est-ce que les Lumières et autres textes*, Paris, GF-Flammarion n° 573, 1991.

2 LA SOLIDARITÉ, LA PHILOSOPHIE ET NOTRE PRÉSENT[1]

Quel drôle de destin que celui du mot «solidarité»! Issu du langage juridique de la Rome antique, le mot « solidarité » définissait le fait d'être solidaire d'une dette contractée, d'une caution ou d'une faute commise. La dite notion a par la suite envahi la morale, l'éthique, les mœurs, et aussi la sociologie, l'économie, la philosophie et la philosophie du droit. Qui se rappelle encore que Léon Duguit, en bon juriste-sociologue, a voulu bâtir tout l'ordre juridique sur ce seul mot, voire sur le simple fait de la solidarité[2] ?

Cependant, dans la philosophie moderne, la notion de solidarité joue plutôt un rôle éphémère. Certes, elle est partie intégrante de beaucoup d'œuvres de philosophie de première importance[3]. Force est cependant de constater que la notion n'attire guère l'attention et ne fait l'objet, en règle générale,

---

1. Conférence du 16 mars 1999 à la Chaire Unesco d'étude des fondements philosophiques de la justice et de la société démocratique, Université du Québec à Montréal, Montréal.
2. Léon Duguit, *Leçons de droit public général*, Paris, 1926, p. 36 : « Je suis de ceux qui pensent que la science sociale positive n'est point impuissante à définir un idéal et à formuler les règles de conduite pour le réaliser ; mais cet idéal, il est sur terre, il est humain, pleinement humain... Il se résume en un mot : solidarité sociale ». Voir André-Jean Arnaud, « Une doctrine de l'État tranquillisante : le solidarisme juridique », dans *Archives de philosophie du droit*, 1976 ; Jean-François Niort, « La naissance du droit social en France : une problématique de la liberté et de la solidarité », dans *Cahiers Diké*, Montréal, n° 1, 1995, p. 18-33.
3. Voir J. Rawls, *Théorie de la justice*, Seuil, Paris, 1997, 2e édition, coll. Points Essais n° 354, p.106-115 ; le « principe de différence » comme « fraternité », également Richard Rorty, *Contingence, ironie et solidarité*, Paris, Colin, 1993, et J. Habermas, *De l'éthique de la discussion*, Paris, Cerf, 1992, p.51-72.

que de peu de développements philosophiques. La notion de solidarité semble être trop confuse, trop plurivoque et trop chargée d'émotions pour être introduite directement dans les réflexions philosophiques contemporaines. Et nous pouvons facilement le comprendre. Car si nous envisageons le sens communément accepté de la notion de solidarité, celui de se sentir liés par une responsabilité ou des intérêts communs, ou celui d'avoir le sentiment de la conscience d'une communauté d'intérêts qui entraîne une obligation morale d'assistance, nous pouvons effectivement avoir l'impression d'entrer dans un sous-bois de concepts mous interférant sur nos émotions. Le cas se complique davantage si l'on considère que cette notion, par la suite, fait référence, sinon se conjugue à d'autres concepts mous, comme ceux de «justice sociale», de «justice mondiale», de «respect», de «fraternité», de «cosmopolitisme», etc. On pourrait croire qu'on ajoute à ces concepts des brins d'idéologie sur l'émotivité! Ne vaudrait-il pas mieux renvoyer cette notion aux psychologues, tout simplement?

Il y a toutefois de bonnes raisons de s'intéresser à ce concept. N'est il pas admis que la solidarité englobe plusieurs aspects fondamentaux de notre époque? Songeons simplement à la question de cohésion sociale, à la législation dite de «solidarité» et à notre façon de structurer nos préoccupations face aux problèmes graves (guerres, famines, tremblements de terre, chômage) subis par des hommes et des femmes. Rappelons-nous aussi que les engagements de «solidarité» ont déjà une histoire et une assise factuelle non négligeables dans nos sociétés modernes, au point de s'imposer comme des facteurs clefs dans certains domaines. Est-il dans ce sens inutile de souligner que le mot «solidarité» a été, il y a déjà une génération, le mot d'ordre politique et éthique de prédilection? Il est même allé jusqu'à symboliser les nouveaux mouvements sociaux ou encore les ONG (organisations non gouvernementales).

Dans la présente étude, nous proposons de nous limiter à une réflexion politico-philosophique sur la solidarité à notre époque, en laissant volontairement dans l'ombre plusieurs autres aspects d'ordre plutôt éthique ou simplement sociaux. Notre but est de prendre le pouls des enjeux politico-philosophiques et de réfléchir sur la signification, mobilisa-

trice ou non, de la solidarité, sur son rôle et son étendue dans l'engagement politique.

Nous voulons procéder par thèmes. Nous voulons d'abord réfléchir à la façon de penser la solidarité, en proposant de la voir comme une ressource issue des mondes vécus des individus et à leur disposition. Par la suite, nous considérerons la question de la « validité » de la solidarité, en particulier sa faiblesse de ne pouvoir se fonder que sur un jugement d'engagement personnel. Nous analyserons subséquemment de quelle façon nous pouvons envisager la solidarité et l'apprécier en tant qu'outil démocratique. Enfin, nous réfléchirons sur la nécessité, pour la solidarité, de se consolider par des arrangements normatifs.

Solidarité comme ressource

Notre première interrogation concerne la manière de penser la solidarité. Devons-nous la voir comme un fait, un devoir ou encore une ressource ? Dans ce contexte, nous concevons précisément la solidarité comme une ressource propre aux individus, une ressource issue des mondes vécus pouvant éventuellement et sous condition déboucher sur un engagement solidaire. Toutefois, avant de regarder cette position de plus près, envisageons brièvement la solidarité dans la dichotomie infructueuse entre « fait » et « devoir ».

Deux impasses : fait et devoir

Il faut d'abord écarter deux impasses envisageant uniquement la solidarité, l'une comme « fait », l'autre comme « devoir ».

Le premier courant, qui persiste à envisager la solidarité uniquement comme fait social, est en quelque sorte le legs du durkheimisme. Durkheim concevait en effet la solidarité comme un lien social permettant au tissu social de se maintenir, de se renouveler et de fonctionner[4]. La solidarité est indissociable, dans cette forme de sociologie, de la question de la cohésion sociale. Durkheim trouve deux formes factuelles

4. É. Durkheim, *De la division du travail social*, Alcan, Paris, 1866 (plusieurs fois réédité). Sur la solidarité chez Durkheim, voir J. Habermas, *Théorie de l'agir communicationnel*, vol 2, *Pour une critique de la raison fonctionnaliste*, Paris, Fayard, 1987.

de solidarité dans la société : la solidarité par similitude et la solidarité organique qui, prises ensemble, révèlent les forces de cohésion sociale dans une société donnée.

À côté de cette solidarité-fait, on a vu s'épanouir, surtout à partir du XIX^e siècle, un courant de solidarité-devoir, une forme de pensée qui a voulu remplacer la notion de charité, issue du christianisme, par la notion laïque de solidarité. Il s'agissait avant tout d'une littérature socialisante, d'un socialisme utopique, comme le disait Engels, qui considérait la solidarité comme un devoir moral d'aide mutuelle[5]. Le fondement de cette solidarité était l'humanité, censée se former et s'améliorer dans une morale de solidarité entre ses membres, sinon dans l'humanité tout entière.

Nous pouvons facilement ici, en tenant compte de leur opposition, inscrire les mots « libéralisme » et « socialisme » dans la référence au concept de solidarité. Mais il est pourtant plus important encore, nous semble-t-il, d'insister sur le fait que nous n'aboutissons qu'à des impasses, et ces impasses s'excluent réciproquement. La solidarité factuelle n'engage personne et la solidarité morale n'a aucune prise sur la réalité sociale. Que faire ? Laisser la notion de « solidarité » dans les poubelles de l'histoire ?

Solidarité et formation individuelle

À l'encontre des impasses que nous venons d'évoquer, la notion de solidarité peut compter sur deux sources : l'individu et la tradition culturelle. À la suite des travaux de Piaget et Kohlberg, nous voulons préciser davantage ces sources en commençant par l'individu[6].

---

5. P. A. Krapotkin, *L'entre'aide. Un facteur de l'évolution*, Paris, Costes. Voir également Pierre Leroux, *La grève de Samarez*, Paris, Dentu, 1859.
6. Jean Piaget, *Le jugement moral chez l'enfant*, Paris, PUF, 1973 ; Jean Piaget, *Le jugement et le raisonnement chez l'enfant*, Neuchâtel, Delachaux et Niestlé, 1978 ; Lawrence Kohlberg, *The philosophy of moral development : moral stages and the idea of justice*, San Francisco, Harper & Row, 1981 ; L. Kohlberg, C. Levine & A. Hewer, *Moral stages : a current formulation and a response to critics*, Basel & New York, Karger, 1983. Voir également J. Habermas, *Morale et communication*, Paris, Cerf, 1986.

En fait, nous voulons d'abord concevoir la solidarité comme si elle était issue d'un processus de formation individuelle qui tourne autour de l'apprentissage du rôle et de l'importance de l'humain « pour moi, pour les autres et pour nous ». Nous voulons envisager la solidarité comme le résultat d'un processus de socialisation et de personnification de chacun de nous. Loin de nous cette perspective de spéculer sur le « visage de l'autre »[7].

Il semble uniquement que le processus de socialisation et d'individualisation nous a formés en tant qu'individus, sans nier l'importance que chaque individu peut avoir pour lui même et pour le tissu social. Il n'y a rien de fâcheux à croire que la formation de l'individu, du « moi », se fait par des extensions en cercles concentriques.

Nous apprenons d'abord l'importance de l'humain dans le petit cercle familial. C'est dans la famille qu'empathie, sympathie et solidarité se développent sans se dissocier, comme si elles dépendaient les unes des autres. La famille est le substrat où s'élaborent des expériences « du moi, des autres et du nous », expériences qui « déterminent » nos capacités de solidarité. Ce premier cercle sera suivi, dans la formation de l'individu, par celui de la communauté, puis par celui de la région, par celui de l'État-Nation, par celui du Monde enfin. L'individu, dans la formation de son « moi », peut apprendre l'importance de l'humain à toutes les échelles de l'entreprise humaine. Certes, cette affirmation est nécessairement « faible ». Nous en connaissons trop bien les limites et le danger des « perspectivismes » qui la guettent.

Mais au-delà de toutes ces limites, elle nous montre que l'individu porte en lui la capacité de s'engager solidairement en faveur de l'autre, du faible, de l'exclu. Dans la mesure où les hommes et les femmes mobilisent une certaine sensibilité ou du jugement vis-à-vis de l'indifférence, du mépris, de la malveillance, de l'injustice, ils font preuve par la suite, d'un esprit de solidarité, de reconnaissance, de bonté, de sens de l'équité...

---

7. E. Lévinas, *Humanisme de l'autre homme*, Paris, Fata morgana, 1987; *idem*, *Éthique et infini*, Paris, Fayard, 1982.

Solidarité et ressource culturelle

Il en va de même avec la solidarité comme ressource culturelle. En effet, nos sociétés modernes sont bâties sur des expériences positives et négatives de solidarité qui sont, plus spécifiquement, des exemples de solidarités accomplies ou de solidarités trahies. Des expériences de solidarité en faveur de l'autre, du faible, de l'exclu, mais aussi des trahisons à toute forme de solidarité où nous n'avons guère fait qu'apporter du bois au bûcher, mépriser le persécuté et être indifférent à l'autre.

La connaissance que nous avons aujourd'hui, à la fois des promesses formulées de solidarité et des promesses trahies qui sont associées aux tragédies morales et politiques du XX^e siècle, doit nous permettre de saisir l'importance de la solidarité. Nous pouvons ainsi voir le nazisme, le fascisme et le stalinisme comme la trahison éhontée de l'exigence de solidarité. Heureusement, l'humanité a la capacité d'apprendre, et nous devons constater comment la catastrophe morale que représente la Deuxième Guerre mondiale a néanmoins permis de tirer des leçons, exprimées depuis dans des textes normatifs internationaux, le plus souvent à l'intérieur du système onusien. Ils y redessinent et affirment les promesses normatives concernant la vie en commun. Nous avons tout simplement tort de songer aux Déclarations des droits de l'homme uniquement dans leur froideur sémantique, quand elles ne font que tirer des leçons du passé et affirmer des promesses de solidarité. Nous avons également tort de négliger les grandes histoires de solidarité qui ont façonné nos cultures respectives.

L'individu acquiert, en somme, la capacité de mobiliser les promesses normatives agissant au sein de notre modernité. C'est dans ces promesses que se dessine la solidarité à l'origine de l'engagement individuel, de la capacité de dire oui ou non, et en tout cas, de l'expression des opinions les plus convaincantes en faveur d'autrui et de la solidarité.

Solidarité comme engagement

Résumons maintenant l'avantage de concevoir la solidarité comme une ressource issue des mondes vécus des individus et se concrétisant dans l'engagement. Voici comment.

La solidarité n'est pas un état de fait ou une obligation. Elle doit être considérée comme une possibilité d'engagement en faveur de tout ce qui porte visage humain ou de tout ce qui peut être associé au destin de l'homme. C'est un acte « gratuit » se résumant dans un engagement. Il est, par conséquent, antinomique à tout devoir ou obligation.

La solidarité a nécessairement besoin d'un déclencheur. Son processus d'activation doit être vraiment individuel et faire référence tout à la fois à notre sensibilité, à notre capacité d'engagement dans le monde et à l'urgence telle qu'elle est ressentie par l'individu. Mais cette « étincelle » peut aussi être déclenchée par des idéologies comme le féminisme, le tiers-mondisme, l'environnementalisme, etc.

On se rend compte enfin que la solidarité n'est pas le contraire de l'autonomie mais, plus prosaïquement, son accomplissement[8].

Solidarité et jugement

Tout engagement, tout sentiment de solidarité et plus particulièrement toute participation dans les mouvements de solidarité, est soumis au fait qu'aucune « solidarité » ne peut être valide en soi. Il n'existe aucune instance qui puisse effectuer une quelconque validation si ce n'est la personne elle-même qui s'est engagée par solidarité. La solidarité n'a de validité qu'en fonction de la sincérité et de l'authenticité qui animent chaque individu. Ce qui la rend très vulnérable à la manipulation et aux errements. C'est pourquoi nous développerons d'abord quelques réflexions sur la solidarité aux prises avec les manipulations et les égarements idéologiques, pour ensuite réfléchir sur l'universalité en tant que corrélat naturel de la solidarité.

---

8. Voir G. Dworkin, *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988.

Solidarité et égarement idéologique

Commençons par souligner que tout acte, sentiment ou participation de solidarité risque de suspendre, de mettre entre parenthèses tout jugement réfléchi au profit du seul fait de la solidarité. Il peut y avoir plusieurs raisons à ce phénomène. Par exemple, de porter la solidarité au pinacle, au point de la placer au-dessus de tout jugement personnel; de ne pas s'autoriser à porter un jugement au nom de la solidarité; ou simplement de se sentir porté par la solidarité à tel point que le jugement individuel ne s'exerce plus. Dans ce dernier cas, n'est-il pas facile, en effet, de s'apitoyer devant les malheurs du monde dont la télévision nous régale? Quel spectateur n'est pas naturellement solidaire des victimes alors même qu'il évacue tout jugement sur la cause du malheur?

Combien de fois n'a-t-on pu, au cours du XX^e siècle, voir la production délibérée et calculée de victimes? Produire des victimes pour provoquer la solidarité, n'est-ce pas une machination indispensable dans une guerre civile ou de libération? Nombre de tyrans ou de dirigeants politiques l'ont expérimenté par le passé pour attirer la sympathie et susciter la solidarité de la communauté internationale. Et combien de fois notre cœur n'a-t-il pas été déchiré entre la conviction lucide d'être manipulé et nos francs sentiments de solidarité envers des victimes en proie, sous nos yeux, à la détresse et au dénuement. Être solidaire avec des victimes signifie souvent être manipulé par des tyrans, à l'instar de Saddam Hussein depuis l'embargo onusien contre l'Irak.

À l'intérieur même des mouvements et des engagements solidaires, le danger d'embrigadement et d'errement idéologique augmente d'autant plus que le rôle de la solidarité est important. Le danger augmente davantage à l'égard de l'historicisme de voir l'exigence de solidarité dans la lumière d'un progrès historique en gestation. Quand ce qu'est devenu le marxisme philosophique, grâce à la relecture intéressée d'Engels, de Kautsky et de Plekhanov, entre en contact avec le mouvement ouvrier à la fin du XIX^e siècle et surtout au début du XX^e, il se produira un phénomène culturel bien distinct. Le mouvement ouvrier entre dans l'ère d'encadrement idéologique. L'utopie, la solidarité et l'émancipation

qui ont imprégné le mouvement ouvrier dès ses débuts déclinent au profit d'une compréhension historiciste. Ce qui n'est en soi rien d'autre qu'un faux pas philosophique devient une tragédie dans certaines circonstances historiques. On l'a bien constaté dans ces scènes horribles où des personnes, à la barre des tribunaux staliniens, se sont accusées ou ont accepté des accusations ridicules et dénuées de sens, par solidarité avec une idée ou un espoir historiciste. Ces sacrifices, dans une logique quasi païenne, nous révèlent précisément le problème où la solidarité, ici associée à l'espoir de « classe », devient une perversion politique[9].

Or, il n'y a pas de différence entre cette noble cause, l'émancipation de la classe ouvrière, et d'autres nobles causes, plus modernes, comme la solidarité avec le tiers-monde, avec les animaux, avec les peuples autochtones, etc. Dès que le moyen devient le but, tout engagement de solidarité sombre dans l'aveuglement.

La solidarité à l'aune de l'universalité

Ces réflexions nous amènent tout droit à l'autre versant de la solidarité, c'est-à-dire l'universalité. Si l'aboutissement, au nom de la solidarité, de nos réflexions sur les errements et les embrigadements idéologiques nous fait découvrir le versant complexe de la solidarité, il nous semble, par contre, que l'universalisation est le meilleur horizon politique de cet engagement. Faute d'une instance de validation, ce qui est impensable pour l'engagement solidaire, nous pouvons dire qu'il faut mesurer notre engagement de solidarité à l'aune d'un test d'universalité.

Le problème est que tout acte, tout engagement et toute représentation de solidarité n'est que particulier. Nous sommes nécessairement solidaires avec ce qui nous interpelle dans sa particularité. Vouloir être universellement solidaire, c'est sortir de l'humanité pour entrer dans la sainteté, ce à quoi n'aspirent que peu d'individus du monde moderne. Alors, pourquoi l'universalité ? Il nous semble essentiel de

9. Au-delà des analyses historiques de ce phénomène, G. Orwell, *La ferme des animaux : fable*, Paris, Champ libre, 1981, nous révèle tout la tragédie de ces formes de « solidarité ».

hisser l'horizon de l'universalité au rôle de mesure et de contrepoids de l'acte de solidarité. Pour ce faire, nous devons maintenant réviser notre compréhension de l'universalité. Il faut la faire sortir d'un cantonnement kantien et sémantique, et plutôt l'interpréter comme le propose Habermas: « l'égal respect pour chacun et de la solidarité avec tout ce qui porte visage humain »[10]. Précisément parce que, comme l'affirme Habermas, l'universalité « de l'acceptabilité rationnelle affirmée fait éclater tous les contextes, mais seule leur acceptation *hic et nunc*, avec ses effets d'engagement, transforme les prétentions à la validité en glissières sur lesquelles une pratique quotidienne contextuelle est capable de fonctionner[11]. »

En fait, dans cette façon de comprendre l'universalité, il nous faut décrire un intérêt commun pouvant susciter un assentiment ou une procédure d'échange universel des rôles[12]. Ce qui, dans les faits, se manifeste dans des luttes contre l'exclusion, la discrimination, l'injustice, la xénophobie, etc., autant de batailles où nous pouvons effectivement comprendre et évaluer nos actes et nos engagements selon la vision d'autrui. Cela se manifeste encore dans une argumentation publique où nous devons pouvoir justifier nos actes et engagements de solidarité afin d'être assurés de leur bien-fondé à l'égard des intérêts communs. De cette façon, nous pourrons aussi espérer compter sur l'assentiment général.

Il va sans dire qu'une telle conception pratique de l'universalité nous mène tout droit vers le rôle politique et démocratique des mouvements de solidarité.

Solidarité et démocratie

Personne ne sera surpris de constater que la solidarité, envisagée comme creuset de l'engagement politique et éthique, ne puisse plus aujourd'hui trouver son sens et son déploiement que dans une démocratie moderne. Qui plus est, les soli-

10. J. Habermas, *De l'éthique de la discussion*, Paris, Cerf, 1992, p.108.
11. J. Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, NRF Essais, 1997, p. 35.
12. B. Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit*, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, et Paris, L'Harmattan, 1998, p.124-127.

darités, qui se tissent à partir des mondes vécus, qui se propulsent comme mouvements de réflexion ou de conviction, et qui, enfin, trouvent leur déploiement dans l'espace public en thématisant une signification actualisée de la solidarité, représentent à la fois un apport et un correctif à notre effort démocratique. En fait, les mouvements de solidarité, vus comme des engagements politiques et éthiques, ont permis et permettent encore de canaliser les préoccupations de notre vie en commun et surtout les exigences qui en découlent, plus particulièrement sur le plan public. Laissant de côté les actes de solidarité exprimés à l'égard des personnes victimes de guerres, de tremblements de terre, de typhons, etc., nous pouvons nous orienter davantage vers cette affirmation.

Les nouveaux mouvements sociaux de solidarité

Les différents « nouveaux mouvements sociaux » qui ont vu le jour depuis les années 1960 ont tous, quoique le plus souvent de manière non exclusive, travaillé sur le registre de la solidarité. On peut certes ironiser, aujourd'hui, sur plusieurs slogans alors très populaires, par exemple le fameux cri, lors des événements de mai 1968, sur la « solidarité entre étudiants et travailleurs ». Il n'empêche que, comme phénomène culturel, le thème même de solidarité acquiert son titre de noblesse précisément en thématisant des préoccupations nouvelles. Le survol des très nombreux dérapages des slogans de solidarité entre femmes, entre hommes et femmes, entre générations, entre homme et nature, entre majorités et minorités, entre « blancs » et autochtones, etc., nous permet, malgré tout, de dessiner les contours d'une nouvelle compréhension de la politique et de saisir les nouveaux enjeux sociaux d'une société moderne. Ce sont justement ces slogans de solidarité, et bien d'autres, qui ont annoncé le recentrage culturel dans lequel nous baignons depuis. En fait, ces slogans ont annoncé la thématisation, sur la place publique, de la question d'égalité entre les sexes, de notre surexploitation des ressources naturelles, de l'écologie politique et de la protection de la nature, du phénomène de l'exclusion, du racisme, des séquelles de l'histoire, et de tant d'autres sujets qui hantent encore notre contemporanéité.

Les cris de solidarité avec le tiers-monde, avec le Vietnam, le Biafra, la Palestine, etc., sont, dans un sens, encore plus révélateurs du rôle démocratique des mouvements de solidarité. Ils ont politisé ces conflits lointains à l'intérieur même des pays occidentaux, en réclamant des « comptes », en s'interrogeant sur le rôle de nos gouvernements respectifs dans ces conflits. Ils ont aussi permis la remise en question de la confiance envers les hommes politiques pour les décisions militaires qu'ils ont adoptées durant ces conflits. De telles questions, et d'autres encore, ont littéralement assiégé nos gouvernements et nos politiciens. Elles ont surtout levé le bouclier antidémocratique qui avait longtemps réservé les affaires internationales au bon plaisir ou au moins à la discrétion et à la géostratégie des gouvernements concernés.

Élargissement de la démocratie

Au-delà de la solidarité comme moteur des remises en question, l'important est que les mouvements de solidarité sont aussi le fait d'acteurs essentiels du processus démocratique. La démocratie n'est jamais un fait accompli. Nous devons nous interdire de penser nos démocraties comme institutions « démocratiques », « équitables » ou « justes », ou comme « produits culturels coulés dans le béton ». La démocratie est comme une fleur fragile : si nous n'en prenons pas soin, elle souffre, elle s'étiole et elle meurt. Il n'existe de démocratie que par les processus démocratiques. Au bout du compte, c'est le processus démocratique qui, seul, peut à la fois porter nos convictions démocratiques et honorer l'indispensable exigence démocratique d'être les auteurs de nos « produits » démocratiques. Si nous introduisons un bref constat de *zeitgeist* (l'esprit de notre temps), force est de noter qu'à côté de nos victoires démocratiques, nous pouvons aussi observer des signes inquiétants d'épuisement et d'égarement des forces démocratiques. Que dire des assauts néolibéraux nous proposant de reléguer la démocratie au Musée au profit du Marché, ou de la sacrifier à l'équilibre budgétaire, au paiement de la dette ? Sur un autre registre, ne pouvons-nous pas observer comment les flux d'informations subissent, de plus en plus, les assauts monopolistiques alors même que le nombre de « spin-doctors » se multiplie ?

Quant à l'économie, si fondamentale pour notre existence, ne pouvons-nous pas observer comment la mondialisation déplace et dématérialise le pouvoir économique hors de toute prise de conscience et hors de la maîtrise des premiers concernés ? Bref, les forces hétérogènes que représentent l'argent et le pouvoir deviennent autonomes de façon de plus en plus sophistiquée, au-dessus de la tête des personnes concernées. C'est sur ce fond que nous pouvons envisager les mouvements de solidarité comme un atout indispensable à notre démocratie, qui fait continuellement appel au processus démocratique et qui thématise les promesses inhérentes à la démocratie.

Outre la thématisation des « forces obscures » de l'antidémocratie mentionnée, nous pouvons aussi prendre comme exemple la thématisation publique du sort réservé au peuple palestinien. Tout en rappelant le slogan de « solidarité avec le peuple palestinien » qui a commencé dans les années soixante, nous pouvons aujourd'hui constater que presque tous les pays occidentaux ont tenté de rééquilibrer leur politique au Moyen-Orient. Si ces pays avaient, pour de justes raisons, bâti leur politique sur la solidarité avec Israël, cette thématisation inverse aurait pu permettre, par la suite, de considérer le problème sous un angle radicalement opposé. En thématisant démocratiquement le sort des Palestiniens, ce sont les événements tragiques subis par le peuple palestinien qui ont été portés sur le devant de la scène : la vie dans les camps de réfugiés, la misère, le désespoir, etc. Cette thématisation a d'ailleurs eu des effets positifs en éveillant la communauté internationale et en la poussant à travailler pour trouver un compromis historique entre Palestiniens et Israéliens. Si les accords d'Oslo ont été signés dans les années 1990, si la reconnaissance d'un état palestinien gagne du terrain en Israël même, c'est que la solidarité avec l'une et l'autre des parties n'a pas été vaine.

Comme nous le constatons, les mouvements de solidarité sont un apport essentiel à la démocratie en thématisant des sujets controversés. Comme tels, nous devons les considérer comme indispensables à la viabilité même de la démocratie.

Solidarité et consolidation normative

Les sursauts de solidarité risquent de subir l'inéluctable érosion du temps ou d'être éphémères. Tout résultat obtenu par un mouvement ou par des engagements de solidarité peut, par conséquent, avoir besoin d'être consolidé. Non pas pour éviter, à son tour, une thématisation démocratique, mais pour se concrétiser dans une politique, une institution, une organisation ou une législation pouvant inspirer la réalisation ou la promotion d'une forme de « solidarité ». Nous voulons justement nous pencher ici sur cette consolidation, en ce qu'elle nous permet de faire la lumière sur la législation dite de « solidarité ».

La législation comme acte de solidarité

Toute la législation moderne est inspirée aujourd'hui du processus démocratique dans le but d'élaborer des lois sur mesure. Le processus législatif est intimement lié à la politique, avec luttes et enjeux politiques. La législation de « solidarité » qui est l'essence même de chaque État-Providence contemporain est, en conséquence, imprégnée de ces luttes, pour apparaître, en fin de compte, comme un compromis politique. Le discours flou et mal étayé qui considère la législation de « solidarité » comme une sorte de « droit-créance » pèche, dans cette perspective, par le détournement éthique de la question de « droit »[13]. D'un point de vue politique, nous devons envisager la législation de solidarité par rapport à l'axe de notre engagement envers une situation que nous jugeons injuste, indigne ou déplorable. Quand nous investissons notre argent dans l'éradication de ces situations ou, souvent mieux, dans des buts empreints de compassion ou d'humanité, c'est une politique du bien commun alimentée par la solidarité qui se manifeste.

Pour expliquer cette politique de consolidation normative de solidarité, il semble que la meilleure voie ne semble pas être d'aller directement vers une législation moderne d'État-

13. L. Ferry et Alain Renaut, *Philosophie politique, Tome 3 : Des droits de l'homme à l'idée républicaine*, Paris, PUF, 1985 ; Simone Goyard-Fabre, *Le fondement de l'ordre juridique*, Paris, PUF, 1992.

Providence, mais plutôt de nous tourner vers les suites de la Révolution française de 1789. Pour choisir un exemple qui évoque l'aspect politique de la solidarité à cette époque, quoi de mieux que la déclaration de la Convention, en 1793, sur le droit d'asile politique. En fait, dans la Constitution adoptée le 24 juin 1793, l'article 120 offre solennellement, au nom du Peuple français, « asile aux étrangers bannis de leur patrie pour cause de la liberté. Elle le refuse aux tyrans »[14]. La Constitution offre de cette façon à tous les combattants de la liberté du monde entier, le statut de réfugié politique en France. Elle l'offre comme un « droit français » qui s'obtient par la reconnaissance de la lutte pour la liberté. Ce que nous voulons signifier, c'est qu'il s'agissait là d'un acte de solidarité. Les révolutionnaires français se déclaraient solidaires de tous les partisans luttant pour la liberté. Il s'agit d'un acte politique de solidarité où les révolutionnaires prenaient le parti de l'humanité et de la liberté. Nous voyons là un acte de solidarité qui n'était ni évident ni dénué de courage à l'époque où cette constitution fut adoptée. L'histoire du droit des réfugiés serait bien différente sans cette promulgation et sans les actes de solidarité témoignés à l'égard des réfugiés politiques expulsés de leurs pays[15]. Il nous faut penser davantage aux émotions et aux actes de solidarité sincères manifestés en Occident envers les réfugiés de Budapest en 1956, ceux de Prague en 1967, etc., ou encore envers les immigrés[16].

La Révolution française marque les prémices d'une tradition de consolidation normative de solidarité en Occident. Nous pouvons, dans ce sens uniquement, faire nôtre le mot de Saint-Just rappelant que le « bonheur c'est un mot nouveau en

14. Gérard Noirrel, *La tyrannie du national : le droit d'asile en Europe, 1793-1993*, Paris, Calmann-Lévy, 1991, p.34 ; F. Crépeau, *Droit d'asile : De l'hospitalité aux contrôles migratoires*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p.42.
15. F. Crépeau, *op. cit.*, et « La tolérance trahie : de la tradition d'asile à la mentalité de forteresse assiégée », dans P. Dumouchel et B. Melkevik (red.), *Tolérance, pluralisme et histoire*, Montréal et Paris, L'Harmattan, p. 107-116.
16. J. Habermas, « Immigration et chauvinisme du bien-être », dans *La revue nouvelle*, Tome 85, n°11, 1992, p.76-84. Également, J. Habermas, *L'intégration républicaine. Essais de théorie politique*, Paris, Fayard, 1998, p. 86-94.

Occident », et souligner comment la solidarité s'oppose à l'indifférence. Or, si les mouvements de solidarité trouvent leurs racines dans la Révolution française et, plus profondément, dans un républicanisme du citoyen, il nous semble que beaucoup de critiques contre les mouvements solidaires trouvent, quant à elles, leurs racines dans le rejet de la Révolution française par les réactionnaires.

État-Providence et solidarité

Quoi qu'il en soit, c'est pourtant la relation entre cette législation de solidarité et la législation de l'État-Providence qui doit nous préoccuper, pour nous conduire vers l'affirmation qu'il n'existe pas de différence entre celle-ci et le fait de créer sur le plan politique une législation de solidarité au profit des malades, des chômeurs, des retraités, des sans-logis, des itinérants, etc. Cette politique, en fait, pourra se concrétiser par des outils aussi différents que la gratuité des soins à l'hôpital, les allocations, les pensions garanties, les programmes d'habitation à loyer modéré, etc. Certaines données historiques peuvent même nous pousser à voir l'école ou encore le droit du travail comme s'ils étaient issus d'une même poussée de consolidation normative de la solidarité.

En fait, que nous prouve cette législation ? Rien d'autre, dans notre perspective, qu'une poussée de solidarité avec différents groupes, en fonction de problèmes qui nécessitent des solutions communes. Nous devons considérer cette législation comme si elle était issue d'un processus démocratique où les mouvements de solidarité et le fait de solidarité jouent un rôle charnière dans la sélection de normes pouvant répondre adéquatement aux besoins concrets et tangibles des citoyens. Quoi de plus normal, alors, que de ramener démocratiquement le débat concernant nos solidarités à une autre préoccupation, celle de l'argent ou, plus précisément, celle du financement public ? Or, dès lors que nous avons reconnu la légitimité de la solidarité comme vecteur social, nous avons aussi reconnu que celle-ci doit être arbitrée selon d'autres vecteurs majeurs. L'important, c'est de laisser le processus démocratique arbitrer, ce qui laissera tous les atouts dans les mains des citoyens.

En somme, comme nous le voyons, la consolidation normative de la solidarité est en quelque sorte l'enjeu ultime de la solidarité. Nous avons ici la preuve que la solidarité a passé démocratiquement le test de l'universalité, tel qu'il est compris et jaugé par les citoyens.

Conclusion

Pour terminer notre parcours philosophique, nous voulons poser une question : la ressource de solidarité s'épuise-t-elle ? Nos sociétés modernes sont-elles en train de saper « l'énergie solidaire » des individus, au profit de l'homme sans qualité (pour paraphraser Musil), au profit des monstres abstraits que sont le Marché, la Mondialisation et l'Argent ?

Certes, le réservoir de solidarité, géré par les mondes vécus, subit-il, aujourd'hui, des assauts idéologiques à répétition. Mais la conclusion de nos réflexions sur la solidarité doit avoir éclairci le fait que la solidarité, justement comme phénomène politico-philosophique, est nécessairement « hypersensible » aux contextes culturels, sociaux, économiques et autres. Sans toujours se manifester de façon autonome, la solidarité peut néanmoins se concrétiser facilement et de multiples façons, par exemple, dans la politique tout court. Et si nous pouvons constater que les discours populistes peuvent aussi avoir leurs jours de gloire, c'est aussi pour affirmer qu'à long terme, les politiques de l'antisolidarité sembleront peu prisées dans nos sociétés.

II IDENTITÉ ET DROIT

3 IDENTITÉ ET LOI, AFFIRMATION ET AUTODÉTERMINATION À LA CROISÉE DES CHEMINS : LES PREMIÈRES NATIONS ET LE QUÉBEC

Une des perspectives épistémologiques fondamentales qui permettent de saisir les changements mondiaux intervenus dans les domaines de l'économie et de la politique contemporaines, c'est que ces mutations surviennent dans une conjoncture internationale entièrement fragmentée et dissymétrique. Cette conjoncture est marquée à la fois par le renouveau des revendications politiques des Nations et des groupes ethniques, et par la multipolarisation des différents centres de pouvoir économique. Nous sommes à un stade de l'histoire où la prolifération des États-nations et les modèles conventionnels d'organisation qui ont façonné le monde sont en train d'entrer en conflit avec la configuration économico-politique assez ambiguë et paradoxale, et néanmoins dominante, de la politique mondiale, à savoir une plus grande interdépendance et une plus grande décentralisation sur les plans international et régional. Or, dans le même ordre d'idées, la question qui s'impose avec force aujourd'hui n'est-elle pas de savoir quels sont les paramètres en jeu quand les nations ou les groupes ethniques souhaitent définir — ou redéfinir — leur place dans la communauté internationale ?

Notre essai propose d'explorer les variables juridiques qui donnent corps aux différentes formes de discours dont les Premières Nations du Québec font la promotion pour eux-mêmes et pour leur entourage. Nous mettrons l'accent sur les modes narratif et argumentatif de l'autoépresentation juridique, en soulignant leurs utilisation à la fois par les groupes autochtones et par les groupes non autochtones. Notre objectif est donc de réfléchir sur le cas des Premières Nations et sur leur interaction avec le Québec et les discours souverainistes québécois.

Considérations épistémologiques

Ce que nous voulons tenter par la suite, c'est une incursion épistémologique au sein de la question des discours et des identités publiques. Ce que nous aimerions démontrer, c'est la division possible en quatre différents types, chacun ayant sa propre logique et sa propre signification. Nous aimerions également démontrer comment ces quatre discours révèlent quatre façons d'être dans le monde, c'est-à-dire quatre identités publiques différentes. Nous aurons trouvé là l'introduction à certaines observations épistémologiques qui guideront l'analyse subséquente.

Soulignons en premier lieu que ce genre de discours-analyse est une solution de rechange à l'épistémologie de l'observation et à la problématique portant sur la façon de définir un objet pour l'analyser scientifiquement. Cela nous incite à ne pas penser les objets, mais à nous concentrer sur le sujet, c'est-à-dire à la façon dont l'être humain agit dans la vraie vie. Au lieu du pivot moderne sujet-objet, nous entrons ainsi dans la problématique de la relation intersubjectiviste. En pensant cette relation sujet-sujet, nous nous tournerons vers le « langage » comme archétype de toute relation sujet-sujet[1]

Ce que nous constatons d'abord dans la grammaire, c'est un index d'identités (je, vous, il ou elle, moi), un ensemble de topicités (ici, maintenant, avant, demain), de déictiques (ceci, cela), ou de propriétés (le mien, le vôtre, le sien). En fait, cette « ontologie grammaticale » établit la relation sujet-sujet par l'intermédiaire de la communication. Cela ouvre en effet l'espace de communication dans lequel le sujet peut exprimer ce que signifie dire « je », dans la mesure où cette expression dépend du langage ordinaire. Dans et par la communication, c'est ainsi que notre identité commune se révèle dans la grammaire des personnes, des temps, des voix et des modes, grammaire qui, en fait, dépasse largement les différences inhérentes à la culture et au langage.

---

1. Nous basons ces considérations sur Jürgen Habermas et Jean-Marc Ferry. Voir Jürgen Habermas, *Théorie de l'agir communicationnel, Vol 1 : Rationalité de l'action et rationalisation de la société, Vol 2 : Pour une critique de la raison fonctionaliste*, Paris, Fayard, 1987 ; Jean-Marc Ferry, *Les puissances de l'expérience*, (deux volumes), Paris, Cerf, 1991.

À partir de ce point, nous distinguons quatre types de discours correspondant à nos quatre identités : narrative, interprétative, argumentative et reconstructive.

Notre identité première et primordiale est subjective ou collective et elle est reliée aux discours narratifs. C'est le premier mode de construction de l'identité, dans le sens où il apparaît comme la première performance d'expériences significatives pour le moi et pour les autres. Dans le processus de communication, la narration est la première à être expérimentée par la transmission. Cette transmission narrative insère l'expérience et l'événement dans la configuration des traditions. Ainsi, la narration n'est pas la réalité objective de ce qui s'est passé, ni la réalité intersubjective de ce qui a été vécu, mais la réalité intersubjective de ce qui a été dit. De ce qui a été dit sur le mode discursif par les gens. La narration devient ainsi un élément central de l'identité personnelle parce qu'elle définit une compréhension particulière de soi, du monde et des autres. Elle est également un élément central de l'identité collective puisqu'elle transmet l'Histoire, le Mythe et l'Histoire épique d'une identité collective; dans laquelle, encore une fois, se situe l'identité narrative personnelle.

La seconde identité discursive est l'identité interprétative. La caractéristique d'une identité d'interprétation est qu'elle « universalise ». Elle contraste ainsi avec l'identité narrative, qui n'aspire pas à l'universalité et qui ne fait que raconter les événements. En fait, l'identité interprétative se manifeste dans la leçon générale qu'une personne tire d'une narration. Dans cette perspective, nous devons l'interpréter en vue de comprendre comment l'aspect narratif de notre monde a un sens pour le moi. Il faut seulement découvrir comment les événements peuvent être compris sur la base d'un sens du narré général ou universel. L'interprétation requiert la participation active de l'auditeur afin de les expliquer. La personne interprète ce qu'elle voit, ce qu'elle entend et ce qu'elle ressent en l'expliquant soit par les causes, soit par les conséquences. Donc, l'interprète introduit la dimension interrogative en demandant « pourquoi ? », là où la narration travaillait sur le « quoi ».

La troisième identité discursive que nous examinerons est l'identité argumentative. Cette identité est un processus

de distanciation par rapport à l'identité interprétative. L'argumentation suppose toujours la présence de quelqu'un avec qui argumenter. Elle suppose un dialogue. Néanmoins, l'argumentation présuppose en général le pouvoir de poser le problème des « propositions ». L'argumentation implique toujours une justification de ce qui est dit, fait ou recommandé. L'argumentation réfère aux raisons et aux bonnes raisons, pour chaque proposition formulée. L'argumentation nous permet ainsi d'imaginer un espace public pour stabiliser ces bonnes raisons. Ce qui est plus important encore, c'est le fait que cet espace soit totalement différent des espaces de narration et d'interprétation, dans le sens où c'est uniquement dans le corps de l'argumentation qu'on peut poser et résoudre la question de la validité et de l'universalité moderne. La rupture avec la vision du monde exprimée dans la narration et l'interprétation est signifiée, logiquement, lorsque l'argumentation est entièrement autonome et lorsque le discours est dominant, ce qui permet aux individus de s'interroger sur toutes les solutions valides proposées et de créer les conditions qui faciliteront l'adoption d'une vision argumentative du monde. L'identité argumentative travaille ainsi, de façon simultanée, comme un retour sur soi-même et comme une ouverture argumentative à la vision du monde des autres et, comme je l'ai mentionné, à la modernité-universalité contemporaine.

La quatrième et dernière identité discursive est l'identité reconstructive. Le rôle de la reconstruction est de connaître et de reconnaître les positions à partir desquelles on peut émettre les bonnes raisons. Elle repose sur la réalisation de discours argumentatifs et elle s'engage dans la formation du sens critique vis-à-vis de l'historicité de l'argumentation. En ce sens, elle relativise certainement les discours argumentatifs. Qui plus est, elle les situe au centre de son environnement idéal et factuel. Les bonnes raisons de l'argumentation réfèrent aux raisons qui permettent d'apprécier la validité des arguments. Comme nous ne pouvons pas, dans le discours reconstructif, admettre la facilité des principes *a priori* — principes considérés comme métaphysiques et valides en soi — c'est le processus de reconstruction qui retrouve le rôle qui consiste à explorer les contextes d'où les arguments, les interprétations et les narrations tirent leur force, leur puis-

sance. Ainsi, l'identité de reconstruction est ouverte d'un côté au vertige devant le vide qui menace le discours, et, de l'autre, aux délibérations suscitées par le narratif, l'interprétatif et l'argumentatif.

Puisque les quatre discours et les quatre identités correspondantes sont introduites, nous pouvons maintenant insister sur les différences de catégories ainsi que sur les relations qui existent entre elles. Cela nous permettra de revenir sur nos remarques épistémologiques.

Dans ce contexte, nous aimerions souligner le fait que les identités discursives mentionnées plus haut organisent leur compréhension du monde de différentes façons. En fait, nous pouvons dire que l'identité narrative organise sa compréhension du monde à partir des deux catégories Événement et Destinée, correspondant à celles de l'histoire épique et du mythe. Que l'identité interprétative organise sa compréhension du monde à partir des catégories Loi et Justice, correspondant à celles des religions et de la métaphysique. Que l'identité argumentative organise sa compréhension du monde à partir des catégories Raison et Jurisprudence, correspondant à celles de l'ontologie et de la critique. Finalement, que l'identité reconstructive organise sa compréhension du monde à partir des catégories Histoire et Langue, correspondant à celles de l'herméneutique et du pragmatisme.

Ce qui en découle, et c'est notre second point, c'est que les quatre identités discursives ne sont pas égales entre elles. Nous remarquons que les identités narratives et interprétatives ont quelque chose en commun, soit le fait d'être précritiques. Elles ne thématisent pas de façon critique ce qui se présente devant elles. Les identités argumentative et reconstructive, par contre, ont en commun le fait d'être critiques, de détenir le pouvoir et la compétence, de thématiser ce qui leur est transmis. L'identité argumentative, en la soumettant au pouvoir de Raison, et l'identité reconstructive, au pouvoir de réflexion pratique.

Insistons maintenant sur les conséquences épistémologiques de ces propos.

1) Les identités narrative, interprétative, argumentative et reconstructive sont séparées uniquement sur le plan de la

logique. Dans la société moderne et pluraliste, l'identité des sujets est en fait une combinaison de ces identités. Ainsi, la pluralité n'est pas extérieure, mais intérieure. Nous avons la compétence de mobiliser toutes ces identités. C'est en fait ce que nous faisons dans une société moderne.

2) L'identité argumentative moderne ne peut pas avoir de prééminence immédiate sur les identités narrative et interprétative. Nous devons donc reconsidérer notre compréhension de la Modernité.

3) Nous pouvons toutefois souligner le fait que l'identité reconstructive acquiert un statut spécial. En fait, l'identité reconstructive correspond à l'« intersubjectivité temporelle » capable de s'ouvrir à la narration, à l'interprétation et à l'argumentation. L'identité reconstructive leur permet ainsi de « parler de concert », en ce sens qu'elle reconnaît la légitimité de chacune d'elles.

Ces remarques épistémologiques préliminaires, qui sont l'élément clé de notre programme de recherche exploratoire, peuvent maintenant nous servir de cadre d'analyse. En fait, le choc entre le nationalisme du Québec et l'aspiration à l'autodétermination des Premières Nations peut être analysé comme un choc entre des discours d'identité.

Le choc des nationalismes

Après cette entrée en matière, examinons maintenant le choc entre le nationalisme québécois et le nouvel ethnonationalisme des Premières Nations du Québec. Nous débuterons par une introduction sur le nationalisme québécois, pour ensuite passer au nationalisme des Premières Nations. Nous analyserons enfin ce choc plus en profondeur.

Notre première question porte sur la façon de caractériser le nationalisme québécois. Si le nationalisme traditionnel du Québec a d'abord été un ethno-nationalisme, un nationalisme basé sur la « race » canadienne-française (historiquement parlant) que nous appellerions aujourd'hui les Canadiens français, ce n'est plus le cas aujourd'hui. En fait, le nationalisme

québécois a changé au cours des années 1960. D'ethnonationalisme, il a évolué en nationalisme civique ou libéral[2].

Cette transformation est symbolisée par la rupture consécutive à la transformation d'une auto-identitification des Québécois, qui sont passés de Canadiens français à Québécois, et à la transformation du projet d'autonomie, lequel est passé d'une présence canadienne-française idéale à une délimitation spatiale de la communauté politique du Québec. Le nationalisme québécois a ainsi fait du chemin depuis ses débuts, en 1760-1763, lorsque la Couronne britannique a conquis la Nouvelle-France. Il est caractéristique, à notre point de vue, que ce premier nationalisme canadien-français ait d'abord et avant tout été construit à partir d'un discours interprétatif. Il s'agissait d'un discours interprétatif sur ce qu'était la Nouvelle-France avant la Conquête, et sur la façon dont les populations d'expression française pouvaient se comprendre de façon interprétative au sein du nouveau fait historique créé par cet événement. Ainsi, les demandes traditionnelles et les revendications auprès de la puissance britannique ont été des demandes interprétatives pour la Loi et la Justice. En un sens, ces demandes ont été honorées, de sorte que la population d'expression française du Québec a pu rétablir son Code civil pour les matières d'intérêt privé, et cela sans entrer en compétition avec la Common Law britannique qui réglementait les affaires publiques. Concentrons-nous maintenant sur le nouveau nationalisme québécois depuis les années 1960.

En fait, le développement de la forme de nationalisme civique au Québec a changé les relations entre celui-ci et le Canada anglais dominant. Ils sont devenus compétiteurs et voués à la suppression mutuelle. La réaction du Canada anglais a été de réduire la situation à un simple fait culturel — suivant l'herméneutique interprétative-narrative mentionnée plus haut —, par les politiques de multiculturalisme et, encore une fois, par le renforcement de l'identité civile du Canada anglais, au moyen de la Constitution de 1982 et des politiques préconisées par la Charte. À terme, la stratégie fut

2. Voir Guy Laforest, *Trudeau et la fin d'un rêve canadien*, Sillery, Septentrion, 1992 ; *idem*, *De la prudence*, Montréal, Boréal, 1993 ; *idem*, *De l'urgence*, Montréal, Boréal, 1995.

de concevoir le nationalisme québécois comme un simple ethno-nationalisme et de le condamner en raison de son prétendu archaïsme et de son insignifiance. De son côté, le Québec a émis différentes conceptions de ses relations avec le Canada, ou il a tout simplement demandé l'indépendance.

Bien que nous n'ayons pas à minimiser les relations plutôt problématiques entre le nationalisme civique pancanadien et sa contrepartie — le nationalisme civique québécois —, nous pouvons néanmoins affirmer que les deux principaux obstacles à de nouvelles relations avec le reste du Canada ou à l'indépendance sont la question des minorités de langue anglaise et celle des Premières Nations du Québec. Ce sont là les deux questions clés de l'avenir et les acteurs en sont parfaitement conscients. Sur le plan des intérêts des Premières Nations, on peut dire que ces dernières ont conscience de se trouver à un moment stratégique et crucial de leur histoire. C'est l'occasion historique pour elles d'obtenir l'auto-affirmation et l'autodétermination légales.

On retrouve 10 nations amérindiennes et inuit au Québec[3]. Leur population globale était de 62 000 habitants en 1990, ce qui représente 1 % de toute la population du Québec. Environ 15 000 autres pourraient être ajoutés. Ce sont les personnes de descendance amérindienne, à savoir les Amérindiens sans statut, qui, en fait, ne sont pas reconnues comme des Amérindiens au sens de la loi. Environ 70 % des Amérindiens vivent dans une réserve. Les questions amérindiennes relèvent de la juridiction fédérale, mais le Québec dispose du pouvoir d'émettre des lois d' « application générale ».

Le nationalisme autochtone, ou le nationalisme des « Premières Nations » au Québec, s'est développé à partir des années 1960. Les causes de l'émergence de ce phénomène sont multiples : le modèle de société dominante, devenu trop fragmenté pour représenter une solution de rechange valable, et aussi le changement culturel survenu au cours des années 1960, avec l'importance croissante des « racines ». À cela, ajoutons les politiques volontaristes mises de l'avant par les libéraux fédéraux canadiens en vue d'éliminer tout traite-

3. Secrétariat aux affaires autochtones, gouvernement du Québec, *The Aboriginal Peoples and Québec, The Road to the Present*, Québec, 1991.

ment particulier des autochtones au sein de la législation, ainsi que la résistance des autochtones à ces initiatives. La politique des libéraux, au cours des années 1960, a été de considérer les autochtones comme d'autres concurrents dans le marché du libre choix. Les Premières Nations ont remporté la bataille contre cette politique en 1982, lorsque le gouvernement canadien a été obligé de reconnaître dans la Constitution, par les articles 25 et 35, l'aspect inaliénable des « droits et des traités autochtones existants »[4]. Pour la première fois au Canada, les droits autochtones étaient protégés par un encadrement constitutionnel.

Toutefois, cette victoire historique des Premières Nations ne reconnaissait pas leur autonomie politique. C'était le nationalisme québécois qui l'empêchait[5]. En effet, à cause du Québec, le Canada ne pouvait pas, contrairement aux États-Unis, accepter la terminologie d'« autodétermination » et de « souveraineté ». C'eût été ainsi fournir des munitions au nationalisme québécois : pourquoi pas ne pas accorder l'autodétermination au Québec puisqu'elle l'a été aux Premières Nations ? Nous voyons maintenant comment le gouvernement fédéral a joué la carte du nationalisme des Premières Nations contre Québec, et vice-versa. Il s'agit d'une constante au sein de la politique canadienne.

La politique consistant à jouer le nationalisme des Premières Nations contre sa contrepartie québécoise a été réitérée en 1992, lors de l'Accord de Charlottetown. Celui-ci reconnaissait aux Premières Nations le « droit inhérent à l'autonomie au Canada » et la reconnaissance pour le Québec d'une société distincte à l'intérieur du Canada. L'Accord de Charlottetown, rejeté ensuite par référendum, aurait créé un troisième palier de gouvernement autochtone au sein de la fédération canadienne. Les gouvernements des Premières Nations aurait joui d'une grande latitude dans l'exercice d'une variété de pouvoirs actuellement accessibles aux seuls gouvernements provincial et fédéral. Bien que l'accord ait

4. Voir D. Sanders, « Pre-Existing Rights : The Aboriginal Peoples of Canada », dans R. Beaudoin (dir.), *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2e édition, 1989, p. 707-738.
5. Voir Sally M. Weaver, *Making Canadian Indian Policy: The Hidden Agenda, 1968-70*, Toronto, University of Toronto Press, 1981.

été rejeté lors du référendum pancanadien en 1992, il a montré aux dirigeants autochtones ce qu'ils pourraient obtenir : la reconnaissance d'un droit inhérent à l'autonomie au sens strict. La politique des dirigeants autochtones repose sur la reconnaissance du droit à l'autonomie sans la reconnaissance du Canada ni de celle du Québec. Le reste aurait été une affaire de négociation : d'égal à égal, de nation à nation. En somme, une négociation entre les Premières Nations et le Canada, unique détenteur d'une compétence juridique en matière autochtone.

Il n'existe aucune place dans ce modèle pour le Québec, et les dirigeants des Premières Nations du Québec en ont bien conscience. Les dirigeants des deux Premières Nations les plus influentes du Québec, les Cris et les Mohawks, bien qu'ils n'acceptent pas la domination du Canada sur leurs peuples, jouent cette carte en insistant sur le principe que le Québec n'a pas de « droits inhérents » comme ils en possèdent eux-mêmes. C'est-à-dire que leurs droits ont une signification plus profonde et qu'ils révèlent une légitimité plus fondamentale, plus que tout autre projet de nationalisme civique québécois. En d'autres termes, à leurs yeux, le Québec n'est pas un Peuple ou une Nation comme le sont les Premières Nations et ils ne peuvent donc devenir partenaires dans une négociation menée de nation à nation. Plus important encore, le Québec doit obtenir leur accord pour devenir indépendant, dans la mesure où le Québec pourrait avoir droit à une telle indépendance.

Apparemment, le choc est clair entre le nationalisme civique du Québec et le nationalisme des Premières Nations. La politique du nationalisme québécois en ce qui a trait aux Premières Nations a été extrêmement simple[6]. Elle propose aux Premières Nations un nouveau « contrat social ». Le Québec accepte le fait que tout soit discutable, il accepte les prétentions des Premières Nations en vue d'une autoaffirmation et d'une autodétermination, et il promet de légaliser ces droits. Mais en contrepartie de cette reconnaissance des nations

6. Voir Eric Gourdeau, « Québec and Aboriginal Peoples », dans J. Anthony Lonf et Menno Boldt (dir.), *Governments in Conflict ? Provinces and Indian Nations in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, p. 109-125.

autochtones, celles-ci devront reconnaître les frontières actuelles du Québec. Une restriction qui est le signe que le nouveau nationalisme québécois est civique et libéral: il s'agit d'un nationalisme qui repose sur la communauté politique d'une région géographique précise, le Québec. Pour les nationalistes québécois, la question de la reconnaissance des frontières revêt un caractère symbolique inhérent, celui de l'affirmation non pas du droit à l'autodétermination au sens strict mais à l'autodétermination en tant que geste politique de la part d'une entité politique géographiquement précise, ce qui est plus important encore. Cette demande est inacceptable pour les Premières Nations.

En fait, le combat du nationalisme des Premières Nations du Québec est un combat pour un « droit inhérent à l'autodétermination » en tant que nation autochtone. Si ce droit est réellement inhérent, comme le prétendent les autochtones, il devient alors impossible de reconnaître les frontières du Québec. Implicitement, cela implique la reconnaissance d'un « droit inhérent à l'autodétermination », tel qu'il est défini à l'intérieur du contexte politique préétabli, c'est-à-dire dans l'espace politique que forme le Québec. S'il était accepté, ce droit ne serait pas « inhérent » du tout, mais bien accordé par ledit espace politique, d'où un conflit inévitable.

Sur ce point, nous pourrions ajouter les différences en matière de systèmes juridiques. Le discours autochtone compte sur la possibilité de la reconnaissance d'un « droit inhérent », comme il est prévu par le système de la Common Law. On a longtemps considéré comme un lieu commun, dans les discours juridiques québécois sur les droits autochtones, le fait que le concept de « souveraineté » *existant* en Nouvelle-France ait été différent et que sa composition ait correspondu à celle d'une souveraineté d'un type relevant du droit civil. En résumé, que toute souveraineté appartenait à la société politique unifiée. Si cela était vrai, il ne pourrait alors y avoir d'authentiques « droits inhérents ». L'instauration de cette communauté politique abrogerait tous les pouvoirs autres que ceux qui auraient été émis à la suite d'une demande politique de reconnaissance mutuelle. En fait, les droits autochtones et l'autonomie autochtone dépendront entièrement des discussions politiques avec Québec. Les Nations autochtones

perdraient ainsi leur carte maîtresse, ainsi que la possibilité de voir reconnaître leurs droits par l'appareil juridique. En d'autres termes, il s'agirait d'une perte majeure.

Le choc des nationalismes que nous entrevoyons ici n'est que la pointe de l'iceberg. Il s'agit de la rencontre symbolique de différents discours d'identité réclamant le « droit inhérent » à la souveraineté et à l'autonomie. Comme notre analyse le montrera, ce choc des nationalismes révèle le pouvoir radicalisé de nos identités narrative et interprétative.

L'autoreprésentativité narrative et la loi

Pour ce qui est de la question de l'identité vis-à-vis de la loi, nous prétendons que la conception principale de la loi qui régit les Premières Nations du Québec est narrative. C'est une autoreprésentation ethnique qui fait qu'une personne se considère et considère sa nation comme situées à l'intérieur d'une narration préétablie. La narration, comme nous le verrons, repose sur la cosmogonie autochtone traditionnelle, sur l'Histoire initiale et sur le récit des temps historiques de sa nation. Jetons d'abord un coup d'œil sur cette conception en utilisant un exemple plus spécifique, les Mohawks du Québec.

Commençons par la Déclaration des Premières Nations du Canada de décembre 1980, à laquelle toutes les Premières Nations du Québec ont adhéré.

> Nous, les Premières Nations de ce pays, savons que c'est Dieu qui nous y a installées.
>
> Le Créateur nous a donné des lois qui régissent tous nos rapports en vue de vivre en harmonie avec la nature et avec l'être humain.
>
> Les Lois du Créateur définissent nos droits et nos responsabilités.
>
> Le Créateur nous a donné nos croyances spirituelles, nos langues, notre culture, ainsi que notre place sur la Terre pour subvenir à tous nos besoins. Nous avons maintenu notre liberté, nos langues et nos traditions depuis des temps immémoriaux.

> Nous continuons à exercer les droits et à respecter les responsabilités et les obligations qui nous ont été données par le Créateur pour les terres où nous avons été placés.
>
> Le Créateur nous a donné le droit de nous gouverner nous-mêmes ainsi que le droit à l'autodétermination.
>
> Les droits et responsabilités qui nous ont été donnés par le Créateur ne peuvent pas être modifiés ni confisqués par aucune autre Nation[7].

Ce que nous observons ici, c'est que la question de droit, d'autodétermination et de gouvernement est sous-entendue. Cette déclaration fait référence au droit « inhérent » et sous-entendu contenu dans le Récit de la Création. Les cultures légal-coutumier des autochtones de l'Amérique du Nord reposent sur un Récit spirituel et surnaturel qui raconte l'expérience archétypale des êtres humains depuis les temps mythiques[8]. Le récit initial de la Création et l'expérience mythique de la narration chez les nations autochtones ont été formulés comme la Grande Loi qui promulgue la relation initiale entre le Cosmos, la Nature et la Nation autochtone. Cet aspect spirituel de l'héritage légal-coutumier des autochtones d'Amérique du Nord permet d'assurer l'incorporation intersubjective des autochtones ainsi que la maîtrise du sens de l'humanité et de la signification régissant le Cosmos, la Loi et la Communauté des êtres humains.

C'est dans le concept de temps, de temps ouvert à l'expérience juridique, que cet aspect d'unité entre le Cosmos, la Loi et la Communauté des cultures juridiques autochtones nord-américaines revêt tout son sens. Contrairement à la conception linéaire de la modernité juridique, les cultures légales-coutumières nord-américaines mettent de l'avant

---

7. Déclaration de la 1re Assemblée des Premières Nations, décembre 1980. Voir Shin Imai, Kathrine Logan et Gary Stein, *Aboriginal Law Handbook*, Toronto, Carswell, 1993, p. 77.

8. Voir R. Ross, *Dancing with a Ghost. Exploring Indian Reality*, Markham, Octopus Books, 1992; M. Boldt et J. Anthony Long (dir.), *Quest for Justice: Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights*, Toronto, Toronto University Press, 1985; Oren Lyons, « Spiruality, Equality, and Natural Law », dans Leroy Little Bear, Menno Boldt et J. Anthony Long (dir.), *Pathways to Self-Determination. Canadian Indians and the Canadian State*, Toronto, Toronto University Press, 1984, p. 5-13.

une conception cyclique du temps. Le temps est un cercle, ce qui mène à un rejet de la catégorisation de la loi et suggère un besoin de penser méthodologiquement le phénomène légal-coutumier comme inséparable du cosmos, de la nature et de la communauté.

Patricia A. Monture, professeur de droit et activiste autochtone, nous en donne une excellente version latente dans l'affirmation suivante :

> Les expériences de mon peuple, les Premières Nations, enseignent qu'il existe une certaine beauté dans le fait de vivre en accord avec les anciennes coutumes. Ces anciennes coutumes nous montrent comment vivre en respectant la création. Une partie de cette beauté spéciale qui nous est donnée réside dans notre capacité à apprendre à propos de la création. Une personne n'est jamais complète avant d'avoir une compréhension complète de la création. L'apprentissage, donc, est un processus qui dure toute la vie. C'est parce que tous les êtres vivants, les animaux, les plantes, les humains, la vie aquatique, font tous partie de la création. Le processus de la vie, ou de la création, est continu. Il existe indépendamment de notre existence humaine individuelle. Ce qu'il faut comprendre, c'est que le cercle de la création est le centre de la vie des Peuples des Premières Nations. C'est de cette façon que nos expériences doivent être comprises »[9].

La politique de raconter individuellement le Récit initial d'un peuple autochtone a, dans l'environnement québécois, donné naissance à une nouvelle vigueur du Récit spécifique à chaque Première Nation[10]. Regardons cela d'un peu plus près.

---

9. Patricia A. Monture, « Reflecting on Flint Woman », dans Richard F. Devlin (dir.), *Canadian Perspectives on Legal Theory*, Toronto, Montgomery, 1991, p. 351. Voir également Patricia A. Monture-Okanee, « The Roles and Responsabilities of Aboriginal Woman : Reclaiming Justice », dans *Saskatchewan Law Review*, vol. 56, n° 2, 1992, p. 237-266.
10. Voir Georges E. Sioui, *Pour une autohistoire amérindienne : essai sur les fondements d'une morale sociale*, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1989 ; *idem*, *Les Wendats. Une civilisation méconnue*, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1994. René Fumoleau, *Aussi longtemps que le fleuve coulera : la nation dènée et le Canada*, Sillery, Septentrion, 1994.

Voyons tout d'abord comment le Récit initial, qui place le peuple autochtone du Québec dans son environnement narratif, glorifie l'authenticité d'une communauté qui est réputée avoir existé[11]. En fait, l'individu qui fait la narration est confronté au Récit de son peuple en tant que fait pur et simple, en tant qu'Événement d'une époque historique. Dans ces Événements, il existe une référence à l'histoire lamentable de la souffrance et de la déchéance autochtones. Ce que les autochtones découvrent est en partie l'histoire moderne de l'exclusion, de la violence, de la cruauté, de l'injustice, etc. Toute personne connaissant un tant soi peu l'histoire de cinq cents ans de rapports entre les autochtones et les non-autochtones (Européens, Africains, Asiatiques) ne peut faire abstraction de cette histoire moderne. Dans l'environnement autochtone québécois, cette histoire moderne représente toutefois le côté sombre de la glorification d'une Histoire passée. Toutes les Premières Nations du Québec se sont ainsi engagées dans la redécouverte de la narration de leur propre authenticité. Dans la plupart des cas, particulièrement chez les Mohawks, les Montagnais et les Cris, cela a débouché sur la création de factions traditionalistes militantes. Mais ce qui est plus important encore, c'est le fait que ce retour à l'authenticité narrative se soit répandu chez presque toutes les Premières Nations du Québec.

Un exemple important de ce retour à un Événement narratif est le retour symbolique de « Kalanerakowa », ou la « Grande Loi de la Paix » de la société Mohawk du Québec[12]. On situe en général l'origine de cette Loi dans la période allant de 1400 à 1600 après J.-C. environ. Elle est aujourd'hui connue comme la Constitution des Cinq Nations, ou simplement comme le Grand Livre de Lois des Iroquois. Sans trop

11. Voir Andrew Delisle, « How We Regained Control over Our Lives and Territories : The Kahnawake Story », dans Leroy Little Bear, Menno Boldt et J. Anthony Long (dir.), *Pathways to Self-Determination. Canadian Indians and the Canadian State*, *op. cit.*, p. 141-147. Page 142 : « ...I came to the firm realization that there was no other alternative for our people but to go back to the traditionnal system, which enabled my people to survive for generation... ».

12. Voir E. Jane Dickson-Gilmore, « Resurrecting the Peace : Traditionnalist Approaches to Separate Justice in the Kahnawake Mohawk Nation », dans *Proceedings on the 6th international symposium of the Commission on Folk Law and Legal Pluralism*, Ottawa, 14-18 août, 1990, vol. 1, p. 260-283.

entrer dans les détails de son contenu, disons qu'il s'agissait d'un accord de Paix entre les Cinq Nations Iroquoises. Avec d'un côté l'énumération des principes sur lesquels les Iroquois basaient leur gouvernement et les relations avec les nations, et, de l'autre côté, différents sujets constitutionnels portant sur le processus de confédération, de gouvernement et de relations inter et intraconfédérales spécifiques. Ce qui est important ici, c'est le fait que cet Événement représentait, dans cette nouvelle narration autochtone, la quintessence d'être Mohawk. La narration contemporaine d'un autochtone et de sa nation devrait ainsi reprendre cette histoire à son compte et y donner corps en la racontant.

Le second type d'Événement narratif est constitué des différents traités historiques entre les nations autochtones et les autorités politiques et militaires du Québec. L'important n'est pas ce qui a été historiquement négocié mais plutôt l'image et le symbole qu'on peut tirer de ces traités. En fait, dans les discours structurés par les nations autochtones sur ce sujet, on remarque que ces dernières sont traitées sur un pied d'égalité, en tant que nations, en tant que détentrices d'une autonomie, etc. Que cette fiction historique ait une valeur heuristique en représentant un pont pour la compréhension ne change rien au fait que ces Événements, par lesquels les autochtones furent abusés , apparaissent comme des affirmations du Récit historique. Ils apparaissent également comme la représentation de l'adversaire du principe d'édification de l'État du Québec et de celui du Canada, et comme la réaffirmation du Récit initial à l'époque historique. Cela réaffirme la spécificité des Événements par rapport à ce Récit.

Nous soulignons que la narration du récit entreprise à l'époque historique par les membres de la communauté autochtone sert de cadre à la diffusion efficace de cette culture juridique. Les histoires deviennent réelles au fur et à mesure du processus de récitation et, une fois sa maturité atteinte, l'individu établit ses propres expériences à la lumière de ces récits et comme une extension de ces récits. Notons qu'il s'agit d'une méthode puissante pour unir les gens et pour créer un sens intersubjectif partagé. Ce qu'on valorise alors , dans la culture juridique, ce sont les limites relatives à la Communauté.

Maintenant que nous avons examiné l'identité narrative, penchons-nous sur le fait qu'elle se manifeste au Québec comme un rejet de la prétention du Québec à l'indépendance et de son nationalisme civique. Selon l'approche narrative autochtone de la loi, les nations autochtones sont souveraines, leurs terres n'ont jamais été cédées ni confisquées à la suite d'une bataille avec les Français ou les « Canadiens » (Québécois), et seules les lois et les institutions autochtones ont leur place sur leurs terres. Quoi qu'il en soit, nous pouvons certainement retrouver cette attitude dans sa forme initiale, particulièrement chez les traditionalistes purs et durs, mais on la retrouve plus fréquemment modifiée, radicalisée ou atténuée par le discours interprétatif de l'identité. En fait, cette identité culturelle autochtone, ou nationalisme, n'a pas tellement prise sur la réalité. Cela dit, tournons-nous maintenant vers les discours interprétatifs.

L'identité interprétative en tant qu'ethno-nationalisme

Dans la perspective de la théorie juridique, il n'est pas surprenant de remarquer que les peuples autochtones du Québec, et les Premières Nations en général, ont adopté une approche interprétative à l'héritage de leur culture légale-coutumière. La culture légale-coutumière autochtone d'Amérique du Nord était, comme nous l'avons dit, un phénomène narré émergeant d'un Récit initial mythique qui fut bonifié tout au long de l'histoire de la communauté. La nouvelle interprétation politique de l'héritage légal-coutumier autochtone, que l'on retrouve dans le discours politique aborigène (c'est-à-dire autochtone) et qui s'adresse à la communauté, est un discours d'identité interprétative. La nouvelle interprétation politique de l'héritage aborigène parvient à asseoir une base à l'identité ou à l'authenticité, à établir un lien entre la nouvelle existence des peuples autochtones et les cultures légales-coutumières héritées et à réécrire l'Histoire de la culture légale-coutumière à l'intérieur de nouveaux modèles sociopolitiques. L'ethno-nationalisme, en tant qu'identité interprétative, servait à cette fin[13].

13. Voir Michael D. Levin (dir.), *Ethnicity and Aboriginlity. Case Studies in Ethnonationalism*, Toronto, University of Toronto Press, 1993.

Nous avons dit que la caractéristique de l'identité interprétative est de faire référence à la leçon générale qu'on peut tirer de l'identité narrative. Ce qui est surprenant, dans l'environnement québécois, c'est l'animosité qui s'est fait jour à propos du sens interprétatif à construire à partir de cette leçon. En fait, toutes les nations autochtones du Québec ont recours à la doctrine du « Two Rows Wampum » (wampum à deux voies) pour interpréter leur tradition comme « universelle », parallèle à celle des non-autochtones, mais aussi indépendante de cette dernière et son égale.

Traditionnellement, le motif caché derrière le « wampum à deux voies » semble être non linguistique. Ce motif, dans la tradition historique, symbolise le grand Livre de la Loi dans sa rencontre avec les cultures non autochtones. Le motif est représenté par un bandeau ou un collier montrant deux lignes séparées et horizontales qui ne se rencontrent jamais. Une autre image est également utilisée: deux nations (autochtone et non autochtone) symbolisées par deux canots, ou deux navires, descendant côte à côte sur une rivière, ensemble, mais indépendants l'un de l'autre.

Dans la réalité des systèmes politiques et juridiques, ces deux traces représentent la nation autochtone et la nation non autochtone. Elles symbolisent « deux voies », deux chemins, deux façons d'être dans le monde, deux traditions, deux autonomies politiques et juridiques, et deux modes de développement séparés. Chaque nation est ainsi censée conserver dans sa voie, ou son canot, toutes ses lois, ses traditions et sa culture, et chaque individu est censé préférer les institutions et les modes de vie qui sont proposées par la « voie » de sa nation.

Ce qui est important dans ce discours d'identité interprétative autochtone, c'est que chacun doit faire son choix. Il n'y a pas de troisième option, ou de place, entre la voie et le canot. Une personne qui se tient sur le trottoir et une autre sur le bord de la rivière (de l'eau) ne pourra jamais vraiment prétendre appartenir à une culture ou à une autre. Il ou elle sera une non-personne, ou, pour paraphraser Musil, une Personne dépourvue de Qualité. Un choix doit donc être fait, et ce choix, dans le discours moderne, est l'authenticité ou l'assimilation. Bien sûr, le choix est libre et ouvert, mais si un ou

une autochtone opte pour la voie non autochtone, alors il ou elle perdra son authenticité. Dans ce cas, il n'y a pas de retour en arrière possible.

Sur le plan individuel (au niveau micro), cela signifie qu'un ou une autochtone peut se sentir lié par l'héritage légal-coutumier de la culture dans laquelle il ou elle a été élevé, démontrant ainsi que ces lois se révèlent importantes et pertinentes pour lui ou pour elle. Qu'un tel sentiment du devoir puisse être accommodé dans un système juridique moderne ne fait aucun doute, mais il ne doit pas pour autant cacher que le fait de l'authenticité en jeu ne peut pas être reconnu. Parce que, sur le plan collectif (au niveau macro), ces discours d'identité interprétative perçoivent les autochtones comme s'ils formaient une communauté fermée. Une communauté qui se traduit et qui traduit ses expériences en passant d'une authenticité désuète à une nouvelle forme d'authenticité, mais sans aucune rencontre reconnue avec les autres communautés. Comme les Autres n'existent pas vraiment, il n'y a pas vraiment lieu de négocier les identités.

Le problème, c'est que cette forme d'ethno-nationalisme et d'ethnocentrisme a déjà été essayée. L'installation historique des autochtones dans des réserves consistait déjà à prévoir un développement à deux voies parallèles. La politique historique du système des réserves visait pourtant à protéger les nations autochtones. À leur permettre de trouver leur propre développement et leur propre mode de vie. Inutile de souligner que le résultat a été désastreux. Mais en intégrant le paradigme de « wampum à deux voies » aux nouveaux discours d'identité interprétative, ces expériences désastreuses se transforment en une expérience positive, en une affirmation de la Loi et de la Justice. De la réaffirmation de la Loi et de la Justice comme simplement présente dans la possibilité politique de ce système de réserves. Comme inhérent à chaque autochtone et à chaque nation établie sur des réserves. Tout est transformé de manière à préserver une authenticité initiale postulée. Puisque seule cette « universalisation » peut confirmer la continuation du Récit initial de la nation autochtone.

Les principales conséquences de la doctrine du « wampum à deux voies » sont internes et portent sur la construction de la nation autochtone d'aujourd'hui. Selon cette doctrine, il

n'y a pas d'autre moyen ni d'autre choix que de continuer l'interprétation de la Tradition. Le récit historique doit continuer et la Foi y joue un rôle de choix. Le fait que toutes les nations autochtones du Québec vivent aujourd'hui au cœur d'une réalité moderne avec ses contraintes politiques, économiques, administratives et autres a disparu. Le wampum à deux voies a ainsi réduit le choix des nations autochtones du Québec à une simple question d'identité. C'est que la réalité d'aujourd'hui dans les réserves autochtones, c'est-à-dire la dépendance économique (pour ne pas dire la mendicité, le chômage, la misère et le patronage institutionnalisés), la dépendance sur le plan individuel (niveau micro) envers la bureaucratie autochtone et sur le plan collectif (niveau macro) envers le gouvernement fédéral, cette réalité est subsumée dans la quête de l'authenticité. Dans cette perspective, ce comportement met de côté tout autre choix pour le futur. C'est ce qui permet aux dirigeants des nations autochtones d'accepter d'être les dépositaires d'un chèque en blanc pour agir comme ils ont toujours agi.

Le sens du paradigme à deux voies peut se résumer dans le rejet de l'intrusion des Autres. Mettons provisoirement entre parenthèses les non-autochtones et soulignons la question des Autres à l'intérieur même des nations autochtones. Patricia A. Monture la décrit de la façon suivante :

> L'accent, dans les sociétés des Premières Nations, n'est pas mis sur les droits individuels mais sur les droits collectifs. Les droits collectifs sont plus importants que des ensembles de droits individuels. La responsabilité en tant que base de cette structure met l'importance non pas sur ce qui est mien, mais sur le rapport entre les gens et la création [14].

En d'autres termes, la construction des Autres au sein des nations autochtones est une question d'authenticité autochtone.

---

14. Patricia A. Monture, « Reflecting on Flint Woman », p. 352-253. Voir également Mary Ellen Turpel, « Aboriginal Peoples and the Canadian Charter : Interpretative Monopolies, Cultural Differences », dans R. F. Devlin (dir.), *Canadian Perspectives on Legal Theory*, p. 503-538.

Pour ce qui a trait aux non-autochtones, nous pouvons réaffirmer que le « wampum à deux voies » a une importance mineure, mais qu'il présente néanmoins une valeur stratégique majeure. Il possède une valeur stratégique en rejetant toute intrusion non autochtone.

> Notre compréhension de la loi n'est pas représentée au sein du système juridique canadien. (...). En tant qu'individus, nous n'avons pas participé au processus d'acceptation des suppositions et des valeurs reflétées dans ce système. De plus, nous avons été exclus, comme Peuple, de toute participation à la formation de ce système. De plus, les Peuples des Premières Nations n'ont jamais consenti à l'application du système juridique canadien pour aucun des aspects de nos vies, et cette réalité est constamment ignorée... [15]

Donc, dans la perspective des Premières Nations, les lois et les institutions non autochtones ne peuvent pas être autre chose qu'une confirmation de leur sentiment d'avoir été exclues des structures gouvernementales, autant fédérales que provinciales. Nous sommes, ici encore, confrontés au fait que l'auto-interprétation culturelle et politique des identités des Premières Nations est vue par eux comme qualitativement différente et séparée des pouvoirs fédéraux ou provinciaux. Plus important encore, ces autorités fédérales et provinciales élaborent des politiques que les Premières Nations considèrent comme des contraintes injustifiées vis-à-vis de l'authenticité identitaire autochtone.

Conclusion : un wampum à trois voies

Pour revenir au choc entre le nationalisme civique et libéral québécois et le nationalisme des nations autochtones, tel qu'il est analysé plus haut, on pourrait avoir l'impression qu'ils ne se « rencontreront » jamais. Qu'ils sont sur la voie d'une collision qui ne peut être autrement que désastreuse.

---

15. Patricia A. Monture, « Reflecting on Flint Woman », p. 357.

Les événements d'Oka, en 1990, pourraient facilement confirmer une telle impression[16]. Bien que cela soit toujours un danger possible, il appert néanmoins que le vrai défi de la confrontation entre le nationalisme civique du Québec et le nationalisme des nations autochtones est de pouvoir créer une troisième « voie » qui permettrait de faire progresser les conditions nécessaires à une vie en commun. Ce défi est le « wampum à trois voies ».

Nous avons dit que l'identité reconstructive organisait sa compréhension autour de l'Histoire et du Langage (narratif, interprétatif et argumentatif). En unissant ces deux éléments, on voit que le nouveau récit des cultures légales-coutumières aborigènes adressé aux non-autochtones sert à convaincre les sociétés dominantes dans lesquelles elles vivent de leur accorder espace et temps pour leur permettre de continuer à vivre et à se développer en tant qu'entités culturelles séparées. De là l'importance d'avoir une assise reposant sur l'occupation du sol et faisant référence aux droits autochtones inhérents, le tout étant l'expression contemporaine de la culture légal-courumières.

La question des cultures légales-coutumières inhérentes aux nations autochtones en est une qui englobe aujourd'hui celle de la survie culturelle d'entités culturelles distinctes. Comme on reconnaît que ces cultures légales-coutumières ont le droit de survie, la question est de savoir comment cela peut être possible et efficace dans un monde qui peut être décrit comme un village global en constante mutation[17]. La nouvelle narration politique des nations autochtones travaille pour assurer une base à l'identité ou à l'authenticité au sein de ce difficile processus, à établir un pont entre la nouvelle existence des nations autochtones et les cultures légales-coutumières héritées. La nouvelle narration politique doit ainsi permettre de réécrire le Récit de la culture légale-coutumière à l'intérieur des nouveaux modèles socio-politiques. Les pro-

16. Voir C. MacLaine et M. Baxendale, *This Land is Our Land. The Mohawk Revolt at Oka*, Montréal et Toronto, Optimum Publishing International inc., 1990.

17. Ghislain Otis et Bjarne Melkevik, *Peuples autochtones et normes internationales. Analyse et textes relatifs au régime de protection identitaire des peuples autochtones*, Cowansville, Yvon Blais, 1996.

blèmes de toutes les identités narratives et interprétatives ne sont pourtant pas encore résolus. Ce que nous avons vu, c'est la puissance avec laquelle elles ont façonné les identités, l'affirmation de soi et la volonté d'autodétermination des nations autochtones. Personne ne peut nier ce fait historico-culturel. Mais si les identités narratives et interprétatives n'ont pas à être enfermées dans ces discours, elles devraient, sans avoir à se renier, s'ouvrir à une troisième étape dans la lutte pour leur affirmation. Il faut donc s'ouvrir entièrement à l'identité argumentative.

La proposition d'un « wampum à trois voies » est censée contribuer à ouvrir une telle identité argumentative. Premièrement en rendant explicite le fait que les nations autochtones ont un autre choix que l'assimilation ou la disparition, celui d'affirmer la pluralité de leur identité au sein d'une société elle-même pluraliste. Comme nous l'avons dit, la société est pluraliste non pas parce qu'il existe des différences entre les uns et les autres, ni parce qu'il existe des gens dont les coutumes, les rites, les croyances et les opinions sont différentes de ceux de la majorité. La société moderne est pluraliste parce que nous devrions reconnaître que la pluralité n'est pas « quelque chose » d'éloigné de nous mais quelque chose qui se trouve au cœur de chaque être. En ce sens, la pluralité se loge en chaque personne vivant dans ce type de société. Dans notre perspective, cette pluralité n'est donc pas qu'une conceptualisation politico-juridique, mais plutôt, ce qui est plus important, un élément culturel humain variable qui construit l'identité individuelle au sein de l'identité collective à laquelle l'individu s'attache. Les nations autochtones devraient-elles reconnaître ce fait comme faisant partie de leur processus historique et culturel ? Sans doute, puisque ce pluralisme est également présent au sein des nations autochtones elles-mêmes. En examinant les discours sur l'identité, on remarque en fait que les nations autochtones sont aussi pluralistes et fragmentées que le sont les sociétés non autochtones.

L'idée d'un « wampum à trois voies », symbolisée par le chemin vers l'identité reconstructive, est énoncée comme une façon de reprendre les trois identités mentionnées auparavant, sans violence et sans priver personne de la liberté de choisir, dans la limite du raisonnable, son mode de développement et

d'affirmation. Pour permettre la négociation à propos des identités qui sont le lot de tous les individus. Dans ce processus, toutes les parties doivent analyser de façon critique leur identité respective. C'est ainsi que les nations autochtones et le Québec devraient étudier de façon critique leur identité respective, cela en vue d'édifier un processus historico-culturel menant vers un wampum à trois voies. Ne faudrait-il pas prendre sérieusement en considération ces sujets dans une conjoncture historique qui sous-tend le besoin de tolérance au sein d'un processus culturel et politique? Ce processus, quelles qu'en soient les conséquences, montre que le moment est venu d'un changement inévitable et d'une prise de conscience générale par l'affirmation de tous les groupes concernés. Pour l'heure, les parties intéressées n'ont pas encore répondu à cette question.

4 LA QUESTION IDENTITAIRE, LE DROIT ET LA PHILOSOPHIE JURIDIQUE LIBÉRALE: RÉFLEXION SUR LE FOND DU DROIT AUTOCHTONE CANADIEN[1]

Nous nous proposons, dans cet article, d'analyser la question « identitaire » dans la philosophie juridique libérale contemporaine. À cet effet, nous voulons étudier, avec une importance toute particulière, l'œuvre de Will Kymlicka[2]. Ce choix se justifie d'une part par le fait que Kymlicka est un philosophe libéral influent et estimé, mais surtout par le fait qu'il pose le problème du libéralisme en vue d'une réconciliation de la pensée libérale avec les revendications des nations autochtones canadiennes[3]. L'objectif de notre analyse est de voir en quoi les revendications de reconnaissance juridique et politique des peuples autochtones canadiens posent

---

1. Conférence prononcée en janvier 1995 à l'Université de Montpellier 1, lors du colloque sur « le défi identitaire ». Kymlicka a depuis publié plusieurs livres où il raffine ses options éthiques. Voir Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship: a Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Oxford University Press. Voir aussi Finding our Way: *Rethinking Ethnocultural Relations in Canada*, Toronto, Oxford University Press, 1998. Kymlicka est aussi rédacteur de *The Rights of minority cultures*, Oxford University Press, 1995. Nous réitérons ici notre message, à savoir que le modèle éthique représente une impasse et que la solution sera ou ne sera pas politique.
2. Will Kymlicka, *Liberalism, Community and Culture*, Oxford, Clarendon Press, 1991. Kymlicka a aussi donné un résumé de ses réflexions sur le droit autochtone dans : « Liberalism, Individualism and Minority Rights », dans Allan C. Hutchinson et Leslie J.M. Green (dir.), *Law and the Community. The End of Individualism*, Toronto, Carswell, 1989, p. 181-204. Pour une réaffirmation récente voir aussi *idem*, « Individual and Community Rights », dans Judith Baker (dir.), *Group Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 1994, p. 17-33. Voir aussi Kymlicka, *Contemporary Political Philosophy: An Introduction*, Oxford, Clarendon Press, 1990. Traduction française : *Les Théories de la justice*, Montréal, Boréal, 1999 (Paris, La Découverte et Syros, 1999).
3. Selon la Loi constitutionnelle canadienne de 1982, article 35(2), les peuples autochtones canadiens sont les Amérindiens (Indiens), les Inuits et les Métis.

des problèmes pour notre modernité contemporaine largement influencée par le libéralisme juridique.

L'intérêt que nous portons au libéralisme juridique se justifie par le fait que celui-ci est largement adopté par le Canada et le Québec comme modèle explicatif et interprétatif pour penser le droit. En fait, il nous semble que les acteurs du « droit », qu'il s'agisse du législateur, des tribunaux, des avocats et des auteurs de doctrine, ont largement adopté le paradigme libéral comme modèle de compréhension. S'il existe certainement des voix discordantes, surtout dans le domaine des droits autochtones canadiens[4], cela n'a pas empêché l'idéologie libérale d'influencer profondément la façon canadienne de penser le droit autochtone[5].

Nous sommes d'avis que cet investissement unilatéral dans l'idéologie libérale explique en partie l'impasse juridique dans laquelle se trouve actuellement le droit autochtone canadien. Nous en sommes en effet arrivés à la conclusion qu'un des obstacles à surmonter est un certain « libéralisme juridique ». Non pas le libéralisme juridique ou politique en tant que projet de modernité, mais quelques paradigmes très puissants de libéralisme juridique qui refusent de reconnaître tout « statut » particulier et ainsi d'œuvrer à une réconciliation historique et politique avec les peuples autochtones. Ne brûlons cependant pas les étapes.

Nous voulons par la suite procéder comme suit: dans un premier temps, nous analyserons les principes libéraux à l'œuvre lorsqu'il s'agit de penser les droits autochtones. Ce chapitre nous sert de matrice philosophique pour ensuite, dans un deuxième temps, analyser la reformulation de la philosophie juridique libérale inaugurée par Kymlicka. Ce qui nous intéresse, c'est de voir comment Kymlicka prend en con-

4. Voir M. Asch, *Home and Native Land: Aboriginal Rights and the Canadian Constitution*, Toronto, Methuen 1984; Menno Boldt & J. Anthony Long (dir.), *The Quest for Justice : Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 1985; L. Little Bear, M. Boldt & J.A. Long, *Pathways to Self-Determination : Canadian Indians and the Canadian State*, Toronto, University of Toronto Press, 1984; J. Anthony Long & Menno Boldt (dir.), *Governments in Conflict? Provinces and Indian Nations in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1988.

5. Peter Kulchyski (dir.), *Unjust relations: aboriginal rights in Canadian courts*, Don Mills, Oxford University Press Canada, 1994.

sidération le fait « culturel » autochtone dans sa façon de penser les droits autochtones et comment, de ce fait, il modifie la pensée libérale à propos des nations autochtones. Dans un troisième temps, nous analyserons l'application du modèle de Kymlicka dans le contexte du droit autochtone canadien. Dans une quatrième partie, nous introduirons notre critique des impasses auxquelles se heurte le libéralisme juridique lorsqu'il tente de penser le droit autochtone canadien.

Les paradigmes libéraux et la question des droits autochtones

Dans ce chapitre, nous analyserons d'une part ce que nous pouvons considérer comme deux des paradigmes fondateurs du libéralisme, d'autre part comment se dessine, à partir de ces deux paradigmes, la façon libérale de penser les droits des autochtones.

Les deux paradigmes libéraux qui nous intéressent dans ce contexte sont d'abord le paradigme individualiste, ensuite le paradigme de neutralité[6].

Le paradigme individualiste

Pour le libéralisme, le lieu d'explication doit être uniquement l'individu. Le libéralisme fait sien le sujet moderne du droit constitué par la liberté de conscience, l'autonomie de la volonté et la responsabilité individuelle des choix. Le libéralisme crée un paradigme du sujet moderne de droit dans la perspective abstraite de la personne qui fait des choix. Il met ainsi au premier plan la question du « choix » que les individus doivent faire. La perspective du « choix » devient le lieu privilégié d'explication du libéralisme moderne.

En fait, le sens même du choix méthodique, c'est que l'individu fait un choix dans un contexte de son choix, souvent désigné comme le marché. Le libéralisme ne nie certainement pas que le contexte en soi n'est pas totalement choisi. Il affirme toutefois que, même si nous sommes nés dans des

6. Cf. Kymlicka, *Contemporary Political Philosophy. An Introduction*, p. 50-94 ; John Rawls, *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1987 ; Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambrigde, Mass., Harvard University Press, 1985.

contextes sociaux, historiques, linguistiques, communautaires, religieux, économiques et autres, et que nous ne pouvons pas par nos choix renier en bloc ces contextes, ils n'ont aucun ascendant sur notre choix. Il tient pour acquis que ces contextes n'ont aucun statut moral pour nous. Selon la pensée libérale, nous n'avons aucun « devoir » envers les contextes où nous vivons. Acceptant le contexte comme dépourvu de valeur, l'individu est libre de faire ses choix, sur le marché, sans contrainte ou devoir contextuels.

Le paradigme de « neutralité »

Le paradigme de « neutralité » n'est pas général, c'est un paradigme imposé à l'État. C'est à l'État d'être « neutre » face aux individus, aux citoyens. Le sens de ce paradigme est que la question du choix du « bien » est réservée aux seuls individus. Ce n'est pas le rôle de l'État de s'immiscer dans ce qui relève de la compétence exclusive des individus. Ce n'est pas non plus son rôle de se substituer au choix des individus, ni d'imposer une conception particulière du bien, même si celle-ci est généreuse et ouverte. Le rôle de l'État, c'est d'être « juste ». De là, d'ailleurs, la préoccupation bien significative du libéralisme de fonder constamment des « institutions » justes.

Le paradigme de neutralité doit servir à protéger les individus dans des situations ou des contextes non choisis. La neutralité doit protéger la liberté individuelle, la liberté de choix qui, pour l'individu, représentent la bonne manière de vivre. C'est un paradigme faisant appel à l'universalité du droit, c'est à dire à un droit qui doit être « égal » pour tous. Il ne doit pas y avoir *stricto sensu* de différence de statut juridique entre les différentes catégories de citoyens. C'est un argument contre toute forme de discrimination et de différenciation non fondée.

Nous ne pouvons pas comprendre entièrement ces principes sans tenir compte du fait qu'ils ont accompagné l'évolution moderne et contemporaine du droit. Nous ne les comprendrons pas non plus si nous ne mentionnons pas que ces principes ont eu un effet « émancipateur » pour les sujets de droit dans les sociétés occidentales. Comme l'écrivait Milton Gordon, l'idée libérale du droit se caractérise par :

> ...l'absence, même la prohibition, de toute reconnaissance juridique ou gouvernementale des entités collectives, qu'elles soient raciales, religieuses, langagières ou ethno-nationales ayant un statut dans le processus légal ou gouvernemental, et par la prohibition de l'usage des critères ethniques de toutes sortes pour des raisons de discrimination, ou inversement pour un traitement spécial ou de faveur [7].

Le libéralisme juridique a représenté un outil politique incontournable contre l'inégalité, la discrimination, l'exclusion et les autres maux de notre époque. Sur ce plan, nous pouvons tous être d'accord que le libéralisme juridique a fourni la preuve de son efficacité et qu'il a aidé les individus issus des groupes défavorisés. Comment appliquer ces paradigmes à la situation des autochtones canadiens ?

En fait, notre réponse peut être assez brève. Selon le libéralisme juridique, le droit autochtone devient immoral, car il attribue des droits à une entité ethno-nationale. Il ne s'agit pas d'un droit élaboré à partir de personnes, mais d'un droit construit sur le fait culturel d'un peuple particulier. Il introduit donc nécessairement une distinction entre les différents types de citoyens, entre les non-autochtones et les autochtones. Il forge ainsi une arme juridique qui peut être utilisée contre les libertés individuelles. La question des droit collectifs, sans laquelle nous ne pouvons pas envisager un droit autochtone *sui generis*, synthétise en soi le motif de cette accusation d'immoralité. En fait, du point de vue libéral, le droit collectif autochtone doit être jugé comme immoral parce que l'État, ou la nation autochtone, impose une conception particulière du Bien, qu'il s'agisse du langage, de la culture, des coutumes ou autres, et se substitue de fait au choix individuel. L'État, ou la nation autochtone, n'est donc pas neutre, mais il (elle) adopte une position paternaliste et

---

7. M. Gordon, « Toward a General Theory of Racial and Ethnic Group Relations », dans Glazer & Moynihan (dir.), *Ethnicity, Theory and Experience*, Cambrigde, Mass, Harvard University Press, 1975, p. 105 ; « the absence, even prohibition, of any legal or governmental recognition of racial, religious, language or [ethno-national :BM] groups as corporate entities with a standing in the legal or governmental process, and a prohibition of the use of ethnic criteria of any type for discriminatory purposes, or conversely for special or favored treatment » (notre traduction).

autoritaire. Il (elle) s'impose également sur le plan choix individuels, où un droit collectif dicte à l'individu une conception du Bien qui restreint le libre choix et qui établit la dépendance de l'individu.

Dans ce contexte, tout discours de droit collectif autochtone, pour ne rien dire de la question de droit collectif pour les minorités francophones canadiennes, devient une monstruosité qui doit être écartée et combattue. Une immoralité honteuse qui ne peut absolument pas se justifier dans une société libre et démocratique. En définitive, ce qu'il faut préconiser, c'est un refus de tout « statut » juridique des autochtones au profit d'un droit des citoyens.

Dans l'histoire du droit autochtone canadien, le projet de 1969 du premier ministre Pierre Elliot Trudeau d'abolir tout « statut » autochtone, les « réserves », les lois sur les autochtones, représente le sommet idéologique d'une intention libérale contre les revendications identitaires des autochtones[8]. Si Trudeau n'est pas arrivé à ses fins, s'il a reculé devant l'opposition autochtone et s'il a été obligé d'accepter en partie le fait autochtone dans la Constitution de 1982, il n'en demeure pas moins qu'il a affirmé, sur le plan de l'idéologie de l'État, une forme de compréhension et d'interprétation qui ne voit dans le droit autochtone qu'une mesure temporaire dont l'idéal sera son abolition à long terme. La morale libérale semble donc condamner d'avance toute tentative de reconnaissance juridique des droits autochtones.

Kymlicka et le renouvellement du discours libéral sur les droits autochtones

Kymlicka, tout en gardant l'ossature des paradigmes libéraux mentionnés, essaie d'ouvrir une brèche pour la prise en considération morale des identités autochtones comme des identités « culturelles ». D'abord, en insistant sur le rôle de la communauté culturelle dans la formation « identitaire » des individus et en désignant l'appartenance à une communauté culturelle comme un « bien premier ». Ensuite, en affirmant la réponse libérale des droits « culturels » autochtones comme

8. Kymlicka, *op. cit.*, p. 142-144.

réponse à l'inégalité des situations entre les contextes majoritaire et autochtone.

Pour comprendre l'insistance de Kymlicka sur le nouveau rôle de la communauté culturelle dans la formation «identitaire» des individus, il peut être intéressant de rappeler la critique que les «communautariens» ont adressée aux principes libéraux mentionnés auparavant. Les «communautariens», nous pensons ici aux théoriciens Alasdair MacIntyre, Michael Sandel, Michael Walzer et Charles Taylor, ont tous mis en doute le choix d'une position hypothétique pour fonder ces discours sur le droit[9]. En effet, selon eux, les individus doivent avoir existé avant ce choix, et les raisons qui les poussent vers un tel choix doivent être indépendantes des conséquences de ce choix. Le sens de cette critique, à l'encontre de l'importance primordiale de la liberté de choix chez les libéraux, est que les individus doivent nécessairement posséder une identité leur donnant la capacité de faire des choix. Ils pensent également que cette identité est formée socialement et personnellement dans des contextes culturels. Tandis que les «communautariens» utilisent cet argument pour établir une sorte de prééminence épistémologique de l'enracinement culturel sur le choix individuel, Kymlicka, par contre, tente d'incorporer la dimension «identitaire» en se référant à l'enracinement culturel comme «bien premier». Il fait de l'enracinement culturel un argument moral[10].

Kymlicka fonde son argument sur l'affirmation de John Rawls voulant que «les partenaires chercheront (dans la position originelle : BM) à éviter à tout prix les conditions sociales qui minent le respect de soi-même[11]». Même s'il est plus que

9. Alasdair MacIntyre, *After Virtue : A Study in Moral Theory*, Notre-Dame, Ind., University of Notre-Dame Press, 1981 ; Michael J. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982 ; Michael Walzer, *Spheres of Justice : A defense of Pluralism and Equality*, New York, Basic Books, 1983 ; Charles Taylor, *Sources of the Self*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1989.
10. Voir Don Lenihan, «Liberalism and the Problem of Cultural Membership : A critical Study of Kymlicka» dans *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 4, n° 2, juillet 1991, p. 401s, qui traite de Kymlicka en «communautarien».
11. John Rawls, *op. cit.*, p. 80 ; cité par Kymlicka, *op. cit.*, p. 166. John Rawls donne une définition des biens premiers p. 93-94.

douteux que Rawls se réfère d'une façon ou d'une autre à l'enracinement comme « bien premier », cette affirmation sert de point d'appui à Kymlicka pour le raisonnement suivant. En fait, comme Kymlicka peut raisonnablement dire que le respect de soi se forme dans un processus d'individualisation et de socialisation, il est donc logique que ce processus fasse référence à un héritage culturel, sinon à différents récits ou narrations culturelles, qui accompagnent et qui constituent le réservoir de sens à la disposition de tout individu[12]. C'est ce qui est effectivement le cas pour les peuples autochtones d'Amérique. La littérature spécialisée traitant de l'héritage culturel de ces peuples autochtones en témoigne.

Une fois établie la culture comme « bien premier », Kymlicka n'a plus qu'à poursuivre en affirmant la suite de son raisonnement sur le plan moral. C'est ce qu'il fait avec le concept de « cultural membership », que nous traduirons par « adhésion culturelle ». Kymlicka définit l'adhésion culturelle comme la « capacité de fournir des options de sens pour nous, et d'aide ou d'habilitation à juger pour nous même la valeur de notre plan de vie[13] ». Il s'ensuit que l'adhésion culturelle, définie d'un côté comme l'horizon de sens utilisable pour faire des choix, et, d'un autre côté, comme un ralliement culturel des personnes par le processus d'individualisation et de socialisation, crée ce que nous pouvons considérer comme sa synthèse libérale : à savoir le concept de « structure culturelle », qu'il définit comme un contexte moral de choix. Selon Kymlicka,

> [l]es valeurs libérales exigent aussi bien la liberté individuelle de choix et un contexte culturel assuré à partir desquels les individus peuvent faire leurs choix. Ainsi le libéralisme demande que nous puissions identifier, protéger et promouvoir une adhésion culturelle, comme un bien premier (...). C'est l'existence d'une communauté culturelle vue comme un contexte de choix qui représente un bien premier, et une préoccupation légitime de la part des libéraux. Mais la raison pour laquelle nous

12. Kymlicka, *op. cit.*, p. 165.
13. Kymlicka, *op. cit.*, p. 166 : « capacity of providing meaningful options for us, and aiding our ability to judge for ourselves the value of our life-plans. » (Notre traduction)

> apprécions le contexte culturel de choix plaide contre (...) la revendication que nous devrions protéger le caractère donné d'une communauté culturelle [14].

De fait, la communauté autochtone devient un contexte culturel de choix minoritaire à côté de la structure culturelle majoritaire. La communauté autochtone forme son propre « marché culturel ». Un marché culturel propre où chaque autochtone est libre de faire ses choix et même, à la limite, de choisir le marché culturel majoritaire. Cette constatation autorise ensuite Kymlicka à défendre la légitimité d'un droit autochtone particulier.

Le nœud de la pensée de Kymlicka est que l'individu appartenant à une communauté culturelle, comme celle que forment des nations autochtones, est dans une position d'inégalité. Tandis que tous les autres membres de la société, la majorité, profitent de plus ou moins d'équivalence entre leur appartenance à la communauté politique et à la communauté culturelle, les individus autochtones vivent leur situation dans l'inégalité et la fragilité de leur propre communauté culturelle par rapport à la communauté culturelle majoritaire.

Kymlicka plaide pour la préservation de ce « bien premier » que constitue le fait d'appartenir à une communauté autochtone ou nationale. Les dites communautés doivent donc se voir attribuer des « droits », des droits de minorités, de même que des ressources pour les sauvegarder. Comme l'écrit Kymlicka :

> ...nous pouvons défendre les droits autochtones comme une réponse, non pas aux choix communs, aux circonstances inégales. (...) l'existence même des communautés

14. Kymlicka, *op cit.*, p. 169 : « Liberal values require both individual freedom of choice and a secure cultural context from which individuals can make their choices. Thus liberalism requires that we can identify, protect, and promote cultural membership, as a primary good (...). It is the existence of a cultural community viewed as a context of choices that is a primary good, and a legitimate concern of liberals. But the very reasons we have to value cultural contexts of choice argue against (...) claim that we should protect the character of a given cultural community » (notre traduction).

> culturelles autochtones est à la merci des décisions prises autour d'elles[15].

La vulnérabilité des communautés est la vraie menace au libre choix des autochtones. L'exigence libérale du « bien premier » exige de nous, toujours suivant Kymlicka, que nous protégions le libre choix autochtone. Nous pouvons le voir dans la conclusion de Kymlicka :

> En d'autres mots, plutôt que de promouvoir ou de privilégier les choix des peuples autochtones, ces droits servent à corriger un avantage que des personnes non-autochtones ont avant que tous fassent leur choix [16].

Les droits collectifs des autochtones se justifient ainsi selon le critère de l'égalité libérale. Ils sont légitimes si on se réfère à une des préoccupations majeures du libéralisme contemporain, à savoir l'égalité des chances. Même si Kymlicka reconnaissait en 1994 que des accords historiques, comme les traités historiques entre les peuples autochtones et non autochtones, peuvent aussi servir de justification aux droits collectifs autochtones[17], il n'en demeure pas moins que c'est la perspective d'une égalité sur le « marché culturel » qui représente l'essence même de sa pensée.

Il convient de souligner que si Kymlicka a réussi à concilier le droit autochtone avec les paradigmes libéraux, cette conciliation libérale a un prix : la culture autochtone ne représente plus qu'une structure de choix, un marché supplémentaire pour les autochtones et à l'intérieur même de la culture autochtone. L'État n'est « neutre » que pour faire régner la valeur suprême du marché, à savoir l'égalité entre une minorité autochtone et une majorité non autochtone. Pour lui, même l'inégalité de droit entre autochtones et non-

---

15. Will Kymlicka, « Liberalism, Individualism and Minority Rights », p. 196 : « we can defend aboriginal rights as a response, not to shared choices, but to unequel circumstances. (...) the very existence of aboriginal cultural communities is vulnerable to the decisions of the non-aboriginal majority around them » (notre traduction).
16. Will Kymlicka, *ibid.*, p. 197 : « In other words, rather than subsidizing or privileging the choices of aboriginal people, these rights serve to correct an advantage that non-aboriginal people have before anyone makes their choices. » (notre traduction)
17. Kymlicka, « Individual and Community Rights », *op. cit.*, p. 25-27.

autochtones n'est qu'une conséquence de l'égalité des citoyens. Le droit autochtone se légitimise par le fait qu'il existe plusieurs « marchés » de droit utilisables à des fins de choix raisonnable.

Kymlicka et la question de l'application

Kymlicka n'a pas seulement tenté de rafraîchir notre compréhension des paradigmes libéraux et de leur relation avec la situation des autochtones canadiens, il a en outre envisagé leur application concrète et pratique comme cadre juridique. C'est ce que nous allons maintenant examiner. Nous devons faire une distinction entre l'application dans le « sud » et dans le « nord ». Voyons d'abord ce qui concerne le « sud ».

L'application dans le « sud » concerne les « réserves » déjà existantes. Kymlicka imagine une solution juridique permettant l'implantation de l'autodétermination gouvernementale, administrative et juridique comme les peuples autochtones le revendiquent[18]. L'autodétermination des « réserves » est synonyme, comme nous le verrons, du contexte culturel de choix des autochtones.

Le problème de fond inhérent à une telle solution est de tenter de conjuguer individu autochtone et assise territoriale. Cette solution est exclue par le droit moderne et par les paradigmes libéraux selon lesquels le droit n'a, strictement parlant, aucune assise territoriale. Kymlicka considérant, comme nous l'avons vu, le fait autochtone comme un contexte culturel de choix, fournit une justification de l'enracinement territorial des droits autochtones et de l'exercice de l'autodétermination. En effet, Kymlicka, en situant les droits autochtones sur le plan du contexte culturel des choix individuels, ne fait que jeter un pont entre le droit — comme pouvoir de l'individu — et le territoire autochtone — comme manifestation première d'un contexte culturel autochtone. De cette façon, Kymlicka fusionne l'exigence de notre modernité juridique, à savoir traiter l'individu, le sujet, comme base du droit, avec une coutume autochtone millénaire qui

18. Kymlicka, *op. cit.*, p. 146-157.

fait prévaloir la communauté, le contexte culturel, sur le choix des individus[19].

L'historien du droit, Sir John Summer Maine, a synthétisé notre modernité juridique dans l'image percutante d'une évolution du droit du statut au contrat, considérant que le destin de cette modernité juridique ne peut se jouer que sur la base du contrat individuel, seul élément rationnel de vie socialement partagé[20]. Or, la solution de Kymlicka consiste à associer le statut et le contrat. L'un et l'autre travaillent de concert. Concrètement, le statut, l'adhésion culturelle, constitue le contexte du choix. Le contrat, quant à lui, permet aux autochtones de faire leurs propres choix dans l'évolution de leurs communautés.

En somme, l'autodétermination gouvernementale autochtone sur les « réserves » du sud devient , en la calquant sur ce modèle, entièrement libérale. Il s'agit d'instaurer un « marché culturel » autochtone dans les réserves où les autochtones ont eux-mêmes la liberté et la responsabilité de choisir le cadre politique et le futur de leur communauté, de même que de choisir individuellement une conception de la vie qui leur plaît. Libre à eux de choisir des institutions démocratiques, autocratiques ou théocratiques. Quoi qu'il en soit, l'individu autochtone demeure libre de faire ses choix et peut à la limite toujours choisir, en s'exilant, la société majoritaire.

L'application dans le « nord » est beaucoup plus complexe[21]. Il s'agit de territoires immenses, grands comme plusieurs pays européens. Ce qui fait problème, c'est que ces territoires sont partagés entre autochtones et non autochtones. Le modèle du « sud » dans les réserves ne peut donc pas y être appliqué. Il faut élaborer un *modus vivendi* permettant la conciliation des intérêts autochtones et non autochtones. La solution est, pour Kymlicka, une institution politique par-

19. Voir M. Boldt & J.A. Long (dir.), « Quest for Justice : Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights », *op. cit.*

20. Henry Summer Maine, *Ancient Law : Its Connection with the Early History of Society and Its Relations to Modern Ideas*, London, 1891 ; republié : London, Dent, Everyman's Library, 1977. Voir aussi Stig Jorgensen, « Contract as a Social Form of Life », dans *Rechtstheorie*, Vol 16, 1985, p. 201 s. Repris dans *idem.*, *Reason and Reality*, Aarhus, Aarhus University Press, 1986, p. 129 s.

21. Kymlicka, *op. cit.*, p. 146 -157.

tagée entre autochtones et non-autochtones, et des politiques communes. Pour donner quelques garanties aux autochtones quant à la possibilité de sauvegarder leur contexte culturel, Kymlicka pense à deux solutions.

Il observe d'abord que beaucoup de non-autochtones s'établissent dans le «nord» uniquement pour quelques années: soit pour travailler sur les grands chantiers hydro-électriques ou autres, soit pour débuter une carrière. Quoi qu'il en soit, la vulnérabilité des communautés autochtones justifie, selon les perspectives de Kymlicka, que les droits politiques, le droit de faire des choix politiques sur l'évolution des communautés, soient réservés aux personnes ayant vécu là au moins sept ans[22]. Ensuite, la communauté autochtone pourrait exercer un droit de veto contre une décision politique de l'organe politique du territoire. Une communauté autochtone pourrait ainsi avoir le droit de veto contre une décision jugée néfaste pour ses intérêts.

En reconnaissant la fragilité des communautés autochtones, Kymlicka approuve la nécessité d'une sorte d'«atout» autochtone. En somme le modèle du «nord» conjugue également «territoire» et «sujet» (individu), mais il s'ouvre aussi politiquement aux non-autochtones en donnant toutefois quelques «atouts» aux autochtones pour assurer la protection de leur contexte culturel.

Il est clair que ces modèles fournissent enfin une cohérence pratique à la réalité autochtone canadienne. Insérés dans le contexte libéral de l'État canadien, les modèles de Kymlicka donnent une ouverture aux autochtones et une garantie à l'État. Ils donnent aussi une garantie aux individus, parce que l'évolution de leur communauté est leur choix. L'avenir des communautés autochtones dépend ainsi de la sagesse de leur choix.

La critique d'une impasse philosophique

Nous allons maintenant aborder la critique de Kymlicka. Il importe, avant d'entreprendre cette critique, de rendre hommage à Kymlicka. Kymlicka a pratiquement provoqué une

22. Kymlicka, *op. cit.*, p. 146.

révolution dans le cadre du libéralisme juridique. En faisant de l'héritage culturel des autochtones un argument moral, il va en fait plus loin que les communautariens. Notre critique s'oriente évidemment vers ce que nous considérons comme le point faible de Kymlicka, à savoir la non-reconnaissance politique des communautés autochtones. Une non-reconnaissance qui hypothéquera toutes ses solutions. Car, si nous devons apprécier l'« argument culturel » de Kymlicka, nous devons toutefois observer que celui-ci ne s'ouvre pas sérieusement à la réalité autochtone. En effet, Kymlicka réaménage les « principes », sans pour autant sembler se rendre compte que le premier pas à faire consiste à recréer une communauté politique entre les autochtones et les non-autochtones. Recréer une communauté politique pouvant prendre en charge une entente politique et jeter ainsi les bases du droit autochtone.

Il peut être intéressant de se demander pour qui écrit Kymlicka. N'est-il pas révélateur de constater que, dans l'introduction des écrits que nous venons d'analyser, il s'adresse d'une façon privilégiée aux juges et aux politiciens non autochtones. En fait, Kymlicka ne s'adresse pas aux autochtones. Il raisonne comme si les autochtones n'avaient pas droit au chapitre. Comme si un accord de droit politique entre l'État et les communautés autochtones n'était pas le préalable nécessaire pour tous ses modèles, pour toute solution! Comme il l'avoue d'ailleurs : « Pour le meilleur ou pour le pire, ce sont surtout des juges ou politiciens non-autochtones qui ont le pouvoir ultime de protéger et de renforcer les droits autochtones, et il est ainsi important d'en trouver une justification que ceux-ci puissent reconnaître et comprendre[23] ».

Nous pouvons étayer ce jugement en examinant deux questions. D'abord en nous orientant vers la question de l'enracinement des individus autochtones, et ensuite vers l'indifférence que témoigne Kymlicka envers l'argument sur la nécessité de créer une communauté politique.

---

23. Kymlicka, *op. cit.*, p. 154 : « For better or worse, it is predominantly non-aboriginal judges and politicians who have the ultimate power to protect and enforce aboriginal rights, and so it is important to find a justification of them hat such people can recognize and understand » (notre traduction). Voir également, Kymlicka, « Liberalism, Individualism and Minority Rights », *op. cit.*, p. 187.

En ce qui concerne l'enracinement des individus autochtones, Kymlicka suit l'enseignement du libéralisme abstrait en ne permettant pas que l'identité autochtone se manifeste sur le plan de la communauté politique. Dans le modèle de Kymlicka, la communauté politique demeure une et indivisible dans la figure du citoyen. Il présuppose l'existence d'une communauté politique entre autochtones et non-autochtones. D'où également l'affirmation selon laquelle ce ne sera que sur le plan de la communauté culturelle que les individus se distingueront en tant que non-autochtones ou autochtones. Or, l'enracinement des autochtones est également politique, inscrit dans une histoire, dans une narration, qui a précisément nié à l'autochtone une place dans la communauté politique canadienne.

Il faut le reconnaître, l'identité autochtone se fait dans et vis-à-vis d'une histoire forgée par la violence, la cruauté, l'injustice, l'incompréhension, le vol. L'identité politique des autochtones narre cette histoire, parfois uniquement de façon passive, quelquefois sous la forme du désespoir. Ce que Kymlicka fait, en présupposant les autochtones membres à part entière de la communauté politique, alors que leur histoire dit tout le contraire, c'est une « violence » à l'égard de cette histoire, de cette narration à l'intérieur de laquelle s'insère l'autochtone.

Le problème resurgit à propos de la nécessité de créer une communauté politique. En fait, c'est la même sorte d'indifférence que nous rencontrons. Kymlicka a beau réaménager les paradigmes libéraux, il ne fait jamais pour autant une analyse des discours juridiques des autochtones. Jamais l'identité autochtone, ou l'appartenance à la communauté autochtone, n'est investie chez Kymlicka sur le plan d'une obligation politique commune. Les autochtones se verront accorder des droits minoritaires pour sauvegarder leur enracinement culturel, mais jamais il n'est question d'un accord, d'un contrat, entre deux communautés politiques, entre deux légitimités, entre deux légalités, en vue de créer une communauté politique commune. La perspective d'un traité moderne n'a jamais été envisagée.

En excluant la perspective d'un accord politique, Kymlicka coupe court, et nous croyons que c'est bien le but, à toute

prétention à une légitimité politique autochtone égale à celle de la citoyenneté. Concrètement, l'histoire, l'injustice, les traités, les normes internationales, etc., qui ont largement forgé l'identité contemporaine des autochtones, n'ont aucun poids. Sur le plan d'une théorie du droit autochtone, les nations autochtones perdent de cette façon plusieurs de leurs meilleurs arguments.

L'absence d'une reconnaissance politique des peuples autochtones conduit à des impasses philosophiques que nous pouvons définir sur le plan moral et sur le plan thérapeutique.

Sur le plan moral, Kymlicka ne fait aucune analyse du discours des peuples autochtones canadiens. Il fait abstraction de la réalité historique des peuples autochtones. Il refuse de voir une histoire ignoble de violences, de conquêtes, de vols. Il refuse de voir l'histoire des promesses non tenues, des traités non respectés, des lois et de la jurisprudence bafouant leurs intérêts. Comme il refuse de voir ces faits et de les prendre en considération, ses principes de réforme sont condamnés à n'être que des remèdes à usage idéologique, inadéquats pour redéfinir la relation entre les non-autochtones et les peuples autochtones. Les peuples autochtones ont des arguments moraux contre la société non autochtone que nous avons le devoir de considérer.

Ensuite, sur le plan thérapeutique, nous pouvons d'abord observer que le « passé hypothèque » le futur. Les injustices historiques dont nous venons de parler sont là comme des plaies ouvertes qui ne veulent pas guérir. La philosophie libérale de Kymlicka est pratiquement insensible à ces aspects. Pour obtenir une justice sociale, nous devons plutôt, suivant en cela Habermas, d'abord pouvoir honorer l'exigence de l'idée d'« injustice historique ». Autrement dit, le refus de reconnaître l'existence d'une « injustice historique » sentie, comprise par des peuples autochtones, hypothéquerait la possibilité même d'une relation entre eux et les non-autochtones. Comme nous pouvons facilement le constater, tout le discours autochtone raconte de telles injustices. Nous comprendrons alors l'importance de cette démarche, qui consiste à thématiser l'injustice historique. Jean-Marc Ferry a synthétisé ce devoir comme suit :

> Nous avons collectivement beaucoup à nous faire pardonner. Au-delà, nous devons nous remémorer sur un mode critique ce que nous avons infligé de violences et d'humiliations à des peuples entiers de tous les continents, afin de faire triompher notre propre version de l'humanité ou de la civilisation. (...) Les peuples humiliés, largement majoritaires aujourd'hui sur la planète, attendent d'abord que nous reconnaissions ce qu'ils ont subi jadis, à l'époque où nous n'écoutions pas les cris de souffrance et du désespoir. Ils résonnent aujourd'hui comme des appels à la justice. Une telle reconnaissance implique notre responsabilité à l'égard du passé. (...) Les mots ont ici toute leur importance, car ils peuvent — ou non — réparer l'injustice avec la même quantité et la même qualité des choses données en réparation[24].

Mais comment ? Jean-Marc Ferry le décrit ainsi :

> L'argument de la reconstruction est le propre d'un discours qui permet d'ouvrir aux victimes la possibilité de se faire entendre. Elles le font sur la voie d'une reconstruction narrative, et c'est là le premier pas qu'amorce la raison en vue de la réparation. »[25]

Autrement dit, les discours autochtones, en tant que narration d'une injustice, doivent être considérés comme combinés avec le niveau argumentatif moderne. Il ne s'agit nullement de prétentions à la validité, puisque les narrations n'expriment que la sincérité, mais ces récits exigent une écoute avant que la réponse ne soit donnée. Sur le plan de l'identité, cela signifie que l'identité narrative autochtone se situe dans l'espace public avec le droit de recevoir une réponse. Il n'y a pas de réconciliation possible sans reconnaissance de l'altérité.

---

24. Jean-Marc Ferry, *Les puissances de l'expérience. Essai sur l'identité contemporaine*. Tome 2, *Les ordres de la reconnaissance*, Paris, Cerf, 1991, p. 218-219. Cf. Jean-Marc Ferry, « Sur la responsabilité à l'égard du passé. L'éthique de la discussion comme éthique de la rédemption », dans Hermes, n° 10, 1991, numéro thématique intitulé : Espace public. *Traditions et communautés.*
25. Jean-Marc Ferry, *ibid.*, p. 219.

Aussi longtemps que nous ne voudrons pas reconnaître politiquement les peuples autochtones, la perspective même d'une réconciliation moderne avec les peuples autochtones et non autochtones s'estompera dans des vœux pieux. Que la reconnaissance politique des peuples autochtones implique d'aller au-delà du libéralisme nous semble la conclusion que nous devons tirer pour aller plus loin que le travail de Kymlicka.

En guise de conclusion

En guise de conclusion, nous nous proposons de reprendre ce que nous considérons comme les acquis les plus importants de notre analyse.

Nous avons voulu insister sur le fait que le libéralisme rejette l'idée d'un droit autochtone collectif. Il le rejette parce qu'il considère que seuls des individus peuvent avoir des droits et cela de façon abstraite, dans un pur contexte de choix. Le libéralisme est donc profondément indifférent vis-à-vis des dimensions de l'identité, de la culture et de l'histoire. La révolution de Kymlicka, c'est de vouloir réconcilier le contexte du choix avec ces dimensions de l'identité, de la culture et de l'histoire. En traitant l'enracinement culturel comme « bien premier », dans le sens rawlsien, Kymlicka fait du contexte autochtone un cadre quelconque de choix à côté du cadre de choix de la société majoritaire. Un droit autochtone collectif est ainsi moralement justifié et peut se concrétiser dans différents modèles d'application.

Le discours libéral n'a pas été élaboré expressément pour la condition des peuples autochtones, mais pour des situations découlant historiquement des problèmes issus des contextes européens. Ces situations, ces contextes, n'ont pas été partagés universellement dans leur contenu par les peuples autochtones du monde entier. Bien que nous ne puissions que constater l'impasse philosophique où le libéralisme juridique nous a conduit, la solution ne consiste pas pour autant à retourner vers une philosophie substantialiste de l'identité culturelle. Plutôt que d'aller en deçà du libéralisme, la seule solution qui se dessine sera d'aller au-delà du libéralisme, vers une reconnaissance politique des peuples autochtones.

5 CULTURES LÉGALES-COUTUMIÈRES AUTOCHTONES : LA QUESTION DE PHILOSOPHIE DU DROIT

L'expression «culture légale-coutumière autochtone» fait référence à l'héritage légal des peuples autochtones du monde entier. En vertu des normes internationales relatives au droit autochtone, une nation ou un peuple autochtone est composé des descendants actuels des peuples qui habitaient un territoire, en partie ou en entier, au moment où des gens d'autres cultures ou d'autres origines ethniques sont arrivés. Ces nouveaux-venus vainquirent et réduisirent leurs ancêtres puis, par la force, l'implantation de populaton ou d'autres moyens, ils leur imposèrent une situation de domination ou de colonisation[1].

En général, ces descendants vivent plus en conformité avec les coutumes et les traditions sociales, économiques et culturelles aborigènes qu'avec les institutions du pays dont il font actuellement partie.

Culture autochtone et philosophie du droit

On estime à 264 millions le nombre de personnes composant les peuples autochtones du monde, soit 4 % de la population mondiale en 1991. Ils sont normalement en situation minoritaire, mais, dans certains cas, ils sont majoritaires. Les Amérindiens ou Premières Nations d'Amérique du Nord et du Sud, les Ainu du Japon, les Maori de Nouvelle-Zélande, les Aborigènes d'Australie, les « Peuples de la montagne » d'Asie, les « minorités nationales » de Chine, les peuples de Sibérie (en Russie), les Sami de Finlande et de la Scandinavie sont des exemples de peuples autochtones.

1. G. Otis et B. Melkevik, *Peuples autochtones et normes internationales. Analyse et textes relatifs au régime de protection identitaire des peuples autochtones*, Cowansville, Yvon Blais, 1996, p. 11, 193-198.

De nos jours, on reconnaît un héritage légal à ces peuples en tant que peuples autochtones, héritage qui est en marge, à des degrés variables, des lois de l'État dominant.

Les revendications pour la reconnaissance des cultures légales-coutumières autochtones et pour la reconnaissance de l'identité, de l'authenticité et des différences autochtones en tant que solution de rechange ou de substitut à l'ordre juridique établi est un véritable défi pour la modernité juridique[2].

En ce sens, nous sommes actuellement les témoins d'une révolution autochtone. Cette révolution a conduit, particulièrement aux États-Unis et au Canada, à une reconnaissance légale et officielle des cultures légales autochtones[3].

Le concept de cultures légales-coutumières autochtones est avant tout une question de recherche des faits. Il est l'expression de la conception positive d'une « loi-coutume » établie par les peuples autochtones eux-mêmes dans l'histoire, les coutumes, l'art populaire et les institutions. Il constitue, de ce fait, un sujet d'étude pour l'anthropologie, l'ethnologie, l'histoire et les sciences politiques ou sociales. Il est donc hors du champ d'étude de la philosophie du droit.

La pensée actuelle en matière de philosophie du droit met l'accent sur les modèles philosophiques qui sous-tendent la culture légale-coutumière autochtone et sur la philosophie des accommodations entre cette dernière et la modernité juridique. L'exceptionnelle diversité de ces modèles philosophiques au sein des cultures légales-coutumières autochtones dans le monde exclut de cette étude toute présentation systématique. Notre discussion ne portera donc que sur les

---

2. G. Otis et B. Melkevik, « L'universalisme moderne à l'heure des identités : le défi singulier des peuples autochtones », dans J.-Y. Morin (dir.), *Les droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 265-283 ; B. Melkevik, « L'organisation de l'autonomie politique autochtone : l'exemple des Samés (Lapons) de Norvège », *Revue de droit manitobaine*, 1992, vol. 21, n° 3, p. 406-425 ; B. Melkevik, « Autochtones et droit : Le nouveau droit norvégien des Samés (Lapons) », *Les Cahiers de droit*, 1991, vol. 32, n° 1, p. 901-915.
3. Boldt, Memmo, J. Anthony Long et Leroy Little Bear (dir.), *Quest for Justice. Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 1985 ; Richard F. Devlin (dir.), First Nations Issues, Toronto, Emond Montgomery Publications, 1991.

Premières Nations d'Amérique du Nord et sur la philosophie traditionnelle exprimant leur vision des fondements de la loi, leur conception des « droits » et de la signification de la loi.

Le récit d'origine et la communauté autochtone

La narration continue de ces faits tout au long de leur histoire par les membres de la communauté autochtone a servi de cadre à l'établissement de cette culture légale-coutumière. Par ce processus de tradition orale, les histoires ont pris peu à peu une tournure véridique. Au bout du compte, l'individu a donné à son expérience le sens d'un prolongement du mythe qui confirme ainsi l'histoire des origines. Soulignons qu'il s'agit là d'une méthode très efficace pour tisser des liens entre les gens d'un même groupe et pour instiller une signification commune et partagée de la vie. Ce qui est donc précieux, dans la culture légale-coutumière, ce sont les limites de l'expérience liées à la communauté.

C'est dans le concept du temps, temps ouvert sur l'expérience légale-coutumière, que cet aspect de lien communautaire de la culture légale-coutumière des autochtones d'Amérique du Nord montre ses limites. Contrairement à la conception linéaire de la Modernité juridique, les cultures légales-coutumières des autochtones d'Amérique du Nord mettent de l'avant une conception cyclique du temps. La philosophie traditionnelle de la loi autochtone voit le monde de façon cyclique : le temps est un cercle. Cela conduit à un rejet de la catégorisation de la loi et met en lumière un besoin méthodologique de penser le phénomène légal-coutumier comme inséparable, ou non différencié, du cosmos, de la nature et de la communauté.

La conception des « droits » (c.-à-d. des obligations) dans la culture légale-coutumière autochtone nord-américaine devrait être liée à la conception de l'« authenticité communautaire ». Les peuples autochtones d'Amérique du Nord ont tiré leur authenticité de la terre et des ressources qui les entouraient. Ils se voyaient comme des peuples en communion avec la nature et le monde vivant. De là leur identification avec la forêt, les plaines, les montagnes et également avec le bison. Le regard des autochtones sur le monde est le produit de cette

authenticité intériorisée qui fait de leur communauté une partie intégrante de l'ordre naturel, à la fois physiquement et métaphysiquement. En fait, pour les peuples autochtones d'Amérique du Nord, l'authenticité communautaire est le paramètre par lequel on atteint la compréhension de soi.

De cette façon, la collectivité, en tant que représentant du «nous», subsume les identités individuelles. Dans ce contexte, l'usage du concept de «droits», s'il reste philosophiquement controversé, suggère toutefois une obligation individuelle d'observer les règles de la communauté. C'est pourquoi les «droits» devraient être analogues à la prévisibilité communautaire.

Le troisième aspect significatif de la culture légale-coutumière nord américaine est celui du sens même des règles. Conformément à l'argument développé plus haut, il s'agit d'une conception de l'harmonie structurée à partir des relations entre la communauté et l'histoire originelle (initiale). Les deux concepts de propriété et de litige (qu'on appelle ici comportement anormal) demandent à être élaborés davantage.

Le concept de propriété privée du sol ou des ressources était en fait étranger aux peuples autochtones d'Amérique du Nord. En général, la terre est vue comme un présent remis à tous les êtres vivants, qu'ils soient humains, animaux ou même végétaux.

L'Histoire originelle (initiale) de chacun des peuples autochtones sert toutefois de fondement à l'attribution, de façon spirituelle, d'une terre spécifique à une communauté autochtone. Le sol, une fois occupé spirituellement, finit par devenir l'héritage d'une nation.

La nation et la terre sont en fait conçues de façon holistique comme les deux parties d'un tout. Ainsi, le concept de propriété inclut les générations passées et futures de la nation. Cela soulève le problème moderne de l'aspect inaliénable de la terre face aux autres peuples puisque les générations suivantes ne peuvent participer à une quelconque aliénation de cet héritage.

À l'intérieur même de la communauté, il existe toutefois des formes de propriété privée et de propriété mixte ou

« privée-communautaire ». Ces formes de propriété portent sur les produits de la pêche, de la chasse et de l'agriculture.

L'importance accordée à la survie de la communauté a été à l'origine de différents systèmes complexes destinés à assurer une répartition équitable des ressources entre tous les membres de la communauté.

Le conflit et le comportement anormal, dans la plupart des peuples autochtones de l'Amérique du Nord, étaient une affaire collective : ils étaient considérés comme une brèche dans l'harmonie sociale.

À maints égards, on peut observer dans la culture légale-coutumière des autochtones d'Amérique du Nord l'existence de « cours de justice ». Celles-ci peuvent quelquefois faire appel à une médiation devant le Chef ou le « Sorcier » (c.-à-d. le Guérisseur), et, le plus souvent, devant les Anciens. Dans cette culture légale, les Anciens jouent le rôle de premier plan de dépositaires et de défenseurs du Récit de ces peuples. Il semble donc tout naturel de recourir à leur autorité pour résoudre les conflits.

La résolution de conflits n'est jamais une question de loi ou de droits, mais davantage un processus de guérison visant à rétablir l'harmonie perdue.

Les Anciens sont guidés par leur pouvoir privilégié de référence au Récit de leur peuple et ils veillent à reformuler le conflit ou le comportement anormal à la lumière de cette expérience.

L'objectif est de guider les protagonistes vers un processus de connaissance de cette Histoire (Récit), de leur communauté et d'eux-mêmes. La conception de la résolution de conflit en tant que processus d'apprentissage ou de connaissance implique une acceptation de la tradition et de certains remèdes pour guérir les offenses. Si la guérison est jugée impossible et s'il y a menace pour le fondement même de la communauté, la seule solution possible consiste en l'élimination physique du malfaiteur, soit par la peine de mort, soit par ostracisme.

Le cultures légales-coutumières des autochtones d'Amérique du Nord reposent sur l'Histoire spirituelle et surnaturelle qui raconte à sa façon le mythe fondateur de l'humanité.

C'est la Grande Loi régissant la relation entre le cosmos, la nature et la nation autochtone qui est à l'origine de l'histoire de la Création et de l'expérience mythique de l'histoire des nations autochtones. Cet aspect spirituel des cultures légales-coutumières autochtones d'Amérique du Nord sert ainsi à assurer la cohésion de la compréhension et de la maîtrise du sens de la vie ainsi que du sens du cosmos, des lois et de la communauté humaine.

Accommodations philosophiques de l'univers autochtone

Il n'est pas étonnant que la philosophie juridique n'ait pas voulu baser sa réflexion sur les présuppositions de cette philosophie traditionnelle, qui est plutôt une sagesse traditionnelle. La philosophie juridique moderne est davantage intéressée par la question de l'accommodation.

Il faut faire une distinction entre l'accommodation factuelle et l'accommodation philosophique. La culture légale-coutumière autochtone pure n'existe plus aujourd'hui, ni en Amérique du Nord ni ailleurs dans le monde. Toutes les cultures légales-coutumières ont changé au contact et à la suite de l'introduction de la légalité moderne, et nombre d'entre elles ont tout simplement disparu. Ce contact a permis de bannir des pratiques inacceptables telles que la guerre et l'esclavage. Par contre, d'autres pratiques continuent d'exister: la femme, dans les cultures légales-coutumières autochtones, est toujours considérée comme inférieure. Ce processus d'accommodation factuelle se retrouve dans l'histoire juridique et dans la morphologie des systèmes légaux autochtones, à l'instar du système juridique tribal aux États-Unis. Le défi de la philosophie du droit contemporain repose en conséquence sur le dialogue avec les cultures légales-coutumières et sur la création d'une place pour elles dans la modernité juridique.

Ce processus de dialogue, ou accommodation philosophique, qui a une longue histoire dans la philosophie du droit, a souvent été tenté pas des non-autochtones[4].

---

4. Robert A. Williams jr, *The American Indian in Western Legal Thought. The Discourses of Conquest*, New York, Oxford University Press, 1990.

Au XVI^e siècle, par exemple, lorsque les philosophes et théologiens Francisco de Vitoria (1492-1546), Francisco Suarez (1548-1617) et Bartholomé de las Casas (1484-1566) ont défendu les droits des autochtones d'Amérique du Nord comme des droits de l'homme[5]; au XVII^e et au XVIII^e siècles, lorsque les philosophes du droit de l'Europe des Lumières, comme Pufendorf et Wolff, ont donné le statut de nation aux peuples autochtones: ce faisant, ils ont promu une nouvelle pratique reposant sur les traités dans le but de mettre sur pied un système de droits politiques aborigènes; au XIX^e siècle, lorsque les premiers anthropologues, tels que Lewis H. Morgan (1818-1881) et E. Burnett Tylor (1883-1917), ont inscrit les cultures légales-coutumières autochtones dans l'évolutionnisme philosophique, les condamnant ainsi à être simplement remplacées par l'État de droit; ou, au XX^e siècle, dans le discours juridique de E. Adamson-Hoebel et K. Llewellyn, qui ont travaillé sur les différences entre le «droit» des autochtones d'Amérique du Nord et l'État de droit en vue de démontrer le choix philosophique du réalisme juridique américain et d'exposer leurs thèses au sujet de la relation entre le contrôle social et la loi[6].

Le résultat de ces philosophies d'accommodation a été de considérer les cultures légales-coutumières autochtones à la lumière des droits de l'homme (ou de la «personne»), des droits politiques ou d'un schéma évolutionniste, ou encore de considérer ces cultures légales-coutumières comme des archétypes de «droits» autochtones. Aujourd'hui, on peut considérer que cette interprétation historique révèle plusieurs choix philosophiques implicites sous-jacents aux discours juridiques et politiques contemporains.

---

5. Francisco De Vitoria, *Leçon sur les Indiens et sur le droit de guerre*, Genève, Droz, coll. Les classiques de la pensée politique n° 3, 1966; Vitoria et Suarez, *Contributions des théologiens au droit international moderne*, Paris, Pedone, 1939. Voir également Marianne Mahn-Lot, *Bartolomé de las Casas et le droit des indiens*, Paris, Payot, 1982.
6. E. Adamson Hoebel, *The Law of Primitive Man: A Study in Comparative Legal Dynamics*, Cambrigde (Mass.), Harvard University Press; E. Adamson Hoebel et Karl N. Llewellyn, *The Cheyenne Way: Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*, Norman, University of Oklahoma Press, 1952. Traduction française: *La voie cheyenne: conflit et jurisprudence dans la science primitive du droit*, Paris, 1999.

La récriture autochtone et le droit moderne

Il y a encore plus important que les discours non autochtones : c'est le processus autochtone contemporain de faire de leur culture juridique une solution de rechange ou un supplément à l'environnement juridique dominant.

Comment traduire cet héritage culturel juridique en des termes qui respectent autant l'identité culturelle d'un peuple autochtone que l'inéluctable horizon de la modernité juridique ?

Dans la perspective de la philosophie juridique, il n'est pas surprenant de constater que plusieurs peuples aborigènes ont adopté une approche narrative de leur héritage culturel légal-coutumier. La culture légale-coutumière autochtone d'Amérique du Nord est directement inspirée du Récit (ou histoire mythique originelle) et elle s'est améliorée tout au long de l'histoire de la communauté par la tradition orale. Le nouveau récit politique du droit autochtone, celui-là même qu'on trouve dans le discours politique autochtone et qui s'adresse à la communauté, est un discours d'identité. Les dirigeants autochtones savent qu'ils ont des choix cruciaux à faire. Ils savent aussi que leurs communautés devront s'adapter à des modes de vie nouveaux.

Le nouveau récit politique de la culture légale-coutumière autochtone s'édicte de façon à assurer un fondement d'identité ou d'authenticité à ce processus difficile, à établir un pont entre la nouvelle existence des peuples autochtones et les cultures légales-coutumières dont ils ont hérité et, enfin, à récrire l'histoire de la culture légale-coutumière à l'intérieur des modèles sociopolitiques remaniés.

Le nouveau récit des cultures légales-coutumières autochtones à l'adresse des non-autochtones cherche à convaincre les sociétés dominantes dans lesquelles elles vivent de leur concéder suffisamment d'espace pour qu'elles puissent continuer à vivre et à se développer en tant qu'entités culturelles distinctes. D'où l'importance du mode de concession des terres et de la référence aux droits autochtones inhérents comme expression contemporaine de la culture légale-coutumière autochtone.

La question de survie

La question des cultures légales-coutumières autochtones en est une, aujourd'hui, de qui dépend la survie des entités culturelles distinctes. Il est en effet largement accepté de tous maintenant que ces cultures légales-coutumières ont droit à la survie[7].

Toute la question est de savoir comment on peut assurer efficacement cette survie dans un monde devenu un village global en continuelle mutation.

7. G. Otis et B. Melkevik, *Peuples autochtones et normes internationales*, *op. cit.*, note 1 , voir « Convention relative aux peuples indigènes et tribaux » (Convention 169) de l'O.I.T. de 1989, de même que le « Projet de Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones » de 1994 .

III MÉTAPHYSIQUE ET DROIT

6 LA MÉTAPHYSIQUE ET LE DROIT : UNE APPRÉCIATION PHILOSOPHIQUE

Le fait que la philosophie du droit s'inscrive aujourd'hui largement dans des perspectives postmétaphysiques ne doit pas nous empêcher de réfléchir à ce que la métaphysique a apporté à la pensée juridique occidentale et d'apprécier cet apport à sa juste valeur. Dans ce dessein, nous voulons insister sur le fait que notre façon de penser, de pratiquer et de revendiquer le droit est intimement liée à ce que la métaphysique a étayé dans la culture juridique occidentale. À savoir, refuser que le droit occidental soit jugé comme *réductible* aux forces hétérogènes, qu'il s'agisse d'autorités politiques, économiques ou sociales, ou *réductible* aux forces anonymes du Marché, du Cosmos ou de la Nature. Le droit occidental doit plutôt prendre toute sa dimension et s'apprécier à l'aune de son degré d'autonomie. Rien ne nous empêche en effet d'apprécier d'un point de vue philosophique l'apport culturel essentiel de la métaphysique à la question du droit[1].

Le contraste : hyperréalisme chinois du droit

Avant de pouvoir traiter de la métaphysique juridique, il nous semble pertinent de faire une brève incursion dans l'hyperréalisme de la pensée juridique chinoise. Nous y constatons comment l'absence de références autres que la « physis » (réalité) a désarmé l'esprit et a réduit le droit à un rôle uniquement instrumental aux mains des bureaucrates. Ce qui

1. Bjarne Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit*, Paris, L'Harmattan, et Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1988.

caractérise la culture juridique chinoise et sa philosophie, si on la compare avec sa contrepartie occidentale, c'est son caractère entièrement empirique, « réaliste » et matérialiste[2].

La conception chinoise du « droit », issue de la symbiose entre le Fa Jia et le confucianisme, constitue le socle de la culture juridique chinoise jusqu'à notre contemporanéité. Elle peut ainsi être résumée en trois points, tous visant l'empiricité du « droit ».

Tout d'abord, la loi chinoise n'est que l'expression empirique de la volonté « personnelle » du souverain. La loi désigne celui qui est le maître réel et empirique du pays. C'est par ailleurs l'habileté, la force et la ruse qui contribuent à faire d'une personne le souverain.

La loi devient ensuite une technique, un outil du pouvoir, dans les rouages d'un système d'administration légale.

Enfin, la loi chinoise doit être évaluée selon son efficacité. Pour ce faire, elle doit donc agir directement sur la motivation des individus. C'est pour cette raison que la loi a fait du « droit chinois » un système béhavioriste de récompenses et de peines.

En conséquence, la conception de « droit » chinois qu'on est à même de constater n'est qu'un droit « empirique ». Un droit bureaucratique entièrement dépourvu de transcendance ou d'idéalité, se résumant dans l'anonymat d'un pouvoir administratif et pénal préférant l'ombre des bureaux. C'est encore une conception irénique du « droit » où la revendication d'égalité, qui caractérise si bien le droit occidental, devient un scandale. Il n'existe alors aucun autre recours que la fuite en dehors du « droit », ce qui nous amène à constater qu'on préfère en Chine d'autres solutions de résolution de conflit que le droit. En d'autres mots, on considère le droit comme réservé à l'homme pervers.

---

2. Bjarne Melkevik, « Un regard sur la culture juridique chinoise : L'école des légistes, le confucianisme et la philosophie du droit », (1996) 37 dans *Les Cahiers de droit*, n° 3, p. 603-627 ; repris, *idem*, *Horizons de la philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 179-203. *Idem*, « Chinese Philosophy of Law », dans Christopher B. Gray (dir.), *The Philosophy of Law : An Encyclopedia*, New York, Garland Publishing, 1999, p. 104-107.

La métaphysique et l'exigence de justice

Tandis que le mot chinois «i», normalement traduit comme «justice», n'a aucune autre signification que celle de se référer aux bonnes mœurs et aux actions des rois légendaires de l'Antiquité chinoise et de s'inspirer ainsi d'un arsenal antijuridique confucianiste, la situation est fort différente dans toutes les langues occidentales. Depuis l'Antiquité, aussi bien grecque que romaine, la notion de justice a été rattachée au droit au point que droit et justice ont été compris comme synonymes. La raison en incombe largement au discours métaphysique qui associe, sinon confond, le droit avec la justice.

En relisant Platon et en analysant l'idée de justice qu'il défend, nous constatons comment il rejette, l'une après l'autre, les différentes définitions de la justice pour rendre la question de justice conforme à des principes idéaux. La métaphysique de la justice chez Platon se résume dans l'exigence d'instaurer des discours de fondation pouvant rationnellement étayer un ordre préétabli de justice et de droit. Le problème de la justice se résume, chez Platon, à l'exigence métaphysique de trouver, dans les discours de fondation, l'idée même de ce qui doit être considéré idéalement comme juste. En rattachant sur un plan métaphysique ce schème à la pensée juridique, il s'ensuit une façon de penser qui soumet continuellement le droit positif aux règles et aux principes préétablis dans un discours de fondation et censés pouvoir représenter l'essence véritable et «cachée» du droit. Ce modèle d'une métaphysique de fondation comme préalable de «justice» pouvant et devant chapeauter le droit, aura d'ailleurs un prolongement significatif au début de l'époque dite moderne.

La métaphysique de la justice d'Aristote s'oppose à celle de Platon. Dès les premières pages de *L'Éthique à Nicomaque*, Aristote propose une métaphysique de la justice rattachée à une conception particulière de la vertu. Selon lui, l'exigence de justice est une vertu spécifique de l'homme juste, exigence qui se résume à la fois au respect de la loi et à une typologie de différentes formes d'égalité. Cela l'autorise d'ailleurs à définir la notion de justice comme une composante de la rationalité de l'homme juste dans l'action. Et plus précisément comme l'expression de la vertu de l'homme juste, lui qui traite ses semblables comme égaux à lui-même.

La philosophie de la justice selon Aristote se résume donc dans l'introduction d'une métaphysique de « prudence » comme ultime source du droit.

Les discours métaphysiques ont, en somme, philosophiquement permis et soutenu une telle association entre « droit » et « justice » jusqu'à l'établissement du fait culturel typiquement occidental qui exige que le droit doive être mesuré à l'aune de la notion de justice. Cela a permis de faire de cette relation une base culturelle majeure du droit occidental. De plus, l'exigence de justice, que nous pouvons associer aux grands discours métaphysiques, est maintenant un idéal qui transcende le projet juridique.

La métaphysique et la notion de loi

Rappelons d'abord, comme nous avons pu le constater auparavant, que la notion de loi n'était, dans la pensée juridique chinoise, qu'un « commandement » pur et simple du souverain qui exigeait une soumission inconditionnelle. C'est surtout dans la métaphysique chrétienne du Moyen Âge que la notion de loi change de caractère, traçant, par le fait même, le chemin vers la modernité juridique. En fait, si la notion de Loi — païenne aux yeux des chrétiens — avait servi jusque-là pour constater les faits (culturels et politiques), la loi nouvelle qu'annonce le Christ est chargée d'une normativité qui reste à créer. La notion de loi qui se dessine en conséquence n'est pas seulement prescriptive mais aussi transcendante. Elle se traduit pour l'humanité par une marche vers un futur meilleur. C'est une notion de loi qui se présente comme une promesse, pour l'homme et à la mesure de l'homme.

St-Augustin reprend la notion de loi naturelle telle qu'elle fut enseignée par la philosophie grecque (Platon) et romaine (Cicéron). Elle est présentée comme la source originelle de la connaissance chez le juste. Comme telle, elle est aussi consubstantielle à la nature de l'homme, commune à tous et donc également accessible aux païens. Cette notion de loi ne peut plus être comprise seule désormais ; il faut la conjuguer avec la loi nouvelle du Christ : « fais à autrui ce que tu veux qu'autrui te fasse ». C'est la règle d'or qui sera reprise et modifiée à l'envi dans la culture juridique occidentale. Pour

notre propos, il suffit de souligner que St-Augustin inaugure la tradition de l'obéissance à une loi divine positive incarnée par les Évangiles.

St-Augustin nous offre ainsi un modèle métaphysique de légitimité de la législation construit comme un arc tendu entre la loi « supérieure » et la loi positive. Il en découle donc un modèle soumis à l'obligation de respecter la foi et l'enseignement cognitif inhérents à ces lois. En cas de non-respect, la loi pouvait être considérée comme dépouillée de son caractère de loi, sinon être qualifiée d'inique, d'injuste et de sans valeur.

St-Thomas, par contre, sépare soigneusement la question de justice (droit) et les questions de loi. Il introduit cette définition générale de loi : « la loi n'est rien d'autre qu'une mise en œuvre de raison en vue du bien commun, promulguée par celui qui a la charge de la communauté »[3]. La conception thomasienne de la loi se résume, par conséquent, en une téléologie insistant sur le bien dans la cité et chez les citoyens. En d'autres mots, les lois se mesurent à leur efficacité pratique et, qui plus est, à la façon dont elles peuvent s'accorder avec l'exigence du bien commun.

Issue du discours métaphysique amorcé et développé par la philosophie chrétienne durant tout le Moyen Âge, la notion de loi se présente au début de l'époque moderne bien différemment de celle qui fut chère aux philosophes grecs et romains. La notion de loi se présentait comme une idéalité pouvant chapeauter les exigences sociales, politiques, religieuses ou éthiques de la société. Elle pouvait pleinement apparaître comme une « source de droit », expression légitime de la volonté de la communauté politique, mais aussi comme une transcendance, une idéalité de la rationalité publique. En fait, la notion de loi est devenue, au début de l'époque moderne, la « prescription » de ce que la société politique voulait être. Elle a ainsi ouvert la voie à une prise en charge rationnelle de la notion de loi par la société politique.

3. Thomas d'Aquin (saint), *Summa theologica, Ia Iiae, quast. XC, art. 4, ad 3 m.*

La métaphysique des droits subjectifs

La dernière contribution majeure de la métaphysique à la culture juridique est issue de l'époque moderne : c'est l'avènement des « droits subjectifs ». C'est-à-dire la croyance (la métaphysique) selon laquelle l'individu possède des facultés et des prérogatives « juridiques » qui lui sont attribuées par la nature. C'est encore une fois par des discours de fondation de type métaphysique que de telles idées jaillissent entre le XVI^e^ et le XVIII^e^ siècle. Dans cette veine, nous mettons de l'avant Grotius et Locke justement parce qu'ils font des droits subjectifs des droits « innés ».

Ainsi, l'homme possède, prétend Grotius, des droits inscrits dans sa nature et dans son cœur. Dans *De iure praedae commentarius* (1604), il nous affirme que la règle première et fondamentale de tout système juridique se formule comme suit : « [que] ce que Dieu a révélé comme sa volonté est le droit »[4]. Par le fait que la nature et l'homme sont « révélés » comme (et par la) volonté de Dieu, Grotius peut présupposer que certains « droits » sont inhérents à l'homme quelle que soit sa race et même aux animaux. Mais Grotius dit explicitement que chaque individu a reçu une part de ces « droits »[5], lesquels sont inséparables de l'individu en tant que tel. Ce sont les mêmes idées de « droit inné » que nous retrouvons dans *Le droit de la guerre et de la paix* (1625). Il y insiste également sur la nature de l'homme comme fondement et comme orientation du droit.

Nous trouvons chez John Locke une autre version du discours métaphysique sur l'« innéisme » juridique. C'est en fait l'un des paradoxes fondamentaux de la pensée de Locke. S'il a pu, d'une part, lutter farouchement contre les idées innées de l'entendement, au point d'être considéré comme l'exécuteur de ce style de discours métaphysique, il les utilise à maintes reprises, d'autre part, en ce qui concerne les droits innés de l'homme. Il semble bien que Locke n'ait même pas vu la contradiction.

---

4. H. Grotius, *De iure praedae commentarius/Commentary on the law of prize and booty*, New York, Oceana, 1964, p. 8.
5. H. Grotius, *op. cit.*, p. 9.

Locke prétend que l'innéisme juridique est immanent à une « loi naturelle » inscrite dans l'âme « parce que c'est là que les prescriptions de la nature sont imprimées (*inscribi*) et les règles de la moralité gisent cachées avec les principes de comportement nécessaires à l'homme, et, par le fait que ces principes sont pareils chez tous les hommes, il ne peut y avoir d'autres auteurs que Dieu et la nature. C'est pour cette raison que la loi interne (*legem internam*), dont l'existence est souvent déniée par des vices, est reconnue par la conscience de l'homme et que tout homme qui agit d'une façon perverse en fait la preuve[6] ». Pour Locke, le droit inné est intrinsèque à la nature même de l'homme, il est l'élément constitutif de ses libertés et de ses prérogatives. C'est le même innéisme juridique qui transpire dans le *Deuxième Traité du gouvernement civil* de 1689.

Si on insiste sur le fait que la métaphysique innéiste des droits subjectifs ait pu être par la suite réfléchie de façon rationnelle dans certains discours du « contrat social », il n'empêche que la métaphysique a néanmoins ici servi à jeter un pont entre l'homme (et par ce biais la notion de liberté) et le droit. Pouvons-nous penser le droit contemporain sans les droits subjectifs ?

Point de vue

Dès l'entrée en matière, nous avons bien affiché nos couleurs. Nous ne croyons pas que la métaphysique juridique soit encore la base du langage juridique de notre époque. Dans notre perspective, c'est plutôt aujourd'hui à une conception démocratique de représenter la dimension d'indisponibilité qui seule peut rendre le projet juridique autonome par rapport aux forces hétérogènes. À cet égard, même si nous apprécions, comme nous l'avons déjà fait, les contributions apportées par la métaphysique à la culture juridique occidentale, rien nous permet de croire que le fondement de la justice, des

6. John Locke, *Essays on the Law of Nature*, dir. Wolfgang von Leyden, Oxford, 1954, p. 167 (notre traduction).

lois, des droits subjectifs ou simplement des droits fondamentaux issu des discours de fondation métaphysiques ou rationalistes, soit encore justifié aujourd'hui. Il nous semble donc qu'il ne reste que l'horizon démocratique du droit et le choix démocratique des normes légales par lesquelles nous voulons concorder nos actions.

7 VILLEY ET LA PHILOSOPHIE DU DROIT : EN LISANT *LES CARNETS*

Bien que nous ayons eu jadis le privilège d'étudier au Centre de philosophie du droit du professeur Michel Villey, à l'Université de Paris II, un fossé théorique et philosophique sépare depuis toujours nos travaux respectifs dans ce domaine. Notre première rencontre s'est d'ailleurs déroulée de façon assez particulière. Nous nous souvenons du désarroi qui s'était emparé de nous lorsque, pour la première fois, nous nous sommes rendu à l'Université pour assister à son cours sur l'histoire de la philosophie du droit. Nous avons cru, en fait, nous être trompé de salle de cours. La personne qui se trouvait devant nous donnait, de toute évidence, un cours sur saint Thomas et la théologie. Rien de bien anormal, pensions-nous, qu'on ait déplacé le cours annoncé de philosophie du droit, pour accueillir, pour une raison universitaire quelconque, un cours de théologie thomiste ! À la pause, ce malentendu fut éclairci ; mais cette petite anecdote, en soi anodine, fournit un exemple de la distance intellectuelle qui nous a séparés dès lors et qui nous sépare encore. Le temps a pourtant fait son œuvre. Sans pour autant adhérer à sa philosophie du droit[1], nous avons lentement commencé à apprécier Michel Villey pour sa pugnacité, sa farouche résistance aux modes intellectuelles qui déferlent sur l'Université, de même que pour sa lecture lucide et non héroïque de l'histoire de la philosophie du droit. Nous sommes en fait arrivés à nous apprécier mutuellement, chacun campé néanmoins sur ses positions.

1. Bjarne Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit*, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval et Paris, L'Harmattan, 1998.

L'arrivée des *Réflexions sur la philosophie et le droit*

Les Carnets[2], en 1995, nous a en effet donné une vision plus révélatrice de l'œuvre de Villey[3]. *Les Carnets*, ouvrage écrit de 1958 à 1988, année de la mort de Villey, nous montre un être travaillant autant sur lui-même que sur son œuvre de philosophie du droit. Il s'agit de « pages », plus exactement une méditation par page, et de plusieurs carnets où Villey consignait au fil des ans ses pensées et ses sujets de méditation. *Les Carnets*, ces méditations dans un sens paradoxalement moderne, livre à la fois sa philosophie personnelle et sa philosophie du droit. Il s'agit d'un véritable chantier personnel où Villey lutte pour mettre sa vision de la philosophie du droit à l'abri de ce qu'il considère être une menace de la part de la modernité juridique.

Les Carnets nous offre, de cette façon, un autre accès à l'auteur et à son œuvre[4]. Nous pouvons maintenant « commu-

---

2. Michel Villey, *Réflexions sur la philosophie et le droit. Les Carnets*, textes préparés et indexés par Marie-Anne Frison-Roche et Christophe Jamin, avec préface de Blandine Kriegel et François Terré, Paris, Presses Universitaires de France, 1995. Nous nous référons par la suite à ce livre, dans les notes et dans le texte, comme dans *Les Carnets*.
3. Parmi les principales œuvres de Michel Villey dans le domaine de la philosophie du droit, il faut citer : *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 2e éd., 1962 ; *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*, Paris, Dalloz, 1969 ; *Philosophie du droit*, 2 volumes, Paris, Précis Dalloz, 1975 ; *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Montchrestien, 1968 ; *Critique de la pensée juridique moderne* (douze autres essais), Paris, Dalloz, 1976 ; *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, 1983 ; *Questions de saint Thomas sur le pouvoir et la loi*, Paris, PUF, 1986. Villey a aussi écrit sur le droit romain : *Recherches sur la littérature didactique du droit romain*, Paris, Domat-Montchrestien, 1946 ; *Le droit romain*, Paris, PUF, 1949 (plusieurs fois réédité).
4. Il existe plusieurs livres de réflexion sur l'œuvre de Villey. Mentionnons *Droit, nature, histoire : Michel Villey, philosophe du droit*, Actes du IVe Colloque de l'Association française de philosophie du droit, Aix-Marseille, P.U.A.-M., 1985 ; J.-F. Niort et G. Vannier (dir.), *Michel Villey et le droit naturel en question*, Paris, L'Harmattan, 1994 ; *Michel Villey*, numéro thématique du *Droit, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique*, Paris, PUF, *n° 28* , 1998 ; les Actes du colloque Michel Villey du 13 février 1998. Les hispanophones consulteront avec intérêt : Renato Rabbi-Baldi Cabanillas, *La filosofia juridica de Michel Villey*, Pampluna, EUNSA, 1990.

niquer», non seulement avec les livres savants de philosophie du droit qui ont fait sa réputation, mais aussi avec le laboratoire de ses réflexions intimes et personnelles qui sont en quelque sorte le substrat où elles prennent leurs racines et leur envol. Il n'est peut-être pas inutile de se rapporter à ce qu'il dit lui-même : « À la vérité c'est moi-même qui devrais vous intéresser ; mais, comme entre les hommes l'amour est mort et que nous portons sa nostalgie, nous avons fabriqué cette caricature, l'estime que l'on feint pour l'œuvre[5]. » Il est bien évident qu'une œuvre de philosophie du droit, comme tout produit intellectuel, ne se fait pas toute seule, comme s'il s'agissait de l'incarnation abstraite et magique d'une quelconque « science ». Elle est plutôt le fruit d'un être en chair et en os, travaillé par ses expériences et par des chemins de réflexion toujours personnels. Que *Les Carnets* nous révèle un Villey rongé par des réflexions spirituelles n'étonne certainement pas. Ce qui nous étonne, cependant, c'est l'ampleur, la profondeur et les directions que prennent ces réflexions. Elles nous donnent la possibilité de lire certaines orientations qu'a prises sa philosophie du droit. *Les Carnets* représente donc un accès au « laboratoire » où prend corps sa philosophie du droit.

Les *Carnets* nous inspire un certain nombre de réflexions. En suivant l'évolution chronologique des « pages » de Villey, de 1958 à 1988, nous voulons réfléchir sur l'idée qu'il se fait des exigences, des devoirs et des enjeux de la philosophie du droit. Nous nous apercevrons que ses réflexions débordent largement le cadre même d'une philosophie du droit, pour rejoindre une réflexion sur l'existence et sur l'homme.

De 1958 à 1961 : pourquoi le droit naturel ?

Les Carnets de Villey commence en 1958. Il est alors professeur d'histoire du droit à Strasbourg. Au contact de la philosophie allemande, Villey a, depuis 1949, de plus en plus orienté ses recherches vers l'histoire de la philosophie du droit. Cette nouvelle orientation se concrétise, notamment, dans les fameux séminaires de philosophie du droit que Villey inaugura à Paris, à la Faculté de droit, et qui constitueront au

5. Villey, *Les Carnets*, p. 127.

cours des décennies suivantes les soubresauts de la philosophie française du droit. Or, cette orientation vers le domaine de la philosophie du droit se retrouve dans l'une de ses premières réflexions, en 1958, sur la nature de la philosophie du droit :

> Pourquoi le terme « philosophie du droit » ? Mais parce que notre office propre est d'employer les termes justes. Et tel est le cas. On me conseille d'y substituer, comme agréable au ministère, celui de sociologie du droit : mais je ne veux pas d'une science qui commence par un gros mensonge. Et la science ne se compromet pas.
>
> Pourquoi « philosophie du droit » ? Mais parce que vous n'en voulez pas. Déjà le terme est plein de sens, il est un programme, une victoire. Il est la seule chose qui peut-être parviendra jusqu'au gros public, infatué de science, de technique, de mécanisme, et qui jamais ne pénètre au-delà des mots, des emblèmes, des étiquettes. Si ce drapeau n'est point déployé, qu'est-ce qui reste de la bataille ?[6]

Cette réflexion présage une philosophie du droit villeyenne considérée davantage comme un programme de recherche que comme une certitude acquise. S'il y a une certitude, toutefois, c'est de ne pas tricher sur la « marchandise ». Faire de la philosophie du droit, c'est le faire avant tout comme philosophie et non pas comme « théorie générale du droit ».

Le programme philosophique que Villey tente d'élaborer pour le droit ne doit-il pas, par conséquent, être vu comme une nouvelle forme de réconciliation entre les deux solitudes « droit » et « philosophie » ? Il ne fait nul doute que Villey prononce, tout au long de sa carrière, des paroles très rudes, et même désobligeantes, contre la philosophie et surtout la philosophie moderne. Il tient cette dernière et les philosophes qui l'ont conçue comme des malfaiteurs, des ignorants, ou encore des « Monsieur Jourdan » éblouis par leur propre prose. Selon Villey, plus ces philosophies ont eu une forte

6. M. Villey, *op. cit.*, p. 2.

influence, plus elles ont perturbé la représentation du phénomène juridique tel que qu'il a été vécu, pratiqué et expérimenté par les juristes[7].

Si Villey considère indéniablement le droit des juristes comme le « vrai » droit, il ne peut pas pour autant renoncer, comme nous venons de le constater, à la vocation propre de la philosophie. La question est simplement de savoir quelle philosophie doit être élaborée : une philosophie de raison, qu'il récuse pour sa stérilité, ou une philosophie qui, en quelque sorte, s'adresse à l'homme en questionnant son être. Villey choisit la philosophie du droit comme quête, phénoménologie de soi, voire comme quête existentielle :

> Que demandè-je [sic] à la philosophie ? Un langage pour m'y reconnaître, moi imparfait, mouvant, infirme dans le monde qui me dépasse. Donc un langage qui respecte cette part de mystère, de flou, d'incertain connaturelle [sic] à ma faiblesse — mais m'apporte cette part de solide, de fixe, de précis dont j'ai besoin. Ce genre de clef, ce « passe-partout » à la fois ferme et malléable dont se servent les serruriers qui ont à ouvrir plusieurs portes. Et qu'on ne mette point la certitude à la place qui ne lui convient pas, qu'on ne la mette point au point de départ ; c'est l'armature même de la clef qui doit être souple. Ainsi le point de départ du scientisme ne me convient point ; mais celui de la philosophie classique, souple, vaque en son origine (« le juste », le « beau » et le « bon ») et qui ne s'arme qu'en son point de rigidité métallique[8].

Parmi les commentateurs de Villey, il semble que seul Albert Brimo ait entièrement saisi cet aspect « existentiel » de la philosophie du droit villeyenne. Il décrit d'ailleurs sa théorie

7. Villey, « Préface », à Chaïm Perelman, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de philosophie du droit, vol XXIX, 1984, p. 8. Voir la contre-critique philosophique d'Alain Renaut et Lukas K. Sosoe, *Philosophie du droit*, Paris, PUF, 1991.

8. Villey, *Les Carnets*, p. 12.

comme relevant d'un « néothomisme para-existentialiste[9]. » Cet existentialisme a sûrement Dieu comme fondement et garant, et *Les carnets* y revient à l'envi. Or, c'est aussi un existentialisme qui ne peut que se résorber dans un doute existentiel. Par opposotion à l'existentialisme protestant, si magnifiquement représenté par Kierkegaard, l'existentialisme villeyen doit se concrétiser dans une téléologie, dans une foi encadrée et « encadrante », ce qu'il ne voit possible que par saint Thomas. Nous sommes toutefois sensible au fait que l'adhérence de Villey au droit naturel classique puisse ne pas être motivée par une quelconque force ou la validité de cette théorie, mais davantage par l'élan existentiel qui se manifeste dans sa méthodologie[10]. L'insistance sur le droit naturel classique dans sa souplesse et son imprécision, ne nous montre-t-il pas Villey devant le tâtonnement existentiel, propre à une quête vers quelque chose que nous ne connaissons pas, à savoir « le juste » ou encore « Dieu » ?

Mais qu'en est-il de son « thomisme » ? La tâche du philosophe du droit qui se dessine chez Villey est de répondre aux besoins du temps par une dialectique (méthode) de recherche de ce qui est « juste ». Contre la tradition thomiste, il prône un rejet pur et simple de l'« insupportable orgueil thomiste » au profit de ce qui faisait, à ses yeux, la valeur de saint Thomas : « sa méthode, son ouverture »[11]. Qu'un tel saint Thomas existentiel se soit heurté à beaucoup de résistance et de rejet dans les milieux thomistes est une consé-

---

9. Albert Brimo, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'État*, Paris, Pedone, 3e édition, 1978, p. 80. Voir la réflexion de Brimo quant à savoir si Villey pousse « trop loin l'aspect existentialiste de la pensée thomiste ? » à la p. 81. Notre analyse des *Carnets* nous incline d'ailleurs à croire que nous devons répondre par l'affirmative à cette question. Brimo fait d'autre part un parallèle entre Villey et l'œuvre de René Marcic, disciple à la fois de saint Thomas et de Heidegger ; de René Marcic, *Von Gesetzesstaat zum Richterstaat*, Vienne, 1957. Ce qui nous révèle qu'une étude sur la relation entre l'antihumanisme de Heidegger et Villey reste à faire.
10. Villey, *Les Carnets*, p 22 : « Un système de non-savoir qui respecte le non-savoir. Il en est deux, le thomiste et le libéral moderne — mais non point le libéral moderne, car il affirme trop de liberté. [...] Un système qui prenne ses assises sur le révélé, un portique sûr, qui débouche dans le discutable. »
11. Villey, *Les Carnets*, p. 9.

quence inéluctable[12]. Car un saint Thomas de doutes, de quêtes et d'expériences, sans aucune référence à la raison, ne peut que difficilement être un guide philosophique ou un réel exemple (sauf dans le silence que saint Thomas s'impose à la fin de sa vie). Sinon, on introduit le thomisme dans le rôle inattendu d'encadrement fidéiste. Cela se résume, dans la philosophie du droit de Villey, en un tremplin thomiste, invitant l'homme à s'améliorer et à se transcender.

Or, ce programme de philosophie du droit n'est-il pas voué à son propre échec, à son propre désespoir? Pris dans le tourbillon de l'existence, Villey n'a-t-il pas renoncé à tous les outils pour statuer sur ce que le droit doit être? En fait, si nous pouvons dire que Villey élabore et développe une philosophie existentialiste-thomiste du droit, la question demeure: comment réconcilier cette conception existentialiste avec ce que saint Thomas a effectivement écrit sur le droit (c'est-à-dire la justice)? Comment prendre le pouls de la réalité juridique sans paramètres, sans horizon autres que ceux des «vagues» mêmes de notre existence si humaine? Le rejet, par Villey, d'un saint Thomas réaliste et rationaliste ne symbolise-t-il pas, en fait, le renoncement d'une prise en compte de la réalité juridique et du droit positif?

Si donc la conception du droit naturel de Villey consiste à élaborer une conception de Droit-Verbe[13], comme chez les Anciens, il est à souligner que ce Droit-Verbe, dans la croyance d'un ordre ou d'une nature des choses nous englobant, vise avant tout la foi. Villey superpose le Verbe chrétien au Verbe grec, en présupposant que le Droit-Verbe est l'ordre des choses «aimées» par Dieu.

---

12. J.-P. Schouppe, *Le réalisme juridique*, Bruxelles, Story-Scientia, 1987, p. 135 à 137, c.f.; «L'adhésion de M. Villey au réalisme strict, tel que nous l'avons défini, semble être certaine mais limitée» (page 137, note 229). Ou encore que M. Villey «ne méconnaît pas le sens strict du réalisme [thomiste]» (p. 137), une façon subtile de dire que Villey se réfère à saint Thomas sans pour autant développer une conception thomiste *stricto sensu*.
13. B. Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit*, *op. cit.*, p 29 à 30.

De 1961 à 1968 : la « vérité » et le droit

Quand nous retrouvons Villey dans *Les Carnets*, à partir de 1961, il est professeur de philosophie du droit à l'Université de Paris II. Notre souhait de découvrir les réflexions préalables à son livre majeur, *La formation de la pensée juridique moderne*[14] à travers *Les Carnets*, n'est pas exaucé. Il y en a quelques-unes, mais il y a davantage de réflexions de plus en plus personnelles et religieuses.

Parmi les quelques réflexions sur la formation de la pensée juridique moderne, une en particulier retient notre attention. Nullement parce qu'elle brille par sa clarté, mais plutôt parce qu'elle professe, comme plate-forme, l'idée que Villey se faisait de la notion de « droit naturel » :

> (Droit naturel — I) L'idéaliste est ce petit être rageur qui voudrait fabriquer le monde à la mesure de sa conscience, réduire le monde aux dimensions de son propre cerceau ; le monde n'y gagne qu'en symétrie, qu'en uniformité logique, mais quant au contenu, comme il sort ex[s]angue [sic] de l'opération ! — L'idéaliste est cette ménagère maniaque qui pour mieux « ranger » a jeté tout ce que nous avions de beau à la poubelle. — L'idéaliste est ce restaurateur de tableaux qui pour faire plus propre a détruit la polychromie.
>
> II) Sors, libéré, de cette prison, libre dans une nature plus vaste et plus vraie que le rêve, et vois le beau hors de toi-même, respire l'exubérance de vie, de croissance, de lutte, de pluralité du réel. (N.B. : Ne va point t'imaginer que l'homme soit l'auteur de ses institutions.)
>
> III) Entends ces conversations populaires, ces saints, ces naturels propos de l'homme de la rue : propos puérils sur le temps qu'il fait et l'air qu'on respire, propos d'enfants, gazouillements légers d'oiseaux. Est-ce que les gens ont dans leur cerveau la morale, l'organisation sociale, l'ordre, le cadre par lequel ils vivent ? Non pas, il ne leur en est pas tant demandé, car cet ordre leur est donné.

---

14. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit.* ; une nouvelle version remaniée est annoncée chez PUF, dans la collection « Léviathan », pour 2000.

IV) L'homme est dans l'être et ce n'est pas lui qui a créé l'être, et l'homme jouit de l'être et de l'ordre comme un immense capital dont lui est dévolu l'héritage, comme une terre à cueillir et à fructifier. L'homme n'est pas qu'un producteur mais un fils de famille à l'aise et qui a son temps pour busoquer [sic] et pour contempler. Il s'épanouit, il vit libre dans la nature, non pas enchaîné au travail de faire la nature.

V) Et l'aristotélicien thomiste sait ce qu'est la spéculation, parce qu'il sait ce qu'est la nature.

Autrement, si nous entendions par l'Esprit créateur du monde, le Dieu transcendant, auquel l'homme a vocation de participer, alors pourraient se concilier ces deux vérités que l'homme n'est point l'architecte de sa demeure, et qu'il participe à son achèvement.

VI) Mais il est deux sortes de Paroles. Il y a le discours philosophique, seulement descriptif, lequel s'emploie à l'entreprise sans doute absurde et illusoire de comprendre le monde tel qu'il est, comme si le monde n'était pas trop vivant pour être compris. Et puis il y a la Parole, chargée d'exemple, normatif, la Parole active — le récit des martyrs des Actes des Apôtres — au-delà de ce qui peut être compris, mais Source de l'être à comprendre. Vis-à-vis de quoi l'Intelligence est toujours en retard[15].

Notons qu'il est facile de voir ici comment notre propre conception du droit se distingue avec netteté de celle de Villey. Car là où sa conception abdique devant le *donné* et prône que nous ne soyons point les auteurs de notre droit et de nos institutions, nous sommes, pour notre part, plutôt enclin à prétendre ouvertement le contraire, à savoir que nous devons en être les auteurs.

Laissons pourtant pour le moment notre discorde fondamentale pour considérer l'enchaînement discursif qui fonde ici la signification et l'orientation du droit naturel selon Villey. C'est précisément l'architecture propre de cet enchaînement qui mérite l'attention, dans la mesure où précisément il utilise le rejet de tout idéalisme pour introduire la

15. Villey, *Les Carnets*, p. 132 et 133.

compréhension du droit naturel à l'intérieur d'une réconciliation spirituelle de l'homme et du monde incarné par les Évangiles.

Si nous avons pu avoir l'impression (bien que liminaire), en lisant uniquement l'œuvre de philosophie du droit de Villey, que sa conception du droit naturel se retrouve dans une actualisation d'une *suum cuique tribuere* (c'est-à-dire l'exigence de donner à chacun son dû), nous venons toutefois de constater qu'une telle interprétation est trompeuse. Villey croit plutôt que ce procédé, qui consiste à donner à chacun son dû, est fondé et qu'il trouve son sens dans le mystère même de l'être chrétien. La Parole chrétienne, qu'il désigne si fortement comme « [s]ource de l'être à comprendre », ne peut en fait que chapeauter doublement l'idée précise de droit naturel. D'abord parce qu'elle est l'être à l'intérieur duquel tout est à comprendre, mais aussi parce qu'elle autorise notre acte de comprendre. La question est donc de savoir comment Villey peut se voir concevant autre chose qu'un droit naturel « hyper-chrétien » ? En fait, cette conception de la philosophie du droit ne peut-elle que se dissoudre dans la conception existentielle de la foi, le *credo* ?

Une telle impression se confirme et se vérifie par d'autres considérations qu'il rédige au cours de cette même période :

> Nous ne vivons pas, nous sommes vécus — Nous n'avons pas créé notre monde, bien que l'idéalisme ait pu forger l'illusion stupide. Esclave de notre destin, il ne nous appartient que d'y répondre, répondre aux humbles occasions que la vie quotidienne nous présente. Et nous ne sommes pas des adultes, nous ne sommes toujours en vérité que de petits enfants[16].

Encore une fois, cet abaissement de l'homme au statut d'enfant. Certes, cela nous permet de comprendre son aversion à l'égard de Kant qui considère l'homme comme un adulte. L'interprétation la plus sympathique à faire ici consiste à présenter l'homme comme un enfant de Dieu. Cela

16. Villey, *op. cit.*, p. 176.

implique d'envisager notre condition comme celle d'un « esclave » de notre « nature » et, plus important, notre liberté (« non nature ») comme une menace qui doit être domptée et remise à sa place. C'est justement la menace que représente la liberté qui s'exprime dans le cri de Villey : « Paquet de péchés, complexus [sic] de concupiscence d'égoïsme, de lâcheté, de peur. L'homme ne vit que pour son confort, pour sa petite vie de jouissance, pour sa gourmandise, son repos, sa tranquillité ; l'oubli des souffrances des autres ; car autrement il lui faudrait mener une vie d'héroïsme. D'où sortait le cri des prophètes : Faites pénitence, faites pénitence[17]. »

Pour celui qui, comme nous, voit en la liberté quelque chose de primordial pour l'homme, de telles affirmations, même existentielles, ne peuvent que susciter beaucoup de préoccupations. Villey, en effet, ne fait que mettre partout le désir, l'exigence de l'Amour et sa transcendance. En fait, l'Amour remplace dans sa pensée la volonté, la liberté et le fait de partager un monde. L'Amour comme la seule dimension noble pour l'homme, dans une dialectique typiquement villeyenne d'aimer Dieu et d'être aimé par Dieu. L'Amour est d'ailleurs le mot le plus cité dans *Les Carnets*.

Si Villey peut avoir une opinion très noire, désespérée de la condition humaine, en affirmant que l'homme « n'est pour une bonne part qu'une bête », il écrit aussi que ce même homme est engagé dans l'entreprise de « s'élever [...], par un saut, au-dessus de soi »[18]. Toutefois, cela ne se fait certainement pas, aux yeux de Villey, par le propre effort de l'homme, ce qu'il condamne comme vanité, mais par cet outil merveilleux qu'est précisément le *credo*.

Ce qui nous frappe en lisant toutes les réflexions qu'il émet de 1961 jusqu'à 1968, c'est le pressentiment d'un Villey

17. Villey, *op. cit.*, p. 121.
18. Villey, *op. cit.*, p. 83.

augustinien[19]. En fait, il lutte en son for intérieur contre un augustinisme qu'il lui faut expulser, comme s'il se sentait envahi par le credo même de l'augustinisme, soit le fidéisme, où la foi n'est pas accessible par la raison, cette dernière ne devant servir que la foi. Sinon, comme nous l'indique Villey, la philosophie doit se résorber et se retrouver à l'intérieur de la foi. Villey, dans son œuvre de philosophie du droit, fait de l'augustinisme le responsable d'une confusion entre le droit et l'éthique. Ceci ne peut que nous étonner. C'est comme si la lutte théorique de Villey n'exprimait qu'une tension intime et insoluble quant à la croyance que la foi doit représenter le fondement de toute philosophie du droit et de toute philosophie tout court. Or, ce penchant augustinien ne représente peut-être que le résultat logique de son existentialisme « thomiste », dans la mesure précise où le thomisme et l'augustinisme se retrouvent ensemble dans l'amour de Dieu : l'une dans le silence (le thomisme), l'autre dans le désespoir de ne pas avoir de réponse et de ne pas être aimé en retour (l'augustinisme et Villey). L'augustinisme fonde donc de façon existentielle le thomisme de Villey.

1968 : la perte des valeurs de l'Être

L'année 1968 a sans doute semblé plutôt drôle pour une personne comme Villey... La révolte des étudiants pouvait lui rappeler sa propre révolte contre les professeurs dogmatiques, contre la Sorbonne, contre les clercs, contre les thomistes. Mais avec le rôle formateur de l'esprit et la contemplation distanciée que Villey chérissait dans l'idée de l'Université, toute la cohorte de grèves, d'occupations, de révoltes, pour ne rien dire de la révolution « sexuelle », avait tout pour lui déplaire.

---

19. Voir la préface par Blandine Kriegel et François Terré p. VIII et IX : « Le pessimisme de l'auteur oblige en effet à s'interroger sur la force exacte de cette adhésion à la pensée de saint Thomas qu'il avait manifestée de son vivant et à se demander s'il n'y avait pas en lui un augustinien latent et qui ne s'ignorait même pas [...] » « [...] la place du pêché dans les *Carnets*, la vision noire qui ressort de maintes pages, l'approche négative des choses — par le malheur plus que par le bonheur ; par la peine non par la joie — traduisent une conscience aiguë des souffrances humaines qui, sur le terrain de la psychologie, sinon de la pensée, révèle aussi l'influence de l'augustinisme. »

Si nous nous penchons sur les réactions de Villey à l'égard de la révolte de 1968, son point de vue est simple : ce sont ceux qui ont dû se constituer comme de véritables maîtres à l'égard de leurs étudiants qui ont échoué[20]. Quand les professeurs renoncent à leur idéal pour suivre les modes universitaires ou le chant des sirènes « scientifiques », quoi de plus normal dans l'optique de Villey que de voir des étudiants à demi instruits râler et fêter dans les rues :

> Le malheur c'est que les étudiants qui réforment l'Université et la déclarent lamentable sont le produit de l'éducation que leur a donnée cette lamentable Université [21].

> Absurdité du « droit » de grève ; ravages de l'idée des droits de l'homme. Ces réformes seront en sens contraire d'un progrès de la fraternité, parce qu'elles contredisent le progrès de la division du travail qui veut que les uns pensent et conduisent les autres (sans nulle supériorité), que la communauté constitue un organisme. Elles seront la révolte une fois de plus des membres contre l'estomac. Que les buts diffèrent d'une fonction sociale à l'autre — que la vérité soit ainsi érigée en but spécifique autonome pour quelques-uns ! La vérité ne peut être le but de tous nos étudiants. Il en cuira à la France de la sacrifier. Nous n'aurons pas une réforme, mais une aggravation de la chute où depuis vingt-cinq ans déjà nous sommes engagés. Ainsi nous payerons le mépris de l'expérience du passé, le dogme mensonger du progrès. Cohn-Bendit n'a pas tort de croire que le progrès résulte d'un mouvement irrationnel — mais à condition que la raison juge et contrôle ces mouvements qu'elle n'a pas produits, mais que la nature dont elle se nourrit. Car ces mouvements irrationnels ne doivent pas être arbitraires, mais suscités par l'amour de la vérité, de la justice, etc., dont la raison

20. Voir M. Villey, « Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais) », *op. cit.*, p. 235 à 274. Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire, *op. cit.*, p. 282-367.

21. Villey, *Les Carnets*, p. 281.

juge. Au plan de l'action, ce qui compte, ce ne sont plus hélas les raisons, c'est l'affirmation, le témoignage[22].

La croyance que les événements de 1968 furent uniquement une crise de l'enseignement, la revanche irrationnelle envers une éducation déficiante, étonne. Nous aurions pu croire que Villey eût été plus attentif aux enjeux politiques. La France était pourtant en crise, les institutions politiques ne fonctionnaient qu'au ralenti, les usines étaient fermées, les ouvriers étaient en grève, les CRS et les étudiants se livraient une « guerre » rangée dans le Quartier Latin. Or, encore une fois, *Les Carnets* nous montre un Villey ramenant le tout à lui-même :

> Ce ne seront plus pour un moment les livres qui nous instruiront. Alors il faudra vivre dans cette réalité, tandis que ma science livresque, qui se jouait à l'abri des institutions qui me paraissaient le confort — Et dans l'abstraction d'une recherche trop spécialisée. Et en vérité je combattais contre des fantômes — les droits de l'homme, le libéralisme ; ils étaient déjà dépassés — Ellul se préoccupait de comprendre son temps. Et maintenant vont tomber les institutions — L'Université est déjà détruite — remplacée par un champ de foire[23].

Comme nous le constatons, la crise de l'Université, la seule qui semble compter vraiment pour Villey, traduit un pessimisme culturel, une conscience tragique. Comme s'il se rendait compte que sa culture livresque n'était pas la culture et la réalité que vivaient ses contemporains. Or, dans l'esprit de Villey, la perte des valeurs de l'Être ne pouvait être que la faute des autres et, en particulier, de ceux qui ont dû être leurs maîtres. Le cri de Villey est donc aussi un « Oui Dieu, Oui Maîtres »[24].

L'insistance sur la morale est un des thèmes que nous retrouvons à maintes reprises dans ses réflexions de cette époque. Il faut, selon Villey, que les individus soient moraux,

---

22. Villey, *op. cit.*, p. 280.
23. Villey, *op. cit.*, p. 279.
24. Qui fait référence au cri de 1968, « Ni Dieu, Ni Maître », maculant les murs des universités parisiennes.

qu'ils sachent *intuitivement* (et non pas rationnellement) leurs devoirs et qu'ils obéissent spontanément ou naturellement :

> Il y a une morale positive, à laquelle est due obéissance (divine ou humaine) — Mais il faut situer au-dessus pour fonder une morale naturelle, telle que celle d'Aristote à l'indicatif. Il faut que la morale puisse être fondée — et explicitée par certains[25].

En clair, la morale doit être « naturelle », elle doit « être ». Nous retrouvons ici un thème récurrent de la conception du Droit-Verbe, dans le sens précis où le jusnaturalisme villeyen prétend que la morale existe, au même titre que le droit. La morale (de même que le Droit-Verbe) doit donc être mise à la forme de l'indicatif, comme énoncé de la « réalité » naturelle, et elle doit mobiliser la tradition telle qu'elle est expliquée par les vrais « maîtres », en vue de nous encadrer moralement. Cet encadrement représente la morale pour Villey et doit permettre à l'obéissance de se conjuguer avec l'intuition « naturelle » des hommes.

Une telle conception morale a certainement comme ennemi la morale kantienne, ce que Villey reconnaît :

> La morale ne peut se raisonner mais il faut qu'elle soit intuitive — car raisonner serait réduire à d'autres critères (des intérêts), c'est-à-dire détruire la morale et l'obligation morale. Ce qu'a vu Kant, mais il n'a su, parce qu'il restait rationaliste, en tirer que la destruction de tout contenu à la morale[26].

Selon Villey, il n'y a tout simplement rien à tirer d'une morale de règles impératives, parce que le fondement est faux. Il manque de prémisses qui ne peuvent venir, selon lui, que de la « nature ». Or, le plus intéressant est le reniement d'un référent « rationaliste » en ce qui concerne la morale au profit de l'intuition. Quoiqu'un tel référent rationaliste existe chez saint Thomas et Aristote, le refus de Villey est cohérent avec un surinvestissement existentialiste dans la mesure où cet intuitionnisme est censé exprimer l'existence dans son ampleur insaisissable. Autrement dit, l'existence résorbe en

25. Villey, *op. cit.*, p. 309.
26. Villey, *op. cit.*, p. 309.

elle les conditions mêmes de morale comme obéissance, sans pouvoir rendre l'individu autonome devant une morale « fondée » en dehors de lui.

Or, quel est le sens de cette morale? Une réflexion sur l'avortement semble nous donner une clef:

> 24/11/72 — Avortement — Un monde désacralisé — un monde réduit à ce qu'aperçoivent les microscopes des savants — ce monde ne serait pas le monde réel. Il faut rendre au monde son mystère. Et que le logicien comme le savant se taisent sur ces problèmes difficiles de morale, mais laissent la place aux humbles, aux hommes de prière[27].

Au centre de sa « morale » se trouve, comme nous venons de le constater, l'homme de prière. C'est cet homme de prière qu'il considère devoir être en charge de la « morale ».

De cette fin des années 1960, c'est bien une forme de pessimisme culturel qui se dégage. Nous observons que Villey dit adieu à toute référence à la raison et au raisonnable. Sa philosophie du droit, et aussi son thomisme existentiel, renoncent définitivement à toute référence à la raison ou au raisonnable. Sa conscience tragique, nourrie par ce qu'il considère comme l'escroquerie de la modernité, le pousse vers ce reniement. Mais le pessimisme culturel, en se sécurisant dans la valorisation de la hiérarchie au détriment de tout souci d'égalité, ne se condamne-t-il pas à creuser davantage et irrémédiablement le fossé entre le droit, tel que nous nous le donnons à nous-mêmes, et la philosophie du droit?

Les années 1970 : gloire et honneur

Les années 1970, et jusqu'en 1982, sont celles de la célébrité pour Villey. Plusieurs manuels de philosophie du droit lui assurent la renommée et une audience certaine. Mentionnons, dans ce sens uniquement, les deux volumes de son *Précis de Philosophie du droit,* ouvrage qui résume sa philosophie à l'usage des étudiants et de la société universitaire[28]. Ce sont

27. Villey, *op. cit.*, p. 304.
28. Villey, *Philosophie du droit,* tome 1 : *Définitions et fins du droit,* et tome 2 : *Les moyens du droit.*

aussi des années prolifiques pour la production d'essais en philosophie du droit sur différents thèmes. En fait, Villey, par ses positions académiques et sa production philosophique, est désormais devenu un incontournable de la philosophie du droit en France.

Les Carnets conforte ce statut et révèle une ton différent. Une réflexion de Villey sur saint Thomas nous le démontre :

> Ce que pensait Saint-Thomas ? Je m'en fiche. Je crois que la question lui eût semblé dépourvue de sens. Saint-Thomas n'était pas thomiste. Nul grand penseur ne se sclérose au point d'avoir une doctrine. Mais des opinions, des observations — au cours de chaque question disputée — certaines « déterminations », qui jaillissent comme une étincelle précaire du choc des points de vue discordants. Il n'est que la philosophie, bien commun, fin accessible[29].

Comprenez bien que saint Thomas n'est ici que l'utilisateur d'une méthode « dialectique ». Il n'est rien de plus, sinon l'auteur médiéval de quelques opinions et observations qui doivent d'ailleurs être reformulées pour avoir de l'intérêt. Le fait que Villey se « contrefiche » de saint Thomas prend, par conséquent, tout son intérêt à l'égard de son existentialisme en nous enseignant comment celui-ci se libère de plus en plus d'un thomisme lié à l'Église catholique.

Or, 1978, c'est aussi la fin papale du thomisme. En élisant Jean-Paul II comme pape, ce n'est pas seulement le premier pape non italien depuis quatre cents ans, mais également le premier pape moderne non thomiste. Nous n'avons pas, dans ce sens, le droit d'oublier que Jean-Paul II soutient une philosophie phénoménologique avec peu ou pas d'affinité avec l'intellectualisme thomiste. Un des changements les plus frappants est d'ailleurs le fait que l'Église catholique, par les interventions de Jean-Paul II, s'est reconvertie en championne des droits de l'homme. Parcourant les quatre

29. Villey, *Les Carnets*, p. 371.

coins de la terre, Jean-Paul II a, inlassablement, pris la défense des droits de l'homme[30]. De cette façon, Jean-Paul II rompt avec le rejet et le dénigrement traditionnel de l'Église catholique, largement dû au thomisme, à l'égard des droits de l'homme[31].

Et Villey? Ce sont les années où la lutte contre les droits de l'homme s'intensifie. Une lutte qui, de façon ultime, débouche sur la publication, en 1983, de son livre qui est un manifeste contre les droits de l'homme : *Le droit et les droits de l'homme*[32]. Dans cette lutte, nous observons comment Villey prend position contre les droits de l'homme, contre Jean-Paul II, et pour une réaffirmation du rejet des discours sur les droits de l'homme.

> « L'homme », celui qui occupe dans la nature par sa liberté, son incomplétude, une place à part (cela se comprend dans la perspective chrétienne). Et tout ce qui vient contredire cette spécificité de l'homme (tel le « système technicien » qui le robotise) doit être rejeté comme contraire à l'ordre naturel (Ellul). De ce point de vue les « droits de l'homme » pourraient se comprendre — et l'idée du « droit subjectif » dont l'attributaire [sic] est n'importe quel individu — droit qui sera reconnu à l'homme relativement aux autres pièces de la création et notamment à la machine. De cela nos législations devront tenir compte, les droits de l'homme auront leur place dans le droit au sens large. Mais le droit au sens strict qui a trait aux rapports entre les plaideurs n'est point concerné. Il y a oubli du droit au sens strict[33].

---

30. Philippe I. André-Vincent, *Les droits de l'homme dans l'enseignement de Jean-Paul II*, Paris, LGDJ, 1983. C.f. le compte rendu de François Vallançon dans les *Archives de philosophie du droit*, tome 30, p. 414 : « L'Église a d'abord qualifié de « délire » la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Aujourd'hui, elle s'en accommode. Mieux, elle s'en fait le héraut. Que s'est-il passé ? Il y a eu Jean-Paul II. »
31. Voir Félicien Rousseau, *L'avenir des droits humains*, Sainte-Foy, PUL et Québec, Éditions Anne Sigier, et *idem*, *La croissance solidaire des droits de l'homme*, Montréal, Bellarmin et Paris, Desclée, 1982, pour une approche « thomassienne » des droits de l'homme.
32. Michel Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. Questions, 1983.
33. M.Villey, *Les Carnets*, p. 471.

Bref, le langage des droits de l'homme est à rejeter au profit d'un Droit-Verbe strict. Villey annonce qu'il entre en dissidence, qu'il n'accepte pas que l'Église catholique opte désormais pour le langage des droits de l'homme. Une deuxième réflexion nous le confirme d'ailleurs amplement :

> Le « droit de l'homme n'est pas un droit » mais un préalable au travail du droit qui répartit de façon juste des propriétés, sans « acceptation de personne » (le mot personne n'a pas ici le sens générique abstrait que lui donne Hegel). Il est vrai qu'aujourd'hui ce droit jouerait entre tous et que les esclaves et les étrangers n'en seraient pas exclus. Tous les hommes auraient vocation à ce que des droits leur soient attribués — mais il n'y a pas de droit de l'homme[34].

Cette dissidence existentielle thomiste contre Jean-Paul II se reflète dans la dédicace tout à fait sarcastique qu'il fait de son livre : « À Jean-Paul II, filialement, ces quelques réflexions suscitées par son discours sur les Droits de l'Homme »[35].

Or, un autre phénomène se perçoit également dans son discours au cours de ses années de gloire. Il croit qu'il ne faut rien approuver des autres cultures et des contributions non françaises à la philosophie du droit ; il ne voit désormais partout que pauvreté intellectuelle. Voyons ses réflexions lors de ses voyages aux États-Unis et au Mexique en 1975.

Qu'observe Villey aux États-Unis ? « États-Unis — force des institutions, d'une loi acceptée bien que pauvre intellectuellement, vaque et utopique (liberté et égalité) — mais aussi sans doute encore appuyée sur une tradition religieuse (famille). Cela fait peut-être faillite et il manquait une bande d'hippies à notre banquet[36]. »

Et au Mexique ? « Le soir, ballets mexicains ensorcelants de musique endiablée et de couleurs, de rythmes, de lumières, la grâce des mouvements, étincellement de la vie extérieure — rentrer seul pour garder le souvenir, conquis par

34. Villey, *op. cit.*, p. 438.
35. Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, p. 5.
36. Villey, *Les Carnets*, p. 432.

l'Amérique latine qui n'a aucune vie intellectuelle (je me sens mal adapté à la vie sociale) — la vie intellectuelle ici ne vaut rien. Il y a un merveilleux extérieur visuel fait de lumière, de mouvement et de musique. Ces ballets étaient merveilleux de vie, de fantaisie, de grâce, d'absence de prétention[37]. »

Ou encore chez tous les Sud-Américains : « Sud-Américains ne sont sûrement pas philosophes, mais extérieurs, pleins de libéralité aimant les couleurs et la rhétorique. Beaucoup s'y adaptent. Et le monde est plein de beauté, de belles filles, d'élégance qui ne se pensent pas mais se sentent et c'est un monde où la pensée n'a pas tué la vie[38]. »

Il y a ici plus que le *spleen* du philosophe. C'est effectivement un jugement où l'Amérique du Nord et l'Amérique latine se retrouvent toutes deux au banc des accusés. Mais n'existe-t-il pas de vie intellectuelle dans ces Amériques ? Comment Villey, qui a tant voyagé et dialogué avec d'autres philosophes du droit, au Mexique, en Colombie, au Venezuela, en Argentine, au Chili, au Brésil, aux États-Unis et au Québec, peut-il dire qu'il n'existe pas de vie intellectuelle en dehors de Paris ou de la France ? Quel était donc son état d'esprit lorsqu'il est allé là-bas ? Y est-il allé pour apprendre et dialoguer, ou à titre de missionnaire voulant prêcher la bonne parole ?

Les années 1982 à 1988 : retraite et désolation

Villey prend sa retraite en 1982 et meurt en 1988. *Les Carnets* nous le montre encore en pleine activité intellectuelle, quoique ses réflexions se fassent moins systématiques et plus éparses. Trait significatif, les deux derniers *Carnets* qu'il remplit sont présentés uniquement comme étant écrits entre 1980 et 1988, sans autre précision.

C'est sur la réaction même de Villey quant à son retrait de l'Université que s'oriente notre regard :

37. Villey, *op. cit.*, p. 438.
38. Villey, *op. cit.*, p. 439.

> Retraite = Désolation = isolement. Disparition de ce personnage, de cette fonction qui apaisait l'angoisse de la solitude intolérable parce que les hommes sont des êtres relationnels. Et pourtant ne s'était donné qu'un rôle dans une comédie, et vient le temps de quitter la scène et ses illusions. Mais jeté dehors je ne sais plus, je ne puis plus trouver une place. Or, l'homme a besoin d'occuper une place[39].

Solitude et angoisse ! Les thèmes qui caractérisent si bien les premières années des *Carnets*, et qui sont le fil conducteur de ses réflexions par la suite, prennent à ce moment une signification aiguë. En quittant la scène et le décor universitaire, ne reste que le « je » :

> Qui je suis ? Je l'ignore — étant de telle sorte placé que je ne puis pas me voir moi-même ni m'évaluer — ni pouvoir rien changer à ce que je suis. Je n'ai de regard ni peut-être d'influence que sur mes actes — et de modifier mes habitus par quoi pourrait se corriger mon être inconnu et fluctuant.
>
> Rien de moins subsistant que la personne[40].

Si nous ne pouvons pas nous replier sur nous-mêmes, parce que nous sommes des pêcheurs et des « enfants », que pouvons-nous subséquemment faire ? Quoi espérer ? Ne pouvons-nous uniquement croire, comme le désire Villey :

> Trouver à soi-même sa juste place ; mais dans le corps social réel, celui de l'Église — juste place qui n'est pas de grandeur temporelle mais d'humilité ; car c'est l'humilité qui a la plus haute dans le Royaume de l'amour. Et le royaume temporel n'est qu'instrumental. Et le temps est venu d'émigrer, plus accessible aux pauvres qu'aux chanceux chargés de grandeurs temporelles[41].

Il y a lieu d'insister sur cette affirmation quant à l'Église catholique comme seul « corps social réel », car nous y voyons l'une des raisons de la méfiance profonde de Villey à l'égard de la société politique et sociale de notre temps.

---

39. Villey, *op. cit.*, p. 480.
40. Villey, *op. cit.*, p. 480.
41. Villey, *op. cit.*, p. 484.

Même avant que Villey ne quitte la chaire de philosophie du droit de l'Université de Paris II, en 1982, la situation de la philosophie du droit a profondément changé en France, prenant des directions tout autres que celles souhaitées et préconisées par Villey. Le Centre de philosophie du droit que Villey a dirigé de 1961 à 1982 n'était plus, et de loin, le *centre* de réflexion sur la philosophie du droit en France et dans la francophonie. Il y aurait beaucoup à dire sur ce développement, qui est en soi fort révélateur du renouveau de la philosophie du droit dans les années quatre-vingts, de même que son foisonnement d'inspirations philosophiques diversifiées, mais cela déborde largement les objectifs que nous nous sommes donnés. Précisons seulement que cette «explosion» de la philosophie dans la francophonie explore d'autres voies que celles de la conception villeyenne d'un droit naturel existentiel. Si nous ajoutons à cela le fait que Villey n'a jamais réussi à fonder une quelconque «école» autour de lui, si bien qu'il n'existe tout simplement pas de villeyen en France, nous pouvons bien comprendre le sentiment aliénant de Villey.

Il aurait été «naturel» de voir Villey dialoguer avec de nouveaux auteurs vers la fin des années soixante-dix ou quatre-vingts. Or, il n'en est rien. *Les Carnets* nous montre un Villey qui se désintéresse du dialogue avec le renouveau de la réflexion sur la philosophie du droit. C'est comme s'il se rendait compte que sa théorie existentielle du droit naturel ne débouchait sur rien; qu'il est davantage fait pour l'élévation de l'âme individuelle vers l'Éternel que pour le droit de tous les jours. Les défis de la modernité juridique lui échappent et le forcent à se taire. En fait, le pessimisme culturel si présent dans *Les Carnets* se renforce.

> Il peut y avoir un devoir (vague) à ne pas tuer un fœtus — non pas un droit du fœtus à ne pas être tué[42].

N'a-t-il donc pas plus à dire sur la question de l'avortement? Bien sûr que oui, et il était moralement contre. Mais sa conception du droit, dans le fait même qu'il exhorte toute normativité, au profit d'un partage «naturel», l'empêche de

42. Villey, *op. cit.*, p. 488.

s'ouvrir à la réflexion normative qui s'accentuait dans les années quatre-vingts. C'est comme si Villey se rendait compte que le monde de la philosophie du droit se faisait désormais sans lui ; qu'il ne pouvait plus rien dire, que sa conception du droit, en discréditant toute prise en compte ou discussion normative, ne présentait aucune solution de rechange à la situation juridique d'aujourd'hui.

Le pessimisme culturel sous-jacent aux réflexions des *Carnets* témoigne de la prise en compte par Villey du fait que sa conception de la philosophie du droit ne peut pas se jeter dans la mêlée, ne peut pas s'engager dans le dialogue et, surtout, qu'elle ne correspond en rien à la réalité juridique contemporaine. Car, quoique les juristes continuent chaque jour de donner à chacun son dû, ils le feront en pratique et à l'égard des sources du droit. La « nature » de Villey ne leur parle plus.

Il n'est en conséquence pas surprenant de voir que les dernières réflexions des *Carnets*, au seuil de la porte des « adieux », soient entièrement consacrées à la crainte, à la peur et à l'espoir que représente notre destin commun. En fait, on y lit sa dernière réflexion :

> Sub ratione Dei
> *tout* peut prendre sens.
> Etiam peccata
> *Etiam* Rosalia
> l'attirance de l'apparence divine
> que se donne le diable féminin.
>
> Et le mal est
> sauvé justifié
> sans que s'éloigne de nous le mystère
> car nous sommes dans l'ombre et le balbutiement
>
> Et le « Livre de la Nature »
> reçoit éclairage du
> « Livre »[43].

Ce qui veut dire que notre vie terrestre doit en fin de compte se soumettre à ce que nous dit le « Livre », c'est-à-dire

43. Villey, *op. cit.*, p. 499.

les Évangiles : mort et « vie éternelle ». Des paroles dont le sens ne peut qu'être notre « mystère ».

Pour en finir avec *Les Carnets*

La lecture des *Carnets* nous donne une image sympathique de Villey. Elle nous montre une personne dans l'intimité de ses doutes, de ses espoirs, de ses idiosyncrasies ainsi que d'autres traits de sa personnalité. En fait, Villey nous devient sympathique, car nous pouvons participer, bien que plus modestement pour la plupart d'entre nous, à ses réflexions qui véhiculent les hauts et les bas de l'existence.

Ce parcours demeurerait pourtant incomplet sans deux constations ultimes et plus philosophiques de notre part. La première concerne le statut que nous devons accorder à la théorie du droit naturel de Villey. La deuxième se propose, devant l'échec de sa théorie, d'engager la réflexion sur la philosophie du droit, vers d'autres chemins.

Notre première affirmation concerne le statut de la théorie villeyenne. Nous pouvons maintenant plus facilement la comprendre, non comme une théorie du droit naturel, mais davantage comme une philosophie chrétienne de la nature du droit. *Les Carnets* nous indique que c'est la foi chrétienne qui anime Villey. C'est aussi le thème récurrent des *Carnets*, il le confirme à plusieurs reprises :

> Et il y a une « philosophie chrétienne », parce qu'un mode de vie, une sagesse, cette fin à laquelle aspirait la philosophie. Cependant que la philosophie reste en son essence profane — le christianisme n'en apportant que le couronnement[44].
>
> Il n'est assurément qu'une seule philosophie chrétienne : ce serait la vraie philosophie[45].

Nous n'avons, en conséquence, plus le droit de lire l'œuvre de Villey à titre de théorie du droit naturel, mais bien comme « droit » vu par une philosophie chrétienne. La lecture que nous pouvons faire de son œuvre changerait ainsi de caractère.

---

44. Villey, *op. cit.*, p. 311.
45. Villey, *op. cit.*, p. 432.

Une telle affirmation nous révèle aussi la source de l'échec de sa théorie. Villey participe au problème récurrent à toute philosophie chrétienne dès qu'elle se caractérise comme cheminement philosophique vers la foi. Or, ce qui peut être fort honorable sur le plan de la foi, devient problématique sur le plan philosophique, et davantage encore quant au droit. Car cette foi en tant que « foi », ne peut rien quant à la réalité juridique. Elle n'est pas faite pour dire quelque chose sur le juridique.

Notre deuxième constatation concerne la direction que devrait prendre la philosophie du droit contemporaine. Si la pensée de Villey, rabaissant l'homme au statut d'« enfant », d'« immature », peut encore avoir un sens dans une philosophie de la foi, une telle pensée devient catastrophique en droit. Nous pouvons imaginer comment on peut abuser d'une telle pensée dans un régime totalitaire ou comment des forces hétérogènes peuvent la retourner contre l'individu dans un régime démocratique.

En contradiction avec Villey, nous croyons que dès que la question du droit trouvera son sens comme activité intersubjective, c'est l'homme comme « adulte », comme « majeur », qui doit entrer en scène. En fait, l'homme peut s'affirmer comme auteur et destinataire du droit, des institutions et des normes. C'est seulement l'image de « l'adulte », de l'autonomie qui nous permet de comprendre le rôle et le statut de l'homme dans une société pouvant, à juste titre, se prétendre État de droit. Il y a, en conséquence, autant de raisons d'engager la réflexion au sujet de la philosophie du droit sur un chemin démocratique[46].

Certes, une telle réflexion démocratique sur le droit et sur la conception démocratique du droit nous mène aux antipodes mêmes de ce qu'a pensé Villey. Cependant, dès que nous voulons comprendre notre réalité et les exigences de justice et de droit qui la travaillent, il ne nous reste que la ressource mobilisatrice même de notre modernité, à savoir la démocratie. C'est désormais à la démocratie d'élaborer le droit, les institutions et les normes. Tout autre discours n'est que leurre.

---

46. B. Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit*, *op. cit.*

8 L'INFLUENCE DE VILLEY AU QUÉBEC ET AU CANADA FRANCOPHONE

Occupant encore naguère au Québec et au Canada francophone une place marginale, l'œuvre de Michel Villey (1914-1988) s'est fait connaître par sa critique des thèses du père Lachance, puis, après 1980, par F. Rousseau, J. Dufresne et G. Durand. Chez les juristes, l'influence de la pensée villeyenne a été plutôt réduite, à cause de la volonté de construire une science du droit québécois et franco-québécois. Plusieurs juristes ont cependant utilisé l'œuvre de Villey pour se situer intellectuellement dans le droit sans pour autant souscrire au fond de cette pensée.

Michel Villey a souvent eu l'occasion de visiter le Québec et le Canada francophone pour des conférences et des rencontres scientifiques. Il a aussi fait un séjour à l'Université Laval en 1965 pour donner un cours de philosophie du droit. Or, nous pouvons dire à titre général que l'influence de Villey a plutôt été marginale. Même si plusieurs auteurs ont eu recours à la pensée villeyenne pour enrichir le débat sur le droit et surtout pour se situer intellectuellement dans la pensée juridique, le contexte intellectuel prévalant dans cette partie francophone d'Amérique du Nord n'a pas été tellement favorable à l'influence des idées de Michel Villey dans le monde juridique. À cause d'une philosophie du droit québécoise et canadienne-française encore en émergence, ce n'est qu'au cours de ces dernières années que l'influence de Villey a commencé à se faire sentir. La pensée villeyenne n'a ainsi pas eu l'opportunité de s'enraciner philosophiquement et juridiquement dans un débat réfléchi. En fait, nous ne retrouvons le plus souvent que des individus qui se réfèrent à sa pensée, sans pour autant qu'un recul critique dans le sens villeyen puisse être noté.

Nous pouvons brièvement expliquer ce phénomène par deux facteurs. D'abord par l'omniprésence du positivisme juridique qui, au Québec, s'est longtemps conjugué à une tradition académique juridique peu développée. Ce ne sera qu'à partir de 1950 ou de 1960 qu'apparaîtront des professeurs de droit de carrière écrivant sur les théories du droit. Avant cette date, les professeurs de droit étaient plutôt des avocats, et les facultés de droit des écoles professionnelles où l'exégèse du droit positif régnait en maîtresse. Cette première génération a eu bien d'autres soucis plus pressants que de réfléchir, de « spéculer » sur le droit. Le mot d'ordre était alors de construire une « science du droit ». Le résultat a bien été d'abord un surinvestissement positiviste et, depuis la dernière décennie, une contextualisation scientifique du droit dans des préoccupations sociales, politiques, anthropologiques et autres.

S'ajoute encore l'influence de la Charte canadienne des droits et libertés qui est plutôt imprégnée de concepts et de principes issus de la philosophie rationaliste du droit. Par conséquent, on se met plutôt à lire Rawls, Dworkin, etc., et on fait de ces philosophies l'horizon de l'évolution du droit.

Plusieurs théoriciens se sont pourtant intéressés à Villey, comme nous pouvons le constater. Nous distinguons nettement trois aspects de cet intérêt : d'abord une utilisation architecturale de Villey qui se caractérise par l'utilisation plus ou moins implicite de certains aspects fondamentaux de sa pensée. Ensuite, une utilisation de l'histoire de la philosophie du droit telle qu'elle fut enseignée par Villey. Enfin, une utilisation de la pensée villeyenne pour reformuler des problèmes philosophiques en droit, sinon pour s'assurer que le problème est envisagé dans toute sa complexité.

Orientons nous tout d'abord vers l'utilisation architecturale de la pensée villeyenne. Nous pouvons le faire en rappelant la critique, ou mieux, le refus net que M. Villey a adressé aux idées du père Louis Lachance Le père Lachance, avec ses écrits « Le concept de droit selon Aristote et saint Thomas » et « Le droit et les droits de l'Homme », incarnait la

conception du droit naturel à laquelle se référaient des juristes francophones du Québec et du Canada francophone[1]. Exprimant davantage la conception sociale de l'Église catholique qu'autre chose, le déficit philosophique concernant la conception du droit chez Aristote et saint Thomas est frappant, et M. Villey a pu facilement le démontrer. Or, le père Lachance n'a pas eu de successeur et sa pensée sur le droit naturel est plutôt tombée en désuétude dans les années 1960 au Québec. Nous ne pouvons par conséquent aujourd'hui trouver une utilisation de la pensée villeyenne de droit naturel que chez deux auteurs.

Nous pouvons ainsi d'abord mentionner le théologien Félicien Rousseau[2]. Rousseau connaît à fond la pensée villeyenne et s'en inspire aussi largement. On retrouve chez Rousseau le même souci d'exactitude et de rigueur dans l'interprétation de l'œuvre de Thomas d'Aquin que chez Villey. Rousseau ne se réfère cependant jamais explicitement à Villey dans ses écrits, et il est possible de constater que cet auteur souscrit au concepts de droits de l'homme et de droits subjectifs. Les deux volumes que Rousseau écrit présentement sur le droit naturel et saint Thomas préparent peut-être une réconciliation.

Mentionnons aussi le philosophe Jacques Dufresne qui a voulu défendre le sens du droit contre ses utilisations politiques et sociales jugées par lui néfastes[3]. Mais Dufresne ne connaît pas bien la pensée villeyenne du droit naturel et il dessert le plus souvent sa cause.

---

1. Louis Lachance, *Le concept de droit selon Aristote et saint Thomas*, Montréal, Les Éditions du Lévrier, 2ème édition, 1948; *idem*, *Le droit et les droits de l'Homme*, Paris, PUF, 1959; *idem*, *L'humanisme politique de Saint Thomas d'Aquin, individu et état*, Paris, Sirey et Montréal, Lévrier, 1965.
2. Félicien Rousseau, *La croissance solidaire des droits de l'homme. Un retour aux sources de l'éthique*, Montréal, Bellarmin et Paris, Desclée, 1992; *idem*, *Courage ou résignation et violence. (Un retour aux sources de l'éthique)*, Montréal, Bellarmin et Paris, Cerf, 1985; *idem.*, *Modération ou manipulation et violence*, Montréal, Bellarmin et Paris, Cerf, 1990.
3. Jacques Dufresne, *Le procès du droit*, Québec, Institut québécois de recherche sur la culture, collection Diagnostic nº 5, 1987; *idem.*, « Le droit en question », Les Cahiers de l'Agora, nº 5, 1990, p. 4-14.

Examinons ensuite le domaine de l'histoire de la philosophie du droit, qui constitue sûrement l'accès privilégié à sa pensée, et où nous pouvons en dégager une influence plus marquée. Nous pouvons d'abord dire que plusieurs auteurs ont su s'abreuver de ses écrits historico-philosophiques et de droit romain sans pour autant souscrire à la pensée villeyenne. Il s'agit ici d'une culture générale où la pensée villeyenne a pu s'imposer en douceur. C'est sûrement un des aspects que nous ne devons pas perdre de vue. En tout cas, les écrits de Villey sur le droit romain sont cités dans plusieurs manuels de droit.

Nous pouvons plus spécifiquement mentionner ici d'abord le théologien Guy Durand qui, travaillant dans le domaine de l'éthique, s'inspire largement de cette pensée[4]. Dans un article prospectif, il propose un résumé de la pensée villeyenne sur la formation historique du droit moderne et il en fait ressortir quelques « lignes de crête » concernant la relation entre le droit et l'éthique. Or, c'est surtout en ce qui concerne la formation historique des droits subjectifs que la pensée villeyenne a pu le mieux s'imposer. Elle est en fait largement acceptée et incorporée dans plusieurs articles. Nous avons mentionné Durand, mais nous pouvons aussi ajouter les écrits du professeur de droit Édith Deleury[5], sans oublier le sociologue Jacques Grand'Maison[6].

En dernier lieu nous pouvons nous orienter vers l'influence plutôt pragmatique qu'exerce la pensée villeyenne sur la compréhension du droit et la problématique du droit. Mentionnons d'abord les articles du professeur Alain-François Bisson qui marque un certain retour vers la pensée villeyenne pour contrer la méconnaissance de la philosophie du droit par les tribunaux[7]. Dans le domaine de la théorie du

4. Guy Durand, « Histoire de la philosophie du droit. Lignes de crête », dans Cahiers de recherche éthique, n° 16, 1991, p 29-46.
5. Edith Deleury, « Biotechnologie, éthique et droit », dans Guy Lafrance (dir.), *Éthique et droits fondamentaux*, Ottawa, Les Presses de l'Université d'Ottawa, 1989, p. 156-168.
6. Jacques Grand'Maison, *De quel droit ?* Tome 1 : *Les fondements critiques*, et Tome 2 : *La pratique sociale*, Montréal, Leméac, 1980.
7. Alain-François Bisson, « Aristote, rue Wellington, ou des philosophes et des juges », dans *Revue générale de droit*, vol 20, n° 3, 1989, p. 391-406.

droit, il faut se référer à P.A. Crépeau[8] et au juriste Christian Brunelle[9].

Villey est reconnu au Québec et au Canada francophone comme un critique infatigable des droits subjectifs, « des droits et des libertés ». Nous pouvons aussi voir que la pensée villeyenne a alimenté la critique de la Charte canadienne des droits, menée par J. Dufresne, déjà cité, mais aussi par le sociologue Brodeur[10].

Sur la question de la relation entre droit et éthique, nous pouvons constater que la pensée villeyenne a alimenté la réflexion du juge LeBel sur le sujet[11]. Mais elle a aussi influencé Guy Bourgeault dans le domaine de la bioéthique[12]. Mentionnons de nouveau, à ce propos, Édith Deleury et Guy Durand.

Dans le domaine de la méthodologie juridique, nous observons aussi que le professeur Pierre-André Côté[13], dans son livre sur l'interprétation des lois, se réfère à l'article de M. Villey sur les « Modes classique d'interprétation du droit »[14].

En somme, l'influence disséminée de la pensée de Villey ne doit pas nous cacher l'influence directe qu'elle a pu exer-

---

8. Paul-André Crépeau, *Théorie générale de l'obligation juridique. Éléments d'une introduction*, Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1993.
9. Christian Brunelle, « L'interprétation des droits constitutionnels par recours aux philosophes », dans *La revue du Barreau*, mars-avril 1990, Tome 50, n° 2, p. 370 s.
10. Jean-Paul Brodeur, « La manufacture des droits », dans *Cahiers de recherche sociologique*, n° 13, automne 1989, p. 53-72.
11. Louis LeBel, « L'éthique et droit dans l'administration de la justice (ou le juge fait-il la morale ?), dans *Cahiers de recherche éthique*, n° 16, 1991, p. 159-169.
12. Guy Bourgeault, *L'éthique et le droit. Face aux nouvelles technologies bio-médicales*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1990 (repris par De Boeck-Wesmael, Bruxelles, 1990) ; *idem.*, « L'éthique et le droit face à la technologie », *La revue juridique thémis*, vol 22, n° 3, 1988, p. 275-305 ; *idem.*, « L'éthique et le droit aujourd'hui: quand les fondations sont ébranlées », *Les Cahiers de droit*, vol 34, n° 2, 1993, p. 517-547.
13. Pierre-André Côté, *Interprétation des lois*, Cowansville, Yvon Blais, 2e édition, 1990.
14. Michel Villey, « Modes classiques d'interprétation du droit », dans *Archives de philosophie du droit*, vol 17, 1972, p. 71 s.

cer sur certains membres de la communauté juridique. Nous sommes en fait frappés par la réelle admiration que plusieurs de ces personnes témoignent à sa pensée. Mais il est vrai que ces personnes n'écrivent pas ; elles exercent le droit comme juge, comme avocat ou dans d'autres fonctions. Peut-être est-ce là le plus grand hommage qu'on peut rendre à M. Villey.

IV IDÉOLOGIE ET DROIT

9 L'ÉPISTÉMOLOGIE HAYÉKIENNE ET LA QUESTION DE DROIT : ANALYSE ET CRITIQUE

L'essentiel de la philosophie de Friedriech A. Hayek se résume indubitablement dans son aspect épistémologique. Si Hayek est sans nul doute l'un des plus importants et des plus controversés penseurs politiques et économiques de ce siècle, c'est sûrement en raison de ses racines épistémologiques. Celles-ci le hissent en effet au-dessus de plusieurs autres penseurs. Il en va de même de Hayek, philosophe du droit, comme nous le révèlent les trois tomes de son œuvre majeure : « Droit, législation et liberté »[1]. Étant donné notre perspective épistémologique, c'est surtout au Tome 1 que nous allons nous intéresser. Il nous y propose, sur la base d'une réflexion épistémologique, une philosophie du droit adaptée à ce qu'il nomme la « Grande Société », suivant en cela les idées de Popper. Nous voulons en conséquence analyser et réfléchir sur la façon dont le paradigme épistémologique sert Hayek dans le fondement de sa philosophie du droit.

Nous voulons, en outre, exprimer notre profond scepticisme à l'égard de cette forme hayekienne de philosophie du droit.

Il convient, en effet, de souligner dès maintenant que Hayek, en mettant entre parenthèses toute prise en compte politique du droit au bénéfice d'une conception généalogique et éthico-traditionaliste, met ainsi en péril toute perspective démocratique du droit. Là où une conception

1. Friedrich August [von] HAYEK, *Droit, législation et liberté, Tome 1 : Règles et ordre, Tome 2 : Mirage de la justice sociale, Tome 3 : L'ordre politique d'un peuple libre*. Paris, PUF, 1973, 1976 et 1979. Voir aussi, du même auteur, *La route de la servitude*, Paris, PUF, 1985, et *The Constitution of Liberty*, London, Routledge et Kegan Paul, 1951. Sur Hayek, voir Ph. Nemo, *La société de droit selon F. A. Hayek*, Paris, PUF, 1988.

démocratique fait des individus les auteurs de leur droit, de leurs normes et de leurs institutions, Hayek considère au contraire ces individus comme les acteurs d'un jeu déjà établi, limité et encadré par une éthique néolibérale déterminée par la tradition.

Il convient de dire quelques mots sur la relation entre Hayek et le droit, surtout à l'égard de l'opinion courante qui n'a retenu de Hayek que son image d'économiste, l'un des plus éminents de notre siècle, il est vrai. Lue, discutée et prolongée, l'œuvre de Hayek à propos d'économie nationale, politique ou monétaire s'est imposée au monde intellectuel par son ampleur et sa profondeur. Déjà connu des spécialistes grâce à sa volumineuse production en économie, Hayek n'en fut pas moins un auteur prolifique en philosophie du droit. Deux aspects méritent ici d'être soulignés.

Il faut d'abord mentionner que Hayek obtient, en 1921, un doctorat en droit à l'Université de Vienne. Quoiqu'il adhère par la suite à une conception éthique et libérale du droit et qu'il greffe cette conception au fait juridique, il est indiscutable qu'il possède, de par cette formation, une connaissance élargie de la doctrine juridique et du métier de juriste. Son savoir doctrinal de la réalité juridique lui permet, comme nous le révèle son épistémologie, d'y insérer sa conception éthique du droit.

Il faut ensuite insister sur la façon dont Hayek utilise ses propres écrits, sur des sujets pourtant bien distincts, afin de promouvoir sa conception éthique du droit. Sa philosophie du droit, précisément dans sa configuration éthique, se dessine le plus souvent comme destinataire ultime de ses réflexions tant politiques qu'économiques. Hayek suppose que la philosophie du droit peut généralement former l'argument le plus fort, celui du droit, celui-là même qui pourra lui permettre de donner à ses convictions économiques, sociales, politiques, etc., le poids nécessaire dans la controverse. Il convient de préciser que la philosophie du droit selon Hayek n'est sûrement pas accessoire dans son système de pensée, mais qu'elle est à la fois le fer de lance et l'aboutissement d'un engagement néolibéral et traditionaliste.

À propos du discours du droit chez Hayek, nous voulons, dans un premier temps, analyser l'utilisation que l'auteur fait du paradigme épistémologique pour étayer sa conception du droit. Dans un deuxième temps, nous examinerons le droit tel qu'il doit, selon lui, être perçu et interprété par ses acteurs.

Saisir le droit par le biais de l'épistémologie

En insistant sur le paradigme épistémologique de la philosophie du droit de Hayek, nous voulons surtout éviter le « perspectivisme idéologique » qui a souvent entaché les écrits au sujet de Hayek. Les uns le considèrent comme le prophète attendu, les autres, comme l'ennemi à abattre. Or, il convient plutôt de souligner que l'ancrage épistémologique amène Hayek à un processus ontologique du droit. Prenant le droit comme donné, historiquement et culturellement, Hayek présuppose que nous ne pouvons qu'adopter une position « éthique » à son égard.

Hayek cherche à faire introduire le droit comme des « données », par analogie avec la notion économique. Ces données se concrétisent par la suite en règles de coordination et d'action, au-dessus des individus. Elles débouchent sur la conclusion de Hayek selon laquelle nous vivons dans une société où nous sommes « encadrés par des règles dont nous ne connaissons souvent ni la raison d'être ni l'origine, et dont souvent nous ne savons même pas qu'elles existent[2] ». Le but du paradigme épistémologique de Hayek est d'introduire les préalables ontologiques fondant le droit en tant que vrai-droit.

La question de rationalité

La peur d'un abus de la raison représente le fond de l'épistémologie hayékienne. Hayek a peur que l'arrogance et la folie des grandeurs ne détruisent les assises culturelles, économiques et juridiques d'une société libre. Vues sous cet angle, ses conceptions sont largement antirationalistes. Parallèlement,

2. Hayek, *op. cit.*, note 1, p. 13.

Hayek se rattache aux moralistes qui s'opposent à la modernité comme Mandeville, Adam Smith et Edmund Burke[3]. Le paradigme de base de Hayek est que la rationalité individuelle est incapable de connaître la « totalité ». Certes, Hayek, à l'instar de l'école autrichienne d'économie, utilise cette affirmation pour introduire par la suite l'idée d'une rationalité limitée et circonscrite que nous pouvons qualifier d'« évolutionniste ». Il convient toutefois de souligner que l'abandon, à ce stade, de toute référence à une rationalité « adulte »[4] s'accompagne ici de deux aspects.

D'abord, une méfiance et un rejet affichés du rationalisme moderne, lequel reposerait sur l'individu et la raison individuelle. C'est justement ce paradigme rationaliste qui caractérise la modernité et qui débouche sur la formulation rousseauiste et kantienne de l'autolégislation de l'individu. Hayek rejette ce paradigme moderne prétendant que seule « la raison de l'homme devait le rendre capable de bâtir (...) la société ». Un tel paradigme représente pour Hayek, à la fois l'orgueil de l'homme et le « mépris pour la tradition, la coutume et l'histoire en général[5] ». Il en découle un mépris traditionaliste de Hayek contre la modernité juridique.

Le deuxième aspect à souligner est que Hayek évacue la rationalité « adulte », dans le sens où l'utilise Kant, au bénéfice d'une raison évolutionniste agissant au-dessus des personnes et à leur insu. Dans la perspective de Hayek, la rationalité individuelle est uniquement circonscrite et possible à l'intérieur des résultats « sains » de l'évolution. L'homme est donc incapable de comprendre la relation entre ses actions, ses connaissances limitées et la société comme la continuité et

3. Voir Bernard Mandeville (1670-1733), *La fable des abeilles : ou les vices privés font le bien public*, Paris, Vrin, 1974 ; Adam Smith (1723-1790), *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Paris, GF-Flammarion, 1991, ou, du même auteur, *Théorie des sentiments moraux*, Paris, PUF, 1999 ; Edmund Burke (1729-1797), *Réflexions sur la révolution de France*, Paris, Hachette, coll. Pluriel n° 8475, 1989.

4. Cf. E. Kant, « Réponse à la question : Qu'est-ce que les Lumières ? », dans Kant, *Vers la paix perpétuelle, Que signifie s'orienter dans la pensée ?, Qu'est-ce que les Lumières ?*, Paris, GF-Flammarion, 1991, p. 43, qui définit la modernité avec la devise *Saper aude* : Aie le courage de te servir de ton *propre* entendement.

5. Hayek, *op. cit.*, note 1, p. 11.

le produit de l'homme. Selon Hayek, dès que nous comprendrons que la raison ne peut pas représenter un « point fixe », selon les idées de Galilée, car elle évolue avec la société, la raison devra abdiquer au profit même de cette évolution. Étayées sur ces deux affirmations, la thèse défendue par Hayek, c'est que la rationalité individuelle, incapable de connaître l'ordre social tout entier, doit en conséquence se cantonner à une place limitée dans l'évolution culturelle de l'humanité.

Avant de voir de plus près les solutions de rechange à la rationalité individuelle introduites par Hayek, il convient de souligner que, déjà, ce paradigme du rejet pur et simple de la rationalité des modernes indique la direction prise par la philosophie hayékienne du droit. Il nous démontre que Hayek considère la raison de l'homme non pas comme celle d'un adulte autonome, mais comme celle d'un homme en quête d'un maître, du Vrai, ce Vrai qu'il assimile à l'évolution culturelle, c'est à dire à la tradition. La philosophie du droit de Hayek s'inscrit ainsi dans la tradition burkienne. Il le reconnaît d'ailleurs ouvertement en ne comblant que ce qui fait défaut chez Burke, c'est à dire une théorie systématique[6].

Après ce rejet de la rationalité des modernes, Hayek cherche à introduire un substitut: le modèle de rationalité «évolutionniste» pouvant mettre en selle l'antithèse de la modernité, à savoir la Tradition. Rhétoriquement, nous observons que Hayek introduit sa conception de rationalité «évolutionniste» comme étant le choix entre une aberration d'un côté et une saine conception de la rationalité de l'autre; en d'autres termes, entre le rationalisme constructiviste des modernes et le rationalisme évolutionniste, Hayek cherche faussement à justifier la construction de son rationalisme évolutionniste en se référant à Popper. Pourtant, Popper est bien partisan d'un rationalisme constructiviste[7]. Délaissons la critique du rationalisme constructiviste pour nous pencher plutôt sur la solution de rechange de Hayek. Il définit ainsi sa croyance en un rationalisme évolutionniste:

---

6. *Ibid.*, p. 25.
7. Voir Karl Raimund Popper, *La société ouverte et ses ennemis*, tome 2: « *Hegel et Marx* », Paris, Seuil, 1979.

> [...]que ce caractère ordonné de la société, qui a grandement accru l'efficacité de l'action individuelle, n'était pas dû seulement à des institutions et pratiques inventées ou combinées dans ce but, mais qu'il était dû largement à un processus d'abord décrit comme « maturation », puis comme « évolution », processus par lequel des pratiques qui avaient été d'abord adoptées pour d'autres raisons, ou même de façon purement accidentelle, furent conservées parce qu'elles procuraient aux groupes où elles étaient apparues une supériorité sur les autres groupes[8].

Ce que nous devons retenir de cette définition, c'est que la raison de l'homme a ses limites. La vertu même de l'homme, selon Hayek, est de reconnaître cette délimitation et d'agir en conséquence. Plus importante, chez Hayek, est l'affirmation que la raison de l'homme est limitée par les résultats culturels de l'évolution même de l'homme et de la société dans laquelle il évolue. En fait, il considère que la raison est secondaire par rapport à certains produits culturels qu'il désigne comme des « règles » de base, des fondements, qui permettent la survie de nos sociétés. Autrement dit, ce sont des règles qui ont permis à nos sociétés de s'établir, de se développer, de se libérer et, par le fait même, de l'emporter sur des sociétés totalitaires, qui, elles, n'ont pas permis en leur sein une telle sélection naturelle. Nous reviendrons de façon plus exhaustive sur l'évolutionnisme de Hayek et ses conséquences. Ici, il convient de souligner que la raison ne peut rien contre l'évolution, sinon qu'elle doit l'accepter et s'y soumettre. La raison de l'homme ne peut, dans l'optique de Hayek, qu'accepter les produits culturels, la Tradition, pour pouvoir y trouver une place dans le prolongement même de cette raison évolutionniste. Selon Hayek, la raison de l'homme n'est pas adulte, mais en tutelle, et comme telle, soumise aux produits culturels fondamentaux issus de la tradition occidentale.

En somme, la notion de rationalisme évolutionniste en ce qui concerne le droit est, tout comme en économie, que « la seule possibilité de sortir des bornes de la capacité du cerveau individuel est de s'appuyer sur ces forces suprapersonnelles et

---

8. Hayek, *op. cit.*, note 1, p. 10.

«auto-organisatrices» que créent les ordres spontanés[9]». Ainsi, ces forces sont censées occuper la place laissée vacante par le retrait forcé de la raison de l'homme.

L'évolutionnisme juridique

Pour comprendre l'évolutionnisme juridique de Hayek, il nous semble d'abord important de souligner les objectifs de cette pensée. Retenons à cet effet qu'il cherche à faire admettre une soumission de l'homme aux règles, principes ou «valeurs», comme à autant de forces suprapersonnelles induites par l'évolution historique. Pour le droit, cela signifie qu'il existe une sorte de droit préalable dicté par la tradition au-dessus des hommes et qui les gouverne à leur insu.

Hayek explique sa théorie de l'évolution par l'affirmation «que les structures complexes spontanément formées, dont s'occupe la théorie sociale, ne peuvent être comprises que comme le résultat d'un processus d'évolution; et que, par conséquent, en ce domaine l'élément génétique est inséparable de l'idée de sciences théoriques[10]».

Hayek pense le droit, les principes et les règles, comme s'ils avaient été créés par la force sélective inhérente à l'évolution des sociétés humaines. C'est le résultat spontané d'un processus d'essais et d'erreurs créant un ordre «symbolique» où chaque individu sait comment agir pour atteindre certains effets sociaux souhaitables et efficaces.

Hayek explique sa forme d'évolutionnisme par une analogie avec le darwinisme classique. Selon Darwin, l'évolution de l'espèce humaine par la formation spontanée repose sur la sélection des individus les plus aptes à survivre et à se reproduire. Pour Hayek, l'évolution repose plus spécifiquement sur la sélection des aptitudes transmises culturellement et socialement[11].

---

9. *Ibid.*, p. 64.
10. *Ibid.*, p. 28. Hayek cite ici Carl Menger, *Problems of Economics and Sociology*, rédigé par Louis Schneider, Urbana, Illinois, 1963, p. 94.
11. Hayek, *op. cit.*, note 1, p. 26-27.

Il existe donc une facette généalogique appuyée dans la théorie de l'évolution de Hayek qui rend cette dernière beaucoup plus déterministe. Il affirme cependant le contraire à propos de la théorie de l'évolution d'un Karl Marx qui, elle, repose sur les travaux de Charles Lyell. Charles Lyell (1797-1875) est le père de la géologie moderne. Karl Marx commence l'étude de Lyell dès son installation à Londres en 1852. Plusieurs expressions concernant l'histoire et la formation de l'histoire chez Marx trouvent leur origine dans les travaux de Lyell. Nous pouvons pourtant rétorquer que l'homme de Marx est libre, alors que l'homme de Hayek est en tutelle[12]. Ce côté « généalogique », chez Hayek, fournit le schéma devant encadrer jusqu'à l'esprit humain. C'est encore la « généalogie » qui fait en sorte, selon lui, que les règles sont bel et bien juridiques et qu'elles ne sont pas de quelconques règles sociales issues de coutumes ancestrales et traditionnelles.

La théorie de l'évolution de Hayek se concrétise dans une théorie sur « l'abstrait et l'abstraction ». C'est pour lui le corrélat de l'évolution généalogique qu' elle ne se révèle pas sur le plan concret, comme contenu, mais qu'elle soit supposée, sous une forme abstraite, insaisissable par le cerveau humain et agissant à son insu. Nous pouvons, avec notre capacité intellectuelle, savoir que ces « formes abstraites » existent, sans jamais pour autant les comprendre totalement, sans jamais non plus les maîtriser rationnellement. Comme il le dit :

> L'abstraction sera (...) considérée (...) comme la base de l'aptitude de l'homme à se mouvoir au mieux dans un monde très imparfaitement commun de lui — comme sa manière de s'adapter à son ignorance de la plupart des faits particuliers de son environnement[13].

Le mot clef est ici s'adapter, car il montre que la théorie de l'évolution de Hayek aboutit à remplacer le rationalisme des modernes par « ce dont est constitué l'esprit »[14]. Bref, notre

12. Voir, par exemple, Karl Marx, *Œuvres: Économie*, tome 1, édition M. Rubel, La Pléiade, 1965, p. 272-274, p. 550. Le cahier d'études de Marx sur Lyell n'a jamais été publié.
13. Hayek, *op. cit.*, note 1, p. 35.
14. *Ibid.*

« esprit » fonctionne sans que nous puissions faire de « choix conscient ou sélection délibérée », et nous sommes soumis à « un mécanisme sur lequel nous n'exerçons pas de contrôle délibéré »[15]. En fait, Hayek soumet que nous devons suivre la Tradition, car elle seule peut nous porter secours dans un monde en changement continuel.

Il résulte de la théorie de l'évolution de Hayek que l'homme est soumis, bien entendu pour son propre bonheur, à un faisceau de « règles » initiales. L'homme ne commet pas seulement une faute morale en voulant en faire à sa tête, mais une faute d'espèce comme celle de la narration adamique. D'après Hayek, l'homme trouve la raison en suivant les règles initiales fondées par l'évolution même des sociétés « saines ».

Le respect d'une règle juridique

La théorie de l'évolution de Hayek se concrétise dans le respect d'une règle transmise culturellement. D'un côté, le fait de l'évolution n'est rien d'autre que la coagulation du fait culturel, celui de l'obéissance à une règle. De l'autre côté, c'est une exigence de lucidité de le mettre en pratique.

C'est ce dernier aspect qui nous intéresse maintenant. À cette fin, nous rappellerons la définition hayékienne du terme règle : « Règle, dans ce contexte, signifie simplement la propension ou disposition à agir, ou ne pas agir, d'une certaine façon, qui se manifeste dans ce que nous appelons une pratique ou coutume[16]. » D'où, également, la règle vue comme « l'un des déterminants de l'action[17]. » Insistons maintenant sur le fait de suivre la règle transmise pour rendre justice et, ensuite, pour servir de rempart contre la démesure et de moyen d'améliorer notre société et notre situation personnelle.

D'abord, l'homme vit selon des règles et utilise des règles pour vivre. C'est cette affirmation qui permet à Hayek d'introduire la notion de « justice », qui n'est rien d'autre que de

15. *Ibid.*
16. *Ibid.*, p. 91.
17. *Ibid.*

suivre les règles données et transmises culturellement et socialement. Certes, cette conception rejoint l'une des définitions de la justice chez Aristote, à savoir la justice commutative ou d'échange, de telle sorte qu'une des règles transmises culturellement est, selon Hayek, la règle de transfert de biens comme formule même de ce qui est juste. Il s'oppose pourtant vigoureusement à une autre définition de la justice chez Aristote, à savoir la justice distributive. Il affirme, en effet, qu'une telle forme de justice ne peut se référer à aucune règle initiale. Il ne reste ainsi, pour Hayek, que la notion de justice rattachée aux règles initiales du marché.

Suivre les règles initiales représente alors un rempart contre les penchants adamiques de l'homme, à savoir la cupidité, l'ignorance, le désir de grandeur et bien d'autres. Laissé seul, l'homme n'est-il qu'une proie facile pour ses propres passions, ses émotions, l'étroitesse de son esprit, ou encore pour les rationalistes, révolutionnaires, démagogues et autres ?

Dans la philosophie du droit de Hayek, suivre les règles libère l'homme des penchants adamiques et l'en protège. On assure ainsi le triomphe d'une éthique saine et transmissible.

Suivre les règles initiales assure aussi, selon Hayek, l'optimisation des richesses et des ressources pour la société, celle du bonheur pour l'homme, tout en lui enlevant la tâche impossible de « réinventer le monde » à tout moment. Il est ainsi assuré que sa créativité, son énergie et son intelligence trouveront une terre fertile permettant de semer et de récolter à la hauteur de ses investissements.

En somme, pour tout ce qui concerne le droit, suivre la règle, ou plutôt le faisceau de règles transmises culturellement, ne peut se concrétiser que selon le paradigme suivant lequel la coutume représente le moule de toutes les formes possibles de droit.

Les intermédiaires

Nous introduisons maintenant quelques précisions sur le projet hayékien du droit en insistant sur deux aspects de sa pensée.

Nous soulignons d'abord que Hayek introduit bien un discours de fondation du droit. Hayek prétend bien savoir ce qu'est le droit dans un sens de vérité. En fait, Hayek fonde le droit sur une généalogie qui a prise sur l'homme. Nous pouvons donc dire que Hayek introduit la question de droit dans un fondationalisme, néologisme faisant référence à un « discours de fondation ». Tout ce déploiement épistémologique valorise le droit coutumier des juristes. Il s'agit plus précisément d'une valorisation épistémologique de la *common law*, en tant que droit établi par des praticiens sur la base de la coutume. L'ennemi pour Hayek, c'est le légicentrisme. Insistons également sur le fait que ce «fondationalisme» sert à écarter l'homme de la fondation du droit. Or, par ce procédé, nous pouvons aussi nous demander si Hayek, en éradiquant le droit de l'homme, n'élimine pas aussi l'homme du droit. En fait, Hayek ne bâtit que sur des institutions et des pratiques culturelles, économiques et juridiques, qui dépasseraient la question de l'individu, du sujet. Son évolutionnisme a insisté, nous l'avons vu, sur le fait que se concentrer sur l'individu, comme le fait le « social-darwinisme », serait un faux pas épistémologique.

Le droit épistémologiquement saisi

Cette conception généalogique du droit sera ensuite appliquée par Hayek à l'égard des acteurs du droit. Hayek veut leur imposer place, rôle et limite d'action. Il cherche ainsi à assurer une cohérence entre le « droit » comme donné et ce que les hommes peuvent en tirer. Les trois acteurs centraux du domaine du droit selon Hayek sont le juriste, le législateur et le juge.

Le rôle du juriste

Nous pouvons sans doute affirmer que le juriste représente la pierre angulaire du système hayékien. Il est le plus près des « données juridiques » et c'est lui qui, en pratique, expérimente le droit entre les parties en conflit. Avec ce paradigme d'un droit de juristes qu'il utilise à répétition, Hayek les propulse sur le devant de la scène.

Hayek voit avant tout le juriste comme un gardien de l'ordre spontané du droit, obligé de résister aux chants des sirènes rationalistes. Le raisonnement de Hayek est très subtil et alléchant pour les juristes. Il consiste à affirmer que ce rôle principal dans la recherche de la justice leur confère une mission prééminente dans l'évolution politique, celle de veiller à ce que cette dernière demeure à l'intérieur des règles originaires et des règles coutumières de justice. Le juriste doit, selon Hayek, se considérer comme « un instrument inconscient, un anneau dans une chaîne d'événements qu'il ne voit pas comme un ensemble[18] ».

Par conséquent, le rôle politique des juristes est précisé par Hayek en ces termes : « La profession juridique dans son ensemble peut ainsi parfois, en effet, neutraliser l'intention du législateur ; non par mépris de la loi mais, au contraire, parce que leur technique les amène à donner la préférence à ce qui est encore la partie prédominante du droit et à ajuster un élément étranger qu'il faut y introduire, en le transformant de telle sorte qu'il s'harmonise avec l'ensemble[19] ». Bien entendu nous pouvons le faire avec des éléments étrangers, c'est-à-dire des lois, faites par les « amis » de la justice. Comme Hayek le souligne, des lois faites par des « ennemis » de la justice pourraient provoquer la désintégration de celle-ci et elles doivent être activement combattues.

Les juristes sont, en somme, les gardiens de l'ordre spontané du droit. Ils luttent contre toute tentative d'élaborer un droit à partir d'autres prémisses, fussent-elles démocratiques. En fait, Hayek désigne les juristes comme les gardiens du droit pour écarter toute tentative d'intrusion de l'extérieur. Bref, il préconise que les juristes doivent se considérer comme liés à la description généalogique du droit qu'il a lui-même élaborée.

Le rôle du législateur politique

Le législateur est le vis-à-vis du juriste. Là où le juriste incarne la compétence et l'intuition quant aux exigences du

18. Hayek, *op. cit.*, note 1, p. 78.
19. *Ibid.*, p 78-79.

droit, le législateur, lui, erre dans des dédales politiques souvent fantaisistes et il est donc plus enclin à écouter le chant des sirènes constructivistes. Hayek a, en conséquence, fait la distinction entre ce qu'il dénomme la « législation juridique », qu'il approuve fortement, et la « législation politique », dont il approuve certains aspects et en désapprouve d'autres.

Hayek s'illustre ainsi comme un ardent partisan de toute « législation juridique ». Celle-ci est limitée au droit civil, et surtout aux domaines issus de sa description d'un ordre spontané du droit, à savoir le droit des obligations, des échanges économiques, etc. Les législations juridiques, selon lui, ont grand besoin d'être légiférées pour assurer une stabilité et une prévisibilité qui ne peut qu'être bénéfique pour les acteurs du droit. Lorsqu'une telle législation a été établie sur la base de l'ordre spontané, Hayek nous dit que « l'on est conduit à admettre que seul ce qui a été exprimé en forme de loi promulguée doit être considéré comme ayant force de loi[20] ».

En ce qui concerne maintenant la législation politique, l'image est beaucoup plus contrastée chez Hayek. Nous pouvons dire qu'en règle générale, il considère une telle législation comme légitime si elle formule un commandement politique pour le bien commun. Elle est illégitime si elle prétend se substituer à l'ordre spontané ou si elle prétend simplement changer la conception donnée de la « justice ».

La législation politique légitime ne pose guère de problème pour Hayek. Il la voit simplement comme une sorte d'abus de langage. À un moment donné, les hommes ont commencé à donner à leur commandement une force symbolique par la loi et ceci pour avoir plus d'efficacité et obtenir l'obéissance immédiate. Hayek ne voit simplement aucune raison de s'émouvoir, car si le général d'une armée rebaptise ses ordres « loi », il n'en demeure pas moins que les valeurs de ces ordres reposent sur la structure sociale et les buts poursuivis. Il en découle une indubitable légitimité, bien qu'elle prête à confusion, à dicter des ordres-lois pour organiser la gestion des affaires communes.

---

20. *Ibid.*, p. 140.

C'est le deuxième axe de cette législation politique qui pose problème. Hayek prétend en effet que dès que la législation politique cherche, d'une façon ou d'une autre, à altérer, à abroger ou à diriger l'ordre spontané du « droit », elle devient illégitime. Cette illégitimité est structurée en deux versants. D'un côté, il s'agit d'une illégitimité irrationnelle. En fait, une illégitimité où le sage hayékien peut observer le gouvernement gaspiller l'argent et les ressources, hypothéquer le développement économique, diminuer la richesse et le bien-être de la population, etc., afin de poursuivre quelques chimères constructivistes. Pour l'économiste qu'était Hayek, c'était précisément le cas de grands pans de la régulation législative de l'activité économique après la Deuxième Guerre mondiale. Le sage hayékien cherche ici à conseiller le gouvernement pour qu'il prenne de bonnes décisions.

La deuxième dimension de cette illégitimité représente la perte totale de l'allégeance. Dès que le législateur ou le gouvernement s'attaque au pilier de l'ordre spontané du droit, l'allégeance qui fonde le pouvoir législatif est irrémédiablement brisée selon Hayek. Ce bris d'allégeance vise avant tout le communisme et le socialisme radical dans leur façon de s'attaquer à la propriété privée, à la libre entreprise, etc. Cependant, Hayek ne nous donne jamais de critères exacts et objectifs pour identifier comment et à quel moment se produit la rupture. Il identifie l'ennemi et s'arrête là, nous révélant ainsi que c'est dans sa théorie concernant l'allégeance à l'État de droit que tout se joue. Hayek structure cette allégeance sur l'échelle de fidélité à l'égard de l'ordre spontané du « droit ».

La compétence d'un législateur est en conséquence limitée selon Hayek. Elle est avant tout circonscrite par le fait que, si les lois doivent pouvoir se dire « de droit », il faut qu'elles respectent l'ordre spontané et, en conséquence, les limites des objectifs et des caractères généraux du genre de loi. Il faut aussi qu'elles en respectent la liberté législative du contenu. Le législateur n'a pas, selon Hayek, à décider de ce qui est juste ; c'est de la compétence de l'évolution. En se soumettant, il reçoit toutefois la liberté de compléter cette justice originelle.

> Tant que le législateur répondra à l'attente que ses décisions présenteront de tels caractères, il aura les mains libres quant aux contenus particuliers de ce qu'il décide et, dans ce sens-là, il sera « souverain »[21].

S'ajoute la menace : « Mais l'allégeance sur laquelle cette souveraineté est fondée dépend de la façon dont le souverain répond à ce qu'on attend de lui quant à ces caractères généraux de ses décisions ; et s'il déçoit cette attente, l'allégeance disparaîtra[22]. »

Cela ne constitue pas seulement un appel à la conscience personnelle de chacun et un droit de résister à l'injustice, tel que nous l'enseignent les différentes théories du droit naturel, mais davantage et avant tout, une radicalisation poussée, une mise « hors la loi » potentielle du législateur.

Chez Hayek, la législation n'a en somme rien à voir avec la démocratie ou les enjeux démocratiques. La législation et le législateur doivent refléter, d'une façon ou d'une autre, les exigences de l'ordre spontané même au risque d'être écartés comme nuisibles.

Le rôle du juge

Dans la philosophie du droit de Hayek, le juge possède un rôle également éminent. Il représente en quelque sorte le point géométrique au-dessus et à égale distance du juriste d'un côté et du législateur de l'autre. C'est encore l'image du juge issue de la *common law* qui sert à Hayek pour décrire ce rôle : « il est le serviteur de l'ordre existant, chargé de le maintenir et d'en améliorer le fonctionnement[23] ».

Bref, la « fonction du juge a pour seul cadre un ordre spontané[24] ». C'est sur la signification de cette prescription idéologique que nous voulons insister.

Le premier aspect de cette prescription concerne le juge en tant qu'« une institution propre à l'ordre spontané[25] ». Hayek

21. *Ibid.*, p. 111.
22. *Ibid.*
23. *Ibid.*, p. 143.
24. *Ibid.*, p. 142.
25. *Ibid.*, p. 114.

considère que les juges sont antérieurs au système étatique, qu'ils sont en quelque sorte une émanation généalogique directe de la formation culturelle de l'ordre spontané. En ce sens, le juge incarne aux yeux de Hayek celui qui est appelé à intervenir pour corriger les perturbations survenant dans cet ordre originel. Le juge intervient pour assurer que l'ordre spontané est respecté, même en l'absence de normes législatives. Pour Hayek, l'image du juge issu de l'ordre spontané représente en quelque sorte le sens même de ce qu'est un juge. La question d'indépendance des juges ou du pouvoir judiciaire n'est en conséquence que secondaire à l'égard d'un enracinement généalogique dans l'ordre spontané.

L'importance de cette façon de voir le juge d'abord et avant tout lié à (et par) l'ordre spontané se reflète dans le juge « interprète » de la législation. Hayek peut à ce moment retrouver l'ordre spontané à l'origine d'un faisceau de principes fondamentaux du « droit », au-dessus de la législation et devant servir à donner un sens à celle-ci. Car, comme le prétend Hayek, qu'il « agisse comme juge ou comme rédacteur d'un texte de loi, le cadre de conceptions générales dans lequel il doit insérer sa décision lui est imposé et sa tâche est d'appliquer ces principes généraux du droit, non de les discuter[26] ». Cela implique que la tâche du juge est de rendre le système cohérent avec et par les principes généraux du droit, que Hayek peut maintenant voir comme des copies imparfaites des règles originelles de justice issues de la généalogie, elle-même issue de la notion d'ordre spontané. En d'autres termes, la coutume d'un droit établi par les juges, la *common law*, représente la matrice généalogique de l'interprétation de toute législation, comme l'avait déjà défendu Edmund Burke.

Il s'ensuit que le juge doit censurer les décisions politiques et législatives de l'exécutif ou de la législature. Cette censure va bien plus loin chez Hayek que la simple base d'une compréhension hiérarchique ou pyramidale du droit utilisant la Constitution dans une logique de *lex superioris*. Car, encore une fois, c'est la notion de l'ordre spontané qui

26. *Ibid.*, p. 78.

doit servir à la censure. En fait, en dehors de la défense de l'ordre spontané, « le juge n'a aucune place[27] ».

Hayek considère que le juge est lié généalogiquement à une mission qui se situe au-dessus de toute mêlée sociétale. Pour lui, cette mission « est d'une nature qui n'a de sens qu'au sein d'un ordre spontané et abstrait des activités tel qu'en produit le marché[28] ».

Nous devons souligner que le but de Hayek a sûrement été d'assurer l'indépendance des juges, même s'il affirme le contraire. Le problème réside cependant dans la façon de concevoir la fonction de juge. En effet, la conclusion qui s'impose à ce que nous venons de dire est que le juge hayékien sert un *hidden agenda*, un ordre du jour caché, au-dessus des raisons et des arguments présentés. En fait, Hayek arrive à libérer le juge des contraintes procédurales inhérentes au processus de construction du droit, au bénéfice d'une mission cachée au service de l'idéologie néolibérale d'un « ordre spontané ». Le juge de Hayek n'a pas les yeux bandés pour n'écouter que les arguments et les raisons présentées devant lui, mais un troisième œil, idéologique celui-là, censé lui permettre de voir le droit émergeant de l'ordre spontané.

Conclusion

Par notre analyse de la philosophie du droit de Hayek, nous avons voulu montrer notre scepticisme à son égard. Cependant, plutôt que de conclure en nous répétant, nous préférons nous résumer en deux arguments susceptibles, selon nous, d'engager une réflexion de philosophie du droit sur d'autres chemins que ceux de Hayek. Le premier argument est simple : nous ne pouvons avoir accès à ce que Hayek appelle l'ordre spontané, puisque ce n'est rien d'autre qu'une construction idéologique et l'objet d'une autosoumission idéologique. À travers notre analyse, nous n'avons pu constater rien d'autre qu'un déploiement, à grand effort intellectuel, d'une panoplie de prétendues « données supposées » issues de la généalogie évolutive de l'homme, mais que Hayek prétend

27. *Ibid.*, p. 145.
28. *Ibid.*, p. 144.

non linguistiques, non historiques, non sociologiques, etc., parce que constituées au-dessus de la tête des hommes. Il postule une ontologie du droit à laquelle il n'y a pas d'accès rationnel, en prenant soin de rejeter le recours même à la raison.

N'arrive-t-on pas au labyrinthe dénoncé par Lewis Carroll dans « *L'autre côté du miroir et ce qu'Alice y trouve* », où il met en scène le dialogue suivant d'Alice et du roi :

- Et bien, qui voyez-vous ?
- « Personne », répondit Alice.
- Je donnerais cher pour avoir des yeux comme les vôtres, fit observer, d'un ton irrité, le monarque. Être capable de voir Personne, l'Irréel en personne ! Et à une telle distance, par-dessus le marché ! Vrai, tout ce dont je suis capable, pour ma part, c'est de voir, parfois, quelqu'un de bien réel ![29]

Comme Lewis Carroll, nous croyons que l'accès à un quelconque « ordre spontané » est impossible. Ce n'est rien d'autre qu'une construction idéologique irrationnelle. Pour notre part, nous n'avons pas la capacité de voir le « droit ». Ce que nous pouvons par contre construire théoriquement nous montre le domaine du droit comme plutôt complexe, pluraliste. S'y croisent et s'enchevêtrent les préoccupations hétéroclites de ce que nous pouvons nous donner comme droit[30]. C'est un domaine où toutes les conceptions préconçues du Vrai-Droit, comme celles défendues par Hayek, seraient inadéquates puisque faisant violence à ce que les individus ont construit.

Notre deuxième objection à l'endroit de la philosophie de Hayek concerne la démocratie. En fait, comme les libéraux en général, Hayek réduit le sens de la démocratie à un instrument, à un moyen ou à une courroie, pour ce qu'il considère comme la base ontologique et éthique du droit. En fait, en enracinant le droit dans une ontologie là où la tradition li-

---

29. Carroll, Lewis, *Œuvres*, tome 1, Paris, Robert Laffont, coll. Bouquins, 1989, p. 186.
30. B. Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit*, Paris, L'Harmattan, et Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1998.

bérale l'enracine dans la métaphysique des droits subjectifs, il arrive à radicaliser l'instrumentalisation du « droit » au-delà des enjeux démocratiques. Et surtout au-delà d'une appréciation saine de ce que nous pouvons tous rationnellement escompter en tant que participants singuliers du processus démocratique. Dans la mesure où il serait improbable qu'un tel processus puisse valider la conception ontologico-éthique de Hayek, les hayékiens se condamnent à une frustration politique aiguë, ou du moins à une position de contre-révolution permanente envers toute démocratie et contre les résultats mêmes du processus démocratique. Le rejet unilatéral du rationalisme au bénéfice d'une ontologisation, comme nous l'avons observé tout au long de notre analyse, prend ainsi un sens particulier. Niant toute logique de cause à effet, nous ne pouvons que remarquer que le hayékianisme servait le coup d'État de Pinochet au Chili en 1972, de même qu'à la même époque, il désarmait les libéraux devant les autres dictatures en Argentine, au Brésil, etc.

Finalement, notre analyse de la philosophie du droit de Hayek doit conclure à son échec. Au-delà du désir qui anime Hayek de vouloir prendre sa propre option idéologique comme vraie et révélant un Vrai-Droit, il nous semble que cette prise de position écrasante n'apporte rien de bénéfique à notre modernité juridique. Hayek rejette même cette modernité qui se réalise grâce à l'utilisation publique de la raison. Hayek semble se condamner dans le rôle de gourou avec son Vrai-Droit au bénéfice des fidèles et de l'autoaveuglement. Or, au-delà du rejet normal que nous devons manifester à l'égard de tout embrigadement dans une telle conception, il nous semble plutôt que la démocratie se déploie là, devant nous, et qu'elle nous interpelle par son projet de construire ensemble un droit démocratique. Opter pour une utilisation publique de la raison pour bâtir notre droit nous semble la seule voie ouverte pour répondre aux exigences de la modernité juridique telle que nous la concevons.

10 À PROPOS DE MARX ET DE SA CONCEPTION DU DROIT : INTERSUBJECTIVITÉ, MATÉRIALITÉ ET NORMATIVITÉ

Nous réfléchissons dans cet article sur la signification des écrits théoriques de Karl Marx sur la question du droit. Il s'agit d'analyser la conception du droit contenue dans la théorie marxienne du droit. Ce que nous voulons mettre en lumière, c'est que la pensée de base consiste à dire que le droit se rapporte à « l'intersubjectivité » des sujets de droit. L'intersubjectivité, ce sont les relations nécessaires, modulées concrètement et abstraitement, que les hommes créent entre eux et où se loge la question du droit. Quoique cette conception soulève maintes interrogations, notre article se limitera volontairement à trois thèmes de la thèse marxienne que nous estimons majeurs : le plan explicatif, le plan cognitif et le plan normatif.

Il nous faut pourtant, avant d'arriver au cœur du sujet, introduire quelques préalables sur le sens à attribuer à la notion « marxienne » ou plus précisément sur le sens du terme « marxienne » adopté par la suite.

D'abord, cet article se limite aux écrits de Karl Marx postérieurs à 1857, c'est-à-dire à la « critique de l'économie politique », que nous considérons comme l'expression de l'aboutissement de son cheminement intellectuel. Marx, qui a vécu de 1818 à 1883, était, jusqu'en 1857, sous l'emprise des paradigmes philosophiques hérités des Lumières (Kant, Hegel, Feuerbach, etc.). Sa pensée était construite sur un réductionnisme de type naturaliste, aussi bien en ce qui concerne le droit qu'en ce qui concerne la compréhension de la factualité sociale. Au cours de cette période, il s'appuie donc sur quelques présupposés « systémiques » dont il prétend se servir pour expliquer le « droit ». Le résultat, assez caractéris-

tique de la philosophie des Lumières, est que le droit sera uniquement un élément dépendant d'un système philosophique : un « droit » des philosophes étranger au droit des juristes. C'est justement ce qui change chez Marx à partir de 1857 : il place le droit dans une autonomie intersubjective. Marx annonce ainsi une « nouvelle modernité » dans la pensée du droit qu'il est, par la suite, notre intention de faire ressortir. Sans trop anticiper pourtant sur nos conclusions, il faut dès maintenant retenir que, si Marx annonce un tel renouvellement de notre compréhension de la modernité juridique, par contre, en raison d'outils philosophiques défaillants, il ne pourra pas mener ce projet à terme.

Dans cette optique, l'article se limite à ce qu'a vraiment écrit Marx. En effet, plusieurs des théories que les gens attribuent le plus souvent, et à tort, à Marx n'ont simplement jamais été élaborées par lui. Elles ont, en fait, été forgées de toutes pièces par différentes personnes qui ont spéculé sur certains paradigmes philosophiques en se servant du nom de Marx. Le « marxisme » comme « conception du monde », comme « idéologie », est fabriqué par Engels ; le « matérialisme historique », par Bernstein et Kautsky ; le matérialisme dialectique, par Plékhanov ; et ainsi de suite. Ce problème de fabrication historique et politique du « marxisme » (ou des « marxismes ») ne peut, en tout logique, que désigner un problème « Engels », un problème « Bernstein », un problème « Plékhanov », etc. Il déborde pourtant trop du cadre de notre investigation pour nous engager sur ces problèmes.

Cela dit, nous pouvons faire notre premier pas dans l'analyse de la conception du droit chez Marx, qui a trait au cadre explicatif.

Droit comme intersubjectivité

Si notre thèse que la théorie marxienne valorise l'intersubjectivité comme cadre explicatif des réalisations abstraites et concrètes de notre droit, il est d'abord nécessaire de préciser que, chez Marx, le droit n'est pas l'intersubjectivité, ontologiquement parlant. Il s'agit plutôt d'adopter, face aux artefacts sociaux, l'intersubjectivité comme cadre d'explication. Ce cadre explicatif doit nous donner la possibilité de

comprendre la société civile et ses artefacts humains comme point d'explication pratique pour le droit. Il est donc de prime importance de comprendre les artefacts sociaux vus sous cette perspective et de situer les formes possibles de la pensée de Marx sur le droit.

Constatons, en premier lieu, que le droit est pour Marx un produit humain. Le droit n'est pas tombé du ciel, mais fabriqué de façon concrète et abstraite par les hommes et les femmes dans des contextes bien particuliers. S'ensuit, selon Marx, la compréhension des artefacts sociaux, à savoir que tout «produit» social, incluant le droit, découle de notre façon de mener et de faire aboutir nos vies, nos sociétés et nos attentes. Cela signifie encore que les hommes et les femmes font eux-mêmes de leur société le produit de leurs relations intersubjectives. Ils l'obtiennent directement en transformant la nature, en développant la technologie, etc., et indirectement en se servant de ses artefacts sociaux.

Durant l'époque moderne, c'est avant tout Giambattista Vico (1668-1744) et sa thèse que «le fait et le vrai s'échangent» (*verum et factum convertuntur*), qui permettent à Marx de développer cette perspective. Vico prétend en effet que nous devons distinguer les phénomènes qui ont une origine humaine et ceux dont l'existence ne dépend en rien de l'homme[1]. En autres mots, que nous devons distinguer société et nature, création de l'homme et création de Dieu. Suivant Vico, nous devons considérer comme création humaine tout ce que l'homme a transformé, soit concrètement, soit abstraitement. Même s'il s'agit d'une transformation de la nature ou de l'élaboration d' artefacts sociaux, qui reproduisent des relations sociales et les canalisent comme des phénomènes sociaux, le lieu d'explication ne peut être que l'homme, qui est à la fois auteur et interprète de ses actes. Nous devons ainsi considérer comme des produits de l'homme nos outils, nos complexes techniques, de même que nos institutions et procédures politiques, économiques, culturelles et juridiques, tout comme les différentes formes de «conscience» qui

1. G. Vico, *La science nouvelle*, Paris, Gallimard, Tel n° 227, 1993 ; *idem*; *De l'antique sagesse de l'Italie*, Paris, GF-Flmmarion n° 742, 1993. Voir également le livre de philosophie du droit de Vico, *Origine de la poésie et du droit. De Constatia jurisprudentis*, Paris, Cafe Clima Éditeur, 1983.

les investissent et qui les soutiennent. Cela signifie concrètement que le paradigme de l'homme comme auteur et lecteur de ses actes devient le cadre explicatif de tout ce qui existe sur les plans humain et social. Vico lui-même a, en dernier lieu, galvaudé le sens théorique de sa conception de l'homme comme auteur et lecteur, au bénéfice de considérations assez inconsistantes sur d'éventuels cycles de développement de l'humanité. C'était alors laisser à Marx la voie libre vers le développement d'une telle théorie dans un contexte moderne.

Marx, en fait, se fait l'écho de la parole de Vico quand il confesse ainsi son point de vue :

> Dans la production sociale de leur existence, les hommes nouent des rapports déterminés, nécessaires, indépendants de leur volonté ; ces rapports de production correspondent à un degré donné du développement de leurs forces productives matérielles. L'ensemble de ces rapports forme la structure économique de la société, la fondation réelle sur laquelle s'élève un édifice juridique et politique, et à quoi répondent des formes déterminées de la conscience sociale. Le mode de production de la vie matérielle domine en général le développement de la vie sociale, politique et intellectuelle. Ce n'est pas la conscience des hommes qui détermine leur existence, c'est au contraire leur existence sociale qui détermine leur conscience[2].

Ce que nous dit ici Marx, c'est précisément que les hommes produisent leurs propres formes d'existence à partir de quelques « rapports déterminés » et « nécessaires », qu'ils façonnent leur monde comme une « société » et qu'ils font d'eux-mêmes les auteurs et les lecteurs de cette société. Marx, en conséquence, considère le droit comme socialement présent aussi bien dans les rapports de production (la base), que dans les institutions juridiques (la superstructure) et dans certaines formes de conscience. Ces manifestations du droit révèlent précisément la complexité et la différenciation des artefacts dont l'homme est l'auteur. Et

2. Karl Marx, « Critique de l'économie politique », 1859, dans K. Marx, *Œuvres*, Tome 1 : Économie, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1965, p. 272-273.

Marx doit en conséquence trouver un cadre d'explication complexe à cette réalité. L'insistance sur l'intersubjectivité des sujets auteurs et lecteurs de tous les artefacts sociaux fournira ce cadre.

Le paradigme « de ce que l'homme a produit » comme cadre d'explication implique deux positions, l'une quant à la temporalité, l'autre quant aux « topoi » (lieux).

À propos de la question de temporalité, nous observons que Marx choisit comme point de départ que toute production humaine possède des racines de temporalité historique. Même si le droit n'a pas d'histoire, selon Marx, le droit a néanmoins pu exister historiquement. Par exemple, 1789 ou 1809 sont des fragments de temporalité humaine. Il est tout simplement impossible pour l'homme d'être auteur et lecteur du droit s'il n'existe pas dans une temporalité donnée. De cette manière, ce que l'homme a produit est le résultat des relations entre une infinité d'acteurs. Ces acteurs, sous différentes et multiples formes de sérialité intersubjective, produisent de manière temporelle les prémisses à partir desquelles chaque génération nouvelle prendra son envol. En d'autres mots, nous pouvons considérer les faits sociaux — ce qui forme les prémisses de notre propre société — comme une couche de surface déposée sur une série de couches sédimentaires, et sur laquelle nous produisons à notre tour notre propre sédimentation sociale « intersubjectivement » parlant. Chaque génération génère ainsi sa propre « couche » de réalité. Comme Marx l'affirme :

> Réduits à leurs grandes lignes, les modes de production asiatique, antique, féodal et bourgeois moderne apparaissent comme des époques progressives de la formation économique de la société[3].

Marx emploie cette métaphore géologique pour expliquer la question de temporalité, et il nous renvoie directement au géologue Charles Lyell (1797-1875)[4]. En effet, de la même façon que Lyell a rejeté la doctrine géologique ancienne qui considérait la terre comme le résultat de l'irruption sponta-

3. Karl Marx, *ibid.*, p. 273-274.
4. Charles Lyell, *Principles of Geology*, (1830-3) et *The Geological Evidence of the Antiquity of Man* (1863). Marx étudie Lyell à partir de 1852.

née des forces chaotiques, Marx arrive à la conclusion que la société n'est pas non plus le résultat des interventions de telles forces chaotiques (qu'il s'agisse de « grands » hommes ou de femmes célèbres, de guerres, de conquêtes, de migrations), mais bien des relations infinies et multiples que les hommes nouent entre eux. Plus important, de la même façon que Lyell, le premier, a soutenu que les forces naturelles ayant forgé notre environnement naturel étaient encore en activité, Marx a pu dire que les forces sociales mises en cause dans notre façon historique et intersubjective de produire et de reproduire nos sociétés sont encore présentes dans nos artefacts sociaux. Cela, précisément, afin de débusquer les forces obscures de l'histoire soupçonnées de porter atteinte à l'autonomie des auteurs et des lecteurs de leurs réalités sociales.

La question de « lieu », de « topoi », sert par la suite, chez Marx, à ancrer des auteurs et des lecteurs dans la société civile. C'est uniquement par contraste avec certaines tendances idéalistes ou métaphysiques de la philosophie des Lumières qu'une telle thèse peut trouver son sens. Marx rejette en effet aussi bien la fiction rousseauiste du chasseur solitaire pour penser le social, que la référence au chasseur-pêcheur-cueilleur solitaire à la base des théories économiques d'Adam Smith et D. Ricardo. Le paradigme des sujets comme auteurs et lecteurs de leurs réalités nécessite en effet l'évacuation de toute figure de précompréhension idéaliste ou métaphysique, soit de « l'individu solitaire », soit de l'individu solitaire situé uniquement sur le plan de sa « conscience » individuelle. Pour Marx, de tels présupposés philosophiques ne sont que l'expression de l'aveuglement et de la dépossession des sujets de leur rôle d'auteurs et de lecteurs de leurs propres réalités. Il y a donc nécessité de baliser la compréhension des faits sociaux pour que les sujets comprennent qu'ils seront, dans l'avenir, les auteurs et les lecteurs de la réalité sociale. Bref, les individus sont indissociables de la réalité qu'ils ont eux-mêmes produite, mais il y a aussi un piège, à savoir que ces hommes ne se rendent pas compte qu'ils sont des auteurs au risque de se rabaisser au rang de serviteurs.

Marx en déduit qu'on ne peut donner une explication à ces artefacts, auxquels appartiennent le droit, que parce que les hommes nouent entre eux des relations nécessaires. Les hommes ne font pas que créer simplement de nouveaux artefacts sociaux chaque fois qu'ils agissent, mais ils utilisent ceux qui existent déjà dans la société. C'est ainsi que Marx comprend le droit, ce droit où l'intersubjectivité est le lieu d'explication qui nous permet de penser le droit à la fois comme le sédiment sur lequel nous construisons nos vies et comme l'outil indispensable à la vie en société. On peut davantage le préciser comme suit :

L'intersubjectivité est, pour Marx, le lieu d'explication qui permet à l'homme d'établir un rapport rationnel vis-à-vis de la formation sociale existante. L'intersubjectivité fournit le cadre explicatif qui nous autorise à considérer le « droit » comme l'un des artefacts humains indispensables à la production sociale. En conséquence, le droit est pour Marx aussi conventionnel dans la façon humaine de créer la société, que dans la manière selon laquelle les hommes créent leur individualité sociale.

Le droit n'a pas, en somme, un quelconque contenu en soi, une quelconque « substance ». Ce point de vue contraste donc avec la philosophie des Lumières qui a, et comme ses partisans contemporains le font encore, considéré le droit comme l'expression de différentes substances supposées le caractériser (soit la prétention que l'homme est la substance du droit, soit un contrat social hypothétique qui se veut à la fois substance de société et de droit), Marx, par opposition, ne peut que se rallier à ce que l'homme a effectivement créé comme artefact dit de droit. La thèse marxienne se caractérise en conséquence par une conception du droit selon laquelle c'est aux hommes, aux acteurs, d'élaborer leurs droits comme expression temporelle et comme lieu de l'intersubjectivité sociale.

Socialité du droit et intersubjectivité

Abordons maintenant le cadre cognitif dans lequel s'insère cette conception. Il s'agit de nous poser certaines questions quant à la connaissance, abstraite et concrète, que nous pou-

vons avoir de nos productions, de ces artefacts indissociables de l'être humain. En d'autre mots, comment établir une quelconque connaissance relative au phénomène du droit?

Les concepts «juridiques», les théories juridiques et les idéologies juridiques sont le point de départ par lequel nous pouvons établir une telle connaissance[5]. Il s'agit d'analyser les artefacts juridiques que nous utilisons pour rendre opérationnel le phénomène de droit[6]. Dans ce sens, il s'agit de considérer les concepts comme des artefacts qui rendent possible un accès au phénomène du droit, et cela logiquement, pour évaluer le potentiel qu'ils renferment quant à la possibilité d'expliquer la place et le rôle respectifs à attribuer à leurs créateurs présupposés. Par conséquent, les artefacts dits «de droit» ne peuvent, *a contrario*, être analysés en soi qu'au prix d'un aveuglement dogmatique devant la réalité vécue par les sujets de droit. D'où précisément le danger et la tendance si «juridique» d'interpréter nos concepts, nos théories et nos idéologies comme des réalités indépendantes et autosuffisantes; un danger que Marx désigne comme fétichisme et que nous pouvons dénommer fétichisme juridique.

Celui qui a vraiment lu les écrits de Marx avec attention n'a pu que remarquer le changement de vocabulaire qui se produit entre l'emploi du concept «idéologie», qu'il utilise dans les années 1842-1852, et la notion de fétichisme qu'il utilise par la suite après 1857[7]. Pour atteindre notre objectif, nous devons souligner la problématique épistémologique qui se manifeste dans l'échange des concepts. Au début de sa

5. Voir, E. B. Pasukanis, «*The General Theory of Law and Marxism*», 1e édition, dans P. Beirne & R. S. Sharlet, *Pashukanis: Selected Writings on Marxism and Law*, London, New York, Academic Press, 1980, p. 40-131. La traduction française de la 3e édition de 1927, E. B. Pasukanis, *La théorie générale du droit et du marxisme*, Paris, EDI, 1970, ne peut pas être recommandée à la suite des altérations idéologiques intervenues.
6. Donna C. Kline, *Dominion and Wealth. A Critical Analysis of Karl Marx' Theory of Commercial Law*, Dordrecht, Reidel, coll. Sovietica, volume 49, 1987.
7. Voir sur cette question: Joachim Israel, *Aliénation. De Marx à la sociologie contemporaine*, Paris, Ed. Anthropos, 1972; Joseph Gabel, *La fausse conscience. Essai sur la réification*, Paris, Minuit, coll. Arguments n° 11, 1962; Georg Lukacs, *Histoire et conscience de classe*, Paris, Minuit, 1960. Cf. Csaba Varga, *The Place of Law in Lukacs' World Concept*, Budapest, Akademiai Kiado, 1985.

carrière théorique, Marx a été obnubilé par la problématique de la fausse conscience, c'est-à-dire l'idéologie, comme obstacle à l'acquisition de connaissances nouvelles. Comme dans la philosophie des Lumières, l'idéal de Marx était encore d'éclairer et de guider cette conscience. Avec pour conséquence que la question de la « conscience éclairée » apparaît comme lieu d'explication de la réalité. Le corollaire de ce point de vue est que chaque individu, l'homme en tant que tel, devient l'enjeu même de notre explication de la réalité. Ce modèle de pensée se module sur une idéal scientifique construit à partir des sciences naturelles (c'est-à-dire nomotiques ou axiomatiques). Pourtant, la rencontre avec la réalité des individus que Marx vieillissant découvre dans ses lectures d'économie politique fait voler en éclats une telle position — cela est dû au fait qu'il introduit « ce que l'homme a fait » comme lieu d'explication. Cette position perd alors sa valeur heuristique : les hommes ne peuvent être auteurs et lecteurs de leur réalité que tous ensemble, c'est-à-dire intersubjectivement et avec comme prémisse nécessaire de définir les hommes par les résultats de leurs créations.

En rattachant la question de connaissance épistémologique à une théorie de fétichisme, Marx tente de faire ressortir que les théories, les concepts et les idéologies n'ont pas de valeur en soi. Ils ne peuvent pas nous donner la connaissance ou une quelconque forme de « savoir ». Ils ne sont tout simplement pas des « agents », (c'est-à-dire des acteurs pour la connaissance), mais plutôt des « objets », (c'est-à-dire des points de départ à l'acquisition des connaissances). Plutôt que de faire des robinsonnades agréées par des concepts, Marx demande que les artefacts sociaux soient analysés pour ce qu'ils sont : des expressions de relations ou d'intersubjectivité humaine[8].

Le terme de fétichisme est d'origine portugaise. Féitico exprime l'expérience des navigateurs portugais lors de leur rencontre avec les populations indigènes d'Afrique de l'Ouest, aux XV^e^ et XVI^e^ siècles. Ils observaient, en effet, que les habitants du lieu attribuaient à certains objets « produits par eux-

8. Shlomo Avineri, *The Social and Political Thought of Karl Marx*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 82.

mêmes » un caractère religieux et supranaturel. Lors de cette observation, Marx se base en fait sur le plan épistémologique avec la volonté de démontrer comment des artefacts humains, qu'il s'agisse de concepts, de théories ou d'idéologies, commencent à guider leur propre vie. Plus précisément, il explique comment « ce que l'homme a fait » dévalorise l'homme au point de ne plus être que l'outil et l'objet de la dépendance à une réalité qu'il ne maîtrise guère. Il considère aussi les fétiches comme autant d'obstacles à notre production de connaissance qu'une dévalorisation humaine. Il en résulte que les fétiches sont des obstacles, des barrières à la compréhension de notre intersubjectivité et de notre capacité à promouvoir un développement humain et social différent.

La première précision épistémologique fournie par Marx est de constater que la partie abstraite de « ce que l'homme a produit », c'est-à-dire les concepts, théories et idéologies, ont obtenu dans les sociétés modernes le caractère de « nature ». La thèse de Marx est que la société moderne, caractérisée par une atomisation accrue des individus, voile la partie abstraite des artefacts humains pour n'en laisser voir que l'aspect « naturel » (c'est-à-dire comme si les individus n'étaient pas les producteurs de la présente situation et comme si la situation était donc non échangeable et hors de la portée de leurs actions). La raison de cette logique d'illusion est d'ailleurs due à la complexification des sociétés modernes.

Précisons davantage le sens du raisonnement marxien en introduisant les concepts de « marchandise », de « valeur » et de « monnaie »[9]. Selon Marx, ces concepts sont des exemples d'abdication des individus devant ce qu'ils ont eux-mêmes créé. Marx démontre comment les individus commencent à attribuer à ces concepts un illusoire caractère d'ordre naturel qui existe hors d'eux et qu'il faut impérativement respecter. En d'autre mots, « ce que l'homme a créé » s'objectivise aux dépens de l'homme, compromet sa liberté et commence à exister en tant que marchandise, valeur et monnaie (ou comme propriété, contrat et commerce)[10] aux frais de la liberté humaine, qu'il subjugue. Ces concepts représentent en con-

9. Karl Marx, *Le Capital*, *ibid.*, p. 561 s.
10. Donna C. Kline, *op. cit.*

séquence des « chaînes » qui infantilisent l'homme dans la société en faisant de lui un objet de leur socialité (c'est-à-dire les concepts), soumis au destin de ces concepts et nullement à celui de l'homme.

Il y a sûrement beaucoup de matière à réflexion dans cette théorie, surtout en ce qui concerne les processus sociaux, mais examinons la deuxième précision épistémologique que Marx donne sur l'orientation à prendre pour utiliser le paradigme de l'intersubjectivité dans le processus de connaissance.

En fait, la première position considère uniquement tous les phénomènes sociaux comme étant en quelque sorte la « nature », comme si ce que l'homme a concrètement et abstraitement fabriqué (concepts, théories et idéologies) faisait partie du destin même de l'homme. Mais une telle position ne va pas au cœur du problème. Le plus important, pour Marx, c'est d'identifier et de déchiffrer les hiéroglyphes, c'est-à-dire les artefacts sociaux, que nous avons nous-mêmes fabriqués. Il le dit ainsi :

> La valeur ne porte donc pas écrit sur le front ce qu'elle est. Elle fait bien plutôt de chaque produit de travail un hiéroglyphe. Ce n'est qu'avec le temps que l'homme cherche à déchiffrer le sens du hiéroglyphe, à pénétrer les secrets de l'œuvre sociale à laquelle il contribue, et la transformation des objets utiles en valeurs est un produit de la société, tout aussi bien que le langage[11].

Le vocabulaire de Marx est évocateur de ses intentions. Quelques décennies avant que Marx écrive ces lignes, l'égyptologue Champollion a réussi à déchiffrer la signification des hiéroglyphes[12]. Champollion a mis un terme à environ deux mille ans de fascination et de spéculations sur le sens à attribuer aux hiéroglyphes égyptiens. Marx s'inspire directement de Champollion et souligne en fait comment « ce que les hommes ont fait » se présente comme une nature apparemment indéchiffrable, sinon comme un pouvoir hétérogène qui dépasse l'homme, pour aussitôt préconiser le déchiffrement épistémologique de l'homme à partir des hié-

11. Karl Marx, « Le Capital », dans *Œuvres*, *ibid.* p. 608.
12. Jean-François Champollion (1790-1832) a déchiffré les hiéroglyphes en 1822-1824.

roglyphes sociaux. Il préconise que l'homme doit maintenant déchiffrer ces hiéroglyphes créés par lui pour ainsi retrouver son autonomie d'action. Il a donc tout intérêt à analyser épistémologiquement les formes sociales, les concepts, les idéologies, en ne retenant que l'intersubjectivité comme lieu d'explication.

Il ne s'agit pourtant pas de réduire ce que l'homme a fait abstraitement à ce qu'il a fait concrètement, ce qui serait, selon Marx, uniquement un faux pas épistémologique. Il faut plutôt souligner que Marx opère avec un idéal de connaissance qui met en avant un dialogue entre, d'un côté, des formes sociales, des concepts et des idéologies, et, de l'autre côté, l'homme comme producteur de concret, comme être autonome cherchant à affirmer cette autonomie. Il s'agit d'un dialogue rationnel où « réalité » et pratique s'échangent (rappelant ainsi Vico). Ce dialogue sert notre connaissance de « ce que l'homme a créé ». Il est par conséquent le point de départ des choix des actes sociaux à accomplir. Il ne fait aucun doute que l'épistémologie de Marx nous mène tout droit vers la pratique. Mais il s'arrête aussi devant la « porte » : jamais il ne nous indique, nous reviendrons là-dessus, les paramètres normatifs de cette pratique.

Tirons maintenant les conséquences des thèses marxiennes pour la philosophie du droit, en insistant sur le fait qu'il s'en dégage, analytiquement, un point fort sur les intérêts et les réalités des gens. Soulignons également que les concepts juridiques, les théories juridiques et les idéologies juridiques deviennent les strates mêmes de la formation sociale de l'homme. Il ne s'agit pas d'éliminer, *aufhebung*, quoi que ce soit, mais, avec le schème épistémologique comme prisme, d'enrichir la compréhension pratique du droit intersubjectivement présent, c'est-à-dire de l'envisager comme le résultat d'une intersubjectivité faisant du droit l'expression de « ce que l'homme a créé ». Il semble ainsi impératif à Marx de situer l'analyse du phénomène du droit sur le niveau concret des individus. Seuls peuvent compter à ses yeux les individus et ceux qui doivent constituer le lieu d'explication du droit. Ce qui le situe dans un humanisme juridique très fort, trop fort même.

Intersubjectivité comme cadre normatif

Personne ne sera maintenant étonné de nous voir affirmer que la perspective de l'intersubjectivité révèle, chez Marx, un caractère normatif[13]. La question de l'intersubjectivité s'impose également comme un cadre normatif à la question de l'agir politique et social. Il s'agit pourtant d'une normativité faible qui, au lieu de se référer à une contre-factualité normative autonome, se résorbe, en fin de compte, dans la réalité sociale en tant que pratique thérapeutique : il s'agit de changer soi-même et de changer le monde, en s'engageant dans un processus et une promesse de changement[14]. Certes, on a ici une pratique adéquate au problème identifié, mais on est aussi en présence, et c'est le problème insurmontable qui afflige la production théorique de Marx, d'une pratique incapable de rendre autonome le sens et la direction de la normativité à l'égard de la matérialité. Analysons donc comment la perspective intersubjectiviste de Marx se concrétise comme un appel à l'émancipation, à l'égalité, à la rationalité et à la solidarité.

Notre première remarque concerne le fait que Marx introduit l'intersubjectivité comme source de l'émancipation. En fait, la façon dont Marx conçoit le processus de connaissance, et c'est ce qui fait son intérêt, ne peut que se résumer dans l'impératif de l'émancipation de l'homme à l'égard des forces hétérogènes qui l'ont enchaîné matériellement. Contre les Lumières, Marx aurait pu dire : « Pourquoi prôner philosophiquement la libération de l'homme des tutelles d'autorités hétérogènes, si par ailleurs vous permettez politiquement que l'homme croupisse enchaîné dans la société ? En fait, à quoi bon avoir chassé les autorités hétérogènes de nos têtes, si vous acceptez que les forces hétérogènes brisent et aspirent toute forme d'humanité dans la chair même des hommes, des femmes et des enfants ? ». Il ne fait ainsi aucune doute que Marx prône l'émancipation de l'homme. Que toute sa production théorique est imprégnée de l'intérêt pour l'émancipa-

13. Jürgen Habermas, « Le matérialisme historique et le développement des structures normatives » dans *Après Marx*, Paris, Fayard, 1985 p. 25 à 83.
14. Karl Marx, « La journée de travail », dans *Œuvres, ibid.*, p. 1241-1272, ou encore « Machinisme et grande industrie », dans *Œuvres, ibid.*, p. 1272-1336.

tion[15]. On trouve donc aussi, chez Marx, une critique immanente qui insiste sur l'exigence de l'intersubjectivité comme source aussi bien de légitimité que d'émancipation à l'égard des artefacts sociaux ayant un ascendant sur l'homme. Il s'agit en fait d'un appel immanent au rétablissement d'une intersubjectivité trahie, intersubjectivité dont le dysfonctionnement était, pour la classe ouvrière du XIX^e siècle, douloureusement ressenti, comme à fleur de peau, au sein d'un ordre juridique qui ne prenait que peu ou pas en compte leurs besoins et leurs intérêts. L'intersubjectivité marxienne sert, en conséquence, d'appel à une prise en mains de leurs conditions de vie, de leur destin et de leur futur. Un appel à réaliser matériellement un idéal d'émancipation par rapport aux Lumières et à réaliser un « droit » détourné.

Notre deuxième affirmation concerne le contraire de l'égalité : l'inégalité. L'intersubjectivité s'affirme, chez Marx, comme l'instance normative d'une critique du droit[16]. Elle devient une référence qui permet de critiquer l'ordre juridique positif, de même que la loi positive. Marx a, dans ses différents écrits, donné de multiples exemples spécifiques d'une telle critique normative du droit[17]. La critique du droit, chez Marx, insiste sur un danger possible de fétichisme juridique, c'est-à-dire de célébrer le « droit établi » aux dépens d'une analyse sociale rigoureuse quant aux effets, aux conséquences, au « prix à payer » pour ceux qui sont censés être les « bénéficiaires » du droit. Les analyses de Marx, surtout dans Le Capital, prennent en conséquence un sens spécifique sur le plan normatif, pour dénoncer l'égalité trahie, voire détournée et usurpée. En ce sens, ses analyses sur la législation ouvrière, la durée, les conditions de travail et sur d'autres thèmes du même ordre, ne servent que d'illustration à un système biaisé et inégalitaire. À savoir d'un côté une personne dans une position d'inégalité et de l'autre, une personne en

15. Jürgen Habermas, *Connaissance et intérêt*, Paris, Gallimard, 1976.
16. Paul Phillips, *Marx and Engels on Law and Laws*, Oxford, Robertson, 1980 ; Maureen Cain & Alan Hunt, *Marx and Engels on Law*, London, New York, San Francisco, Academic Press, 1979.
17. Voir Pierre Lascoumes et Hartwig Zander, *Marx : du « vol de bois » à la critique du droit*, Paris, PUF, 1984 ; Philippe d'Harcourt, « Le droit égal, réflexions sur un texte de Marx », *Archives de Philosophie du droit*, vol. 20, 1975, p. 209-223.

position de force grâce à sa maîtrise des forces anonymes du Marché et grâce à l'affirmation péremptoire de l'inégalité comme condition « naturelle » pour les autres. De telles analyses ne prennent de sens que si l'inégalité peut être combattue au nom même de l'égalité[18]. Pour éviter de tomber pourtant dans un piège idéaliste proclamant l'égalité factuelle (ce qui n'a aucun sens), Marx ne fait que restreindre et promouvoir l'égalité normative par un appel à l'intersubjectivité visant de véritables autonomies réciproques.

Notre troisième affirmation constate que l'intersubjectivité représente un cadre de rationalité chez Marx. Plus précisément, il s'agit d'un cadre pour comprendre des actions collectives dans le domaine social, comme celui du droit. Si le « droit » est, chez Marx, logé à la fois dans l'intersubjectivité concrète (base), institutionnelle (superstructure) et idéale (conscience), il s'ensuit qu'une approche rationnelle dans chacune de ces ramifications du droit présuppose d'insister sur l'intersubjectivité comme rationalité même du phénomène étudié. En d'autres mots, le sédiment était « rationnel » au moment de la sédimentation, comme expression des forces et des intérêts en jeu, mais il était également toujours ouvert pour pouvoir subir des changements au moyen d'actions collectives volontaires. En fin de compte, la rationalité de Marx n'est donc pas, comme chez Hegel, la rationalité devenue effective, mais bien le tremplin d'une forme de rationalité où l'action collective prend son envol. Une action rationnelle dans cette perspective se concrétise par une concertation sur l'intersubjectivité en vue de changer la réalité. Quant au droit, il appert que sa propre critique doit lui permettre de s'affirmer au moyen d'actions politiques, en vue de donner la parole et la volonté d'action à tous ceux qui se trouvent enfermés dans des situations de domination et d'inégalité.

Notre dernière affirmation veut souligner que l'intersubjectivité met de l'avant un cadre normatif de solidarité où Marx aimerait définir une « société meilleure ». Il faut pourtant souligner qu'une « société meilleure » n'a en soi aucun

18. Otto Dann, « Le mot d'ordre d'égalité dans le mouvement ouvrier allemand au XIX^e siècle », dans *L'égalité, Bruxelles*, vol. 5, 1977, p. 245-259.

statut final chez lui. Il ne s'agit pas d'une « idée pure » non plus. Il ne fait que constater que la société actuelle, celle de son temps bien sûr, est intrinsèquement biaisée et qu'elle ne sert que les intérêts de la couche privilégiée de la population aux dépens des autres. Les hommes ne créent pas une « société bonne » en répandant une quelconque idée — Marx souligne même plusieurs fois que le socialisme n'est nullement une idée à réaliser — mais bien en acceptant de travailler ensemble, dans un esprit de solidarité, afin de donner corps à une société luttant contre l'inhumanité, l'inégalité, la pauvreté, l'aliénation sociale, etc. Certes se cache-t-il ici, chez Marx, une « dimension utopique » inavouée, mais il n'est pas plus utopique de la rattacher matériellement à un appel de solidarité intersubjective.

Les quatre thèmes de normativité (émancipation, égalité, rationalité et solidarité) qui se dégagent des analyses de Marx se résorbent chaque fois dans la matérialité, comme nous venons de le constater : il s'agit d'insister sur le fait que notre réalité n'est pas une fatalité. Elle doit être soumise à notre critique et à notre volonté de changer de choses. Il ne fait ainsi aucune doute que Marx représente pour la philosophie du droit celui qui, dans notre contemporanéité, a soutenu avec le plus de vigueur que le droit doit impérativement être évalué sur ses conséquences.

Le rôle de Marx est aussi et avant tout d'éveiller les esprits et d'encourager l'action. Il souhaite de profonds changements dont il sera l'instigateur historique. Nous pouvons même dire qu'il a mis en branle les changement normatifs et législatifs qui ont permis la transformation de l'État de droit à caractère libéral et restreint à un État de droit et de bien-être de type démocratique.

La nouvelle modernité du droit

La théorie du droit qui se profile en somme chez Marx peut être qualifiée d'introduction à une « nouvelle modernité du droit ». L'aspect spécifique de cette théorie consiste à rompre avec la façon unilatérale de penser le droit chez les philosophes des Lumières. De cette façon, il ouvre la porte à une appréciation de la question du droit selon d'autres paramètres,

pour permettre l'analyse de la question du droit à l'aune de l'intersubjectivité réelle et en fonction des conséquences réelles subies par les sujets de droit. La question de droit n'est donc plus soumise à une quelconque rigidité de système ou de vérité conceptuelle, mais elle prend corps dans le monde pratique où l'acteur social et le juriste agissent sur fond d'horizon intersubjectif donnant sens à ses actes.

Que le marxisme historique (c'est à dire les façons d'introduire différents paradigmes philosophiques en se servant du nom de Marx) ait choisi des chemins différents de ceux indiqués par Marx lui-même, cela n'a maintenant plus besoin d'être souligné. Par contraste avec le dogmatisme et l'autoaveuglement instrumental qui empêche le marxisme de s'approcher rationnellement du phénomène juridique, nous pouvons plutôt affirmer que la véritable ouverture des écrits théoriques de Marx est bien la possibilité d'apprécier le droit dans sa dimension pratique et dans sa réciprocité.

Dans cette façon de concevoir le droit, il existe pourtant beaucoup de points faibles, le plus gros étant précisément qu'il n'existe aucune façon d'y créer de nouvelles normes pour le droit. La question de normativité s'arrête toujours lors de la constatation d'un *statu quo* de la normativité (c'est-à-dire lors de la sédimentation normative et intersubjective sur laquelle nous évoluons) ; il existe donc aussi un certain conservatisme à l'égard de la possibilité même de mobiliser politiquement la question de droit telle que Marx le préconise. La question de droit reste « objet » et doit être changée comme telle. En conséquence, la conception de droit chez Marx court toujours le risque de disparaître dans l'activisme intersubjectiviste sans pour autant pouvoir mobiliser les ressources mêmes de cette conception sur le plan normatif. Le problème spécifique de normativité qui caractérise si bien notre contemporanéité, par exemple la question de manipulations génétiques ou d'autres problèmes normatifs, demeure donc toujours difficile à formuler, même si c'est l'intersubjectivité qui crée le problème en question. Nous pouvons par conséquent conclure que ce qui manque chez Marx, c'est une conception même de la normativité moderne, un éclaircissement du rôle de la normativité dans la société et dans le droit. Il y manque également une façon de

reconsidérer comment la normativité peut s'adresser d'une manière moderne à un monde de réciprocité intersubjective qu'il nous incite pourtant à reconsidérer. Bref, il manque à Marx la compréhension de la démocratie en tant que vecteur d'arrangements normatifs démocratiques. Mais, pour rendre justice à Marx, ses adversaires n'étaient pas des démocrates non plus...

Si Marx ouvre donc la perspectve d'une nouvelle modernité du droit, il ne la donne pas et il ne la formule non plus. En fait, il éprouve de la difficulté à sortir des Lumières et à entrer dans notre contemporanéité, mais avec ce gain qu'il faut lui concéder: la philosophie du droit sera désormais condamnée à marcher « sur deux pieds », *verum et factum*, ou factualité et validité.

11 PASUKANIS, PHILOSOPHIE ET DROIT

Evgeny Bronislavovich Pasukanis (ou Pashukanis), 1891-1937, est considéré comme le plus remarquable et le plus perspicace[1] des philosophes marxistes du droit. Il est le seul, en effet, dont l'œuvre continue à susciter un intérêt certain à l'extérieur du milieu universitaire marxiste[2]. Sa théorie a été dénommée école d'« échange des marchandises ».

Pasukanis a fait une entrée spectaculaire dans le monde universitaire et politique du communisme bolchevique en 1924, dans l'ancienne URSS, grâce à un livre intitulé *La théorie générale du droit et du marxisme : une tentative de critique des concepts juridiques fondamentaux*[3]. L'ouvrage est une version améliorée d'une conférence qu'il avait donnée en 1923, ce qui explique son caractère dense, abstrait et certainement plus suggestif que didactique. Le livre a sorti Pa-

---

1. E. B. Pashukanis, *Selected Writings on Marxism and Law*, P. Beirne et R.S. Sharlet (dir.), New York, Academic Press, 1980. Sur Pasukanis, voir B. Melkevik, *Pasukanis et la théorie marxiste du droit*, Thèse de doctorat d'État, Université de droit, d'économie et des sciences sociales de Paris, Paris II, 1987, ou encore « Pasukanis : une lecture marxiste de Maurice Hauriou », dans B. Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit*, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, et Paris, L'Harmattan, 1998, p. 235-241.
2. Voir The Editorial Commitee of the Association of American Law Schools, *Soviet Legal Philosophy*, Cambrigde, Massachusetts, Harvard University Press, 1951, coll. 20th Century Legal Philosophy Series, vol 5 ; On y trouve, page 111-22, une traduction anglaise de « *The General Theory of Law and Marxism* », 3e édition.
3. Voir « *The General Theory of Law and Marxism* », dans P. Beirne et R.S. Sharlet (réed.), *op. cit.*, p. 40-131. Il n'existe aucune traduction française de ce livre. Une traduction en français a pourtant été faite de la 3e édition de ce livre sous le titre « La théorie générale du droit et le marxisme », Paris, EDI, 1970. Cette traduction n'est pas recommandée en raison des altérations idéologiques qu'on y retrouve.

sukanis d'un relatif anonymat — celui de juge « populaire » de 1918 à 1920 et de conseiller juridique de 1920 à 1924 — pour en faire le théoricien marxiste du droit le plus important de l'Union Soviétique[4]. Sa carrière politique et universitaire a ensuite fait de lui le doyen de la théorie marxiste du droit. Pasukanis a plusieurs fois révisé sa théorie entre 1925 et 1937. Il a été exécuté par la police politique (N.K.V.D.) en 1937, après avoir été décrété ennemi du peuple. Il a été réhabilité à titre posthume en 1956[5].

Échange, droit et fétichisme

Il est reconnu *que La théorie générale du droit et le marxisme*, ouvrage publié en 1924, l'a assuré d'une place de premier plan au sein de l'histoire de la théorie juridique du XX^e siècle. Son ouvrage est complexe mais imaginatif et fascinant.

L'élément central de l'œuvre de Pasukanis est une réflexion systématique sur l'épistémologie juridique. En ce sens, il a cherché à analyser les concepts juridiques fondamentaux (norme juridique, relation juridique, sujet juridique, etc.) comme l'a fait Marx dans *Le Capital*, en analysant les concepts fondamentaux de l'économie politique classique. En fait, dans son optique, la pensée juridique et économique propose des descriptions abstraites de rapports concrets formant la base matérielle de la société. Ces rapports et ces pratiques ne pourraient exister s'il n'y avait pas, parmi les acteurs sociaux, des modèles de perspectives établis et stables. Pasukanis a ainsi suggéré que, par le développement social d'une « société productrice de marchandises » moderne, les concepts juridiques fondamentaux se dotent du statut d'abstrait, d'universel et de systématique. À partir de ce point de vue épistémologique, Pasukanis rejette toute

4. R. S. Sharlet, « Pashukanis and the Rise of Soviet Marxist Jurisprudence, 1924-1930 », *Soviet Union*, vol 1, n° 2, (1974) p. 103-121. Eugène Kamenka et Alice Erh-Soon Tay, « The Life and Afterlife of a Bolshevik Jurist », *Problems of Communism*, vol 19, n° 1, 1970, p. 72-79.
5. John W. Hazard, « Pashukanis is no traitor », *International Journal of International Law*, vol LI, 1957, p. 385-388.

la tradition marxiste à partir de Friedrich Engels, qui associe le droit aux notions d'idéologie, de classe et d'intérêt[6].

La réflexion épistémologique fondamentale de Pasukanis se trouve confortée dans sa théorie du fétichisme juridique. En établissant un parallèle avec la théorie marxienne du fétichisme, Pasukanis déclare que les concepts juridiques fondamentaux expliquent les conditions et les relations sociales dans lesquelles les gens vivent. Pasukanis peut ainsi définir le droit comme un intermédiaire abstrait permettant aux relations sociales de fonctionner comme elles devraient toujours le faire, c'est-à-dire comme des relations sociales. Les relations sociales spécifiques expliquant la morphologie du droit sont, selon Pasukanis, l'échange équivalent de droits abstraits. Notons que le fétichisme juridique est une théorie sur la façon dont le droit fonctionne dans la société et qu'il n'a rien à voir avec le concept d'idéologie puisqu'il ne nécessite aucune relation avec la conscience.

La morphologie du droit qui repose sur l'échange se retrouve dans la conception de Pasukanis de la « forme du droit »[7]. La forme du droit s'affirme en tant qu'équivalence universelle entre les sujets juridiques.

Cette équivalence universelle met sur un pied d'égalité et de façon abstraite les intérêts sociaux dans la forme du droit. Ainsi, le droit est uniquement un phénomène moderne, un concept bourgeois, et la notion de droit féodal n'est qu'un non-sens. Pasukanis est ainsi en mesure de formuler une analyse très intéressante de l'évolution du droit, de la nature postféodale de la pensée juridique, de la domination historique des catégories et des formes de pensée relevant du droit privé, du rapport entre les institutions légales et les théories juridiques, des relations entre la théorie de droit naturel et

6. Engels et K. Kautsky, « Socialisme de Juristes » dans *Le mouvement socialiste*, Paris, 6e année, 1904, tome 12, n° 132, p. 97-120. Voir R. Schottler, Friedrich Engels et Karl Kautsky critiques du « Socialisme de Juristes » dans *Procès. Cahiers d'analyse politique et juridique*, Lyon, n° 9 1982, p. 145-177.

7. I. Balbus, « *Commodity Form and Legal Form : An Essay on the Relative Autonomy of the Law* » dans *Law and Society Review*, vol II, n° 3, 1977, p. 571-588 ; C. J. Arthur, « *Toward a Materialist Theory of Law* » dans *Critique*, Glasgow, n° 7, 1976, p. 31-46.

le positivisme juridique, de l'instauration d'une autorité publique par le droit, de la nature problématique du raisonnement juridique et de la théorie juridique dans le domaine du droit public, des relations entre le droit et la moralité, des relations entre le droit et la punition, et de l'absurdité de toute forme de droit « socialiste » à laquelle il opposait la perspective de « dépérissement progressif » du droit.

Point de vue

Pasukanis a élaboré une théorie sociologique du droit fort intéressante. Toutefois, il n'a pas utilisé de concepts extra-juridiques et il n'a jamais considéré le droit comme de la pure fiction.

À plusieurs points de vue, la conception du droit de Pasukanis en tant que « relations sociales » rivalise avec la conception individualiste et atomistique du droit mise de l'avant par la tradition libérale. Bien que les deux conceptions expliquent le phénomène de droit en se référant à la notion d'égalité, cette réalité n'est que pure instrumentalité dans la tradition libérale, tandis que, dans l'œuvre de Pasukanis, elle demande un regard attentif sur le rôle immédiat des individus et des situations sociales spécifiques. Sa théorie peut ainsi être expliquée à la fois comme un projet humaniste dans lequel les problèmes sociaux et économiques sont traités directement en tant que tels, et comme une conception théorique dans laquelle le droit est réservé à des situations d'équivalence universelle.

La théorie du droit de Pasukanis est fascinante et vivifiante. Il serait pourtant très douteux que les prémisses épistémologiques sur lesquelles elle repose puissent aujourd'hui être défendues par la philosophie du droit.

V CULTURE ET POSITIVISME

12 LA PHILOSOPHIE DU DROIT AU QUÉBEC : DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS

Le monde occidental contemporain marque un intérêt renouvelé pour les interrogations suscitées par la philosophie du droit. Si nous avons pu observer dans les années soixante un désintérêt presque complet à l'égard des discours intellectuels sur les droits de la personne et la philosophie du droit, en revanche, nous observons aujourd'hui un regain soutenu pour la philosophie du droit et son apport. Nous sommes en fait entrés dans une ère très prolifique de cette discipline et le Québec ne fait pas exception à la règle.

Depuis 1992 environ, il se manifeste au Québec une volonté indéniable, aussi bien chez les philosophes que chez les juristes, de mettre la philosophie du droit à l'ordre du jour du discours intellectuel québécois. Symbolisée par le Projet Diké mis en œuvre par les professeurs Boulad-Ayoub (philosophie), Melkevik (droit) et Robert (droit), cette volonté commune se voit concrétisée par différents événements majeurs dont le but est d'inscrire la préoccupation de la philosophie du droit au cœur des débats intellectuels et des recherches universitaires au Québec.

Quelques observations préliminaires sont nécessaires pour éclairer les origines de la philosophie du droit au Québec lors des dernières décennies.

Insistons d'abord, du côté juridique, sur l'absence d'une tradition universitaire juridique. Les facultés de droit n'étaient, avant les années 1960, qu'un arrêt momentané sur le chemin du professeur-praticien entre son cabinet et le tribunal. À cette époque, les professeurs de droit étaient pour la plupart des avocats préoccupés surtout par la pratique du droit, et les Facultés de droit, des écoles professionnelles où régnait l'exégèse du droit positif. Ce ne sera qu'à partir de

1950, et de façon plus marquée à partir de 1960, qu'apparaîtront des professeurs de droit de carrière enseignant le droit selon des critères universitaires et ayant besoin d'un cadre conceptuel, théorique et philosophique pour soutenir un tel projet. Or, cette première génération de professeurs universitaires du droit a eu bien des soucis plus pressants que de réfléchir ou de « spéculer » sur le droit. En fait, ils ont investi le projet de construire une « science de droit » québécoise. Le résultat a été d'abord un surinvestissement positiviste et, depuis la dernière décennie, une contextualisation scientifique du droit dans des préoccupations sociales, politiques, anthropologiques, pour ne nommer que celles-ci.

Insistons ensuite sur la présence, jusque vers 1960, d'une doctrine de « droit naturel » aussi bien en philosophie qu'en droit. La doctrine du « droit naturel » (l'artistotélico-thomisme) et la tradition libérale du droit (valorisant les droits de la personne) ont eu une ascendance sur la tradition juridique québécoise depuis le début du XIX^e siècle. La cohabitation entre ces deux façons de concevoir le « droit naturel » a aussi, pendant ce temps, été un peu conflictuelle. À preuve, par exemple, la communauté juridique était conservatrice au sujet de la famille et des bonnes mœurs tout en étant très libérale en ce qui concernait la vie publique et économique. Cette conception du « droit naturel » était largement comprise comme un élément constitutif de la culture québécoise et échappait par conséquent à toute interrogation de la part de la philosophie du droit.

Sur la base de ces prémisses, nous pouvons maintenant traiter diachroniquement de l'évolution et de la différenciation de la philosophie du droit au Québec. Nous voulons d'abord voir comment la Cour suprême du Canada est devenue un tribunal « philosophique ». Ensuite, nous aborderons la philosophie du droit qui s'écrit à l'ombre de cette instance de même que celle qui s'écrit « ailleurs ». Enfin, nous en dirons plus sur le Projet Diké et sur ses ramifications.

Nos juges sont nos philosophes : la production d'une philosophie du droit prétorienne

Il était d'usage, au Québec, d'employer l'expression aujourd'hui bien connue « nos juges sont nos juristes ». Cette formule, longtemps demeurée inchangée, renvoyait à l'idée que les personnes « habilitées » à prononcer des décisions juridictionnelles étaient aussi celles qui étaient le plus en mesure de parler du droit, de l'expliquer, de l'enseigner, voire d'en extraire la théorie »[1] ou encore de faire de la philosophie en statuant sur les représentations ultimes des valeurs de nos sociétés. Par la suite, les organes de décisions judiciaires, et en particulier la Cour suprême du Canada, ont constitué, de plus en plus, un important levier pour faire progresser et triompher les positions de la philosophie du droit. L'avènement de la Charte canadienne des droits et des libertés sur la scène fédérale en 1982 n'est pas la cause de ce développement, mais l'a certainement accentué.

Il existe une longue tradition dans les cours de justice du Québec de référence à la philosophie du droit. C'étaient traditionnellement les concepts clés comme « justice naturelle » et « équité« qui servaient d'articulations à des réflexions de droit naturel classique ou moderne et rationaliste. Cette tradition fut sauvegardée et renforcée par l'avènement de la Charte canadienne. Aujourd'hui, les termes de renvoi philosophique sont, entre autres, « société libre et démocratique », « liberté » et « égalité ». Dans l'« interprétation » de ces termes, le Cour suprême « accorde de plus en plus d'importance aux ouvrages non juridiques. Parmi ceux-ci, les ouvrages philosophiques tiennent le haut du pavé »[2].

Le recours à la philosophie du droit de jadis se faisait en ordre dispersé en combinant une pluralité de points de vue

1. Christian Atias, *Savoir des juges et savoir des juristes. Mes premiers regards sur la culture juridique québécoise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, Série : McGill Legal Studies n° 6, 1990, p. 20.
2. Christian Brunelle, « L'interprétation des droits constitutionnels par recours aux philosophes », dans *La Revue du Barreau*, mars-avril 1990, Tome 50, n° 2, p. 370.

contradictoires pour les harmoniser. La Cour suprême a, depuis 1982, pris une position unilatérale et prétorienne en faveur de la philosophie et de l'idéologie libérales qui contraste avec l'ancien pluralisme. Il s'agit ainsi d'une adhésion à une philosophie unique au détriment de tout autre point de vue.

Parmi les philosophes mis de l'avant par la Cour suprême, il y a John Stuart Mill, R. Dworkin et John Rawls, tous des auteurs issus de la tradition libérale. En fait, la Cour suprême a, dans différentes affaires, adopté un raisonnement utilitariste (largement inhérent au libéralisme moderne) pour interpréter le sens constitutionnel à donner aux mots « société libre et démocratique » par exemple. Les tensions internes de la tradition libérale sont remarquablement frappantes dans l'affaire Sue Rodriguez[3], où la Cour suprême avait à statuer sur une demande de « droit » au suicide assisté par une tierce personne à laquelle on devait accorder un sauf-conduit. La Cour rendit une décision partagée : la minorité (4 juges) a opté pour un raisonnement de type utilitariste tandis que la majorité (5 juges) a insisté sur l'argument plus classique du libéralisme en mettant l'accent sur la valeur non réductible de la vie. Les arguments de Ronald Dworkin sur le « caractère sacré de la vie » ont joué un rôle déterminant chez la majorité[4].

En ce qui concerne la philosophie libérale, la décision Van der Peet sur la définition des « droits existants » des peuples autochtones est assez révélatrice de ses limites. Le libéralisme juridique sert dans cette décision à échafauder une hiérarchie de droits entre un droit supérieur et un droit inférieur. Comme le dit la majorité de la Cour sous la plume du juge en chef Lamer :

> Selon la philosophie libérale du Siècle des Lumières, qui a inspiré le *Bill of Rights* des États-Unis et, plus indirectement, la Charte, les droits appartiennent à tous les membres de la société, étant donné que chacun a droit à la

3. Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada (cité comme R.C.S.), (1993 3 R.C.S, p. 530-631. Voir Bjarne Melkevik, « La responsabilité devant la mort. Sue Rodriguez devant la Cour suprême du Canada », dans *Revue de criminologie de l'Acte et de la philosophie pénale*, 1995, n°7/8.
4. Ronald Dworkin, *Life's Dominion : An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, New York, Knopf, 1993.

> dignité et au respect. Les droits sont généraux et universels; ils constituent la manière dont «la dignité inhérente» à chaque individu dans la société est respectée: (...).
>
> Toutefois, les droits ancestraux ne peuvent être définis par l'application des préceptes de cette philosophie. (...) les droits ancestraux doivent être considérés différemment des droits garantis par la Charte, parce qu'ils sont détenus seulement par les autochtones au sein de la société canadienne. Les droits ancestraux tirent leur origine du fait que les peuples autochtones sont des autochtones[5].

La Cour ne commet rien d'autre qu'un jugement de morale libérale à propos des droits des autochtones: elle les place dans un ghetto amoral. Seul le droit étatique est, comme elle l'affirme, moral, tandis que les droits des autochtones sont exclus parce qu'ils sont différents.

Le recours à la philosophie du droit a aussi donné lieu à d'autres dérapages. En 1989, dans l'affaire Andrews, la Cour devait cerner l'objet du droit à l'égalité protégé par la Charte. Elle a alors introduit une lecture erronée d'Aristote. Aristote plaide en fait que l'objet de l'égalité consiste à traiter de la même façon ceux qui sont placés dans une situation similaire d'où sa constatation que si «les personnes ne sont pas égales, elles n'obtiendront pas dans la façon dont elles seront traitées, l'égalité[6]», constatation contre laquelle la Cour suprême s'élève en prétendant que:

> [l]e critère formulé comporte cependant un grave défaut en ce qu'il exclut toute considération de la nature de la loi. Appliqué au pied de la lettre, il pourrait servir à justifier les lois de Nuremberg d'Adolf Hitler. Un traitement analogue était prévu pour tous les Juifs.
>
> [...]
>
> Ainsi, la simple égalité d'application de la loi à des groupes ou à des individus qui se trouvent dans une situation analogue ne peut constituer un critère réaliste

5. R. c. Van der Peet, (1996) 2 *R.C.S.*, p. 534.
6. Aristote, *Éthique de Nicomaque*, Paris, GF-Flammarion, 1965, p. 129.

> en ce qui concerne la violation des droits à l'égalité. En effet, comme on l'a déjà dit, une mauvaise loi ne peut être sauvegardée pour la simple raison qu'elle s'applique également à ceux qu'elle vise. Pas plus qu'une loi sera nécessairement mauvaise parce qu'elle établit des distinctions[7].

Il s'agit-là d'un raisonnement non fondé. La Cour n'a simplement pas compris un iota de ce que dit Aristote[8]. Le raisonnement d'Aristote concerne l'importance qu'il faut accorder au « mérite de chacun » dans une situation de partage. Si les critères de partage ne sont pas connus, comment pouvons-nous alors établir un partage juste ? Notons également, comme le sait déjà tout étudiant en philosophie, qu'Aristote ne fournit que la « formule » qu'il faut utiliser pour établir l'égalité : il ne prononce pas, comme la Cour, de jugement de valeur sur l'égalité.

Quoi qu'il en soit, cette utilisation extensive de la Cour suprême a eu certains effets. D'abord, la Cour est devenue, comme nous l'avons déjà dit, une cour prétorienne de philosophie du droit. Ensuite, la philosophie et les philosophes privilégiés par la Cour ont obtenu un statut officiel. Enfin, le libéralisme politique et les philosophes comme Dworkin et Rawls sont devenus des autorités juridiques, sinon l'idéologie officielle de la Cour qui est, avouons-le, l'une des plus puissantes branches de l'État.

Dans l'ombre de la Cour : contextualisme et la fonction « éthique » des juges

Un des changements majeurs qui se produit dans la jurisprudence canadienne sous la houlette de la Cour suprême et des tribunaux québécois est la volonté de contextualiser le droit. Selon cette volonté, il faut envisager les questions de droit sur le plan des faits sociologiques ou anthropologiques. Il s'agit en fait de réaliser le rêve de l'américain O. W. Holmes qui, à la fin du XIX^e^ siècle, a affirmé que le droit devait devenir statistique et le juriste, ingénieur social. Depuis 1982, en

7. Andrews *c. L.S.B.*, (1989) 1 R.C.S., p. 66-7.
8. Alain-François Bisson, « Aristote, rue Wellington, ou des philosophes et des juges », (1989) 29 *R.G.D.*, p. 391-406.

raison du changement de climat judiciaire, nous avons pu voir dans la jurisprudence, et plus particulièrement chez les juges les plus idéologiquement engagés de la Cour suprême et des tribunaux québécois, une stratégie visant à forger le droit de façon à l'adapter le plus possible aux faits sociologiques des sociétés canadienne et québécoise.

Orientons-nous en conséquence vers les juristes en adoptant volontairement une définition large de la philosophie du droit. Nous pouvons affirmer que l'un des changements majeurs de la théorie québécoise du droit a été, au cours des dernières décennies, l'avènement d'une philosophie positiviste sociojuridique, un positivisme sociojuridique qui, contrairement à l'hégémonie traditionnelle du positivisme juridique québécois, tend à déplacer le lieu d'explication vers les faits sociaux[9]. Ce déplacement est censé, selon ses protagonistes, mieux rendre compte du « droit ». Avant d'examiner de plus près les thèmes « pluralisme » et « féminisme » qui, dans la littérature québécoise, thématisent ce déplacement, donnons quelques explications.

Nous avons, depuis deux décennies, une pluralité d'articles et de livres sur le positivisme sociojuridique québécois qui exploitent ces thèmes. Pour clarifier les enjeux, choisissons un livre récent de René Côté et de Guy Rocher (dir.), soit : *Entre droit et technique : enjeux normatifs et sociaux*. Regardons de plus près l'affirmation de la norme comme « un discours (plus ou moins explicite) ou un comportement, descriptif ou prescriptif, dans la mesure où cette description ou cette prescription permet d'évaluer ou de mesurer (et à la limite de sanctionner) la conformité de son sujet à son objet »[10]. Le déplacement sociojuridique repose ainsi sur la prétention épistémologiquement naïve que nous pouvons observer ou « voir » la normativité juridique. En d'autres mots, que les « faits » nous parlent.

---

9. Andrée Lajoie *et al*, *Pour une approche critique du droit de la santé*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1987 ; Robert D. Bureau et Pierre Mackay (dir.), *Le droit dans tous ses états*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1987.
10. René Côté et Guy Rocher (dir), *Entre droit et technique : enjeux normatifs et sociaux*, Montréal, Thémis, 1994, dans l'Introduction (signée par les directeurs, en collaboration avec Andrée Lajoie, René Laperrière, Pierre Mackay et Pierre Trudel), p. 8.

Sur ce paradigme se construit d'abord le thème de l'« internormativité » dans le positivisme sociojuridique. Le droit y est défini comme un système particulier de normes coexistant avec une multiplicité d'autres systèmes normatifs de caractère social, économique, éthique, etc. On suppose, bien entendu, que la relation entre eux est « dynamique ».

Se construit également le thème de l'émergence des normes comme si elles étaient issues, de façon tellurique, des forces mêmes du système normatif social. Il s'agissait, selon les auteurs, de s'interroger sur les acteurs et leurs statuts, leurs rôles, leurs intérêts, leurs motivations, les luttes de pouvoir, les stratégies, les modalités de prise de décisions, en vue de rendre compte de ces forces telluriques. L'objet de l'analyse consistait à avoir accès à une logique de reconnaissance psychologique qui rappelle à la fois le réalisme américain et scandinave, de même que les thèses de Hart au sujet des niveaux sociologique, économique et politique des acteurs.

Comme nous l'avons affirmé, il s'agit là d'une épistémologie juridique réductionniste dans sa volonté de traiter le droit comme « objet ». Ce réductionnisme nous permet maintenant d'aborder les thématiques de « pluralisme » et du « féminisme ».

Nous l'avons mentionné plus tôt, le sociopositivisme québécois, en insistant sur la factualité des normes, était irrémédiablement amené à hypostasier cette factualité comme le trait majeur du droit dans la postmodernité. En fait, le thème de « pluralisme juridique » est sûrement, pour le moment, un des plus rassembleurs dans la théorie juridique québécoise puisqu'il prétend pouvoir rendre compte de l'éclatement de la société, de sa postmodernité et du caractère polycentrique du droit moderne. Plusieurs auteurs clés, comme Andrée Lajoie, Jean-Guy Belley et J. Webber, participent de ce paradigme[11].

---

11. Voir Jean-Guy Belley, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique », *Sociologie et Société*, vol. XVIII, n° 1, avril 1986, p. 11-32 ; A. Lajoie, J.-M. Brisson, S. Normand et A. Bissonnette, *Le statut juridique des peuples autochtones au Québec et le pluralisme*, Cowansville, Yvon Blais, 1996 ; Jean-Guy Belley (dir), *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, LGDJ, 1996.

Sur le front féministe, nous trouvons aussi différentes auteures très engagées sur le plan théorique. En se fondant sur le paradigme contextualiste que nous avons vu plus tôt et en se référant aux idéologies féministes, ces auteures ont voulu élaborer un féminisme juridique aux couleurs québécoises. Fait à remarquer, le féminisme juridique québécois, par son ancrage dans le paradigme contextualiste, est beaucoup moins radical que les courants similaires sur le continent nord-américain. Le féminisme juridique québécois réfute cependant la philosophie du droit au profit des études sociojuridiques.

Pour chapeauter l'idéologie de la contextualisation du droit, nous pouvons aussi mentionner les travaux de Michel Coutu sur Max Weber. Max Weber est, comme nous le savons, le pionnier des études sociophilosophiques sur le droit. Coutu s'intéresse surtout aux concepts weberiens de légitimité et de rationalité[12].

Après ce tour d'horizon chez les juristes, orientons-nous maintenant vers les philosophes. Nous trouvons une multitude d'études sur « la fonction éthique » des juges, études dont l'idée essentielle est que nous devons voir dans nos cours de justice les juges ultimes de nos représentations éthiques ou, en d'autres mots, que les juges ont comme fonction de juger nos problèmes éthiques. Mentionnons les travaux de Georges Legault et de Luc Bégin.

Georges Legault, sur lequel nous reviendrons au sujet de ses travaux en philosophie analytique du droit, est tout à fait explicite : les jugements de la Cour suprême doivent être (dans plusieurs cas) qualifiés d'« éthiques »[13]. Se concentrant sur une conception de l'éthique qui se réduit à une « compétence décisionnelle », Legault avance que le « discours des

12. Michel Coutu, « Modernité et légitimité du droit dans la perspective de Max Weber », dans J. Boulad-Ayoub (dir.), *Carrefour : Philosophie et droit*, Montréal, ACFAS, *Cahiers scientifiques* n° 80, 1995, p. 21-40 ; *idem*, *Max Weber et les rationalités du droit*, Paris, L.G.D.J. et Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1995.

13. Georges A. Legault, « La fonction éthique des juges de la Cour suprême du Canada », *Ethica*, n° 1, 1989, p. 95-109. Voir, aussi *idem*, « La crise de représentations en droit », dans J. Boulad-Ayoub (réed), *Carrefour : Philosophie et droit*, *op. cit.*, p. 247-259.

juges revient (...) à formuler explicitement la rationalité ultime des décisions qui donnent le sens humain à partager dans notre société canadienne »[14]. La même position est défendue par Luc Bégin[15] de même que par d'autres auteurs[16].

Le but de ces études est de faire de la Cour suprême une instance de l'habilitation éthique. L'autre but est d'envisager, sur le plan du devoir-être, de soumettre nos divergences sur des sujets comme l'euthanasie, l'avortement, la fécondation *in vitro* et les mères porteuses à la sagesse « éthique » de nos juges. La question demeure cependant de savoir si la production d'arguments d'autorité des juges doit être considérée comme « rationnelle » dans un quelconque sens philosophique. Insister sur la « compétence décisionnelle » du juge n'implique-t-elle pas l'abdication de toute raison philosophique au profit d'argument d'autorité ?

En tout cas, aussi bien chez les juristes qu'à la Cour, la contextualisation juridique et la valorisation de décisions juridiques supposées éthiques révèlent l'influence décisive qu'exerce la Cour suprême sur la philosophie et sur les esprits québécois.

Contre le courant : le droit et la solitude du philosophe

Il existe aussi au Québec des penseurs de la philosophie du droit qui, pendant des années et loin de la clameur ou des applaudissements de la foule, ont effectué un véritable travail de moine sur une œuvre de philosophie du droit. Trois noms se distinguent : Georges A. Legault, Christopher B. Gray et Félicien Rousseau.

---

14. G.A. Legault, « La fonction éthique des juges de la Cour suprême du Canada », *op. cit.*, p. 109.
15. Luc Bégin, « Langage des droits et conflit des représentations ultimes » et « La Cour suprême et les conflits de représentations ultimes : l'exemple de l'arrêt Rodriguez », dans J. Boulad-Ayoub (dir.), *Carrefour : Philosohie et droit, op. cit.*, p. 231-233 et 299-315.
16. Voir Louis LeBel, « L'éthique et le droit dans l'administration de la justice (ou le juge fait-il la morale ?) », dans *Cahiers de recherche éthique*, n° 16, 1991, p. 159-169 ; Luc B.Tremblay, « Une démocratie libérale neutre ou perfectionniste ? », dans J. Boulad-Ayoub (dir.), *Carrefour : Philosophie et droit, op. cit*, p. 261-298.

Avant son virage éthique mentionné ci-dessus, Georges A. Legault publie en 1977 *La structure performative du langage juridique,* un vaste projet où il analyse les pensées de Kelsen, Ross, Olivecrona, Hedenius et Hart et qui doit être vu comme le livre clé des dernières décennies dans le domaine de la philosophie du droit au Québec[17].Sur la base de la philosophie analytique, Legault a voulu disséquer la nature du langage juridique et comprendre la force inhérente au droit en autant que celui-ci s'adresse à des personnes déterminées. Le dernier point permet d'ailleurs de combiner ses analyses de philosophie analytique à des considérations d'ordre éthique.

L'ouvrage de Legault représente en quelque sorte le moment manqué de la philosophie du droit au Québec. Cet ouvrage n'a pas eu de suite puisque son auteur a quitté la philosophie du droit *stricto sensu* pour des études sur l'éthique. Mais ce livre a exercé une influence marquante sur tout ce qui s'est fait pendant ces dernières décennies en philosophie du droit au Québec, aussi bien chez les juristes que chez les philosophes. Cet ouvrage a aussi su capitaliser une audience internationale.

Christopher B. Gray, en plus d'une production originale de philosophie du droit, s'est surtout fait connaître par ses analyses et ses réflexions sur les institutionnalistes français comme Hauriou, Renard et Delos[18]. L'institutionnalisme français a eu une certaine influence sur la philosophie du droit de même que sur le droit au Québec avant 1960. Delos a même séjourné, enseigné et écrit au Québec de 1943 à 1944[19]. Quoi qu'il en soit, Gray, en écrivant en anglais et en français a

17. Legault, Georges A. *La structure performative du langage juridique*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1977.
18. Christopher B. Gray, «Patrimony», (1981) 22 *Les Cahiers de droit*, p. 81-157; *idem*, «The Nature and Methodology of Law According to Maurice Hauriou», *Rechtstheorie 25* (1994) p. 335-365. Voir, aussi, *idem*, «The Substance of the Offence: Included Crimes and the Philosophy of Substance», (1988) 29 *Les Cahiers de droit*, p. 795-807.
19. Voir Miriam Theresa Rooney, «Introduction», dans Albert Broderick (dir.), *The French Institutionalists: Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. Delos*, Cambrigde, Mass., Harvard University Press, (20th Century Legal Philosophy Series, vol. 8, 1971, p. 10 «The author's view were also introduced into French Canadian 1943 and 1944, during a residual lectureship in Montreal and Quebec.»

pu représenter un point de dialogue entre « les deux solitudes », plus particulièrement en présentant et en actualisant la pensée instutitionnaliste française. Notons également que Christopher B. Gray est le rédacteur du monumental dictionnaire de philosophie du droit intitulé *Philosophy of law: An Encyclopedia*[20] (plusieurs auteurs québécois ont participé à cette entreprise d'envergure).

La dernière contribution à souligner nous vient de la pensée thomiste. Depuis maintenant vingt ans, Félicien Rousseau se consacre à une actualisation philosophique et théologique des droits de la personne (humaine) à la lumière de la pensée de saint Thomas[21]. Il faut, dans cette veine, se rappeler que le Québec était, avec les travaux du père Louis Lachance, à l'avant-garde des penseurs qui faisaient autorité sur saint Thomas et le « droit naturel »[22]. Fait significatif, cette pensée valorisait les droits de la personne et un engagement social au bénéfice des moins nantis. Si Lachance pouvait avec raison être critiqué pour une certaine « socialisation » de saint Thomas, Rousseau, par contre, a objectivement laissé parler saint Thomas lui-même. Il critique par conséquent le thomisme (ou la tradition thomiste) en le qualifiant d'infidèle à saint Thomas. Un des moments forts de la lecture de Rousseau est sûrement qu'il n'insiste jamais sur une source unique de la conception du « droit naturel » chez saint Thomas : il combine et compare plutôt les différents textes entre eux. Seule une connaissance élargie de tout l'œuvre de saint Thomas permet une telle méthodologie.

---

20. Garland, New York, en 1999
21. Félicien Rousseau, *La croissance solidaire des droits de l'homme*, Montréal, Bellarmin et Paris, Desclée, 1982 ; *idem*, *Courage ou résignation et violence*, Montréal, Bellarmin et Paris, Cerf, 1985 ; *idem*, *Courage or Resignation and violence*, Montréal, Bellarmin, 1987 ; *idem* ; *Modération ou manipulation et violence*, Montréal, Bellarmin et Paris, Cerf, 1990 ; *idem*, *L'avenir des droits humains*, Québec, Éditions Anne Sigier et Les Presses de l'Université Laval, 1996.
22. Louis Lachance, *Le concept de droit selon Aristote et Saint Thomas*, Montréal, Les Éditions du Lévrier, 1948 (2 ed.) ; *idem*, *Le droit et les droits de l'Homme*, Paris, PUF, Bibliothèque de Philosophie Contemporaine, 1959 ; *idem*, *L'humanisme politique de Saint Thomas d'Aquin, individu et État*, Paris, Sirey et Montréal, Lévrier, 1965.

Rousseau a écrit cinq ouvrages sur le « droit naturel » selon la pensée de saint Thomas (il en prépare d'ailleurs deux autres). Mais c'est surtout par l'ouvrage intitulé *La croissance solidaire des droits de l'homme* (1982) qu'il s'est avéré, selon des critiques, l'un des meilleurs connaisseurs de la pensée de saint Thomas sur le droit. Ralph McInerny parlait de ce livre comme d'une « lecture fondamentale des textes essentiels de saint Thomas sur le droit naturel » et Ernest L. Fortin, lui, le considère comme « le meilleur livre sur le « droit naturel » chez saint Thomas[23] ».

En plus de ces trois auteurs, il faut aussi mentionner quelques contributions particulières. Lionel Ponton qui, du point de vue de l'histoire de la philosophie, a publié des travaux sur le concept de droits de la personne chez différents philosophes[24]. Mentionnons également les travaux de François Blais sur la philosophie du droit de H.L.A. Hart[25].

Le projet Diké : faire vivre la philosophie du droit

Deux de mes collègues et moi-même avons été profondément engagés dans le projet Diké qui promeut la réflexion philosophique du droit au Québec. En dépit du manque d'objectivité qui pourrait s'en dégager, nous avons quand même choisi de dire quelques mots de nos travaux.

---

23. Ralph McInerny, « Natural Law and Human Rights », *The American Journal of Jurisprudence*, 36 (1991) p. 9 ; Ernest L. Fortin, « Sacred and Inviolable » : *Rerum Novarum and Natural Rights* », *Theological Studies*, 53 (1992) p. 220, n° 41.
24. Lionel Ponton, *Le droit naturel et les droits de l'homme*, Québec, Travaux du groupe de recherche Aristote et Hegel, Université Laval, 1988 ; *idem, 1789-1989 : les droits de l'homme et les philosophes*, Québec, Université Laval, 1989 ; *idem*, *Philosophie et droits de l'homme : de Kant à Lévinas*, Paris, Vrin, 1990. Observons que la dernière publication reprend les deux précédentes, sauf en ce qui concerne l'article intitulé : « Saint Thomas d'Aquin, les « droits du citoyen » et les « droits de l'homme » (1988).
25. François Blais, « Ascriptivisme et philosophie de l'action chez H.L.A. Hart », thèse de doctorat (non publiée), Montréal, Université du Québec à Montréal, 1991 ; *idem.*, « La réforme pénale : ses conséquences pour une théorie de la responsabilité », maîtrise (non publiée), Montréal, Université du Québec à Montréal, 1987 ; *idem*, « La philosophie du droit de H.L.A. Hart », *Revue canadienne Droit et société*, Vol. 8, n° 2, 1993, p. 1-31.

À l'automne 1992, à l'initiative de l'UQAM, les professeurs Josiane Boulad-Ayoub, Pierre Robert et moi-même avons en effet mis en place le projet Diké. Sous ce nom symbolique de la déesse grecque de la justice pratique et du droit (Diké), nous avons mis de l'avant un vaste projet dont l'objectif était de promouvoir la recherche, l'enseignement et la réflexion en philosophie du droit au Québec. Un des aspects particuliers a été, dès le début, d'associer les juristes et les philosophes. Loin de la rhétorique à propos de l'interdisciplinarité, le projet Diké a immédiatement saisi toute l'importance, pour la philosophie québécoise du droit, de susciter des réflexions conjointes où chaque discipline peut, sans parti pris et sans « guerre de clochers », suggérer des pistes de solutions. Les réalisations et le succès du projet Diké dépendent sûrement de ces réflexions communes.

La première activité fut une série de huit conférences tenues en 1993 sur la problématique des débats autour des droits de l'Homme pendant la Révolution française. Forts de l'intérêt qu'avait suscité cet événement, les promoteurs du projet Diké ont alors entrepris d'organiser des conférences et des débats en coopération avec les étudiant(e)s sur les problèmes de la philosophie du droit. Ils ont aussi organisé, en 1994, un colloque intitulé *Carrefour: philosophie et droit*[26]. Plus important encore fut le colloque international *L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques,* tenu à Montréal en 1995, colloque qui a récolté un réel succès et une audience remarquable[27].

---

26. Josiane Boulad-Ayoub (dir), *Carrefour: Philosophie et droit, Actes du Colloque DIKÉ*, Montréal, ACFAS, Les cahiers scientifiques de l'ACFAS, n° 80, 1995. Voir également Josiane Boulad-Ayoub (dir), *Les Lumières et la Déclaration des droits de l'Homme. Rupture ou continuité*, Montréal, L'UQAM, Cahiers Recherches et Théories, 1990.
27. Josiane Boulad-Ayoub, Bjarne Melkevik et Pierre Robert (dir.), *L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, Paris, L'Harmattan et Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1996.

J'ai par la suite organisé les colloques suivants : *Avez-vous lu Rawls*?, en 1995[28]; *Tolérance : Réflexions de philosophie du droit*, en 1996[29] et *Est-ce la fin de l'hégémonie positiviste* ? en 1997[30].

L'Association Diké, issue du projet, a fusionné en 1995 avec la Société canadienne de philosophie politique et de philosophie du droit. Le nom « Diké » à été ajouté pour marquer le renouveau. Cette fusion est aussi le fruit de la collaboration étroite de Guy Lafrance au projet Diké. Guy Lafrance a été un chercheur infatigable dans le domaine de la philosophie du droit. Sa spécialité est la philosophie des Lumières et la philosophie du droit de Rousseau. Nous lui devons aussi le congrès et les actes du congrès *Éthique et droits fondamentaux/Ethics and Basic Rights*[31].

Lukas K. Sosoe fut également associé dès la première heure au Projet *Diké*. Même si la philosophie éthique est le centre de ses préoccupations et que la plupart de ses recherches ont été faites dans ce domaine, il a aussi été un protagoniste remarqué dans le domaine de la philosophie du droit. Mentionnons l'ouvrage *Philosophie du droit* qu'il écrivit en collaboration avec le Français Alain Renaut[32]. Renouant avec le projet humaniste et républicain de Kant, mais en situant davantage le projet kantien du droit dans la troisième *Critique* et en instaurant ainsi une rupture avec une certaine tradition allemande du kantisme juridique, Renaut et Sosoe ont fait le pari de rénover le projet en l'adaptant à notre époque. L'ouvrage de Renaut et de Sosoe est à tous égards remarquable par la rigueur de la démarche et par la puissance de l'argumentation, ce qui leur a d'ailleurs valu une audience internationale.

---

28. Bjarne Melkevik (dir), *Avez-vous lu Rawls ?*, numéro thématique de *Philosophiques*, vol XXXIV, n° 1, 1997.
29. Bjarne Melkevik et Paul Dumouchel (dir), *Tolérance, Pluralisme et Histoire*, Paris et Montréal, L'Harmattan, 1997.
30. Bjarne Melkevik (dir.), *Transformation de la culture juridique québécoise*, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1998.
31. Guy Lafrance (dir), *Éthique et droits fondamentaux/Ethics and Basic Rights*, Ottawa, Les Presses de l'Université d'Ottawa, 1989.
32. Alain Renaut et Lukas K. Sosoe, *Philosophie du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, Coll. Recherches politiques, 1991.

Comme prolongement de ce programme d'une philosophie kantienne du droit, nous pouvons mentionner nos propres travaux sur le modèle communicationnel du droit ou, en d'autres mots, sur Habermas et la question du droit[33]. Habermas représente sûrement, à l'heure actuelle, la solution de rechange la plus significative au renouvellement du kantisme juridique. D'abord parce qu'il y puise abondamment, mais également parce qu'il tente de déterminer les conditions historiques, politiques et sociales qui sont à la source de l'établissement du droit moderne. Plusieurs travaux tentent de mettre à profit cette façon de penser le droit moderne.

D'autres événements faisant la promotion de la réflexion en philosophie du droit au Québec dans le cadre du projet *Diké* devraient voir le jour dans les prochaines années.

Mot de la fin

Le visage de la philosophie du droit au Québec s'est métamorphosé au cours des dernières décennies. Vivant au carrefour de multiples cultures à la fois en français et en anglais, la philosophie québécoise du droit s'enrichit et s'approfondit. Les nouvelles impulsions, les nouvelles théories et les œuvres marquantes qui naissent dans la culture anglophone nord-américaine sont aussitôt analysées, discutées et reprises dans la philosophie québécoise du droit. Certes, il s'agit d'un trait caractéristique des cultures philosophique et juridique québécoises qui n'ont jamais été fermées sur elles-mêmes, mais qui, dans le creuset des cultures et des réflexions théoriques et philosophiques, ont toujours su tirer le meilleur parti des œuvres nouvelles. C'est cette situation de « carrefour » qui permet de croire à l'essor de la philosophie québécoise du droit.

---

33. B. Melkevik, « Le modèle communicationnel en science juridique : Habermas et le droit », (1990) 31 C. de D., p. 901-915 ; *idem*, « Transformation du droit : le point de vue du modèle communicationnel », (1992) C. de D. 33, p. 115-139, repris dans J.-G. Belley et P. Issalys (dir), *Aux frontières du juridique. Études interdisciplinaires sur les transformations du droit*, Québec, GEPTUD, Université Laval, 1992, p. 111-135 ; *idem*, « Habermas et l'État de droit. Le modèle communicationnel du droit et la reconstruction réflexive de l'État de droit contemporain », dans J. Boulad-Ayoub, P. Robert, B. Melkevik, (dir), *L'amour des lois, op. cit.*, p. 371-387. Reprise dans *Horizons de la philosophie du droit*, Paris, L'Harmattan et Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1998, p. 91 -150.

13 PENSER LE DROIT QUÉBÉCOIS ENTRE CULTURE ET POSITIVISME : QUELQUES CONSIDÉRATIONS CRITIQUES

En jetant un regard sur la culture juridique québécoise, la première constatation qui nous vient à l'esprit est que la société québécoise vit d'une façon harmonieuse et paisible dans le respect des lois, au sein d'un État de droit lui-même respectueux des droits fondamentaux. Définissons tout d'abord la « culture juridique ». Nous pouvons la considérer comme l'ensemble des compréhensions qu'ont du droit et de ses représentations institutionnelles les membres d'une collectivité de sujets de droit qui s'affirment réciproquement comme auteurs et destinataires du droit. À partir de cette définiton, nous pouvons voir la culture québécoise comme profondément et durablement imprégnée d'une préoccupation enracinée et forte pour le droit et la justice. La société civile québécoise entretient en effet une volonté commune de vivre dans le respect du droit, qui structure de façon architecturale les institutions et la culture québécoise. La preuve n'en est-elle pas qu'au-dessus de toutes les querelles entourant la relation constitutionnelle entre le Canada et le Québec, le principe de démocratie et de constitutionnalité[1], compris évidemment différemment, tient lieu de commun dénominateur et de garantie contre tout dérapage ?

Comme toutes les cultures juridiques, la culture juridique québécoise a subi, au cours de son histoire, de 1627 (ou, plus significativement, 1663) jusqu'à aujourd'hui, des bouleversements et des transformations profondes[2], notamment en raison

1. Jacques-Yvan Morin, « Pour une nouvelle Constitution du Québec », (1985) 30 *Revue de droit de McGill* p. 171-220, qui insiste sur le fait que le Québec possède déjà une « constitution » implicite et historique.
2. Evelyn Kolish, *Nationalismes et conflits de droits : Le débat du droit privé au Québec, 1760-1840*, Montréal, Hurtubise, (Cahiers du Québec, n° 108 — Collection Histoire), 1994.

des modifications politiques, sociales et économiques intervenues dans la société québécoise.

L'histoire de la culture juridique du Québec n'est pourtant pas de notre ressort. Plus modestement, nous nous sommes intéressé à la transformation récente de cette culture. Et encore plus modestement, nous nous sommes intéressé à la relation qu'elle entretient avec la culture savante et scientifique que représente le « positivisme » juridique. Tout simplement parce que le « droit » a, depuis trente ans, été scientifiquement écrit au Québec sous la houlette du positivisme juridique.

Il nous semble utile d'examiner de façon critique, à grands traits, cette transformation. Avant de pouvoir aborder la transformation du positivisme juridique québécois, il nous semble pourtant utile, et même éclairant, de faire une brève incursion dans la transformation récente de la culture juridique québécoise. Fort de cette éclaircissement, nous traiterons ensuite de l'avènement du positivisme scientifique dans la culture juridique québécoise et, enfin, de l'apparition du sociopositivisme. Les raisons de notre distanciation théorique se révéleront dans la conclusion.

Transformation de la culture juridique québécoise

Il convient d'introduire quelques réflexions générales et bien sommaires sur la culture juridique québécoise d'aujourd'hui. Ce serait bien évidemment téméraire de notre part de vouloir en faire une analyse complète de celle-ci. Une telle perspective nécessiterait des analyses poussées, mettant à contribution non seulement le droit, mais aussi l'histoire, l'ethnologie, la politologie, la sociologie, l'anthropologie, la démographie et bien d'autres sciences encore, pour ne rien dire des problèmes méthodologiques entourant toute entreprise de synthèse[3]. Dans notre effort de réflexion sur le positivisme québécois, nous voulons plutôt insister sur quelques transfor-

3. Voir Fernand Dumont, *Genèse de la société québéoise*, Montréal, Boréal, 2e édition, 1996.

mations ou changements récents intervenus dans cette culture ces dernières décennies, en admettant cependant que ces décennies ont en fait vu l'accélération de tendances qui se sont manifestées depuis la fin du 19e ou le début du 20e siècle.

Insistons d'abord sur le changement de valeurs ou de système de valeurs que nous pouvons constater dans la société québécoise.

Le changement fondamental est sûrement la victoire de l'individualisme et de la sécularisation. La référence symbolique s'est ainsi déplacée vers l'individu et la construction individuelle des valeurs, mais aussi vers la concrétisation matérielle de ces valeurs telles qu'elles se manifestent dans des « biens ». Pour la pensée juridique, il est important de souligner que cet individualisme se concrétise dans le « modèle du marché », dans le paradigme de la société constituée de personnes qui, par leurs choix présupposés rationnels, entrent en coopération ou en concurrence à propos des « biens individuels ». C'est ce « modèle de marché » qui a pris de plus en plus de poids dans l'idéologie juridique québécoise.

D'un autre côté, l'idéologie de l'État de droit, telle qu'elle s'est établie au Québec au cours du 19e siècle, a aussi subi des transformations profondes. Elle s'est conciliée avec la démocratie et elle s'est élargie, surtout au cours des dernières décennies, pour laisser la place à un Etat-providence. Est ainsi apparu un État québécois interventionniste, qui cherche à promouvoir certaines valeurs sociales et surtout à protéger les personnes et les groupes jugés vulnérables ou défavorisés, et à opérer à leur profit un certain transfert de pouvoir social. Nous pouvons souligner ici que l'avènement et l'apprentissage de la démocratie ont changé le style, le langage et les objectifs mêmes de la législation, de telle sorte qu'il ne s'agit plus uniquement de respecter le « modèle de marché », mais de résoudre de façon pragmatique, avec la loi comme arme, des problèmes sociaux, économiques, politiques, environnementaux, culturels et d'autres encore. Il s'agit d'un « modèle systémique administratif » du droit, qui insiste sur les objectifs politiques à atteindre et sur la législation comme

moyen ou comme outil pour les atteindre[4]. Ce « modèle systémique administratif » se manifeste notamment par le fait que les juristes ont en partie perdu leur place prédominante dans l'appareil d'État, au bénéfice d'autres professions.

Cette description de la culture juridique québécoise contemporaine comme une compétition entre deux modèles, le modèle de marché et le modèle systémique administratif, nous permet de faire quelques réflexions et surtout de constater que le modèle de marché se renforce continuellement dans le contexte québécois.

Nous pouvons d'abord mentionner le fait que la Charte canadienne des droits et des libertés a été soumise à une interprétation orientée par l'esprit du libéralisme classique. En effet, imprégnée de la philosophie libérale, la Cour suprême du Canada a soumis la *Charte* à une interprétation construite sur un conflit entre les intérêts individuels et les intérêts collectifs. En fait, elle a construit une interprétation de dichotomie ou de conflit entre ces deux éléments au bénéfice d'une prééminence de la liberté individuelle[5]. La Cour n'a guère eu à faire violence au texte de la *Charte* pour orienter ainsi son interprétation : l'esprit du libéralisme classique était manifestement l'inspiration dominante des auteurs de la *Charte*. Le résultat a pourtant été de promouvoir une philosophie individualiste.

Mentionnons ensuite le changement idéologique survenu au cours des années quatre-vingts. Nous avons alors assisté

---

4. Pierre Issalys, « La loi dans le droit : tradition, critique et transformation », p. 185-219, dans Jean-Guy Belley et Pierre Issalys (dir.), *Aux frontières du droit. Études interdisciplinaires sur les transformations du droit*, Université Laval, GEPTUD, 1993 ; Daniel Mockle, « Crise et transformation du modèle légicentrique », p. 17-52, dans Josiane Boulad-Ayoub, Bjarne Melkevik et Pierre Robert (dir.), *L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, Québec — Les Presses de l'Université Laval et Paris — L'Harmattan, 1996.
5. Andrée Lajoie *et al.*, « Les représentations de « société libre et démocratique » à la cour Dickson : la rhétorique dans le discours judiciaire canadien », (1994) 32 *Osgoode Hall L. J.* p. 295-391 ; Christian Brunelle, « L'interprétation des droits constitutionnels par recours aux philosophes », (1990), n° 50, *Revue du Barreau*, p. 353-390. Comparer Alain-François Bisson, « Aristote rue Wellington, ou des philosophes et des juges », (1989), n° 20 *R.G.D.*, p. 391-406.

à la montée en flèche d'un néolibéralisme symbolisé par les noms de F. von Hayek et R. Nozick et pour lequel l'idée même d'un Etat-providence est une aberration économique, voire un danger pour le véritable « État de droit », identifié à l'idée du droit dans le libéralisme du 19e siècle. Ces idées ont eu une influence certaine, quoique atténuée par rapport au milieu anglo-saxon ambiant, dans le contexte québécois, à un point tel qu'il nous est possible de soutenir qu'elles ont lentement, mais sûrement, changé le contexte où se constitue la culture juridique québécoise. Avec comme résultat un effritement de l'État-providence et un renforcement de l'individualisme. Or, cet individualisme peut-il faire autre chose qu'alimenter différentes formes de positivisme ?

L'essor du positivisme scientifique au Québec

Introduisons d'abord quelques réflexions sur l'essor du positivisme scientifique dans l'ordre doctrinal québécois[6]. Il faut insister sur le fait que l'essor du positivisme juridique est avant tout relié au projet de construction d'une science juridique québécoise comme source de droit. Ce projet présente cependant une particularité bien québécoise (sûrement due au caractère mixte du droit québécois[7]) : cette construction scientifique par la doctrine se fait dans un arrimage avec la jurisprudence, qui revêt elle-même un caractère doctrinal. C'est sur ces deux thèses que nous voulons insister par la suite.

---

6. Voir François Ost, « Science du droit », dans André-Jean Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit. Dictionnaire d'Éguilles*, Paris-LGDJ et Bruxelles-Story-Scientia, 1988, p. 363-367. Voir Sylvie Cimamonti, « Doctrine juridique », p. 103-104 : « Au sens large, ensemble des productions dues à la science juridique par opposition à la jurisprudence, en tant que ces travaux ont pour objet d'exposer le droit et de l'interpréter ».
7. John E. Brierley, « La notion de droit commun dans un système de droit mixte : le cas de la province de Québec », dans *La formation du droit national dans les pays de droit mixte. Les systèmes juridiques de Common Law et de Droit civil*, Groupement de recherches coordonnées « Océan Indien » du C.N.R.S., Aix-Marseille, Presses de l'Université d'Aix-Marseille, 1989, p. 103-118. Sur le concept du « droit mixte », voir Robert Garron, « Le droit mixte. Notion et fonction », *op. cit.*, p. 11-19, et Maurice Tancelin, « Comment un droit peut-il être mixte ? », dans Frederick P. Walton, *Le domaine et l'interprétation du Code Civil du Bas Canada*, Toronto, Butterworths, 1980, p. 1-32.

Il faut souligner que le positivisme juridique tient une place particulière dans l'histoire et dans la culture juridiques québécoises. En effet, avant les années cinquante et soixante, la production doctrinale du droit semble bâtie à la fois sur l'idéal exégétique et professionnel des avocats, et sur l'idéal d'un « droit naturel », plus juste, avec la doctrine sociale de l'Église catholique en arrière-plan. Nous pouvons affirmer cependant que c'est le paradigme « pratique » qui prédomine et que la doctrine sert cette « pratique » d'une façon emblématique. La doctrine tente de se limiter au droit positif sur la base d'un positivisme pratique, caractéristique de l'avocat-professeur[8].

Le changement — ou mieux: le virage — qui intervient dans les années cinquante et soixante consiste à voir le positivisme scientifique comme l'outil indispensable à la construction d'une véritable science juridique québécoise. En fait, ce programme était intimement lié à la transformation des facultés de droit et à l'avènement des professeurs de droit de carrière. Par le processus de sélection de ces professeurs sur la base du doctorat scientifique, et par la vocation même d'une carrière de professeur de droit, le positivisme scientifique s'imposait, à la fois comme rupture avec le passé, comme garantie d'un ancrage scientifique de la production doctrinale du droit et comme promesse d'une systématisation moderne du droit québécois. Le positivisme juridique scientifique incarnait, de cette façon, le projet de la nouvelle génération de professeurs de droit à partir des années soixante[9].

C'est ce programme scientifique du positivisme qui a séduit toute une génération, à savoir le positivisme dans son aspiration scientifique ou, plus spécifiquement, le positivisme constituant un sujet de connaissance dans sa relation avec un objet à connaître, le droit en l'occurrence. Ce que cette gé-

---

8. David Howes, « La domestication de la pensée juridique québécoise », *Anthropologie et Sociétés*, vol 13, n° 1, 1989, p. 103-126 ; *id.* « From Polyjurality to Monojurality: The Transformation of Québec Law, 1875-1929 », (1987) 32 *McGill Law Journal*, 523-558.
9. Sylvio Normand, « Tradition et modernité à la Faculté de droit de l'Université Laval de 1945 à 1965 », (1992) 33 *Cahiers de droit*, p. 141-187, repris dans Jean-Guy Belley et Pierre Issalys (dir.), supra, n° 4, p. 137-183.

nération a voulu, c'est mettre à l'écart de son champ d'investigation toute référence au droit naturel ou à l'idée de justice, à la morale ou à l'éthique, à la politique, à la société et aux enjeux de société. Il s'agissait de construire une science juridique québécoise ; dans cette entreprise, il nous semble que les filiations intellectuelles, conscientes ou inconscientes, les plus marquantes ont été celles d'Hans Kelsen et Herbert Hart[10].

Si nous considérons la littérature doctrinale québécoise d'aujourd'hui, nous ne pouvons que rendre hommage aux résultats obtenus. Si la littérature doctrinale québécoise avant les années soixante était clairsemée et largement dépendante de la doctrine française, l'image se présente aujourd'hui bien autrement. La doctrine québécoise a non seulement acquis son indépendance, mais se présente aujourd'hui comme une littérature systématisant de larges aspects du droit au Québec. Le regard que nous pouvons porter sur cette doctrine nous montre une littérature riche et diversifiée qui fait honneur à la culture juridique québécoise. Toute proportion gardée, la doctrine québécoise égale scientifiquement son homologue française. Mais s'agit-il vraiment d'une manifestation de positivisme scientifique ?

Il faut maintenant souligner ce que nous considérons comme une particularité du positivisme juridique québécois, comme un trait qui le distingue durablement, à savoir l'arrimage entre le positivisme, comme théorie doctrinale, et la jurisprudence comme écriture doctrinale.

Il faut, pour comprendre cet arrimage entre le positivisme québécois et la jurisprudence, insister d'abord sur le fait que le positivisme véhicule un message idéologique fort. Il ne s'agit pas uniquement d'écrire le « droit valide », ce qui est bien l'objectif, mais aussi, comme nous l'avons mentionné précédemment, d'épurer scientifiquement le droit de toute considération extrajuridique, plus spécifiquement de toute référence à la morale, à la société et (ou) à la politique. Sur le plan idéologique, il n'est pas difficile de reconnaître dans le positivisme juridique une « idéologie du soupçon » (peut-être

10. Guy Tremblay, *Une grille d'analyse pour le droit du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2e édition, 1989, p. 1-3.

la plus forte entre ces idéologies), qui coïncide dans le contexte québécois avec la philosophie libérale adoptée par les élites juridiques dès le dix-neuvième siècle[11]. Dans la mesure où ce libéralisme, au nom d'un élargissement du domaine de la liberté de choix individuelle, mettait la morale, le droit naturel, la société, entre parenthèses, le positivisme et lui poursuivaient (chacun à sa manière) le même but. Or, la volonté d'écrire « purement » la doctrine (de décrire le droit dit « valide ») se traduit dans la culture juridique québécoise par une jurisprudence qui se présente elle-même comme écriture doctrinale. Par conséquent, le projet d'écriture scientifique de la doctrine trouve la doctrine déjà écrite dans la jurisprudence.

La jurisprudence québécoise n'est, en effet, pas uniquement une écriture jurisprudentielle, à savoir un dire-droit, elle est aussi une écriture doctrinale. Elle ne prononce pas uniquement le droit en l'espèce ; elle décrit *également le phénomène* du droit. En fait, la jurisprudence québécoise tend, surtout dans les matières non civiles, à sortir du modèle du syllogisme judiciaire pour pratiquer le raisonnement discursif et descriptif caractéristique de la *common law*. Autrement dit, elle ne parle pas uniquement de la condition d'existence d'un droit, mais prononce le droit comme issu d'un système préétabli de droits : elle insère la question de droit dans l'image d'un système de droit qui est déjà validement donné. Ce qui fait que la jurisprudence québécoise n'est pas seulement « prudentielle », mais aussi largement doctrinale dans sa croyance à une validité juridique préétablie par la tradition juridique. Pourquoi ? Nullement parce que la jurisprudence se prend pour une doctrine, même si c'est souvent le cas, mais parce que jurisprudence et doctrine partagent à partir des années 1960 cette même « croyance » positiviste.

En fait, puisque la question de la compréhension du droit repose au Québec sur le paradigme de la primauté de la « pra-

11. Sylvio Normand, « Les juristes et le libéralisme au tournant du XX^e siècle », dans Yvan Lamonde (dir.), *Combats libéraux au tournant du XX^e siècle*, Montréal, FIDES, 1995, p. 213-229 ; Robert Yalden, « Unité et différence : The Structure of Legal Thought in Late Nineteenth-Century Quebec », (1988) 46 *University of Toronto Faculty of Law Review*, p. 365-389.

tique», la jurisprudence, précisément en raison de ce primat, pratique un positivisme implicite. Alors que la doctrine québécoise cultivait, avant les années 1950 et 1960, un jusnaturalisme plus ou moins thomiste, les tribunaux pratiquaient déjà un positivisme implicite. Par la suite, le virage positiviste fait en sorte que la pratique jurisprudentielle et le projet positiviste se rejoignent dans la focalisation de la doctrine sur le droit «valide», c'est-à-dire sur l'exposé du droit «comme il est». Ce qui a eu pour conséquence que le positivisme québécois n'a jamais pu autonomiser le projet scientifique par rapport à la jurisprudence.

Dans sa réflexion sur la culture juridique québécoise, le Français Christian Atias avait bien pressenti ce double rôle de la jurisprudence en insistant sur l'adage «[n]os juges sont nos juristes» comme caractéristique de cette culture[12]. Au-delà des questions que nous pouvons légitimement nous poser sur cette formule, cet adage résume cependant l'idée que les personnes «habilitées à prononcer des décisions jurisprudentielles étaient aussi celles qui étaient le plus en mesure de parler du droit, de l'expliquer, de l'enseigner, voire d'en faire la théorie[13]». Affirmons donc le rôle de la jurisprudence québécoise dans ses deux versants: le versant prudentiel et le versant doctrinal. En fait, la jurisprudence québécoise n'évalue pas uniquement les raisons et les arguments pour un droit, elle prétend aussi donner une description «doctrinale» de la situation juridique.

Le sens de cette affirmation est que l'aspect doctrinal de la jurisprudence se confond, dans la culture juridique québécoise, avec le projet d'un positivisme juridique scientifique. Nous pouvons certes voir là l'influence constante de la *common* law dans la culture juridique québécoise, de même qu'une continuation du caractère mixte du droit québécois; ces données ont sans doute joué un rôle significatif dans ce sens. Or, de même que nous pouvons dire que le facteur déterminant dans cette conjonction jurisprudence/doctrine a

12. Christian Atias, *Savoir des juges et savoir des juristes. Mes premiers regards sur la culture juridique québécoise*, Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, McGill Legal Studies nº 6, 1990.
13. *Idem*, p. 20.

été l'avènement du positivisme scientifique comme dominant dans la société québécoise, il nous semble que le résultat de cette conjonction a été la coloration pratico-théorique de ce que nous pouvons dénommer le positivisme ordinaire de la culture juridique québécoise. En fait, il s'agit d'un positivisme juridique qui tempère et corrige le strict positivisme scientifique.

Le résultat est que nous ne trouvons pas un positivisme juridique strictement « scientifique » au Québec. Ce que nous constatons plutôt, c'est que le modèle scientifique prend en charge un discours jurisprudentiel déjà doctrinal par l'effet de la tradition, et que ce modèle scientifique structure le discours juridique sur le plan doctrinal.

Deux conséquences peuvent être tirées de cet arrimage du projet positiviste avec le versant doctrinal de la jurisprudence.

D'abord, un effritement. Le manque de distance entre le projet d'un droit scientifique et la réalité jurisprudentielle a largement hypothéqué le premier. Le positivisme juridique québécois n'arrive pas à se constituer comme discours autonome et scientifique sur cette jurisprudence : il se présente uniquement comme son exposé systématique et raisonné[14].

Ensuite, une crise. Nous pouvons nous demander si le positivisme juridique québécois peut encore se dire « scientifique » et si le discours positiviste ne sert pas aujourd'hui uniquement de caution scientifique à un discours sur le droit qui ne l'est pas. En d'autres mots, le positivisme juridique québécois ne reflète-t-il pas uniquement le partage de tâches et d'autorité entre juges et professeurs de droit ?

Quoi qu'il en soit, ces deux remarques sur le positivisme juridique québécois nous portent à nous interroger. D'abord, l'impossibilité pour le projet positiviste québécois de se constituer et de s'autonomiser comme discours scientifique ne fait-elle que figer ce projet dans la figure d'un « chien de

14. Voir le succès de la Collection « Alter Ego » publiée chez l'éditeur Wilson & Lafleur, Montréal, notamment de l'ouvrage d'Henri Brun et Pierre Brun, *Charte des droits de la personne. Législation, jurisprudence et doctrine*, Montréal, Wilson & Lafleur, 10e édition, 1997.

garde » qui doit protéger la « maison » (c'est-à-dire la science juridique québécoise) contre toute intrusion étrangère ? Ou, en termes plus clairs, le positivisme québécois peut-il être autre chose qu'un rejet de l'autre façon d'écrire les discours juridiques ? Qui plus est, le résultat du projet positiviste, dans sa conjugaison avec le versant doctrinal de la jurisprudence québécoise, ne s'affirme-t-il pas uniquement comme un argument d'autorité, trahissant, par ce fait même, la théorie du droit dans sa vocation, qui n'est pas seulement de se prononcer sur l'objet droit (le postulat d'un droit déjà valide), mais encore d'assurer la production argumentaire du droit, de faire évoluer et d'inscrire la question de droit dans l'horizon d'une société entièrement démocratique ?

Le sociopositivisme juridique québécois

Dès les années soixante-dix, et avec plus de force dans les années quatre-vingts et quatre-vingt-dix, une seconde version du positivisme s'installe aussi dans la culture juridique québécoise : c'est l'avènement du sociopositivisme juridique, avec la croyance que le droit peut être considéré ou simplement traité comme un « fait »[15].

Que dire de cette transformation du positivisme québécois ? Le sociopositivisme québécois est sûrement influencé par les changements culturels et sociologiques intervenus depuis les années soixante. Mais, phénomène plus significatif encore, le sociopositivisme québécois fut aussi vu comme pouvant pallier les défauts du positivisme scientifique québécois. En effet, le positivisme sociojuridique québécois peut revendiquer une distanciation réelle entre le sujet de connaissance et l'objet à connaître[16]. Cela s'obtient certes, au

15. Voir la définition du sociopositivisme juridique chez H. Rottleuthner, « Le concept sociologique de droit », (1992) 29 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, p. 67-84.

16. Voir René Côté et Guy Rocher (dir.), *Entre droit et technique : enjeux normatifs et sociaux*, Montréal, Éditions Thémis, 1994 ; Robert D. Bureau et Pierre Mackay (dir.), *Le droit dans tous ses états. La question du droit au Québec 1970-1987*, Montréal, Wilson & Lafleur. 1987 ; Andrée Lajoie *et al.*, *Pour une approche critique du droit de la santé. Droit et matérialisation des politiques sociales*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1987.

prix d'un réductionnisme positiviste d'une autre sorte : nous ne pouvons plus parler du « droit », mais de faits dits de « droit » — ce qui comporte quand même une distanciation théorique[17]. C'est aussi le sociopositivisme qui tente d'échapper à l'osmose, évoquée plus tôt, entre les arguments doctrinaux issus de la jurisprudence et l'encadrement « scientifique » de celle-ci dans le positivisme juridique québécois. Les théoriciens sociojuridiques ont bien vu l'abîme théorique qui s'ouvrait pour la réflexion juridique, de même que la fermeture doctrinale qui menaçait le projet juridique : en d'autre mots, le danger que la théorie du droit ne devienne que la synthèse « scientifique » des arguments d'autorité du législateur et des tribunaux.

Si nous pouvons ainsi rendre hommage également au positivisme sociojuridique québécois, force est aussi de s'interroger sur l'autre possibilité qu'il veut représenter. Regardons de plus près son programme théorique.

Ce que nous constatons, c'est que le positivisme sociojuridique québécois ne conteste pas le modèle théorique du positivisme (c'est d'ailleurs la raison pour laquelle nous avons, dès le début, pu le caractériser comme étant précisément une variante du positivisme). En fait, le positivisme sociojuridique reproduit fidèlement et sans défaut le modèle positiviste d'un sujet de connaissance et d'un objet à connaître. Sa particularité se situe sur le plan de l'objet à connaître, en ce qu'il détermine à son tour le sujet de connaissance.

Pour nous aider à mieux saisir les enjeux de cette caractérisation, citons les propos suivants :

> ...le droit, fait social construit, à la fois reflet et levain de notre évolution et de nos conflits, constitue l'une des traces les plus fidèles de nos cheminements collectifs et

17. Voir René Laperrière, « À la recherche de la science juridique », p. 515-526, dans Robert D. Bureau et Pierre Mackay (dir.), supra, n° 16, spécialement p. 524 : « Nous préférons une approche plus intégrée selon laquelle le droit participe à l'exercice du pouvoir, et particulièrement du pouvoir étatique, à la fois en permettant la constitution et la reproduction des rapports sociaux et des institutions et même dans certaines limites leur transformation, et en servant de systèmes de justification à l'exercice du pouvoir, et donc de points de référence à la contestation du pouvoir (d'où la revendication de « droits »). »

propose à ce titre l'une des pistes les plus fécondes pour nous y retrouver. (...) le droit, fait normatif spécifique, entretient avec les individus et les institutions, avec les valeurs et le pouvoir, des rapports encore mal connus auxquels nous ne pouvons demeurer indifférents [18].

Le droit est par conséquent caractérisé à la fois comme un « fait social construit » et comme un « fait normatif spécifique ». Bref, le droit est un fait ou un objet et il doit être analysé comme tel. Certes, il ne s'agit dans ces propos que d'une forme particulière de caractérisation objectivante du droit, mais nous n'avons pas à chercher loin dans la littérature de positivisme sociojuridique québécoise pour trouver d'autres versions qui, toutes, sont censées permettre l'analyse du « droit » comme fait social[19]. Quoi qu'il en soit, le « droit » ainsi caractérisé répercute sur le plan du « sujet de connaissance » l'image de l'observateur pouvant utiliser les outils appropriés pour « faire parler » les faits ; ce qui mobilise, bien entendu, les méthodologies des sciences sociales comme les seules adéquates pour analyser des faits. Également, il y a mobilisation de la « transdisciplinarité » (ou multidisciplinarité) pour soutenir le projet d'un positivisme sociojuridique québécois.

D'autre part, les années quatre-vingt-dix ont consacré l'installation théorique du positivisme « postmoderne » au Québec[20]. Il s'agit de l'« enfant légitime » du positivisme sociojuridique québécois. Là où le positivisme sociojuridique est encore sous le charme des méthodes factuelles issues des

18. Andrée Lajoie, « Avant-propos », dans Andrée Lajoie, J. Maurice Brisson, Sylvio Normand et Alain Bissonnette, *Le statut juridique des peuples autochtones au Québec et le pluralisme*, Cowansville, Yvon Blais, 1996, page de présentation non paginée.

19. Pierre Noreau, *Droit préventif. Le droit au-delà de la loi*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1993. Voir la recension critique que nous avons faite de ce livre : (1995) 36 *Cahiers de droit*, p. 558-560. Voir également Robert D. Bureau et Pierre Mackay (dir.) supra, n° 16.

20. Sur le concept postmoderne du droit, voir Bjarne Melkevik, « La nouvelle querelle des postmodernes et des modernes dans le domaine juridique », p. 15-20, dans Josiane Boulad-Ayoub (dir.), *Carrefour: Philosophie et droit*, Montréal, ACFAS, Cahiers de l'ACFAS n° 80, 1995 ; pour une critique voir Bjarne Melkevik, « Postmodernisme, droit et adieu à la raison. Critique de la conception postmoderne du droit », *ibid.*, p. 41-58.

sciences sociales, le positivisme postmoderne, par contre, favorise le développement d'une multitude de projets positivistes en fonction des préoccupations et des ambitions de chaque chercheur. Ce n'est plus l'objet à connaître qui doit assurer la scientificité d'un projet de recherche, mais au contraire le sujet de connaissance comme l'« autre de la raison ». En fait, le sujet scientifique se symbolisant dans une méthode est délaissé au profit de sujets concrets, à savoir des personnes qui s'inventent, ludiquement, affectivement ou esthétiquement, un accès à l'objet à connaître, un accès au « droit »[21].

Le positivisme postmoderne abrite ainsi une multitude de projets positivistes sur le modèle de ce qu'une personne peut dire sur un objet à connaître. Le plus important dans ce système est donc la personne et la légitimité que possède celle qui écrit la théorie du « droit ». En vertu de quelle légitimité ou de quelle autorité peut-elle parler de droit ? Même si les différentes formes de positivisme postmoderne reproduisent fidèlement et sans défaut le schème du positivisme scientifique, à savoir la relation entre sujet et objet, il n'en reste pas moins que c'est le sujet de connaissance qui assure la description de l'objet comme expression même de son authenticité en tant que chercheur, ou simplement en tant que personne engagée, ou encore en tant qu'homme/femme.

Comme nous pouvons le voir, le positivisme postmoderne nous fait entrer dans un monde où le plus important sera « qui parle ou écrit » sur le droit. À quel clan appartenez-vous ? Qui sont vos amis (ou vos adversaires) ? L'engouement actuel pour les différentes formes de postmodernisme juridique dans la culture québécoise alimente une telle perspective.

Or, peu de choses nous permettent de croire que le positivisme sociojuridique, de même que le positivisme postmoderne, peuvent combler les déficits du positivisme scientifique. Construit sur le même modèle positiviste, le sociopositivisme juridique n'aggrave-t-il pas plutôt le déficit réductionniste

21. Gilles Gagné, « Les transformations du droit dans la problématique de la transition à la postmodernité », p. 221-253, dans Jean-Guy Belley et Pierre Issalys (dir.), supra, n° 4. Voir aussi la revue *Société* (Montréal), qui peut être considérée comme l'organe officiel de ce courant.

qu'accusait déjà le positivisme scientifique ? Nous sommes enclin à le croire. De même le positivisme postmoderne peut-il être autre chose qu'un soubresaut esthétique ? Là aussi, nous sommes enclin à exprimer notre scepticisme[22]. Et ce qui est plus préoccupant encore, le sociopostivisme juridique québécois n'a-t-il pas empêché la naissance d'une véritable sociologie du droit au Québec ?

En effet, nous pouvons constater que ces formes de positivisme se greffent au positivisme juridique scientifique, dont elles partagent le même modèle initial d'un sujet de connaissance travaillant sur un objet de connaissance, le droit en l'occurrence. L'émergence du positivisme sociologique, de même que celle du positivisme postmoderne, semblent coïncider plutôt avec une tendance marquée, dans le courant positiviste, vers une valorisation des phénomènes de multiplicité, de pluralisme et de concurrence[23].

Conclusion : penser autrement le droit

Notre analyse, hélas trop brève, tend à montrer, si besoin était, qu'une réflexion sur la culture juridique québécoise s'impose. Elle suggère aussi que, sur ce plan théorique, la question du dépassement ou du destin du positivisme juridique au Québec se profile à l'horizon. Le modèle positiviste d'une science juridique peut-il encore répondre aux exigences de notre contemporanéité ?

Il va sans dire que la conception théorique (ou philosophique) du droit qui a alimenté notre analyse du positivisme juridique québécois et de la culture juridique québécoise se réfère à une autre façon de comprendre la question du droit dans une société démocratique. Pour notre compte, nous avons choisi de voir le droit dans la lumière d'une relation

22. B. Melkevik, « Postmodernisme, droit et adieu à la raison ». Critique de la conception postmoderne du droit, dans Josiane Boulad-Ayoub (dir.), supra, n° 20.

23. Vittorio Villa, *La science du droit*, Bruxelles & Paris, Story-Scientia/ LGDJ, Collection La pensée juridique moderne, 1990.

sujet-sujet, dans une perspective intersubjective ou communicationnelle, où le droit n'est plus que la production d'arguments et de raisons sur fond d'une rationalité juridique[24]. Il s'agit de réfléchir sur la participation réelle des personnes à la production de droits et de lois de façon intersubjective, et nullement d'être obnubilé par la croyance d'une « objectification » soit « valide » soit « factuelle ». C'est là une solution de rechange critique au modèle positiviste.

24. Bjarne Melkevik, « Habermas et l'État de droit », p. 371-387, dans Josiane Boulad-Ayoub, Bjarne Melkevik & Pierre Robert (dir.), supra, n° 4.

REMERCIEMENTS

Nous désirons remercier sincèrement les éditeurs, directeurs de publication et directeurs de revues qui nous ont permis de reprendre ici les textes suivants :

« Pourquoi étudier la philosophie du droit ? Quelques réflexions sur l'enseignement de la philosophie du droit » (*Bulletin de la Société de philosophie du Québec*, vol. 25, n° 1, 1999, p. 16-19).

« La métaphysique et le droit : une appréciation philosophique » (Jean-Marc Narbonne, dir., *La métaphysique.* Tome 2 — *Travaux*, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 2000).

The First Nation and Quebec : Identity and Law, Self-Affirmation and Self-Determination at Crossroads (José Séguinot Barbosa, dir. Globalization in America : A Geographical Approach. Institudo de Estudios del Caribe/CELAT-Université Laval, 1997, p. 95-111 et p. 246).

« Question identitaire, le droit et la philosophie juridique libérale : réflexion sur le fond du droit autochtone canadien » (*Cahiers d'études constitutionnelles et politiques de Montpellier 1*, 1995, p. 23-37).

« Aboriginal Legal Cultures » et « Pashukanis, E.B. » (Christopher B. Gray, dir., *The Philosophy of Law: An Encyclopedia*, New York : Garland Publishing, 1999, p. 1-4 et p. 631-632).

« La philosophie du droit : développements récents » (Raymond Klibansky et Josiane Boulad-Ayoub, dir., *La pensée philosophique d'expression française au Canada. Le rayonnement du Québec*, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1998, p. 465-483).

« Penser le droit québécois entre culture et positivisme » (Bjarne Melkevik, dir., *Transformation de la culture juridique québécoise*, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1998, p. 9-21).

« L'influence de Villey au Québec et au Canada francophone » (J.F. Niort et G. Vannier, dir., *Michel Villey et le droit naturel en question*, Paris, L'Harmattan, 1994, p. 130-135).

« À propos de Marx et sa conception du droit : intersubjectivité, matérialité et normativité (*Cahiers de critique du droit*, n° 2, 1989, p. 3-16).

LIVRE 3

RAWLS OU HABERMAS
UNE QUESTION DE PHILOSOPHIE DU DROIT

AVANT-PROPOS

Les oeuvres de John Rawls et de Jürgen Habermas, depuis fort longtemps, guident nos réflexions en philosophie du droit. Elles ont été des tremplins pour nombre de nos interrogations et interventions, tout en éclairant et en guidant nos démarches en ce domaine.

Nous les avons lues et relues, nous les avons utilisées et analysées dans un contexte d'enseignement, et nous les avons discutées et décortiquées, oralement et par écrit, à de multiples occasions. Sans toutefois, et pendant longtemps, parvenir à choisir entre ces deux formes et ces deux horizons, si différents, de philosophie du droit.

Il fallait cependant se rendre à l'évidence : au-delà de toute aspiration œcuménique, un choix s'imposait à nous et il devenait impérieux de le justifier. Il devenait nécessaire, dans le domaine qui est le nôtre, celui de la philosophie du droit, que la réflexion éclaire notre jugement sur ces philosophies. Cela afin de trouver la meilleure façon pour nous de soutenir et de faire évoluer le paradigme d'un droit moderne à la hauteur des aspirations légitimes des sujets du droit. Il fallait, en d'autres mots, mettre au clair les prémisses et les arguments pour engager la philosophie du droit, soit dans la direction que nous propose Rawls, ce que nous avons, après réflexion, considéré comme une impasse, soit dans la direction proposée par Habermas, ce qui, au fil de nos travaux, nous a semblé beaucoup plus pertinent et fertile. Notre livre s'engage donc, sans concession et avec le plus de sens critique possible, à justifier ce choix philosophique ainsi qu'à traiter des enjeux juridiques qui le sous-tendent et qui l'expliquent.

Il faut pourtant avouer que, si nous avions posé cette question au début de notre rencontre réflexive avec l'œuvre de l'un ou de l'autre, notre choix initial aurait certainement penché pour Rawls. Nous avons nous-mêmes, en quelque sorte, participé à la « rawlsmania », ce dont nous parlerons dans notre prochain essai, après avoir été, dans une certaine mesure, ébloui par les possibilités nouvelles que la *Théorie de la justice* semblait nous ouvrir. Si nous n'avons jamais pu, avec la main sur le cœur, nous considérer comme un vrai rawlsien, nous étions, avec beaucoup d'autres, toujours en train de nous référer, indirectement ou directement, à l'œuvre de Rawls. Elle était en quelque sorte notre caution philosophique, car, il faut bien l'admettre, un philosophe du droit pouvait trouver là matière à discuter indéfiniment. En ce sens, la *Théorie de la justice* représentait en quelque sorte, en tout cas à première vue, une route royale vers la philosophie du droit. Si Rawls a voulu, avant tout, écrire une théorie de la morale, son insistance sur le rôle de gestionnaire des principes fondamentaux accordé aux institutions juridiques, ou encore sa logique de justification, avaient de quoi séduire, au moins temporairement, le philosophe du droit que nous étions.

Nous ne pouvons, en aval, que reconnaître notre indifférence initiale à l'égard de Habermas. Celui-ci, dans ses premiers écrits, nous avait en effet semblé obscur et très éloigné des enjeux sociaux, politiques et normatifs réels. Il s'agissait sûrement là d'un jugement inspiré par l'utilisation bien particulière des œuvres de Habermas dont nous avions eu la révélation dans la théorie dite de sociologie du droit, laquelle était, avouons-le, notre premier amour. Rappelons, en ce sens, que les livres : *La technique et la science comme « idéologie »* et *Connaissance et intérêt*, qui marquent le début de la carrière de Habermas, et qu'il réfute subtilement par la suite, ont donné naissance à une littérature très particulière de sociopositivisme juridique. Se projetaient alors différents discours de critique de l'idéologie du « droit » ou de culture « juridique » auxquels nous n'accordions (déjà) que peu d'intérêt. Cela nous a, en conséquence, certainement empêché de découvrir et d'apprécier ce qui se

profilait dans les livres postérieurs de Habermas : *Raison et légitimité* et *L'espace public; archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise.* C'est au demeurant dans ces ouvrages qu'a commencé à germer et à se développer, malgré l'hypothèque d'une factualité mal définie, le sens de la philosophie habermasienne en ce qui concerne le droit. Une philosophie du droit qui s'épanouit pleinement dans *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, en 1992, et qui représente l'expression entièrement assumée d'une nouvelle philosophie du droit bâtie sur le modèle communicationnel.

Il n'en demeure pas moins que c'est au cours des années 1990 et à la faveur d'une révision radicale par Rawls de son « libéralisme politique », que se forme notre jugement philosophique. Le débat entre Rawls et Habermas, publié en 1995 dans les pages de la revue *The Journal of Philosophy*, que nous analyserons par la suite, nous a convaincu de l'urgence d'une réflexion. Il fallait désormais intervenir, analyser, évaluer et porter un jugement philosophique, après mûre réflexion, sur le choix à faire entre la théorie morale de Rawls et la théorie délibérative de Habermas. Et cela sans jamais perdre de vue les exigences modernes de la philosophie du droit. Notre livre n'est, dans ce sens, que l'ensemble des « pièces à conviction » de ces analyses et la somme de notre jugement.

D'une conférence à l'autre, d'un article à l'autre, nous avons ainsi pu approfondir notre réflexion sur Rawls et sur Habermas, et sur le sens de leurs corpus philosophiques respectifs au sein de la philosophie du droit. Lentement se sont mis en place les arguments et les raisons quant à ce qui peut, selon notre jugement, dessiner un horizon intéressant et enrichissant pour la philosophie du droit. C'est ce que nous proposons donc dans cet ouvrage, où nous affichons une position claire et nette en faveur de la philosophie habermasienne, laquelle nous semble le plus adaptée au projet juridique. Dans chaque chapitre, par voie de conséquence, nous justifierons notre jugement à l'égard des exigences d'une philosophie du droit qui prend les sujets de droit au sérieux.

Il va sans dire que nous refusons d'affirmer que ce choix peut être pertinent dans d'autres domaines de la philosophie. Peut-être, en effet, en serait-il tout autrement en philosophie morale? Peut-être ce choix serait-il plus contrasté dans un domaine comme la psychologie philosophique? Il faut pourtant souligner que si nos réflexions se limitent volontairement à la philosophie du droit, nous espérons toutefois que celles-ci pourront servir de tremplin philosophique pour la signification à accorder aux concepts de « démocratie » et d'« espace public » dans d'autres domaines de la philosophie. En fait, la raison capitale de notre choix en faveur de la philosophie habermasienne est bien le fait qu'elle balise la démocratie par des argumentations pertinentes afin de l'élargir et d'éviter de la rendre instrumentale.

Nous republions tels quels dans cet ouvrage nos articles sur Rawls et Habermas, tout en connaissant les risques éventuels de redondance. Réflexion faite, nous en sommes arrivés à la conclusion que l'effet heuristique et plus encore la pédagogie argumentative ne pouvaient être que préférables, surtout pour le lecteur néophyte. Nous espérons y être parvenu sans briser le rythme ni amenuiser la franchise qui caractérisent habituellement nos analyses. N'ayant que peu de sympathies pour tant de philosophies (et de philosophes) qui cultivent à l'envi l'art du clair-obscur et qui sont prêts à nous faire avaler n'importe quelles couleuvres pour ne pas avoir à affronter les critiques, nous nous efforcerons d'être le plus direct possible et surtout de jouer cartes sur table. Nous ne revendiquons en fin de compte que des raisons et des arguments en notre faveur et comme l'appui à notre jugement.

Nous avons réécrit certaines parties du texte dont la formulation nous semblait aujourd'hui inappropriée et nous avons, ici et là, ajouté ou mis à jour des références biographiques. Pour plus de clarté, une Postface récapitule l'essentiel de notre réflexion et de nos conclusions à partir de la dichotomie entre Rawls et Habermas dans le domaine de la philosophie du droit.

Précisons, en dernier lieu, qu'il peut être opportun, pour certains lecteurs non familiers avec la philosophie du droit, de commencer par la lecture de cette « Postface » pour ensuite se consacrer à celle des chapitres : « Rawls, l'utilitarisme et « deux concepts de règles » ainsi que « Rawls et Habermas : la question de droit cosmopolitique », avant de revenir vers « Profils philosophiques et politiques ». Nous nous permettons également de suggérer un autre chemin, plus long celui-là, qui fait le tour de nos livres précédents : *Horizons de la philosophie du droit* et *Réflexions sur la philosophie du droit.*

Bjarne Melkevik

PROFILS PHILOSOPHIQUES ET POLITIQUES

Nous ne pouvons guère tabler sur la familiarité des lecteurs avec les œuvres de Rawls et de Habermas. C'est pourquoi il s'avère indispensable de regarder de plus près les profils philosophiques de ces deux éminents confrères. Ce que nous ferons tout d'abord, comme l'artiste avant de brosser sa toile, en esquissant rapidement les grands traits qui révèlent leurs cheminements intellectuels respectifs, leur inspiration et leurs sources, leurs textes[1] et les contextes de leur réflexion. Nous discuterons par la suite des arguments et des prises de position philosophiques que ces esquisses nous auront permis de mieux entrevoir.

Il appert que nos deux philosophes sont foncièrement marqués par leur histoire personnelle et les enjeux politiques et sociaux de l'époque dans deux contextes (États-Unis et Allemagne) fort différents. Ils ont été engagés, chacun à sa façon, dans des débats philosophiques passionnés quoique dissemblables. Ils ont également été à l'origine de toute une littérature et de courants importants formés de partisans convaincus et d'adversaires déterminés. Ce qui est remarquable chez Rawls et Habermas, c'est que leurs œuvres ont, à leur tour, permis l'émergence de plusieurs œuvres de prime importance dans un contexte d'opposition et de contre-proposition philosophique. Si la réputation d'un philosophe se mesure le mieux à l'aune de l'importance des critiques qu'il suscite, Rawls et Habermas ont déjà bien mérité, sans

1. Afin de ne pas trop alourdir cet article, nous nous permettons, pour l'œuvre de Rawls et de Habermas, de même que pour la littérature secondaire, de renvoyer à la bibliographie générale du livre.

l'ombre d'un doute, une place de premier plan dans le palmarès philosophique contemporain.

Insistons maintenant sur le parcours aussi bien personnel que philosophique et politique de nos deux penseurs pour en arriver à comparer brièvement leurs profils intellectuels. Commençons par Rawls.

Avez-vous lu Rawls[2] ?

Quand on dressera le bilan de la philosophie politique, sociale et juridique du XX^e siècle, il est certain que John Rawls y occupera une place au premier rang. En fait, John Rawls s'est engagé dans ces secteurs de la pensée de notre temps d'une façon exemplaire. Sans fracas, sans éclat, avec pertinence et sagacité, il a construit une œuvre philosophique de tout premier plan qui constitue une réflexion incontournable portant sur plusieurs maux inhérents à notre modernité.

Né en 1921 dans une famille aisée de Baltimore, John Rawls reçoit dans sa jeunesse une formation scolaire et religieuse exemplaire[3]. Plus tard, à l'Université de Princeton, il se distingue par sa capacité de travail, de mémoire et d'intégrité intellectuelle. Après avoir servi dans l'armée américaine durant la deuxième guerre mondiale, de 1943 à 1946, il soutient, en 1950, une thèse intitulée « A Study in the Grounds of Ethical Knowledge : Considered with Reference to Judgements on the Moral Worth of Character » (Un examen sur les motifs de la connaissance éthique : considérations, avec des références au jugement, sur la valeur

2. Nous reprenons, en la retravaillant, la matière initialement publiée dans l'article introductif du numéro spécial (sous notre direction) « Avez-vous lu Rawls ? », *Philosophiques*, vol. XXIV, n° 1, 1997, p. 3-7.

3. Thomas Pogge, « A Brief Sketch of Rawls's Life », dans Henry S. Richardson et Paul J. Weithman (dir.), *The Philosophy of Rawls. A Collection of Essays*, New York, Garland, 2000, p. 1-15. Il s'agit d'une traduction améliorée et mise à jour du chapitre 1 de Thomas Pogge, *John Rawls*, Munich, Verlag C. H. Beck, 1994.

morale du caractère)[4]. La thèse annonce déjà tous les thèmes que Rawls approfondit par la suite. Elle manifeste également un souci quasi-religieux pour le mal et l'injustice ; un souci qui imprégnera toute sa production éthique et morale postérieure.

Après la soutenance de sa thèse, c'est le cursus universitaire classique que suit Rawls : d'abord comme chargé de cours à Princeton, de 1950 à 1952, ensuite comme boursier Fulbright à Oxford en 1952-1953 (année considérée par Rawls comme la plus fructueuse de sa carrière et au cours de laquelle il fait connaissance de Herbert L. A. Hart, Isaiah Berlin, Stuart Hampshire et de plusieurs autres). De retour aux États-Unis en 1953, Rawls devient professeur à l'Université Cornell. Il la quitte en 1959 pour le MIT et il aboutit enfin à Harvard, en 1962. Il y demeure jusqu'en 1991 et en devient même, par la suite, professeur émérite.

Il faut maintenant dire quelques mots sur la réputation de radical, et même de « socialiste », qui lui a été accolé pendant les années 1960 et 1970[5]. L'une des raisons de cette réputation concerne ses prises de position sur la guerre au Viêt-nam que Rawls a considérée comme inique et injustifiée. Sa présence parmi les opposants à la guerre, ses actes publics de protestation de même que son plaidoyer pour la désobéissance civile[6] lui ont valu d'être étiqueté comme « professeur de gauche ».

L'autre raison est que Rawls a été, dès son enfance, profondément préoccupé par les inégalités et les discriminations

4. Voir résumé de thèse dans *Dissertation abstract*, 15, 1955, p. 608-609. Le premier article de Rawls, « Outline of a Decision Procedure for Ethics », dans *Philosophical Review*, vol. 60, n° 2, 1951, p. 177-197, est en fait un partie de sa thèse.
5. Voir Jacques Bidet, *John Rawls et la théorie de la justice*, Paris, PUF, 1995, qui donne encore une version « socialisante » de Rawls. Comparer avec Bertrand Guillarme, *Rawls et l'égalité démocratique*, Paris, PUF, 1999.
6. J. Rawls, *Théorie de la justice*, *op. cit.*, p. 403-431. Voir Joel Feinberg, « Duty and Obligation in the Non-Ideal World », *Journal of Philosophy*, vol. 70, 1973, p. 263-275 ; repris dans Richardson et Weithman (dir.), *The Philosophy of Rawls*, tome 3, p. 183-195.

de classe, de race et de sexe dans la société des États-Unis. Le thème de désobéissance civile, déjà mentionné, la critique franche de la mainmise souvent exercée par la grande industrie, la haute finance et les groupes d'intérêts sur la politique américaine au détriment de l'égalité, de même qu'une prise de position ferme en faveur de l'égalité sociale pour faire échec à la ségrégation de classe, de race et de sexe, et, enfin, le soutien à une politique de justice distributive pour pallier des injustices systémiques, n'ont fait que renforcer l'image entretenue par ses opposants voulant que Rawls ait bien eu un agenda « socialisant ». Ce qui a été (et qui reste) aux yeux de beaucoup d'américains très suspect, sinon épouvantable. La preuve du caractère « socialisant » a cependant été l'absence d'une « philosophie de la propriété » chez Rawls, ce qui a donc suscité l'acharnement des thuriféraires des bienfaits de la « propriété » exprimés dans la contre-critique à Rawls, par exemple chez Nozik[7].

Une explication plus objective concernant ce soi-disant « radicalisme » ou « socialisme », et qui est peut-être plus proche de la réalité, est que toutes ces préoccupations morales chez Rawls témoignent davantage de l'esprit d'un protestant consciencieux. Il prend au sérieux, sans trop le dire, certaines exigences « religieuses » concernant la condition humaine et les devoirs de chaque être humain envers son prochain. Cela se révèle d'ailleurs clairement dans l'insistance « morale » de Rawls à l'égard de nos instituions sociales et politiques. En tout cas, le soubassement « religieux » (ou mieux: protestant) chez Rawls est largement sous-estimé.

Sa renommée, Rawls la doit d'abord aux reformulations et aux réaffirmations philosophiques de l'utilitarisme des principes, qu'il défend dès le début de sa carrière. Son article clé fut « *Two Concept of Rules* » (Deux concepts de règles) qu'il publia en 1955[8]. Sa réputation de philosophe, il

7. Robert Nozik, *Anarchie, État et Utopie*, Paris, PUF, 1988.
8. John Rawls, « Two Concepts of Rules », dans *Philosophical Review*, vol. 64, 1955, p. 3-32. Voir également notre étude « Rawls, utilitarisme et deux concepts de règles » dans ce volume.

la doit à cet article que les utilitaristes eux-mêmes considèrent comme la formulation réfléchie et accomplie de l'utilitarisme moderne. Certaines positions, qui seront ultérieurement les thèmes-clés de la philosophie de Rawls, sont formulés pour la première fois dans cet écrit; à savoir la valeur unique de chaque individu, la prééminence attribuée aux principes, la question des motifs pour l'évaluation des actes commis et, la plus importante, la méthodologie « procédurale » rawlsienne.

Rawls aurait dû rapidement percevoir que le poids de la tradition utilitariste, et surtout l'amoralisme classique de l'utilitarisme, était trop lourd pour ses épaules. Alors qu'il est célébré à titre de représentant moderne de l'utilitarisme, nous pouvons observer, dès la fin des années 1950, son engagement dans une nouvelle direction. L'article de 1957 intitulé « La justice comme équité » marque un virage dans sa pensée[9].

Rawls fait circuler parmi ses amis et ses étudiants, à partir des années 1960, un manuscrit redéfinissant et amplifiant les idées exprimées dans cet article de 1957. La nouvelle théorie de Rawls sera enfin présentée sous le titre de *Théorie de la justice*[10] en 1971. Le livre suscite un énorme intérêt et beaucoup d'enthousiasme. C'est surtout le principe de la différence qui retient l'attention en permettant, dans le contexte d'un souci permanent pour la justice sociale, d'appuyer, par des arguments philosophiques, le redressement des inégalités socio-économiques et des inégalités de race, de sexe et de classe[11].

9. John Rawls, « Justice comme équité », traduction française dans *Philosophie*, n° 14, 1987, p. 39-69; original: *Journal of Philosophy*, n° 22, 1957, p. 653-662.
10. J. Rawls, *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1re édition 1987 et 2e édition 1997. Traduction française (de la version remaniée de 1975), *A Theory of Justice*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1971.
11. Voir Jean Ladrière et Philippe Van Parijs, *Fondements d'une théorie de la justice*, Louvain-La-Neuve, Éditions de l'Institut supérieur de philosophie, 1984; C. Audard *et al.*, *Individu et justice sociale. Autour de John Rawls*, Paris, Seuil, 1988; la revue Critique, juin-juillet 1989, n° 505-506, numéro thématique ayant pour titre *John Rawls. Justice et libertés*; Jocelyne Couture et André Duhamel, *Justice distributive*, Lekton, vol. 1, n° 2, hiver 1991.

De 1971 à 1982, Rawls défend sa théorie. Nous ne pouvons qu'admirer l'ampleur des thèmes philosophiques couverts, la constance des positions exprimées, de même que la pugnacité d'un philosophe qui répond méticuleusement aux objections qui lui sont adressées et qui profite de toutes les occasions pour retravailler en profondeur son système. Or, à partir de 1982, la question se pose sérieusement, à savoir si Rawls — et beaucoup le prétendent — n'engage pas sa philosophie dans une nouvelle direction «communautarienne», ce qui, effectivement, se confirmera en 1993 dans son ouvrage, le *Libéralisme politique*[12].

Le *Libéralisme politique* est, en fait, aussi ambitieux que la *Théorie de la justice*. Même si nous pouvons aisément reconnaître le lien entre les deux ouvrages — Rawls insiste sur la continuité de son œuvre —, le fait est que le ton de 1993 est différent. En 1971, Rawls lance une théorie de justice sociale qui sert à justifier l'État-providence. En 1993, nous avons la nette impression que c'est la stabilité et l'unité des systèmes politiques libéraux qui prévalent, lesquelles sont défendues et mises à l'abri des possibles critiques radicales. C. Kukathas et P. Pettit ont désigné le changement de perspective de l'œuvre de Rawls comme un déplacement des arguments portant initialement sur un arrangement *désirable* de la société politique à un arrangement *faisable*[13], autrement dit comme un déplacement de l'exigence de justice à l'affirmation de la stabilité institutionnelle.

Il est assez instructif d'observer, en ce sens, que si Rawls considérait, en 1971, les institutions politiques et juridiques comme les courroies de transmission de la justice sociale, il considère, en 1993, les mêmes institutions comme des arbitres objectifs, neutres et bienveillants. Le droit — ou mieux, l'idée d'un moralité-droit, un Vrai-droit dans le sens classique — occupe désormais une place char-

12. J. Rawls, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1933 (trad. française, *Libéralisme politique*, Paris, PUF, 1995).
13. Voir Chandran Kukathas et Philip Pettit, *Rawls: A Theory of Justice and its Critics*, Stanford, Stanford University Press, p. 6-8 («A study of the desirable»), p. 8-11 («A study of the feasible»).

nière dans son système. L'idée de justice sociale a-t-elle encore le même sens ? Il semble bien que non, car Rawls la remplace par une interrogation sur le rôle qu'il faut accorder aux différences dans la société politique et sur l'importance qu'il faut donner à la question suivante : comment un système politique peut-il être stable et sécuritaire malgré les différences sociales ? En fait, le *Libéralisme politique*, même en gardant en surface la perspective de justice sociale, vise davantage la défense de l'État, de la Loi, de la Constitution, des droits libéraux et de la tolérance. Bref, la stabilité des institutions devient le dernier rempart contre les querelles dues au pluralisme factuel. Remarquons, en ce sens, comment le concept de « consensus par recoupement » a été promu au premier rang de sa théorie.

Rawls, qui prend sa retraite en 1991, a depuis consacré beaucoup de temps à repenser et à réécrire ses nombreux manuscrits. Cela nous a donné le *Libéralisme politique* mentionné, mais aussi *The Law of Peoples*, en 1999, qui reprend et corrige une conférence très controversée de 1993 ; les *Collected Papers*, également en 1999 ; les *Lectures in Moral Philosophy*, en 2000 ; et enfin, *Justice as Fairness. A Restatement*, en 2001.

En fait, par sa façon méticuleuse de travailler, en rédigeant toujours ses cours, en réfléchissant constamment sur ses lectures, en écrivant des « feuillets » d'éclaircissements à l'usage de ses étudiants, etc. — autant de manuscrits qui circulent déjà dans un cercle restreint —, Rawls a été beaucoup plus productif que le nombre visible de ses articles et de ses livres publiés ont pu le laisser croire. Nous pouvons d'ores déjà anticiper que, le jour ou Rawls nous quittera, nous aurons le privilège d'hériter d'un nombre impressionnant de livres inédits.

Pour comprendre l'influence et l'admiration qu'a suscitées Rawls dans les cercles philosophiques, il est opportun de rappeler que l'une des lignes de force de son entreprise est d'avoir réconcilié différents courants philosophiques en apparence divergents, sinon hostiles. En fait, la philosophie de Rawls s'appuie sur quatre traditions philosophiques

majeures, à savoir les théories du contrat social, l'utilitarisme, l'intuitionnisme et la théorie du choix rationnel.

Premièrement, Rawls envisage sa théorie de la justice (et maintenant son projet de libéralisme politique) dans la mouvance des théories classiques du contrat social telles que nous les trouvons chez Locke, Rousseau et (partiellement) Kant. La force des philosophies du « contrat social » vient de l'idée du consensualisme hypothétique comme fondement symbolique des institutions « politiques », à la suite de l'émergence du paradigme de l'autonomie de la volonté dans la conclusion de tels contrats. Rawls introduit la métaphore de la « position originelle » dans un sens contractualiste et puise dans cette tradition pour présupposer hypothétiquement un fondement originel de justice au-dessus de toute contestation raisonnable. La position originelle représente ainsi le fondement contractuel des principes de la justice et leur hiérarchie à la disposition, *post festum*, des citoyens.

En deuxième lieu, Rawls s'insère dans la tradition utilitariste. Certes, Rawls n'est plus un utilitariste dans le sens habituel, car il considère désormais (depuis 1971) cette théorie déficitaire et inadaptée à l'établissement d'une théorie de justice. Pour aller plus loin dans la pensée de Rawls, ce qui distingue son utilitarisme du précédent, c'est l'importance du bien-être (*happiness*) et la concrétisation d'une méthode procédurale pour décider de l'orientation des questions éthiques. C'est justement en ce sens que l'utilitarisme est devenu le paradigme scientifique de toute une politique de bien-être social et c'est cet aspect qui intéresse Rawls[14].

Troisièmement, Rawls s'inspire de l'intuitionnisme. En tant que théorie, l'intuitionnisme n'a pas d'ancrage métho-

14. Notons que la relation qu'entretient Rawls avec l'utilitarisme a encore besoin d'éclaircissements, car plusieurs aspects de sa théorie laissent songeur. Voir Jean-Paul Brodeur, « Justice distributive et justice rétributive », *Philosophiques*, *op. cit.*, p. 71-89, et Bjarne Melkevik, « Du contrat à la communication : Habermas critique Rawls » et « Rawls, utilitarisme et deux concepts de règles », dans ce volume.

dologique. Il postule uniquement la justification d'un acte par l'existence d'un fond moral présupposé et sous-jacent à l'action et à la croyance des individus. Selon la théorie de Rawls, les principes de justice, qui seront affirmés dans le cadre de la position originelle, sont basés sur l'axiome voulant que les individus soient des êtres moraux qui veulent en appeler à ce fond moral dans la vie pratique. L'égalité morale de Rawls vise en conséquence l'intuition morale de chaque individu comme fondement à partir duquel il peut ensuite être sondé dans sa « conscience » et sur ses actions.

Quatrièmement, Rawls se réclame aussi de la théorie du « choix rationnel » (*rational choice theory*). C'est une théorie qui insiste sur la rationalité d'un sujet, d'un agent manifestant des préférences devant les opinions et les opportunités qui se présentent à lui. En fait, la conception de rationalité qui anime la philosophie de Rawls puise à ce courant de pensée. Ainsi, la rationalité chez Rawls est d'abord téléologique, avant de rallier une forme de rationalité qui insiste sur l'agir réglé par des normes.

En somme, en lisant Rawls, il est intéressant d'observer comment il combine, comment il fait intervenir, comment il chevauche, comment il tisse, comment il rajuste, comment il corrige, comment il élargit le sens des arguments se référant à ces quatre traditions philosophiques. En fait, le génie de Rawls s'est largement exprimé dans la construction méticuleuse d'un système de pensée en perpétuel mouvement entre ces quatre traditions. Quoique nous soyons prêt à défendre le fait que l'intuitionnisme moral possède une place privilégiée dans le système de Rawls, une telle constatation ne doit jamais nous cacher le jeu si subtil par lequel il louvoie entre ces quatre traditions : il peut faire intervenir un argument de la tradition utilitariste pour le reprendre d'un façon intuitionniste, ou bien il prend un thème de la tradition contractualiste pour le faire « valider » encore par l'intuitionnisme, etc. La notoriété de Rawls tient donc largement au caractère systématique et toujours de plus en plus affirmé de son œuvre.

Il ne fait aucun doute dans notre esprit que le système de Rawls est aujourd'hui largement accompli. Rawls considère d'ailleurs lui-même qu'il est arrivé à esquisser un vison morale (« éthique ») du monde comme utopie valable et modérément réalisable. Par ailleurs, il est certain que Rawls nous prépare encore des surprises quant à l'approfondissement de ces traditions et davantage quant à leurs prolongements philosophiques.

Habermas et l'engagement philosophique

Le côté gentleman-philosophe de Rawls contraste avec la personnalité d'un Habermas toujours engagé dans des disputes philosophiques, politiques, sociales, historiques, économiques et bien d'autres encore. Habermas est avant tout un intellectuel, un homme de « prise de parole », qui projette ses connaissances philosophiques et sociologiques sur l'espace public et qui laisse sa propre pensée se nourrir de ces controverses et de ces dialogues. Bref, Habermas est un philosophe d'engagement, ce qui, bien sûr, n'empêche pas sa pensée d'être profonde, originale et surtout novatrice.

Né à Düsseldorf en 1929, Habermas passe toute sa jeunesse dans la petite ville de Gummersbach. Il n'a que quatorze ans et il n'est pas encore sorti de l'école secondaire quand se termine la deuxième guerre mondiale. Habermas est donc un homme de l'après-guerre, marqué à la fois par le boom économique, qui fait de l'Allemagne une puissance économique, et par une prise de conscience du reniement du passé nazi et de l'anti-démocratisme ambiant, lesquels grignotent constamment l'élan démocratique allemand. Nous pouvons d'ailleurs dire que c'est précisément cette volonté ferme et sans compromis en faveur de l'espace démocratique et des processus démocratiques qui représente le fil rouge de tout son œuvre. Il est même démocrate avant d'être philosophe et sociologue, ou mieux, il est philosophe à partir des processus démocratiques.

Après des études de philosophie, de psychologie et d'histoire, dans les Universités de Göttingen, de Zurich et

de Bonn, il soutient en 1954, à Bonn, sa thèse de doctorat sur le philosophe F. W. J. Schelling[15]. Son premier travail fut d'être journaliste pigiste, de 1954 à 1956, et c'est comme « journaliste » qu'il fut remarqué par Theodor W. Adorno, à l'Institut für Sozialforschung, à Francfort. Il en devient l'assistant, de 1956 à 1959, et il participe à une recherche empirique sur la conscience politique chez les étudiants allemands. De 1959 à 1961, Habermas travaille sur sa thèse d'habilitation (thèse postdoctorale qui permet d'acquérir les compétences de professeur) intitulée « *Structurwandel der Öffentlichkeit* » *(L'espace public: archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise).*

Sa carrière universitaire est par la suite exemplaire : de 1961 à 1964, il est professeur de philosophie à l'Université de Heidelberg ; de 1964 à 1971, professeur de sociologie et de philosophie à l'Université de Francfort (reprenant la poste de Max Horkheimer) ; de 1971 à 1982, directeur de recherche à Max-Planck-Institut à Starnberg ; et enfin, de 1982 à 1994, nous retrouvons Habermas à son poste de professeur de sociologie et de philosophie à l'Université de Francfort.

Nous devons souligner un épisode survenu à cette époque et qui dénote l'esprit démocratique de Habermas. Il s'agit de la place intellectuelle qu'il occupe lors des contestations étudiantes entre 1960 et 1970. Si Habermas, par ses écrits sur l'espace public et sur la nécessité de débattre et de critiquer, a d'abord été une source certaine et féconde d'inspiration pour le mouvement étudiant, la situation a rapidement tourné au vinaigre. Car Habermas a également exigé du mouvement étudiant de se soumettre à son tour à la critique et à l'espace public, et nullement de s'égarer dans de vieilles recettes idéologiques soi-disant « marxistes ». Il a même qualifié certaines franges du mouvement étudiant (léninistes, maoïstes, etc.) de « fascistes de gauche » (linksfascismus). Le

15. J. Habermas, « Das Absolute et die Geschichte. Von der Zweispältigkeit in Schellings Denken », 1954 (non publié).

résultat de cette « querelle » a été une fracture avec la « gauche » qui, en quelque sorte, persiste encore aujourd'hui. Cela montre aussi qu'Habermas n'est pas prêt à renoncer aux bienfaits d'un débat démocratique élargi et que, autant que faire se peut, il est libéré des a priori idéologiques, philosophiques, politiques et autres.

À cause d'une période où il fut l'assistant d'Adorno et plus tard le successeur de Max Horkheimer à Francfort, Habermas a fréquemment été étiqueté dans la mouvance de l'École de Francfort[16]. Il est ainsi présenté comme appartenant à la deuxième génération ou comme étant l'héritier légitime de cette école. Bien qu'une telle caractéristique puisse être flatteuse — l'École de Francfort représente indubitablement un moment fort de la philosophie sociale et politique contemporaine[17] et les réflexions épistémologiques qui en sont issues sont encore d'actualité —, il n'empêche que cette appartenance peut aussi masquer le fait que Habermas n'a jamais participé aux travaux théoriques de la dite École. D'une certaine façon, il arrive même trop tard, c'est-à-dire au moment où l'École de Francfort se désintègre puis disparaît comme projet philosophique unifié. Il y a tout de même un avantage à cette situation : Habermas, dès lors, est libre de trouver son propre chemin philosophique en dehors des paradigmes connus de l'École de Francfort et sur des « bases » qui ne peuvent être que différentes. Ce qui se confirme d'ailleurs par le fait que, si Habermas dialogue avec les philosophes de l'École de Francfort, comme il le fait avec tous les protagonistes des courants philosophiques contemporains et majeurs, nous ne trouvons jamais chez lui un quelconque acte de souscrip-

16. Paul-Laurent Assoun, *L'École de Francfort*, 2e édition, Paris, PUF, coll. « Que-sais-je ? » n° 2354, 1990 ; Jay M. Bernstein (dir.), *The Frankfurt School : critical assessments*, 6 volumes, Londres, Routledge, 1996 ; Raymond Geuss, *The Idea of a Critical Theory : Habermas and the Frankfurt School*, Cambridge, Cambridge University Press, 1981 ; David Held, *Introduction to Critical Theory : Horkheimer to Habermas*, Berkeley, University of California Press, 1980.

17. Voir Rolf Wiggershaus, *L'École de Francfort : histoire, développement, signification*, Paris, PUF, 1993.

tion aux paradigmes fondamentaux de l'École de Francfort. En fait, il demeure toujours très sceptique à l'égard de cette école et il s'en est, à plusieurs reprises, tenu à distance, philosophiquement parlant.

Habermas utilise une sorte de dialogue ouvert pour construire son œuvre. Le plus souvent, il construit ses arguments, ses interprétations et ce qu'il considère comme des raisons valables, en dialoguant avec un théoricien expert pour en extraire la contribution la plus importante à propos d'une question précise ou d'un domaine particulier. Il intervient réflexivement lors du dialogue pour évaluer les arguments et les raisons avancés, juger de leur pertinence et, éventuellement, les prolonger dans une direction qu'il considère plus judicieuse. Il est ainsi possible de considérer le modèle communicationnel, que Habermas élabore et développe à partir de 1981, comme résultant, dans une large mesure, du dialogue avec des penseurs tels que Wittgenstein, Austin, Hare et Toulmin pour la théorie du langage, avec Lorenzen et Schwemmer (École d'Erlangen) pour la théorie de l'intersubjectivité, avec Chaïm Perelman pour la théorie de la rhétorique en droit, avec Talcott Parson et Niklas Luhmann[18] pour la construction d'une science sociale systémique, avec Karl Marx, Georg Lukacs, Theodor W. Adorno et Max Horkheimer pour la question de l'émancipation et de la lutte contre la « chosification », avec Karl Otto Apel concernant l'éthique de la discussion, et avec beaucoup d'autres encore. Les dialogues avec John Rawls, qui sont ici notre propos, appartiennent à ce même type de réflexion. L'optique est d'en faire ressortir les points pertinents à la lumière d'une philosophie démocratique.

Le problème avec la méthode de Habermas, c'est que ses avancées théoriques sont formulées réflexivement à partir de l'œuvre de tous ces théoriciens, et qu'il en résulte un caractère à la fois synthétique et « encyclopédique ». Le

18. Niklas Luhmann, *La légitimation par la procédure*, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, coll. « DIKÉ », 2000, et Paris, Cerf, coll. « Passages », 2000.

danger est de voir le lecteur de Habermas risquer de s'égarer, de confondre les analyses avec des positions personnelles ou encore de comprendre uniquement au premier degré. Cela se complique encore davantage si le lecteur de Habermas ne connaît pas l'œuvre théorique du philosophe ni les préalables théoriques implicites de ces dialogues. La compréhension, dès lors, ne peut être pleine et entière.

Un autre aspect de la production philosophique de Habermas est qu'une partie non négligeable de celle-ci a été produite lors de « controverses publiques » ou mieux lors de débats publics, qu'ils aient été suscités par Habermas lui-même ou appuyés par lui. Habermas a voulu, en homme des Lumières, pratiquer la philosophie sur l'espace public. Il est opportun de rappeler que le premier article qui le fait remarquer du public allemand, écrit alors qu'il était encore étudiant, était une critique du passé nazi de Heidegger[19]. Le but de l'article était simplement de provoquer un débat sur le passé nazi des intellectuels et de briser la chape de plomb qui étouffait l'Allemagne après la deuxième guerre mondiale.

Dans se sens, à l'instar de l'ouvrage de Robert C. Holub, nous pouvons également évoquer le débat public à propos du choix méthodologique dans les sciences sociales, le débat public avec Gadamer concernant notre façon d'interpréter et le rôle de l'interprète, le débat public avec les mouvements étudiants (dont nous avons déjà parlé), le débat public avec Niklas Luhmann sur la théorie systémique, le débat public avec Lyotard et les postmodernistes et, enfin, le débat public avec les historiens sur l'Holocauste[20]. Nous pouvons même ajouter les interventions de Habermas sur l'unification de l'Allemagne, sur le futur de l'Union euro-

19. J. Habermas, « Penser avec Heidegger contre Heidegger », dans Habermas, *Profils philosophiques et politiques*, Paris, Gallimard, 1974, p. 89-99 (1re parution dans Frankfurter Allgemeine Zeitung, 25 juillet 1953). Voir également J. Habermas, *Martin Heidegger. L'œuvre et l'engagement*, Paris, Cerf, 1988.
20. Robert C. Holub, *Jürgen Habermas. Critic in the Public Sphere*, Londres, Routledge, 1991.

péenne ou encore sur la mondialisation. Tous ces débats publics sont en fait à l'origine des présupposés que Habermas tente de développer plus abstraitement par la suite.

C'est cependant *Théorie de l'agir communicationnel*, paru en 1981, qui concrétise la production théorique de Habermas. Partant du fait que la théorie communicationnelle sera notre cheval de bataille à plusieurs reprises, nous nous bornerons seulement, pour l'instant, à préciser qu'elle tente d'esquisser, sur la base du tournant langagier, une solution de remplacement à la philosophie du sujet (ou de conscience)[21]. Bref, si la « conscience » ou la raison monologique du sujet ne peut plus nous être utile pour valider nos normes, nos droits ou nos institutions, nous devons, sans renier ce que la philosophie du sujet nous a permis de penser, nous engager, pour suivre Habermas, dans le paradigme de la communication langagière en ce qu'il nous permet de sélectionner, dans un processus de réciprocité démocratique, de tels normes, droits et institutions.

L'usage communicationnel du langage est donc promu, par Habermas, en test concret par lequel un locuteur peut accéder, avec son auditeur, à la compréhension d'une situation ou d'un problème. Grâce à ce test, il y a donc aussi possibilité de se mettre d'accord sur les remèdes, les outils, les arrangements, etc., de l'ordre normatif, légal ou institutionnel. Habermas ne se contente pas de valoriser une réalité et une idéalité de communication langagière. Il met aussi de l'avant la perspective de l'intersubjectivité qui remplace tout acte de fondation par la conscience d'un sujet.

Qui dit «intersubjectivité» langagière dit aussi, suivant Habermas, «démocratie». En fait, l'intersubjectivité langagière

21. B. Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit*, Paris/Sainte-Foy, L'Harmattan/Les Presses de l'Université Laval, 1998, p. 93-106 (Le modèle communicationnel en science juridique : Habermas et le droit), p. 107-132 (Transformation du droit : Le point de vue du modèle communicationnel) et p. 133-150 («Habermas et l'État de droit. Le modèle communicationnel du droit et la reconstruction réflexive de l'État de droit contemporain »).

chemine vers une conception de la démocratie ne se définissant plus comme une « institution », mais plus radicalement, comme une compréhension démocratique reposant sur des processus multiples et constamment renouvelés.

La théorie communicationnelle représente sûrement le sommet de la philosophie habermasienne et elle nous permet certainement, en aval, d'apprécier autrement sa production antérieure. La signification profonde de cette théorie complexe de l'agir communicationnel se révèle surtout après 1981 par l'importance des cycles de développement théorique qui en a résulté. Ainsi, après un premier cycle consistant à approfondir et à tester philosophiquement sa théorie, Habermas ouvre un cycle sur l'éthique charpenté par la théorie de l'éthique discursive. Ensuite, il ouvre un cycle à l'égard du droit, aboutissant à la théorie d'un droit démocratique et, enfin, un dernier cycle sur la politique, en cours d'élaboration, conduisant à une théorie de politique délibérative. Tous ces cycles sont en lien direct avec sa théorie de l'agir communicationnel, mais en la révisant et en la portant à chaque moment à un niveau de réflexion plus élevé et le plus étendu possible. Le souci est en effet constant chez Habermas de tester et d'améliorer sa théorie communicationnelle, grâce à une meilleure auto compréhension ou aux critiques qui lui ont été adressées, pour l'élever constamment à un niveau supérieur.

La production théorique de Habermas est énorme. Quelque quarante livres s'échelonnent au fil des ans[22]. Nous attendons encore au moins deux œuvres majeures de Habermas, l'une sur la politique délibérative, l'autre sur la philosophie au XX^{e} siècle. Mais, d'ici là, nous aurons certainement le privilège d'une petit avalanche d'ouvrages rassemblant ses multiples interventions philosophiques.

22. Voir la bibliographie de R. Goertzen, *Jürgen Habermas : eine Bibliographie seinere Schriften und der sekundärliteratur*; 1re édition, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1982.

Deux chemins philosophiques

En comparant les vies et les œuvres de Rawls et de Habermas, nous constatons tout à la fois des similarités et des différences.

Il nous semble, sur l'axe des similarités, que l'engagement philosophique est sûrement le trait commun le plus significatif. L'un comme l'autre se sont engagés pleinement sur les voies de la réorientation philosophique de notre contemporanéité. Par conséquent, le rayonnement des maîtres anciens ou une quelconque tradition philosophique ne jouent aucun rôle chez les deux philosophes. Tous les deux sont plutôt animés par la volonté de repenser à fond la signification de la philosophie d'aujourd'hui et la direction à lui donner. Nous sommes donc là en présence de deux pensées originales et riches qui fournissent de nouveaux outils, de nouvelles significations et de nouvelles perspectives à la philosophie contemporaine. Sur ce plan, nous pouvons bien renvoyer Rawls et Habermas dos à dos, si ce n'est les considérer comme complémentaires.

Dans l'ordre des différences entre nos deux penseurs, nous avons déjà souligné le rôle bien particulier que joue la religion protestante chez Rawls, ce que l'on ne retrouve pas chez Habermas. Mais, ironie du sort, c'est Habermas qui a suscité l'intérêt des théologiens et non Rawls[23].

Au-delà de la différence entre une philosophie du sujet et une philosophie de l'intersubjectivité (que nous réservons pour la suite), la différence la plus significative nous semble être celle qui existe entre la conception morale (ou éthique) de Rawls et la conception politique et démocratique de Habermas.

Rawls est avant tout un «moraliste». Il cherche à imposer la base morale qui lui semble convenir le mieux à une société institutionnellement pluraliste. C'est à partir

23. Arens, Edmund (dir.), *Habermas et la théologie*, Paris, Cerf, 1993 ; Don S. Browning et Francis Schüssler Fiorenza, *Habermas, Modernity, and Public Theology*, New York, Crossroad, 1992.

d'une conception morale, présupposée raisonnable, qu'il envisage l'édification institutionnelle de « droit », de la société, de l'État, etc. Dans les faits, Rawls est, et demeure, complètement incompréhensible en dehors du monde moral qu'il a forgé au cœur de sa philosophie. Le monde « moral » de Rawls est un monde à part, préétabli dans la pensée, qui cherche à résoudre les distorsions d'un monde « corrompu », « retors » et « voué à la déchéance » par des institutions dites « morales ».

Conception complètement différente chez Habermas, qui ne valorise que la démocratie et la politique. En fait, ces deux termes remplacent la « morale » de Rawls et valorisent surtout le fait que nous ne possédons aujourd'hui plus aucune autre façon de régler et de valider nos normes, nos droits et nos institutions, si ce n'est par les processus démocratiques. Nous ne disposons plus d'une « morale » qui puisse être valide et nous n'avons, en son absence, que la démocratie et la politique comme modes de vie et comme processus pour forger et sélectionner nos normes, droits et institutions.

Dans le domaine du droit, c'est cette différence entre le monde « moral » de Rawls et les processus démocratiques qui nous intéressera par la suite. Sans trop anticiper sur nos conclusions, nous croyons néanmoins qu'il est important de souligner notre profonde conviction sur l'erreur que commet Rawls en voulant investir le domaine du droit avec sa conception morale du « droit ». Il nous semble, en effet, de très courte vue de soumettre la question du « droit » à une quelconque conception morale du « juste ». Et celui qui le préconise ne fait-il pas violence à autrui, cet autrui qui ne partage pas forcément ses conceptions morales ? Ce sont précisément les enjeux et les ramifications de cette différence entre la morale rawlsienne et le « démocratisme » habermasien, dans le domaine du droit, que nous allons maintenant aborder.

LE DÉBAT DE 1995

DU CONTRAT À LA COMMUNICATION: HABERMAS CRITIQUE RAWLS[1]

Résumé: Dans le cadre de ce texte, l'auteur analyse la critique exercée par le philosophe allemand Jürgen Habermas sur la conception du libéralisme politique de son homologue américain John Rawls. Tout en insistant sur quelques thèmes-clés, l'auteur se penche, dans un premier temps, sur la critique formulée à l'encontre du modèle d'autonomie politique et individuelle développé par Rawls. Dans un deuxième temps, il examine la position habermasienne à l'égard du discours de formation des normes élaboré par Rawls. Cette étude fait ressortir certaines lacunes de la théorie rawlsienne en regard du monde contemporain et propose une solution de remplacement tenant davantage compte de l'intersubjectivité et de la démocratie.

* * *

Les philosophies de John Rawls et de Jürgen Habermas ont profondément influencé la philosophie contemporaine au cours des trois dernières décennies. John Rawls, par sa

1. Conférence présentée au Colloque *Avez-vous lu Rawls ?*, à Chicoutimi, le 25 mai 1995 et publiée dans les Actes du colloque, sous notre direction, dans *Philosophiques*, vol XXIV, n° 1, avril 1997, p. 59-70. Cette première publication se réfère aux débats dans *The Journal of Philosophy*, vol. 92, n° 3, mars 1995. Nous avons actualisé les références à la traduction française dans John Rawls et Jürgen Habermas, *Débat sur la justice politique*, Paris, Cerf, 1997. Ce livre apporte aussi une ultime précision de la critique habermasienne: *La morale des visions du monde. « Raison » et « Vérité », dans Le libéralisme politique de Rawls*, *ibid.*, p. 143-187.

Théorie de la justice, ouvrage paru en 1971, a réintroduit au cœur des préoccupations contemporaines la question d'une société et d'institutions justes[2]. Jürgen Habermas a élaboré, pour sa part, avec sa *Théorie de l'agir communicationnel*, une philosophie originale qui, au confluent de différentes préoccupations, s'efforce de repenser le sens de la modernité[3]. Si nous avons longtemps observé une complémentarité entre ces deux projets, et même une utilisation pragmatique de Rawls par Habermas, tout vient de basculer avec le projet, chez J. Rawls, d'un « libéralisme politique » qui consacre la distance réelle existant entre ces deux philosophies[4]. En fait, depuis le début des années 1980, et surtout à partir de 1985, Rawls abandonne progressivement sa théorie morale initiale de même que sa théorie de la raison pratique[5]. Il relativise l'héritage des Lumières, décrivant le procéduralisme de cette période comme « sectaire », il ouvre la porte au « communautarisme », il affaiblit tout projet d'universalisme argumenté et il se réfugie dans un conservatisme visant d'abord la stabilité. Dans cette optique, la critique que Habermas lui adresse ne mesure pas uniquement la distance qui sépare leurs philosophies respectives, elle revêt, en outre, une valeur symbolique, celle de rompre l'enchantement que Rawls a longtemps exercé sur la philosophie juridique et politique contemporaine.

2. John Rawls, *Théorie de la justice*, 1re édition 1987, 2e édition, Paris, Seuil, 1997.
3. Jürgen Habermas, *Théorie de l'agir communicationnel*, Paris, Fayard, 1987.
4. J. Rawls, *Libéralisme politique*, Paris, PUF, 1995. Voir, du même auteur, *Justice et Démocratie*, Paris, Seuil, 1993.
5. Voir Chandran Kukathas et Philip Pettit, *Rawls. A Theory of Justice and its Critics*, Stanford, Stanford University Press, 1990.

L'objectif de notre article consiste à analyser et à réfléchir sur la critique de Habermas à l'endroit de Rawls[6]. Nous verrons comment Habermas désapprouve le libéralisme politique de Rawls et comment il en démontre les apories théoriques. Selon Habermas, le projet de libéralisme politique de Rawls est une théorie sans prise sur les enjeux primordiaux de notre modernité. Cette critique nous intéresse dans la mesure où elle permet de jeter un regard inédit sur le passage d'une philosophie du « contrat » à une philosophie de la communication. Par cette approche, il va sans dire que nous choisissons le modèle d'une philosophie communicationnelle au détriment de la philosophie de Rawls[7]. Nous croyons, en effet, qu'une philosophie communicationnelle a, par son souci pour le monde concret des acteurs et des enjeux sociaux et politiques réels, un avantage non négligeable sur la philosophie hypothético-logique de Rawls. Mais ne brûlons pas les étapes qui restent à franchir.

Dans notre étude, nous insisterons sur quelques thèmes clefs se rapportant à la philosophie du droit. Nous voulons, dans un premier temps, examiner la critique habermasienne du modèle d'autonomie politique et individuelle chez Rawls pour ensuite examiner comment Habermas

6. Jürgen Habermas, « La réconciliation grâce à l'usage public de la raison. Remarques sur le libéralisme politique de John Rawls », dans Jürgen Habermas et John Rawls, *Débat sur la justice politique*, Paris, Cerf, coll. « Humanités », 1997, p. 9-48. Également traduit en anglais : « Reconciliation through the Public Use of Reason : Remarks on John Rawls's Political Liberalism », dans *The Journal of Philosophy*, vol. XCII, n° 3, mars 1995, p. 109-131. Notre analyse repose principalement sur cet article, mais aussi sur la critique de Rawls dans *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997 ; « Human Rights and Popular Sovereignty : The Liberal and Republican Versions », dans *Ratio Juris*, vol. 7, n° 1, mars 1994, p. 1-13 ; « Trois modèles normatifs de la démocratie », dans *L'intégration républicaine. Essais de théorie politique*, Paris, Fayard, 1998, p. 259-274.

7. Voir J. Rawls, « Réponse à Habermas », dans J. Habermas et John Rawls, *Débat sur la justice politique*, *op. cit.*, p. 49-142. Traduction du « Reply to Habermas », dans *The Journal of Philosophy*, vol XCII, n° 3, mars 1995, p. 132-180. Observons que Rawls, dans sa réplique, ne développe pas de nouveaux arguments, mais essaie d'exclure la philosophie de Habermas comme « doctrine compréhensive ».

critique le discours de formation des normes élaboré par Rawls. Dans ces analyses, c'est le contraste explicatif qui constitue la trame de la réflexion.

Critique du modèle rawlsien de l'autonomie politique et individuelle

Il convient d'abord de dire quelques mots à propos de l'objectif recherché par Habermas dans sa critique de Rawls sur ce thème précis. En fait, Habermas présente le problème de l'héritage de la modernité en ce qui concerne l'autonomie (individuelle et politique) comme une lutte entre une conception libérale et une conception républicaine[8]. La conception libérale a privilégié des droits fondamentaux libéraux, les libertés des modernes, en faisant de ces « droits » (libertés) le fondement de l'État. Les républicains, par contre, ont privilégié les droits politiques de participation, les libertés des Anciens, en insistant sur la pratique de l'autodétermination des citoyens. Dans la perspective de Habermas, les philosophes les plus perspicaces, tels Kant et Rousseau, ont tenté d'éviter un surinvestissement de l'un ou l'autre de ces deux versants de la modernité au profit d'un arbitrage raisonnable entre les deux. Aux yeux de Habermas, Rawls poursuit ce travail d'arbitrage, mais en s'appuyant sur un fondement philosophique déficient, à savoir sur une philosophie de la conscience dont l'insuffisance sera aggravée par son nouveau projet de libéralisme politique. L'enjeu de la critique du modèle rawlsien par Habermas n'est donc pas seulement de corriger un quelconque parti-pris philosophique, mais aussi, plus profondément, d'ancrer l'intersubjectivité communicationnelle face au discours soliloque issu de la conscience libérale. Nous le verrons d'abord au sujet de l'autonomie individuelle, ensuite en ce qui a trait à l'autonomie politique, autrement

8. J. Habermas, « La réconciliation grâce à l'usage public de la raison. Remarques sur le libéralisme politique de John Rawls », p. 41-42. Voir aussi « Trois modèles normatifs de la démocratie », dans *L'intégration républicaine*, « Human Rights and Popular Souvereignty », dans *Ratio Juris*, vol. 7, n° 1, 1994, p. 1-13.

dit à la conception rawlsienne de la souveraineté, et, enfin, synthétiquement, au sujet de l'enjeu sous-jacent du sens démocratique.

L'autonomie individuelle

L'objection que Habermas adresse à la conception rawlsienne de l'autonomie individuelle est double ; d'une part, il la critique en tant que monologue, d'autre part, il désapprouve la conception étriquée de l'individu introduite par Rawls. Précisons qu'il ne s'agit ici, chez Rawls comme chez Habermas, que du sens de l'autonomie individuelle dans son horizon juridique, et nullement métaphysique.

Examinons d'abord la conception qu'a Rawls de l'autonomie individuelle. Rawls considère que la source d'un système de droits et de libertés se réfère à l'idée d'une société conçue comme un système juste de coopération. Les représentants des citoyens ont pour tâche de se mettre d'accord sur les termes d'une collaboration soumise à des conditions raisonnables. Comme participants à une telle coopération, les citoyens ont préalablement, ainsi que Rawls le dit, deux facultés morales leur permettant de contribuer à cette entreprise[9]. D'abord, la capacité de se référer à un sens de la justice ; ensuite, la capacité de choisir une conception du bien. L'une se réfère au « raisonnable », l'autre au « rationnel[10] ». Le sens de cette vision de l'autonomie individuelle est, comme l'affirme Rawls, que le libéralisme politique espère satisfaire la demande libérale traditionnelle de justifier le monde social d'une façon acceptable « selon le tribunal de compréhension propre à chaque individu[11] ».

Cette façon d'envisager l'autonomie individuelle relève foncièrement d'un monologue, selon Habermas. L'autonomie individuelle est thématisée dans la perspective du

9. J. Rawls, *Libéralisme politique*, p. 43, 114 et suiv.
10. *Ibid.*, p. 76 et suiv.
11. J. Rawls, « Réponse à Habermas », p. 76, note 41. Rawls se réfère à l'opinion de Jeremy Waldron dans *Liberal Rights*, New York, Cambridge University Press, 1993, p. 61.

«je» seulement. C'est la logique du modèle rawlsien qui transforme ultimement la multitude des «je» en «nous» politiques. Une telle conception, d'après Habermas, demeure dépendante des prémisses d'une philosophie de la conscience, c'est-à-dire qu'elle est rivée au modèle d'un sujet solitaire. Ce modèle n'a pas besoin de l'argumentation entre les citoyens. Il n'a besoin que de références logico-politiques qui affirment l'autonomie juridique et politique des individus.

En fait, Habermas critique une conception de l'autonomie personnelle qui ne considère l'agent que sous l'angle d'un modèle hypothétique. Le modèle de Rawls ignore systématiquement la compréhension que l'agent raisonnable peut atteindre collectivement. Ce modèle méconnaît délibérément la compréhension réflexive que chaque individu peut acquérir dans l'espace public.

L'autonomie politique ou la souveraineté

La critique qu'il adresse à Rawls s'éclaire lorsqu'il aborde la question de l'autonomie politique. L'enjeu est pour Habermas la question du sens démocratique et comment celui-ci devient déficitaire dans le système rawlsien au bénéfice d'un faisceau de «principes» non thématisables. Car si Habermas comme Rawls partagent l'idée de la souveraineté du peuple comme base de la politique, elle n'a pas le même sens chez chacun d'eux. Chez Rawls, la souveraineté du peuple se résume, selon Habermas, en une logique du choix rationnel institutionnellement prédéterminé et biaisé. Cette logique met largement les institutions à l'abri des enjeux politiques et démocratiques.

Nous pouvons aborder le thème de l'autonomie politique rawlsienne en insistant sur la critique que Habermas fait de la métaphore de la position originelle. Rawls utilise cette image pour introduire le modèle de l'autonomie politique désirable[12]. En fait, Rawls pense que la position origi-

12. J. Rawls, *Libéralisme politique*, p. 47 et suiv.

nelle peut être un moyen « démocratique » pour assurer un accord juste et y conduire. Sa théorie de la représentation suppose qu'une personne, au fait de la rivalité des doctrines compréhensives et dans un souci de neutralité à leur égard, a besoin d'une méthode de médiation politique « neutre » ou, comme Rawls le dit maintenant, « indépendante » (free-standing)[13], pour fonder les normes et institutions adéquates. Certes, n'importe qui peut, à toute fin, utiliser cette méthode, mais Rawls affirme que cette méthode peut être utilisée de façon privilégiée, au nom de la société, par des personnes ayant un « mandat » politique et juridique général[14]. Il s'agit donc d'une méthode qui pourrait être utilisée par les instances juridiques et politiques pour comprendre, interpréter et instaurer des politiques appropriées. Rawls suppose donc que le fait que toute personne raisonnable puisse vérifier, et à l'occasion contester, l'utilisation de cette méthode, assure une assise « démocratique » à ces instances juridiques et politiques.

La critique de Habermas consiste à dire que cette théorie met les institutions à l'abri d'une réflexion démocratique élargie. Pourquoi des individus entièrement autonomes requerraient-ils une théorie de la représentation qui ne les reconnaît pas comme entièrement autonomes ?

Pour Habermas, les individus n'ont pas besoin d'une telle représentation aussi longtemps que les citoyens sont conçus comme des personnes morales qui disposent d'un sens de la justice et de la capacité de se référer à leur propre conception du bien. Si tel est le cas, comme le prétend Habermas, Rawls ne fait que déplacer les caractéristiques d'une personne morale, sous les contraintes d'un modèle spécifique et abstrait de la rationalité, vers ce même modèle. Il introduit une pensée circulaire de l'auto-justification qui ne sert qu'à fournir des « atouts » aux juristes constitutionnels, dans la tradition juridique des pays occidentaux,

13. *Ibid.*, p. 35.
14. J. Rawls, *Libéralisme politique*, p. 280 et suiv. et *Justice et démocratie*, p. 189.

en les instituant comme ultime «fondement» et ultime «juge».

Contre cette façon de concevoir l'autonomie politique, Habermas introduit l'idéal selon lequel «[l]es citoyens ne sont politiquement autonomes que dans la mesure où ils peuvent se comprendre collectivement comme les auteurs des lois auxquelles ils sont soumis en tant que destinataires[15]». Il constate que ce n'est pas la vision de Rawls.

Habermas poursuit sa critique des positions de Rawls et soutient que, si ce ne sont que les citoyens qui peuvent rationnellement être désignés comme fondement et base, l'autonomie politique, elle, doit être entière. Elle ne peut être propulsée dans un modèle hypothético-logique présupposé apte à prendre rationnellement en charge l'autonomie politique des citoyens. C'est le sens de la modernité juridique et politique qui est ainsi en jeu pour Habermas. Il considère que chez Rawls l'homme moderne est «désapproprié» en tant qu'intersubjectivement responsable de la construction de la vie en commun. En fait, Habermas identifie le projet de la modernité comme «la nécessité de puiser en soi-même tout ce qui relève des normes[16]». Dès lors, l'homme a besoin de toutes ses ressources, de toutes ses facultés, de toutes ses expériences. L'introduction d'un modèle hypothético-logique comme celui de Rawls et la hiérarchie de valeurs et de normes qu'il implique deviennent incompatibles avec ce projet. L'homme ne puise pas en lui-même chez Rawls, il puise dans le modèle hypothétique du philosophe.

En fait, cette critique met à nu ce que la théorie de Rawls n'est pas : l'autonomie politique ne fait pas référence à la prise de parole dans l'espace public. La théorie de Rawls ne valorise point un espace public permettant aux citoyens de se comprendre réciproquement comme auteurs

15. J. Habermas, «La réconciliation grâce à l'usage public de la raison. Remarques sur le libéralisme politique de John Rawls», *op. cit.*, p. 46.
16. J. Habermas, *Le discours philosophique de la modernité*, Paris, Gallimard, 1988, p. 23.

et destinataires des lois, elle vide plutôt cet espace public de tout sens au profit d'un institutionnalisme conservateur.

Le sens démocratique

La critique habermasienne de l'autonomie individuelle et politique chez Rawls peut se résumer à la question du rôle de la démocratie à l'égard des institutions. En fait, si l'autonomie, individuelle et politique, ne peut avoir de sens que dans une communauté politique, la conception de la démocratie que véhicule la théorie de Rawls est, selon Habermas, déficitaire.

Habermas n'a que peu de sympathie pour cette conception de la démocratie. Il la juge inacceptable politiquement et non pertinente empiriquement. Le modèle proposé par Rawls ne peut susciter l'assentiment effectif des citoyens et il ne peut être renouvelé pour assurer le maintien d'une culture démocratique. Aux yeux de Habermas, ce modèle froid n'appelle pas à l'engagement démocratique et il ne suscite pas de participation.

Rawls introduit, selon Habermas, une conception limitée de la démocratie. Il la critique comme une conception dont le rôle principal serait de mettre les institutions démocratiques à l'abri des enjeux politiques et démocratiques déjà existants. En fait, la position originelle n'est qu'une construction logico-formelle introduisant, selon Habermas, des restrictions non-justifiées démocratiquement. La définition de cette construction qui émet des réserves relève de la compétence du philosophe, ou plus probablement du juriste libéral constitutionnel. Il leur appartient alors d'établir les limites à l'intérieur desquelles s'exercent les intérêts privés et politiques. Ces restrictions, tout comme l'enjeu démocratique, sont hors de la portée des citoyens. Finalement, Rawls ne fait que poursuivre la tendance inaugurée par J. Stuart Mill qui confine la direction politique et juridique à une « classe politique » compétente[17];

17. J. Stuart Mill, *L'utilitarisme*, Paris, Flammarion, 1988, p. 51-53.

une « classe politique » éclairée, une élite, dont le rôle ultime est la stabilité « sociale » et la « tolérance » idéologique.

Dans sa critique de Rawls, Habermas propose sa propre conception de la démocratie. D'après lui, la démocratie se définit par la participation totale et entière de tous les citoyens[18]. La démocratie, c'est l'espace public assurant un échange de plus en plus élargi d'arguments et de raisons qui peuvent à la fois éclairer les individus et servir le processus de formation d'une volonté commune, communicationnellement partagée. La démocratie doit faire en sorte que les individus se définissent par leurs prises de parole. Celles-ci mobilisent leurs expériences, font appel au réservoir symbolique des mondes vécus et utilise les différentes formes de rationalité de la modernité. En somme, selon Habermas, la démocratie repose sur un droit de participation entier et non-biaisé.

N'est-il pas significatif, en ce sens, d'observer que si Habermas a construit son opposition à Rawls selon le schème de la liberté des Modernes par rapport à la liberté des Anciens, en soulignant la différence entre droits moraux et droits de participation, Rawls, pour sa part, définit ce même schème comme une différence entre droits moraux et droit à l'égalité, ou encore comme « des valeurs de la liberté et de l'égalité[19] ». Rawls introduit ainsi un contresens historique et philosophique, car les Anciens ne se préoccupaient guère de l'égalité, mais plutôt des droits de participation « démocratiques » ; ce contresens philosophique nous met cependant sur la piste de l'aporie constitutive du projet rawlsien d'un libéralisme politique. Celui-ci ne peut thématiser l'essence d'un droit de participation

18. B. Melkevik, « Habermas et l'État de droit. Le modèle communicationnel du droit et la reconstruction réflexive de l'État de droit contemporaine », dans J. Boulad-Ayoub, B. Melkevik et P. Robert (dir.), *L'Amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, Sainte-Foy/Paris, Les Presses de l'Université Laval/L'Harmattan, 1996. Repris dans B. Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit*, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1998, p. 133-150.

19. J. Rawls, *Libéralisme politique*, p. 29.

entièrement démocratique qu'au risque de voir s'écrouler un échafaudage philosophique soigneusement construit.

Critique du discours rawlsien de la fondation des normes

La critique que Habermas adresse à Rawls témoigne de la rivalité et des contrastes entre les deux discours : celui de la fondation des normes chez Rawls, la sélection communicationnelle des normes chez Habermas. Habermas structure sa critique selon trois axes[20] : 1) les parties peuvent-elles comprendre les intérêts suprêmes d'autrui uniquement sur la base d'un égoïsme rationnel dans le concept de la position originelle ? ; 2) Les droits fondamentaux peuvent-ils être assimilés aux biens premiers ? ; 3) Le voile d'ignorance peut-il garantir l'impartialité du jugement ? Dans la présentation qui suit, nous respecterons cet ordre et nous ajouterons une synthèse et quelques réflexions dans un quatrième point.

La position originelle

Sans surprise, Habermas adresse le reproche suivant à Rawls : la position originelle ne met en œuvre qu'un égoïsme rationnel[21]. C'est pourquoi nous allons approfondir la critique habermasienne à l'égard de la rationalité de la poursuite des fins, ou rationalité stratégique, inhérente au modèle rawlsien.

La position originelle de Rawls est en fait une métaphore, une image, qui se veut analogue aux théories du contrat social moderne[22]. Ainsi, Rawls postule que le juste peut être défini intellectuellement, et voulu politiquement, au terme d'un calcul d'intérêts avantages/coûts qui, envisagé

20. J. Habermas, « La réconciliation grâce à l'usage public de la raison. Remarques sur le libéralisme politique de John Rawls », *op. cit.*, p. 4.
21. *Ibid.*, p. 12-17. Voir aussi *Morale et communication*, p. 87-89, 100, 131 et 137 ; *De l'éthique de la discussion*, Paris, Cerf, 1992.
22. J. Rawls, *Libéralisme politique*. Pour la critique, voir Jean Hampton, « Contracts and Choices : Does Rawls Have a Social Contract Theory ? », dans *The Journal of Philosophy*, vol. 77, 1980, p. 315-338.

subjectivement, ne vise que le « bon » ou le « juste » pour le moi. La position originelle fait appel à la conception rawlsienne de l'autonomie individuelle que nous avons analysée auparavant : c'est le « je » qui choisit. Les individus, se dissimulant sous le voile de l'ignorance, ne cherchent même pas, à proprement parler, à se mettre à la place d'autrui. Certes, ils peuvent imaginer toutes sortes de situations sociales et politiques possibles, mais il s'agit de positions qu'ils n'occupent pas et qu'ils ne connaissent pas non plus.

La position originelle fonde un égoïsme rationnel, aux yeux de Habermas, en excluant un moment « pratique » véritable au sens de la philosophie pratique, à savoir « sélectionner » les normes en les partageant et en les validant intersubjectivement. Jean-Marc Ferry observe avec justesse que la position rawlsienne met plutôt en œuvre un décentrement « paradoxal » de manière qu'une « considération égoïste suffirait à motiver : *je peux être l'autre*[23] ». Elle met en œuvre une logique où le « je » doit se mettre à la place d'autrui. Aux yeux de Habermas, le voile d'ignorance sert ainsi à cacher un calcul égoïste sans tenir compte des enjeux concrets. En fait, ce calcul égoïste utilise l'hypothèse des conséquences pour le moi, sans pour autant thématiser empiriquement ces conséquences. Pour Habermas, le résultat consiste en un calcul égocentrique ne pouvant pas rendre compte de ce qui est également juste pour tous.

Comment les adhérents à la position originelle de Rawls peuvent-ils, rétorque Habermas, « comprendre le fait que des citoyens autonomes respectent les intérêts des autres sur la base de principes justes et non uniquement pour des raisons d'intérêts propres, qu'ils peuvent avoir une obligation de loyauté, qu'ils souhaitent être convaincus de la légitimité des arrangements existants et d'une politique appropriée par un usage public de leur raison, etc.[24] ». Ils ne le peuvent pas, selon Habermas. Ils ne le pourront qu'en développant le

23. Jean-Marc Ferry, *Philosophie de la communication 2. Justice politique et démocratie procédurale*, Paris, Cerf, coll. « Humanités », 1994, p. 54.
24. J. Habermas, « La réconciliation grâce à l'usage public de la raison. Remarques sur le libéralisme politique de John Rawls », p. 14-15.

« point de vue moral » d'une façon qui puisse satisfaire les intérêts de tous et qui puisse recueillir l'assentiment de toutes les personnes impliquées dans une discussion réelle. Mais une telle position est loin de celle de Rawls.

Les droits fondamentaux

La deuxième critique que Habermas adresse au discours de la fondation des normes chez Rawls concerne sa conception des droits fondamentaux[25] : les droits fondamentaux peuvent-ils être assimilés aux « biens premiers » comme le soutient Rawls ? Le droit est-il un « bien » ?

Rawls identifie, en effet, les « droits fondamentaux » à un bien premier dans le sens précis que c'est un bien dont les citoyens ont besoin en tant que personnes égales et libres. Dans la liste qu'il dresse des biens premiers, les droits fondamentaux sont mis en exergue[26]. Le fond de la pensée rawlsienne exprime que les biens premiers reposent sur une base publique de comparaisons objectives permettant de rendre compte des conditions sociales des citoyens : le fait d'être libre. Ainsi, le terme « bien » réfère à une conception de ce qu'est, suivant Rawls, une vie humaine méritant d'être vécue, et les droits sont des « biens » parce qu'ils nous procurent et nous assurent cette possibilité de vie humaine[27]. Il s'agit d'une conception où les droits ne se partagent pas intersubjectivement, mais où ils appartiennent à chaque individu sous le mode de l'avoir.

La critique de Habermas consiste à dire que les droits fondamentaux sont chez Rawls réduits à une perspective instrumentale. C'est une condition nécessaire pour que les personnes puissent réaliser des plans pour la vie qu'elles estiment, à tort ou à raison, être adéquate. Habermas considère que cette conception des droits fondamentaux est la

25. *Ibid.*, p. 17-21.
26. J. Rawls, *Libéralisme politique*, p. 224.
27. Voir William Rehg, *Insight and Solidarity. The Discourse Ethics of Jürgen Habermas*, Berkeley, University of California Press, 1994, p. 124-125 ; voir aussi p. 125-134.

variante d'une représentation qui peut être associée à la fois à l'aristotélisme et à l'utilitarisme[28]. Regrettons que Habermas n'approfondisse pas cette association subtile de Rawls avec l'utilitarisme ; il fait cependant remarquer que le fond du problème est bien que Rawls associe le processus de fondation des normes à un processus téléologique, structuré selon la logique d'une personne et de son action. Autrement dit, c'est la valeur « utilitaire » des droits qui justifie leur existence.

Habermas oppose le sens moderne du droit à cette conception : un droit issu du savoir moral et pratique des individus ayant fait du droit l'horizon de leur vie commune. Pourquoi Rawls veut-il soustraire les droits fondamentaux à ce savoir moral et pratique ? Pourquoi veut-il fonder les droits fondamentaux de façon individualiste alors que leur sens même concerne le *vivre-ensemble* ? Il ne s'agit pas d'un quelconque conflit entre droit subjectif et droit collectif, mais plus précisément du rôle de l'autonomie politique dans l'élaboration des droits. Le processus restreint utilisé par Rawls dans la construction de l'autonomie individuelle et politique conduit à biaiser la médiation entre la conception libérale des droits fondamentaux et la conception républicaine. Son modèle impose que les droits fondamentaux s'écrivent sur le mode de biens individuels, là où les enjeux sont intersubjectifs. La première catégorie de droits fondamentaux qui sera exclue est d'ailleurs le droit de participation politique, qui ne peut pas s'écrire sur ce mode.

Dans la conception des « droits-biens » chez Rawls, Habermas ne voit que le signe du refus d'admettre le rôle de « l'usage public de la raison » en ce qui concerne les droits fondamentaux. Rawls se construit un abri sûr contre les discussions, les raisonnements, les argumentations qui peuvent se tenir dans l'espace public au moment de se donner des droits fondamentaux.

28. J. Habermas, « La réconciliation grâce à l'usage public de la raison. Remarques sur le libéralisme de John Rawls », p. 18.

Le voile d'ignorance

Dans la troisième critique que Habermas adresse à Rawls, ainsi qu'à son discours de fondation des normes valides, il conteste la thèse voulant que le voile d'ignorance puisse garantir l'impartialité du jugement[29]. C'est en fait, chez Rawls, la thèse selon laquelle le voile d'ignorance donne une telle garantie en imposant d'« oublier » qui nous sommes, d'où nous venons et ce que nous avons vécu. Le voile d'ignorance que nous posons devant nos yeux pour rendre opérationnel le processus de fondation de normes sert, comme le dit Rawls, à une réflexion impartiale[30]. La position originelle représente, dans le système rawlsien, une idée régulatrice par laquelle s'opère l'accord de toutes les considérations bien soupesées.

La notion d'impartialité est, pour Habermas, liée avec l'idée d'information des participants[31]. Si les participants n'ont pas accès à toute l'information possible les concernant et concernant la société, comment pouvons-nous, rétorque Habermas, prétendre que leur jugement est « impartial » ? Un jugement non éclairé peut-il être dit « impartial » ?

Habermas ne voit ici qu'une sorte d'aveuglement volontaire, qu'une restriction des informations recevables et que l'introduction d'une surdétermination idéologique programmée à l'avance. En fait, Rawls a introduit une base normative qui, de l'extérieur, et c'est l'expression même de Habermas[32], doit arbitrer le flux d'informations qui vient de la société profondément divisée de notre modernité. Le voile d'ignorance agit comme un filtre qui empêche la prise en compte des expériences moralement signifiantes et des

29. *Ibid.*, p. 22-26.
30. J. Rawls, *Libéralisme politique*, p. 8, 78 et 82.
31. J. Habermas, « La réconciliation grâce à l'usage public de la raison. Remarques sur le libéralisme politique de John Rawls », p. 22.
32. *Ibid.*, p. 26. Voir également « Reconciliation through the Public use of reason: Remarks on John Rawls's Political Liberalism », p. 115-116: « [...] bracket the pluralism of convictions and worldviews from the outset ».

différentes formes d'apprentissage. Rawls étouffe en effet, selon Habermas, le flux d'informations sociales, politiques et culturelles de telle sorte que le voile d'ignorance doit harmoniser uniquement les informations recevables selon les principes initiaux.

La solution de rechange, pour Habermas, n'est pas de se fermer à des expériences moralement significatives de notre modernité, mais plutôt, par opposition à Rawls, de s'ouvrir à une prise en compte. Sur le plan empirique, Habermas n'a aucun problème à montrer comment notre modernité juridique a effectivement et honteusement pu se fermer à de telles expériences. Le mouvement ouvrier a historiquement fait les frais d'une telle fermeture. L'expérience morale des ouvriers n'était simplement pas jugée pertinente pour le droit du XIX^e siècle. Aujourd'hui, c'est le féminisme qui tente de thématiser l'expérience morale des femmes. Devons-nous nous fermer, comme nous le suggère Rawls, à ces expériences et rejeter l'information qu'elles peuvent nous apporter? Dans l'affirmative, pouvons-nous croire que ces mouvements, et d'autres encore, voudront accorder leur confiance à notre modernité juridique? Celui qu'on n'écoute pas n'est-il pas déjà traité comme un ennemi? L'insistance d'Habermas quant au rôle primordial de l'information se réfère par conséquent à l'usage public de la raison. Contrairement à la conception rawlsienne, l'usage public de la raison inhérent à la perspective habermasienne requiert un flux d'informations élargi et non-biaisé.

À l'encontre de Rawls, Habermas introduit donc une conception tout à fait différente de l'impartialité. Il la définit comme suit: « Seul est impartial le point de vue à partir duquel sont universalisables les normes mêmes qui, parce qu'elles incarnent manifestement un intérêt commun à toutes les personnes concernées, peuvent escompter une adhésion générale et gagner, dans cette mesure, une reconnaissance intersubjective[33]. »

33. J. Habermas, *Morale et communication*, p. 86.

Il s'agit d'une conception de l'impartialité qui, contrairement à celle de Rawls, accepte et requiert toute forme d'information, toute expérience moralement pertinente.

Quelques réflexions

La critique de Habermas à propos du discours de fondation des normes sociales de Rawls soulève la question de la signification du « point de vue moral ».

La critique que nous venons d'analyser souligne que Rawls n'arrive pas à respecter les exigences d'un « point de vue moral ». Rawls se trouve, selon Habermas, dans une impasse, car il thématise cette exigence à partir d'un point de vue unique, celui du « je », comme c'est le cas pour l'impératif catégorique de Kant. Il ne suffit pourtant pas pour Habermas que chaque individu procède, de façon privée, à une délibération cherchant à justifier les normes fondamentales. Ce qui est nécessaire, c'est que les individus concernés reconnaissent et approuvent intersubjectivement la validité des normes proposées. Habermas veut ainsi situer le « point de vue moral » sur l'axe de l'intersubjectivité. Il ne suffit plus de savoir qu'une personne est prête à se soumettre à la logique hypothétique de Rawls, il faut se demander plus concrètement ce que tous veulent ensemble. Habermas thématise « un point de vue moral » dont l'intersubjectivité fait référence à l'horizon d'une « volonté commune » communicativement partagée. Il est ainsi significatif que la question de validité des normes sociales ne peut plus être le résultat d'une production logico-hypothétique interne comme chez Rawls. Chez Habermas, la production des normes relève des forces démocratiques et leur validation est soumise à l'appréciation de tous.

Bilan et questions

Concluons notre article en dressant un bilan et en introduisant quelques pistes de réflexion.

Le sens de la critique habermasienne est à l'effet que la philosophie de Rawls trouve ses racines au XIX^{e} siècle. Le

projet de Rawls n'est qu'une version modernisée de la tradition de la philosophie de conscience. C'est une philosophie qui se perpétue comme si le tournant linguistique n'avait jamais eu lieu. Ce qui revient constamment, c'est l'absence d'une intersubjectivité réelle et démocratique chez Rawls. Le sens du projet rawlsien risque de se réduire à une profession de foi dans les institutions politiques et juridiques des pays libres, pluralistes et démocratiques. Il s'agit en fait d'une profession de foi dans un sens bien précis : son discours de fondation des normes débouche sur le « tribunal des principes », à savoir la Constitution et son interprétation, que seules les Cours suprêmes sont en pratique dit-on faussement autorisées à « interpréter ».

L'absence d'un dialogue ouvert et démocratique, aussi bien pour « fonder » les institutions qu'en ce qui concerne l'interprétation et le schème de compréhension, hypothéquera le projet de Rawls. Selon Habermas, Rawls a construit une « âme philosophique » et tenté d'animer le projet « constitutionnaliste » moderne. Mais cette « âme philosophique » ne peut concrètement être gérée que par une institution qui est censée être formée par le choix politique d'hommes et de femmes vertueux. Et encore, comme l'indique Habermas : il s'agit d'une « âme » qui nous échappe, qui se substitue à nous et qui, à la manière de l'héritage des Lumières, travaille comme Raison raisonnante.

Avons-nous réellement besoin de la théorie que nous propose le projet de Rawls ? Force est de constater que tout ce qu'argumente Habermas prouve le contraire. Ce projet constitue plutôt la doctrine d'un retrait sécurisant, sinon l'abdication du pouvoir entre les mains d'une « classe politique » prétendument éclairée et compétente. La solution n'est-elle donc pas de radicaliser notre compréhension de ce qu'exige la démocratie ? Sinon de faire le pari d'une conception radicale de la démocratie, comme le fait Habermas ? À notre point de vue, il faut abonder en ce sens.

MORALE OU DÉMOCRATIE: RETOUR VERS LE DÉBAT RAWLS-HABERMAS[1]

Le débat relaté dans les pages de *The Journal of Philosophy*, en 1995, entre Rawls et Habermas, est sûrement l'un des grands moments de la philosophie juridique et politique contemporaine[2].

Au-delà des idées et des raisonnements développées, très « moraux » et conservateurs chez Rawls, très appuyés sur des raisons démocratiques chez Habermas, la question posée était celle de la direction à suivre pour les philosophies juridique et politique contemporaines et de leurs enjeux. Celles-ci doivent-elles s'engager, comme nous le prône Rawls, sur le chemin d'une (soi-disant) doctrine « neutre » des raisons morales ou doivent-elles, *a contrario*, et comme le défend Habermas, s'engager dans la voie des processus démocratiques en ne défendant désormais que de bons arguments et de bonnes raisons ? Comme nous le verrons par la suite, seule la deuxième voie, celle d'Habermas, nous semblera pertinente vis-à-vis des exigences contemporaines de la modernité juridique.

Pour revenir à ce débat, c'est surtout l'orientation à choisir pour la philosophie contemporaine du droit qui nous intéresse. Il s'agit pour nous de mettre en relief cette question charnière au cœur d'une réflexion de philosophie

1. Conférence donnée à Montréal le 30 novembre 1999 à l'Université du Québec à Montréal.
2. *The Journal of Philosophy*, vol. 92, n° 3, mars 1995, p. 109-131 (Habermas) et p. 132-180 (Rawls). Le débat à été traduit en français, avec un essai supplémentaire d'Habermas ; voir J. Habermas et J. Rawls, *Débat sur la justice politique*, Paris, Cerf, coll. « Humanités », 1997.

du droit. Pour faire suite à notre réflexion précédente[3], consacrée précisément aux arguments beaucoup plus tangibles du débat entre Rawls et Habermas, nous souhaitons maintenant aller plus loin dans notre réflexion et analyser plus spécifiquement les présupposés philosophiques de la controverse en question.

Commençons par souligner qu'il ne faut surtout pas croire que le débat entre Rawls et Habermas commence *ex nihilo* en 1995. Si Rawls semble peu familier avec la pensée d'Habermas et s'il ne maîtrise absolument pas les enjeux de la question, il en est tout autrement chez Habermas. En effet, la recherche et la réflexion qu'il a entreprise sur l'œuvre philosophique de Rawls, ainsi que les débats qu'il a soulevés, ponctuent la plupart de ses écrits. Dès qu'Habermas laisse de côté le questionnement d'ordre épistémologique, qui l'avait tant préoccupé au début de sa carrière universitaire, pour aborder des problèmes d'ordre plus pratique, la contestation vis-à-vis de la pensée de Rawls revient comme un leitmotiv.

Force est de constater que la manière philosophiquement constructiviste qu'adopte Habermas depuis sa *Théorie de l'agir communicationnel*[4] l'amène vers une théorisation de la signification de l'agir moderne. Il s'en dégage une « éthique de la discussion[5] », « la conception démocratique du droit[6] » et « la politique délibérative[7] », autant de thèmes soudés entre eux par une conception de la significa-

3. B. Melkevik, « Du contrat à la communication : Habermas critique Rawls », dans *Philosophiques*, Montréal, vol. XXIV, n° 1, 1997, p. 59-170 ; repris précédemment dans ce volume.
4. J. Habermas, *Théorie de l'agir communicationnel*, 2 tomes, Paris, Fayard, coll. « L'espace du politique », 1987.
5. J. Habermas, *Morale et communication*, Paris, Cerf, coll. « Passages », 1986, et *idem*, *De l'éthique de la discussion*, Paris, Cerf, coll. « Passages », 1992.
6. J. Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, coll. « NRF Essais », 1997. Sur Habermas et le droit, voir B. Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit*, Sainte-Foy/Paris, Les Presses de l'Université Laval/L'Harmattan, 1998, p. 91-150.
7. J. Habermas, *L'intégration républicaine. Essais de théorie politique*, Paris, Fayard, 1998.

tion de la modernité. Avant que le débat n'éclate sur la place publique, Habermas avait dû examiner les prémisses et les conséquences de la théorie de Rawls par rapport aux siennes. En ce qui concerne le débat de 1995, il faut prendre garde d'être réducteur en ne s'en tenant qu'à ces échanges de propos, aussi importants soient-ils. Il vaut mieux mettre en relief les corpus philosophiques qui sous-tendent leurs positions respectives.

Par la suite, nous privilégierons deux questions charnières chez Rawls et Habermas: d'abord le problème que constitue la « fondation morale » de Rawls et, *a contrario*, celui de la souveraineté communicationnelle chez Habermas; ensuite, la question de la raison publique institutionnelle chez Rawls et, *a contrario*, celle de la démocratie seulement tributaire des citoyens chez Habermas.

Fondation morale ou engagement démocratique

Rawls et Habermas exposent chacun des positions différentes à l'égard des normes, des institutions et de la possibilité de droit. Là où Rawls met en avant une théorie de fondation, Habermas, quant à lui, fait reposer les dites normes, institutions, etc., sur l'exigence de participation démocratique. En fait, le modèle de Rawls est un modèle de philosophie fondationnaliste[8], tandis que le modèle de participation d'Habermas rompt toute relation avec le domaine du Juste, pour ne prendre au sérieux que les questions pratiques situées dans la perspective d'une participation de tous.

Le discours fondationnaliste de Rawls

La logique de fondation que développe Rawls se révèle en fonction de ses objectifs[9]. Il s'agit en fait d'introduire une méta-position, au-dessus de la mêlée, qui doit permettre le positionnement des individus vis-à-vis des enjeux politiques,

8. Néologisme faisant référence à « un discours de fondation ».
9. J. Rawls, *Libéralisme politique*, Paris, PUF, 1995. Nous nous appuyons également sur J. Rawls, *Justice et démocratie*, Paris, Seuil, 1999 et *idem*, *Théorie de la justice*, Paris, Seuil (2e édition corrigée), 1997.

juridiques et institutionnels. Nous pouvons faire la distinction entre deux discours de fondation primaires chez Rawls.

Une fondation par l'intuition morale

Le premier discours de fondation que Rawls cherche à introduire est d'ordre moral; ou peut-être mieux, méta-moral. Il s'agit pour lui d'introduire la présupposition qu'il existe un faisceau de normes ou d'exigences normatives qui s'imposent à nous comme éminemment raisonnables. Si nous ne les acceptons pas, c'est bien évidemment parce que nous n'avons pas une conscience morale suffisante ou que nous sommes les partisans suspects de différentes conceptions dites compréhensives.

En fait, les deux principes de justice que Rawls énonce de la manière suivante servent cette logique :

> Chaque personne a un droit égal à un schème pleinement adéquat de libertés de base égales pour tous, qui soit compatible avec un même schème de libertés pour tous; et dans ce schème, la juste valeur des libertés politiques égales, et de celles-là seulement, doit être garantie.
>
> Les inégalités sociales et économiques doivent satisfaire à deux conditions :
> - elles doivent être liées à des fonctions et à des positions ouvertes à tous, dans des conditions d'égalité équitable des chances, et
> - elles doivent procurer le plus grand bénéfice aux membres les plus désavantagés de la société[10].

En examinant les « deux principes de justice » que développe Rawls, et dont il cherche à nous prouver la viabilité, il appert en fait que les dés sont pipés. Rawls a lui-même décidé, à notre place et selon des paramètres qu'il a édictés pour son propre compte, ce que nous devons accueillir comme raisonnable. Dès lors, nous n'avons plus, selon lui, la liberté de proposer d'autres paramètres, d'autres hiérarchies, d'autres principes à considérer. Il est évident que

10. J. Rawls, *Libéralisme politique*, *op. cit.*, p. 29-30.

cela nous relègue, pour paraphraser Kant, dans une situation d'infériorité.

Mais, bien sûr, cette logique d'évincement de la part du discours fondationnaliste de Rawls s'accompagne d'un appel tout particulier à l'intuition morale : N'est-il pas raisonnable (et moral) d'accepter ces principes si vous ne connaissez rien de vous-même (à l'exception de vos capacités morales) et de la société ? Ceux qui croient qu'une telle question est de l'ordre de la « morale » (et ils sont légion) se trouvent ainsi seuls avec leur propre intuition morale. C'est pourquoi la réponse ne peut être affirmative, parce que seule une telle réponse englobe les éléments moraux de l'argumentation de Rawls.

Rawls peut en somme compter sur le discours fondationnaliste de « justice » comme fondement de sa théorie.

Une fondation par la tradition raisonnable

Le deuxième aspect fondationnaliste de Rawls concerne la tradition institutionnelle. Il convient de souligner que les principes moraux mis en exergue par Rawls ne sont à ses yeux que les principes fondamentaux sous-jacents à la culture institutionnelle d'une société de type « libéral ». En fait, Rawls met en avant, d'une façon fondationnaliste, l'aspect raisonnable de la tradition institutionnelle. Comme il le dit dans *Libéralisme politique :* « Je commence donc par examiner la culture publique elle-même en y voyant un fond commun d'idées et de principes fondamentaux qui, implicitement, sont acceptés[11]. »

Bien sûr, ce « fond commun d'idées et de principes fondamentaux » se retrouve dans l'architecture des institutions gouvernementales, parlementaires ou judiciaires, dans leur formation aussi bien que dans les actes comme la Constitution, la Législation ou encore la Jurisprudence. Ensemble, ces institutions peuvent, à un degré qu'elles fixent et qui reflète adéquatement les principes de Justice, incarner le

11. *Ibid.*, p. 32.

« fond » indépassable d'une société « libérale ». Autrement dit, les Institutions ne peuvent être reformées qu'en fonction des précisions fournies *a priori* par la Justice.

Revenons maintenant à la particularité de cette conception quant à son aspect, suivant Rawls, de « raison publique ». En fait, Rawls imagine une fondation présupposée non-problématique des Institutions, un bagage de tradition qu'il impose au citoyen. Il croit que nos conceptions de « justice » sont « *unitaires* » dans un monde où notre conception du Bien est délétère. Rawls ne veut pas reconnaître que nos conceptions de « justice » sont aussi éclatées et controversées que nos conceptions du « bien[12] ».

Le rôle de l'intuition morale

Le fondationnalisme de Rawls l'amène dans une position particulière sur le rôle de la politique, du juridique et des institutions. En fait, Rawls réduit la question de l'homme raisonnable à l'égard de ses artefacts à n'être qu'une justification sur la base de ses intuitions morales, sur le plan individuel. Comme il le dit : « Le but du libéralisme politique est de découvrir les conditions de possibilité d'une base publique raisonnable de justification pour les questions politiques fondamentales[13]. » Or, si toute autre position est déraisonnable, tout ce que nous pouvons faire comme acteur politique et juridique est de justifier monologiquement. Justifier, en utilisant, à partir des prémisses fournies par Rawls, les dites institutions.

Ainsi, toute justification, aussi limitée qu'elle soit, nous met dans la position de quelqu'un qui porte un jugement de valeur[14], selon les prémisses circonscrites par Rawls, et qui se confirme lui-même seul destinataire des normes, des droits et des institutions.

12. Notez que nous reviendrons de façon plus exhaustive sur cette observation et cette problématique dans notre Postface.
13. J. Rawls, *op. cit.*, p. 7.
14. Cf. H. Kelsen, *Théorie pure du droit* (2e édition augmentée), Neuchâtel, La Baconnière, 1988, p. 176 ; « Une justification est un jugement de valeur, qui a toujours un caractère subjectif et relève de l'éthique ou de la politique. »

L'exigence communicative selon Habermas

Il va sans dire qu'une telle position face à la politique, au droit et aux institutions qui ne fait que justifier une opinion « morale » préconçue, ne peut satisfaire Habermas. Cette logique de justification ne peut-elle être autre chose qu'une mise en tutelle de la démocratie, sinon une mise en tutelle de l'homme tout court, par le discours fondationnaliste de Rawls ? Il n'y a, en tout cas, aucun doute sur le fait que le système rawlsien ne répond pas aux exigences de démocratie, et qu'il faut, en conséquence mettre en avant une autre façon de confronter l'homme moderne aux exigences de la modernité juridique, cet homme étant l'auteur et le destinataire de ses droits, normes et institutions. Bref, Habermas introduit l'exigence de communication.

Souveraineté communicationnelle

Dans ce dessein, nous pouvons d'abord nous orienter vers la thèse de Habermas sur la « souveraineté communicationnelle ». Elle est beaucoup plus que le refus d'un discours de fondation. Elle est le développement d'un ensemble de raisons mettant en lumière le non-sens d'un tel discours « fondationnaliste » aujourd'hui. Pour bien saisir le sens d'une « souveraineté communicationnelle » nous nous référons à deux propositions de Habermas :

> La souveraineté entièrement disséminée ne s'incarne même pas dans les têtes des membres associés, mais — si l'on peut toutefois encore parler d'une quelconque incarnation — dans ces formes de communication discursive de l'opinion et de la volonté de façon à ce que leurs résultats faillibles aient pour eux la présomption de la raison pratique. Une souveraineté populaire devenue sans sujets et anonyme, intersubjectivement dissoute, ne trouve pas exclusivement son expression dans les procédures démocratiques et les exigeantes conditions de son implantation. [...] La souveraineté communicativement liquéfiée se fait valoir dans le pouvoir des discours publics [...][15].

15. J. Habermas, « La souveraineté populaire comme procédure. Un concept normatif d'espace public », dans *Lignes*, Paris, n°. 7, 1989, p. 52.

Ou encore :

> C'est dans cette souveraineté rendue fluide par la communication que se trouve le potentiel de réflexion nécessaire, pour autant, en effet, que, d'autre part, elle se fait entendre à travers les thèmes, les arguments et les solutions proposés, tels qu'ils surgissent librement au gré du débat public, mais qu'il lui faut, d'autre part, prendre une forme stable dans les résolutions adoptées par des institutions démocratiques constituées, la responsabilité relative à des décisions pratiques, lourdes de conséquences, devant être clairement assumée du point de vue institutionnel. Le pouvoir engendré par la communication peut sans esprit de conquête agir sur les prémisses des processus d'évaluation et de décision tels qu'ils se déroulent dans le cadre de l'administration publique, puisqu'il s'agit, pour lui, de faire valoir ses exigences normatives dans le seul langage que comprend la forteresse ainsi assiégée : il gère le fonds d'arguments que le pouvoir administratif est en droit d'utiliser de manière instrumentale, mais non — pour autant que sa structure soit celle de l'État de droit — d'ignorer[16].

Habermas exprime de cette façon une conception radicale de la démocratie, en affirmant rien de moins que la dissolution de la théorie « moderne » de la souveraineté[17]. En effet, comme nous venons de le constater, l'intersubjectivité des sujets dans la communication discursive déplace le lieu d'explication vers une communication visant une reconnaissance réciproque des normes que nous voulons honorer et qui méritent d'être validées au bénéfice de notre communauté juridique. Ainsi le lieu d'explication n'est plus une quelconque forme de Raison, comme chez Kant, Fichte ou Hegel, ni la subjectivité du sujet comme chez Locke et sa tradition libérale, ni un quelconque sujet collectiviste comme chez Bodin et Hobbes, ni non plus la Morale comme chez Rawls, Dworkin, etc. Le lieu d'explication est bien plutôt le langage en tant que force sociale, ou force de socialisation, langage qui s'affirme dans un processus infini

16. J. Habermas, *Écrits politiques. Culture, Droit, Histoire*, *op. cit.*, p. 158. Voir *id.*, *Faktizität und Geltung. Beitrage zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Francfort, Suhrkamp, 1992, p. 531.
17. J. Habermas, « La souveraineté populaire comme procédure », dans *op. cit.*, p. 43-48.

d'actes de parole à l'origine de la constitution même des mondes vécus, c'est-à-dire à l'origine des différences que chaque individu perçoit et peut effectuer dans la culture, la société et la personnalité.

Les mondes vécus représentent l'horizon possible de compréhension leur permettant de répondre par oui ou par non aux prétentions à la validité qui leur sont présentées. Les sujets (les individus) ne sont pas morts comme dans le structuralisme ou le poststructuralisme français, mais ils sont bien présents comme locuteurs et auditeurs au sein d'une communication, sans pour autant occuper la place centrale qui revient au sens normatif de la communication dans laquelle ils sont ainsi engagés. Le sens dont il est question est, comme nous l'avons indiqué précédemment, de coordonner les formes de l'agir communicationnel pour les rendre raisonnables pour tous et pour pouvoir en accepter la réciprocité afin de les honorer en les rendant valides pour nous.

Lorsque Habermas affirme que les théories modernes de la souveraineté sont dissoutes dans le langage, nous pouvons bien lui donner raison, car cette souveraineté communicationnelle dissoute dans le langage n'est plus que la force normative du dialogue des citoyens.

Autolégislation démocratique

La thèse de la souveraineté communicationnelle nous amène directement vers deux autres thèses : intersubjectivité et autolégislation démocratique. Habermas refuse toute logique de fondation à la Rawls, pour plutôt affirmer, *a contrario*, que l'homme se trouve dans un processus de sélection, à savoir qu'il est toujours engagé, en réciprocité avec autrui, dans différents processus de sélection de ses normes, de ses droits et de ses institutions.

L'intersubjectivité vise, chez Habermas, à conforter les individus dans leur rôle d'auteurs et de destinataires du droit. La perspective mise en exergue nous invite en fait à envisager comment les citoyens politiquement autonomes

peuvent effectivement se voir et se confirmer mutuellement comme les auteurs des droits. La réponse qui s'impose, selon Habermas, est le modèle discursif des prises de position, par oui ou par non, envers un acte de parole dans l'espace public. En tant que participants à des discussions démocratiques, les co-sociétaires doivent pouvoir examiner si une norme, proposée comme digne d'être honorée comme valide, peut être considérée comme telle et à quel degré. Devant une norme contestée, les co-sociétaires doivent également fournir la preuve de l'adhésion à cette norme de toutes les personnes qui seraient, d'une façon ou d'une autre, concernées. En fait, dans l'usage du langage à des fins d'entente, les sujets, ou bien parviennent à un accord sur la validité à laquelle prétendent leurs actes de parole, ou bien constatent des désaccords dont ils conviennent de tenir compte. Un acte de parole dans l'espace public élève de cette manière les prétentions à cette validité qui appelle une reconnaissance intersubjective.

Habermas constate, de cette façon, que la question de la validité sociale et juridique des normes et des pratiques se produira dans une dynamique intersubjective indispensable, laquelle renvoie à des arguments pouvant être rationnellement acceptables pour tous. De cette façon, le pouvoir communicationnel qui s'exprime dans les actes de paroles représente une intersubjectivité pouvant assumer le rôle d'auteur et de destinataire dans le processus communicationnel de sélection des normes à honorer par leur validation juridique.

Quant à la communication, elle se concrétise dans le projet d'une autolégislation démocratique. L'idée de Habermas consiste à envisager l'intersubjectivité comme le sens d'une autonomie politique où les sujets peuvent mutuellement se considérer comme les auteurs et les destinataires des lois et des droits qu'ils se donnent eux-mêmes réciproquement :

> L'idée d'autolégislation *par les citoyens* requiert en effet que ceux qui sont soumis au droit en tant que destinataires se pensent aussi comme auteurs du droit. [...] Seule une mise en

> œuvre *politiquement autonome* du droit permet aussi à ses destinataires d'avoir une compréhension correcte de l'ordre juridique dans son ensemble. En effet, un droit légitime n'est compatible qu'avec un code de contrainte juridique qui ne détruit pas les motifs rationnels qu'il y a d'obéir au droit[18].

Donc, si l'autolégislation garde pour Habermas, sur le plan individuel, sa signification « d'autonomie morale », par contre, le droit n'étant pas une question unique de « morale », mais un projet consistant à vivre ensemble, ne peut être élaboré qu'en tant qu'« autonomie politique ». Autrement dit, le droit doit être créé comme le projet commun de tous les individus qui forment la communauté juridique. La différence est précisément l'exigence démocratique qui nous interdit désormais de penser le droit comme l'œuvre d'un individu moral seul. Le droit doit, suivant Habermas, plutôt être confirmé dans la délibération démocratique, comme le résultat ou l'œuvre de « tous ».

Le projet moderne de l'autolégislation fait en conséquence référence au droit que nous nous donnons réciproquement.

Le modèle sujet-à-sujet

Nous voilà face au modèle même de droit qu'Habermas cherche à introduire, à savoir un modèle de droit de sujet à sujet. La question de compréhension ne fait que confirmer ce modèle en mettant en exergue, selon Habermas, deux sujets qui deviennent les deux pôles d'une compréhension à deux voix.

Alors que Rawls nous conduit vers un cul-de-sac monologique, c'est-à-dire le sujet moral utilisant son intuition morale pour justifier seul ses valeurs, ses institutions, etc., on ne trouve rien de tel chez Habermas. La thèse d'une « souveraineté communicationnelle » tout comme le rôle de la communication langagière poussent Habermas dans une logique bien différente : Peu importe ce qu'une personne

18. J. Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, *op. cit.*, p. 138. (Souligné par Habermas.)

peut décider selon sa propre morale, dans une démocratie, il faut séectionner, tous ensemble, démocratiquement. Donc, le modèle « sujet-à-sujet » peut aussi se résumer dans le paradigme d'une autolégislation démocratique.

Il faut, suivant Habermas, instaurer dans les sociétés une pluralité de processus par lesquels les citoyens peuvent, librement et sans intervention des forces hétérogènes, thématiser toutes leurs préoccupations, concrétiser leurs aspirations et chercher des solutions aussi biens normatives que factuelles et institutionnelles.

Raison publique : institution ou démocratie

Ce n'est pas un hasard quand Habermas, dans le débat de 1995, donne un titre évocateur à ses réflexions sur Rawls : « La réconciliation grâce à l'usage public de la raison[19]. » Habermas place, de façon précise, la question de la « raison publique » au centre de leur divergence. L'explication se trouve dans la façon particulière de Rawls de construire la « raison publique » pour que celle-ci puisse se conjuguer avec sa logique de justification morale et en même temps prétendre être au-dessus la mêlée.

Rawls et la raison publique institutionnelle

Le chapitre sur « La raison publique » dans le *libéralisme politique* de Rawls demeure sûrement une des théories les plus particulières dans le domaine de la philosophie du droit contemporaine[20]. Vu la tempête de critiques que cette théorie a soulevée, Rawls a vite repris le thème et l'a révisé dans l'article « L'idée de la raison publique revisitée[21] ». Dans notre perspective, nous en reprenons deux aspects :

19. J. Habermas, « La réconciliation grâce à l'usage public de la raison », dans J. Habermas et J. Rawls, *Débat sur la justice politique*, *op. cit.*, p. 9 et suiv.
20. J. Rawls, *Le libéralisme politique*, *op. cit.*, p. 259-306.
21. J. Rawls, « The Idea of Public Reason Revisited », dans *University of Chicago Law Review*, vol. 64, 1997 ; repris dans J. Rawls, *The Law of Peoples* with « The Idea of Public Reason Revisited », *op. cit.*, p. 129-180.

La raison publique « incarnée » et l'idée qu'une Cour suprême puisse représenter l'ultime « fondation » de cette notion.

La raison publique incarnée

Nous devons distinguer deux aspects : qu'est-ce que la raison publique et quelle est la relation entre celle-ci et les citoyens ? Voyons d'abord le concept de « raison publique » chez Rawls, où il faut également faire la distinction entre l'idée de la raison publique et l'idéal de raison publique.

Rawls définit ainsi l'idée de la raison publique :

> L'idée de la raison publique spécifie sur le niveau le plus profond les valeurs morales et politiques qui doivent déterminer les relations d'un gouvernement démocratique et constitutionnel avec les citoyens et les relations entre eux[22].

Et où trouvons-nous ces « valeurs morales et politiques » ? Ici, Rawls n'est jamais clair — c'est une constante dans toute sa carrière universitaire —, et il ne fait qu'indiquer qu'elles sont toujours là. En fait, nous ne pouvons qu'y accéder par notre intuition morale sans jamais pouvoir réagir sur le contenu de ces « valeurs morales et politiques ».

Par conséquent toute personne est susceptible de découvrir les « valeurs morales et politiques » de base, et Rawls prétend que le *contenu* en est formulé publiquement par une « conception politique de la justice ». Mais cette formulation publique de la « raison publique » ne doit jamais, suivant Rawls, être élaborée par les citoyens, car le fait est que toutes les personnes concrètes sont plus ou moins influencées par des « doctrines compréhensives ». Les citoyens doivent, selon Rawls, être exposés au « contenu de la raison publique » pour que l'intuition morale de chacun puisse, dans un processus de reconnaissance morale et de

22. J. Rawls, *op. cit.*, p. 132, « The Idea of public reason specifies at the deepest level the basic moral et political values that are to determine a constitutionnal democratic government's relation to its citizens and their relation to one another. »

mobilisation de son caractère moral, reconnaître l'évidence essentielle de « nos » valeurs morales et politiques.

L'idéal de raison publique est plus révélateur encore quant au sens de la raison publique :

> [...] séparé de l'idée de la raison publique, [...] est *l'idéal* de raison publique. Cet idéal est réalisé, ou accompli, quand les juges, les législateurs, les responsables du pouvoir exécutif, et d'autres représentants gouvernementaux, de même que les candidats politiques, agissent à partir de ou en accord avec l'idée de la raison publique et expliquent aux citoyens leurs raisons pour soutenir des positions politiques fondamentales en se rapportant à la conception de la justice fondamentale qu'ils considèrent la plus raisonnable. De cette façon ils accomplissent ce que je veux désigner comme leur obligation de civilité l'un à l'autre et vis-à-vis des autres citoyens. Ainsi, les juges, les législateurs et les détenteurs de pouvoir en charge qui agissent à partir de ou en accord avec la raison publique se révèlent continuellement dans leurs paroles et leurs comportements quotidiens[23].

Il faut bien faire attention aux mots utilisés par Rawls, car il affirme, comme nous venons de le constater, que les valeurs morales et politiques de base se réalisent dans des Institutions. Elles sont la Raison publique incarnée. Le contenu réel ne peut en conséquence que se concrétiser, positivement ou négativement, dans ses Institutions.

Il s'en suit, dans la logique même de la relation entre idée et idéal de raison publique, que les Institutions forment, suivant Rawls, le cadre (ou la fondation) de l'affirmation temporelle de la raison publique.

---

23. J. Rawls, *op. cit.*, p. 135 ; « distinct from the idea of public reason, [...], is the *ideal* of public reason. This ideal is realized, or satisfied, whenever judges, legislators, chief executives, and other government officials, as well as candidates for public office, act from and follow the idea of public reason and explain to other citizens their reasons for supporting fundamental political positions in terms of the political conceptions of justice they regard as the most reasonable. In this way they fulfil what I shall call their duty of civility to one another and to other citizens. Hence, whether judges, legislators, and chief executives act from and follow public reason is continually shown in their speech and conduct on a daily basis. »

Mais que dire, maintenant, de la relation entre cette conception particulière de la raison publique et les citoyens ? En fin de compte, Rawls ne place le citoyen que dans une position circonscrite et mineure : « [...] les citoyens [...] soutiennent l'idée de raison publique en faisant tout pour que les officiers du gouvernement le fassent[24] ».

Or, la conséquence de cette façon de concevoir la raison publique est simple : les citoyens, sur le fond des valeurs morales et politiques de base qu'ils n'ont pas eu le droit de décider, et à l'égard des Institutions censées incarner l'idéal de « raison publique », n'ont d'autre choix que celui de soutenir la Raison publique, ou plus précisément ses Institutions. Ils peuvent les critiquer, mais même leurs critiques ne peuvent plus être, selon Rawls, qu'un petit élément dans un processus d'amélioration morale des Institutions.

Rawls, avec son concept de « raison publique », place en somme les citoyens dans une position minoritaire. L'explication qu'il fournit est que les individus ne doivent pas s'opposer aux « valeurs morales et politiques » de base, dont le fond ne peut être que la « tradition judéo-chrétienne », toujours actualisée dans la culture par « notre intuition » moralement bien pesée et incarnée dans des Institutions qui respectent ce fond moral.

La Cour suprême comme exemple de raison publique

Si nous restons en droite ligne avec ce que nous venons de constater, personne ne sera maintenant étonné de l'affirmation de Rawls : « La raison publique est la raison de la Cour suprême[25]. »

En fait, une telle proposition ne fait que confirmer l'aspect d'hétérogénéité de la conception rawlsienne. Cette conception ne respecte pas l'autonomie des sujets de droit.

24. J. Rawls, *The Law of Peoples*, *op. cit.*, p. 136 ; « citizens [...] support the idea of public reason by doing what they can to hold government officials to do it ».

25. J. Rawls, *Libéralisme politique*, *op. cit.*, p. 280.

Pour en saisir les conséquences sur le plan du droit, il y a pourtant lieu de regarder de plus près cette position surprenante.

En effet, pour faire accepter cette position, Rawls propose que nous ne devrions envisager les Cours suprêmes que comme « la branche du gouvernement qui sert d'exemple de raison publique[26] ». Les Cours suprêmes n'ont donc rien à voir avec le droit, si nous devons en croire Rawls, et elles n'ont rien à voir avec les sujets de droit non plus. La doctrine sur la séparation des pouvoirs serait également fausse. En déplaçant le rôle d'une Cour suprême vers la « gouvernance » (et en l'écartant de la possibilité de droit), Rawls ne cherche en fait rien d'autre qu'un effet idéologique.

Car, comme il l'affirme, les juges d'une Cour suprême doivent juger à partir de la « raison publique », toujours affirmer la « raison publique » et se laisser guider par la « raison publique ». Toujours selon Rawls, les juges d'une Cour suprême ne doivent avoir d'autre valeur que celle de « la raison publique ». Entendu que les juges ne doivent pas avoir de « raisons individuelles » ou de « valeurs individuelles », mais qu'ils doivent se baser sur les « valeurs morales et politiques » de base. Rawls affirme encore que c'est ainsi que les juges de la Cour suprême doivent représenter la dernière barrière contre les doctrines compréhensives des citoyens.

Cette doctrine de la « dernière barrière » amène Rawls à introduire une série de recommandations qu'il considère comme « naturelle » pour la Cour suprême :

> La raison publique doit, dans les mains de la Cour suprême, servir d'une façon *défensive :* « Une Cour suprême qui est l'un des procédés institutionnels protégeant la loi fondamentale correspond à cette idée de démocratie constitutionnelle dualiste. En appliquant la raison publique, la Cour doit empêcher que cette loi soit affaiblie par la législation de majorités passa-

26. *Ibid.*, p. 280.

gères ou, plus probablement, par des intérêts étroits organisés et bien placés, habiles à obtenir ce qu'ils veulent[27]. »

La raison publique doit, deuxièmement, servir d'une façon *offensive*. « La meilleure interprétation est celle qui correspond le mieux à cet ensemble pertinent de matériaux constitutionnels et qui justifie dans les termes de la conception politique de la justice ou d'une variante raisonnable de celle-ci[28]. »

La raison publique doit, enfin, servir d'une façon *éducative*. « Elle donne vie et réalité à la raison publique sur le forum public grâce à ses jugements qui font autorité sur les questions politiques fondamentales[29]. »

Il y a, bien entendu, loin de la coupe aux lèvres, et Rawls précise qu'il s'agit d'un idéal. Il précise même que l'histoire de la Cour suprême des États-Unis est souvent parsemée d'échecs moraux[30]. Mais, en somme, une Cour suprême doit être avant tout morale et politique.

Il va sans dire qu'une telle position pose un problème aigu pour le droit. Les sujets de droit peuvent-ils s'adresser à une Cour suprême qui n'est là que pour « gouverner » moralement et politiquement ? Les sujets de droit peuvent-ils revendiquer que la Cour suprême abdique un sacerdoce de valeur morale et politique pour plutôt statuer sur le droit ? Les sujets de droit n'ont-ils pas là des raisons de s'éloigner d'une Cour suprême avec un agenda idéologique de « valeur morale et politique » ? En fait, la question de l'hétérogénéité des valeurs morales et politiques, que les citoyens n'ont pas le droit d'élaborer eux-mêmes, devient en droit une catastrophe. Car si une Cour suprême n'a qu'un agenda idéologique, à savoir affirmer les « valeurs morales et politiques de base », les sujets de droit n'ont tout simplement plus aucune raison d'y avoir recours. Une Cour morale (aussi « suprême » soit-elle) peut-elle être autre chose que le moyen de renier notre modernité juridique ?

27. *Ibid.*, p. 283.
28. *Ibid.*, p. 285.
29. *Ibid.*, p. 287.
30. *Ibid.*, p. 283, note 2.

Habermas et la raison publique démocratique

Habermas est certes un partisan ferme des institutions démocratiques, mais il n'est pas prêt pour autant à réserver la notion de « raison publique » à la seule logique institutionnelle. Et surtout, il n'est pas du tout prêt à mettre les citoyens entre parenthèses. Pour lui, la « raison publique » doit se rattacher aux individus et à leur façon de procéder sur la place publique. En renversant le modèle de Rawls, Habermas cherche à faire admettre que la raison publique doit être choisie au moyen des processus démocratiques.

Raison publique comme raison démocratique

Dans la perspective de Habermas, le « droit n'est pas un système narcissiquement fermé sur lui-même[31] ». En sortant du schème irénique de Rawls, il faut plutôt admettre qu'il existe un espace public où, par la polémique, les raisons publiques du droit se construisent sur le sol mouvant des libertés communicationnelles débridées. Par conséquent, l'espace public est pour Habermas le terreau où germent et se sélectionnent les « raisons publiques », et cela au vu et au su de tous.

Voyons d'abord la description que Habermas nous fait de l'espace public :

> L'espace public se décrit le mieux comme un réseau permettant de communiquer des contenus et des prises de position, et donc des *opinions ;* les flux de la communication y sont filtrés et synthétisés de façon à se condenser en opinions *publiques* regroupées en fonction d'un thème spécifique. Tout comme le monde vécu dans son ensemble, l'espace public se reproduit lui aussi par le moyen de l'activité communicationnelle, la connaissance d'une langue naturelle étant suffisante pour y participer ; il lui importe que la pratique quotidienne de la communication soit *à la portée de tous.* [...] Mais l'espace public ne se spécialise par rapport à aucun de ces aspects ; dans la mesure où il s'étend à des questions d'ordre politique,

31. J. Habermas, *Droit et démocratie, op. cit.*, p. 492.

c'est au système politique qu'il abandonne le traitement spécialisé de ces questions[32].

Si la notion de « raison publique » sert d'ancrage normatif pour le droit, Habermas libère la question de légitimité de cette notion en l'inscrivant dans et par l'espace public. Comme nous l'indique Habermas, un des rôles de l'espace public est de nous libérer de la force « morale » d'un argument. En d'autres mots, de nous libérer du « Rawls en nous » au bénéfice de dialogues publics et démocratiques. En fait, dans l'espace public, il n'existe plus d'argument méritant rationnellement le qualificatif « moral ». Il n'y a, comme Habermas le souligne, que des « opinions ». « Tant que l'argumentation *morale* sert de modèle à la discussion constituante, la rupture avec la tradition de droit rationnel reste [...] incomplète[33]. »

Donc, dans le respect de l'autonomie politique d'autrui, l'espace public nous sert à considérer toute forme de prise de position, en mettant entre parenthèse la question de ses sources, comme n'étant qu'une « opinion ». La raison d'être de ces « opinions » est d'exprimer les préoccupations des citoyens, et l'espace public devient, en conséquence, « une caisse de résonance apte à répercuter les problèmes qui, ne trouvant de solution nulle part ailleurs, doivent être traités par le système politique[34] ». De même, l'espace public devient « un système d'alarme doté d'antennes peu spécifiques mais sensibles à l'échelle de la société en son ensemble[35] ».

Que l'espace public devienne de cette façon un lieu de « tohu-bohu », d'un ensemble d'opinions fusant de tout part, est inévitable, mais aussi souhaitable. En fait, il faut que l'espace public devienne accessible à tous et qu'il serve à exprimer les opinions de tous, sans restriction. Ainsi,

32. *Ibid.*, p. 387.
33. *Ibid.*, p. 479.
34. *Ibid.*, p. 386.
35. *Ibid.*, p. 386.

l'espace public pourra nous servir à pointer et à débusquer les menaces que représentent les pouvoirs hétérogènes.

L'espace public se caractérise également par des luttes de thématisations, de formulations et de propositions de résolutions. L'espace public est un espace de « guerre de dieux », pour paraphraser Weber, ou simplement un terrain pour les guerres idéologiques, politiques, identitaires, et ainsi de suite. Le « repos du guerrier » n'existe pas dans l'espace public, nous ne quittons vraiment cet espace que les pieds devant.

Lorsque nous disons que l'espace public est structurellement équivalent à la « raison morale » de Rawls, c'est parce qu'il n'existe pas de raison publique possible, chez Habermas, sans une prise de position des co-sociétaires de l'espace public en faveur d'une proposition pour la rendre digne d'être leur « raison publique ». Le génie, avec un tel processus démocratique, est de faire éclore un processus d'apprentissage démocratique des opinions des uns et des autres. Et surtout, de sensibiliser tous les citoyens aux propositions concernant les intérêts pratiques d'une « raison publique » qui, selon ces instigateurs individuels, peuvent éventuellement soutenir ces propositions. L'espace public nous permet à la fois d'affirmer notre propre autonomie politique et de respecter l'autonomie politique d'autrui, tout en profitant de cette dernière.

À l'égard de Rawls, nous pouvons donc dire que, canalisée par les processus démocratiques, soumise aux critiques démocratiques, modifiée par des intérêts divergents, expliquée par des enjeux politiques, etc., la raison publique se développe ainsi au vu et au su de tous. La raison publique n'est pas un agenda secret, une *digue protectrice* flottant librement au-dessus de la mêlée comme chez Rawls, mais une raison qui doit s'élaborer ouvertement et démocratiquement par tous. Il n'y a qu'une telle raison publique pour nous épargner les déficits de légitimité qui, historiquement, ont été si néfastes pour nos systèmes juridiques respectifs.

Légalité et légitimité

Nous précisons que le modèle démocratique du droit d'Habermas relève d'un dialogue entre légalité et légitimité : La légitimité sort de la légalité et la légalité n'a pas de sens sans légitimité.

Commençons par la question de la légalité, que nous pouvons considérer dans sa distanciation à l'égard de la morale :

> Pour dégager des critères discriminants permettant de distinguer le principe démocratique du principe moral, je partirai donc du fait que le principe démocratique doit établir une procédure d'institution légitime du droit. Ce principe dit en effet que seules peuvent prétendre à une validité légitime les lois juridiques qui sont à même, dans un processus d'institution du droit par la discussion ayant lui-même été établi dans une perspective juridique. Il élucide, en d'autres termes, le sens performatif de la pratique d'autodétermination mise en œuvre par des co-sociétaires juridiques qui se reconnaissent les uns les autres comme membres libres et égaux d'une association qu'ils ont librement approuvée. C'est pourquoi le principe démocratique se place *à un autre niveau* que le principe moral[36].

En fait, par le système de légalité, les membres d'une communauté juridique moderne — ce qui sous-tend qu'il existe également des systèmes « juridiques » non modernes — établissent, dans la réciprocité, les présupposés dits « sources de droit » leur permettant de considérer l'ordre juridique comme étant le leur. Le lieu d'explication en ce qui concerne la légalité ne peut en conséquence qu'être les sujets de droit. Les sujets de droit tiennent — figurativement — la question de la légalité entre leurs mains, en tant qu'acteurs démocratiques dans un processus toujours possible d'affirmation personnelle comme sujets de droit à l'occasion d'un différend. Si la légalité est par la suite « bétonnée » dans la Législation, la Constitution, et ensuite dans les Institutions, déjà programmées pour travailler selon l'obligation de légalité

36. *Ibid.*, p. 126. Nous avons changé la traduction de « sociétaires » pour « co-sociétaires » afin de garder le sens voulu par Habermas.

(Gouvernement, Parlement ou Judicature), le fait demeure que le lieu d'explication d'un droit eux-mêmes moderne ne peut jamais être autre chose que les sujets de droit et le droit que les sujets de droit peuvent s'octroyer réciproquement. Seules les relations des sujets de droit avec la démocratie peuvent en quelque sorte orienter notre modernité juridique.

Quand nous avons dit que la question de légitimité sert, chez Habermas, à apprécier la légalité, c'est encore un principe démocratique qui en ouvre la voie. En fait, la démocratie ou, pour être plus précis, les processus démocratiques, deviennent eux-mêmes de «droit» en se hissant au niveau des sujets de droit qui, politiquement, sont les citoyens.

La légitimité se concrétise en fait dans le droit de participation aux processus démocratiques. Les procédures démocratiques doivent prendre en charge l'évolution de l'ordre juridique, les normes censées le servir et le garantir. La démocratie est «tout» pour le droit et aucun autre concept ne lui arrive à la hauteur. Les processus démocratiques sont donc bien les colonnes porteuses de l'ordre juridique dans le dialogue ininterrompu entre légalité et légitimité.

La démocratie, dans son sens procédural, représente avant tout pour Habermas une façon de s'assurer que la légalité est légitime :

> L'idée d'autolégislation par les citoyens ne doit donc pas être ramenée à l'autolégislation *morale* par des personnes *individuelles*. L'autonomie doit être conçue d'une manière plus universelle et plus neutre. C'est la raison pour laquelle j'ai introduit un principe de discussion qui est, en premier lieu, indifférent à la morale et au droit. Ce n'est qu'une fois engagé sur la voie d'une institutionnalisation ayant une forme juridique que le principe de la discussion doit prendre la forme d'un principe démocratique, lequel, quant à lui, confère alors une force légitime au processus d'instauration du droit[37].

37. *Ibid.*, p. 138 et suiv.

Autrement dit, les sujets de droit, dans leurs actions politiques en tant que citoyens, assurent, grâce à leurs « droits », la possibilité de droit.

Il y a encore beaucoup à dire sur cette façon de concevoir la question de « légalité et légitimité ». Pour l'instant, soulignons seulement que c'est en insistant sur l'existence des sujets de droits que le droit peut s'organiser. Ce qui contraste singulièrement avec la proposition, par Rawls, de l'agenda idéologique secret des juges. Car ce que vient de nous rappeler Habermas, *a contrario*, c'est que le sens du droit moderne ne peut plus être instauré que sur le niveau et les prémisses que lui donnent les sujets de droit. Tout autre discours n'est qu'un recul vers un Vrai-droit sans lendemain.

Conclusion

Nous comprenons aujourd'hui que le choix qui se profile pour la philosophie du droit actuelle est soit la voie d'une conception de « Vrai morale, faux droit », défendue par Rawls, soit celle d'un Droit démocratique, défendue par Habermas.

En fait, la philosophie de Rawls, surtout en ce qui concerne la question de droit, propose un encadrement et un fondement « moraux » pour le « droit ». Ainsi, il ne nous propose rien d'autre que de continuer de construire et d'admirer une « raison morale » construite monologiquement sur la seule ressource, hélas bien maigre, que nous donne sa philosophie. Quoique nous puissions comprendre la fascination qu'un tel « droit moral » peut exercer sur des esprits assoiffés et en quête de certitude, force est de constater, simplement, qu'un tel « Vrai-droit » ne peut que s'insérer dans la voie déjà trop longue d'échecs sans lendemain. Si l'échec de cette philosophie du droit est patente, il n'en reste pas moins qu'un tel « Vrai-droit » demeure une menace réelle pour nous tous. Car s'il ne s'agit que de conforter une soi-disant élite « morale » dans ses « droits », ceux de nous guider « moralement », le fait est, hélas, qu'elle

occupe déjà souvent les postes pouvant lui permettre d'asseoir cette idéologie. Mais qui peut enfin avoir à gagner avec la mise en œuvre de cette conception rawlsienne de « Vrai moral, faux droit » ? Sûrement pas des sujets de droit !

Il y a donc d'autant plus de raisons de prendre au sérieux la possibilité d'un droit démocratique. Si nous la choisissons en toute lucidité et en sachant qu'une possibilité se paye souvent par des échecs face aux forces hétérogènes, il n'en demeure pas moins qu'une telle possibilité ne peut que nous engager tous à défendre un droit que nous ne souhaitons pas perdre ; ce qui serait une catastrophe. Notre engagement en faveur d'un droit démocratique doit cependant être plus qu'un acte d'autodéfense. Il doit être un effort permanent pour que la *Démocratie* puisse nous servir, par la réciprocité, à promouvoir les expériences, les intérêts et les expectatives issus de notre système de « légitimité et légalité ».

Pérenniser la croyance d'un Vrai-droit à la Rawls nous semble un aveu d'échec de la part de néo-conservateurs effrayés. Ne vaut-il pas mieux accepter que l'ère du « Vrai-droit » a sonné, et cela depuis fort longtemps, et qu'il ne nous reste aujourd'hui que l'horizon des droits démocratiques ?

MORALE OU DÉMOCRATIE

CONTRAT SOCIAL OU DÉMOCRATIE: UNE QUESTION DE PHILOSOPHIE

Il convient de souligner que le contractualisme, c'est-à-dire la construction de la société politique dans la pensée au moyen d'un contrat social hypothétique[1], ne peut jamais se concilier avec la réalisation pratique de la société politique en une infinité de processus démocratiques. La pensée contractualiste et la pensée démocratique ne jouent pas seulement sur des terrains différents, mais elles arrivent à des résultats politiques et juridiques si différents et si divergents que nous devons nous rendre à l'évidence: un partisan du contractualisme ne peut avoir qu'une relation indirecte et instrumentale avec la démocratie. Par contre, le partisan philosophique de la démocratie travaille de façon pratique à faire triompher la démocratie comme mode de vie en commun et comme ce qui est désormais notre seule façon d'agréer les normes, les droits et les institutions, c'est-à-dire au moyen de processus de réciprocité démocratique. Là où le contractualiste travaille encore sur le legs de la philosophie de conscience, le philosophe démocrate, lui, accepte le pari d'une politique délibérative et une conception non-instrumentale de la démocratie[2]. Dans ce dessein, aujourd'hui, l'autonomie publique ne peut pratiquement s'affirmer que par des processus démocratiques, ceux-ci pouvant seuls, effectivement, faire des sujets de droit les

1. S. Goyard-Fabre, *Interminable querelle du contrat social*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1983, p. 7-15.
2. J. Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997; *idem*, *L'intégration républicaine*, Paris, Fayard, 1998; *idem*, *Après l'État-nation*, Paris, Fayard, 2000.

auteurs de leurs normes, droits et institutions. Une perspective de réciprocité que ne peut honorer le contractualisme et qui nous oblige, par honnêteté intellectuelle, à envisager, *a contrario*, les processus démocratiques comme la seule voie actuelle capable d'instaurer la légitimité et la légalité.

Notre invitation à quitter, dorénavant et définitivement, le langage et la rhétorique du contractualisme en faveur des processus démocratiques ne doit pas être assimilée, de près ou de loin, avec l'anti-contractualisme[3]. Nous n'avons en fait aucune affinité avec les philosophies de « l'ordre spontané », de « la nature des choses » ou encore de « l'ordre naturel », dont nous rejetons la bêtise érigée en système[4]. Il s'agit par conséquent de ne jamais tomber en dessous de ce que le contractualisme nous a permis de comprendre d'un point de vue philosophique (et historique). Il s'agit plutôt de mettre en avant que ce qui est encore vivant dans la pensée contractualiste — le volontarisme — doit désormais se concrétiser ailleurs, plus précisément dans les processus démocratiques, qui laissent tous les atouts dans les mains des sujets de droit. Car les processus démocratiques représentent, selon notre point de vue, la façon idéale de sortir du contractualisme en ne profitant que de ses avantages.

Notre argumentation s'articule en trois thèmes : le premier concerne l'origine particulière du contractualisme et la promotion d'un schème jusnaturaliste. Le second propose de savoir comment le contractualisme moderne sert à instrumentaliser la démocratie. Le troisième thème, enfin, suggère une solution de rechange : la démocratie non-instrumentale peut être la seule ressource moderne à notre disposition pour agréer la légitimation des normes, des droits et des institutions.

3. S. Goyard-Fabre, *op. cit.*, p. 225-308.
4. B. Melkevik, « L'épistémologie hayékienne et la question de droit : analyse et critique », dans *Réflexions sur la philosophie du droit*, Sainte-Foy/Paris, Les Presses de l'Université Laval/L'Harmattan, 2000, p. 133-151.

Contractualisme et jusnaturalisme

Notre premier argument souligne que le contractualisme sert à mettre en marche et à véhiculer la pensée jusnaturaliste. Le contractualisme est, sur les plans politique et juridique, intimement lié à l'adhésion, ouverte ou implicite, à une forme ou à une autre du droit naturel. Avant d'analyser en quoi consiste cet argument, penchons-nous sur ce que nous considérons comme le paradigme volontariste inhérent au contractualisme. Notre objectif est ainsi de séparer ce paradigme volontariste de la logique de transmission jusnaturaliste. Cela afin de pouvoir, par la suite, reformuler le volontarisme, de sorte qu'il réponde adéquatement aux exigences d'une démocratie non-instrumentale.

Le paradigme volontariste

Avant de nous mettre en quête du paradigme volontariste, il nous semble important de faire un rappel historique. Le contractualisme moderne s'oppose à la forme absolutiste du contractualisme introduite aux XV^e^ et XVI^e^ siècles et cherche à la supplanter. Le contractualisme moderne, qui date des XVI^e^ et XVII^e^ siècles, trouve en fait son point de départ philosophique dans l'opposition à l'absolutisme politique et juridique ainsi qu'au contractualisme absolutiste initial.

La modernité ne commence pas, comme nous le savons, avec le clairon de la liberté, mais avec la mise sous le joug de l'homme par l'absolutisme. La naissance de la modernité dans la pensée des XV^e^ et XVI^e^ siècles, c'est aussi l'avènement de l'étatisation avec l'apparition de l'État-nation, de l'État-religion, de l'État-loi, de l'État-juge, etc. Nous l'observons chez les penseurs absolutistes, comme Bodin[5], Hobbes[6] et Machiavel[7], chez qui la justification du pouvoir « absolu »

5. Bodin, *Les six Livres de la république*, Paris, Fayard, coll. « Corpus des œuvres de philosophie en langue française », six volumes, 1986 (orig. 1568).
6. Thomas Hobbes, *Léviathan*, Paris, Éditions Sirey, 1971 (orig. 1651).
7. N. Machiavel, *Le prince*, Paris, GF-Flammarion, 1980 (orig. 1513).

de l'État se fait par l'image, l'hypothèse d'un contrat: un contrat entre le détenteur du pouvoir (c'est-à-dire le Prince) et le « peuple ». C'est un modèle qui prône l'aliénation des prétendus « droits naturels » des hommes au profit d'un État qui se charge, en contrepartie, d'assurer la paix, l'ordre et une économie prospère. Bref, la question des droits civils, des normes publiques et des institutions publiques est une simple question de volonté politique qui pousse les personnes, quelles que soient leurs raisons (peur, intérêt, etc.), à entrer dans un « contrat social ».

Hobbes[8] nous semble être celui qui a élaboré et développé le modèle le plus réussi de ce paradigme volontariste. C'est en fait son modèle qui sera par la suite travaillé et retravaillé par tous les contractualistes. En prenant le Léviathan[9] (1651) de Hobbes comme exemple, nous pouvons dire que le volontarisme contractualiste s'affirme comme suit:

1. Le contractualisme reflète l'adhésion autonome des citoyens à un ordre politique de droits et d'obligations.

2. Le paradigme hypothétique d'un « état de nature » doit assurer l'équilibre symétrique entre les adhérents au contrat social.

3. L'hypothèse procédurale, qui est définie dans le contrat social, doit être comprise comme la locomotive de la justice politique dont peuvent disposer ses adhérents.

Le contractualisme en tant que pensée hypothétique assure, de cette façon, la légitimité des normes, des droits et des institutions, cette légitimité reposant sur un choix politique hypothétique fait par des hommes libres et auto-

8. J. Hampton, *Hobbes and the Social Contract Tradition*, Cambridge (Mass.), Cambridge University Press, 1986. Voir également les travaux de Charles Yves Zarka sur Hobbes, *La décision métaphysique de Hobbes*, Paris, Vrin, 1re édition 1987, 2e édition 1999, et *Hobbes et la pensée politique moderne*, Paris, PUF, 1995.

9. T. Hobbes, *Léviathan*, Paris, LGDJ, 1971 (orig. 1651).

nomes. En d'autres mots, la question de la légitimité et de la légalité relève de la volonté politique des citoyens. En fait, chaque sujet peut ou est réputé pouvoir effectuer le dit test dans et par les ressources rationnelles et politiques de sa propre conscience. Il est ainsi censé se rendre compte de ce qui, parmi les normes, les droits et les institutions, doit être considéré comme légitime.

La révolution qui s'opère, par la suite, dans la pensée contractualiste et que nous associons aux noms de John Locke[10], de J.-J. Rousseau[11], etc., ne s'attaque pas à ce schème de pensée. Elle le réaménage et sonne conséquemment le glas de l'absolutisme avec une conception encore plus forte des « droits naturels ».

Une logique de transmission

Cette analyse préalable du volontarisme inhérent au paradigme contractualiste nous permet maintenant d'envisager notre argument principal: le contrat social n'est qu'un moyen pour infirmer ou confirmer des « droits » dits naturels. Le contractualisme est vide, terriblement vide, sans les « droits naturels ». Autrement dit, le contrat social fonctionne comme un Cheval de Troie au cœur et au bénéfice d'une logique jusnaturaliste. Ce qui nous permet de dire que la signification particulière du contractualisme, c'est la fondation de la société politique sur différentes formes de jusnaturalisme.

Pour s'en convaincre, jetons une regard sur Hobbes et Locke, afin de comprendre comment le contractualisme, en tant que logique de transmission, sert uniquement le message jusnaturaliste de leur choix. Retournons vers le *Léviathan* de Hobbes :

> Le droit de nature, que les auteurs appellent généralement *jus naturale*, est la liberté qu'a chacun d'user comme il le veut de son pouvoir propre, pour la préservation de sa propre nature,

10. J. Locke, *Deuxième Traité du gouvernement civil*, Paris, Vrin, 1977 (orig. 1791).
11. J.-J. Rousseau, *Le contrat social*, Paris, GF-Flammarion, 1992 (orig. 1762).

> autrement dit de sa propre vie, et en conséquence de faire tout ce qu'il considérera, selon son jugement et sa raison propre, comme le moyen le mieux adapté à cette fin[12].

Il est aisé de se rendre compte qu'une telle définition est dépourvue de sens juridique. Il est également facile de voir que dans une logique de transmission contractualiste de « droits naturels », une telle définition prend tout son sens chez le destinataire, l'État absolutiste. La logique contractualiste de Hobbes consiste, en vérité, en une transmission des droits naturels en échange d'une positivité juridique de la part de l'État. Il en résulte alors un jusnaturalisme devenu droit positif protégé et efficace. En d'autres mots, le jusnaturalisme se fait Loi, par le bais du contrat social, pour confirmer le jusnaturalisme initial. C'est l'unique but de son contractualisme.

C'est la même logique de transmission que l'on retrouve dans le contractualisme de Locke. Mais avec une particularité qu'il importe de souligner : alors que les droits naturels de Hobbes n'ont pas besoin d'une garantie religieuse, Locke soumet les droits naturels à une telle garantie, qui seule, dans son esprit, peut garantir le contenu contractualiste. C'est cette garantie religieuse qui rend, historiquement parlant, la théorie de Locke si attrayante pour le constitutionnalisme naissant. Comme il l'affirme :

> *L'état de Nature* est régi par un droit de nature qui s'impose à tous et, rien qu'en se référant à la raison, qui est ce droit, l'humanité entière apprend que, tous étant égaux et indépendants, nul ne doit léser autrui dans sa vie, sa santé, sa liberté ni ses biens ; tous les hommes sont l'œuvre d'un seul Créateur tout puissant et infiniment sage, tous, les serviteurs d'un seul souverain maître, envoyés dans le monde par Son ordre et pour Ses affaires ; ils sont donc Sa propriété, à lui qui les a faits, et les a destinés à durer selon son bon plaisir et celui de nul autre[13].

Sur cette conception se greffe la question de l'efficacité et Locke affirme que : « *[...] la loi de nature* serait vaine, si personne, dans l'état de nature, n'avait le *pouvoir d'en*

12. Thomas Hobbes, *Léviathan*, Paris, Éditions Sirey, 1971, p. 128.
13. John Locke, *Deuxième Traité du gouvernement civil*, Paris, Vrin, 1977, p. 78.

assurer l'exécution pour protéger les innocents et imposer la retenue aux délinquants[14] ».

Le contractualisme lockéen, paradigmatique pour le libéralisme naissant, sert à la fois à programmer la politique commune d'une façon minimale et à faire d'un certain nombre de droits naturels, accordés par Dieu, le centre d'un univers moral-politique. Si les hommes possèdent des « droits naturels », ils ne les transfèrent pourtant pas tous par le contrat social. Ils ne peuvent pas tous les transférer parce que les « droits naturels » touchent leur condition d'homme crée dans l'image de Dieu. Ces « droits naturels » deviennent par conséquent inaliénables et fondamentaux. En revanche, ils peuvent transmettre les « droits naturels » qui sont nécessaires à des tâches de coopération, par exemple la protection commune contre les ennemis internes et externes.

Le résultat, chez Locke comme chez Hobbes, c'est que la société politique est fondée sur des « droits naturels » et que ceux-ci peuvent (et doivent) servir à bâtir les actes de coopération. Certes, l'un privilégie la Loi (Hobbes) et l'autre les « droits subjectifs » (Locke), mais il n'empêche que le contractualisme sert ainsi à inscrire les soi-disant « droits naturels » au cœur d'une conception particulière de la modernité juridique.

Impasse contractualiste

Tirons maintenant les conséquences de notre analyse avec deux conclusions.

Insistons, d'abord, sur le fait que le contractualisme sert à légitimer la société politique dans les limites du jusnaturalisme et avec des catégories privilégiées du jusnaturalisme choisies au préalable. Le contractualisme ne sert ainsi qu'à légitimer ce que nous avons apporté à « l'auberge espagnole ». Comme chacun le sait, dans une auberge espagnole on ne trouve que ce que l'on apporte avec soi. Bref, sans les droits naturels, l'auberge contractualiste demeure vide.

14. *Ibid.*, p. 79.

Insistons, ensuite, sur le fait que le contractualisme moderne (et historiquement établi) a servi à mettre en selle le jusnaturalisme comme « essence de l'État de droit ». Quand le concept rival de « souveraineté populaire » prend son envol grâce à Jean-Jacques Rousseau et à son livre fondamental, « Le contrat social[15] », la chape de béton que représente le contractualisme instrumentalise le développement démocratique qui pouvait se faire à partir de ce concept. Résultat : le contractualisme réduit la « souveraineté populaire » au rôle instrumental de protéger le jusnaturalisme ; en ce sens, les théories de Kant et de Fichte sont emblématiques[16].

Comme nous le voyons, au bout du compte, le jusnaturalisme, fort ou faible, étouffe ce que nous considérons comme valable dans le contractualisme, à savoir la question de la volonté politique. Mais il hypothèque surtout l'ouverture nécessaire à une prise en compte de la « souveraineté populaire » comme concept préliminaire au fait de penser la démocratie.

Contractualisme et démocratie instrumentale

On nous rétorquera certainement que cette conclusion est peut-être vraie pour les balbutiements de la pensée contractualiste, mais que la situation est bien différente aujourd'hui. Rien pourtant ne nous autorise à émettre un tel jugement. Pour aller plus loin, nous pouvons, *a contrario*, affirmer que le contractualisme révèle aujourd'hui, de plus en plus ouvertement, ses desseins de mise en tutelle de la démocratie au profit du jusnaturalisme ou d'une conception éthico-morale plus contemporaine. C'est en tout cas ce que confirme la nouvelle littérature contractualiste et jusnaturaliste qui émerge, *grosso modo*, à partir de 1960. Nous fai-

15. J.-J. Rousseau, *Le contrat social*.
16. B. Melkevik, « Kant et Habermas. Réflexions sur La Doctrine de droit et la modernité juridique », dans E. Moutsopoulus (dir.), *Droit et vertu chez Kant*, Athènes, Union scientifique franco-hellénique, 1997, p. 323-330.

sons ici allusion aux œuvres emblématiques de J. Rawls[17], R. Nozick[18], J. Buchanan[19], D. Gauthier[20], etc. Compte tenu de nos objectifs, nous pouvons privilégier l'œuvre de J. Rawls dans la mesure où elle est sûrement à la fois la plus complexe et la plus populaire.

Rawls est-il contractualiste ?

Avant de commencer notre analyse, nous devons nous demander si la doctrine de Rawls peut être rationnellement taxée de contractualiste.

Certes, Rawls revendique pour lui-même une telle filiation[21]. Il souligne que sa doctrine doit être associée au contractualisme et il joue sur le caractère d'irrévocabilité « contractuelle » pour justifier son adhésion à la théorie du « contrat social ». Il reste cependant que nous avons de sérieuses raisons de nous interroger — comme le font, entre autres, Jean Hampton[22] ou encore R. P. Wolff[23] — sur le sens

17. J. Rawls, *La théorie de la justice*, 2e édition, Paris, Seuil, 1997 ; *idem*, *Justice et démocratie*, Paris, Seuil, 1993, et *idem*, *Libéralisme politique*, Paris, PUF, 1995.
18. R. Nozick, *Anarchie, État et Utopie*, Paris, PUF, 1988.
19. J. M. Buchanan, *The Limits of Liberty. Between Anarchy and Leviathan*, Chicago, University of Chicago Press, 1975.
20. David P. Gauthier, *The Logic of Leviathan*, Oxford, 1969, et *idem*, *Morale et contrat : recherche sur les fondements de la morale*, Liège, Mardaga, 2000.
21. J. Rawls, *La théorie de la justice*, p. 20 : « J'ai tenté de généraliser et de porter à un plus haut degré d'abstraction la théorie traditionnelle du contrat social telle qu'elle se trouve chez Locke, Rousseau et Kant. »
22. J. Hampton, « Contracts And Choices : Does Rawls Have a Social Contract Theory », dans *Journal of Philosophy*, vol. 77, 1980, p. 315-338 ; le jugement de Hampton consiste à dire : « What I will contending, at bottom, is that Rawls, far from relying on the traditional social-contract argument, has constructed a new, highly Kantian device for legitimating a political theory » (p. 335-336). Bref, Rawls légitime uniquement une théorie politique particulière en lui réservant illégitimement un statut royal. Voir également J. Hampton, « Contract and Consent », dans R. E. Godin et Philip Pettit (dir.), *A Companion to Contemporary Political Philosophy*, Cambridge (Mass.), Blackwell, 1993, et *idem*, *Hobbes and the Social Contract Tradition*.
23. R. P. Wolff, *Understanding Rawls. A Reconstruction and Critique of A Theory of Justice*, Princeton, Princeton University Press, 1977, p. 15 :

de l'adhésion rawlsienne au contractualisme. Hampton et Wolff associent davantage le contractualisme de Rawls à la théorie de « choix public ».

Que le contractualisme de Rawls soit effectivement très particulier, nous le confirmons et nous voulons y revenir. Or, cela étant dit, il nous semble important, à ce stade de notre analyse, de souligner que nous ne devons pas comprendre Rawls comme simplement contractualiste. Ce serait, en effet, négliger le fait que le contractualisme rawlsien se conjugue et se positionne parallèlement à l'apport de l'utilitarisme, de l'intuitionnisme et de la théorie du choix rationnel[24]. Par certains aspects, nous pouvons dire que son contractualisme ne sert qu'à mettre en marche une théorie du « choix rationnel » par l'intuitionnisme moral. En d'autres termes, si le contractualisme traditionnel, celui de Hobbes et de Locke, servait de moyen à un jusnaturalisme préétabli, le contrat social de Rawls, lui, est élaboré et développé quant au contenu éthico-moral et à l'orientation à donner à ce contenu. Ce qui ne donne peut-être pas une position contractualiste *stricto sensu*, mais une situation d'intuitionnisme éthique (ou moral) à l'égard de certaines « valeurs », « principes » et à leurs « priorités », qu'il faut, selon Rawls, privilégier « contractuellement ». C'est pourquoi il nous semble pertinent de le considérer comme un modèle contractualiste bien qu'il s'établisse sur un versant moral. C'est ce dernier aspect qu'il nous reste maintenant à jalonner.

Le contrat moral de Rawls

Une fois ces remarques préliminaires établies, nous pouvons aborder le contractualisme de Rawls. Nous voulons discourir sur le fait que le contractualisme de Rawls doit

« Rawls proposes to advance beyond the point at which the moral theories of utilitarism and intuitionism have bogged down by invoking a version of the theory of social contract in its Rousseauean form. By so doing, he will unite moral and social philosophy in a way more reminiscent of Plato than of Locke or Bentham or Mill. »

24. B. Melkevik, « Avez-vous lu Rawls ? », dans *Philosophiques*, vol. XXIV, n° 1, 1997, p. 3-7, repris dans ce volume.

uniquement être compris comme un « contrat moral » d'adhésion, un « contrat moral » qui s'adresse à la moralité (ou intuition morale) des citoyens en exigeant leur adhésion.

Disons d'abord quelques mots sur les principes éthico-moraux que Rawls a élaborés et auxquels il invite les citoyens à adhérer. Rawls les formule dans *Libéralisme politique*, en 1993[25]. Le contenu de ces principes n'a en lui-même guère d'importance pour nous. Par conséquent, nous pouvons nous contenter de dire que les deux principes conjuguent les intuitions éthico-morales que nous retrouvons dans le libéralisme moderne et la pensée plutôt sociale-démocrate. Il s'agit de deux principes qui, répétons-le, reflètent le contenu éthico-moral, lequel doit en fin de compte, selon Rawls, constituer l'essence des institutions politiques, sociales et juridiques. Le contenu éthico-moral de son « contrat » est, en conséquence, déterminé quant à l'essence et à la « fonction » idéologique. Il nous semble donc plus intéressant d'expliciter la logique d'adhésion à ce contrat moral que d'épiloguer sur son contenu éthico-moral.

En fait, Rawls met en avant un processus d'adhésion qu'il désigne comme une personne « sous le voile d'ignorance ». Il s'agit d'une situation analogue au soi-disant « état de nature » du contractualisme classique. Toutefois Rawls construit cette situation d'une façon si particulière qu'il introduit de lourdes contraintes dans le processus d'adhésion, dans l'objectif précis d'écarter toute autre option que celle qu'il préconise.

La première restriction consiste à affirmer qu'une personne favorise uniquement ses propres intérêts par rapport à un plan de vie « rationnel » (c'est-à-dire restreint à la question de « droits naturels », de biens et de pouvoir).

La deuxième restriction consiste à affirmer que cette personne ne connaît pas son statut social, ses capacités, etc.

25. J. Rawls, *Libéralisme politique*, p. 29-30 ; comparer avec J. Rawls, *Théorie de la justice*, p. 91.

En somme, l'adhésion au contrat moral de Rawls doit uniquement se faire de façon hypothétique, comme dans les théories de contrat social classique, avec la particularité que la seule source disponible sera l'intuitionnisme moral, si important pour le système de Rawls. Toutes ces restrictions émises par Rawls répondent de cette façon à l'objectif prédéterminé de légitimer l'adhésion à une conception éthico-morale spécifique. Rawls construit la logique d'adhésion d'une façon telle que le citoyen n'a pas d'autre option que celle préconisée par Rawls lui-même.

Or, Rawls a bien construit cette situation par une multiplication de restrictions dans l'unique but de faire échec à la signification moderne de l'autonomie de l'individu et surtout à ses caractères d'extériorité et de publicité. En fait, si la tradition contractualiste a insisté sur la politique, de sorte que le contrat social eût été un acte politique transformant les individus en d'authentiques citoyens, Rawls, par contre, révise tout pour ne voir la société et les institutions que dans la lumière éthico-morale individualiste. La logique d'adhésion de Rawls repose de cette façon sur « l'idiot ». Car si nous nous rappelons que l'« idiot », étymologiquement parlant, est celui qui ne veut rien savoir des affaires de la Cité et qui préfère sa propre vertu éthico-morale, nous pouvons insister sur le fait que Rawls n'a travaillé qu'une conception non politique et non démocratique.

En fait, la logique d'adhésion aux principes éthico-moraux que préconise Rawls consiste à nier que ces principes aient besoin d'un débat démocratique. Le débat ardu et la formulation à faire quant aux normes, droits et institutions que les citoyens souhaitent honorer en les rendant valides pour eux, si ce n'est le processus de l'intercompréhension démocratique à établir, leur sont définitivement supprimés. L'exigence démocratique a ainsi perdu chez Rawls tout son sens. Il reste uniquement à savoir comment chaque individu peut rationnellement trouver sa place sur l'échiquier éthico-moral préétabli et jouer le jeu rawlsien.

Le contrat moral de Rawls ramène en somme le citoyen au rang de destinataire dans la mesure où celui-ci ne peut

s'affirmer que par l'adhésion au « contrat moral » élaboré par Rawls, c'est dire à un contrat moral qui a pour seule fonction de servir de garantie morale initiale et de « fondation » morale des institutions.

Le contrat moral comme fondement institutionnel

Approfondissons maintenant l'argument selon lequel le « contractualisme » rawlsien sert uniquement à justifier la fondation des institutions à partir d'un contrat moral initial sur lequel elles détiennent maintenant un mandat moral. Il est extravagant d'envisager sa logique d'adhésion autrement que comme un exercice philosophique accompli sur le dos des citoyens. Envisager comme fondationnalisme institutionnel le contrat moral de Rawls prend, par contre, tout son sens. Ce que Rawls affirme davantage quand il envisage les conséquences pratiques de son contrat moral :

> Chacun de ces principes gouverne les institutions d'un domaine particulier, non seulement en ce qui concerne les droits, les libertés et les possibilités (*opportunities*) fondamentales, mais également les revendications émises au nom de l'égalité ; la seconde partie du second principe, quant à elle, garantit la valeur de ces garanties institutionnelles. Les deux principes pris ensemble, le premier ayant priorité sur le second, gouvernent les institutions fondamentales qui réalisent ces valeurs[26].

Autrement dit, les principes doivent, selon Rawls, être considérés comme des « âmes » institutionnelles. Ce sont les principes qui doivent gouverner dans une moralité intouchable, et non les démocrates. Les principes rawlsiens évacuent ainsi toute question de « souveraineté populaire », et donc la possibilité de faire de la démocratie l'ultime juge de nos représentations politiques et juridiques au profit d'un fondationnalisme institutionnel. Les « droits » doivent, selon Rawls, être compris comme non politiques, comme moraux et comme « fondés » par l'adhésion individualiste à un « contrat moral » intouchable par la démocratie.

26. J. Rawls, *Libéralisme politique*, p. 30.

La conception de la démocratie qui se dessine chez Rawls est donc instrumentale. Comme il l'affirme dans la citation que nous venons de mentionner, ce sont les institutions qui « réalisent » les principes du contrat moral rawlsien. La démocratie ne peut, en fin de compte, être que l'instrument, la courroie, du contrat moral initial. La démocratie est devenue chez Rawls un instrument de réalisation de ce contrat moral, de sorte que ce contrat fonctionne comme « liberté négative » de la démocratie. Par le fait même, la démocratie est soumise à ce « contrat moral », qui n'a pas su et qui ne saura jamais récolter l'assentiment démocratique, et la démocratie (mais peut-on vraiment utiliser ce terme ici ?) ne s'exerce que sur la base de ce contrat moral. Le résultat est que les enjeux démocratiques réels sont instrumentalisés par rapport à un contrat moral qui ne peut pas être développé et agréé démocratiquement.

En fin de compte, le « contrat social » (ou moral) de Rawls s'accapare le rôle fondationnaliste de la « démocratie » mise à son service.

Les tribunaux garants du contrat moral

Les conclusions que Rawls tire de son « libéralisme politique » sont claires : une fois la démocratie et les processus démocratiques disqualifiés, instrumentalisés, il ne nous reste que les tribunaux. C'est le sens ultime de son contractualisme.

Comme il l'affirme, « la raison publique est la raison de la Cour suprême », et encore, la « suprématie parlementaire est rejetée[27] ». La raison de ce rejet est aussi simple : la Cour suprême doit veiller sur le « contrat moral » initial, alors que tout le monde sait que les démocrates sont dangereux. Les Juges prennent ainsi la place laissée vacante par le retrait forcé de la démocratie et agissent comme le gardien d'un soi-disant « contrat moral » initial, en fait une tradition morale désormais intouchable.

27. *Ibid.*, p. 280 et 282.

Nous avons toutefois des raisons de nous demander si ce résultat, révélateur de l'obsession contemporaine pour la morale et l'éthique, n'est pas en régression par rapport au contractualisme moderne qui, lui, reconnaît au moins le rôle éminemment politique du contrat social. Mais, demandons nous surtout si le contractualisme de Rawls n'est pas un obstacle et s'il n'est pas dangereux pour les enjeux modernes et démocratiques. Car comment peut-on, de façon rationnelle, envisager ces enjeux sans comprendre leur caractère fortement politique, sans reconnaître autrui, ses arguments et ses raisons, sans se préoccuper des conséquences ou, simplement, sans négocier avec les autres ? Le contractualisme de Rawls peut-il, en dernière analyse, être autre chose que la bouée de sauvetage conservatrice ? Car, en dépit de la séduction qu'il exerce sur les kantiens en pleine déroute métaphysique, le contractualisme de Rawls ne peut se justifier que dans le cadre d'un « état de droit » non démocratique.

La démocratie comme processus

Si le contractualisme moderne nous a, historiquement parlant, permis de faire triompher différentes versions de démocraties instrumentales, il s'agit plutôt aujourd'hui d'abandonner le carcan jusnaturaliste ou éthico-moral et de parier sur les processus démocratiques. Il s'agit, en fait, d'accepter de n'avoir désormais aucune autre ressource que des processus démocratiques réels pour choisir pratiquement et légitimer nos normes, nos droits et nos institutions. Dès que nous aurons acquis cette certitude, c'est une démocratie libérée de toute forme d'instrumentalisation qui devra prendre la place jadis occupée par le contractualisme.

Pour envisager cette démocratie non instrumentale, qui ne sera au service d'aucune cause ou finalité si ce n'est celle d'assurer que les résultats démocratiques seront effectivement issus de processus démocratiques réels, nous devrons l'envisager épistémologiquement. C'est pourquoi, il nous semble pertinent de nous appuyer maintenant

sur J. Habermas et son livre clef *Droit et démocratie. Entre faits et normes*[28].

Une conception non instrumentale de la démocratie

On peut ainsi résumer la conception de la démocratie que soutient Habermas: ce sont les processus démocratiques qui doivent aider les citoyens à choisir librement les normes, les droits et les institutions que ces citoyens sont en droit d'attendre et de valider après les avoir discutés. Les normes publiques, les droits et les institutions acquièrent leur légitimité grâce à des accords rationnels, issus d'une communication tous azimuts. Cette forme de démocratie se résume dans un principe de discursivité démocratique qu'Habermas spécifie comme suit:

> Sont valides strictement les normes d'action sur lesquelles toutes les personnes susceptibles d'être concernées d'une façon ou d'une autre pourraient se mettre d'accord en tant que participants à des discussions rationnelles[29].

La référence au « contrat social », entretenue par la tradition contractualiste, est de cette manière remplacée par l'exigence et la pratique de donner des raisons et des arguments dans une optique démocratique du discours. Le discours démocratique doit donc être compris comme public et comme s'il créait un espace public de thématisation, de délibération et de mobilisation. La démocratie acquiert ainsi une « valeur en soi », en étant le seul espace disponible capable d'agréer, de façon pratique, la légitimité démocratique des normes, des droits et des institutions.

28. J. Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997. Sur Habermas et le droit, voir B. Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit*, Sainte-Foy/Paris, Les Presses de l'Université Laval/L'Harmattan, p. 91-150.

29. J. Habermas, *op. cit.*, p. 123. Des interrogations peuvent ici se poser quant à la traduction de « rationalen Diskurzen » par « discussions rationnelles »; voir J. Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992, p. 138.

Il en résulte que les éléments encore pertinents du contractualisme doivent être conjugués avec le concept de « souveraineté populaire » pour former une exigence forte de réciprocité démocratique quant aux choix à faire tous ensemble. Cette exigence insiste sur le fait que tous les atouts sont entre les mains des citoyens, au cœur de l'égalité démocratique, et cela de façon permanente[30].

Démocratie et volonté populaire

En utilisant ces affirmations comme un tremplin et en les décortiquant, nous réalisons comment cette conception reprend et redéfinit les leçons du contractualisme. Par exemple, en révisant les thèmes du paradigme volontariste mentionné auparavant, à savoir les exigences relatives à l'adhésion, à l'équilibre symétrique et à la procéduralité. Insistons sur les différences.

Penchons-nous tout d'abord sur la question de l'adhésion autonome des citoyens à un ordre politique légitime. Si cette adhésion était uniquement hypothétique dans le contractualisme, en revanche, elle devient pratique dans la démocratie. D'où la non-pertinence de l'utilisation du terme « adhésion » et notre insistance à remplacer désormais ce terme par l'exigence de nous confirmer réciproquement comme les auteurs de tout ordre juridique et politique autonome. Si tous les atouts doivent être partagés démocratiquement par les sujets de droit, il s'ensuit que nous ne devons reconnaître aucune autre instance de légitimation que les processus démocratiques aptes, en pratique, à confirmer cette exigence. Ainsi, la démocratie ne peut reconnaître la légitimité que de ce qui a été agréé par des processus démocratiques. Celui qui souhaite voir agréée une proposition normative, par ailleurs digne d'être considérée comme valide ou légitime, doit investir les processus

30. B. Melkevik, « Habermas et l'État de droit. Le modèle communicationnel du droit et la reconstruction réflexive de l'État de droit contemporain », dans *Horizons de la philosophie du droit*, p. 133-150.

démocratiques pour obtenir l'assentiment des autres sur cette proposition.

La démocratie est, partant, tout ce que le contractualisme classique et le contrat moral de Rawls ne sont pas, c'est-à-dire des processus réels dans lesquels les citoyens peuvent trouver la justification pratique de leur existence en tant qu'auteurs de leurs droits. À l'opposé du « moi juridique » contractualiste validant ses « droits » seul dans son coin, la démocratie nous oblige à envisager la question de la légitimité comme l'œuvre pratique de tous. Les processus démocratiques sont, en ce sens, notre façon de nous affirmer réciproquement comme les auteurs de nos droits et surtout de réaliser démocratiquement le projet d'un « nous juridique ».

Quant à l'équilibre symétrique, il faut se rappeler que c'était le contexte fictif d'un « état de nature » qui l'assurait dans le contractualisme. Dans la démocratie, pour être bref, nous pouvons simplement dire que l'état de fait démocratique remplace tout « état de nature ». C'est désormais aux processus démocratiques qu'il revient d'assurer l'équilibre symétrique, ou mieux, l'égalité démocratique, en soutenant la liberté communicationnelle de tous. En lieu et place de la conception « incarnée » de la souveraineté, que ce soit le Peuple, la Raison ou encore la Morale ou l'Éthique, s'impose désormais la souveraineté communicationnelle des individus : on entend par là des sujets qui investissent tout espace public pour faire triompher le meilleur argument. L'égalité démocratique a certainement besoin de se stabiliser de façon normative à l'intérieur des processus démocratiques, mais toujours en se gardant de l'hétérogénéité qui menace notre modernité[31]. Car là où le paradigme d'un « état de nature » ajoute foi à l'« égalité », la démocratie, *a contrario, ne peut être que la recherche de l'égalité par des processus démocratiques.*

31. B. Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit*, p. 146-149.

Abordons enfin la question de l'hypothèse procédurale qui, dans le contractualisme, devait mettre en avant une conception jusnaturaliste ou simplement éthico-morale. La démocratie ne dispose que des processus démocratiques, elle n'a aucun accès hypothétique (ou *a priori*) à la « justice », à la « morale » ou à quelque chose de semblable. Il n'existe donc tout simplement pas de justification extra-démocratique dans une démocratie non instrumentale. Ce qui existe, ce sont des processus démocratiques, en nombre incalculable, qui se tissent jusqu'aux résultats démocratiques. L'utilisation d'une hypothèse de « procédure » (dont la philosophie libérale contemporaine a abusé à souhait) doit ainsi être remplacée par des processus pratiques et démocratiques qui permettront désormais aux citoyens de choisir concrètement les normes, les droits et les institutions. Et surtout, de négocier entre eux pour trouver des compromis acceptables pour tous.

Si nous retrouvons de cette façon la structure paradigmatique qui servait le projet juridique moderne dès sa naissance, c'est aussitôt pour constater que cette reformulation a mis en branle une force différente. Là où la modernité naissante pouvait se reposer sur un test contractualiste hypothétique, en fait sur la conscience rationnel de ses élites, la reformulation démocratique mise désormais sur notre capacité, notre volonté et notre engagement à favoriser la démocratie.

Un « nous juridique » développé démocratiquement

En fin de compte, il ne s'agit plus de faire triompher le jusnaturalisme ou le « contrat moral » de son choix. De façon plus réaliste (et plus démocratique), il s'agit d'épauler les processus démocratiques existants. L'adieu au contractualisme ne se fait, en conséquence, qu'en soutenant également le droit comme résultat démocratique. Il ne se fait également qu'en insistant sur le fait que la conception même du droit doit désormais se situer au cœur et en parallèle des processus démocratiques qui trouvent une place concrète dans la société.

Les processus démocratiques nous mettent sur la voie d'une conception du droit qui n'est pas obnubilée par de prétendus « principes », mais qui se situe au niveau des sujets de droit et de leurs intérêts. Quand on prend au sérieux le processus permanent de négociation dans une démocratie, qui fait sien l'apprentissage de l'autre et de ses raisons, et quand on prend le risque de s'élaborer comme un « nous juridique » (c'est-à-dire un état de droit), on peut compter sur la contribution de « tous ».

Le résultat ne sera certainement pas une conception aristocratique des « principes de « droit », mais, de façon plus réaliste, une conception moderne et politique qui met en valeur les compromis, les « négociations », les « arrangements », les « provisoires », etc., qui caractérisent déjà notre univers juridique. Il s'agit, en fait, d'une conception qui rejoint l'univers juridique des sujets de droit, lesquels utilisent les processus démocratiques pour s'affirmer concrètement comme les auteurs de leurs droits.

Pour se rallier à une conception démocratique du droit, l'adieu au contractualisme est indispensable et personne, en fin de compte, ne sera maintenant surpris du choix qui est le nôtre.

La question de philosophie

Notre conclusion insiste surtout sur le fait que le choix que nous effectuons entre une pensée contractualiste et une pensée démocratique trouve son pendant dans notre façon de comprendre le rôle du philosophe et de la légitimation moderne.

Soulignons d'abord que le fait de prendre la démocratie au sérieux nous interdit désormais de penser la philosophie dans le rôle de *Platzanweiser* (c'est-à-dire celui qui indique la place) au profit du rôle plus modeste de *Platzhalter* (c'est-à-dire celui qui occupe une place ou un lieu)[32]. Autrement dit, il faut abandonner le rôle de « juge-inspecteur » (le contractualisme de Hobbes à Rawls) au profit de celui d'« interprète-médiateur ». La philosophie doit désormais occuper ce

lieu qu'est la démocratie non-instrumentale, l'accompagner (dans son évolution) et l'actualiser par des moyens philosophiques. La philosophie doit renoncer au fondationnalisme contractualiste ainsi qu'à tout procédé consistant à se substituer, directement ou indirectement, à la démocratie, ou à la réduire à un rôle instrumental.

L'abandon du contractualisme n'est donc pas uniquement la condamnation de la tradition du fondationnalisme moderne des institutions (et du droit). Il est également le signe annonciateur d'une philosophie du droit qui, désormais, accompagnera pratiquement les sujets de droit[33]. C'est ainsi qu'elle sera dorénavant intrinsèquement liée aux processus démocratiques, en faisant référence à des arguments et à des raisons dûment réfléchis.

En ce qui concerne la légitimité, répétons qu'il n'existe plus dorénavant d'autre façon d'assurer celle des normes, des droits et des institutions qu'en les soumettant aux processus démocratiques. Pour être franc, tout autre discours, contractualisme inclus, n'est que billevesées. Il est désormais exclu que nous imaginions des principes, des règles, une superconstitutionnalité, des droits de l'homme ou de la personne, etc., comme s'ils « flottaient au-dessus » de nous tout en servant à légitimer, à notre insu, nos normes, nos droits et nos institutions. Ce legs d'un passé métaphysique, que nous assumons comme tel, doit maintenant être soumis à une quête de légitimité qui ne peut lui être fournie que par les processus démocratiques.

En admettant que nous ayons raison, le résultat le plus magnifique serait que les processus démocratiques nous forcent tous à entrer dans un processus d'apprentissage pratique, relatif d'abord aux résultats à obtenir, ensuite aux raisons pour lesquelles nous devons choisir ces normes,

32. J. Habermas, « La redéfinition du rôle de la philosophie », dans *Morale et communication. Conscience morale et activité communicationnelle*, Paris, Cerf, 1986, p. 23-40.

33. B. Melkevik, « Pourquoi étudier la philosophie du droit ? Quelques réflexions sur l'enseignement de la philosophie du droit », dans *Réflexions sur la philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 7-16.

droits et institutions dont la validité nous est indispensable. Au lieu de nous enivrer de la beauté ou de l'esprit de justice des concepts, assumons plutôt le risque d'être éclairé par la raison et par les arguments des autres.

Voilà en somme les raisons pour lesquelles nous renonçons désormais à toute pensée contractualiste et pour lesquelles nous considérons cette pensée comme appartenant à un passé philosophique révolu.

HABERMAS ET LA CONCEPTION DÉMOCRATIQUE DU DROIT[1]

Résumé: Habermas défend avec vigueur une conception du droit conjuguée avec l'exigence démocratique. Dans une perspective critique, l'auteur analyse d'abord la théorie « communicationnelle » de la démocratie, qui repose sur le paradigme de l'autolégislation et sur une conception procédurale des enjeux démocratiques. L'auteur insiste, par la suite, sur la formation de l'opinion et de la volonté, sur les droits fondamentaux, sur le processus de sélection des normes et sur l'État de droit démocratique, comme autant de contours qu'il nous trace de cette conception démocratique du droit.

***

Pour bien saisir la rupture à laquelle Habermas nous convoque, nous devons nous arrêter sur l'arrimage philosophique qu'il effectue entre le projet juridique moderne et le processus démocratique. Notre dessein est d'examiner comment une conception démocratique du projet juridique moderne se module à partir de la conception qu'Habermas se fait de la démocratie. Il s'agit d'analyser de façon critique comment Habermas pense le droit structuré sur la démocratie[2] et d'examiner sa façon de défendre pourquoi le projet d'un droit moderne ne peut se déployer que sur les

1. Conférence présentée au XVIII[e] Congrès mondial de philosophie du droit et de philosophie sociale, Pace University, New York, le 26 juin 1999.
2. J. Habermas, *Droit et démocratie, Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997 ; J. Habermas, *L'intégration républicaine. Essais de théorie politique*, Paris, Fayard, 1998. Sur Habermas et le droit, voir B. Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit*, Paris/Sainte-Foy, L'Harmattan/Les Presses de l'Université Laval, p. 91-150.

prémisses et dans le cadre de la démocratie. Nous voulons mettre en lumière que le paradigme d'un lien interne entre droit et démocratie permet à Habermas de restructurer les paramètres mêmes de notre conception du projet juridique moderne.

Dans *Théories de l'agir communicationnel*[3], Habermas envisageait un concept du droit hésitant dans une bipolarité entre institution et médium[4]. Dans son ouvrage *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, il nous propose la possibilité d'un droit émanant de la démocratie, c'est-à-dire relevant d'une conception radicale de cette démocratie. Avant d'en venir à la question de la charpente de cette conception radicale, examinons tout d'abord la conception de la démocratie que nous propose Habermas.

La démocratie à la hauteur de la modernité

Nous pouvons dès maintenant dire, en anticipant sur notre analyse, qu'Habermas défend l'idée d'une démocratie-processus. Il n'envisage nullement la démocratie comme une donnée, comme une institutionnalisation, mais comme un ensemble de processus qui convergent vers l'objectif unique de faire des individus, de façon concrète, les auteurs et les destinataires de leurs lois, de leurs normes et de leurs institutions, et de les confirmer dans ces rôles. En ce sens, la démocratie est un éternel « projet inachevé[5] ».

Cette conception de la démocratie s'oppose et se substitue à celle que défend le libéralisme. En effet, les libéraux, si on se limite à la tradition anglo-saxonne suivant Locke, pensent la démocratie comme un moyen, comme une sorte de courroie, habile à transmettre ou à confirmer les valeurs constitutives de la liberté négative considérée d'une façon

3. J. Habermas, *Théorie de l'agir communicationnel*, 2 vol., Paris, Fayard, 1987.
4. B. Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit*, p. 110-114.
5. J. Habermas, « La modernité, un projet inachevé », dans *Critiques* n° 413, octobre 1981 ; *idem*, *Le discours philosophique de la modernité*, Paris, Gallimard, 1988.

prépolitique. Une telle instrumentalisation de la démocratie, dans une perspective habermasienne, est pourtant à proscrire, tout autant que son paternalisme déguisé, lequel n'utilise la démocratie que pour faire triompher des présupposés « éthiques ». En revanche, la démocratie possède, toujours selon Habermas, un caractère *per se*, c'est-à-dire qu'elle ne peut être légitimée que par les seules ressources de la démocratie. Autrement dit, la démocratie doit se légitimer uniquement par le processus démocratique en tant que tel. Toute légitimation extra-démocratique dans la logique des discours de fondation de type droit naturel, libéral(isme), métaphysique, transcendantal, etc., se condamne d'elle-même, car elle implique une forme d'instrumentalisation et de détournement de la démocratie.

Que la démocratie ne puisse être légitimée que par ses propres ressources signifie, suivant Habermas, que la démocratie ne peut reposer que sur des démocrates.

Elle se fonde, en effet, sur une mentalité de modernité démocratique qui accompagne, normativement et factuellement, des hommes et des femmes qui souhaitent régler ce qui doit, par des processus démocratiques, relever d'un « nous » politique ou juridique. L'intérêt qu'Habermas manifeste aujourd'hui pour Rousseau et Kant, particulièrement en ce qui concerne leur insistance sur l'autolégislation, s'explique, dans cette perspective, par la promesse décelée[6]. Plus précisément, une fois sautés les tabous de la philosophie de conscience, cette promesse d'autolégislation ne peut qu'épouser les ressources de la démocratie pour pouvoir assurer, aujourd'hui, leur réalisation et un niveau acceptable de réussite.

Ainsi, la démocratie repose non pas sur des institutions justes et libérales, non plus que sur des conquêtes historicistes, mais seulement sur des mentalités démocratiques se subsumant dans le processus démocratique. Des mentalités démocratiques qui, selon Habermas, souhaitent prendre en

6. J. Habermas, *L'intégration républicaine. Essais de théorie politique*, p. 259-286.

charge la promesse d'autolégislation et s'assurer du consentement de tous en ce qui concerne les droits, les normes et les institutions.

Le lieu d'explication ne peut pourtant pas, dans une perspective habermasienne, être les mentalités en tant que telles, mais bien le processus de démocratie, c'est-à-dire le lieu où les sujets de droit peuvent réciproquement se reconnaître comme les auteurs et les destinataires de leurs droits, normes et institutions. Là, en fait, où la mentalité démocratique s'affirme et se concrétise comme reconnaissance de la possibilité démocratique qui s'étaie sur *autrui*. Les mentalités modernes, qui peuvent soutenir le projet juridique moderne, s'affirment, en conséquence, dans des structures de communication capables de proposer la perspective intersubjective inhérente à la démocratie. La démocratie ne peut donc se déployer, selon Habermas, que dans le cadre des discours communicationnels.

Habermas peut ainsi revendiquer que «la politique délibérative constitue le cœur même du processus démocratique[7]». La raison en est que la démocratie renvoie à des conditions sociales permettant l'auto-organisation d'une communauté juridique (et politique). Il l'affirme ainsi :

> Le concept de démocratie fondé sur la théorie de la discussion suppose l'image d'une société décentrée qui crée toutefois, au moyen de l'espace public politique, une arène spécialement chargée de percevoir, d'identifier et de traiter les problèmes intéressant la société dans son ensemble. Si l'on abandonne les concepts issus de la philosophie du sujet, on n'a plus besoin de concentrer la souveraineté, de façon faussement concrète, dans le peuple, ni de la confiner dans l'anonymat des compétences définies par le droit constitutionnel. Le «Soi» de la communauté juridique qui s'organise elle-même est résorbé par les formes de communication asubjectives qui régulent la formation de l'opinion et de la volonté au moyen de la discussion, de façon à ce que leurs résultats faillibles aient toutes les chances d'être raisonnables. [...] Même anonyme, la souveraineté du peuple ne se retire dans les procédures démocratiques et dans l'implémentation juridique des conditions communi-

7. J. Habermas, *Droit et démocratie*, p. 320.

cationnelles qui la rendent possible, que pour mettre en valeur son statut de pouvoir généré au moyen de la communication[8].

De la sorte, cette conception de la démocratie ne véhicule aucune conception préétablie concernant le projet de droit, mais présuppose le processus démocratique comme seule possibilité de produire un droit à la hauteur de la modernité. Nous pourrions sûrement être davantage prolixe sur la conception de la démocratie d'Habermas, mais cette brève analyse nous permet de comprendre la radicalité juridique, politique et sociale, qu'il met en avant.

Ce sont les contours de cette conception démocratique du droit que nous examinerons par la suite. D'abord en abordant la formation de l'opinion et de la volonté comme le but même de la démocratie et du projet juridique ; ensuite, en considérant la question des droits fondamentaux ; puis, en nous penchant sur la sélection des droits selon Habermas ; et, enfin, en traitant de l'État de droit, conjugué avec la démocratie.

La démocratie et la formation de l'opinion et de la volonté

La conception de la démocratie d'Habermas se concrétise d'abord dans l'entreprise démocratique consistant à élargir et à rendre autonome la formation de l'opinion et de la volonté. Et cela, dans le but de prendre en charge, de soutenir et de promulguer le projet d'un « nous juridique », un droit que nous pouvons partager réciproquement et démocratiquement.

Nous pouvons dire que l'objectif des processus démocratiques est, dans le domaine du droit, de produire une opinion et une volonté commune. L'objectif est en fait de mobiliser des individus concrets avec leur histoire, leur morale, leur sensibilité, pour, avec les ressources que leur donnent leurs mondes vécus respectifs, déboucher sur des solutions consensuelles. Nous avons donc, d'un côté la

8. *Ibid.*, p. 326.

question d'une formation de l'opinion et de la volonté par les processus démocratiques, et de l'autre la co-originarité des droits sur l'axe de l'autonomie privée et publique.

Habermas pense, en fait, que la question de la formation de l'opinion et de la volonté est intimement rattachée à un espace public. En d'autres termes, il voit leur formation accompagnée d'une publicité où nous pouvons thématiser les questions relatives à « ce que nous devons faire ». Le traitement rationnel d'une telle question suppose que la formation de l'opinion et de la volonté puisse elle-même engendrer des décisions fondées sur des arguments dans le but d'atteindre des fins collectives et une réglementation normative de la vie communautaire. Par conséquent, le projet de droit ne peut être que l'expression de l'autonomie des citoyens; à savoir une autonomie avertie et éclairée par les arguments et les raisons des autres. La démocratie présuppose, en somme, la production ouverte et non-dominée de savoirs individuels, sociaux et politiques, susceptibles d'éclairer les citoyens quant aux droits proposés en vue de les valider et quant aux enjeux pratiques qu'ils impliquent.

L'autre conséquence du rattachement par Habermas du processus de formation de l'opinion et de la volonté à la démocratie, est d'introduire la perspective d'une co-originarité entre l'autonomie privée et l'autonomie publique par rapport au droit. Il s'agit d'un lien interne insistant sur le fait que les sujets de droit ne peuvent jouir de l'égalité en matière de libertés subjectives que s'ils s'entendent sur le degré et le sens de ces « libertés subjectives » reconnues de part et d'autre comme des libertés de droit, obtenues par des processus démocratiques. Concrètement, les sujets de droit doivent évaluer les aspects pertinents en vertu desquels ce qui est pareil devra être traité pareillement, et ce qui est différent, différemment. Ce processus peut, seul, permettre aux personnes concernées de formuler de façon adéquate, dans le cadre de débats publics, les aspects significatifs de l'autonomie privée pour le projet moderne du

droit[9]. Les libertés subjectives ne sont donc plus prépolitiques, mais plutôt le résultat des processus démocratiques qu'elles doivent étayer et affermir.

Selon nous, l'accent qu'Habermas met sur la formation de l'opinion et de la volonté démocratique remplace l'insistance des libéraux sur la liberté négative et les « droits » prépolitiques. Le système de droit est politique et il est soumis aux changements intervenus dans la formation de l'opinion et de la volonté. Et surtout, ce système de droit, selon Habermas, conjugue aussi bien la légitimité que la légalité du projet juridique moderne.

La démocratie et les droits fondamentaux

Il n'y a pas, chez Habermas, de droits fondamentaux antérieurs au processus démocratique par lequel les individus doivent pouvoir se concevoir réciproquement comme les auteurs et les destinataires de leurs droits. C'est uniquement par les processus démocratiques que nous pouvons produire la légitimité nécessaire à la légalité. Ce qui nous amène à la question de savoir comment assurer le processus démocratique à l'intérieur du droit et comment faire de la participation démocratique un droit.

Ici, Habermas se sert également du paradigme de l'autolégislation pour introduire une théorie des droits fondamentaux qui puisse mettre le projet juridique à l'abri des forces hétérogènes et l'assurer de façon normative. En pensant le processus démocratique co-originaire de la promesse d'autolégislation se subsumant dans le projet

9. J. Habermas, « La réconciliation grâce à l'usage public de la raison. Remarques sur le libéralisme politique de John Rawls » (p. 9-48) et « La morale des visions du monde. « Raison » et « vérité » dans le libéralisme politique de John Rawls » (p. 143-187) dans J. Habermas et J. Rawls, *Débat sur la justice politique*, Paris, Cerf, 1997. Cette position se démarque de celle défendue par J. Rawls dans *Libéralisme politique*, Paris, PUF, 1995 et *Théorie de la justice*, 2e édition, Paris, Seuil, 1997. Sur la différence entre Habermas et Rawls, voir B. Melkevik, « Du contrat à la communication : Habermas critique Rawls », dans *Philosophiques*, vol. XXIV, n° 1, 1997, p. 59-70, reproduit dans ce volume.

moderne du droit, Habermas peut ainsi envisager la concrétisation d'un faisceau de droits fondamentaux sans lesquels une telle conception démocratique du droit serait futile.

Si en fait la modernité juridique avance à partir du paradigme selon lequel les individus doivent pouvoir s'envisager comme les auteurs et les destinataires de leurs droits, de leurs normes et de leurs institutions, autant juridiques que politiques, il s'ensuit, pour Habermas, que les processus démocratiques doivent être eux-mêmes institutionnalisés par ce droit. Nul besoin, donc, de droits prépolitiques ou éthiques, mais uniquement de droits fondamentaux qui peuvent sortir du processus démocratique et l'assurer comme tel.

De tels droits fondamentaux garantissent le côté procédural et démocratique du fait d'affirmer les sujets dans leurs rôle d'auteurs et de destinataires du droit. Le processus démocratique est de cette sorte étroitement intriqué au projet de droit: il est « la participation de toutes les personnes concernées, l'égalité de droit des participants, une interaction dépourvue de contrainte, une bonne foi quant aux thèmes et aux contributions proposés, le caractère révisable des résultats, etc.[10] »

La démocratie conjuguée avec le projet de droit permet de cette manière à Habermas d'aller plus loin dans la formulation d'une co-originarité entre droit et démocratie. Cette conjugaison lui permet de considérer que la synthèse entre le contenu normatif du processus démocratique et le droit ne peut en outre se concrétiser qu'au niveau du statut des personnes juridiques. Habermas peut ainsi introduire deux catégories fondamentales du droit démocratique et en désigner une troisième comme son accomplissement.

10. J. Habermas, « L'espace public — 30 ans après », dans *Quaderni: La revue de la communication*, Paris, n° 18, automne 1992, p. 182. Également dans *L'espace public. Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, 2e édition, Paris, Payot, 1993, p. XXVIII.

Le premier faisceau de droits fondamentaux résulte « de la seule application du principe de la discussion au médium du droit en tant que tel[11] ». Il s'agit plus précisément de l'affirmation du « droit à l'étendue la plus grande possible de libertés subjectives d'action égales », du « statut de membre » pour tous, du rôle inaliénable de l'individu dans le choix démocratique « des droits » et de l'insistance sur le « développement de la protection juridique individuelle », comme pouvant seul répondre à l'exigence de l'autolégislation communicationnelle[12]. En somme, il s'agit de droits fondamentaux qui peuvent assurer que les citoyens sont les seuls auteurs de leurs droits et les sécuriser dans ce statut intersubjectif.

Le deuxième droit fondamental, issu du principe de discussion, est l'affirmation de pouvoir « participer à chances égales aux processus de formation de l'opinion et de la volonté[13] ». Ce droit fait bien entendu corps avec le paradigme de l'autonomie politique des sujets de droit et vise à assurer à ces sujets la liberté d'être les auteurs du droit. En plus d'assurer une assise formelle d'égalité, ces droits doivent également servir de barrière contre les forces hétérogènes et les mettre hors-jeu, dans les limites du possible, sur la base même de cette égalité.

Le troisième droit fondamental mentionné par Habermas est d'une mouture bien différente de celle des autres. Habermas croit, en effet, que nous devons également ajouter des droits dits « de solidarité » pour assurer une jouissance égale des droits civiques et fondamentaux. Ces « droits de solidarité » dépendent, bien entendu, des ressources civiques propres à les consolider[14].

Il en découle en sorte une co-originarité voulue et recherchée entre la démocratie et le projet juridique

11. J. Habermas, *Droit et démocratie*, p. 140.
12. *Ibid.*, p. 139-140.
13. *Ibid.*, p. 140.
14. Voir B. Melkevik, *Réflexions sur la philosophie du droit*, Sainte-Foy/Paris, Les Presses de l'Université Laval/L'Harmattan, 2000, p. 17-33 (« La solidarité, la philosophie et notre présent »).

moderne. Habermas, voulant une mise en œuvre politiquement autonome du projet juridique de la modernité peut, en moyennant une telle relation entre droit et démocratie, compter sur cette dernière comme sur une barrière et une ressource contre les atteintes aux droits subjectifs.

La démocratie et la sélection du droit

Le troisième aspect de la corrélation entre droit et démocratie joue, chez Habermas, sur la sélection de normes. D'où, précisément, l'impossibilité de se fier aux différents discours de fondation du droit qui parsèment la littérature de la philosophie du droit, de Tracymaque à Rawls, Dworkin et les autres. Il n'y a, en fait, plus aucune crédibilité quant au discours de fondation de droit, que ce soit sur la Nature, la Raison, le Raisonnable, l'Histoire, la Société (ou la Communauté), la Morale (ou l'Éthique) ou le Contrat social. Si nous optons en faveur de la démocratie, il n'existe, suivant Habermas, plus aucune autre possibilité que celle de considérer le droit comme étant sélectionné dans et par le processus démocratique.

Le paradigme de sélection du droit, des normes et des institutions, est en fait une conséquence logique de la promesse de l'autolégislation, quand celle-ci se concrétise dans le processus démocratique. Dès ce moment, la démocratie doit porter seule et comme instance unique de légitimité et de légalité, le fardeau de sélectionner le droit, les normes et les institutions que nous voulons honorer en reconnaissant leur mérite, leur validité et leur utilité pour nous.

Cela présuppose certainement que la proposition et la présentation de normes en vue d'une telle sélection viennent de l'extérieur du processus démocratique. Habermas pense que c'est aux forces d'intégration, qu'il s'agisse de solidarité, d'argent ou d'administration, d'élaborer de telles propositions. La distinction entre monde vécu et système, qui joue maintenant un rôle secondaire chez Habermas, sert, en conséquence, à formuler les préoccupations, les problèmes, les contraintes et les solutions qui émergent.

Avec l'objectif de faire du processus démocratique le porteur de nos projets collectifs, Habermas laisse toute latitude à l'autonomie privée en la conjuguant avec l'autonomie publique. C'est aux forces du monde vécu et aux « systèmes » de proposer des normes à discuter et, éventuellement, à valider démocratiquement.

Que tout droit soit un droit sélectionné démocratiquement, dépendant ainsi de notre assentiment et peut-être de notre volonté de changement, résout un problème classique de philosophie du droit. Car si nous devons obéir au droit, aux normes et aux institutions juridiques, c'est, dans ce cas précis, parce que nous en sommes les auteurs et non parce qu'il existe une quelconque « obligation ». Par conséquent, notre raison d'obéir au droit moderne ou de lui désobéir démocratiquement ne trouve sa légitimé que dans et par le processus démocratique.

La démocratie et l'état de droit

Il n'y a, de façon classique, aucune corrélation nécessaire et logique entre la démocratie et l'État de droit. La tradition moderne de philosophie du droit, à la suite du droit naturel rationaliste, a le plus souvent pensé le droit selon différents discours de fondation mettant généralement en scène une instance prépolitique de liberté négative. Cela a eu pour conséquence de dissocier la démocratie de la question de l'État de droit. En fait, soit l'État se soumet au Droit (moral), soit l'État se retrouve maître du droit (étatique). Quoi qu'il en soit, la question de démocratie ne concerne pas le droit. C'est justement cette impasse que Habermas cherche à surmonter, en conjuguant, comme nous venons de le constater, le droit et la démocratie. Car en rendant l'État moderne coriginaire du droit d'un État de droit démocratique, la question de droit ne peut plus être extérieure à la démocratie. Elle est plutôt la conséquence logique d'une réciprocité dépendant de l'autolégislation des sujets.

Chez Habermas, un tel État de droit démocratique n'a pas de substantialité, ni comme donnée, ni comme idée. Il se

résorbe dans les processus démocratiques qui, seuls, assurent son caractère simultanément juridique et démocratique. Habermas nous invite à considérer l'État de droit moderne comme un projet, comme un engagement pris par des citoyens modernes. Dans la perspective mise de l'avant par Habermas, le « respect réciproque des droits et des devoirs se fonde [...] sur des rapports de reconnaissance symétrique[15] ». Cette reconnaissance symétrique n'est pourtant pas autre chose que l'intersubjectivité formée par le processus démocratique et que les sujets de droit peuvent tirer de leur expérience du droit. L'État de droit démocratique repose, en conséquence, sur l'intersubjectivité mise en scène aussi bien par la communication que par le processus démocratique.

L'État de droit démocratique n'est tout simplement pas un État de domination, de contrainte, comme l'avait préconisé Max Weber[16]. Habermas arrive incontestablement à une conclusion opposée à celle de Weber. En effet, Weber croit au droit comme à une domination et soutient ainsi une conception positiviste du droit étranger à toute question de légitimité. Par contre, Habermas, comme nous l'avons mentionné, fusionne les notions de légitimité et de légalité, symbolisées par le paradigme démocratique de l'autolégislation, avec le processus démocratique qui doit se situer au cœur même de l'État moderne.

Il en découle que l'État ne peut être légitime ou légal que dans la mesure où il respecte le processus démocratique. Autrement dit, l'État démocratique ne peut être que le destinataire de la légitimité et de la légalité que lui donne le processus démocratique. Le respect des droits, des normes et des institutions sélectionnés, ainsi que l'instauration de la sécurité et de la stabilité juridiques reposent, par conséquent, sur les processus démocratiques et sur eux seuls. C'est aussi pourquoi l'état de droit démocratique ne

15. J. Habermas, *op. cit.*, p. 294.
16. M. Weber, *Économie et société*, Paris, Plon, 1971. Voir J. Habermas, *Droit et morale. Tanner lectures (1986)*, Paris, Seuil, 1997.

peut plus être structuré à partir du pouvoir et de la domination étatique. Il ne possède plus d'autre source de légitimité et de légalité que celle des dits processus démocratiques.

L'État de droit démocratique est donc autre chose que ce qui est défendu par le positivisme, le normativisme (Kelsen), ou encore le sociopositivisme (Weber). C'est un État où les sujets de droit s'impliquent dans le projet de droit démocratique, créent des mouvements sociaux et s'engagent dans des luttes politiques, afin que leurs préoccupations soient prises en compte.

En fin de compte

La conception démocratique du droit qui se profile chez Habermas est certainement « radicale ». Elle nous force à considérer le droit à la fois comme soumis aux forces sociales et politiques et comme un « nous juridique » normativement et procéduralement disponible pour les sujets de droit.

Le plus important nous semble pourtant être que Habermas sort la pensée juridique de tout discours de fondation, pour n'envisager le projet juridique moderne qu'à l'aune de la démocratie. Ce faisant, il introduit la question de démocratie au cœur même de la philosophie du droit. Elle devient alors notre seule source de légitimité et de légalité après le naufrage des discours de fondation. C'est justement le défi de ce déplacement qu'il convient maintenant de relever dans le droit.

LE DROIT COSMOPOLITIQUE

DROIT DES PEUPLES OU DROIT COSMOPOLITIQUE[1]

Le refus de Rawls d'accepter un quelconque « droit cosmopolitique », selon la volonté fermement exprimée de restreindre cette idée à un « droit des peuples », fut une douche froide pour tous les rawlsiens. Ceux-ci, en effet, ont cru à tort que leur maître serait d'accord pour élargir les exigences de justice sociale, d'abord dans un pays, puis à la communauté planétaire en l'érigeant en « droit ». La fin de non-recevoir et le désaveu que Rawls a opposés à ses fidèles, dès 1993[2], et qu'il a réitérés en 1999[3], contrastent avec l'acceptation par Habermas de l'horizon d'un droit cosmopolitique. Il s'agit là de l'objet de notre analyse.

Nous étudierons puis nous comparerons les deux projets, soit celui d'un « droit des peuples », élaboré par John Rawls, et celui d'un droit cosmopolitique vu à travers l'œil de Jürgen Habermas. Bien que différentes, ces voies philosophiques et « juridiques » contribuent toutes deux à

1. Conférence donnée au colloque « La philosophie, le droit et la paix », le 15 mai 2000, à l'Université de Montréal, dans le cadre du Congrès de l'ACFAS.
2. J. Rawls, « The Law of Peoples », dans S. Shute et S. Hurley, *On Human Rights: The Oxford Amnesty Lectures*, New York, Basic Books, 1993. Traduit en français sous le titre *Le droit des gens*, Paris, Éditions Esprit, 1996. Notons que traduire « the law of peoples » par « le droit des gens », comme cela s'est fait dans la traduction française mentionnée plus haut, n'est pas pertinent.
3. J. Rawls, *The Law of Peoples, with « The Idea of Public Reason revisited »*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1999. Il s'agit à la fois d'une reprise complète de l'article de 1993 (cf. note 2) et de l'élaboration d'un texte totalement nouveau. Nous nous appuierons par la suite exclusivement sur ce dernier livre. Nous avons choisi d'utiliser (et d'annoter) la traduction française de l'article de 1993 quand cela est possible.

repenser le droit. Ce que nous nous engageons à prouver en montrant le sens et l'ampleur de ces deux projets, et en insistant sur les ramifications politiques qui découlent de cette refonte du droit. En effet, il ne faut à aucun moment oublier que la conception de Rawls, à l'instar de celle de Habermas, fait référence à des conceptions philosophiques et politiques bien distinctes. Il s'agit du libéralisme politique pour Rawls et de la démocratie délibérative pour Habermas.

Avant de pouvoir dévoiler le plan de notre exposé, il y a lieu de voir d'un peu plus près l'histoire des positions rawlsiennes et le cheminement par lequel Habermas a été amené à prendre position.

Les cheminements du désaveu rawlsien

Comme nous l'avons déjà notifié plus haut, le développement d'un « droit des peuples » selon Rawls se bâtit sur un fond historique ou dans un contexte philosophique particulier. Il ne faut jamais perdre de vue que les interventions successives de Rawls et sa volonté de se démarquer sont avant tout l'expression de la réfutation de ses propres partisans.

Justice sans frontière

En fait, les Rawlsiens, et surtout un certain « rawlsisme de gauche », se sont largement investis pendant les années 1970, 1980 et 1990 dans l'idée que les principes de justice sociale élaborés par Rawls dans sa *Théorie de la justice*, en 1972[4], pouvaient représenter à la fois un solide outil pour analyser les problèmes « cosmopolitiques » et l'idée directrice pour mener à bien des réformes adaptées à l'ordre économique mondial. Il s'agissait en fait de défendre que les conceptions rawlsiennes de « justice », issues du livre *Théorie*

4. J. Rawls, *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1re édition 1987, 2e édition 1997. L'original en langue anglaise est paru en 1972 chez Harvard University Press. Rawls a depuis fait paraître plusieurs éditions avec des ajouts ou des modifications mineures.

de la justice, pouvaient être appliquées à l'espace international, au droit et à l'économie internationale.

Eux, les « rawlsiens de gauche », défendent le fait que la factualité représentée par les frontières étatiques ne pourrait pas avoir de signification de principe en ce qui concerne l'application et la compréhension des principes de justice développés par Rawls. Selon eux, ces principes doivent véhiculer la vraie pensée libérale en matière de « droit international[5] ». Le principe de base, tout autant que le principe de différence de Rawls, donnent des résultats tout à fait spécifiques quand ils sont appliqués à l'échelle planétaire : en fait, une fois la question de frontière écartée, toute immigration doit en principe être libre et toute restriction étatique ne peut être qu'une atteinte à la liberté fondamentale[6]. Le principe de « différence » impose également aux États riches de partager leurs richesses avec les pays pauvres.

En ce qui concerne l'application des principes de Rawls dans le droit international, on peut constater que la littérature qui en est issue est de plus en plus large et idéalisante. Celle-ci, sous la marque de commerce « Rawls », quoique surfaite, promeut l'idée d'une « justice globale ».

Rawls et son retrait conservateur

La tournure conservatrice que prend la philosophie de Rawls est de plus en plus marquée depuis les années 1980.

5. Thomas Pogge, *Realizing Rawls*, Ithaca, Cornell University Press, 1989, p. 211-280. Comme le dit Pogge à propos des engagements en faveur de la justice « lead one to abandon Rawls's primary emphasis on domestic institutions in favor of globalizing his entire conception of justic » (p. 240). Cf. également, *idem*, « Rawls and Global Justice », dans *Canadian Journal of Philosophy*, vol. 18, n° 2, 1988, p. 227-256. Voir, *a contrario*, J. Rawls, *The Law of Peoples*, *op. cit.*, p. 82, note 28, qui fournit une bibliographie des principaux auteurs que Rawls rejette.
6. Joseph H. Carens, « Aliens and Citizens : The Case for Open Borders », *Review of Politics*, vol. 49, n° 2, 1987, p. 251-273 ; repris dans Will Kymlicka (dir.), *The Rights of Minority Cultures*, Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 331-349. Voir le refus de ces thèses par Rawls, *The Law of Peoples*, *op. cit.*, p. 8-9 et 38-39.

Cette tendance et le souci de clarté sur ses propres convictions morales ont rapidement poussé Rawls à se distancier de ce « rawlsisme de gauche[7] ». Ils l'ont surtout poussé à inscrire ses réflexions quant au « droit des peuples » dans la lignée de son libéralisme politique et en opposition farouche avec une quelconque « justice globale ». Il s'agissait en effet pour Rawls de poursuivre et de confirmer le retrait conservateur et prudent qui caractérise désormais sa pensée sur le plan du droit international.

La réaction à la publication de la première version du « Droit des peuples », en 1993, était donc, de la part des rawlsiens de gauche, assortie d'un sentiment de trahison. Ils se sentaient tout simplement abandonnés par leur maître[8]. Ils pensaient qu'eux seuls avaient tiré les conséquences logiques et philosophiques des thèses de Rawls et que c'était désormais lui qui n'était plus fidèle à ses propres idées. Plusieurs ont alors eu le sentiment qu'il fallait défendre désormais les positions originelles du rawlsisme, celles de la *Théorie de la justice*, contre les dérives du vieux Rawls. Il y eut aussi, comme conséquence philosophique, le renforcement des arguments sur la justice internationale dans la droite ligne de la *Théorie de la justice*, mais sans référence à son auteur[9].

Quand Rawls revient en 1999 avec une nouvelle version largement améliorée de son texte *Le droit des peuples*[10], il

7. J. Rawls, *Le droit des gens*, *op. cit.*, p. 71 ; « La difficulté d'une position originelle totale et globale est que son utilisation des idées libérales est bien plus problématique, parce que dans ce cas nous considérons toutes les personnes, quelles que soient leur société et leur culture, comme des individus libres et égaux, raisonnables et rationnels, et donc telles que les conçoivent les conceptions libérales. Cela rend le fondement du droit des gens [peuples] trop restreint. »
8. T. Pogge, « An Egalitarian Law of Peoples », dans *Philosophy and Public Affairs*, vol. 23, n° 3, 1994, p. 195-224. Voir également *idem*, Critical Study : « Rawls on International Justice », dans *Philosophical Quaterly*, vol. 51, 2001, p. 246-253.
9. T. Pogge, « The Moral Demands of Global Justice », dans *Dissent*, vol. 47, n° 4, 2000, p. 37-43. Voir également Thomas Pogge (dir.), numéro spécial sur « Global Justice », dans *Metaphilosophy*, vol. 32, n^{os} 1-2, 2001 (À paraître comme anthologie, Oxford, Blackwell, 2001).
10. J. Rawls, *The Law of Peoples*, *op. cit.*

avoue, dans la préface, son insatisfaction vis-à-vis de la première version[11]. À ses yeux, elle est incomplète, insuffisamment développée et elle laisse libre cours à des interprétations erronées. Or, au-delà de cette explication, qui fait implicitement référence à la persistance des discours sur la « justice globale » et qui agace tant Rawls, c'est la pensée « sécuritariste » du « libéralisme politique » qui sert maintenant à restructurer et à bétonner la nouvelle version du *Droit des peuples*. Nous pouvons dire que la seule différence, énorme en soi, entre les deux versions de ce texte est que la première version était préliminaire au *Libéralisme politique*, alors que la deuxième version repose entièrement sur cette forme particulière du libéralisme. Il va sans dire que c'est la deuxième version qui nous intéressera par la suite.

Habermas et la justice démocratique planétaire

Entre-temps, Habermas avait également pressenti l'intérêt de cette problématique de la justice ou du « droit » à l'échelle de la planète. Certes, Habermas avait déjà, à plusieurs reprises, dû se prononcer sur le « droit cosmopolitique ». Mais toutes ces interventions étaient davantage centrées sur les acteurs sociaux et politiques. Il y soulignait le rôle primordial des « nouveaux mouvements sociaux », qui thématisent la question de la « justice internationale ». Il y déplorait encore que les pays du tiers monde n'arrivassent pas à dialoguer sur un pied d'égalité avec le monde industrialisé[12]. Quand Habermas intervient et écrit son essai sur le droit cosmopolitique[13], c'est sur la base d'un débat déjà largement entamé et balisé. Mais il le fait surtout en bon connaisseur des divergences entre les « rawlsiens de

11. J. Rawls, *The Law of Peoples*, *op. cit.*, p. v et vi.
12. J. Habermas, *The Past as Future*, Lincoln, University of Nebraska Press, 1994.
13. J. Habermas, *La paix perpétuelle. Le bicentenaire d'une idée kantienne*, Paris, Cerf, 1996. Voir B. Melkevik, « Le droit cosmopolitique : la reformulation habermasienne », dans *Universitas Iuris, Publicacion de Alumnos de Facultad de derecho*, Universidad Nacional de Rosario, Argentine, n° 21, avril 1999, p. 67-77 (reproduit dans ce livre).

gauche », qui utilisent la *Théorie de la justice*, et un Rawls qui engage désormais ses idées dans la voie du libéralisme politique.

Certes, Habermas ne souhaite pas s'ériger en arbitre. Il veut plutôt, par goût philosophique, travailler dans le créneau niché entre ces deux positions. En clair, travailler aussi bien avec les arguments des « rawlsiens de gauche » qu'avec ceux qui ont été tirés des nouvelles positions de Rawls. Ce qui lui permet de renforcer ses propres arguments au profit de la promotion des processus démocratiques dans tous les pays du monde et auprès des institutions internationales.

Il faut le souligner, l'idéal préconisé par Habermas, c'est une démocratie planétaire consistant en espaces politiques où les hommes et les femmes peuvent pratiquement et réciproquement décider de leur sort par des processus démocratiques. Ce n'est en aucun cas une conception préétablie de « justice globale » laquelle ne peut être qu'une chimère et un leurre « moral » de l'élite bien-pensante.

Chantiers ouverts

Toute la différence entre Rawls et Habermas est donc là, dans le choix à faire entre un « droit des peuples » et un droit cosmopolitique. C'est pourquoi nous mettons l'accent sur les écrits de John Rawls et son « droit des peuples », pour ensuite traiter de la réplique d'Habermas. En ce qui concerne la position défendue par Rawls, nous nous pencherons d'abord sur la question de fondement, ensuite sur la question de la hiérarchie des États, et enfin sur la question de « justice » internationale.

La question de « fondement »[14]

C'est en allant au plus profond de la différence philosophique entre Rawls et Habermas que nous mettrons au clair

14. Le titre des sections suivantes se rapporte uniquement à la position défendue par Rawls.

les présupposés de fond qui structurent leurs compréhensions personnelles. Ainsi le « droit de peuples » de Rawls est une morale des affaires étrangères à l'intention des dirigeants institutionnels des pays libéraux, alors que le « droit cosmopolitique » de Habermas concerne les individus, les cosmopolites, les citoyens du monde, tous responsables et potentiellement solidaires à l'échelle planétaire. D'un côté, la morale, de l'autre, les sujets de droit.

Le « peuple », selon Rawls

« Pour qui écrivez-vous, professeur Rawls ? »

Rawls caractérise lui-même ses objectifs de la façon suivante : « Par "Droit des Peuples", j'entends une conception particulière de la politique s'appliquant aux principes et aux normes du droit international et à sa pratique[15]. »

Il s'agit des « principes politiques particuliers pour réglementer les relations politiques communes entre les peuples[16] ».

Rawls ne conçoit en somme son « droit des peuples » que comme un élément appartenant à une morale institutionnelle des affaires étrangères d'un peuple « juste ». Il écrit pour les hommes et les femmes au pouvoir, il se veut le conseiller du Prince, là où Habermas, nous y arrivons, cherche à donner plus de force aux individus et à leur influence en matière de « droit international ». D'après Rawls, cette morale institutionnelle est, et doit être, comprise et soutenue ou, éventuellement, corrigée de façon critique par tous les libéraux. Ceux-ci doivent s'assurer que leurs représentants élus ont un sens moral suffisamment développé et les valeurs nécessaires pour représenter dignement le « peuple ». Sur le plan des affaires étrangères, ces valeurs

15. J. Rawls, *The Law of Peoples*, *op. cit.*, p. 3 ; *Le droit des gens*, *op. cit.*, p. 39-40.

16. J. Rawls, *The Law of Peoples*, *op. cit.*, p. 3, note 1 (notre traduction) ; comparer avec la version obsolète de 1993 dans *Le droit des gens*, p. 39, note 1.

morales peuvent, suivant Rawls, être qualifiées de « droit des peuples ».

Une telle position fait immédiatement appel à deux interrogations : Pourquoi employer la notion de « peuple » et pourquoi attribuer un sens moral à ce « peuple » ?

En fait, pourquoi n'utilise-t-on pas simplement des mots comme « Pays », « État » ou « Gouvernement » ? Car s'agit-il vraiment d'autre chose ?

Suivant Rawls, l'emploi de la notion d'« État » ou encore de « Gouvernement » doit être banni, du simple fait qu'ils ne sont pas des agents moraux. Par contre, la notion de « peuple », dans la sphère des affaires étrangères, doit, selon Rawls, être comprise comme l'équivalent de la notion de « citoyen » dans la sphère nationale[17]. Du fait même que le citoyen est un agent moral, le peuple l'est également, si on suit la logique de Rawls. Car, comme les citoyens agissent par l'intermédiaire de leurs institutions et de leurs représentants, les peuples (en tout cas les peuples libéraux et décents, nous y reviendrons) agissent également par leurs représentants et leurs institutions. Tous agissent soit « moralement » soit « immoralement » à l'égard de leurs propres citoyens comme à l'égard des autres peuples.

La base de l'utilisation de la notion de « peuple » est rattachée, comme l'avoue Rawls, à une idéologie politique particulière, la sienne, qui est plus précisément sa version du libéralisme politique. Il peut en conséquence lier trois caractéristiques à l'utilisation de la notion de « peuple » pour identifier les caractéristiques qui, par l'exemplarité morale, devront servir de base de compréhension pour le « droit des peuples ». Un « peuple » libéral, le seul « peuple » pour Rawls qui mérite vraiment cette étiquette pour des raisons de « moralité », doit se distinguer des autres par un gouvernement démocratique constitutionnel qui sert les intérêts de tous. Ce « peuple » est également uni par des

17. J. Rawls, *The Law of Peoples*, *op. cit.*, p. 23.

« sympathies » communes et il possède une « nature morale[18] ».

La clef de voûte de cette théorie est certainement la thèse sur la « nature morale » du « peuple » :

> En fin de compte, tous les peuples libéraux possèdent un certain caractère moral. Comme les citoyens dans une société nationale, les peuples libéraux sont à la fois raisonnables et rationnels, leur comportement est rationnel, organisé et exprimé par des élections et des votes, et la législation et la politique de leur gouvernement est simplement limitée par le sens de ce qui est raisonnable. Comme des citoyens raisonnables dans une société nationale se prêtent à des formes de coopération équitables avec d'autres citoyens, les peuples (raisonnables) libéraux (ou décents) proposent des conditions équitables de coopération à d'autres peuples. Un peuple a la volonté d'honorer ces conditions quand il est assuré que d'autres peuples agissent également[19].

La notion de « peuple » selon Rawls est donc une méga-entité dotée d'un caractère moral spécifique, qu'il doit à des institutions « justes », à une histoire « juste » et à une « jurisprudence » juste. Il s'agit en fait d'un « sujet collectif » qui peut être responsable et qui peut être blâmé sur la base de sa propre « justice ». Mais ce « peuple » est avant tout doté d'une « nature morale » qui dépasse celle des représentants du « peuple » et auquel ils doivent, pour la tranquillité de leur conscience « morale », se soumettre. S'ils ne se soumettent pas, ce « peuple » ne peut plus être considéré comme moral, donc, selon Rawls, comme libéral.

Mais Rawls n'introduit-il pas de cette façon une rupture flagrante avec la tradition libérale ? Si Rawls voulait en fait

18. *Ibid.*, p. 23.

19. *Ibid.*, p. 25 ; notre traduction : « Finally, liberal peoples have a certain moral character. Like citizens in domistic society, liberal peoples are both reasonable and rational, and their rational conduct, as organized and expressed in their elections and votes, and the laws and politics of their government, is similarly constrained by their sens of what is reasonable. As reasonable citizens in domistic society offer to cooperate on fair terms with other citizens, so (reasonable) liberal (or decent peoples offer fair terms of cooperation to other peoples. A people will honor these terms when assured that other peoples will do so as well. »

insérer ses idées dans la lignée traditionnelle du libéralisme, n'aurait-il pas dû plutôt mettre en avant l'individu ? La mort particulière du « sujet de droit » qui se dessine ainsi chez Rawls devient peut-être une sorte de stratégie conceptuelle à la manière de Hegel, pour effectuer un déplacement vers un « droit des peuples » compris comme une morale encadrant les peuples libéraux. Le résultat qui se dessine déjà est en tout cas une construction morale à laquelle doivent obéir les représentants des « peuples » libéraux. C'est un discours fondationnaliste en vue de construire un fondement moral pour les « peuples » (ou pays) libéraux sur le plan des affaires étrangères.

Les cosmopolites de Habermas

La notion de « peuple » chez Rawls n'a pas d'écho dans la philosophie habermasienne. Mais au-delà du choix du mot, Habermas se sent aussi plus à l'aise avec le terme plus kantien de « droit cosmopolitique » car il y trouve la notion d'individu. Il faut en effet penser les affaires étrangères et les affaires planétaires à partir des individus. Et celui qui pose aujourd'hui sérieusement la question de l'individu et de la coopération des individus sur le plan planétaire, ne doit-il pas plutôt mettre son espoir dans le ferment des processus démocratiques universels ?

Dans un passage important, Habermas nous explique « que la clef du droit cosmopolitique réside dans le fait qu'il concerne, par-delà les sujets collectifs du droit international, le statut des sujets de droit individuel, fondant pour ceux-ci une appartenance directe à l'association des cosmopolites libres et égaux[20] ».

Il ne s'agit pas seulement ici d'une « clef » (de compréhension), mais aussi d'une déclaration pour un programme définissant le sens d'un droit cosmopolitique. Nous pouvons en retenir deux aspects :

20. J. Habermas, *La paix perpétuelle. Le bicentenaire d'une idée kantienne*, *op. cit.*, p. 57.

En premier lieu, le droit cosmopolitique doit d'abord se concrétiser dans la protection des individus et la mise en œuvre des politiques planétaires en faveur des droits de l'homme. Il doit également, et de façon plus dynamique, fournir le cadre à partir duquel le statut de « sujet de droit » peut être revendiqué sur le plan international : À savoir que nous ne reconnaissons comme « droit » que celui qui est élaboré par les individus comme auteurs de leurs droits, de leurs normes et de leurs institutions. Tout autre « droit », fut-il « international », n'est là que dans l'attente d'y être soumis ou, éventuellement, de réussir le test d'une telle exigence. Bref, les États ne peuvent plus être pensés comme « souverains » (d'une façon « absolutiste ») dans le cadre du droit international, mais bien plutôt comme engagés dans une dialectique avec tous les citoyens du monde. Il en découle que le statut de sujet de droit cosmopolitique se concrétise, chez Habermas, sous la forme d'une exigence politique et d'une politique qui permet de « rendre compte » des problèmes concrets et tangibles des individus quel que soit leur lieu de naissance.

Le deuxième aspect concerne ce qu'Habermas désigne comme l'association « des cosmopolites libres et égaux ». Il s'agit, disons-le en passant, d'une reformulation de la « république universelle » ou encore de l'« alliance des peuples » (c'est-à-dire les États républicains) de Kant[21], mais en quittant le niveau des États pour désormais ne

21. E. Kant, *Projet de paix perpétuelle*, (1796), dans *Vers la paix perpétuelle, Que signifie s'orienter dans la pensée, Qu'est-ce que les Lumières ?*, Paris, GF-Flammarion, 1991. Voir B. Melkevik, « Le droit cosmopolitique : la réactualisation habermasienne » dans ce volume, ou encore, en ce qui concerne Kant et Habermas, *idem*, « Kant et Habermas. Réflexions sur "La Doctrine de droit" et la modernité juridique », dans E. Moutsopoulos (dir.), *Droit et vertu chez Kant. Kant et la philosophie grecque et moderne*, Athènes, Union scientifique franco-hellénique, 1997, p. 323-330.

se situer que sur le plan des individus[22]. Le sujet de droit cosmopolitique, c'est-à-dire l'individu ou encore le citoyen du monde, doit en effet pouvoir se considérer toujours, dans les limites du possible, en réciprocité (de droit) avec tous les autres sujets. Il doit comprendre que son statut de droit cosmopolitique dépend de la reconnaissance d'autrui et qu'il se reflète en elle, dans les faits et dans le cadre du droit, sous les auspices des droits de l'homme (ou de la personne). Il s'agit donc là d'un mécanisme pouvant en lui-même conforter l'individu dans l'engagement vers un processus d'apprentissage de l'autrui comme l'autre vis-à-vis de lui-même.

Avec de telles prémisses, rappelons-nous qu'Habermas arrive à instaurer une dialectique politique entre droit international (au sens traditionnel, c'est-à-dire un droit construit sur les États en tant qu'acteur de ce droit) et le droit cosmopolitique (construit, lui, sur les individus soucieux des problèmes planétaires et qui souhaitent un engagement selon les ressources de la modernité juridique). En fait, le rôle de l'État n'est certainement pas dévalué chez Habermas. Il est même inscrit, de pair avec le droit cosmopolitique, à l'horizon, donc encore au stade contrefactuel, d'une nouvelle forme de prise en compte qui se veut planétaire.

Mais il faut aussi souligner que « l'association des cosmopolites libres et égaux » se dirige vers l'horizon d'une démocratie planétaire. Car libres et égaux, les cosmopolites sont comme les maillons d'une longue chaîne qui asseoit leur droit, devenu planétaire, d'être les auteurs et les destinataires de leurs droits, des leurs normes et de leurs institutions. Ce qui est, bien évidemment, encore au stade d'utopie dans plusieurs pays, et qui reste encore à consolider dans les autres.

22. Voir la critique de Stéphane Courtois contre l'humanisme juridique, « Kant, Habermas et l'idéal cosmopolitique », dans B. Melkevik et Jean-Marc Narbonne (dir.), *Une philosophie dans l'histoire. Hommages à Raymond Klibansky*, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, coll. « Zêtêtis », 2000, p. 403 et suiv.

Le projet de droit cosmopolitique de Habermas se rattache donc à une extrémité avec la reconstruction réflexive de l'État de droit contemporain[23], mais en s'ouvrant, à l'autre extrémité, vers les prémisses d'une « souveraineté communicationnelle » de l'individu sur le plan planétaire. Donc, si Kant a pu rêver d'une « paix perpétuelle » entre les nations républicaines, Habermas vise plus politiquement la vigilance et l'engagement des cosmopolites. Ceux-ci, chacun à partir de la place qu'il occupe dans le temps et l'espace, projettent l'idée, dans le sens kantien, d'obliger des États, des ethnies ou encore des individus éloignés par des particularismes religieux, culturels, etc., à évaluer la place du droit qu'ils peuvent occuper légitimement et dans un souci de réciprocité à la lumière de notre projet juridique moderne devenu planétaire. En attendant, bien sûr, de pouvoir réussir le test démocratique, à savoir le jugement des cosmopolites démocrates.

Deux regards

Sur le plan du « sens », le « droit » des peuples de Rawls et le « droit cosmopolitique » de Habermas ne peuvent prendre forme que si l'on considère le monde avec deux regards bien différents.

Rawls nous invite à jeter un regard « moral » sur le monde, du fait qu'une personne peut (ou ne peut pas) se reconnaître moralement dans la politique étrangère de son « pays » (ou « peuple »). En fait, il nous propose ce qu'il désigne comme une théorie idéale des affaires étrangères. Conscient des problèmes géostratégiques et des jeux de pouvoir, pour ne rien dire de l'état lamentable du monde après la fin de la « guerre froide », Rawls fait appel à une forme de « morale » pour guider nos pas dans la jungle mondiale. Il faut, selon Rawls, que nos dirigeants fassent preuve

23. B. Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit*, Paris/Sainte-Foy, L'Harmattan/Les Presses de l'Université Laval, 1998, p. 133-150 : « Habermas et l'État de droit. Le modèle communicationnel du droit et la reconstruction de l'État de droit contemporain ».

de caractères moraux inoxydables, ou peut-être de réflexes moraux, qui leurs permettront de faire accoster leur navire (c'est-à-dire leur pays ou « peuple ») au bon quai, celui de la paix et de la prospérité pour tous.

Le regard de Habermas, par contre, n'est ni réaliste ni moral. Il est politique dans le sens précis qu'il focalise sur les individus et leur capacité à prendre en charge leur futur. Son insistance sur la démocratie n'est que l'ultime preuve que c'est par les processus démocratiques que nous pourrons trouver le levain nécessaire à la compréhension mutuelle. Celle-ci, réduite à sa plus simple expression de réciprocité et d'altérité, peut nous engager sur un autre chemin que celui de la confrontation. En ce sens, Habermas nous invite à élaborer un programme axé sur l'avenir du monde et surtout, d'un point de vue politique, à tisser de multiples liens entre tous les citoyens du monde.

Nous aurons, par la suite, plusieurs occasions de moduler ces deux conclusions intermédiaires, mais nous pouvons d'ores déjà conclure que penser le monde à partir des institutions « justes » et des peuples « justes », chez Rawls, ou par la possibilité offerte aux cosmopolites de thématiser leurs problèmes, chez Habermas, engage leurs théories dans deux directions opposées.

La hiérarchisation rawlsienne des peuples

La thèse « morale » oriente Rawls, sans intermédiaire théorique,vers l'échafaudage d'une « échelle des peuples ». En droite ligne avec son regard « moral » sur le monde, une telle « échelle des êtres », comme on disait autrefois, ne représente que sa suite pratique. Encore une fois, Habermas s'oppose farouchement à cette théorie.

Rawls et l'échelle des peuples

Rawls récuse toute préoccupation concernant l'égalité des « peuples ». Pour paraphraser Orwell, tous les peuples ne sont pas égaux entre eux, il y a des peuples qui sont plus

« égaux » que d'autres (et tant pis pour les individus)[24]. Nous pouvons le constater en consultant sa « hiérarchie de consultation[25] ».

Avant d'aborder ce point, il est important de souligner le lien entre sa conception de « peuple » et son « échelle de peuples ». En fait, quand nous avons analysé sa conception de « peuple » nous l'avons trouvée, comme Rawls nous l'avait présentée, dans l'accomplissement plein et entier des « peuples » libéraux. La moralité d'un « peuple » est, selon Rawls, incarnée dans une pluralité de caractéristiques « morales » qui pouvaient, à leur tour, être le ferment d'institutions politiques nécessairement « justes ». Pour Rawls, des institutions libérales sont forcément morales, donc justes. Or, si les « peuples libéraux » et leur moralité se résumant dans leur « droit de peuples » représentent la « norme », tous les autres « peuples » peuvent recevoir une cote sur une échelle graduée en-dessous de cette norme.

Rawls apporte en conséquence beaucoup de soin dans l'élaboration de son « échelle des peuples », car cela lui permet d'apposer des étiquettes morales sur chacun des « peuples ». Rawls nous propose d'abord trois paliers à son échelle[26] :

- En haut, nous avons bien entendu les peuples avec des institutions de type libéral. Un peuple libéral se caractérise selon Rawls comme une « société politique bien ordonnée », comme une « démocratie institutionnelle » « neutre » à l'égard des conceptions individuelles du « bien ». C'est la suprématie des Institutions et la promotion institutionnelle qu'elles font

24. G. Orwell, *La République des Animaux*, Paris, Gallimard, coll. « Du monde entier », 1964, p. 147 : « Tous les animaux sont égaux mais certains animaux sont plus égaux que d'autres. » Notons que si pouvons lire ce fable comme un critique virulent contre tout régime autoritaire, et de prime abord contre le défunt Union soviétique, il faut jamais oublier qu'Orwell s'attaque également au pays (ou comme le dit Rawls : peuples) avec des institutions « démocratiques ».

25. J. Rawls, *The Law of Peoples*, *op. cit.*, p. 4 : « a consultation hierarchy ».

26. *Ibid.*, p. 4, 59 et suiv.

du « droit » (« liberté », « égalité », « tolérance », etc.), qui doivent caractériser le « peuple ». Rawls qualifie également un tel peuple de « raisonnable » grâce à son caractère moral.

- Au-dessous, nous trouvons des peuples ayant instauré ou hérité une hiérarchie interne de leurs citoyens, mais possédant des régimes politiques décents. Comme il le dit lui-même, il s'agit de sociétés « qui, justes et bien ordonnées, sont souvent de nature religieuse et ne sont pas caractérisées par une séparation de l'Église et de l'État. Leurs institutions politiques traduisent une hiérarchie consultative juste, ainsi que je l'appellerai, alors que les institutions sociales fondamentales réalisent une idée de la justice exprimant une conception appropriée du bien commun[27] ». En clair, ce sont des sociétés non libérales mettant une conception du bien au-dessus de la conception de justice. Rawls qualifie ces peuples de « peuples décents » en raison de leurs engagements moraux convenables.

- En bas de l'échelle, nous trouvons des sociétés hiérarchiques avec des régimes politiques dangereux. Il s'agit de régimes, comme Rawls les appelle, « hors-la-loi » ou criminels.

Dans sa version de 1999 du « droit des gens », Rawls ajoute encore deux échelons :

- En quatre, les « sociétés soumises aux conditions non favorables ». C'est-à-dire des « peuples », des « pays » sous-développés luttant encore pour se forger des institutions décentes.

- En cinq, les sociétés volontairement absolutistes qui respectent les droits humains. Mais parce que leurs membres se sont attribué un rôle significatif dans le

27. J. Rawls, *Le droit des gens*, *op. cit.*, p. 53 ; comparer avec Rawls, *The Law of Peoples*, *op. cit.*, p. 64.

> processus décisionnel politique, ils ne peuvent pas être considérés comme « bien ordonnés ».

Insistons d'abord sur deux choses : Premièrement, que les points quatre et cinq ne semblent pas avoir été ajoutés pour des raisons philosophiques, mais plutôt pour faire en sorte qu'un éventail assez large de « peuples » puisse se conformer aux enjeux géopolitiques. Insistons ensuite sur le fait que cette hiérarchisation fait implicitement des États-Unis le modèle type du « peuple juste » dans le monde. C'est peut-être même le seul qui puisse entièrement satisfaire tous les critères de Rawls. Mentionnons par exemple le cas de la Grande-Bretagne. Sur l'échelle elle n'est pas considérée plus que « décente » car, comme tout le monde le sait, la Reine est à la fois chef d'État et chef de l'Église anglicane. Et que dire de la France qui fait la promotion de la laïcité ; ne respectant pas en conséquence l'obligation de « neutralité » ? Pour d'autres cas, nous arrivons également à des résultats surprenants.

Au-delà des particularités de cette « échelle des peuples », il faut plutôt maintenant tirer au clair le sens immédiat que Rawls lui délègue :

> En fait, Rawls revendique curieusement de faire de cette « échelle des peuples » une assise aux « jugements moraux » relatifs aux affaires étrangères. Dès que nous savons où situer un « peuple » sur l'échelle en question, il devient facile, toujours selon Rawls, de porter un jugement sur ce peuple et d'ajuster la politique et les relations en fonction de ce jugement. Dans ce sens, nous pouvons seulement affirmer que l'« échelle des peuples » exprime à sa façon un « échelle morale » des peuples.

Il faut ensuite insister sur le fait qu'une image géo-philosophique du monde est en train de se réaliser. Une image géo-philosophique qui peut, suivant Rawls, nous permettre de mettre nos jugements moraux en pratique. Il n'est donc pas sans importance, pour un « peuple », de savoir quelle place il occupe effectivement sur l'échelle des peuples de Rawls. Car il peut aussi bien en récolter des bénéfices

qu'en payer le prix fort. Ce dernier point est surtout vrai pour les « peuples » qui se retrouvent à l'échelon « hors-la-loi ».

Mais à cette certitude de Rawls, si morale soit-elle, nous ne pouvons qu'ajouter un bémol de doute : Est-il vraiment si facile de porter un jugement moral sur le plan des affaires étrangères ? Et en plus, de le porter sans savoir vraiment ce que nous donne notre schème de « jugement moral bien pesé » ? Et sans informations ?

Habermas et les thématisations planétaires

Il faut dire que toute tentative, de la part d'un Allemand, de construire une « échelle des peuples » aurait provoqué une levée de boucliers à la grandeur de la planète. Après les horreurs de la deuxième guerre mondiale, toute tentative de glissement sur une telle pente aurait en effet provoqué son exclusion immédiate. Nous ne trouvons donc jamais une telle « échelle » chez Habermas. À la place, il construit un lieu de réflexion sur les situations inégalitaires, sur le dénuement et la détresse vécus par les individus, et sur le rôle que doit jouer le droit cosmopolitique à leur égard.

Donc, au lieu d'une échelle de valeur des peuples à la Rawls, Habermas nous invite plutôt à nous situer sur le plan factuel des individus. Il affirme que « Du point de vue de la science politique, le monde est divisé, depuis 1917, en trois mondes[28]. » En se référant ainsi, comme il le fait, à la science politique et à la doctrine des trois mondes, Habermas confirme que, conventionnellement, les individus se trouvent géographiquement dans des situations factuelles différentes sur le plan des développements institutionnel, économique, social, politique, et ainsi de suite. De cette façon, la notion des « trois mondes », n'a pas de valeur en soi, sinon celle de concentrer, heuristiquement, notre attention sur la vie réelle des hommes et des femmes dans le monde.

28. J. Habermas, *La paix perpétuelle*, *op. cit.*, p. 67.

À la place d'une « échelle des peuples », Habermas choisit de faire appel aux analyses empiriques. « Il faut sortir les faits » : cette phrase devient son credo. C'est uniquement par les analyses et les commentaires étayés sur des analyses économiques, politiques, sociales, etc., rejoignant les cosmopolites, que nous pourrons porter un regard réfléchi sur la vie de chacun. C'est en effet le côté sociologique de Habermas qui vient nous chercher pour nous inviter à faire toute la « lumière » sur la vie des autres avant de pouvoir porter des jugements complexes, c'est-à-dire des jugements qui prennent en compte un large éventail de données empiriques et normatives.

Si l'économie mondiale est aujourd'hui un réseau complexe en perpétuelle mutation, qu'advient-il des individus ? Par quel phénomène la mondialisation de l'économie produit-elle de la misère pour les uns et de la richesse pour les autres ?

Au-delà de la production scientifique de données, il faut aussi donner la parole à toutes les personnes concernées. Car l'enchevêtrement de l'économie mondiale fait en sorte que les remous ne sont plus l'apanage douteux du tiers monde, mais qu'ils se déplacent rapidement vers le deuxième et le premier monde. La pauvreté et l'exclusion, sinon la création d'un « classe inférieure » hantent les pays développés[29]. À côté des analyses scientifiques, il ne faut pas non plus oublier les récits, les narrations, les vécus et les expériences concrètes qui ont marqué ou déchiré les individus. Il faut, nous dit Habermas, ne jamais oublier que

29. J. Habermas, *Après l'État-nation*, *op. cit.*, p. 29 ; « Un gouffre se creuse entre les conditions de vie de ceux qui disposent d'un emploi, celles des sous-employés et celles des chômeurs. Là où plusieurs types d'exclusion accumulent leurs effets — exclusion du système de l'emploi et de la formation, des prestations sociales, du logement, des ressources familiales — surgissent de nouvelles "classes inférieures". Ces groupes paupérisés, largement coupés du reste de la société, ne sont plus capables de changer leur situation sociale par leurs propres moyens. » Noter que Habermas se réfère ici à Niklas Luhmann, « Jenseits von Barbarei », dans M. Miller et H. G. Soeffner (dir.), *Modernität und Barbarei*, Francfort-am-Main, Suhrkamp, 1996, p. 219-230.

ce « n'est que dans la libération radicale des histoires de vie individuelles et des formes de vie particulières que s'affirme l'universalisme de l'égal respect pour chacun et de la solidarité avec tout ce qui porte visage humain[30]. »

Comme Habermas l'indique, « si l'horizon d'interrogation se déplace de la première personne du singulier vers la première personne du pluriel, c'est plus que le simple forum de la réflexion qui se modifie[31] », c'est la formation de l'opinion et la volonté de tous d'être éclairés par l'expression de récits refoulés de la part des gens opprimés. « [À] partir des douloureuses expériences et des souffrances irréparables des opprimés et des offensés, des blessés et des massacrés, [que] personne n'a le droit d'être exclu de l'universalisme moral — ni les classes sous-privilégiées, ni les nations exploitées, ni les femmes domestiquées, ni les minorités marginalisées[32]. »

En somme, la production de données scientifiques concernant l'économie, l'écologie, la démocratie, l'exclusion, le traitement des minorités, etc., rejoint l'histoire personnelle des individus. Dans l'espace entre ces les données scientifiques et les expériences des individus, là où le jugement se fait réflexivement, les cosmopolites cherchent dans la réciprocité à thématiser les problèmes du monde.

Deux mesures

Nous avons pu constater que Rawls et Habermas ont introduit deux « mesures » différentes pour prendre le pouls du monde et porter un jugement.

Chez Rawls tout d'abord, l'« échelle des peuples » n'est que le moyen de jauger l'acceptabilité ou la « dignité » des différents pays du monde et de leurs dirigeants. C'est une façon morale (mais, sur un autre registre, également « réaliste ») de viser des alliances et des stratégies pouvant, éventuellement,

30. J. Habermas, *De l'éthique de la discussion*, Paris, Cerf, 1992, p. 108.
31. *Ibid.*, p. 108.
32. *Ibid.*, p. 107-108.

augmenter le nombre de pays dignes, tout en isolant et en affaiblissant les pays « hors la loi ». L'« échelle des peuples » de Rawls est en effet immédiatement opérationnelle pour la mise en œuvre d'une géopolitique réaliste.

La position de Habermas représente, par contre, une autre forme de « mesure ». C'est une prise en compte de la réalité humaine, de l'individu. En fait, à la façon kantienne, « l'homme devient la mesure de toute chose » et cela concrètement, pour donner libre cours aux analyses de la science et aux narrations de l'homme. Toujours dans le but avoué, et nous nous répétons, de mettre en avant la vie des hommes, des femmes et des enfants dans leur pleine réalité, pour nous permettre de juger en connaissance de cause. Pour Habermas, tout jugement qui se dérobe devant la réalité des hommes et des femmes est invalide.

En somme, là où Rawls refuse un jugement éclairé et informé au profit d'une « échelle des peuples », Habermas nous rappelle qu'un jugement oubliant l'individu n'a aucune valeur.

La question de la morale internationale

Nous l'avons déjà dit, l'une des cibles de Rawls, avec sa théorie du « droit de peuples », était de couper l'herbe sous le pied du « rawlsisme de gauche » et de dissuader ses adeptes d'utiliser la *Théorie de la justice* comme paradigme en vue d'édifier une nouvelle forme de « justice globale ». Une telle utilisation aboutirait, comme nous l'avons mentionné, à une conception spécifique de justice distributive que Rawls récuse. Rawls doit subséquemment trouver une autre façon d'envisager la « justice » internationale. Voyons cela de plus près et considérons la réponse de Habermas.

Rawls et les affaires étrangères « justes »

Les conclusions de Rawls quant à l'échelle des peuples et des sociétés sont éclairantes sur ses conséquences pratiques. Le but est en effet de développer une « morale » des peuples libéraux à l'égard des autres peuples ainsi qu'entre

ces peuples et les peuples hors-la-loi. Avant d'aborder les effets pratiques de cette « morale » des affaires étrangères selon l'optique de Rawls, il faut en préciser davantage le point de départ.

La thèse centrale de son « échelle des peuples », comme nous l'avons indiqué auparavant, tourne autour du fait que tous les peuples ne sont pas égaux. Ce ne sont que les « peuples » « justes et libéraux » ou « moraux » qui peuvent prétendre à l'égalité entre eux. Mais cette égalité peut par la suite devenir un modèle pour les peuples « décents ». Il s'agit pour cela de les mettre sur un pied d'égalité avec les peuples libéraux sur la base d'actes moralement louables. Cette politique d'association sur une base égalitaire (même si l'égalité ne peut être complète en raison de certains déficits moraux) peut aussi être étendue aux peuples « non favorables » ou « hiérarchiques, mais respectant les droits de l'homme ». Ensemble, ils pourront former, grâce à la moralité des peuples libéraux et sur le seul fond de cette moralité, une Société des peuples.

Si les « peuples libéraux » se laissent toujours guider par le « droit de peuples », c'est du moins ce qu'ils prétendent malgré des violations toujours possibles (nous y reviendrons), la seule existence de peuples libéraux sur la scène internationale, ainsi que toutes les alliances « morales » qu'ils peuvent contracter, jettent la base, selon Rawls, d'un concrétisation du droit des peuples au sein du droit international. Il faut, suivant Rawls, que le droit international soit structuré selon les recettes de la « moralité libérale ». Et surtout que les peuples « égaux » (libéraux) se liguent avec les peuples « décents » (ou encore avec d'autre peuples) pour s'assurer que seul le « droit des peuples » contrôle le caractère moral du droit international. À ce stade de sa démonstration philosophique, Rawls préconise que son droit des peuples s'exprime déjà « juridiquement » dans une doctrine bien pesée de droit international.

En fait, Rawls recruterait deux auteurs parmi les plus conservateurs et les plus « moraux » des professeurs de droit international et il en ferait la concrétisation de son « droit

des peuples[33] ». Il présuppose que l'établissement d'une liste de « faits moraux » chez l'un et sa confirmation chez l'autre, fait maintenant de son droit des peuples l'obligation directe d'un faisceau de certaines exigences « morales ». Il souligne pourtant que ces notions ne sont pas choisies par les « peuples libéraux », mais qu'elles existent déjà « en tant que règle » (donc au-dessus de la question de choix consciente et volontaire) dans l'existence de ces « peuples ».

Pourtant, ces exigences morales peuvent, de temps en temps, être détournées par des hommes aux penchants adamiques. Nous le trouvons dans sa critique de la politique des États-Unis :

> [...] Vu les grands déficits des régimes actuels dits constitutionnels, il n'est pas surprenant de constater qu'ils peuvent souvent intervenir dans des pays faibles, même ceux qui manifestent quelques aspects démocratiques, et même qu'ils peuvent s'engager dans des guerres pour des raisons expansionnistes. En ce qui concerne la première situation, les États-Unis ont renversé la démocratie d'Allende au Chili, d'Arbenz au Guatemala, de Mossadegh en Iran, et on pourrait ajouter, les Sandinistes au Nicaragua. Malgré les mérites de ces régimes, des opérations clandestines ont été déclenchées contre eux par un gouvernement poussé par des intérêts monopolistiques et oligarchiques sans que le public le sache ou puisse le critiquer. Ces subterfuges ont été rendus faciles par la référence habile à la sécurité nationale dans un contexte de rivalité entre les superpuissances, ce qui a permis de faire croire que ces démocraties étaient menacées, bien que ce ne fût pas le cas. Si les peuples démocratiques ne sont pas expansionnistes, ils défendent néanmoins leurs intérêts et leur sécurité, et un gouvernement démocratique peut facilement invoquer de tels intérêts pour couvrir des interventions secrètes, même si

33. J. L. Brierly, *The Law of Nations : An Introduction to the Law of Peace*, 6e édition, Oxford, Clarendon Press, 1963, et Terry Nardin, *Law, Morality, and the Relation of States*, Princeton, Princeton University Press, 1983. Comparer, *a contrario*, avec Thomas Pogge, « Liberalism and Global Justice : Hoffmann and Nardin on Morality in International Affairs », dans *Philosophy and Public Affairs*, vol. 15, n° 1, 1986, p. 67-81. Pogge y attaque Nardin pour s'être opposé à l'engagement moral du libéralisme. Nous avons ici la nette impression que Rawls règle ses comptes avec Pogge.

on sait qu'ils sont plutôt mus par des intérêts économiques d'arrière scène[34].

Les citoyens d'un pays même libéral doivent de la sorte toujours être vigilants. Si ce sont les élus et les institutions politiques d'un pays qui représentent légitimement un « peuple » selon Rawls, les citoyens de ce pays doivent également toujours veiller sur la « moralité » de leurs représentants. Et peut-être, ce que ne dit pas Rawls, choisir uniquement ceux qui ont un parcours moral exemplaire !

D'une façon plus concrète, nous pouvons maintenant souligner qu'une des plus grandes tâches morales des « peuples égaux » est dans le combat à livrer contre les « peuples hors-la-loi ». L'existence d'une armée, et même la perspective d'une possible guerre se justifie, suivant Rawls, par leur simple existence. Ces « peuples hors-la-loi » représentent en effet un réel danger pour tous les autres « peuples », et la création d'une alliance, d'une ligue, s'avère nécessaire pour contrer leurs néfastes influences et d'éventuelles actions répréhensibles.

Le paradigme des « peuples hors-la-loi » permet certes à Rawls de jeter un regard lucide sur les première et deuxième guerres mondiales et de nous immuniser contre tout discours annonçant la « fin de l'histoire ». Mais au-delà

34. J. Rawls, *The Law of Peoples*, *op. cit.*, p. 53 : « Hence, given the great shortcomings of actual, allegedly constitutionnal democratic regimes, it is no surprise that they should often intervene in weaker countries, including those exhibiting some aspects of a democracy, or even that they should engage in war for expansionist reasons. As for the first situation, the United States overturned the democracies of Allende in Chile, Arbenz in Guatemala, Mossadegh in Iran, and, some would add, the Sandinistas in Nicaragua. Whatever the merits of these regimes, covert operations against them were carried out by a government promted by monopolitic and oligarchic interests without the knowledge or criticism of the public. This subterfuge was made easier by the handy appeal to national security in the context of superpower rivalry, which allowed such weak democracies to be cast, however implausibly, as a danger. Though democratic peoples are not expansionist, they do defend their security interest, and a democratic government can easily invoke this interest to support covert interventions, even when actually moved by economic interests behind the scenes. »

de ce fait, nous constatons, suivant Rawls, que des « peuples hors-la-loi » sont aujourd'hui des menaces réelles à la paix.

> Les peuples qui respectent le droit — qu'ils soient libéraux ou hiérarchiques — peuvent au mieux établir un *modus vivendi* avec les régimes expansionnistes hors-la-loi, et défendre l'intégrité de leur société, comme le droit des peuples les y autorise. Ces peuples existent alors aux côtés des régimes hors-la-loi dans un état de nature, et possèdent un devoir envers l'intégrité et le bien-être de leur propre société comme envers ceux des autres peuples qui respectent le droit. Ce devoir existe aussi à l'égard du bien-être des peuples assujettis aux régimes hors-la-loi, mais non envers leurs dirigeants et leurs élites[35].

Dans un autre registre, plus prosaïque celui-là, les « peuples libéraux » établissent entre eux-mêmes, et aussi entre eux et les « peuples inégaux » (c'est-à-dire les peuples désavantagés et hiérarchiques) des « contrats » de relations, de coopération, d'aide mutuelle ou unilatérale, etc. Sur la base de sa morale de « droit des peuples », Rawls imagine, avec beaucoup d'à propos, que les représentants des peuples doivent négocier entre eux leurs relations. Et cela, en prenant en compte leurs propres intérêts, les intérêts de leurs interlocuteurs et les modalités d'un compromis « juste ». Voilà donc la « justice » bâtie sur le droit des peuples que préconise Rawls.

Il ne faut pas seulement insister sur une coopération « juste » entre les peuples et qui soit assortie de modalités concrètes, il faut aussi, en dernier lieu, insister sur l'aspect suivant : Les « peuples libéraux » ont toujours un objectif sur lequel ils ne peuvent jamais transiger. En fait, leur objectif, non-négociable mais toujours utopique, est de transformer tous les « peuples » en « peuples libéraux ». En d'autres mots, de pousser tous les peuples du monde à s'engager sur le chemin vers un statut de « peuple » raisonnablement juste ou décent.

> [...] la politique des affaires étrangères d'un peuple libéral — qu'il est de notre souhait d'élaborer — se fait en poussant graduellement toutes les sociétés qui ne sont pas encore libérales

35. J. Rawls, *Le droit des gens*, *op. cit.*, p. 81.

> dans cette direction. Or une telle politique des affaires étrangères repose sur le paradigme que seule une société libérale et démocratique est acceptable. Sans un effort pour développer un "droit des peuples" raisonnable et libéral, nous ne pouvons pas savoir si les sociétés non libérales peuvent être acceptables. La possibilité d'une position originelle ne nous montre pas cela, et nous ne pouvons pas uniquement faire semblant[36].

Outre que cette citation confirme la raison pour laquelle tous les peuples ne sont pas « égaux », elle confirme aussi que Rawls ne croit guère que la « nature » peut pousser les « peuples » à adopter un régime libéral. À la place de la « ruse de la nature » kantienne, c'est plutôt avec l'habileté des représentants élus et les institutions « justes » qu'ils mèneront à bien la réalisation de tels régimes en inculquant une morale des affaires étrangères.

Habermas pour un espace public planétaire

Habermas ne s'intéresse guère à la position originelle et globale des rawlsiens de gauche. Il ne possède pas non plus, comme Rawls, la recette d'une « morale des affaires étrangères » reposant sur des peuples « justes ». Nous pouvons supposer que ces deux concepts lui sont complètement étrangers. À leur place, Habermas introduit plutôt l'idée de l'horizon d'un espace public planétaire, pour thématiser normativement nos problèmes communs et envisager une « solution » sur la base d'une « Constitution » planétaire en guise de droit.

Habermas fait le pari, pour son objectif d'espace public planétaire, de « transformer l'état de nature entre les États en état de droit[37] ». En fait, si Kant, de façon clairvoyante, a pu anticiper un espace public à l'échelle du globe, « ce n'est qu'aujourd'hui, par la suite du développement d'une com-

36. J. Rawls, *The Law of Peoples*, *op. cit.*, p. 82-83. Notons, pour une bonne compréhension, que la dernière phrase n'est qu'une critique et une réfutation des positions des rawlsiens de gauche qui ont utilisé, à tort selon Rawls, la thèse de la position originelle à l'égard d'une justice globale.

37. J. Habermas, *La paix perpétuelle*, *op. cit.*, p. 122.

munication planétaire, qu'un tel espace public commence à se dessiner[38] ».

On constate par la suite que Habermas ne pêche pas par trop d'optimisme ! « Pour créer une communication durable entre des sujets éloignés les uns des autres et qui échangent au même moment des contributions concernant les mêmes thèmes et ayant pour eux la même importance, il faut disposer de structures appropriées. Or, en ce sens, il n'existe point encore d'espace public européen, dont la création serait pourtant urgente et nécessaire[39]. »

La constatation désolée de l'absence d'espace public européen, n'est ici que l'appel à l'anticipation et à sa création par des organisations dites « nouveaux mouvements sociaux », qu'il s'agisse de mouvements en faveur de la paix, de l'écologie, des femmes, etc. Dans leur degré de thématisation sur l'échelle globale, ils anticipent déjà un espace public à l'échelle du globe qui se forgera de la même façon. Suivant Habermas, l'idée d'un droit cosmopolitique dépend de la formation d'un tel espace public planétaire et de la possibilité d'effectuer des thématisations d'importance mondiale pouvant susciter des « forums » et en appeler à l'opinion mondiale ou, plus précisément, à l'opinion de tous.

Il y a certainement plus de choses à dire concernant l'espace public planétaire, mais le but, avant tout, c'est la création d'une « Constitution », à savoir la possibilité de régler nos problèmes planétaires avec les moyens du droit.

Si nous nous orientons vers ce deuxième aspect, c'est d'abord pour souligner la fidélité, qui s'exprime ici, de Habermas envers Kant. Habermas accepte certainement l'idée de Kant que le but est d'instaurer la paix avec les moyens du droit. La différence réside seulement dans le fait que nos problèmes, aujourd'hui, ne sont plus uniquement assujettis à la question de « paix », mais qu'ils englobent plus largement un faisceau de problèmes qui va des changements

38. *Ibid.*, p. 42.
39. *Ibid.*, p. 44.

climatiques aux catastrophes écologiques, de la désertification à la destruction des poumons planétaires (les forêts tropicales et surtout les océans), de la disparition galopante d'espèces animales ou végétales à la production génétiquement modifiée de nouvelles « espèces », de la disparition de certaines langues et cultures à la marginalisation et à la stigmatisation de certaines autres, et ainsi de suite.

Sans préconiser le contenu spécifique d'une solution de droit selon ses critères, Habermas peut néanmoins exprimer le souhait, suivant en cela Kant, que les problèmes planétaires ont besoin de solutions normatives. Solutions qui font appel, au-delà de l'égoïsme des uns et des autres, à des arrangements normatifs. En ce sens, il voit d'un bon œil les Nations unies et les agences qui lui sont rattachées, ou encore les différents « Sommets », s'engager dans la bonne direction, celle de la représentation d'« instances » en vue de faire triompher des solutions pouvant avoir force de droit.

> En fait, il faudrait que les États soient progressivement intégrés, d'une manière *perceptible au niveau de la politique intérieure*, aux procédures de coopération d'une communauté d'États ayant force d'obligation dans un esprit cosmopolitique. C'est pourquoi il s'agit essentiellement de savoir s'il est possible de faire prendre conscience qu'une solidarité cosmopolitique est absolument nécessaire dans les sociétés civiles et les espaces publics politiques des régimes qui commencent à s'unir à grande échelle. Car ce n'est que sous la pression d'un tel changement dans la conscience des citoyens, rendu effectif au niveau de la politique intérieure, qu'il sera possible de changer l'idée qu'ont d'eux-mêmes les acteurs capables d'agir à l'échelle de la planète. Changement en vertu duquel ils devraient se considérer de plus en plus eux-mêmes comme les membres d'une communauté internationale, obligés, qu'ils le veuillent ou non, de coopérer, et par là, de tenir compte de leurs intérêts respectifs. Il ne faut pas attendre que les élites gouvernantes opèrent un tel changement de perspective, qui consiste à passer des « relations internationales » à la mise en place d'une politique intérieure à l'échelle de la planète ; il faut plutôt que les populations elles-mêmes, dans leur propre intérêt bien compris, encouragent ce changement[40].

40. J. Habermas, *Après l'État-nation*, *op. cit.*, p. 37, voir aussi p. 111-124.

En somme, il faut que l'espace politique planétaire se crée, par la volonté et par les actions des cosmopolites, pour influer sur le processus de décision politique dans le domaine international. Pour ce faire, la solidarité des citoyens doit se muer en solidarité des cosmopolites.

Deux politiques

Nous nous permettons maintenant d'insister sur le fait que les positions de Rawls et de Habermas induisent deux politiques bien différentes.

En fait, même si Rawls décrit le « droit des peuples » comme une théorie idéale et même si peu de pays dans le monde peuvent effectivement se considérer comme moraux, il n'en reste pas moins que la position de Rawls est, comme nous l'avons indiqué auparavant, très « réaliste ». En fait, si nous faisons abstraction de la particularité « moraliste » de Rawls, nous le sentons ici plus proche d'une conception schmittienne que de nulle autre doctrine[41]. Car le résultat pratique de la théorie de Rawls sera que le monde se divisera désormais en peuples « amis », en peuples « ennemis » et, également, en peuples avec lesquels les peuples amis peuvent collaborer. Nous nous trouvons en présence d'un schème de pensée existentialiste sur la politique mondiale. Et Rawls ne semble jamais conscient qu'avec la beauté « morale » de son système, il ne fait que reproduire une conception très réaliste des affaires internationales qui, à la limite, doit toujours se résorber dans une logique d'autojustification.

Encore une fois, nous avons pu constater que la pensée d'Habermas est à mille lieues de celle de Rawls. En fait, dans l'espace public prôné par Habermas, il n'y a pas d'ami ou d'ennemi, mais des arguments et des raisons à évaluer démocratiquement. Il faut donc, selon lui, adopter une politique en conséquence, à laquelle on devra s'assurer que

41. Voir Carl Schmitt, *La notion de politique*, suivi de la *Théorie du partisan*, Paris, Calmann-Lévy, 1972 ; *idem*, *Du politique, « Légalité et légitimité » et autres essais*, Pardès, 1990 ; *idem*, *La dictature*, Paris, Seuil, 2000.

tout le monde, sans exception, aura accès. Cette politique devra aussi permettre une production d'arguments et de raisons la plus étendue possible et la plus libre qui soit. À cause de problèmes insurmontables, l'instauration d'un espace public planétaire restera certes un idéal. Mais une politique qui va dans ce sens peut à tout moment servir l'intercompréhension des peuples, à l'image de cercles concentriques qui se dispersent à la surface de l'eau sans qu'il ne subsiste un centre.

> C'est pourquoi les premiers destinataires d'un tel « projet » ne sont pas les gouvernements, mais les mouvements sociaux et les organisations non gouvernementales, autrement dit les membres actifs d'une société civile qui ignore les frontières nationales. Quoi qu'il en soit, l'idée que certaines compétences propres à la régulation politique doivent se porter à la hauteur des marchés mondialisés suppose des relations complexes entre la capacité de coopération des régimes politiques et un nouveau type d'intégration sociale, fondée sur une solidarité cosmopolitique[42].

Cette dernière précision n'est rien d'autre que l'ultime confirmation que, si Rawls écrit pour le Prince, Habermas, lui, écrit pour implanter les processus démocratiques sur la scène planétaire. Et si Habermas écrit sous les auspices d'une démocratie délibérative, quoi de plus normal pour lui que d'assurer une cohérence démocratique entre le national et le cosmopolitique, et même une assistance démocratique pour des individus en détresse par le droit cosmopolitique ? Chez Habermas, le droit cosmopolitique devient donc porteur d'une revendication et d'une prise en compte réelle des droits de l'homme, quel que soit le pays ou le contexte.

Conclusion

Rawls et Habermas tentent, chacun à sa façon, de se rapporter à Kant et aux idées exprimées dans le projet de paix perpétuelle de 1796. Pour comprendre en effet l'une et l'autre des positions développées, il peut maintenant être

42. J. Habermas, *Après l'État-nation*, *op. cit.*, p. 39.

opportun de considérer leurs propos à la lumière de ce que nous avait déjà proposé Kant.

En ce sens, il nous semble que Rawls fait preuve de courte vue avec une conception préconçue de « morale » sur le paradigme « des États républicains » de Kant. D'abord en écartant son républicanisme au profit du libéralisme, mais plus important encore, en écartant tout l'idéalisme kantien. Rawls a en effet édifié une justification morale de la politique étrangère d'un État qui ressemble comme deux gouttes d'eau à l'image de la morale des affaires étrangères défendue par une certaine élite libérale des États-Unis. Cela permet certes à cette élite libérale de justifier ou de critiquer la politique étrangère à partir de la justification rawlsienne, mais à partir d'une conception « morale » qui fait la distinction entre l'ami et l'ennemi.

Habermas, qui craint, et avec raison, un tel réalisme, rappelle dans son livre « La paix perpétuelle » les dérives réalistes de Carl Schmitt dans le domaine du droit international[43]. Dans cet ouvrage, il nous propose plutôt de revenir au sens du kantianisme juridique. À savoir vers l'individu et vers le sens même de l'humanisme juridique. C'est uniquement à partir de l'individu que nous pourrons avoir une saine compréhension et une emprise sur les acteurs principaux du droit international, c'est-à-dire les États.

La conclusion qui s'impose à nous, à ce stade de réflexion, est que seul Habermas reste, en fin de compte, fidèle à l'idée kantienne du droit cosmopolitique. Le « droit des peuples » de Rawls, par contre, ne peut que nous égarer, soit dans un moralisme de bon aloi, soit dans une politique par trop réaliste de l'ami et de l'ennemi « moral ». Et quant au choix à faire entre ces deux théories, il nous semble que seule celle de Habermas semble à la hauteur de notre modernité juridique contemporaine.

43. J. Habermas, *La paix perpétuelle. Le bicentenaire d'une idée kantienne*, *op. cit.*, p. 97-122.

LE DROIT COSMOPOLITIQUE: LA REFORMULATION HABERMASIENNE[1]

Résumé: L'auteur analyse la reformulation du concept de «droit cosmopolitique» chez Habermas. Ce dernier, en situant cette reformulation à l'intérieur d'un modèle communicationnel du droit, tente de mesurer philosophiquement la distance qui nous sépare de Kant. Il développe une théorie de droit cosmopolitique sur le paradigme des individus libres et égaux, de la communication et de l'émancipation. De cela découlent d'abord une conception de droit cosmopolitique prenant corps dans la thématisation des problèmes planétaires, ensuite la résolution de ces problèmes par des institutions internationales. L'auteur insiste sur l'aspect démocratique à l'échelle du monde de l'idée habermasienne du droit cosmopolitique et il y voit le déplacement de l'énergie utopique de Kant sur une nouvelle voie.

***

Qu'Habermas soit partisan d'un droit cosmopolitique ne surprend guère celui qui a suivi son itinéraire philosophique! Depuis que les questions normatives ont pris une place prédominante dans sa théorie sur l'agir communicationnel et davantage depuis l'avènement d'une philosophie du droit dans le prolongement de cette théorie, l'option en faveur d'un droit cosmopolitique se veut la conséquence

1. Conférence présentée le 15 août 1997 au XVIII[e] Congrès mondial de l'Association internationale de philosophie du droit et de philosophie sociale (IVR), Buenos Aires et La Plata (Argentine). Publiée dans les Actes du congrès, CD-Rom, Produccion CDROM Medina/Salgueiro, Argentine, 1997 et, également, dans *Universitas Iuris. Publicacion de Alumnos de la Facultad de derecho,* Universidad Nacional de Rosario, Argentine, n° 21, 1999, p. 67-77.

logique de l'aboutissement réflexif d'un parcours philosophique constitué de dialogues[2]. Si nous pouvons difficilement concevoir qu'Habermas puisse s'engager dans un unilatéral « retour à Kant », puisque l'hétérogénéité même de sa pensée réfute un tel réductionnisme, il n'en demeure pas moins qu'il tente, depuis ses écrits sur « l'éthique de la discussion », de reprendre la thématique kantienne du droit, de l'éthique et de la normativité. L'idée d'un droit cosmopolitique appartient à cette thématique kantienne.

L'idée d'un droit cosmopolitique fut exposée dans *Projet de paix perpétuelle*, de Kant, en 1795[3]. Répondant aux vœux de l'abbé Castel de Saint-Pierre[4], Kant concrétise l'idée d'un droit cosmopolitique à l'intérieur de sa philosophie transcendantale. C'est sûrement cette fondation ultime de l'idée qui distingue irrémédiablement le droit cosmopolitique de Kant des autres tentatives de formulation d'un tel droit. Elle lui assure aussi une puissance dont l'engouement ne cesse de s'accroître à un point tel que le développement du droit international autour de pôles comme l'Organisation des Nations unies et les chartes internationales de droits de l'Homme a souvent été vu et lu à la lumière de l'idée kantienne d'un droit cosmopolitique[5].

Reprendre aujourd'hui l'idée d'un droit cosmopolitique n'est possible qu'en mesurant et en réfléchissant sur la dis-

2. J. Habermas, *La paix perpétuelle. Le bicentenaire d'une idée kantienne*, Paris, Cerf, 1996. Traduction française de « Kant Idee der ewigen Friedens — aus dem historischen Abstanden von 200 Jahren », dans J. Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur Politischen Theorie*, Suhrkamp, 1996, p. 192-236.
3. E. Kant, *Vers la paix perpétuelle, Que signifie s'orienter dans la pensée ?, Qu'est-ce que les Lumières ?*, Paris, GF-Flammarion, 1991, p. 75-147. La question de droit cosmopolitique est aussi développée dans *idem*, *Métaphysique des mœurs 2. Doctrine du droit. Doctrine de la vertu*, Paris, GF-Flammarion, 1994, p. 179-181. Sur le droit cosmopolitique kantien, voir Stéphane Chauvier, *Du droit d'être étranger. Essai sur le concept kantien d'un droit cosmopolitique*, Paris, L'Harmattan, 1996.
4. Charles Irénée Castel de Saint Pierre (1658-1743), *Projet pour rendre la paix perpétuelle en Europe*, Paris, Fayard, coll. « Corpus des œuvres de philosophie en langue française », 1986.
5. Theodor Ruyssen, « Les sources kantiennes de la Société des Nations », dans la *Revue de métaphysique et de morale*, vol. XXXI, 1924.

tance historique et philosophique qui nous sépare de Kant. Cette réflexion est importante pour Habermas parce que Kant incarne, dans son esprit, l'aporie de toute philosophie du sujet (ou de conscience). Il incarne de même le partisan d'un univers métaphysique qui n'est plus le nôtre. Pour comprendre la reformulation par Habermas d'un droit cosmopolitique, nous devons d'abord nous interroger sur la vision cosmopolitique inhérente au modèle communicationnel du droit. Comme nous le verrons, c'est cette capacité cosmopolitique qu'exploite Habermas, en vue de reformuler l'idée d'un droit cosmopolitique en fonction des besoins de notre époque et de l'horizon d'un État de droit planétaire.

La vision cosmopolitique du modèle communicationnel du droit

La vision cosmopolitique du droit est inhérente au modèle communicationnel du droit. Si Habermas conçoit habituellement la question de droit à l'intérieur d'une communauté politique limitée, à savoir l'État, il n'en demeure pas moins que le fait de voir le droit en général comme rattaché à des procédures de communication fait de l'intersubjectivité l'ancrage concret du droit dans l'idée quasi transcendantale d'une communauté politique élargie et d'une universalité tissée, partagée et idéalisée. L'intersubjectivité n'a pas de frontières : elle rejoint l'humanité tout entière par sa capacité et sa nécessité de communiquer sans limites ni contraintes. Le fait que toutes les langues humaines soient traduisibles assure ce genre de communication.

Cette conception de l'intersubjectivité structure la conception d'un droit cosmopolitique habermasien autour de trois axes différents.

D'abord, elle se structure autour de l'affirmation que le droit cosmopolitique est « procédural », afin de donner sens à une communauté juridique cosmopolitique. C'est la condition *sine qua non* pour faire de l'humanité une communauté juridique. Comme Habermas le dit, « la clef du droit

cosmopolitique réside dans le fait qu'il concerne, par-delà les sujets collectifs du droit international, le statut des sujets de droit individuel, fondant pour ceux-ci une appartenance directe à l'association des cosmopolites libres et égaux[6] ». Cette affirmation concerne directement le droit cosmopolitique en insistant sur le « statut des sujets individuels », lesquels sont les seuls auteurs et destinataires du droit cosmopolitique.

Dans le droit cosmopolitique de Kant, la question de la forme de gouvernement d'une communauté politique (État) se révèle être de première importance. Kant affirme que les États doivent être gouvernés d'une façon républicaine. Il est d'avis que la forme républicaine constitue une garantie pour que ces États puissent consentir, comme le veut un principe général de relations internationales, au respect mutuel de l'autonomie politique, de la souveraineté et de l'intégrité territoriale. Il en ressort, d'après Kant, que les États républicains ne font pas la guerre. Rawls a d'ailleurs repris cette thèse de même que la distinction entre États républicains et non-républicains[7]. Or, si le droit cosmopolitique concerne, comme nous venons de le constater chez Habermas, le statut des individus, le statut d'hommes et de femmes libres et leur liberté de communiquer, c'est bien la situation cosmopolitique potentiellement ouverte à chaque être qui constitue le sens d'un droit cosmopolitique et non la question des relations internationales. Si Kant était un fervent partisan de la souveraineté absolue des États, nous ne pouvons en dire autant d'Habermas.

Le deuxième axe de réflexion chez Habermas consiste à affirmer que le droit cosmopolitique peut jouer un rôle émancipateur concret. Comme l'affirme Habermas, le test d'universalité se concrétise dans un projet consistant à :

> [...] briser les chaînes d'une fausse et prétendue universalité de principes universalistes, épuisés sélectivement et appliqués sans égard au contexte, a toujours requis, et requiert aujourd'hui

6. J. Habermas, *La paix perpétuelle*, *op. cit.*, p. 57.
7. J. Rawls, *Le droit des gens*, Paris, Seuil, 1996.

encore, des mouvements sociaux et des luttes politiques, et ce afin d'apprendre, à partir des douloureuses expériences et des souffrances irréparables des opprimés et des offensés, des blessés et des massacrés, que personne n'a le droit d'être exclu de l'universalisme moral — ni les classes sous-privilégiées, ni les nations exploitées, ni les femmes domestiquées, ni les minorités marginalisées. Celui qui, au nom de l'universalisme, exclut l'Autre, qui pour l'autre a le droit de rester un étranger, trahit sa propre idée. Ce n'est que dans la libération radicale des histoires de vie individuelles et des formes de vie particulières que s'affirme l'universalité de l'égal respect pour chacun et de la solidarité avec tout ce qui porte visage humain[8].

En faisant sienne cette conception de l'universalité, l'idée d'un droit cosmopolitique se concrétise en une critique radicale du « réalisme » qui condamne les êtres humains à la misère, à la dictature, à l'exclusion et à la soumission. Il souligne que nous ne sommes soumis ni aux forces du « marché mondial », ni à la géostratégie, ni au fatalisme des faits.

Habermas exprime concrètement un humanisme qui se veut planétaire, ce qui était sûrement aussi le cas chez Kant. Nous observons cependant que l'humanisme planétaire qu'il préconise doit se manifester dans des mouvements sociaux et politiques, seuls véritables véhicules de cette conception d'un droit cosmopolitique sur le plan international.

Enfin, le troisième axe de réflexion habermasienne est l'affirmation que le droit cosmopolitique se concrétise dans une conception juridique de la communauté internationale. Habermas refuse de voir le droit comme une quelconque « morale », fusse-t-elle internationale ou globale. Le droit cosmopolitique est juridique et donc aucunement moral. Ici, Habermas concrétise la pensée de Kant[9].

Habermas, ne pouvant fonder cette conception dans « l'idée de la Raison » comme le fait Kant, fait intervenir le concept de droit de l'Homme, concept déjà, du moins dans

8. J. Habermas, *De l'éthique de la discussion, op. cit.*, p. 107-108.
9. E. Kant, *Métaphysique des mœurs 2, op. cit.*, p. 179 : le droit cosmopolitique « est un principe *juridique* ».

une large mesure, sélectionné communicationnellement par les citoyens du monde. L'exigence des droits de l'Homme (celle qui est englobée dans sa conception d'un droit cosmopolitique) symbolise l'exigence juridique dans la communauté juridique :

> [...] le concept de droit de l'homme n'est pas d'origine morale, mais une modalité spécifique du concept moderne des droits subjectifs et donc d'un concept juridique. Les droits de l'homme ont par nature un caractère juridique. Ce qui leur confère une appartenance de droits moraux n'est pas leur contenu, ni, à plus forte raison, leur structure, mais le sens de leur validité, qui dépasse l'ordre juridique des États-nations[10].

Sur le plan juridique, c'est bien la question de « validité » qui procure un statut juridique aux normes de façon telle que cette question de « validité » se conjugue avec la perspective de légitimation. Selon Habermas, les droits de l'Homme ont, dans cette perspective, un statut remarquable « par le fait qu'ils sont constitutifs de l'ordre juridique en tant que tel et, de ce point de vue, [qu'ils] définissent un cadre à l'intérieur duquel la législation normale est tenue d'évoluer[11] ». Or, par le fait que les droits de l'Homme s'adressent à toutes les personnes dans leur qualité d'« êtres humains », dépassant ainsi toute restriction nationale, ces droits projettent la question de leur validité universelle sur le plan d'un droit cosmopolitique. Les droits de l'Homme établissent, de cette façon, le cadre d'une communauté cosmopolitique juridiquement valide. De même, ils encadrent le droit international considéré juridique et ils permettent aux États, par conséquent, de mener à bien, juridiquement parlant, leurs intérêts pragmatiques dans ce même cadre.

Certes, Habermas ne renie en rien la valeur de morale universaliste que véhiculent les droits de l'Homme ; il l'accepte même largement, ce qui est d'autant plus facile puisque, une fois la valeur juridique des droits de l'Homme reconnue, la question de validité les propulse vers l'intersubjectivité communicationnelle. Celle-ci, dans sa visée

10. J. Habermas, *La paix perpétuelle*, *op. cit.*, p. 86.
11. *Ibid.*, p. 88.

universaliste, assure aussi bien au droit qu'à la morale leurs statuts respectifs.

Synthétisons maintenant cette conception d'un droit cosmopolitique chez Habermas en insistant sur sa « non-disponibilité ». Le droit cosmopolitique n'est pas au service des « pouvoirs » : il se concrétise sur l'horizon cosmopolitique d'un droit véritable et commun à tous les êtres humains. Le droit cosmopolitique se réalise ainsi dans la prise de position que toute personne peut manifester à l'égard des problèmes causés par le fait de vivre ensemble sur la Terre. Comme chez Kant, Habermas élève au rang de symbole la perspective d'un humanisme juridique à la disposition de tout être humain. Cependant, au contraire de Kant, Habermas croit que cet humanisme est constitué par l'intersubjectivité communicationnelle et non par « la volonté universelle donnée *a priori*[12] ».

La communauté cosmopolitique comme lieu juridique

La communauté cosmopolitique, comme lieu de réalisation d'un droit cosmopolitique, se construit de façon communicationnelle. Rejetant toute fondation du droit cosmopolitique dans l'idée de la Raison chez Kant, Habermas suggère que c'est à la communauté cosmopolitique de se constituer pour prendre en charge l'idée d'un droit cosmopolitique. Habermas voit, en effet, la communauté cosmopolitique se constituer réflexivement dans le dialogue, la communication et l'intersubjectivité.

Habermas, se situant dans notre contemporanéité, voit la communauté internationale (le projet de citoyens du monde) se concrétiser aujourd'hui dans trois dialogues essentiels : celui de « la conscience du temps », celui du projet de droits de l'Homme et enfin celui concernant notre compréhension de la « paix ».

12. E. Kant, *Vers la paix perpétuelle*, *op. cit.*, p. 120.

Abordons le premier dialogue, la « conscience du temps ». Il s'agit, chez Habermas, d'une question plus hégélienne que kantienne. Cette question de la « conscience du temps » force Habermas à délaisser l'anhistoricisme de Kant. Ce qui est en jeu, c'est la compréhension des disparités, des tensions et des enjeux de notre contemporanéité. Si Habermas peut souligner que la conscience du temps concerne en priorité le « développement inégal de communautés qui, dans le même temps, dépendent d'une coexistence pacifique[13] », il n'en demeure pas moins que cette identification de problèmes vise une pluralité de préoccupations aussi variées que le développement démographique, la déforestation, la course aux armements, les conflits ethniques ou de « minorités », les migrations forcées ou économiques, les crises écologiques, etc. S'ajoute à tout cela la problématique de la gestion des patrimoines de l'humanité.

Il y a un autre élément en jeu, c'est le fait d'établir le droit cosmopolitique comme fondement d'une judiciarisation des problèmes plus ou moins communs de l'humanité et de faire prendre conscience à tous des problèmes auxquels est confrontée l'humanité tout entière. À Habermas de souligner que l'Organisation des Nations unies doit jouer ici un rôle primordial.

Le deuxième thème autour duquel doit se constituer la communauté des cosmopolites concerne la pratique des droits de l'Homme. Il s'agit, comme Habermas l'affirme, de travailler dans le sens d'un « accord normatif sur les droits de l'homme dont l'interprétation est actuellement controversée par les Européens d'un côté, et par les Asiatiques et les Africains[14] » de l'autre. En d'autres mots, comment réconcilier la perspective universaliste couramment défendue par les auteurs occidentaux avec les interprétations particularistes ou culturalistes souvent défendues par les auteurs non-occidentaux ?

13. J. Habermas, *La paix perpétuelle*, *op. cit.*, p. 70.
14. *Ibid.*, p. 70.

Habermas affirme que cette question ne peut être résolue que dans le cadre d'un dialogue. Ce n'est donc pas sans intérêt qu'il fait explicitement référence à l'article de Tore Lindholm intitulé « The Cross-Cultural Legitimacy of Human Rights » en soulignant qu'il s'agit d'un cadre de discussion raisonnable[15]. En effet, Lindholm croit que la pratique des droits de l'Homme doit être continuellement négociée sur l'axe même de l'universalité et du particularisme. Cette conception, privilégiée par les textes onusiens sur les droits de l'Homme et qui a déjà recueilli une large adhésion communicationnelle, envisage la question de l'universalité des droits de l'Homme comme si elle se retrouvait dans un processus de légitimation au carrefour des cultures et des dialogues entre des expressions culturelles particulières.

C'est certainement la perspective de « validité » qui est primordiale pour Habermas puisqu'il ne s'agit pas de vanter des textes, mais un dialogue pouvant toujours à la fois susciter l'adhésion aux droits de l'Homme et éclairer les enjeux de leur pratique et de leur application. Bref, le processus de réalisation pratique et culturelle des droits de l'Homme implique leur universalisation progressive. Ils ne doivent pas, selon cette conception, être utilisés comme une arme, comme un « atout » contre autrui, mais plutôt pour engager autrui dans un processus d'apprentissage réciproque.

Le troisième thème constitué par le droit cosmopolitique est la question de la « paix ». La « paix » n'est pas comprise uniquement comme l'absence de guerre ou d'hostilités,

15. *Ibid.*, p. 70. Voir Tore Lindholm, *The Cross-Cultural Legitimacy of Human Rights. Prospects for Research*, Oslo, Norwegian Institute of Human Rights, Publications n° 3, août 1990. Lindholm avait développé ces idées en 1989 au cours d'un dialogue avec Abdullahi An-Na'im. De Abdullahi An-Na'im on consultera *Toward an Islamic Reformation. Civil Liberties, Human Rights, and International Law*, Syracuse, Syracuse University Press, 1990, et A. An-Na'im et F. Deng (reds), *Human Rights in Africa : Cross-Cultural Perspectives*, Washington (D.C.), The Brookings Institution, 1990.

qu'elles soient étatiques ou communautaires. Comme Habermas l'affirme :

> [...] il faut concevoir la paix elle-même comme un processus se déroulant sans intervention de la force, mais qui ne vise pas seulement à empêcher l'emploi de la force, mais à réaliser les conditions réelles d'une coexistence sans tensions entre les groupes et entre les peuples. Les réglementations implantées ne doivent léser ni l'existence ni la dignité des intéressés, et ne doivent pas non plus porter atteinte aux intérêts vitaux et aux sentiments de justice au point que les parties en conflit, après avoir épuisé les possibilités procédurales, finissent néanmoins par recourir à la force[16].

La question de la « paix » doit, par conséquent, nous forcer à nous pencher sur les « causes », griefs, problèmes, tensions ou injustices historiques qui peuvent générer ou servir des conflits. La conception de la « paix » défendue par Habermas est la prise de conscience commune que les guerres et les conflits ont des causes bien précises et que le droit cosmopolitique doit servir à prévenir ces conflits. Chez Habermas, le rejet de l'anhistoricisme kantien, dont témoigne son insistance sur la « conscience du temps », se concrétise dans la reconnaissance de la complexité d'un projet de paix. Ce rejet se manifeste aussi par le fait de prendre en compte comment l'Histoire peut, par les injustices jamais réparées, avoir hypothéqué un tel projet[17]. Le projet de paix ne se désigne pas uniquement comme un « pacifisme juridique », suivant en cela la formulation de Kant[18], mais plutôt comme une politique démocratique et universelle pour résoudre les conflits.

La conception de la communauté des citoyens du monde regroupés autour d'un droit cosmopolitique se concrétise en somme dans le projet de formation d'une volonté

16. J. Habermas, *La paix perpétuelle*, *op. cit.*, p. 71-72.
17. Jean-Marc Ferry, « Sur la responsabilité à l'égard du passé. L'éthique de la discussion comme éthique de la rédemption », dans *Hermès*, n° 10, 1991, p. 125-137 ; *idem*, *Les puissances de l'expérience. Essai sur l'identité contemporaine. Tome 2. Les ordres de la reconnaissance*, Paris, Cerf, 1991, p. 218-219.
18. Voir Alain Renaut, *Kant aujourd'hui*, Paris, Aubier, 1997, p. 456 et suiv.

cosmopolitique partagée par tous. Conformément à ses idées sur une communauté juridique étatique[19], Habermas est d'avis que le droit cosmopolitique propulse la communauté mondiale dans un processus d'apprentissage réciproque, un processus où la communauté des cosmopolites apprend à négocier avec les raisons et les arguments des autres. La formation mondiale de la volonté, représentée par le droit cosmopolitique, trouve son explication dans le processus de compréhension universelle des arguments et des raisons au cœur de la délibération communicationnelle et du dialogue entre tous les citoyens. Or, de cette façon de voir le droit cosmopolitique découle également une conception de rationalité : les cosmopolites ne tirent pas le droit cosmopolitique de leur propre conscience comme chez Kant, ou d'une logique libérale de choix permettant de préférer tous les produits culturels du monde « cosmopolitiquement[20] », mais plutôt du dialogue et de la réciprocité.

En fait, la communauté des cosmopolites ne peut pas se trouver prédéterminée ni dans la tradition ni dans la constitution morale des personnes : elle se crée effectivement par une communication illimitée dans l'espace public mondial.

L'institutionnalisation d'un droit cosmopolitique juridique

Si le droit cosmopolitique a besoin d'institutionnalisation, on ne peut pourtant jamais le réduire à cette forme précédemment décrite. Selon Habermas, le droit cosmopolitique a besoin des institutions qui peuvent le rendre effectif, garantir son existence et réaliser ses objectifs. Chaque jour, en effet, nous pouvons constater que des populations sont prises en otage par leur propre gouvernement, que les

19. J. Habermas, « Towards a Communicative Concept of Rational Collective Will-Formation. A Thought-Experiment », (1989) 2 dans *Ratio Juris*, p. 144-154 ; *idem*, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997.

20. Jeremy Waldron, « Minority Cultures and the Cosmopolitan Alternative », dans Will Kymlicka (dir.), *The Rights of Minority Cultures*, Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 93-119.

droits de l'Homme sont occultés et transgressés de façon systématique, et tout cela le plus souvent pour servir l'édification ou la consolidation de l'État ? Ce sont autant de raisons pour rendre le droit cosmopolitique effectif et réaliser ce en quoi il surpasse déjà les États.

Nous pouvons affirmer que l'idée directrice chez Habermas est la même que chez Kant : il faut transformer l'« état de nature » entre les États en « état de droit ». Kant poursuit l'objectif de réaliser le droit cosmopolitique sur plan mondial par un « fédéralisme d'États libres[21] », là où Habermas poursuit l'idée d'un État de droit planétaire. De là l'insistance d'Habermas pour que le cosmopolitisme juridique doive se construire de façon démocratique.

Le droit cosmopolitique est, dans le regard post-métaphysique d'Habermas, rattaché à l'idée même de l'État de droit démocratique. Comme il le dit :

> [...] l'idée de l'État de droit requiert que la substance violente de l'État soit canalisée par le droit légitime, aussi bien à l'égard de l'extérieur qu'à l'égard de l'intérieur ; et la légitimation démocratique du droit doit garantir que le droit reste en accord avec les principes moraux reconnus. Le droit cosmopolitique est une conséquence de l'idée d'État de droit. C'est grâce à lui seulement que s'établit une symétrie entre la judiciarisation des relations sociales et politiques en deçà et au-delà des frontières étatiques[22].

Ce qui est en jeu, c'est notre façon de comprendre les institutions internationales, ces institutions rendant le droit cosmopolitique effectif. Ces institutions ne doivent pas être un prolongement des États qui pourrait être utilisé à des fins politiques du pouvoir en place ou dans un quelconque dessein géostratégique. Habermas tente de démontrer, en prenant Carl Schmidt pour exemple, com-

21. E. Kant, *Vers la paix perpétuelle*, *op. cit.*, p. 89. Notons que ce « fédéralisme » n'implique pas la construction d'un État unifié ; voir sur cette question, Alain Renaut, *Kant aujourd'hui*, *op. cit.*, p. 471 et suiv.
22. J. Habermas, *La paix perpétuelle*, *op. cit.*, p. 114-115.

ment la conception de « pouvoir » détourne toute question de droit vers un machiavélisme niant ce même droit[23].

Quoi qu'il en soit, Habermas voit les institutions internationales existantes aptes à réaliser non-exclusivement le droit cosmopolitique. Elles deviennent les exécutrices historiques de leurs réalisations. Habermas souligne qu'après « la fin de la Seconde Guerre mondiale, l'idée de la paix perpétuelle a acquis une forme concrète dans les institutions, les déclarations et les initiatives politiques de l'Organisation des Nations unies (et d'autres organisations supranationales)[24]. » Or, là où Kant voit la fédération des États reposer sur un accord entre la politique et la morale fondé sur une intention cachée de la nature, Habermas veut, quant à lui, réaliser une communauté d'États qui soit constituée juridiquement et où ces États seraient soumis au droit cosmopolitique. Écoutons Habermas.

> Il faut que le droit cosmopolitique soit institutionnalisé de telle manière qu'il engage les différents gouvernements. La communauté des peuples doit à tout le moins être capable d'amener ses membres, sous peine de sanctions, à respecter le droit. Ce n'est que de cette manière que le système instable et fondé sur des menaces réciproques des États souverains qui s'affirment eux-mêmes de transformer en une fédération dotée d'institutions communes laquelle, tout à la fois, assume des fonctions étatiques, régule juridiquement les rapports existant entre ses membres, et contrôle le respect de ces règles[25].

Habermas fait ainsi apparaître une différence entre le droit international en tant que relation contractuelle entre des États et le droit cosmopolitique qui peut symboliser ou représenter une Constitution de tous les cosmopolites du monde. Comme toute fédération de peuples nécessite une dimension juridique, le droit cosmopolitique se présente alors comme une Constitution cosmopolitique pouvant instituer une telle fédération juridique selon les critères de la

23. *Ibid.*, p. 97 et suiv. Habermas reprend largement des arguments développés dans J. Habermas, *Écrits politiques : Culture, droit, histoire*, Paris, Cerf, 1990, p. 127-137.
24. J. Habermas, *La paix perpétuelle*, *op. cit.*, p. 48.
25. *Ibid.*, p. 51-52.

modernité juridique, à savoir le principe d'autolégislation des individus. Le droit cosmopolitique permet à la fédération des peuples de devenir juridique en ne représentant pas uniquement l'engagement et l'obligation des États, mais aussi et c'est encore plus important, le statut des individus libres et égaux sur la scène mondiale. Le droit cosmopolitique symbolise sur ce plan la soumission ou l'obligation des États à l'égard des droits de l'Homme dans une logique évidente d'abdication (partielle) de souveraineté[26]. En fait, il est la Constitution à laquelle sont soumis les États et où ceux-ci trouvent ultimement leur légitimité juridique dans le sens cosmopolitique ; ce qui n'exclut pas, insistons là-dessus, une vision moderne du droit international dit « contractuel ».

Chez Habermas, il s'agit de réaliser concrètement que, si Kant a pu, à juste titre, souligner le rôle de la publicité et de l'espace public en attirant l'attention sur le lien existant entre la Constitution juridique et la culture politique d'une communauté en ce qui concerne un système juridique national, la création « juridique » de la fédération des peuples nécessite de reprendre la même idée sur le plan mondial et de faire du droit cosmopolitique la pierre angulaire d'une légitimité juridique mondiale.

Les institutions internationales comme l'Organisation des Nations unies incarnent donc une légitimité juridique qui est au-dessus des États, une légitimité juridique actuellement déficitaire mais qui doit, dans cette perspective, être renforcée et appliquée de façon égalitaire par rapport aux enjeux mondiaux. Selon Habermas, ces institutions doivent être renforcées et réformées pour prendre plus adéquatement en considération un droit cosmopolitique.

La communauté des cosmopolites devient, dans cette ligne de pensée, un « État » de droit, ou mieux, une communauté de droit, dans la mesure où ces institutions internationales rendent le droit cosmopolitique efficace. Or, comme les États en tant que représentants de ces « peuples »

26. *Ibid.*, p. 20, 55 et suiv.

représentent souvent aussi des obstacles, l'espace public mondial doit être nivelé par la thématisation et la réflexion de tous les cosmopolites et surtout, de toutes les organisations non-gouvernementales constituées dans cette logique. Sans ce nivellement et cette réflexion primordiale des O.N.G., il y aura toujours un risque que les États s'égarent dans des considérations de géopolitique ou de pouvoir.

L'idée est qu'il faut « créer une communication durable entre sujets éloignés les uns des autres et qui échangent au même moment des contributions concernant les mêmes thèmes ayant pour eux la même importance[27] ». Plus concrètement, il faut travailler en vue de créer un espace public à l'échelle du globe. Comme une telle proposition est encore au stade d'utopie et qu'elle risque de le demeurer encore bien longtemps, elle demeure toutefois une idée directrice nous invitant à une certaine réflexion. Comme il n'existe pas d'espace public planétaire (il n'y a même pas encore d'espace public européen), la création de tels espaces voudrait et pourrait témoigner d'une ferme volonté pour établir un droit cosmopolitique. Plus important encore est le fait que l'absence d'un espace public mondial rende la critique et la thématisation des enjeux mondiaux encore plus nécessaires. Les organisations non-gouvernementales doivent, dans cette perspective, à la fois soutenir et élargir un tel espace par leurs thématisations ainsi que surmonter les obstacles dressés encore par la majorité des États. En fait, Habermas voit dans ces organisations les embryons d'une démocratie mondiale.

La portée de ce que nous venons d'affirmer peut également être appréciée à l'égard du droit cosmopolitique de Kant. Il ne s'agit plus d'une fédération d'États libres, mais du projet d'un État de droit cosmopolitique, certes encore et pour longtemps utopique, mais qui, comme Kant en son temps, a le mérite de représenter une idée directrice nous permettant d'évaluer et de thématiser les enjeux d'une vie en commun à l'échelle mondiale.

27. *Ibid.*, p. 44.

Le droit cosmopolitique et le droit étatique

En ce qui concerne la perspective d'un droit cosmopolitique à l'intérieur d'un État en particulier, le droit cosmopolitique tel qu'Habermas l'envisage se thématiserait selon les enjeux primordiaux auxquels sont confrontés les différents peuples, les différentes minorités et les différents individus. Il s'agit, plus concrètement, de se prémunir contre les violations des droits de l'Homme, contre l'ethnocide des autochtones, contre la déforestation des « poumons » de la planète, contre le réchauffement de la planète, pour que les individus concernés puissent, au nom d'un droit cosmopolitique, thématiser les problèmes et proposer des solutions.

De cette façon, le droit cosmopolitique se réalise à l'intérieur d'un pays et souhaite être, sur le plan planétaire, à l'origine de la production continuelle d'arguments et de raisons à propos des enjeux mondiaux. Le droit cosmopolitique assure, comme dans la conception d'un droit national chez Habermas, une production continue d'arguments et de raisons dans les espaces publics disponibles. Pour s'établir, le droit cosmopolitique devient ainsi objet de controverses, de batailles et de combats. Que le droit cosmopolitique soit l'objet de combats et d'engagements rejoint ce que nous avons souligné auparavant au sujet de ce droit « impliqué » dans un processus d'apprentissage de réciprocité planétaire. Le droit cosmopolitique devient l'enjeu de tout droit national. Il devient également un miroir permettant d'évaluer ce droit national. D'où la mise en forme des questions juridiques portant sur l'immigration, le droit d'asile, les réfugiés, la citoyenneté ou encore sur le droit, comme le dit Habermas citant Kant, de rester un étranger[28].

Il y a plus important encore, le droit cosmopolitique met les frontières et la souveraineté des États entre parenthèses. Plus concrètement, les instruments internationaux de droits de l'Homme, qu'Habermas considère comme faisant partie de la conception de droit cosmopolitique, doivent

28. J. Habermas, « Citizenship and National Identity : Some Reflections on the Future of Europe », dans *Praxis International*, 1992, p. 1-19.

être rendus effectifs par les institutions internationales comme l'Organisation des Nations unies et la Cour internationale de La Haye. La communauté internationale a plus qu'un « droit de regard » : elle a un droit d'intervention humanitaire. Habermas insiste là-dessus en disant que « le point faible d'une protection globale des droits de l'Homme est l'absence exécutive qui serait, au besoin, capable d'assurer le respect de la Déclaration universelle des droits de l'homme en intervenant dans la souveraineté des États nationaux[29] ». De même, il affirme que la « conséquence la plus importante d'un droit qui court-circuite la souveraineté des États est le fait que certains individus ont une responsabilité personnelle pour les crimes commis au service de l'État ou les crimes de guerre[30] ».

Ainsi, le droit cosmopolitique s'édifie à l'intérieur des États nationaux à la fois comme soutien des individus et comme un moyen pour eux d'avoir de l'autorité à l'égard des États. Du fait qu'Habermas n'établit pas une hiérarchie entre les différentes nations, contrairement à Rawls[31], ce droit cosmopolitique peut devenir un soutien concret aux pays et aux individus qui manifestent la volonté de thématiser les enjeux cosmopolitiques.

Mot de la fin

Ce que notre réflexion sur la reformulation habermasienne nous a permis de constater, c'est que le projet habermasien d'un droit cosmopolitique a quitté le carcan métaphysique de la « conscience » préconisé par Kant pour être rebattu à partir de la perspective d'un modèle communicationnel du droit. En fait, la perspective de réciprocité et d'intersubjectivité qui caractérise la philosophie du droit d'Habermas sert à redéfinir les concepts de ce droit cosmopolitique moderne. Délaissant la perspective d'un « fédéralisme d'États libres »

29. J. Habermas, *La paix perpétuelle*, *op. cit.*, p. 61.
30. *Ibid.*, p. 58.
31. J. Rawls, *Le droit des gens*, Paris, Seuil, 1996 ; *idem*, « Peut-on justifier Hiroshima », dans *Esprit*, février 1997, p. 119-128.

au profit d'un espace public à l'échelle du globe envisageant le droit cosmopolitique à la lumière d'un droit démocratique, Habermas rejoint les droits de l'Homme dans leur connotation contemporaine, tout en projetant la communauté des cosmopolites dans la lumière d'un État de droit planétaire. Le droit cosmopolitique se dessine, chez Habermas, comme un « droit » ouvert à la thématisation des enjeux planétaires, comme un bouclier juridique à l'égard des États. Plus important encore, ce droit devrait assurer le projet et l'horizon d'un espace public à l'échelle mondiale, qui pourrait thématiser, dans la démocratie, les enjeux auxquels l'humanité d'aujourd'hui est confrontée. Enfin, ce droit cosmopolitique devrait bâtir une assise juridique aux résultats de ces thématisations et aux institutions mondiales à redéfinir.

De cette façon, l'énergie prospective, utopique même, de Kant est sauvegardée. Comme Kant en son temps, Habermas propulse le projet d'un droit cosmopolitique sur des chemins dont nous ne connaîtrons l'aboutissement que dans un futur lointain. D'ici là, le droit cosmopolitique est entre les mains des citoyens du monde, comme autant de cosmopolites réfléchis.

RAWLS ET L'UTILITARISME

RAWLS, L'UTILITARISME ET « DEUX CONCEPTS DE RÈGLES »[1]

L'adhésion de John Rawls à l'utilitarisme, et plus spécifiquement au courant dit «utilitarisme de la règle» (rule-utilitarism), en 1955, a de quoi surprendre si on établit un parallèle avec la suite de sa carrière universitaire, au cours de laquelle il s'est forgé une réputation de critique sans pitié vis-à-vis de l'utilitarisme. Pour beaucoup de philosophes américains, Rawls représente tout simplement l'homme qui a enfin réussi à briser le monopole intellectuel que la pensée utilitariste avait si longtemps exercé sur l'esprit américain. Cela au point d'avoir été considéré comme celui qui a définitivement libéré la pensée philosophique américaine d'un carcan étouffant, compromettant le développement de la philosophie et de l'éthique. Que Rawls lui-même ait commencé sa carrière comme utilitariste n'était, par contre, connu que des spécialistes dans le domaine et, en règle générale, royalement ignoré : à l'exception du champ utilitariste !

C'est une raison de plus pour nous de revenir à l'article clef de Rawls intitulé : « Two Concepts of Rules[2] » (Deux concepts de

1. Extrait d'une conférence prononcée en février 1995 sur « L'utilitarisme et le droit », à l'Université du Québec à Montréal, Montréal. Nous avons ici réactualisé nos propos.
2. J. Rawls, « Two Concepts of Rules », *Philosophical Review*, vol. 64, 1955, p. 3-32. Repris dans J. Rawls, *Collected Papers*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1999, p. 20-46. Nous utilisons par la suite cette dernière édition de 1999. Notons pourtant que la reprise en 1999 a donné lieu à une rédaction très particulière : la note 23 dans l'original a été ressortie du texte et reprise comme « Appendix » (p. 43-46). En rééditant ladite note, l'appendice se présente faussement comme se rapportant à tout l'article, tandis que la note 23 (en 1955) se rapporte à une argumentation spécifique.

règles), qui date de 1955, et d'analyser cette adhésion à l'utilitarisme. Il s'agit en fait d'expliquer pourquoi cet article est réputé donner la version « définitive » de l'utilitarisme de la règle et de le critiquer, en nous limitant, bien entendu, au cadre de la philosophie du droit[3]. Une tâche qui est d'ailleurs particulièrement facilitée par le fait que Rawls se situe lui-même en parallèle des préoccupations normatives de la philosophie du droit, et cela en circonscrivant ses réflexions autour du « droit » de punir. C'est là un thème central de la philosophie du droit moderne depuis Grotius.

Avant d'aller plus loin, disons quelques mots de plus sur la signification à accorder à l'adhésion de Rawls à l'utilitarisme en 1955. En analysant ses arguments, nous observons que Rawls introduit une défense « morale » de l'utilitarisme de la règle et qu'il s'insère en conséquence dans une longue histoire de reformulation et de modification de l'utilitarisme classique. La raison de cette reformulation est d'ailleurs assez simple : L'utilitarisme initial était trop radical. L'histoire de l'utilitarisme ne se résume, par voie de conséquence, que dans l'effacement de son radicalisme. En fait, celui qui se prête à utiliser les enseignements de Bentham, le père de l'utilitarisme, s'engage dans une logique critique qui risque de laisser peu de chose en place. Ce qui est particulièrement vrai pour les domaines normatifs et surtout vrai pour le droit. Disons-le sans détour : une analyse utilitariste risque de condamner à la poubelle toutes les Constitutions connues, la plupart des lois et sûrement la plupart des institutions juridiques. C'est pourquoi l'histoire de l'utilitarisme qui, comme nous venons de l'évoquer, a consisté à mettre les institutions à l'abri d'une telle critique de l'utilitarisme de la règle, esquissé en premier par John Stuart Mill, trouve son sens dans cette logique de réécriture apaisante. L'adhésion de Rawls à l'utilitarisme ne doit pas en conséquence être comprise au sens strict, mais bien dans le sens de la continuité de réécriture libérale visant à

3. Nous délaissons ainsi les analyses spécifiques sur la morale et sur l'éthique chez Rawls, et surtout la problématique concernant le « droit de mentir ».

mettre les « règles » (règles morales, règles juridiques, règles institutionnelles, etc.) à l'abri d'un utilitarisme radical. Si l'analyse de la carrière universitaire de Rawls est ici hors contexte[4], permettons-nous néanmoins cette remarque : s'il existe une constante dans son œuvre, c'est bien cette logique de vouloir à tout prix « mettre à l'abri ».

Nous analyserons tout d'abord la conception de « règles » de Rawls, puis la justification de la punition et, enfin, nous amènerons quelques réflexions critiques insistant sur les impasses de l'utilitarisme de la règle de Rawls.

La conception de règles et l'utilitarisme

L'essentiel de l'article de Rawls tourne autour de l'introduction d'une conception de « règle ». Elle en est l'élément constitutif en vue de justifier son utilitarisme de « jeu » de règle. Cette conception de « règle » de Rawls sera ensuite l'objet de notre analyse, d'abord sur le plan purement abstrait, ensuite comme un élément constitutif du « jeu » et, enfin, par rapport à l'intuitionnisme moral.

Le concept de « règle » chez Rawls

Rawls rejette d'abord une conception de « règle » se voulant une synthèse rationnelle de décisions et de pratiques du passé[5]. À la limite, critique-t-il, une telle pensée ne mène qu'à une conception évolutionniste enchaînant l'homme à un passé historique[6]. La conception de « règle » privilégiée par Rawls repose par contre sur la « practice » (en anglais), ce qui donne en français « pratique », « convention » ou mieux,

4. Voir notre article : « Profils philosophiques » dans ce volume.
5. J. Rawls, *Two Concept of Rules*, 1999, *op. cit.*, p. 34.
6. Voir Friedrich A. [von] Hayek, *Droit, législation et liberté*, 3 tomes, Paris, PUF, 1973-1979. Cf. notre critique dans B. Melkevik, « L'épistémologie hayékienne et la question de droit : analyse et critique », dans B. Melkevik, *Réflexions sur la philosophie du droit*, Paris/Sainte-Foy, L'Harmattan/Les Presses de l'Université Laval, 2000, p. 133-151.

peut-être (en certaines circonstances), « habitude[7] ». Quant à nous, nous utiliserons par la suite aussi bien « pratique » que « habitude ».

Rawls précise en effet que le mot « habitude » doit être compris comme « en quelque sorte une notion technique qui signifie toutes sortes d'activités qui sont précisées par un système de règles qui définissent les devoirs, rôles, mouvements, penalties, défenses, et ainsi de suite, et qui donnent structure aux activités exercées. Comme exemple, nous pouvons penser aux jeux et aux rituels, procès judiciaires et parlements[8] ». Autrement dit, « une règle est illustrée comme définissant une habitude [ou : une pratique spécifique][9] ».

C'est pourquoi nous en arrivons à dire que les règles sont au-dessus des êtres, et en toute hétéronomie, comme des faisceaux de « conventions » (ou des habitudes obligatoires) qui doivent normalement être respectées et appliquées dans différents domaines de la vie sociale pour pouvoir y avancer. Il peut certes exister des volontés initiales à l'origine de ces « habitudes », mais une fois mises en marche, les habitudes (ou pratiques) deviennent autonomes et échappent au contrôle et au sens de leurs créateurs. Elles deviennent de ce fait de vraies « règles », selon la conception rawlsienne, en fonctionnant dans l'encadrement de bonnes habitudes quant à ce qui doit être fait comme devoir, comme rôle, comme mouvement (en échec), comme pénalités, etc.

La conception de « règle » ainsi mise en avant par Rawls insiste en somme sur l'affirmation qu'une « action », ou un cas particulier, doit dépendre d'une règle qui définit une

7. J. Rawls, « Two Concepts of Rules », *op. cit.*, p. 20 : « distinction between justifying a practice and justifying a particular action falling under it ».
8. *Ibid.*, p. 20, note 1 : « I use the word "practice" throughout as a sort of technical term meaning any form of activity specified by a system of rules which defines offices, moves, penalties, defenses, and so on, and which gives the activity its structures. As examples one may think of games and rituals, trials and parlements. »
9. *Ibid.*, p. 36 ; « rules are pictured as defining a practice ».

habitude, une pratique particulière, et que, sans une telle possibilité de dépendance, il n'existe pas de règle du tout. Subséquemment, ou bien une action a de la valeur comme pratique, ou bien elle ne vaut rien, car elle est, dans ce dernier cas, soit indifférente (comme nos petites manies, etc.), soit illicite.

Certaines actions ne peuvent donc avoir de « qualification » que par référence à un système de règles préétablies. Sa conception de règle nous invite en effet à voir certains actes comme inhérents à un « jeu de société » et elle nous révèle une légitimité constitutive de cette même société.

Exemples de jeux et de règles

Rawls exemplifie davantage sa conception de « règle » avec le jeu de baseball[10]. Ainsi les règles, qui définissent le jeu comme étant « ce jeu-là », peuvent toujours être présupposées légitimes. Car les règles du jeu sont toujours logiquement antérieures aux événements ou aux actes du jeu, et elles peuvent ainsi qualifier les actes comme allant dans le sens même de ce jeu-là, ou simplement les disqualifier en les mettant hors jeu.

C'est donc le jeu de baseball qui permet à Rawls d'expliquer cette logique. Nous pouvons observer, selon lui, que chaque joueur donne de la valeur à ses actes selon des règles préétablies qui lui permettent d'affirmer qu'il joue le jeu. Tout ce qu'il fait doit, en conséquence, se rapporter à ces règles préétablies, et ses actes ne sont compréhensibles et légitimes que dans la mesure où ils peuvent être inclus dans ces règles. Ainsi les actes posés par le lanceur de balle, comme les actes du frappeur, prennent leur sens, selon Rawls, vis-à-vis des règles qui définissent les actes accomplis comme étant des actes qui appartiennent à ce jeu-là. Si les actes accomplis ne peuvent pas être définis, « évalués », à l'intérieur du jeu de cette façon, le joueur ne joue tout simplement pas au baseball. Peut-être pratique-t-il un autre jeu

10. *Ibid.*, p. 36-38.

où il existe également un lanceur et un frappeur et que les actes accomplis appartiennent à cet autre jeu? Mais pour être qualifié de jeu de baseball, aussi bien par les acteurs (joueurs) que par les spectateurs, le fait d'accomplir certains actes suivant les règles du jeu définit les actes accomplis comme étant ceux du baseball. Ce qui n'exclut point, bien entendu, qu'à l'intérieur de ces règles, les joueurs puissent jouer du baseball avec talent, passion et art.

Un autre exemple aurait pu être le jeu d'échecs. Car ici aussi, il existe des règles logiquement préétablies qui définissent l'activité ou la pratique du jeu d'échecs. Celui qui veut jouer aux échecs le fait selon ces règles et s'il ne le fait pas, c'est qu'il ne joue pas aux échecs. Il y a ainsi des règles précises quant à chaque « mouvement » légitime sur le plateau et des règles précises pour gagner, des règles obligatoires pour celui qui joue aux échecs et vérifiables par celui qui observe la partie. Ne pouvons-nous pas dire que jouer aux échecs consiste à suivre ses règles? Que le jeu d'échecs en lui-même relève de ses propres règles? On peut l'affirmer, en effet.

C'est ce que confirme d'ailleurs Rawls en spécifiant davantage la notion de « règle » comme suit :

> La conception de l'habitude amène une conception entièrement différente de l'autorité où chaque personne doit décider sur la pertinence de suivre une règle dans un cas particulier. S'engager dans une pratique, effectuer des actions spécifiques pour une pratique, signifie de suivre les règles appropriées. Si quelqu'un souhaite effectuer une action qui est spécifiée par une certaine pratique, il n'y a pas d'autre solution que de suivre les règles qui la définissent. Voilà pourquoi il n'y a aucun sens à élever une objection pour une personne, pour savoir ou non si une règle d'habitude s'applique à *son* cas particulier quand l'action qu'elle considère est une forme d'action définie par une habitude. [...]. Si quelqu'un souhaite effectuer une action spécifiée par une habitude, la seule question légitime ne peut concerner que la nature même de l'habitude[11].

11. *Ibid.*, p. 37 ; « The practice view leads to an entirely different conception of the authority which each person has to decide on the propriety of following a rule in particular cases. To engage in a practice, to perform

Bref, quand nous jouons au baseball ou aux échecs, la seule question pertinente, c'est d'être conscient du jeu que nous pratiquons. À partir du moment où nous le savons, tous les mouvements doivent pouvoir se rapporter à ce « jeu » pour marquer des points. En donnant ainsi du poids aux mouvements inhérents et appartenant au jeu, les règles de ce jeu s'en trouvent légitimées et elles deviennent constitutives de l'activité du « jeu » en marche.

Intuitionnisme moral et utilitarisme des règles

Le fondement de la conception de « règle » selon Rawls est bien l'intuitionnisme moral[12]. Car celui qui joue les « pratiques » ou les « jeux » selon des « règles », ne maîtrise ladite « pratique » ou ledit « jeu » que dans la mesure où il y est moralement intégré et où il peut se situer, d'une façon ou d'une autre, moralement à l'égard de la « pratique » ou du « jeu » pour pouvoir y participer. Le contraire serait comme un rôle de « zombie » qui placerait le « joueur » dans une position de « jeu sans volonté morale consciente », ce qui n'est certainement pas la position que souhaite Rawls.

En insistant donc sur le côté « intuitionniste » qui se manifeste dans cette conception des « règles », il faut souligner le caractère moral du bon joueur. À savoir, celui qui ne fait pas que jouer bien, ce qui lui vaut l'admiration des

---

those actions specified by a practice, means to follow the appropriate rules. If one wants do do an action which a certain practice specifies then there are no way to do it except to follow the rules which define it. Therefore, it doesn't make sense for a person to raise the question whether or not a rule of a practice correctly applies to *his* case where the action he contemplates is a form of action defined by a practice. [...] If one wants to perform an action specified by a practice, the only legitimate question concerns the nature of the practice itself.

12. C'est encore plus frappant quant à « l'obligation de tenir promesse », que nous n'analysons pas ici, et où Rawls n'arrive qu'à s'appuyer sur la tradition humaniste-chrétienne pour prouver que des personnes moralement adultes veulent tenir leurs promesses ; J. Rawls, « Two Concept of Rules », *op. cit.*, p. 29-33.

tribunes, mais qui le fait en sachant être un joueur conscient du jeu. Un joueur qui sait intuitivement quoi faire et pourquoi le faire moralement. Car en rendant la moralité du jeu parallèle et dépendante de la moralité du joueur, l'intuition que nous pouvons avoir du jeu (comme système de règles) coïncide avec celle que nous avons de nous-mêmes comme joueurs actualisant ces règles. En fait, nous entrons dans une sorte de « procédure » où l'expérience morale acquise par le fait de jouer les règles du jeu se réalise avec notre prise de conscience, ou intuition, de la moralité même du jeu.

Il s'agit pourtant d'une position qui peut afficher un certaine « objectivité », à condition qu'une tierce personne puisse vérifier si les règles du jeu sont respectées. Aussi bien au baseball qu'aux échecs, une tierce personne peut-elle vraiment vérifier les règles et juger les joueurs ? Elle peut en fait, suivant Rawls, dire si l'un ou l'autre des joueurs respectent les règles du jeu selon leur degré de connaissance des règles. Si elle fait partie du jeu de baseball, en tant que « juge » (ou arbitre), elle peut aussi intervenir pour distribuer des « penalties » ou attribuer des « points ».

Ramenés au quotidien, les jeux, selon Rawls, ce sont nos croyances, nos morales, nos raisons, etc., et ce sont par les « règles » qu'une personne peut former des jugements sains et les appliquer dans sa vie sociale. Les règles du « jeu », à savoir les activités sociales, encadrent donc éthiquement (et moralement) le fait même de vivre et de jouir de la société.

Une justification utilitariste pour punir

Comme nous l'avons affirmé, Rawls souhaite justifier la doctrine utilitariste dans le domaine pénal. Plus spécifiquement, il cherche à contrecarrer la critique anti-utilitariste qui reproche à l'utilitarisme de vider le droit pénal de tout son sens et surtout à introduire une logique sacrificielle où nous pourrons à la limite condamner et punir un innocent parce que le bonheur de tous sera plus grand et préférable

que le malheur d'une seule personne innocente[13]. Bref, l'absence d'une référence de normativité (c'est-à-dire une normativité indépendante de toute préoccupation matérielle ou de réalité, aussi bien sur le plan de la causalité que de la conséquence[14]) condamne, selon l'anti-utilitarisme, l'utilitarisme pour son incapacité à saisir la spécificité du droit moderne. Pour contrecarrer cette critique, sans pour autant développer une telle normativité, Rawls spécifie, dans le domaine du droit pénal, le sens de son utilitarisme des règles comme suit.

Niveau institutionnel, niveau individuel

Rawls introduit d'abord un « homme de paille », à savoir un « rétributionniste » (personne qui croit que la punition se justifie comme le « prix » à payer pour un acte commis illégalement[15]). Pour un rétributionniste, il sera illégal, injuste et amoral de punir une personne pour un acte qu'elle n'a pas commis. Pourquoi ? Par le fait qu'il n'y a pas de « transaction » initiale, et sans « transaction », pas de prix à payer. Rawls est en accord avec le résultat, mais il utilise son « homme de paille » pour prouver que sa forme d'utilitarisme se conforme à la même intuition morale se rapportant aux règles du jeu et qu'elle la soutient.

En fait, Rawls prend comme exemple le fils qui demande à son père pourquoi Monsieur X a été mis en prison hier[16]. Si le père répond que c'est parce que Monsieur X a commis un

13. Cf. Edgar Frederick Carritt, *Ethical and Political Thinking*, Oxford, Clarendon Press, 1947, p. 65.
14. E. Kant symbolise une telle indisponibilité normative ; voir E. Kant, *Métaphysique des mœurs, tome 2 : Doctrine de droit. Doctrine de la vertu*, traduction Alain Renaut, Paris, GF-Flammarion, 1994.
15. Stamatios Tzitzis, « Rétribution, utilitarisme et politique criminelle à l'époque contemporaine », dans *Études internationales de psychosociologie criminelle*, nos 36 et 44, 1987, p. 77-84, ou « L'ontologie criminelle : consécration de l'acte par la rétribution », dans L. Négrier-Dormont et S. Tzitzis, *Criminologie de l'acte et philosophie pénale. De l'ontologie des Anciens à la victimologie appliquée des modernes*, Paris, Litec, 1994, p. 51-60. Voir aussi, *idem*, *La philosophie pénale*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? » n° 3043, 1996.
16. J. Rawls, « Two Concepts of Rules », *op. cit.*, p. 22-23.

vol de banque, il a répondu correctement. S'il avait répondu que c'était parce que c'était utile pour la société, il aurait mal répondu. Parce que cette deuxième réponse n'est pas une explication quelconque, mais la réponse à une autre question qui peut être formulée comme suit: Pourquoi avons-nous des institutions qui punissent des personnes?

Rawls peut, sur ce front, affirmer que si nous faisons une nette distinction entre le niveau institutionnel et le niveau individuel, nous aurons résolu le conflit qui a tant traumatisé la philosophie pénale; à savoir la querelle entre le rétributionniste et l'utilitarisme de l'action. Les deux ont en fait raison, chacun à son niveau, et tort, chacun à l'égard de l'autre niveau. Ainsi l'utilitarisme de l'action a raison au niveau du législateur et tort au niveau individuel, et, réciproquement, le rétributionniste a raison au niveau individuel et tort au niveau du législateur.

Chacun peut certes, grâce aux expériences acquises, avoir son propre jugement sur ce tour de passe-passe de Rawls, et nous l'apprécions comme n'étant qu'un sophisme. Dans notre perspective, c'est la suite qui s'avère importante. Car si on postule que l'utilitarisme de la règle (du jeu) et le rétributionniste avaient tous deux raison de s'opposer à la punition d'une personne «innocente» (au nom de l'utilité sociale ou politique), toute la lumière doit désormais se concentrer, selon Rawls, sur le sens de «punition». En fait, si la question de «punition» ne plane pas dans les airs, il doit, selon Rawls, exister des «règles» qui définissent l'acte de «compter» quelque chose comme une punition. En d'autres mots encore, le terme «punition» ne fait-il pas partie du «jeu» ou de la «procédure» de punir?

À ce stade Rawls peut demander «qui est qui»? Autrement dit, la question de «punition» n'est-elle pas une question de règles qui autorisent un jugement de «punition»? Ou encore, la punition d'une personne peut-elle se faire sans les «règles» qui mettent en marche l'institution de punition et qui la caractérise comme un élément même de la punition?

Rawls laisse par la suite tomber son « homme de paille », c'est-à-dire l'ami rétributionniste. En effet, il peut dès lors affirmer qu'effectivement le sens de la punition, c'est de suivre le « jeu » de punition et qu'il existe dans le « droit pénal » des règles qui font qu'une « punition » appartient à ce jeu-là ! Il n'a pas à prouver la justesse d'un utilitarisme des règles au niveau individuel ou la justesse d'un utilitarisme des actions au niveau institutionnel, car le seul jeu de punition qui existe, c'est celui du niveau individuel. L'utilitarisme de la règle de Rawls se concrétise en conséquence dans la justification des règles qui permettent la punition. L'utilitarisme de Rawls est un système de « jeu » (ou de « procédure ») où ce sont les règles permettant de punir qui doivent être évaluées, et non pas uniquement les conséquences de la punition, comme dans l'utilitarisme classique. Les règles de punition de l'institution servent de justification à la punition. Il en ressort que la question de punition est avant tout une question de pratique du « jeu » et jamais la constatation de l'« innocence » d'une personne. On constate simplement (et nous reviendrons à cette question) que ce n'est nullement l'innocence (ou la non-culpabilité) d'une personne qui prévaut, mais le jeu de punition sur le plan institutionnel.

Ici, nous punissons des personnes innocentes !

En fait, Rawls présente, pour justifier le rôle des règles de punition, un « système de paille[17] ». Un système qu'il dénomme, en faisant un jeu de mots, *telishment*, et que nous pouvons appeler *telition*[18]. Il s'agit en fait d'un contre-exemple qui fait contraste avec sa propre théorie de l'utilitarisme de la règle et qui défend, à côté des règles pénales courantes, l'existence d'une règle publique sans ambiguïté, par laquelle le juge a le « droit » de punir une personne innocente si le bien-être de la société le justifie :

17. *Ibid.*, p. 27-29, 40 et suiv.
18. *Ibid.*, p. 27. Respectant le jeu de mots de Rawls, l'alternative entre « punishment – telishment » (et punish – telish), devient en français « punition – telition » et « punir – telir ».

> Essayez donc d'imaginer une institution (que nous appelons « telition ») où les personnes qu'elle habilite ont l'autorité de faire un procès pour punir une personne innocente tout en pensant qu'elles sont convaincues d'agir dans le plus grand intérêt de la société. La liberté des fondés de pouvoir est pourtant limitée par la règle qu'ils ne peuvent pas condamner une personne innocente à subir une telle épreuve que si, en même temps, il existe des crimes similaires à ceux qu'ils souhaitent punir et telir[19].

L'élément important dans cette construction philosophique n'est pas les modalités du système de *telition*, mais uniquement le fait que la règle qui permet au juge de punir, de mettre en prison, d'exclure, etc., doit être *publique*. C'est-à-dire qu'il s'agit d'une règle que tout le monde connaît, qui est publiée comme une législation et à laquelle on peut se référer publiquement au cours d'un procès pénal.

C'est dans le contraste entre le système de *telition* et le système de punition que notre intuition morale, selon Rawls, nous révèle qu'un système qui autorise la condamnation d'innocents ne peut guère être utile. Un système de *telition* est condamné, selon Rawls, par le fait qu'il ne peut « servir aucun objectif utile[20] ». Notons donc qu'il n'avance aucune autre justification au fait de ne pas punir une personne « innocente ».

Tout utilitariste peut observer, selon Rawls, à quel point un système de *telition* ne peut être que dysfonctionnel, aussi bien sur le plan de la motivation et de l'attitude des individus que sur le plan collectif, où la confiance et la prévisibilité ne pourront que sombrer corps et bien. Un système de *telition* ne risque-t-il pas de verser dans la méfiance, le cynisme et dans différentes formes de margina-

19. *Ibid.*, p. 27 ; « Try to imagine, then, an institution (which we may call « telishment ») which is such that the officials set up by it have authority to arrange a trail for the condamnation of an innocent man whenever they are of the opinion that doing so would be in the best interests of society. The discretion of officials is limited, whoever, by the rule that they may not condemn an innocent man to undergo such an ordeal unless there is, at the time, a wave of offences similar to that with which they charge him and telish him for. »

20. *Ibid.*, p. 28 ; « it would not serve no useful purpose ».

lisation? D'après Rawls, une société qui adhère à telles règles publiques et qui punit un innocent est une société nuisible.

Contrastant donc avec ce système peu fiable, le système de l'utilitarisme des règles décrit par Rawls ne peut qu'apparaître « vrai ».

Ici, nous ne punissons que les coupables !

L'institution utilitariste de la règle préconisée par Rawls s'appuie sur l'image toute faite que nous ne punissons publiquement que les coupables. Le jeu de « punir », à savoir les règles qui nous permettent de jouer le jeu de punition, ne peut avoir qu'un cadre institutionnel.

Selon Rawls, les salles de tribunal où sont jugées et punies des personnes sont comparables aux stades de baseball. Ce sont des espaces pour le jeu, quoique le jeu qui s'y déroule soit bien différent. En fait, si au-dessus de l'entrée des stades de baseball on pouvait lire : « Ici, on joue au baseball pour gagner », Rawls, pour sa part, nous proposerait la banderole « Ici, nous ne punissons que les coupables » à placarder au-dessus de l'entrée des tribunaux. C'est justement le contraire du système de *telition*.

Or, pour que les rouages de l'institution publique puissent être efficaces dans la punition des « coupables », il faut comprendre que le fait de punir est une « habitude » ou une « pratique ». Comme l'affirme Rawls, il est évident (donc non discutable) que le fait de « punir » est une habitude[21]. Ou, en d'autres termes :

> Il est impossible de dire ce qu'est une punition ou de décrire une instance particulière à celle-ci, sans se référer aux devoirs, actions, et infractions spécifiées par la pratique. La punition est une autorisation dans un jeu juridique sophistiqué et présuppose la complexité de pratiques qui compense l'ordre juridique. La même chose est vraie pour les différentes formes moins formelles de punitions : un parent, un gardien ou

21. *Ibid.*, p. 41 ; « That punishment [...] are practices is beyond question. »

quelqu'un en autorité peuvent punir un enfant, et personne d'autre[22].

En somme, dans le système de Rawls (à savoir le fait que Rawls fasse l'économie de toute preuve ou argumentation rationnelle), il n'y a pas de doute que ce sont les « règles » initiales du jeu de punition qui définissent le sens du jeu. Si les règles sont toujours sur le plan institutionnel l'objet des principes utilitaristes de l'action, sur le plan individuel, le fait même de punir, c'est de suivre le « jeu de punition ». Quand une personne est non coupable, elle ne peut pas être punie car son cas ne nous permet pas de faire notre jeu.

Les impasses insurmontables

Nous proposons maintenant une analyse critique de l'opinion de Rawls. Car, malgré le « charme » qu'exerce sur nous le nom de « Rawls », il faut cependant bien reconnaître que rien n'est cohérent dans ses propos sur le plan de la philosophie du droit ! En fait, Rawls se fourvoie dans une impasse qui obscurcit l'horizon de notre droit moderne.

Maintenant, nous allons aborder la question de la justification de punition et, ensuite, celle de « juge » observateur.

Justifier la punition d'une personne innocente

Le titre de cette sous-section peut à première vue sembler surprenant. N'avons-nous pas, en effet, dit que Rawls était contre ? Non, Rawls n'a pas fait que plaider contre une règle, une « norme », un « jeu », qui reconnaît *publiquement* le fait de punir des personnes non coupables. Il a plaidé contre un *système*, un pays, où on punit *ouvertement* des personnes non coupables, faisant ainsi de la question de punition une question de système (ou de « jeu ») et non une

22. *Ibid.*, p. 42 : « It is impossible to say what punishment is, or describe a particular instance of it, without referring to offices, actions, and offenses specified by pratices which make up the regal order. The same thing is true of the less formal sorts of punishment : a parent or gardien or someone in proprer authority may punish a child, but no one else can. »

question de sujets de droit. Le problème est donc de savoir si nous pouvons avoir une norme publique déclarant : « Ici, nous ne punissons que les coupables » et qui, en pratique, punit une personne non coupable (innocente) uniquement parce que c'est utile, parce que c'est un « jeu » différent dans une situation particulière soumise à la discrétion du « juge » rawlsien.

C'est en fait concevable, et la position de Rawls n'est pas un obstacle si tout le monde semble jouer le « jeu ». Tout son échafaudage repose en fait sur un fondement unique : le juge (judiciaire) doit jouer un « jeu » en toute conscience et nous devons pouvoir y observer la rectitude « juridique ». Les deux présupposés sont pourtant faux.

Il faut, quant à ce premier point, retenir que le juge peut jouer le jeu « Ici, nous ne punissons que les coupables » en public et en jouer un autre dans sa conscience. Rawls, en faisant de la conscience du juge judiciaire le fondement de son « droit-jeu », introduit la question de « droit » dans une dépendance singulière (et non-juridique) à la moralité du juge. Or, la moralité d'un juge est-elle vraiment un obstacle à la condamnation d'un innocent ? Dans la plupart des cas oui, mais toujours sur le fondement qu'un juge (comme toute personne normale) ne commet pas des actes qu'il réprouve moralement (ce qui, en passant, n'a rien à voir avec un « jeu »). Mais il faut donc aussi compter avec sa faiblesse, car s'il ne s'agit que d'un « jeu », il faut uniquement que le juge s'arrange d'une façon ou d'une autre avec sa conscience et le tour est joué. Un sondage dans l'histoire nous révèle que nous ne devons pas considérer un seul « jeu » mais plusieurs, et quand il y a hiérarchie entre eux, le jeu « juridique » semble souvent perdre. De Ponce Pilate aux juges inconnus des procès de Dreyfus, de Sacco et Vanzetti, ou encore des Rosenberg, le fait est que les « juges » s'accommodent bien de leur conscience quand il y a des enjeux plus importants à leurs yeux. Et cela toujours en pouvant se référer *publiquement* à Rawls et au slogan : « Ici, nous ne condamnons que les coupables. »

Concrètement, ne pouvons-nous donc pas dire qu'aussi longtemps que les apparences de jeu sont sauvées, le juge rawlsien n'a pas de problème avec la question d'innocence ou de culpabilité d'une personne. Il n'y a que des questions quant à sa propre moralité et à sa propre implication dans la pluralité des «jeux» sociaux, économiques, politiques, religieux, etc. Sur cette base d'une théorie du «juge», ou encore de «punition», nous voilà expulsés du droit et propulsés dans une problématique particulière où nous n'aurons qu'à accorder notre confiance aux autorités faisant le «jeu», qu'elles soient des hommes ou des femmes. En fait, Rawls ne semble jamais comprendre la différence entre jouer le «jeu» et se faire reconnaître comme sujet de droit[23].

Par l'absence de sujets de droit et par l'absence de la possibilité de contrôler le juge, le système de Rawls perd toute consistance juridique. Cela n'est plus qu'une sorte de marécage moral où on nous invite à faire confiance aux jugements moraux de ceux qui ont autorité sur nous. Au-delà de la confiance immense que Rawls accorde toujours à la conscience des hommes et des femmes en situation d'autorité, il ne semble jamais prendre en compte que les frontières et les «reliefs» de tous les «jeux» doivent nécessairement, en pratique, s'estomper, et que le fait de jouer différents «jeux» devient facilement une finalité en soi.

En deuxième lieu, Rawls propose que l'observateur externe soit comme le «contrôleur» ultime (ou juge public ultime) dans son système. Rawls présuppose toujours une instance de contrôle externe, à savoir l'observateur, par exemple le juge au cours d'un procès, qui peut contrôler que les acteurs jouent effectivement le jeu. Et dans le cas du

23. Cf. B. Melkevik, «Discours d'application des normes en droit: Méthodologie juridique et considérations de philosophie du droit», dans Lukas K. Sosoe (dir.), *La vie des normes et l'esprit des lois*, Paris/Montréal, L'Harmattan, 1997, p. 73-90; *idem*, «Application ou procéduralité: Quelques réflexions sur le droit juridique moderne», dans André Lacroix et Alain Letourneau (dir.), *Méthodes et interventions en éthique appliquée*, Montréal, Fides, 2000, p. 191-203.

jeu d'échecs cité plus haut, il n'est rien de plus évident, pour quelqu'un qui en connaît les règles, que de faire remarquer une fausse manœuvre. Dans le jeu d'échecs, les deux adversaires sont d'ailleurs toujours capables d'évaluer le déplacement du pion par l'autre et de protester si ce mouvement n'est pas valide. Si l'autre ne corrige pas son geste, le jeu peut tout simplement se terminer là, car personne n'a vraiment intérêt à jouer avec un tricheur. Il en est de même dans un match de baseball où les spectateurs protestent si le juge n'a pas vu une irrégularité. Là, Rawls a bien raison. Sauf qu'en droit, il est absolument impossible d'observer quoi que ce soit. Nous ne pouvons voir que des faits et jamais d'enjeux normatifs. En fait, et jusqu'à preuve du contraire, personne jusqu'à ce jour n'a réussi à voir le droit[24].

En fait, personne ne peut voir si quelqu'un est « coupable » ou non. Seul le « fait » est tangible et le droit n'est certainement pas de cet ordre. Si les gens vocifèrent dans un Tribunal, ce n'est sûrement pas parce qu'ils ont décelé la « culpabilité » ou la « non-culpabilité », mais parce qu'ils ne sont pas contents de la décision du juge. Leurs protestations ne sont donc pas dirigées contre une « règle » bafouée, elles n'expriment que de la déception vis-à-vis du jugement rendu. Il y a donc impossibilité d'observer le « droit » et impossibilité d'expérimenter une condamnation et une punition de « droit » comme « jeu ».

En somme, le système rawlsien ne peut pas fonctionner comme garantie du « droit », ou encore comme philosophie du droit, mais seulement comme une invitation à avoir confiance dans le jugement moral des personnes en position

24. Rappel le dialogue entre Alice et le Roi, dans Lewis Carroll, « L'autre côté du miroir et ce qu'Alice y trouve » : — Et bien, qui voyez-vous ?
- « Personne », répondit Alice.
- Je donnerais cher pour avoir des yeux comme les vôtres, fit observer, d'un ton irrité, le monarque. Être capable de voir Personne, l'Irréel en personne ! Et à une telle distance, par-dessus le marché ! Vrai, tout ce dont je suis capable, pour ma part, c'est de voir, parfois, quelqu'un de bien réel ! » ; Lewis Carroll, *Œuvres*, tome 1, Paris, Robert Laffont, coll. « Bouquins », 1989, p. 186.

d'autorité. Ce qui est plus propice à maquiller les injustices qu'à les réparer. Mais il y a pire.

La question du juge : les dés sont pipés

Le juge devient ainsi la garantie du système rawlsien. Tout repose alors sur les seules ressources morales, émotives, psychologiques, etc., d'une personne en situation d'autorité. C'est ainsi que meurt la possibilité du droit ! En fait, la question du « juge » judiciaire n'est pour Rawls que celle d'un juge de baseball, avec le décorum institutionnel en plus ! Mais au-delà de ce que pense Rawls, son exemple nous montre la faille de son système.

Nous pouvons dire qu'il existe deux modèles de « juge ». Un comme nous en retrouvons effectivement dans le jeu de baseball et un autre dans le système judiciaire. Insistons sur la différence.

Voyons tout d'abord l'arbitre de baseball (et de tout autre jeu où le « jugement » repose sur l'observation). Dans le jeu de baseball, l'arbitre est un juge avec les yeux grands ouverts. Il voit, il compte, il suit tous les « mouvements » du jeu, car il fait *partie* du jeu. En fait, il participe au jeu avec ses seuls yeux.

Maintenant, parlons du juge judiciaire. Ce dernier n'appartient pas à un quelconque jeu ! Il est là comme *invité*, comme représentant une tierce personne n'ayant aucun intérêt dans le différend entre les sujets de droit. Il représente uniquement la possibilité d'un jugement désintéressé et impartial, c'est-à-dire la Justice ; « Les yeux du juge doivent être bandés », pourrions-nous dire symboliquement. En effet, il ne doit ni voir, ni observer, car son jugement ne doit jamais reposer sur l'observation, mais bien sur les arguments et les raisons qui lui sont présentées. Bref, le juge *invité* écoute !

Bien entendu, on pourrait encore beaucoup palabrer sur ces deux exemples et sur leur caractère irréconciliable. Mais nous ne retiendrons de cette comparaison que la parti-

cularité du juge utilitariste (de la règle) du « baseball » à la façon de Rawls. C'est un juge moral, un juge avec un agenda secret, soumis à l'utilitarisme de la règle. C'est également un juge qui doit « voir » et surtout « voir » les règles de son propre jeu. Mais où trouvons-nous une relation avec les sujets de droit ? Et ces sujets de droit ne souhaiteraient-ils pas plutôt un juge de « droit » ?

Comprenons bien, Rawls ne développe rien d'autre qu'une justification de la morale utilitariste de la règle faisant appel à un juge utilitariste. Le résultat de tout cela est l'intronisation d'un « juge » idéologique et le reniement du droit moderne.

Fuyons le « droit » !

Et après nous être permis d'évaluer dans la pratique le système de l'utilitarisme de la règle de Rawls à l'égard du droit, nous ne pouvons que suggérer ce conseil, qui ne surprendra personne, à tout sujet de droit : « Fuyons ! » ou : « Sauve qui peut ! ».

Rawls, en effet, ne semble pas comprendre que son système devient une monstruosité en matière de droit, car en envahissant, comme il le fait, le droit avec ce système, il n'arrivera jamais à respecter le sens d'un droit moderne. Tout se fond et se confond dans un moralisme de « jeu » qui n'est rien d'autre qu'un appel au moralisme. Plus significatif encore, il est frappant de constater chez Rawls l'absence de sujets de droit et d'exigences juridiques les affirmant comme « propriétaires » du droit. Avec de telles failles, peut-on encore dire que le projet juridique moderne est respecté ? Rawls a-t-il compris le rôle d'un sujet de droit pour pouvoir traiter du droit ? Il nous semble bien que non !

Réflexions finales

Que Rawls ait bien senti que la tradition utilitariste était plus forte que lui et qu'il n'arrivait pas à avoir le dessus sur les enjeux utilitaristes, n'est que le prologue de son article « Deux concepts de règles ». La volonté de Rawls de s'éloigner

par la suite de l'utilitarisme, en raison de l'inconfort qu'il ressentait à l'égard de sa propre refondation de l'utilitarisme, nous semble être moins importante que les enseignements à tirer de cette expérience. Ledit article, vu comme un moment fort du développement philosophique de Rawls ne nous met-il pas plutôt, et cela positivement, sur la piste des raisons pour lesquelles l'intuitionnisme moral devient, dans une logique fondationnaliste propre à Rawls, la pierre angulaire de sa philosophie ultérieure ? Autrement dit, au lieu de quitter l'intuitionnisme moral qu'il avait, en 1955, intégré à l'utilitarisme de la règle, n'aurait-il pas pu, plutôt, en 1971, en faire un concept autonome sur lequel il aurait pu construire sa pensée ?

Comme nous le voyons, tout était déjà là, dans l'article de 1955, pour faire de l'intuitionnisme moral la pierre angulaire de son système philosophique. Le concept de « jeu », omniprésent chez Rawls en 1955, pouvait facilement se fondre dans le postulat d'un fond moral présupposé et sous-jacent à l'action des individus. Rawls aurait pu ensuite utiliser ses « règles » comme fond moral présupposé et expliquer les pratiques se rapportant aux êtres moraux. Quand Rawls abandonna la théorie de « jeu », ce qui fut effectivement le cas après 1955, les « règles du jeu » auraient pu alors être réinvesties comme des « principes », et le fait de « suivre les règles du jeu » aurait pu servir à prendre en compte les motifs des actes, etc. En fait, le fond moral est toujours censé être là, et les individus moraux, conscients de l'importance de la « civilité », peuvent être poussés vers la croyance et la confiance dans les institutions dont le rôle est de stabiliser et de protéger une telle morale.

Une telle histoire nous permet de comprendre, quoique encore imparfaitement, d'où viennent et qu'englobent les « matériaux » qui serviront à Rawls pour échafauder l'architecture de son œuvre future. Au rez-de-chaussée, si nous pouvons nous permettre l'expression, nous pouvons prendre « l'ascenseur » dans son œuvre et, à chaque arrêt, retrouver l'extension morale des buts de la philosophie rawlsienne. Au-delà pourtant d'une telle analyse, qui reste encore à

faire, nous pouvons, sur le plan de la philosophie du droit, dire que l'article de 1955 nous révèle, au-dessus de tout doute, le problème fondamental que Rawls aura toujours avec la modernité juridique. En fait, il ne fait que s'accrocher au « droit » et l'utiliser illégitimement pour des causes et des idéologies morales. Quant à la question de droit, à l'aune de la modernité juridique, nous n'avons d'autre choix que de la chercher ailleurs que dans l'œuvre de Rawls.

POSTFACE

Une ultime réflexion s'impose. Il s'agit en quelque sorte d'enfoncer le dernier clou et d'insister davantage sur notre rejet de la philosophie de Rawls et sur la nécessité, *a contrario*, de promouvoir la philosophie du droit à partir des exigences des sujets du droit moderne. C'est ce qui nous a poussé à privilégier le modèle délibératif du droit de Habermas au détriment de ce que nous avons qualifié comme le marécage moral de Rawls. Car, et nous l'avons répété tant de fois, seule la philosophie du droit de Habermas nous semble apte à respecter les enjeux modernes et intersubjectifs, et apte à nous permettre de nous confirmer réciproquement et démocratiquement comme les auteurs de nos normes, droits et institutions.

Pourtant, en regardant en aval, nous ne devons surtout pas succomber à la tentation de refaire les comptes, mais plutôt les mettre en valeur dans la lumière d'un rejet de toute tentative de Vrai-droit comme celui que professe Rawls, aussi moral soit-il. De cette manière :

- La philosophie de Rawls n'est tout simplement pas appropriée au domaine de la philosophie du droit. Elle ne représente ni plus ni moins qu'une « mise en cage » morale de la possibilité de droit. Ainsi, elle s'érige comme un soi-disant Vrai-droit moral ne pouvant que détourner le projet moderne du droit de son sens et porter violence à l'autonomie aussi bien juridique que démocratique des sujets de droit.

- Notre modernité juridique ne fonctionne pleinement qu'en se basant sur l'existence de sujets de droit, lesquels sont, en pratique, à la fois les auteurs et les destinataires du droit. Ce qui ne sera jamais le cas avec la conception de Rawls, chez qui l'autonomie des sujets est toujours une question relative qui n'arrive qu'en dernière position, après la fête philosophique.
- L'invitation que nous a lancée Habermas d'engager la philosophie du droit sur le chemin d'une conception de la politique délibérative, avec les processus démocratiques en arrière-plan, nous semble beaucoup plus prometteuse. Précisément, parce qu'elle respecte et prend en compte le rôle charnière que les sujets de droit jouent dans le projet juridique moderne.

Au-delà de notre choix philosophique en faveur d'une conception démocratique du droit, le problème, qui dépasse la simple personnalité de Rawls, est bien aujourd'hui le défi de toute proposition d'un (soi-disant) Vrai-droit moral.

Nous sommes aujourd'hui, en effet, le témoin d'un *tsunami* de théories, de propositions, de « pensées », de considérations morales qui cherchent à envahir le domaine du droit. Selon les partisans d'un Vrai-droit moral, le droit doit être « moral », « éthiquement correct », « sain », etc., et surtout soumis à l'option « morale » de leur choix préférentiel.

Si on va dans le sens de leurs propos, le « fondement » du « droit » doit être « justifié » comme étant moral, le « droit » doit être interprété « moralement », les juges doivent accomplir un sacerdoce « moral » à notre égard ou à l'égard des institutions politiques, les « droits de l'homme » doivent être basés sur des prémisses morales, et ainsi de suite. Loin de nous pourtant de vouloir faire, dans ce cadre, un inventaire. Là où ses partisans imaginent un « jardin des délices », un brin de sobriété, même fugace, nous révèle plutôt un « jardin des supplices ». Car chaque fois que des sujets de droit brillent par leur absence, cette absence ne peut que se retourner contre eux et, hélas, les confirmer comme « objets » de la morale des autres. Il ne s'agit, bien sûr, que de la

« morale » de tout ceux qui ont peur de notre autonomie juridique et surtout peur que nous leur tournions le dos. Si ce *tsunami*, auquel nous pouvons associer les noms de Rawls, Dworkin, Nozik, Buchanan, etc., fait actuellement plus de dégâts en Amérique du nord, il se fait déjà ressentir fortement en Amérique du Sud et en Europe. Nul besoin d'être devin pour prévoir qu'il n'épargnera personne et nulle part.

Nous avons la nette impression que le nouveau désir d'un « Vrai-droit » moral, ou simplement d'un Droit-moral, comme fondement du « droit » ou plus modestement dans un rôle « moral » accessoire, nous arrive de loin. S'agit-il en fait d'autre chose que de la dernière (et non l'ultime) transmutation de la théorie dite de « droit naturel » ? Si nous sommes plutôt enclins à répondre par l'affirmative, c'est parce qu'il s'agit, encore une fois, de faire contrepoids au soi-disant « droit étatique ». Le postulat d'un « droit étatique » sert en fait de justification à un Droit-moral, car comme l'indique ses partisans : « Sans contrepoids contre le « droit-étatique », nous risquons de peser bien peu, sinon rien, face au Pouvoir étatique ». S'il n'existe pas de « Droit-moral » en guise de contrepoids, il faut, prétendent-ils, le construire et veiller à son imposition sur et dans le droit.

Une telle pensée, certainement nourrie par les catastrophes « juridiques » qui ont parsemé notre contemporanéité et qui défigurent encore notre quotidienneté, utilise donc l'image d'un « Droit-Pouvoir » à dompter. Il faut que le « droit étatique » soit assujetti moralement afin de protéger nos « libertés », tout comme nous enchaînons les animaux qui se sont attaqués à l'homme. Mais que se passerait-il si l'image de ce « Droit-Pouvoir » était aussi fallacieuse que l'image du « Droit-moral » ? Et si la construction du « Droit-Pouvoir » n'était que l'héritage illégitime de l'absolutisme juridique et politique du XVI^e^ siècle ? Que dire encore si l'image du « Droit-pouvoir » n'était rien d'autre que la justification, par procuration, du « Droit-moral » et le désir de ce dernier de marcher côte à côte avec le soi-disant « Droit-pouvoir », tout comme « la Belle et la Bête » ?

Comme nous ne pouvons répondre que par l'affirmative à ces interrogations, il faut aussi comprendre que le rejet d'un Droit-moral ne peut s'accompagner que de la déconnexion du droit de toute préoccupation de Pouvoir (et de la morale). La question du droit n'a rien à voir avec l'État non plus. La représentation de la Déesse du « droit » tenant l'épée à deux mains qui orne (et défigure) nos Palais (ou Temples) de justice n'est rien d'autre qu'un affront, voire une honte. L'option pour un droit démocratique, lequel est encore à construire, ne peut être, dans ce sens, qu'un soutien inconditionnel à notre projet juridique moderne et cela en rappelant que légitimité et légalité se résument dans le statut des sujets du droit, et nulle part ailleurs.

Mais la fascination pour le Droit-moral ne se nourrit pas uniquement de son adversaire imaginaire. Elle est aussi, et de plus en plus, alimentée par une préoccupation aiguë à l'égard de ce que Rawls nomme le « pluralisme factuel » et que d'autres appellent le multiculturalisme. Avec un peu de retard, les penseurs du Droit-moral ont découvert ce que nous autre savions déjà depuis fort longtemps, à savoir que nos sociétés respectives sont de plus en plus bousculées par une pluralité de conceptions du Bien (pour utiliser la terminologie inappropriée de Rawls) ou simplement par un large éventail de choix existentiels. En fait, il n'existe plus, dans nos sociétés pluralistes, de modèle existentiel commun ou de modèle existentiel pour chaque classe sociale, sinon plus aucun modèle du tout. Nous pouvons dire que désormais nos sociétés pluralistes se caractériseront plutôt par des tâtonnements existentiels, par des individus qui apprennent et qui se forgent des identités changeant au gré des rencontres, des expériences ou simplement des modes. Ce qui fait que la pluralité n'est pas uniquement un « fait », mais une situation existentielle constituante des individus contemporains.

Le plus souvent, cela nous donne une énergie toute contemporaine, toute moderniste, qui propulse nos sociétés et nos co-sociétaires dans des tourbillons culturels bien diversifiés. De cette sorte, ces tourbillons nous entraînent et

nous fixent dans une pluralité de processus d'apprentissage vis-à-vis de nous-mêmes, des autres et de la société. Souvent, pour plusieurs individus, au prix de l'effritement du sens de leur vie et de l'effacement graduel de ce que beaucoup de personnes ont chéri comme le cadre le plus sûr de leur existence, par exemple l'État-nation, le Drapeau, etc.

Certes l'analyse de ces phénomènes ne peut nous préoccuper ici que dans le rôle spécifique que cette *zeitgeist* a eu chez les partisans du Droit-moral rawlsien. Rawls, nous l'avons déjà mentionné, est très clair : devant le fait du pluralisme, nous sommes chanceux, car nous avons la « Justice » (la matrice du droit) comme base inébranlable. Que dire d'une telle proposition qui appartient plus à la construction d'une mythologie philosophique (avec la croyance aveugle qu'elle autorise) que d'une saine pensée philosophique ?

Pour le prouver, Rawls introduit un schème de pensée très particulier (et qui a déjà fait une entrée fort remarquée dans le domaine de la philosophie du droit) où il prétend que si les conceptions du Bien (à savoir les choix existentiels) s'écrivent au pluriel, la Justice, elle, s'écrit d'une façon « unitaire ». Il prétend (illégitimement) que tous nos doutes concernant la « Justice » ne peuvent que se dissiper, par la méthode et la philosophie de Rawls, dans « Une » conception saine et libérale de la Justice. Il souligne même que s'il existe une pluralité de *formulations* possibles de cette conception, elles se résorbent pourtant toutes dans « Une Justice », à savoir dans la conception de Justice de Rawls. Toutes les pirouettes philosophiques de Rawls, exécutées d'ailleurs avec maestria, ne visent qu'à conforter la Justice face à la menace que représente pour Rawls la conception « compréhensive » des autres, des non-rawlsiens. Croire que ses propres conceptions sont « non compréhensives » et que celles des autres sont « compréhensives » — et que Kant ne représente qu'une conception compréhensive parmi les autres — comme nous le propose Rawls, n'est peut-être pas l'invention la plus brillante du siècle en matière de conception philosophique, mais cela lui sert à « fonder » (quoique illégitimement) sa formulation « unitaire » de la Justice.

Il est facile de comprendre l'engouement que cette construction de l'esprit a pu susciter. Cette image d'une Justice non-discutable, raisonnable, « équitable » et répondant à nos intuitions morales les plus fortes, est on ne peut plus alléchante. Qui n'aurait pas envie d'y souscrire ? C'est-à-dire y croire ? Ce pourrait être le pari de Pascal à l'échelle séculaire ! Nous aurions tout à gagner et absolument rien à perdre. Et en plus, nous pourrions désormais dire que nous avons un ancrage solide, la Justice, à partir duquel deviendraient possibles les études philosophiques sur notre contemporanéité pluraliste.

Si le pari pascalien auquel nous convie Rawls a des charmes et des avantages indéniables (sur le plan de la pratique philosophique de la foi), il n'en demeure pas moins que le résultat est identique : La pratique philosophique de Rawls comme la pratique religieuse de Pascal nous amènent inéluctablement vers la Foi envers « une justice » imaginaire. En fin de compte, et ce n'est pas là le moindre des paradoxes dans notre évocation de Pascal, le rawlsisme risque de se ramener à des luttes chimériques avec les doctrines « compréhensives » : De la sorte, la philosophie rawlsienne peut-elle être autre chose que la pratique même de sa foi philosophique ?

Si aujourd'hui la conception de Bien a volé en éclats, peut-il en être autrement avec la conception de Justice ? Logiquement et rationnellement, les raisons de l'éclatement des conceptions de Bien peuvent-elles épargner (et par quelle magie ?) la conception de Justice ? En fait, nos conceptions du Bien, du Juste et du Beau, qui dépendent de nos jugements (pour mobiliser Habermas et Kant) ne font référence qu'à l'individu. Et cet individu, qui doit maintenant être reconnu dans sa « pluralité », peut-il faire autrement que de juger tous ces domaines avec ses propres ressources reconnues comme « pluralistes » ? Mais s'il en est ainsi, nous ne pouvons qu'assister à l'écroulement de l'échafaudage de Rawls et voir comment l'intuitionnisme moral du philosophe ne travaille que dans une tradition dont il refuse de voir la problématique et la pluralité.

Bref, si nos conceptions du Bien sont pluralistes, nos conceptions de Justice le sont également. Et nous ne pouvons plus nous octroyer le droit de demander que les individus se comportent comme des enfants attardés et qu'ils renoncent à toutes l'information rationnelle sur eux-mêmes et sur la société, ce que souhaite Rawls. Il faut, *a contrario*, mettre toute l'énergie possible pour que cette information puisse se dégager et se répandre. Comme Habermas nous le dit, un individu à qui l'on refuse de s'instruire par lui-même ou par l'intermédiaire des autres et de la société, peut-il encore être considéré « autonome » ou encore « rationnel » ? Ou encore, n'est il pas mis, illégitimement, dans une situation d'« infériorité » qui hypothéquera ses capacités et ses possibilités de comprendre entièrement les enjeux sociaux, culturels et politiques ?

Dans notre perspective, toute philosophie, et particulièrement toute philosophie du droit, qui refuse que nos jugements soient basés sur une information lucide ne peut que créer une relation suspecte ou confuse avec les exigences démocratiques. Peut-il exister une démocratie sans une production libre de données sur nous-mêmes, sur les autres et la société ? Peut-il exister une démocratie sans que le jugement démocratique puisse s'établir sur la base de toutes les ressources dont nous disposons ? Envisager la philosophie du droit à la lumière de la philosophie de Habermas nous semble en conséquence un choix plus pertinent. Et cela dans la mesure même où il nous démontre que la démocratie est avant tout un processus où les citoyens, ou sujets du droit, se forgent une volonté et des opinions en vue de poser des jugements démocratiques. La démocratie, ce sont donc les démocrates, et le « fait » démocratique, ce sont les processus démocratiques qui confortent la démocratie entre les mains des démocrates.

Il est ainsi facile de comprendre les critiques qui ont été ou qui seront formulées contre la « démocratie ». Oui, les institutions démocratiques sont souvent détournées de leurs objectifs et mises à la disposition d'intérêts obscurs. Oui, les élus des les institutions démocratiques se comportent

souvent comme s'ils étaient des « monarques » élus pour 4, 5 ou 7 ans. Oui, le processus démocratique est souvent biaisé par le monopole des médias. Et nous pourrions continuer encore la liste, car il est irréfutable que le fait « démocratique », même dans les pays qui s'en réclament le plus, est plus mirobolant sur papier que dans la réalité.

Cela dit, il faut aussitôt souligner que, pour nous, la démocratie n'est pas simplement un « régime », ou uniquement une question d'institutions. Nous rejetons la division classique entre « monarchie, oligarchie et démocratie » que préconisait la philosophie antique ou moderne. Car s'il existe des démocrates aussi bien dans les régimes monarchiques qu'oligarchiques ou « démocratiques », la seule vraie question est de savoir s'ils peuvent, par et dans leurs jugements démocratiques, se considérer et se promouvoir réellement comme les auteurs de leurs droits, normes et institutions. Car ce n'est que de cette façon que peuvent s'installer la légitimité et la légalité qui, démocratiquement, se concrétisent dans des droits, des normes et des institutions.

En ce sens, la critique des « Institutions démocratiques » montre la vitalité des processus démocratiques. Elle montre que le lieu d'explication pour parler sobrement de démocratie et d'une conception démocratique du droit est celui où on se situe sur le plan des démocrates ou encore sur le plan des sujets de droit. Ce que ne font pas Rawls, Dworkin et les autres, obnubilés qu'ils sont par un Vrai-droit moral, lequel ne conduit qu'à une impasse sans lendemain pour le droit. Ce que fait cependant Habermas, en insistant sur les sujets de droit et les processus démocratiques comme seuls vecteurs de légitimité et de légalité de notre projet juridique moderne

Une option pour un droit démocratique, qui insiste sur la modernité juridique et le rôle non négociable des sujets de droit, ne peut se faire qu'en délaissant et en s'opposant à l'impasse de tout « Vraie morale — faux droit ». Contre les partisans obnubilés par les mirages de tout « Vrai-droit moral », il y a tout lieu de prendre plus au sérieux le projet juridique moderne et l'autolégislation démocratique.

BIBLIOGRAPHIE

AN-NA'IM, Abdullahi, *Toward an Islamic Reformation. Civil Liberties, Human Rights, and International Law*, Syracuse, Syracuse University Press, 1990.

AN-NA'IM, Abdullahi et F. DENG (dir.), *Human Rights in Africa: Cross-Cultural Perspectives*, Washington (D.C.), The Brookings Institution, 1990.

APEL, Karl Otto, *Penser avec Habermas contre Habermas*, Paris, L'Éclat, 1990.

ARENS, Edmund (dir.), *Habermas et la théologie*, Paris, Cerf, 1993.

ASSOUN, Paul-Laurent, *L'École de Francfort*, (2e édition), Paris, Presses universitaires de France, coll. « Que-sais-je » n° 2354, 1990.

AUDARD, C. *et al.*, *Individu et justice sociale. Autour de John Rawls*, Paris, Seuil, 1988.

BERNSTEIN, Jay M. (dir.), *The Frankfurt School: critical assessments*, 6 volumes, Londres, Routledge, 1996.

BIDET, Jacques, *John Rawls et la théorie de la justice*, Paris, Presses universitaires de France, 1995.

Bouchindhomme, Christian et Rainer Rochlitz (dir.), *Habermas, la raison, la critique*, Paris, Cerf, coll. « Procope », 1996.

BOULAD-AYOUB, Josiane, Bjarne MELKEVIK et Pierre ROBERT (dir.), *L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, Paris/Sainte-Foy, L'Harmattan/Les Presses de l'Université Laval, 1996.

Braaten, Jane, *Habermas's critical theory of society*, Albany (N.Y.), SUNY Press, 1991.

BRODEUR, Jean-Paul, « Justice distributive et justice rétributive », *Philosophiques*, vol XXIV, n° 1, 1997, p. 71-89.

BROWNING, Don S. et Francis Schüssler FIORENZA, *Habermas, modernity, and public theology*, New York, Crossroad, 1992.

CARENS, Joseph, « Aliens and Citizens : The Case for Open Borders », *Review of Politics*, vol. 49, n° 2, 1987, p. 251-273.

CHAVIER, Stéphane, *Du droit d'être étranger. Essai sur le concept kantien d'un droit cosmopolitique*, Paris, L'Harmattan, 1996.

COURTOIS, Stéphane, « Kant, Habermas et l'idéal cosmpolitique », dans Melkevik, B. et J.-M. Narbonne (dir.), *Une philosophie dans l'histoire. Hommages à Raymond Klibansky*, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 2000, p. 387-408.

COUTURE, Jocelyne et André DUHAMEL (dir.), *Justice distributive*, Montréal, Lekton, vol. 1, n° 2, hiver 1991.

CUSSET, Yves, *Habermas. L'espoir de la discussion*, Paris, Michalon, coll. « Le bien commun », 2001.

DEFLEM, Mathieu (dir.), *Habermas, Modernity and Law*, Londres, Sage, coll. « Philosophy and Social Criticism », 1996 (Republication du numéro spécial du journal *Philosophy and Social Criticism*, vol. 20, n° 4, 1994).

DELRUELLE, Édouard, *Le consensus impossible. Le différend entre éthique et politique chez H. Arendt et J. Habermas*, Bruxelles, Ousia, 1993.

DUFOUR, Frédérick-Guillaume, *Patriotisme constitutionnel et nationalisme. Sur Jürgen Habermas*, Montréal, Liber, 2001.

FEINBERG, Joel, « Duty and Obligation in the Non-Ideal World », *Journal of Philosophy*, vol. 70, 1973, p. 263-275 (Repris dans Richardson et Weithman (dir.), *The Philosophy of Rawls*, tome 3, p. 183-195).

FERRY, Jean-Marc, *Habermas. L'éthique de la communication*, Paris, Presses universitaires de France, 1987.

FERRY, Jean-Marc, « Sur la responsabilité à l'égard du passé. L'éthique de la discussion comme éthique de la rédemption », *Hermès*, n° 10, 1991, p. 125-137.

FERRY, Jean-Marc, *Les puissances de l'expérience. Essai sur l'identité contemporaine*, 2 volumes, Paris, Cerf, 1991.

GEUSS, Raymond, *The Idea of a Critical Theory : Habermas and the Frankfurt School*, Cambridge, Cambridge University Press, 1981.

GÖRTZEN, René, *Jürgen Habermas : eine Bibliographie seiner Schriften und der Sekundärliteratur 1952-1981*, (1re édition), Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992.

GUILLARME, Bertrand, *Rawls et l'égalité démocratique*, Paris, Presses universitaires de France, 1999.

HABER, Stéphane, *Habermas et la sociologie*, Paris, Presses universitaires de France, 1998.

HABERMAS, Jürgen, *Das Absolute et die Geschichte. Von der Zweispältigkeit in Schellings Denken*, Thèse non publiée, 1954.

HABERMAS, Jürgen, *La technique et la science comme « idéologie »*, Paris, Gallimard, 1973.

HABERMAS, Jürgen, *Profils philosophiques et politiques*, Paris, Gallimard, 1974.

HABERMAS, Jürgen, *Théorie et pratique*, 2 volumes, Paris, Payot, 1975.

HABERMAS, Jürgen, *Connaissance et intérêt*, Paris, Gallimard, 1976.

HABERMAS, Jürgen, *L'espace public*, Paris, Payot, (1re édition) 1978, (2e édition) 1988.

HABERMAS, Jürgen, *Raison et légitimité. Problèmes de légitimation dans le capitalisme avancé*, Paris, Payot, 1978.

HABERMAS, Jürgen, « La modernité, un projet inachevé », *Critiques*, n° 413, 1981.

HABERMAS, Jürgen, *Le discours philosophique de la modernité*, Paris, Gallimard, 1985.

HABERMAS, Jürgen, *Morale et communication*, Paris, Cerf, 1986.

HABERMAS, Jürgen, *Théorie de l'agir communicationnel*, 2 volumes, Paris, Fayard, 1987.

HABERMAS, Jürgen, *Logique des sciences sociales*, Paris, Presses universitaires de France, 1987.

HABERMAS, Jürgen, *Martin Heidegger. L'œuvre et l'engagement*, Paris, Cerf, 1988.

HABERMAS, Jürgen, « Towards a Communicative Concept of Rational Collective Will-Formation. A Thought-Experiment », *Ratio Juris*, 1989, n° 2, p. 144-154.

HABERMAS, Jürgen, *Écrits politiques. Culture, droit, histoire*, Paris, Cerf, 1990.

HABERMAS, Jürgen, *De l'éthique de la discussion*, Paris, Cerf, 1992.

HABERMAS, Jürgen, « Citizenship and national Identity. Some Reflections on the Future of Europe », *Praxis Intrernational*, 1992, p. 1-19.

HABERMAS, Jürgen, « La souveraineté populaire comme procédure. Un concept normatif d'espace public », *Lignes*, n° 7, 1989, p. 29-58.

HABERMAS, Jürgen, « L'espace public — 30 ans après », *Quaderni : La revue de la communication*, n° 18, 1992.

HABERMAS, Jürgen, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Francfort, Suhrkamp, 1992.

HABERMAS, Jürgen, *Textes et contextes. Essais de reconnaisssance théorique*, Paris, Cerf, 1994.

HABERMAS, Jürgen, *The Past as Future*, Lincoln, University of Nebraska Press, 1994.

HABERMAS, Jürgen, *Sociologie et philosophie du langage*, Paris, Armand Colin, 1995.

HABERMAS, Jürgen, *La paix perpétuelle. Le bicentenaire d'une idée kantienne*, Paris, Cerf, 1996.

HABERMAS, Jürgen, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997.

HABERMAS, Jürgen, *A Berlin Republic: Writings on Germany*, Lincoln, University of Nebraska Press, 1997.

HABERMAS, Jürgen, *Après Marx*, Paris, Hachettte, 1997.

HABERMAS, Jürgen, *L'intégration républicaine, Essais de théorie politique*, Paris, Fayard, 1998.

HABERMAS, Jürgen, *Après l'État-nation*, Paris, Fayard, 2000.

HABERMAS, Jürgen, *Vérité et justification*, Paris, Gallimard, 2001.

HABERMAS, Jürgen, *The Liberating Power of Symbols. Philosophical Essays*, Londres, Polity Press, 2001.

HABERMAS, Jürgen et John RAWLS, *Débat sur la justice politique*, Paris, Cerf, 1997.

HAMPTON, Jean, « Contracts and Choices : Does Rawls have a Social Contract Theory ? », *The Journal of Philosophy*, vol. 77, 1980, p. 315-338.

HELD, David, *Introduction to Critical Theory: Horkheimer to Habermas*, Berkeley, University of California Press, 1980.

HOLUB, Robert C., *Jürgen Habermas. Critic in the Public Sphere*, Londres, Routledge, 1991.

JAY, Martin, *L'imagination dialectique*, Paris, Payot, 1985.

KANT, Emmanuel, *Vers la paix perpétuelle, Que signifie s'orienter dans la pensée? Qu'est-ce que les Lumières?*, Paris, GF-Flammarion, 1991.

KANT, Emmanuel, *Métaphysique des mœurs*, 2 volumes, Paris, GF-Flammarion, 1994.

KELSEN, Hans, *Théorie pure du droit*, (2e édition), Neuchâtel, La Baconnière, 1988.

KUKATHAS, Chandran et Philip PETTIT, *Rawls: A Theory of Justice and its Critics*, Stanford, Stanford University Press, 1990.

KYMLICKA, Will (dir.), *The Rights of Minority Cultures*, Oxford, Oxford University Press, 1995.

LADRIÈRE, Jean et Philippe VAN PARIJS (dir.), *Fondments d'une théorie de la justice*, Louvain-La-Neuve, Éditions de l'Institut supérieur de philosophie, 1984.

LINDHOLM, Tore, *The Cross-Cultural Legitimacy of Human Rights. Prospects for Research*, Oslo, Norwegian Institute of Human Rights, Publications n° 3, août 1990.

MCCARTHY, Th. A., *The Critical Theory of Jürgen Habermas*, Cambridge (Mass.), The MIT Press, 1978.

MELKEVIK, Bjarne, « Habermas et l'État de droit. Le modèle communicationnel du droit et la reconstruction réflexive de l'État de droit contemporain », dans Boulad-Ayoub, Josiane, Bjarne Melkevik et Pierre Robert (dir.), *L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, Paris/Sainte-Foy, L'Harmattan/Les Presses de l'Université Laval, 1996, p. 371-387.

MELKEVIK, Bjarne, « Avez-vous lu Rawls ? », *Philosophiques*, vol. XXIV, n° 1, 1997, p. 3-7.

MELKEVIK, Bjarne, « Du contrat à la communication : Habermas critique Rawls », *Philosophiques*, vol. XXIV, n° 1, 1997, p. 59-70.

MELKEVIK, Bjarne, « Kant et Habermas. Réflexions sur « La Doctrine de droit » et la modernité juridique », dans Moutsopoulus, E. (dir.), *Droit et vertu chez Kant. Kant et la philosophie grecque et moderne*, Athènes, 1997, p. 323-330.

MELKEVIK, Bjarne, *Horizons de la philosophie du droit*, Sainte-Foy/Paris, Les Presses de l'Université Laval/L'Harmattan, 1998.

MELKEVIK, Bjarne, « Le droit cosmopolitique : la reformulation habermasienne », *Universitas Iuris, Publicacion de Alumnos de Facultad de derecho*, Universidad Nacional de Rosario, Argentine, avril 1999, n° 21, p. 67-77.

MELKEVIK, Bjarne, *Réflexions sur la philosophie du droit*, Sainte-Foy/Paris, Les Presses de l'Université Laval/L'Harmattan, 2000.

MELLOS, Koula (dir.), *Rationalité, communication, modernité. Agir communicationnel et philosophie politique chez Habermas/ Communicative Action and Political Philosophy in Habermas*, Ottawa/Paris, Les Presses de l'Université d'Ottawa, 1991.

MILL, John Stuart, *L'utilitarisme*, Paris, Flammarion, 1988.

MÜNSTER, Arno, *Le principe « discussion ». Habermas et le tournant langagier et communicationnel de la théorie critique*, Paris, Éditions Kimé, 1998.

NOZIK, Robert, *Anarchie, État et Utopie*, Paris, Presses universitaires de France, 1988.

OUTHWAITE, William, *Habermas. A Critical Introduction*, Londres, Polity Press, 1994.

POGGE, Thomas W., *Realizing Rawls*, Ithaca, Cornell University Press, 1989.

POGGE, Thomas W., *John Rawls*, Munich, Verlag C. H. Beck, 1994.

POGGE, Thomas W., «A Brief Sketch of Rawls's Life», dans Richardson, H. S. et Paul J. Weithman (dir.), *The Philosophy of Rawls. A Collection of Essays*, New York, Garland, 1999, p. 1-15.

POGGE, Thomas W., «An Egalitarian Law of Peoples», *Philosophy and Public Affairs*, vol. 23, n° 3, 1994, p. 195-224.

RASMUSSEN, David M., *Reading Habermas*, Cambridge (Mass.), Blackwell, 1990.

RAWLS, John, «Outline of a Decision Procedure for Ethics», *Philosophical Review*, vol. 60, n° 2, 1951, p. 177-197.

RAWLS, John, «Two Concepts of Rules», *Philosophical Review*, vol. 64, 1955, p. 3-32.

RAWLS, John, «Justice as Fairness», *Journal of Philosophy*, vol. 54, 1957, p. 653-662 (traduction française dans *Philosophie*, n° 14, 1987, p. 39-69 : «Justice comme équité»).

RAWLS, John, «Justice as Fairness», *Philosophical Review*, vol. 67, n° 2, 1958, p. 164-194.

RAWLS, John, *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, (1re édition) 1987, (2e édition) 1997.

RAWLS, John, *Justice et démocratie*, Paris, Seuil, 1993.

RAWLS, John, *Libéralisme politique*, Paris, Presses universitaires de France, 1995.

RAWLS, John, «The Law of Peoples», dans Shute, S. et S. Hurley (dir.), *On Human Rights: The Oxford Amnesty Lectures*, New York, Basic Books, 1993.

RAWLS, John, *Le droit des gens*, Paris, Éditions Esprit, 1996.

RAWLS, John, «Peut-on justifier Hiroshima ?», *Esprit*, février 1997, p. 119-128.

RAWLS, John, *The Law of Peoples, with «The Idea of Public Reason Revisited»*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1999.

RAWLS, John, *Collected Papers*, Edited by Samuel Freeman, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1999.

RAWLS, John, *Lectures on the History of Moral Philosophy*, Edited by Barbara Herman, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2000.

RAWLS, John, *Justice as Fairness. A Restatement*, Edited by Erin Kelly, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2001.

REHG, William, *Insight and Solidarity. The Discourse Ethics of Jürgen Habermas*, Berkeley, University of California Press, 1994.

REHG, William, «Habermas, Jürgen», dans Gray, Christopher B. (dir.), *The Philosophy of Law. An Encyclopedia*, New York, Garland, 1999, p. 341-342.

RENAUT, Alain, *Kant aujourd'hui*, Paris, Aubier, 1997.

RICHARDSON, Henry S. et Paul J. WEITHMAN (dir.), *The Philosophy of Rawls. A Collection of Essays*, 5 volumes, New York, Garland, 1999.

ROSENFELD, Michel et Andrew ARATO (dir.), *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*, Berkeley, University of California Press, 1998.

RUYSSEN, Theodor, «Les sources kantiennes de la Société des Nations», *Revue métaphysique et de morale*, vol. XXXI, 1924.

SHUTE, S. et S. HURLEY, *On Human Rights: The Oxford Amnesty Lectures*, New York, Basic Books, 1993.

SINTOMER, Yves, *La démocratie impossible ? Politique et modernité chez Weber et Habermas*, Paris, La Découverte, coll. «Armillaire», 1999.

VINCENT, Jean-Marie, *L'École de Francfort*, Paris, Galilée, 1969.

WALDRON, Jeremy, «Minority Cultures and the Cosmopolitan Alternatice», dans Kymlicka, Will (dir.), *The Rights of Minority Cultures*, Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 93-119.

WALDRON, Jeremy, *Liberal Rights*, New York, Cambridge University Press, 1993.

WEBER, Max, *Économie et société*, Paris, Plon, 1971.

WHITE, Stephen K., *The recent work of Jürgen Habermas. Reason, justice and modernity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988.

WHITE, Stephen K. (dir.), *The Cambridge Companion to Habermas*, Cambridge (Mass.), Cambridge University Press, 1995.

WIGGERSHAUS, Rolf, *L'École de Francfort: histoire, développement, signification*, Paris, Presses universitaires de France, 1993.

MARQUIS

Québec, Canada

RECYCLÉ
Papier fait à partir de matériaux recyclés
FSC® C103567
FSC www.fsc.org

Imprimé sur du papier Enviro 100% postconsommation traité sans chlore, accrédité ÉcoLogo et fait à partir de biogaz.

100%

PERMANENT

BIO GAZ ÉNERGIE

PHILOSOPHIE DU DROIT

VOLUME 1

La philosophie du droit, telle que nous la concevons, focalise sur la santé intellectuelle du droit. Pareil à un clinicien juriste, nous envisageons le droit comme un patient qui a besoin de vigilance et d'attention, à partir de la philosophie du droit. Non pas parce que le droit est malade, ou en tout cas pas plus malade que tous les autres artefacts culturels que l'homme fabrique pour s'aider à vivre à l'aise et en harmonie sur notre planète bleue et qui craque lourdement sous l'effet des bêtises et de l'orgueil des hommes et des femmes, fussent-ils juristes ou non. Disons plutôt que la santé intellectuelle se cultive à sa propre valeur et davantage encore parce qu'elle nous permet de réfléchir de manière critique aux enjeux de notre modernité juridique. Vue de cette façon, la philosophie du droit se conçoit comme une œuvre de recommencement éternel où, à la façon de l'œuvre d'un Sisyphe, il convient de défendre avec vigilance et ardeur cette entreprise si singulière et si fragile que nous nommons « droit ». Il convient surtout de protéger le droit contre la convoitise des forces de l'hétéronomie qui ne rêvent que de neutraliser la menace que le droit a toujours, plus ou moins, fait peser sur leurs sombres manœuvres. Tel Judas, ces forces sont toujours là pour nous faire une bise sur le front, pour trahir la possibilité de droit et pour faire triompher le « pouvoir » à nos dépens et pour notre malheur.

◆◆◆

BJARNE MELKEVIK, docteur ès droit de Paris II, est professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université Laval (Québec) et professeur associé au Département de droit et justice de l'Université Laurentienne (Ontario). Il est l'auteur de *Considération juridico-philosophique* (2005), *Tolérance et modernité juridique* (2006), *Droit, mémoire et littérature* (2010) et *Marxisme et philosophie du droit : le cas Pasukanis* (2010).

Visitez les Presses
www.pulaval.com
PUL

ISBN 978-2-7637-8952-1
9 782763 789521
Presses de l'Université Laval
Philosophie