Bjarne Melkevik

PHILOSOPHIE DU DROIT

VOLUME 2

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 2

Bjarne Melkevik

PHILOSOPHIE DU DROIT

VOLUME 2

Presses de
l'Université Laval

Les Presses de l'Université Laval reçoivent chaque année du Conseil des Arts du Canada et de la Société de 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 du Fond du livre du Canada pour nos activités d'édition.

Mise en pages : In Situ

ISBN 978-2-7637-2271-9
PDF 9782763722726

© Les Presses de l'Université Laval 2014

Tous droits réservés. Imprimé au Canada

Dépôt légal 3e trimestre 2014

Les Presses de l'Université Laval
www.pulaval.com

Toute reproduction ou diffusion en tout ou en partie de ce livre par quelque moyen que ce soit est interdite sans l'autorisation écrite des Presses de l'Université Laval.

TABLE DES MATIÈRES

Présentation
S'engager dans une philosophie du droit discursif, s'opposer à une philosophie du droit idéel 1

LIVRE 1
PHILOSOPHIE DU JUGEMENT JURIDIQUE

Avant-propos
Jugement, pratique et espace public..... 9

I
La philosophie du droit dans le tourbillon de la modernité 17
Se libérer de la tâche d'édicter la norme de l'écriture doctrinale 19
La philosophie du droit devra se libérer de l'obsession étatique..... 22
Prendre au sérieux l'autonomie des individus..... 28
La philosophie du droit doit se libérer de tout fondationalisme 33
Quatre enterrements pour une libération..... 41

2
Parlez « novdroit » ! Ou comment le politiquement correct se légitime « juridiquement » 43
1. Du novlangue au « novdroit » 45
2. Sur le parler « novdroit » 51
3. Le « novdroit » comme dogmatique juridique 54
4. Le « novdroit » comme philosophie du droit 58
5. Le « novdroit » comme multiculturalisme 62
6. Faut-il conclure ? 67

3
L'abîme et « l'exception » : Schmitt, Agamben et le schmittisme ... 69
Sur la question de l'état d'exception et le droit ... 71
L'État d'exception dans l'existentialisme « juridique » de Carl Schmitt 76
Giorgio Agamben, l'état d'exception et le postmodernisme ... 86
Conclusion : Pour la santé intellectuelle du droit ... 97

4
Mondialisations et droit : prolégomènes à une problématique ... 99
Les diagnostics économiques des mondialisations ... 100
1. La transformation économique ... 101
2. La transformation culturelle ... 104
3. Mondialisations comme logique économique ... 107
Modernité et mondialisations ... 107
1. Les nouveaux enjeux identitaires ... 108
2. La question de la démocratie dans les mondialisations ... 110
3. Un nouveau défi pour la modernité ... 113
La question de droit et les mondialisations ... 114
1. Néo-lex mercatoria ... 114
2. Le système international des droits de l'homme ... 116
3. Les mondialisations comme arène de lutte juridique ... 117
En guise de conclusion ... 117

5
Cosmopolitisme contemporain :
à propos du droit, guerre et terrorisme ... 119
Cosmopolitisme moderne et la question de droit ... 121
La question de droit ... 122
Cosmopolitisme et processus démocratique ... 124
Modernité et droit cosmopolitique ... 126
Cosmopolitisme juridique et démocratie planétaire ... 127
Cosmopolitisme comme promotion démocratique ... 127
Cosmopolitisme et cultures de paix ... 128
Cosmopolitisme et souveraineté communicationnelle ... 130
Cosmopolitisme juridique face au défi identitaire ... 131
Cosmopolitisme et les droits de l'homme ... 131
Droit de l'homme comme enjeu cosmopolitique ... 133

Droits de l'homme et modernité démocratique 134
« Si tu veux la paix, prépare la paix ». 135

6
Villey et la question de la dialectique juridique 137
I. La dialectique saisie par l'étymologie 139
II. Un support philosophique 143
III. Le droit naturel dialectique de Villey 149
IV. Un plaidoyer pour une dialectique moderniste 153
V. Le mot de la fin 159

7
Discours d'application des normes en droit : méthodologie juridique et considérations de philosophie du droit 161
Réflexion de méthodologie juridique sur le discours d'application 162
Irréductible hétéronomie : les sources du droit 163
La production du sens juridique : l'usage du texte 165
Le raisonnable : L'autre « source » du droit 167
Le double du droit : procéduralité et Justice 169
Considérations intermédiaires 172
Discours d'application et modernité juridique 173
L'énonciation de la norme : le rôle de l'argumentation 173
Le lieu d'application : le rôle fondamental de l'État de droit 175
Conclusion : sur le seuil du jugement juridique 178

8
Application ou procéduralité : quelques réflexions sur le projet juridique moderne 179
La dimension procédurale du projet juridique 180
Penser l'État de droit 180
La procéduralité du droit 181
Argumentations et raisons 183
La théorie des « sources » du droit 183
Interpréter pour argumenter 184
Le projet moderne du droit 186
Le « bon juge » ou le « nous juridique » 186
Les caractéristiques de la modernité juridique 188
Conclusion 189

Annexe
Scolies sur l'avenir des facultés de droit 191
1. Le nouveau lieu d'identification des juristes 192
2. Marginalisation des facultés de droit 193
3. Vers une pédagogie marchande 195
4. Des facultés de droit de plus en plus pauvres 195
5. L'incompréhension interfacultaire va augmenter 196
6. La recherche comme activité de luxe 197
7. La recherche remplacée par le « fournisseur de prémisses » 198
8. La recherche en tant que camelote poétique 199
9. Les facultés de droit coupant le pont avec la pratique 200
10. Des professeurs déboussolés 201
Pour un « futur » différent 202

LIVRE 2
TOLÉRANCE ET MODERNITÉ JURIDIQUE

Avant-propos
La tolérance saisie par la philosophie du droit 205

1
Tolérance et modernité du droit aujourd'hui 211
La tolérance et la modernité 212
De la vertu individuelle à la logique institutionnelle 217
Engagement et tolérance 221
Un dernier mot 225

2
Rendre justice à Bayle : à propos de la tolérance et du droit 227
La conscience et la liberté d'errer 228
Enjeux philosophiques 229
L'essence de la religion chrétienne 230
Les privilèges de la conscience 231
Les crimes contre la conscience 232
Conscience et autolégislation morale 233
La liberté d'agir selon sa conscience 235
La supériorité de la conscience 235

La raison des lois politiques 236
La question de l'ordre public 238
La tolérance universelle 239
Construire une réciprocité avec les catholiques 239
Le respect de la conscience d'autrui 240
Le principe universel de tolérance 240
Tolérance universelle et psychologie chrétienne 241
Quelques réflexions finales 242

3
Un poème devenu le symbole du combat contre le nazisme et l'indifférence 245
Niemöller et la résistance au nazisme 247
Comme si nous entendions les bruits des bottes 248
« Lorsque les nazis sont venus chercher les communistes » 250
« Je n'ai rien dit, je n'étais pas communiste » 251
« Il ne restait plus personne pour protester » 254
« Ils arrivent pour nous chercher » 255
Le désir de marcher debout 257
Tolérance et engagement 257

4
Acteurs de la tolérance, acteurs du droit 259
Droits de l'homme et souveraineté de l'individu 260
Droits de l'homme et intolérance des *« ils »* ***261***
L'intolérance et le silence de la peur 262
Les droits de l'homme comme engagement pour la tolérance 264
Droits de l'homme et démocratie 266

5
Multiculturalisme, droit et tolérance 267
Une charte universelle en faveur de la tolérance. 268
Démocratie et tolérance 270
La tolérance comme une harmonie dans la différence 272
Le multiculturalisme comme apprentissage des autres 274
Modernité juridique et multiculturalisme 275

6
La reconnaissance d'un privilège identitaire : réflexions sur le nouveau droit international 277
Reconnaître le privilège identitaire 278
Un virage identitaire en droit international 279
Une reconnaissance internationale en émergence 280
Peuples autochtones et reconnaissance identitaire 281
Les nouveaux privilièges identitaires 283
Le principe de l'autodéfinition 283
Une prise en main identitaire 285
Identité et production de sens 287
La question d'un système judiciaire autonome 288
Réflexions sur le nouveau privilège identitaire 290
Le privilège identitaire à l'intérieur d'une culture démocratique 290
Une reformulation de l'universalité 291
Une nouvelle logique de négociation 292
Un appel à la modernité politique 294
En guise de conclusion 295

7
Un souci en faveur de l'Homme : regards sur la critique philosophique des droits de l'homme 297
Prélude : la mise en tutelle étatique de l'homme et les droits de l'homme 299
La critique « conservatrice » 304
La critique historiciste 309
La critique marxienne 315
Considérations 320

8
Légitimité et droits de l'homme 323
Les façons traditionnelles de légitimer les droits de l'homme 324
Innéisme des droits de l'homme 325
La métaphysique philosophique des droits de l'homme 327
Légitimation par déclarationisme internationaliste 329
Légitimation par des processus démocratiques 331
La question de la modernité juridique 332

Les droits de l'homme comme enjeux démocratiques 333
L'intérêt d'une telle compréhension des droits de l'homme 335
Épilogue 337

9
Après le 11 septembre 2001 : la terreur, le monde et l'homme..... 339
Un jour qui commence comme tant d'autres et pourtant..... 340
Une première contemplation et une première réflexion..... 344
Danser sur le tombeau des innocents..... 345
La télé-réalité en direct 349
Terrorisme, massacre et droit 351
Épilogue 354

LIVRE 3
CONSIDÉRATIONS
JURIDICO-PHILOSOPHIQUES

Avant-propos
La philosophie du droit dans l'espace public 359

I
Vulnérabilité, droit et autonomie. Un essai sur le sujet de droit... 365
Du concept de « vulnérabilité » 366
L'individu et sujet de droit..... 367
Chantiers ouverts 368
Vulnérabilité et autonomie individuelle..... 369
L'exigence de l'autonomie individuelle..... 369
De l'autonomie et de la vulnérabilité 370
De la vulnérabilité du « je » 373
Vulnérabilité relationnelle 375
Humain, trop humain 378
Vulnérabilité et autonomie publique..... 379
Vulnérabilité et conscience démocratique 379
L'autonomie publique et la menace d'hétéronomie 383
Conjuguer autonomies publique et individuelle 386
Vulnérabilité et solidarité 387
Vulnérabilité et politique de solidarité 387
Vulnérabilité et législation de solidarité..... 390

Une barrière contre la violence 394
Mot de la fin 394

2
Les concepts de « personne » et de « dignité » : la question de droit 397
Des « sous-marins » éthiques ou des tremplins pour le droit 398
L'Éthique des concepts de « dignité » et de « personne » : une critique 398
« Dignité » et « personne » comme tremplins de droit..... 400
L'option faite 402
« Dignité » et « personne » : les sens à produire 402
Discours pré-critiques : narration et interprétation 403
Discours critiques : le niveau d'argumentation 405
L'autonomie du jugement juridique..... 407
Culture du droit et sens discursif 407
Une analyse discursive de l'affaire Laskey, Jaggard et Brown..... 408
Discours sur le droit et narrations en situations 409
Le droit dans une culture juridique..... 411
Une dernière précision..... 411

3
Innocence, destin et culpabilité : d'Œdipe Roi au droit 413
Remarques préliminaires sur le concept d'innocence..... 413
La tragédie d'Œdipe Roi 415
Destin et innocence..... 420
Innocence ou culpabilité 423
Pour conclure 427

4
Un regard moderniste sur le « droit naturel » ou comment rejoindre la modernité juridique..... 429
Rejoindre la modernité juridique..... 430
La modernité et la philosophie du droit..... 431
Le « droit naturel » et le poids de la tradition..... 435
Les « droits naturels » comme éthiques 439
Le droit naturel et l'imaginaire juridique 444
Un coup d'œil en arrière..... 449

5
Le droit entre écologie et œkoumène.
Pour une normativité publique 451
L'écologie et l'abîme du monologisme 452
Le monologue d'un « je » réifié 453
La nature comme émanation d'un « je » auto-réifié 455
La solitude d'un « je réifié » devant une « nature » souffrante 458
Œkoumène et partage de la maison de l'homme 458
L'œkoumène ou la nature comme lieu d'habitation 459
Une habitation partagée 461
Habiter l'œkoumène en beauté 463
Pour une prise de conscience de l'œkoumène 465
Une normativité publique 465
Normativité publique et intersubjectivité 466
Publicité et dialogues publics 468
Pour un œkoumène partagé démocratiquement 470
Mot de la fin 471

6
Le nouveau Code civil du Québec et les droits de l'homme :
le paradigme d'un nouveau « droit commun » 473
Préliminaire quant à un rapport troublé 475
Le paradigme d'un nouveau « droit commun » 479
Un droit commun en pratique 483
Le droit du travail et les droits de l'homme 487
Un dernier mot 489

7
Intérêts particuliers, intérêts généraux et corps intermédiaires 491
Le droit politique de la révolution : le républicanisme 492
Intérêts particuliers selon Rousseau 492
Intérêts généraux selon Rousseau 493
Interdiction des corps intermédiaires selon Sieyès 494
Le républicain et la suprématie des intérêts généraux 495
La moralité des intérêts : le libéralisme 496
La moralité et les intérêts particuliers 496
L'intérêt général de protéger les intérêts particuliers 497

Immoralité des droits collectifs 498
Le libéralisme et la primauté des intérêts particuliers 498
Démocratie et procéduralisation des intérêts..... 499
Habermas et le modèle démocratique 500
La politique démocratique des intérêts..... 501
Les intérêts et l'enjeu démocratique 503
Un appel aux dialogues démocratiques 503

8
Violence et jeunesse : le contexte nord-américain 505
Une mise en relief..... 506
L'ampleur de la violence chez les jeunes 506
Un climat d'individualisme 507
Le symbole et la réalité des armes à feu 508
La détresse des jeunes 509
La crise du modèle chez les jeunes garçons..... 509
La violence et l'école..... 510
Le phénomène de gang et la victimisation des jeunes..... 510
La violence et les gangs..... 511
Une nouvelle tendance : les gangs de filles..... 511
La victimisation des autres jeunes 512
La lutte contre la violence chez les jeunes 512
Les deux acteurs traditionnels contre la violence sont la famille et l'État..... 513
La responsabilité de la communauté 513
La violence, ça fait mal !..... 514

9
L'obéissance, le droit et l'institution militaire 515
L'obéissance militaire sans normativité : la pensée légiste chinoise 517
La « physique militaire » 517
L'organisation de la société au profit de l'armée 519
Trois aspects de l'obéissance militaire dans la pensée légiste chinoise..... 520
L'existence en tant qu'obligation 521

L'obéissance militaire avec normativité : la pensée occidentale 521
Bonne conscience, mauvaise conscience 522
L'absolutisme juridique et l'obéissance militaire 523
Responsabilité publique, responsabilité individuelle 525
Obéissance ou management militaires ? 527
La question du caractère personnel 527
Une organisation militaire moderne centrée sur l'individu 530
La responsabilité et le management moderne 532
Un dernier mot 532

10
Patriotisme constitutionnel et souveraineté : le modèle norvégien 535
Comment la Norvège fut donnée au Roi de Suède 536
La route vers l'indépendance et la rupture de 1905 538
Considérations sur l'exemple norvégien 541
Un dernier mot 543

11
À propos de la philosophie chinoise du droit 545
Confucianisme et philosophie légale 546
Les légistes (*Fa Jia*) 548
La symbiose culturelle et philosophique du confucianisme et du légisme 551
La situation présente 553

Bibliographie générale 555

Présentation

S'ENGAGER DANS UNE PHILOSOPHIE DU DROIT DISCURSIF, S'OPPOSER À UNE PHILOSOPHIE DU DROIT IDÉEL

La philosophie du droit, c'est avant tout un lieu de réflexion, d'investigation, d'analyse, et de dialogues intellectuels. C'est un acte de pensée pratique et public qui a fait ses preuves, qui a su s'imposer avec noblesse, qui a donné des textes qui ont inspiré et enrichi la culture juridique dans tous ses coins et recoins. S'engager dans la bataille du sens, dans la joute intellectuelle de notre temps, au sujet d'un *topoï* (lieu) comme le « droit » (ou ce qui prétend l'être), ne se fait qu'en déployant, honnêtement et en tout respect, cette bannière de réflexion, de jugement et d'engagement qu'est la philosophie du droit dans son sens moderne. Il ne faut surtout pas tricher et se laisser berner par un *wishful thinking* ou par une complaisance idéaliste, ou encore faire de la contrebande idéologique par des concepts, des « principes », des « règles », pour ainsi se prétendre philosophique. Des fausses identités ou encore des idées erronées n`apportent en somme que malheurs et déceptions qu'il convient d'éviter autant que possible.

Une philosophie saine du droit ne se pratique et ne s'écrit guère comme autrefois en se rapportant aux noms qui font autorité ou encore aux « textes ayant fait leur preuve ». Entre l'autorité des grands noms et celle de la « positivité textuelle », il y un espace immense à la disposition de la pensée juridique et surtout au sens critique et réaliste qui doit la caractériser, pour ne rien dire quant à l'analyse rationnelle des discours sur le « droit » (i.e. l'écriture doctrinale/dogmatique/théorique sur les questions de droit) et quant aux réflexions prospectives de ce

même « droit » envisagé rationnellement dans la perspective du respect pour nos cosociétaires. La philosophie du droit moderne se révèle aujourd'hui un acteur de première importance dans les grands débats se rapportant à l'autolégislation moderne (et démocratique) et au choix qu'il convient d'effectuer quant à ce qui doit compter pour nous mutuellement sous le mode du « bien » et du « juste », et en tant qu'assurance (textuelle et potentielle) pour nos cosociétaires qu'il existe toujours une possibilité de faire appel au « droit » devant la violence, l'oppression, la discrimination, le crime.

La philosophie du droit ne doit jamais se vautrer dans l'autosuffisance de son système, de la construction de sa « rationalité », ou encore se satisfaire d'un pur exercice de style et en référence à ses propres créations, à savoir en s'autoalimentant avec ses principes, ses règles de base (*rules*), ses systèmes (ou systématique), ses « pluralismes », et ses *tutti quanti*. Il faut renoncer à semer des concepts sympathiques, accrocheurs et politiquement corrects en espérant recevoir en retour l'applaudissement de la ligue du politiquement, moralement et philosophiquement correct. Il faut plutôt prendre le pari d'une modernité juridique perpétuellement en mouvement, en développement et en train de se rationaliser au bénéfice des individus en chair et en os.

Qu'une large partie des écrits contemporains en philosophie du droit ne se résume hélas qu'à de tels exercices d'autosuffisance, voire vogue littéralement en autarcie, est désolant. C'est une pensée « juridique » où le sens de ce terme a été perdu dans le substantif d'un « *le* » – « *le* droit ». Il s'agit d'une pensée qui a coupé toute relation avec la pratique du droit pour n'avoir devant elle que le « *le* » d'un substantif assumant frauduleusement l'existence de ce même « *le* droit ». Quand le substantif se trouve seul, c'est le monologue (voire le soliloque) qui le remplace et qui se distancie de ce qui peut être partagé ensemble, mutuellement, et en tant qu'exigence juridique pour tous. Il ne revient pas à affirmer que les partisans d'un « *le* droit » soient détachés du réel (ce qui peut aussi être le cas). En fait, leur « réel » est plutôt identiquement théorique à ce qu'englobe le substantif de ce « *le* [droit] ». Ainsi se construit un « droit théorique » qui cherche l'adhérence partisane telle une secte qui cherche des convertis, des prosélytes, des membres, et qui s'accompagne d'une compréhension d'un « réel théorique » supposé appuyer ou encore justifier la construction substantive de ce « droit », ou simplement l'idéo-droit à la mode théorique. Or, une telle

philosophie du droit se particularise « théoriquement » et surtout problématiquement à l'égard de ce qui constitue tout compte fait le cœur de l'entreprise juridique, à savoir le droit rendu dans et par une procédure judiciaire juste et équitable ; elle se condamne ainsi à être éternellement stérile et ésotérique. En coupant la relation entre la théorie et la pratique elle ne peut que faire du mal à la pratique du droit et à la modernité juridique.

Nous défendons qu'une philosophie du droit qui s'écrit aujourd'hui sans une prise en compte de la pratique judicaire est plutôt sans valeur et inutile, voire nuisible. Il faut faire le contraire, c'est-à-dire investir le domaine de la pratique du droit et voir à partir des dossiers qui se plaident et qui se décident dans et par le prétoire, comment le droit se réalise (ou ne se réalise pas) dans la société contemporaine. Le droit se fait dans la pratique, avec des individus qui se sentent lésés dans leurs intérêts et qui font appel au « droit » pour rectifier un tort, un préjudice, un vol, une fraude, un crime, etc. Penser le droit par la pratique est un sujet d'un grand intérêt. Le droit est pratique dans sa raison d'être là, à la disposition de tous et en tant que possibilité contingente en vue de régler les différends d'une façon juridique. Le droit ainsi compris n'est qu'un dénouement judicaire d'une situation polémique préconstituée et éprouvée comme irrésoluble sans une procédure juste et équitable pouvant garantir la voix de chaque partie. Le droit est donc la réalité des avocats, des avocats qui plaident leurs dossiers devant un tiers invité (le jury, le juge, le magistrat, l'arbitre, etc.) en vue de gagner leurs causes.

Les années 60 à 85 (et *la pensée 68*) avaient grossièrement idéalisé, caricaturé même, le conflit, la controverse, l'opposition, le combat, en tant que politique de contestation, tandis que le nouveau millénaire, tel le ressac, s'est mis à s'endormir dans une litanie postulant que « nous sommes tous d'accord » et que « nous voulons tous la même chose », et d'autres galéjades qui s'acceptent désespérément comme vérité vraie. Le problème de mentalité que confronte aujourd'hui la pensée pratique du droit, c'est qu'il renvoie à l'image de conflit, de controverse, de lutte, de l'antagonisme (social, politique, économique, etc.), là où une philosophie du droit qui se construit en tant que « théorique » glisse (*surf*) sur l'image irénique, voire l'image d'Épinal du « droit », prêt à servir l'idéologie du politiquement (moralement, philosophiquement) correct et ayant le vent dans les voiles. C'est la construction

d'une philosophie du droit mettant en avant une conception de justice, ou une éthique appliquée ou de mœurs, ou systémique, « pluraliste », ou encore d'autres couvertures iréniques. Faut-il fermer les yeux, refuser de voir ou d'entendre, pour que la théorie nous présente l'Idéo-droit comme parfait, « systémique », « pluraliste » ou « pur » ? Peut-être, mais à condition pourtant d'oublier que l'idiot dans son sens étymologique est celui qui refuse de s'impliquer dans la société, celui qui choisit de s'enfermer dans son propre monde (théorique), ou encore celui qui n'a pas de « pratique » avec les autres.

Contre ces idéologies du droit, nous proposons une philosophie du droit qui s'enracine dans la pratique des acteurs du juridique, dans le procès judicaire et dans le travail des avocats. Il faut de ce fait nous opposer à une philosophie du droit qui cherche avec enthousiasme le refuge dans l'autorité, dans la revalorisation de l'hétérogénéité du juge. Le proverbe confirme que « l'autorité est un mauvais argument », mais force est de constater que la philosophie du droit contemporaine n'a rien retenu à la leçon et surtout pas à l'avertissement qui l'accompagne : la soumission à l'autorité empêche un examen et une vérification critique et réfléchie, et qu'au lieu de la lumière c'est l'épigonerie (sic !) qui est valorisée. Une philosophie du droit construite, comme par exemple chez Ronald Dworkin, sur la figure du juge – du Juge-Herculéen – est trompeuse ; elle trompe l'esprit et la raison car elle se limite à la fidélité de ce qui est incarné dans cette figure, dans l'autorité. Mais si l'argument de l'autorité peut séduire, il faut aussi ajouter que c'est une fondation fragile et chancelante et à éviter pour une philosophie saine du droit.

Une philosophie du droit qui accepte de faire de la pratique judiciaire son point de référence témoigne certes d'un réalisme, mais également d'un souci pour les enjeux réels des questions de droit telles que ressenties par les cosociétaires, et en tout cas pour la pratique du droit telle qu'éprouvée et endurée par les individus concrets. Dans le monde de la pratique juridique c'est le bruit de tous les jours qui sonne et résonne dans toute imperfection humaine. C'est ce monde-là qui doit nous intéresser, le monde peuplé d'individus en chair et en os, avec ses questions et ses problèmes d'ordre juridique à résoudre en pratique et en pensée. Notre société est moderne et communicationnelle en ce sens que les individus qui la composent acceptent d'évaluer les arguments qui proviennent d'un coin à l'autre de l'espace public.

La possibilité d'un faire « droit » ne se réalise jamais dans un vacuum neutre mais bien dans un espace public, un espace de communication et de prises de positions dans lequel l'entente et le compromis ne constituent guère un *a priori* (théorique, abstrait ou positif) mais davantage un *a posteriori* qui se fait, se défait et se refait. Il s'agit d'un monde où la pensée ne peut guère revendiquer un quelconque repos car dès qu'elle a fait de la possibilité de droit son interrogation intellectuelle, il faut aussi ouvrir les yeux sur le sens que nous voulons accorder à notre modernité juridique. Le projet d'une modernité juridique n'a simplement rien perdu de son actualité et c'est cette modernité qu'il faut interroger intellectuellement.

L'ouvrage omnibus *Philosophie du droit. Volume 2* réunit trois de nos livres précédemment publiés, à savoir *Philosophie du jugement juridique* (2010), *Tolérance et modernité juridique* (2006) et *Considérations juridico-philosophiques* (2005). Nous les présentons en chronologie inversée, du plus récent au plus ancien, sans toucher d'un iota ni au contenu ni à la forme. Les trois livres tentent tous de contribuer à une réflexion sur l'entreprise juridique et la modernité du droit. Notre philosophie du droit, nous l'avons dit, cherche à clarifier et à approfondir la compréhension que nous pouvons tous mutuellement accorder rationnellement et intellectuellement à cette modernité juridique.

Bjarne Melkevik

Livre 1
PHILOSOPHIE DU JUGEMENT JURIDIQUE

Avant-propos

JUGEMENT, PRATIQUE ET ESPACE PUBLIC

Il faut mettre en avant une philosophie du jugement, ou encore mieux : une philosophie des jugements, à l'intérieur de la philosophie du droit. Nous avons besoin d'une telle philosophie du jugement, comme nous avons besoin que les cosociétaires investissent l'espace public avec leurs jugements pour assurer la direction de notre modernité juridique. Loin du nouveau goût des obscurantistes contemporains qui renoncent et qui vilipendent tout jugement dans l'espace public, il faut plutôt dire : Jugez-vous les uns et les autres. Juger en toute autonomie, autant individuelle que politique, les arguments et les raisons qui s'exposent à votre jugement ! Tout ce qui n'a pas passé par un jugement public et juridique, n'est qu'en attente de légitimé et de légalité.

Cela nous étonne, nous irrite même, d'observer comment le jugement public et juridique abdique devant les nouveaux obscurantistes. C'est comme si le monde, ou la partie relativiste, pluraliste, ou « multi » et « pluri » ceci ou cela, avait peur de l'espace public, ainsi que de la formation critique et démocratique des cosociétaires. Toutes les stratégies de peur et d'intimidation semblent être à l'ordre du jour et se liguer contre notre désir de marcher la tête haute et de vouloir partager et œuvrer en faveur d'un jugement public sain, à savoir un jugement public qui ne préjuge de rien, sinon qui s'ouvre en pratique vers la richesse du monde, vers les ressources pratiques et vers la décence des gens ordinaires, ou simplement vers un espace public qui sert à thématiser, en toute liberté et sans contrainte, notre vie en société. Tout ce que les nouveaux obscurantistes n'aiment pas, mais que nous aimons et qu'il faut faire prévaloir et dont on doit de se faire l'acteur.

Il serait trop commode de croire, contre raison, que les nouveaux obscurantistes ne propagent leur ravage intellectuel, leur vandalisme anti-raison, leur dégât moral et de dégénérescence, qu'en esthétique, ou encore en sociologie, en science politique, ou en philosophie. Aucune magie, hélas, ne protège le droit! Pire encore, la supposée tranquillité du droit ne sert qu'à attirer, comme la vertu attire le vice, le pire – et laisse grande ouverte la porte pour tous les phantasmes et les oppressions. Les forces des nouveaux obscurantistes ne sont pourtant pas devant la porte de la citadelle, bien qu'elles logent déjà, hélas, dans nos esprits, dans notre façon de faire et de penser le droit. Se croyant à l'abri, les juristes n'ont pas vu le danger venir, ce qui a permis aux nouveaux obscurantistes d'injecter leur venin, sans beaucoup de résistance, dans l'esprit même du droit, trompant du même coup la vigilance de ses supposés gardiens, même les plus aguerris.

Une des raisons qui explique le succès des nouveaux obscurantistes dans le domaine du droit relève de la relation entre pratique (i.e. ce qui concerne les faits, la réalité, l'action/une manière d'agir rationnellement) et théorie (i.e. ensemble des connaissances abstraite/spéculation intellectuelle à caractère hypothétique) en droit. Longtemps les juristes, même les plus compétents parmi eux, ont cultivé une idéologie de l'immédiateté entre les deux domaines de la pensée juridique. À les croire, c'était comme si l'une suivait l'autre avec nécessité dans une dialectique de miroir platonicien, ou simplement dans le miroitement de deux pages d'un livre magique où l'une se reflète dans l'autre en tant qu'équivalence discursive, ou encore comme pareil au même. C'était comme si le langage, ou encore le degré de « lisibilité », était supposé se miroiter, du pareil au même, de la page droite à la page gauche ou, comprenons bien, de la page théorique à la page pratique. Nous pouvons illustrer cela par les livres bilingues, qu'ils s'agissent des textes classiques, où le spécialiste vérifie le choix de l'expression entre l'original araméen et les termes de langue française reproduits dans des pages côte-à-côte, ou encore par le livre pédagogique de l'apprentissage linguistique où le néophyte apprend une nouvelle langue en la comparant avec la traduction donnée dans la page miroir. Certes, s'exprime ainsi la vérité simple relative à la traductibilité de langues mais, au-delà et de manière plus problématique, elle décrit aussi l'image d'une traduction déjà faite, déjà là et opérationnelle en tant que telle, qu'exploite les thuriféraires de l'unicité entre

théorie et pratique. À savoir, l'image idéologique, en soi plus spéculative que irrationnelle, d'une factualité, ou encore un « déjà-droit », qui se « miroite » et qui est donc toujours supposé là, « pareil au même » : droit d'un côté, droit de l'autre ! Ou, en d'autres mots encore, dans l'indifférence entre les deux et dans l'image d'un « déjà-droit » qui ne se renvoie que vers « le retour » – toujours miroitant – soit vers la théorie de la pratique, soit vers la pratique de la théorie.

Il est facile d'imaginer comment un tel réductionnisme, qui est en soi une absurdité épistémologique, a tout pour séduire le monde juridique. Un théoricien, ou encore un dogmaticien du droit, pouvait avec aplomb déclarer, ou plus subtilement faire croire, qu'il « écrit le droit ». Il pouvait même imaginer des concepts tels que « règle de droit », « norme juridique », « validité juridique », « constitutionnalité », « principes juridiques », pour faire passer la théorie comme étant la pratique, ou encore la théorie comme étant le « droit ». Un concept théorique issu d'une telle fantaisie pouvait ainsi servir en tant que pont – ou encore en tant que trope de circonstance – avant de devenir un langage à part, un langage où théorie et pratique avaient disparu dans l'image d'un « droit déjà-là » ou simplement un « Idéo-droit » de circonstance ou simplement propre à son instigateur ! Le seul absent dans une telle danse des tropes, à savoir le concept de « l'État de droit », pouvait par la suite se faire inviter à joindre la fête pour bien sûr devenir le « monument idéologique » à célébrer à coté de ce « déjà-droit ». Pourtant tout cela n'est pas intégralement négatif car cela servait, au niveau d'une l'idéologie collective, à souder, autant que possible, une société de plus en plus hédoniste et narcissique, autrement dit pluraliste et multiculturelle, et ainsi stabiliser les attentes à l'intérieur d'un cadre de l'a priori. Ce qui se perdait cependant, c'était l'horizon de sens à l'intérieur de notre modernité juridique.

C'était ainsi le modèle d'un a priori qui séduisait l'esprit dogmatique juridique lequel, sur le plan de la pensée juridique, remonte d'aussi loin que H. Grotius (1583-1645) et T. Hobbes (1588-1679), où le désir d'inventer un fondement positiviste pouvant servir le discours dit « droit » ; ou encore dès Kant (et surtout les kantiens en droit jusqu'à Hans Kelsen) où le slogan, si platonicien, défendant que si c'est vrai en théorie ce l'est également en pratique, est devenu le cadre « juridique » de référence de notre temps. Le modèle sous-jacent est bien entendu les sciences axiomatiques, qu'il s'agisse des mathémati-

ques ou de la géométrie, où effectivement la séparation entre théorie et pratique n'a guère beaucoup de sens. Cela se constate d'ailleurs facilement, car tout individu qui se prête à jongler avec les carrés géométriques ou encore des chiffres (ou des « symboles ») risque de confirmer l'une et l'autre sans distinction. Il ne peut en être autrement car en jonglant supposément en pratique c'est la théorie qui se montre et réciproquement, en jonglant avec la théorie, cela ne débouche que sur une pratique de la théorie. Un expert en science axiomatique sera, le plus souvent, mal à l'aise d'expliquer la différence et quant au grand public tout cela n'a guère d'importance et c'est finalement la question conséquentialiste de l'utilité qui sera posée. Quant au « droit », c'est finalement là où tout débouche, à savoir dans l'idéologie conséquentialiste de l'utilité en tant que philosophie spontanée des juristes. Bref, dans un système où l'exigence du jugement public et juridique n'a pas sa place et aucune question de légitimité non plus, et où tout le système se propulse en avant dans la croyance d'une idéologie commode, pourtant si fausse et si fallacieuse, de « déjà-droit ».

À l'encontre d'une telle impasse idéologique, il faut, avec insistance, mettre l'emphase sur la différence infranchissable entre théorie et pratique puisqu'il convient toujours de séparer ces deux notions et de ne jamais les confondre. Pourquoi ? Parce que ce qui est vrai en théorie l'est en théorie et qu'il est irrationnel de déplacer ce « vrai », ailleurs ; et parce que ce qui est vrai en pratique l'est en pratique, et c'est une irrationalité de déplacer ce « vrai », ailleurs. Mais surtout parce qu'une telle constatation doit nous amener à la question de la formation des « jugements » ! Vers la question du jugement sur le droit que nous voulons nous donner et que nous nous engageons, en autonomie, à honorer !

Insistons, à l'encontre de toute dogmatisation du droit, que le droit se réalise uniquement en pratique : dans une société habitée par des individus en chair et en os, des individus plurilatéraux ayant des intérêts bien divergents et surtout des ressources de morale et de normativité propres à eux, et qui doivent toujours être reconnus en tant que propriétaires des conflits et des querelles en attente d'une solution éventuelle « en droit ». Bref, le « droit » appartient aux individus, à l'homme et à la femme qui marchent dans la rue et qui font le choix de régler leurs différends par le biais du droit.

Lorsque la question du jugement devient tellement importante dans et pour le droit, c'est parce qu'en droit il n'y a pas de « jugement de fait » possible. Des « faits » n'existent pas en droit et, pire encore, le droit ne peut jamais accepter un discours des « faits » qu'au risque de perdre, littéralement parlant, son « âme » et surtout de déraper vers son contraire, à savoir vers le non-droit ou simplement vers l'oppression d'autrui ! Les faits, ou encore « la facticité », est uniquement notre cadre de vie. Et ce cadre de vie, de même que les événements qui s'y déroulent, heureux ou malheureux, nécessite toujours une interprétation. Or, tout « fait » peut être interprété de mille façons et nous n'avons pas besoin de Nietzsche pour confirmer que les faits qu'on nous présente ne sont guère d'autre chose que des interprétations qu'on nous impose d'accepter sans protestation possible. D'où aussi la constatation que le langage de l'interprétation, ou encore de la « traduction », ne se désigne guère autrement qu'en tant que langue de l'autorité et de l'hétéronomie et surtout en tant qu'impasse qui nous mène vers l'anti-droit. Par contre, en droit, seule la « preuve » compte. Toute question de « faits » n'a guère de sens que dans le degré que celle-ci puisse être contestée et écartée dans le cadre d'une procédure équitable. Comprenons bien que c'est toute une philosophie qui s'ouvre de la sorte, car en droit le mot « interprétation » se transforme ainsi en argumentation et l'argumentation se finalise ensuite dans un jugement que nous acceptons de qualifier de « juridique ».

Il faut également souligner que tout jugement judiciaire, étatique ou non-étatique, peut toujours être interrogé en tant que problème philosophique : d'abord un tel jugement se fait dans un cadre sociétaire – culturel, religieux, économique, social, politique, et ainsi de suite – et ensuite, dans un cadre plus restreint qu'est la plaidoirie devant un juge. Le niveau du droit se retrouve dans la joute entre les deux parties, les deux avocats, et le rôle d'un jugement juridique finalement statué par le Tiers-invité évalue la qualité de la stratégie des joueurs et l'amène à sa conclusion en droit. Or, un tel jugement judiciaire nous révèle qu'il y a symboliquement trois autorités de jugements généralisées qui se croisent, à savoir : les jugements sociétaires, les jugements judiciaires antérieurs et l'intermédiaire qui se concrétise comme les jugements issus des instances législatives – et, bien entendu, les dialectiques compliquées et non-linéaires qui se tissent entre eux. Certes, en droit, c'est évidemment l'instance judiciaire immédiate qui représente l'auto-

rité de droit, là où le législatif représente l'autorité de la Loi, et l'instance sociétaire l'autorité de la légitimé issue d'une société ayant fait le choix en faveur de la démocratie. Pourtant, ce qui est frappant, c'est la constatation qu'aucune autorité ne peut prétendre avoir « le dernier mot », ou encore le « mot final » ! En fait, le mot « final » n'a guère de sens puisque tout peut être changé et change effectivement, au niveau temporel, par l'effet des changements intervenant dans les trois autorités mentionnées. C'est d'ailleurs fascinant, disons-le in petto, d'observer comment les juges, surtout les Cours suprêmes, se rendant compte qu'ils ont fait un jugement bête, se précipitent pour se corriger afin d'éviter toute perte de légitimité et de prestige. En plus du fait que cela confirme la relativité du « tout dernier mot », se révèle également ce que tout acteur de droit sait pertinemment, à savoir que le point faible du droit, la brèche où l'autoritarisme et la bêtise entrent avec plus de facilité, c'est précisément au niveau du juge.

Une philosophie du jugement servant la philosophie du droit serait nécessairement complexe. Très complexe, tout comme la question du droit l'est dans nos sociétés modernes. Une telle philosophie fait d'ailleurs nécessairement appel à tous les acteurs du monde du droit et surtout aux avocats, en rappelant que si le « jugement » doit d'abord se faire seul « en conscience », c'est pour souligner, avec plus de vigueur, qu'en « droit » le jugement doit se développer dans un cadre judiciaire où ce sont les avocats qui jouent le premier rôle.

Une philosophie moderne du droit ne peut fermer les yeux devant les clameurs de ce monde et non plus être sourde à l'égard des voix faibles et, à la limite, à l'inaudible. La plupart des pays du monde sont aujourd'hui non-démocratiques ou uniquement des « démocraties » de façade. C'est une majorité de pays non-démocratiques qui va des théocraties oppressives ou aux pays où règnent des oligarchies cleptomanes supposément éclairées, en passant par toutes les formes de l'autoritarisme qui va du « brun » au « gris », qui dominent notre globe. Si le langage diplomatique préfère l'étiquette « démocratique », ce n'est guère par trop de naïveté (même si elle existe en abondance), sinon pour que le petit mot devienne un grand levier pour faire bouger les choses dans la bonne direction, ou simplement dans l'espoir d'une logique des gouttes qui sert, à l'aide du temps, à briser même le plus solide des rocs. Pourtant rien ne changerait sans un esprit démocratique, à savoir sans une conscience démocratique chez les hommes et

les femmes, une conscience faisant confiance à un droit possible et qui a été d'un si grand secours pour former les sociétés occidentales et modernes. Un tel esprit démocratique, ou encore cette conscience d'un droit possible, fait par nous et à notre mesure, ne tombe pas du ciel. Il se construit pas à pas par nos engagements, par nos volontés et par des jugements publics se faisant librement et sans contrainte. C'est un travail de Sisyphe qui nous attend – et mille ans ne seront certainement pas assez !

Soulignons également que former des jugements publics n'est certainement pas la même chose que d'avoir et de formuler des opinions. Contrairement à beaucoup de philosophes du droit qui adoptent trop rapidement une attitude de mépris et de dédain à l'égard des opinions, convenons qu'il ne s'agit là que d'un aveu de leurs dédains et de leur idéalisation d'une philosophie des « hauteurs béantes ». Loin de telles impasses, reconnaissons l'intérêt et le respect pour les opinions, quelles qu'elles soient, telles qu'elles expriment fidèlement ce qui se pense et se ressent dans une société. Il faut avoir les yeux grands ouverts puisque les « opinions » nous permettent de comprendre, autant que faire se peut, les motifs, les attentes, les morales des cosociétaires ; bref, elles nous donnent une vue sur la « vie interne » des hommes et des femmes ordinaires. Pourquoi se couper intellectuellement d'une des sources la plus importante pour comprendre l'engagement des individus en faveur du droit et surtout de leur volonté d'instaurer un jugement juridique comme moyen de régler leurs différends ? Le marxisme, avec l'antihumanisme qu'est le matérialisme historique, autant que les philosophies aujourd'hui de « neutralité », cultivées avec doigté par les partisans du libéralisme platonicien – en fait également un antihumanisme à sa façon –, nous illustrent que cela nous mène nulle part, sinon ne sert qu'à revivifier la République de Platon ou encore la Philosophie du droit de Hegel. Nous n'avons guère besoin ni de l'une, ni de l'autre !

Les opinions qu'expriment les gens ordinaires doivent être respectées et prises en compte. C'est en effet l'humus où se développent les interprétations et les arguments et où se concrétisent les jugements dans nos affaires politiques, sociales, économiques et juridiques. Si le domaine du droit ne se constitue en aucune façon en tant que « interprétation » (ou encore : « traduction ») – ce qui nous amènerait inéluctablement à une conception de théologico-politique (quoique

entièrement laïque et plutôt païenne) qu'il convient d'éviter autant que la peste – admettons que toute question de droit se représente plutôt en tant qu'« argumentation » et surtout comme structurée sur le mode d'une argumentation en attente de jugement. La réalité juridique qui s'offre à nous met ainsi l'emphase sur l'individu et sur les ressources individuelles en faveur d'un droit moderne. Toute question de droit se confirme ou se trahit, en fin de compte, sur le plan des individus !

Les essais qui constituent cet ouvrage (à l'exception du dernier) expriment, chacun à sa façon, l'importance de la question du « jugement » à l'intérieur d'une philosophie du droit moderne. Autant que possible, nos essais cherchent à déblayer le chemin devant une prise en compte, plus riche et réflexive, de cette question. Dans notre esprit, il faut s'intéresser et il faut en discuter, mais surtout se rendre compte que les trois autorités que nous avons identifiées auparavant – à savoir, cosociétaire, judiciaire et législative – forment ensemble l'humus des « jugements » dans la modernité juridique.

Il n'y a simplement rien qui peut « se fonder en raison » en ce qui concerne le droit. Un tel discours ne révèle que des naïvetés naïves, sinon exprime l'orgueil des philosophes endormis et l'attachement irrationnel qu'ils manifestent à leur « système » ! À leur encontre, retenons que le droit n'a aucun fondement et que s'il existe des autorités, il n'en demeure pas moins vrai que nous naviguons toujours avec les moyens du bord. L'horizon d'une solution juridique de nos querelles dépend de notre volonté et de notre engagement – de même que des ressources saines de la tradition juridique – en faveur d'une issue en droit. C'est en fait sur les ressources saines qu'il faut insister, autant chez les cosociétaires que chez les juristes, en rappelant que le droit est toujours écrit sur le mode « faire ».

I

LA PHILOSOPHIE DU DROIT DANS LE TOURBILLON DE LA MODERNITÉ[1]

Écrire de la philosophie du droit, aujourd'hui, ne signifie plus comme autrefois semer, avec maestria, les grands noms ou encore remémorer, avec style, tous les concepts sympathiques qui sont hâtivement supposés, par magie, caractériser l'entreprise juridique. Il ne s'agit pas non plus de se prendre pour la Science personnifiée et de sermonner, à droite et à gauche, ou à qui veut bien l'entendre, la bonne nouvelle qu'on a superbement réussi à concocter. Loin de telles conceptions boiteuses, retenons plutôt, en ce qui nous concerne, que l'horizon de notre modernité juridique se situe résolument sur le plan « argumentatif », c'est-à-dire sur le plan d'une argumentation qui combine – dans un esprit de réciprocité et d'interdépendance – l'espace judicaire et l'espace public comme les deux versants de la même montagne. En conséquence, c'est la philosophie du droit elle-même qui devient « argumentative » et qui accompagne désormais ce projet de la modernité dans tous les coins et recoins de toute question de droit. Par souci de réalisme, il faut assigner, en connaissance de cause, un rôle plus spécifique à la philosophie du droit et surtout l'envisager à l'avenir comme n'étant vouée qu'à l'accomplissement d'une modernité juridique toujours inachevée, comme travaillant dans une tension qui la fait osciller entre une « légitimité » et une « légalité » toujours à faire,

1. Publié dans « Travaux et jours », l'Université Saint-Joseph de Beyrouth, Nouvelle série n° 78, automne 2006/printemps 2007, p. 141-166.

à refaire et à « défaire ». Conséquemment, écrire et penser la philosophie du droit aujourd'hui demande, pour peu que nous ayons raison, une distanciation libératoire et émancipatoire à l'égard d'un dogmatisme ayant jusqu'ici lourdement hypothéqué le sain développement de cette discipline, d'où l'objectif que nous attribuons à notre essai, celui d'expliquer et d'illustrer le sens d'une telle « distanciation libératoire » à l'intérieur de la modernité juridique[2].

Il faut toujours viser l'essentiel et peu nous importe ici le « contenu », manifestement surfait, de tout ce qui s'écrit aujourd'hui sous le sceau de « philosophie du droit ». L'essentiel de notre propos, tel que nous l'envisageons, peut tenir en quatre assertions qui, s'enchaînant l'une dans l'autre, critiquent la dérive dogmatique de la philosophie du droit contemporaine et désignent, tel est notre objectif, autant de libérations intellectuelles à mettre en œuvre impérativement. Nous souhaitons de la sorte affranchir la philosophie du droit, d'abord du rôle ingrat de « chien de garde » de l'écriture de la doctrine en droit, ensuite, de l'emprise malfaisante exercée par l'idéologie étatiste, ainsi que de toutes les formes de réifications du « droit » qui portent atteinte à l'autonomie et au rôle des individus et enfin, de tout discours « fondationaliste »[3] concernant la question du droit. Soutenons, pour nous exprimer en termes thérapeutiques, que c'est uniquement par un tel processus d'autocompréhension que la philosophie du droit pourra s'écrire avec confiance sur l'horizon de la modernité juridique.

---

2. Sur la signification de « modernité juridique », voir nos travaux antérieurs : Bjarne Melkevik, *Considérations juridico-philosophiques*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2005 ; *idem*, *Rawls ou Habermas. Une question de philosophie du droit*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2002 ; *idem*, *Réflexions sur la philosophie du droit*, Paris, l'Harmattan et Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2002 ; *idem*, *Horizons de la philosophie du droit*, Paris, L'Harmattan et Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1998 (coll. Diké, 2004). Pour un choix de textes en langue arabe des deux derniers livres, voir Bjarne Melkevik, « ةفسلف يف صوصن نونقلا » [Textes de philosophie du droit], traduction Georges Saad, Beyrouth, Édition Al Najoie et l'Association libanaise de philosophie du droit, 2005.

3. L'adjectif est un néologisme qualifiant ce qui se rapporte ou se réfère à un ou plusieurs « discours de fondation » (de droit, de normes, d'institutions, etc.). Quoi que non indispensable un discours de fondation du « droit » (ou ce qui est supposé le représenter ou le remplacer) sert souvent pour introduire un carcan moral, éthique, déontologique, politique, social, religieux, et ainsi de suite pour le « droit ». L'idée sous-jacente cette idéologie consiste ainsi à « fonder », souvent dite « en raison » ou « en vérité », le « droit » à l'intérieur une conception d'Idéo-droit favorisé par un auteur ou simplement un courant d'idée ou de « science ».

SE LIBÉRER DE LA TÂCHE D'ÉDICTER LA NORME DE L'ÉCRITURE DOCTRINALE

Notre première assertion soutenait qu'il faut libérer la philosophie du droit de tout rôle de « chien de garde » quant à l'écriture de la doctrine juridique. Bien que, pour beaucoup de théoriciens contemporains, le rôle de la philosophie du droit se réduit à servir et à fonctionner comme un « chien de garde », notre réponse à nous ne sera qu'un refus sans appel. Un tel cerbère qui supervise, contrôle et ordonne l'écriture de la doctrine, de la dogmatique ou encore de la « théorie » du droit, n'a tout simplement pas d'intérêt. Pis encore, loin d'être l'expression d'un souci de « sobriété », il ne s'agit de rien d'autre, en ce cas, que d'une célébration de la victoire « positiviste » sur les différentes conceptions du droit naturel et du partage du terrain, sinon du butin, intervenu au cours du 20e siècle. C'est justement l'héritage de cet acoquinement entre les partisans du droit naturel et ceux du positivisme juridique qu'il faut, à juste titre, récuser en tant qu'il assigne, à tort, ce rôle à la philosophie du droit relativement à l'écriture de la doctrine.

Plusieurs grands noms pourraient être évoqués pour illustrer cette dérive, mais avouons que la conception du philosophe du droit danois Alf Ross l'exprime à merveille[4]. Telle qu'envisagée par Ross, la philosophie du droit plane superbement au-dessus de la doctrine, tout comme celle-ci domine à son tour la si banale pratique du droit. En fait, Alf Ross développe une hiérarchie des tâches qu'il exprime de cette façon : « L'objet de la philosophie du droit n'est pas le droit, ni quelque partie ou aspect de celui-ci, mais l'étude du droit. La philosophie du droit se situe, littéralement parlant, à un étage supérieur d'où elle plonge son regard sur son objet »[5].

La philosophie du droit n'aurait donc jamais à faire avec le droit, ni avec sa pratique (travail des avocats, des notaires, des procureurs, des juges et arbitres et ainsi de suite). Non, la philosophie du droit, selon Ross, ne se préoccupe que de l'écriture de la doctrine en assurant

4. Alf Ross, *On Law and Justice*, London, Stevens & Sons, 1958. Voir également le choix de textes de Ross sous le titre assez curieux (sinon étonnant !), *idem*, *Introduction à l'empirisme juridique : Textes théoriques*, Paris, coll. La pensée juridique, 2004.
5. Alf Ross, *On Law and Justice*, *op. cit.,* p. 25 : « The subject of jurisprudence is not law, nor any part or aspect of it, but the study of law. Jurisprudence dwells, so to speak, one storey higher than the study of law and "looks down" upon it ». (Notre traduction).

que celle-ci ne s'écarte pas des paramètres « scientifiques » qu'elle a imaginés. La philosophie du droit exerce donc ce sacerdoce en majesté au-dessus des têtes des pauvres universitaires qui ne travaillent que sur la doctrine, avec l'objectif spécifique de s'assurer qu'ils écrivent bien celle-ci selon les préceptes qu'elle leur pourvoit.

La philosophie du droit, toujours selon Alf Ross, n'a rien d'autre à faire que fournir, ou encore « développer », les instruments, les théories ou la « science » (et la technique) servant à écrire la doctrine. Ainsi la philosophie du droit peut-elle, quoique faussement à notre sens, prétendre s'offrir comme caution « scientifique ». Comme l'affirme Ross :

> Il s'ensuit que la philosophie du droit n'a aucun objet spécifique coordonné avec et distinct de l'objet même de la « science du droit » – l'étude du droit – dans ses ramifications multiples. La relation de la philosophie du droit avec l'étude du droit en est une de miroir, miroir tourné vers l'appareillage logique de cette dernière, en particulier son appareillage de concepts, dans le but faire de celle-ci une analyse logique plus détaillée que celle donnée dans les différents études spécialisées du droit lui-même. Le philosophe du droit (...) prolonge ses recherches dans ce qui constitue souvent les prémisses tenues pour évidentes par le juriste. Il trouve son objet de prédilection dans les concepts fondamentaux ayant en eux-mêmes une portée générale, comme par exemple, le concept de "droit valide", qui pour cette raison n'est attribué comme mission spécifique à aucun des nombreux spécialistes œuvrant dans le vaste champ du droit[6].

Il résulte de cette position que la philosophie du droit devrait offrir des concepts, des « normes », des « règles », des « principes » à la doctrine du droit, tout comme une quincaillerie du coin nous équipe en outils. Un peu hardiment, un rossien s'imagine une « valse » de concepts qui se lèvent, s'apparient et qui, dans le mode et la tonalité

6. Alf Ross, *On Law and Justice*, *op. cit.,* p. 25 : « And so it follows that jurisprudence has no specific subject co-ordinated with and distinct from the subject of the "science of law" – the study of law – in its various ramifications. The relation of jurisprudence to the study of law is reflex, turning towards its logical apparatus, in particular the apparatus of concepts, with view to making it the object of a more detailed logical analysis than is given to it in the various specialised studies of law themselves. The legal philosopher (he who studies jurisprudence) pursues his researches into what often constitutes premises taken for granted by the jurist. His subject is pre-eminently the fundamental concepts of general scope such as, for example, the concept of valid law, which for that reason is not assigned to any of the many specialists within the wide realm of law as their particular task. » (Notre traduction).

fournis par la philosophie du droit, bougent au rythme même de l'écriture doctrinale. Puisque la partition n'est pas close, tout philosophe du droit demeure, selon Ross, engagé dans la tâche de rafistoler les vieux concepts, d'en forger de nouveaux, ou encore de mettre des contenus nouveaux dans des concepts déjà existants. Cela ne sous-entend pas seulement que la doctrine est incapable de faire ce travail toute seule, i.e. sans caution philosophique, cela signifie plutôt que le rôle de « chien de garde » attribué à la philosophie du droit se limiterait, rappelons-le, à assurer cette rectitude « scientifique ».

Imaginons à présent, dans une salle « Empire » de valse viennoise – style « An der schönen blauen Donau »[7], le philosophe du droit sur le podium, dans le rôle suprême du chef d'orchestre, tenant la baguette « doctrinale » entre ses mains et marquant le *tempo* sur lequel les concepts, les « justifications », les « systèmes », etc., évoluent docilement. Étoffons la scène, ajoutons-y les débutantes de l'année – style « développement durable », « commerce équitable », etc. – qui, les joues rouges d'émotion, dansent à présent avec les officiers de carrière – style « responsabilité », « propriété », « ordre public », etc. Dans ce rêve éveillé tout faux-pas de « valse » (lire doctrine) se remarque aisément et peut, grâce à la mansuétude de la philosophie du droit, être corrigé. Il est facile d'admettre qu'un tel rôle de cerbère attire et comment, à la limite, tout auteur de doctrine veut lui aussi être un peu philosophe de droit. Tout comme avant lui M. Jourdain, voulant écrire de la « prose », découvrait qu'il n'avait guère fait autre chose de toute sa vie[8].

Or, que se cache-t-il dans cette « valse des concepts » baptisée philosophie du droit et dans ce rôle de gardien qu'elle s'attribue et qui la justifie, sinon le sentiment d'infériorité qui gruge l'âme des juristes face aux scientifiques ? Le symptôme du désir obsédant des juristes de

7. Une des plus fameuses œuvres musicales (0p. 314) de Johann Strauss fils (1825-1899) – le roi de la valse – datant de 1867. La partition se nomme en français « Le Beau Danube bleu ».

8. Voir Jean-Baptiste [Poquelin de] Molière (i.e. Jean-Baptiste Poquelin), *Le Bourgeois Gentilhomme*, Acte II, Scène IV :
« M. JOURDAIN. Quoi ? Quand je dis ; « Nicole apportez-moi mes pantoufles et me donnez mon bonnet de nuit », c'est de la prose ?
MAÎTRE DE PHILOSOPHIE. Oui, monsieur.
M. JOURDAIN. Par ma foi ! Il y a plus de quarante ans que je dis de la prose sans que j'en susse rien, et je vous suis le plus obligé du monde de m'avoir appris cela. » Molière, *Le Bourgeois Gentilhomme*, Paris, Hachette, coll. Classiques Hachette, 1992, p. 47.

faire eux aussi de la « science ». Il nous semble ici qu'en s'attribuant la « noble tâche » de satisfaire ce désir de scientificité, la philosophie du droit ne fait que réduire, illogiquement, la question de l'écriture de la doctrine juridique à des logiques exogènes, quand ce n'est pas à des simplifications justificatives. Ross, pour ne nous en tenir qu'à lui, ne se rend jamais compte que la reprise des préceptes axiomatiques ou nomothétiques qu'il préconise ne donne jamais de « science » en droit. Inéluctablement, le résultat sera plutôt un surinvestissement dogmatique (ou doctrinal) et un aveuglement chronique quant au sens à donner à la question du droit dans une société démocratique.

Soutenons plutôt, à l'inverse, que la philosophie du droit n'a pas à fournir de réponses aux questions de « droit valide », de « science », de « technique », de « concept » qui obsèdent tant la doctrine juridique ; qu'elle n'a simplement pas de réponse magique à offrir et qu'il incombe plutôt aux « doctrinaux » de devenir adultes, c'est-à-dire de résoudre leurs propres problèmes et peut-être même de réaliser que ceux-ci ne sont que le fruit de leur ignorance, ou la conséquence fâcheuse de leur égarement dans les limbes d'un surinvestissement doctrinal ou « scientifique ». Après tout, sortir d'un sommeil dogmatique n'est peut-être pas le pire des destins, si cela permet de comprendre que la doctrine juridique ne peut tout simplement plus prétendre « dire le droit ». Pour peu que nous ayons raison, ne faudrait-il pas ajouter que la philosophie du droit n'a pas à se consacrer à la légitimation d'une imposture « scientifique », mais plutôt à sa critique, à son dénudement et au développement d'une alternative et ce, de manière à ne jamais cesser d'envisager la question du droit comme étant indissociable, intellectuellement, de la pratique et du positionnement des individus à l'intérieur d'une conception de la modernité juridique ?

LA PHILOSOPHIE DU DROIT DEVRA SE LIBÉRER DE L'OBSESSION ÉTATIQUE

La philosophie du droit demeure encore incapable de penser la question du droit sans faire intervenir, de façon directe ou non, le concept d'État. Omniprésente, cette inaptitude à penser le « droit » sans l'État, sans la « béquille » de l'idéologie étatiste, ralentit et empêche le développement de la philosophie du droit, de même qu'une prise en compte de la complexité grandissante de la question du droit à l'intérieur de la modernité juridique. Notre deuxième assertion,

prônant que la philosophie du droit doit, impérativement, se défaire de toute obsession étatiste, s'explique sur ce fond.

Insistons, au préalable, sur le fait que « l'étatisation » de l'esprit juridique relève de causes multiples et complexes. Nous ne pourrons donc pas, dans ces quelques pages, faire plus que nous restreindre à quelques momenta de cette « étatisation » idéologique. Rappelons ainsi, brièvement et sur le seul plan historique, la mainmise sur le mot « droit » effectuée par le Saint Empire romain germanique[9] au Moyen-âge et l'incorporation de ce mot dans une nomenclature « publiciste »[10]. Rappelons également que nous ne pouvons, aujourd'hui, saisir correctement le sens de l'absolutisme juridique et politique du 16e au 19e siècle, si nous ne comprenons pas à quel point l'étatisation du mot « droit » était l'un des éléments clef de cette idéologie. Retenons ensuite que l'étatisation du mot « droit » caractérise la naissance et le déploiement des État Nations du 16e siècle jusqu'à nos jours. De là, d'ailleurs, le problème aigu qui accompagne toujours le fait de présenter toute « programmation politique » de l'État comme étant simultanément et sans distinction à la fois « Loi » et « Droit » (étatique).

---

9. Ou le Saint Empire romain de (en) nation germanique (ou en allemand *Heiliges Römisches Reich Deutscher Nation*; en latin : *Sacrum Romanorum Imperium Nationis Germanicae*). L'empire, regroupant toutes les terres d'Europe occidentale et centrale, est formellement né le 2 février 962, avec le couronnement d'Othon et a été dissout, suivant la tradition (plutôt française), par Napoléon 1er en 1806. Cf. Hanns Gross, « The Holy Roman Empire in Modern Times : Constitutional Reality and Legal Theory », dans James A. Vann et Steven W. Rowan (dir.), *The Old Reich. Essays on German Political Institutions 1495-1806*, Bruxelles, Les Éditions de la Librairie Encyclopédique, 1974, p. 1-29 ; *idem*, *Empire and Sovereignty. A History of the Public Law Literature in the Holy Roman Empire, 1599-1804*, Chicago & London, University of Chicago Press, 1975.

   Notons, en passant, que l'Empire existe « toujours » juridiquement (ou constitutionnellement) par les références judiciaires constantes de la Cour constitutionnelle de l'Allemagne actuelle à Karlsruhe. Il va sans dire que cette « existence » n'aura ici pour rôle que d'assurer une cohérence normative. Les références constitutionnelles à l'Empire, par la dite Cour constitutionnelle à Karlsruhe, provoquent en Allemagne régulièrement des querelles entre la « droite » et la « gauche » dans le domaine du droit et ailleurs.

10. Jacques Ellul, *Histoire des institutions.* Tome 3. *Le Moyen Âge*, Paris, Presses universitaires de France, coll. Quadrige, 1999, p. 345 : « Le droit tend pendant cette période à être nationalisé. (...) Le droit devient, à l'imitation du droit romain, une construction que l'on essaie de faire rationnelle. Il devient un instrument d'une politique volontariste. Il devient un moyen de classement (des problèmes mais aussi des groupes) et de cantonnement ».

Limitons-nous à l'histoire de la philosophie du droit. N'est-il pas significatif en ce sens que des philosophes du droit tels que Hobbes, Grotius, Locke, Pufendorf, Wolff, Kant et Hegel, etc., se montrent incapables d'accepter l'autonomie de la question du droit ? Qu'ils s'efforcent même tous d'abolir cette autonomie au profit de l'État ? Quoique ces illustres penseurs abordent la question du droit par des chemins intellectuels bien divers, mobilisant au passage différentes formes (ou systèmes) de philosophies et d'anthropologies, c'est dans tous les cas pour remettre, au sens propre comme au figuré, la question du droit entre les mains de l'État. Celle-ci, devenue par voie de conséquence une annexe de l'État, est même supposée être, en un sens métaphysique, le levier « de droit » des actions et de l'existence de ce dernier. Bref il n'existe plus, à proprement parler, de question de « droit » mais un essentialisme non avoué de l'État, qui s'accompagne de la croyance d'un « droit étatiste ».

Éclairons davantage ces affirmations en nous adressant, de façon privilégiée, à l'illustre théoricien (et philosophe) du droit autrichien Hans Kelsen[11]. Car, au-delà de l'estime et de l'admiration que nous exprimons volontiers pour son œuvre[12], il est indéniable qu'il incarne à nos yeux, de manière emblématique, l'idéologie d'un tel « droit étatiste ». Ouvrons le bal en reconnaissant, l'œil rivé sur notre objectif, que si le concept de droit se trouve associé d'une façon ou d'autre au concept (et à la réalité) du « Pouvoir », c'est qu'il s'agit ici de l'héritage que nous a laissé l'époque d'absolutisme juridique et politique mentionnée plus haut. Dans ces conditions, pourquoi s'étonner que la préoccupation immédiate d'un juriste soit de domestiquer ce Pouvoir, de s'assurer qu'il s'effectue et se déploie à l'intérieur de la raison et, mieux encore, du droit ? En d'autres mots, il cherchera à introduire une thèse plaidant la nécessité du monopole du pouvoir (et donc de

11. Sur Kelsen, voir Carlos M. Herrera, *La philosophie du droit de Hans Kelsen. Une introduction*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2004.

12. Voir Hans Kelsen, *Théorie pure du droit. Introduction à la science du droit*, traduction de Henri Thévenaz, Neuchâtel, *La Baconnière*, coll. Être et penser, nº 37, 1re édition 1953, 2e édition 1988 ; *idem*, *Théorie pure du droit*, traduction de Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962 ; *idem*, *Théorie générale du droit et de l'État (suivi de La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*), Paris, LGDJ et Bruxelles, Bruylant, coll. La pensée juridique, 1997.

la violence)[13], il s'efforcera de conjuguer cette thèse sous le signe d'une symbiose hypothétique entre une vision de l'État et une vision du droit. Ainsi, cette nouvelle symbiose prétend caractériser l'État comme une réalisation conceptuelle particulière du droit, conception qui s'avère n'être rien d'autre qu'une moralité substantialisée sous le mode du respect des « obligations » tenues pour « fondamentales », voire même, « fondationalistes ». C'est justement ici que Kelsen a un trait de génie lorsque, pour abolir toute différence entre une telle vision de « l'Idéo-droit » et la réalité de l'État, il les fait tout simplement fusionner. Le résultat peut aisément se lire dans le succès que connaît la « Théorie pure du droit » de Kelsen au 20e siècle (et bien sûr : au-delà).

Exemplifions cette étatisation du « droit » (ou du placebo qui en tient lieu dans le kelsenianisme) en étudiant maintenant de plus près la si séduisante suggestion voulant que « L'État est un ordre juridique »[14]. Contemplons l'image (peut-on ajouter métaphysique ?) que Kelsen nous présente :

> Une théorie de l'État débarrassée de tout élément idéologique, métaphysique ou mystique ne peut comprendre la nature de cette institution sociale qu'en la considérant comme un ordre réglant la conduite des hommes. L'analyse révèle que cet ordre organise la contrainte sociale et qu'il doit être identique à l'ordre juridique, car il est caractérisé par les mêmes actes de contrainte. Or, une même communauté sociale ne peut être constituée par deux ordres différents. L'État est donc un ordre juridique, mais tout ordre juridique n'est pas un État. Il ne le devient qu'au moment où il établit certains organes spécialisés pour la création et

13. Rappelons la thèse célèbre de Max Weber : « De nos jours précisement, la relation de l'État à la violence est particulièrement intime. Dans le passé les groupements politiques les plus divers, à commencer par la parentèle, ont connu la violence physique comme moyen tout à fait normal. Aujourd'hui, en revanche, il nous faut dire que l´État est cette communauté humaine qui, à l'interieur d´un territoire déterminé (le "territoire" appartient à sa caractérisation), revendique pour elle-même et parvient à imposer le *monopole de la violence physique légitime* » ; Max Weber, « La profession et la vocation de politique », dans *idem*, *Le savent et le politique. Une nouvelle Traduction*, traduit par Cathrine Colliot-Thélène, Paris, La Découverte, coll. Poche, no 158, 2003, p. 118.

14. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit. Introduction à la science du droit*, 2e édition 1988, *op. cit.*, p. 169. Il s'agit d'un titre de Kelsen pour expliquer l'identité du droit et de l'État.

l'application des normes qui le constituent. Il faut par conséquent qu'il ait atteint un certain degré de centralisation[15].

De ce dernier point, de cette « centralisation » étatique ou bureaucratique il découle, logiquement, que la fusion du concept de « droit » avec la réalité de l'État ne peut être complète et parfaite, qu'à un stade historique ultime où l'État moderne se confirme, empiriquement, dans une administration centralisée et fonctionnarisée. Cette position correspond d'ailleurs au développement de l'État dans les pays occidentaux à partir du 19e siècle, en particulier l'Autriche et l'Allemagne – toujours présentes à l'esprit de Kelsen – qui s'enorgueillissent du « professionnalisme » de leurs systèmes étatiques respectifs. Que ce développement de l'État ait été professionnellement et empiriquement « entre les mains » de juristes ne peut, dans une perspective kelsenienne, que témoigner en faveur de sa thèse[16]. Or, une telle constatation prémunit aussi Kelsen, et c'est peut-être le but visé, contre toute critique historique qui aurait, pour sûr, beaucoup à dire sur la formation de cet État et, surtout, sur la question de « droit » qui l'a effectivement accompagnée. Relativement à ce dernier aspect, le « droit » autrichien et allemand aurait en effet autant de chance de se figurer dans des histoires d'horreur, d'oppression et de discrimination, que dans des histoires édifiantes ou illustrant la bienséance étatique. C'est ici qu'intervient le raisonnement, typiquement kelsenien, voulant que si l'État est conceptuellement « droit » il s'ensuit que cela réalise, par magie, l'État de droit et que le concept même de « droit » appartient à cet État. Ainsi, c'est toujours un Idéo-droit qui s'affirme, qui monopolise, improprement, la question du droit à l'intérieur d'un cadre étatiste.

Il y aurait certes beaucoup à dire encore sur l'Idéo-droit étatiste, sur ses variantes et ses avatars, mais rappelons qu'aussi séduisante et réconfortante que paraisse cette conception, il y a des raisons supé-

15. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit. Introduction à la science du droit*, 2e édition 1988, *op. cit.*, p. 169. Quant au côté métaphorique de cette citation, voir Pierre Moor, « Le char de l'État navigue sur un volcan » ou brève note sur les métaphores, spécialement sur celles de l'État de droit », dans *Revue européenne des sciences sociales*, tome XXXVIII, 2000, no 117, p. 93-103 (repris partiellement dans Pierre Moor, *Pour une théorie micropolitique du droit*, Paris, Presses universitaires de France, coll. Les voies du droit, 2005).

16. Notons que la « mainmise » historique des juristes est aujourd'hui devenue un anachronisme. C'est plutôt des « spécialistes » d'autre discipline que « juridique » qui caractérisent à temps présent les appareils étatiques des pays occidentaux.

rieures d'en rejeter le soutien. Une philosophie du droit marchant (ou clopinant) grâce aux béquilles de l'État n'arrive guère à se hisser au-dessus d'une stratégie inadéquate dite « du troisième concept imposé » à savoir, une pseudo logique consistant à dissoudre tout questionnement sur le « droit » ou le « juridique » – i.e. les concepts de base – dans le concept de l'Idéo-droit étatique pour finalement projeter le « tout » dans, ou vers, un troisième concept magique qui peut, selon les variantes, s'appeler « norme », « normativité », « règle », « règle de droit », « principe », « souveraineté », « contrat social », « justice », « efficacité » et *tutti quanti*, concepts supposés représenter la « solution ». Une telle stratégie résorbe, ou fige, toute question de droit à l'intérieur d'une dogmatique (elle aussi désignée à tort comme « droit ») et fait que la question de droit se trouve disqualifiée au profit du « concept » à la mode ou prédominant dans la dogmatique. De là notre avis que cette conception de l'Idéo-droit a pour effet néfaste de livrer improprement l'individu en chair, os et âme, à l'État.

Alors, sans plus de béquilles et libéré de l'obsession de l'État, nous pouvons aborder la question du droit dans son autonomie. Il faut, dès lors, reprendre la distinction entre la loi comme source du droit et le droit lui-même comme indépendant, différent et autonome, de telle manière que cette autonomie nous permette à présent, en tant que juriste, de reconnaître l'apport nécessaire de toute législation issue de processus démocratiques, comme une « source du droit »[17]. Ceci nous permet également de penser la possibilité du droit au sein d'une société moderne dans toute son ambiguïté, son incomplétude, sinon dans toute sa relativité. En faisant éclater la « bulle étatique » où était emprisonnée la question du droit, c'est la tension entre « pratique » et « théorie » que l'on rétablit et qui retourne au centre des préoccupations de la philosophie du droit et celle-ci ne peut que s'enrichir et se démocratiser à la suite d'une telle libération.

17. Ce qui signifie que nous sommes convaincus qu'il faut réhabilité le paradigme dit « source de droit » en assurant son sens à l'intérieur d'une conception moderniste du droit. Le paradigme de « source de droit » nous semble en effet très pertinent en cela même qu'il affirme toujours l'autonomie d'une question de droit. Soulignons que le nouveau discours « Marcion » (ou mieux : marcionisme négatif ») et anti-loi dans la philosophie du droit nous semble absurde et néfaste. Nous condamnons en conséquence fortement, comme pêchant dans un marécage brunâtre, des écrits tels que ceux de Jacques Derrida, « *Force de loi* », Paris, Galilée, 1994, ou de Giorgio Agamben « *État d'exception. Homo Sacer, II, 1* », Paris, Seuil, coll. L'ordre philosophique, 2003.

PRENDRE AU SÉRIEUX L'AUTONOMIE DES INDIVIDUS

Bien loin d'être fortuit, ce choix en faveur de l'autonomie du droit est à nos yeux constitutif et essentiel à la compréhension de la modernité juridique. C'est en ayant cela à l'esprit que nous reprendrons la défense de cette autonomie à un autre niveau, à savoir celui des individus. Notre troisième thèse soutenait, rappelons-le, que la philosophie du droit se doit de respecter entièrement l'autonomie des individus (sujets de droit) en ce qui a trait à toute question de droit. Malheureusement, c'est loin d'être le cas dans la philosophie du droit contemporaine où une telle autonomie a été illégitimement évacuée, ou plutôt noyée au sein d'un ensemble de « réifications » supposées représenter, positivement, objectivement ou de droit naturel, « le droit ». Mais, pour nous, bien au contraire, après avoir crevé la bulle étatique, il s'agit maintenant de redonner le droit à ses propriétaires, c'est-à-dire aux individus.

Pour appuyer notre jugement tournons-nous, primo, vers cette constatation que la philosophie contemporaine du droit se construit généralement sur la séparation illégitime et radicale de l'individu, d'une part, et du sujet de droit, d'autre part. Autrement dit, on y valorise le concept de « sujet de droit » comme faisant partie d'un univers parallèle, le monde « juridique » entendu comme absolument distant – et distinct – de celui des êtres de chair et d'os. Il s'agit là d'un dogme particulariste qui se distancie radicalement de tout ce qui concerne l'individu et le monde social, au profit d'un monde à part dit, répétons-le, « juridique », habité par des concepts. Dans ce monde à part, c'est donc un concept « sujet de droit » (et supposé « juridique »), qui remplace l'individu. Tout ce qui concerne l'individu concret, en chair et en os, devient par conséquent étranger ou non-pertinent pour la philosophie du droit (également pour l'écriture de la dogmatique/doctrine). L'individu devient quelque chose dont on ne parle pas et surtout, qui n'a aucune importance véritable pour et dans la philosophie du droit.

Il s'ensuit, et c'est bien dommage, qu'un concept de « sujet de droit » métaphysique, normatif ou « dogmatique », remplace la perspective qu'auraient pu apporter les individus en chair et en os. Ceci a pour conséquence une réification du « sujet de droit », qui n'est là que pour permettre à la philosophie du droit d'entrer triomphalement dans ce monde parallèle en héros des concepts.

Hans Kelsen, pour revenir à lui, peut être considéré comme le représentant toujours actuel d'une telle conception de l'individu scindé « en deux » : l'homme ou la femme déclaré sans importance d'un côté et le « sujet de droit » conceptuel accaparant toute attention de l'autre[18]. Selon Kelsen, en tant qu'il appartient à un monde distinct du monde factuel, le sujet de droit n'est pas, heureusement, souillé par une quelconque empiricité ou matérialité toujours susceptible, comme chacun le sait, de gâcher la fête philosophique. Ainsi se dissocie un « monde » qui, n'étant plus peuplé d'individus, se donne toutefois pour « positif » ou mieux, « normatif », de façon à donner l'assurance, quoique à tort, que ce qui compte est le système de tous les concepts en tant que ciment tenant ce monde ensemble. Le sens de cela se révèle dans l'ouvrage séminal de Kelsen, *Théorie pure du droit. Introduction à la science du droit*, où l'auteur nous présente le programme dogmatique des « deux mondes » en droit comme suit :

> La distinction entre l'être humain, tel qu'il est défini par les sciences de la nature, et la personne, concept juridique, ne signifie pas que la personne soit un mode particulier de l'être humain, mais au contraire que ces deux notions définissent des objets totalement différents. La notion juridique de personne ou de sujet de droit exprime seulement l'unité d'une pluralité de normes déterminant ces obligations, donc l'unité d'une pluralité de normes déterminante ces obligations, responsabilités et droits subjectifs[19].

Kelsen en tire la conclusion suivante : « Nous sommes ainsi amenés à voir dans la notion de sujet de droit ou de personne une construction artificielle, un concept anthropomorphique crée par la science juridique en vue de présenter le droit de façon suggestive. En fait la « personne » ne désigne qu'un faisceau d'obligations, de responsabilités et de droits subjectifs, donc un ensemble de normes. En personnifiant un tel faisceau, on dédouble l'objet de la connaissance juridique et l'on est facilement conduit à des conclusions erronées »[20].

Il découle de cette « métamorphose philosophique » qu'il n'y a plus aucune possibilité de situer ou de prendre en compte l'autonomie de

18. Voir Hans Kelsen, *Théorie pure du droit. Introduction à la science du droit*, 2e édition 1988, *op. cit.*
19. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit. Introduction à la science du droit*, 2e édition, *op. cit.,* p. 114.
20. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit. Introduction à la science du droit*, 2e édition, *op. cit.,* p. 113.

l'individu. La construction de ces deux mondes en parallèle aura comme effet, soulignons-le, non seulement de rendre toute question de droit étrangère à l'individu, mais aussi de n'accorder de statut autre au « sujet de droit », qu'en s'appuyant sur des prémisses issues du système dogmatique mis en avant comme étant supposément le « droit ». Ajoutons, en aparté, que si nous pouvons trouver la source du modèle philosophique kelsenien chez Emmanuel Kant (il a donc été théoriquement exporté vers le kantianisme « juridique »)[21], c'est pour constater à quel point cette pensée, si particulière des « deux mondes », a pu s'infiltrer dans notre façon de penser le droit aujourd'hui, au point même d'apparaître « évidente » (ou « positive »)[22]. L'exploration critique de ce modèle (et de ses ramifications) doit cependant être traité à une autre occasion.

Or, ce détournement du droit ne se réduit guère à la seule appropriation dogmatique mais touche également – et de plus en plus – le rôle du Juge. Il s'agit d'effacer le rôle du juge en tant que tiers invité (qui confirme toujours l'autonomie des individus) au profit de l'Autorité qui en fait du juge le dépositaire d'un Idéo-droit oscillant entre la réification positiviste et le désir jusnaturaliste. L'Amérique du Nord et sa philosophie du droit illustrent cette situation jusqu'à l'éclatement, ou la privatisation[23], des « autorités » traditionnelles, remplacées ici par celle du juge souverain. C'est « le nouvel évêque » jugeant du bien et

21. Voir Emmanuel Kant, *Métaphysique des mœurs* (2 volumes), traduction A. Renaut, Paris, GF-Flammarion, 1994.

22. Voir par exemple, Alain Renaut et Lukas K. Sosoe, *Philosophie du droit*, Paris, Presses universitaires de France, coll. Recherches politiques, 1991. Cf. Alain Renaut, *L'individu. Réflexions sur la philosophie du sujet*, Paris, Hatier, coll. « Optiques Philosophie, n° 211, 1995, p. 61-78, *idem*, *L'ère de l'individu*, Paris, Gallimard, 1989, p. 258-299 ; *idem*, *Kant aujourd'hui*, Paris, Aubier, 1997, p. 187-232.

23. Max Weber, « La profession et la vocation de savant », dans *idem*, *Le savant et le politique*, *op. cit.*, p. 108-109 : « Il appartient au destin de notre temps, avec la rationalisation et l'intellectualisation qui lui sont propres, et surtout avec le désenchantement du monde, que précisément les valeurs ultimes et les plus sublimes se sont retirées de la vie publique pour se réfugier soit dans l'arrière-monde de la vie mystique, soit dans la fraternité des relations directes que les individus entretiennent entre eux. Ce n'est pas un hasard si notre art le plus achevé aujourd'hui est un art intime, et non monumental, ce n'est pas au hasard non plus si, en pianissimo, que l'on sent pulser ce quelque chose qui correspond à ce qui jadis, sous les espèces du *pneuma* prophétique, emportait dans son feu torrentiel les grandes communautés et les soudait ».

du mal. Ainsi, que nous parlions à présent de Ronald Dworkin et des dworkiniens ne surprendra personne[24].

La popularité de l'œuvre de Dworkin s'explique par le fait qu'elle prétend remédier à l'insécurité initiale qui accompagne, telle une ombre, toute question de droit, en remettant celle-ci entre les mains d'une autorité supérieure (notre demi-dieu juge) apte à satisfaire le désir, combien humain, de « sécurité juridique ». Pourquoi ? Tout bonnement parce qu'on y présente le « droit » (ou l'Idéo-droit) comme existant, tout prêt et objectivement disponible, sur le plan des principes. Dans la droite ligne d'une conception « objectiviste » du droit naturel, Dworkin peut ainsi affirmer, avec le talent littéraire qu'on lui connaît, que le « droit » se justifie à partir de principes qui sont là comme une tradition judiciaire et comme preuves de la justesse même du système. Le tout peut d'ailleurs être défendu sur le plan du « droit positif » (surtout en tant que culture juridique nord-américaine ayant fait ses preuves) et comme référence à une « communauté de principes » toujours, de façon rassurante, partagée par tous. En fin de compte, un tel juge herculéen « à l'intelligence et à la patience surhumaine qui accepterait la thèse [dworkinienne] de l'unité en droit »[25], se verrait du même coup promu à la dignité de directeur de conscience publique ou chef de cette « communauté de principes »[26].

Nous inscrivant en faux contre les conceptions de Dworkin, il nous apparaît nécessaire de rappeler que si le « Juge » peut, en effet, avoir quelque chose à faire avec une question de droit, il demeure que c'est uniquement par sa relation avec les propriétaires du droit que son rôle peut avoir du sens. En effet, le rôle d'un tiers invité ne se révèle que sur le plan procédural et par l'investissement procédural des individus en vue d'un droit à établir. Ce sont donc les individus qui, en principe, font le choix d'adresser leur question à ce tiers invité entendu

24. Voir Dworkin, Ronald, *Prendre les droits aux sérieux*, Paris, Presses universitaires de France, 1995 ; *idem* ,*Une question de principe,* Paris, Presses universitaires de France, 1996 ; *idem*, *L'empire du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1994. Sur Ronald Dworkin, consulte le « Dossier Ronald Dworkin 1 & 2 », dans *Droit et société, vol. 1*, 1985, p. 27-92 et *Droit et société*, vol. 2, 1996, p. 7-56.
25. Dworkin, Ronald, *L'empire du droit*, *ibid*., p. 262.
26. Dworkin Ronald, *L'empire du droit*, *idem*, p. 232-235. Voir Roger Lambert. *La justice vécue et les théories éthiques contemporaines. Initiation aux débats contemporains sur la justice et le droit*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1994, p. 37-71, spécifiquement p. 59-66.

comme un prolongement de leur autonomie et de leur liberté. Or, dans le respect de cette autonomie, le juge ne sera jamais libre, mais au contraire soumis, procéduralement, à l'individu et à ses questions de droit. À lui d'écouter les arguments des parties au procès et de les peser, bien qu'il ne puisse jamais peser quelque chose que ce soit qui viendrait de lui-même, ou d'ailleurs. Si le résultat est acceptable aux yeux des deux parties, cela sera pour eux le droit ; si le résultat est inacceptable, le jugement finira à la poubelle et les parties auront tout intérêt à trouver un tiers invité plus intelligent. Donc, du point de vue des propriétaires du droit, aucun « demi-dieu » n'a sa raison d'être, de même que les « voleurs du droit » doivent se heurter à des portes fermées.

En remettant, démocratiquement, la question du droit et de ses institutions (incluant l'institution judiciaire) entre les mains de ceux qui doivent en être à la fois les auteurs et les destinataires, c'est inévitablement la question de l'autonomie des sujets de droit que nous rencontrons. Le droit n'existe qu'au bénéfice des individus et nullement au bénéfice du juge, de l'État, de la nation, du Système, ou de quelque monstre abstrait. Le droit n'appartient, en propre, qu'à ses « propriétaires », ainsi peut-il toujours s'assurer que c'est bien à eux que revient le rôle de « dire le droit ». En d'autres termes, il s'agit de garantir leur possibilité de s'affirmer en tant qu'auteurs et destinataires du droit. Pour la philosophie du droit, ceci est l'occasion de constater, dans les faits, que le droit dans la société moderne est avant tout une possibilité et que cette possibilité est souvent, trop souvent, trahie au détriment des individus.

Retenons, contre les voleurs du droit, l'idée qu'une philosophie du droit qui ne reconnaît pas entièrement et sans réserve l'autonomie et la liberté des propriétaires du droit, ne vaut rien. Contre vents et marées, soulignons de plus que, dans notre modernité juridique, la possibilité du droit se fait (ou se trahit) selon l'autonomie et la liberté des individus et ceci à nos risques et périls, bien sûr, puisque les puissances d'aliénation qui aiment nos dos courbés sont, hélas, souvent plus fortes que nos investissements dans une modernité juridique où il fait bon vivre.

LA PHILOSOPHIE DU DROIT DOIT SE LIBÉRER DE TOUT FONDATIONALISME

Personne, à présent, ne sera surpris par le rappel de notre quatrième assertion : La philosophie du droit doit impérativement se libérer de tout fondationalisme. C'est-à-dire qu'elle doit se défaire de l'illusion, si répandue dans le monde juridique, qu'il existe quelque part un « fondement » disponible, ou encore la possibilité pour le droit de se forger une telle « fondation ».

Ne pouvant guère escompter que tous nos lecteurs soient familiers avec le sens du mot fondationalisme et par conséquent à même d'identifier un discours marqué par une telle pensée, il nous faut, d'abord, expliquer brièvement ce que nous entendons par une telle notion[27]. Est fondationaliste tout raisonnement à l'égard du droit qui mobilise, d'une façon ou d'une autre, une référence quelconque, implicite ou explicite, à une « fondation », un « fondement », une « justification », un « a priori », un « principe », une « règle de droit », etc., supposé lui donner du sens, le justifier. Il y a par conséquent deux moments dans tout discours fondationaliste : 1. Le fait de mobiliser, consciemment ou non, une volonté de « fonder » le discours en se référant à la conscience, la raison, le raisonnable, l'à priori, l'à posteriori et ainsi de suite. 2. Le fait de prêter une « objectivité » (i.e. un fond, un haut ou un bas, un « sol », une base, une raison, une « positivité », etc.) ou un caractère « concret » aux concepts qui vont nous préoccuper par la suite, comme Éthique, Science, Justice, Biens, etc., ce qui permet, supposément, au discours de se « fonder », se valoriser, se justifier, etc. Notons que dans le discours fondationaliste, ces deux moments se trouvent souvent confondus dans un style philosophique monolithique et ce, entre autres raisons, par manque d'autocompréhension chez l'auteur.

Ajoutons que le procédé rhétorique le plus souvent utilisé des nos jours par un fondationaliste, est de postuler qu'il peut, à lui seul, faire « une fondation en raison » du droit et que cette fondation vaudra quelque chose. Cependant, le fait qu'il n'existe pas de « matière » pouvant être utilisée pour « fonder » en raison et que, jusqu'à aujourd'hui,

27. Cf. Bjarne Melkevik, « Fondation » ou « sélection » des normes. Plaidoyer pour une modernité communicationnelle », Conférence lors du colloque « Challenges for Democracy : Rethinking Political Philosophy », Université de Guelph, Ontario, 7-9 mai 1993 ; à paraître dans, *idem*, *Habermas : Droit et démocratie délibérative*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, en 2010.

personne n'a pu voir « le droit » ni en disposer comme d'une « chose », est bien la preuve de l'impossibilité de la tâche. Prétendre le contraire, bien sûr, fait partie de la « spin » sécurisante, mais passons !

Si nous entrons de plain-pied dans l'univers « fondationaliste – juridique », force nous est de constater la diversité de ses discours, leur prolifération et la lutte sans merci qui se joue entre eux. Dans notre objectif, restreignons-nous au discours fondationaliste « concrétiste » (dans le sens examiné plus haut) dont les exemples les plus populaires traitent de la fondation du « droit » (ou du « double-aveugle » qui en tient lieu) sur l'Éthique ou la Science, ensuite sur la Justice ou le Bien.

Nous pouvons dire que les discours en faveur d'une fondation sur l'Éthique ou la Science représentent, aujourd'hui, à la fois notre « passé composé » et notre « passé présent ». Il s'agit des deux discours de fondation les plus populaires au 20e siècle et peut-être encore maintenant. En ce qui concerne, d'abord, les discours de fondation sur l'Éthique, rappelons comment ce concept, compris en tant que « « des valeurs » supposées partagées par tous », a été instrumentalisé comme fondement inébranlable du droit[28]. L'idée (dite de « raison ») que mettent de l'avant les fondationalistes, c'est que le droit s'exprime en tant que valeur parmi d'autres valeurs fondamentales et humaines. Introduire un discours fondationaliste associant l'Éthique et le Droit est donc perçu, par ses zélateurs, comme l'accès « rationnel », intuitif, etc. (médiatisé par la conscience ou par la morale individuelle) au sens même du « Droit ». L'image est en effet séduisante car elle suggère que le « droit », en tant que fondé sur une Éthique, est en lui-même, par conséquent, également « éthique ». Grâce à une telle référence fondationaliste, le « droit » se trouve à bénéficier, comme par magie, de la gloire du concept « d'Éthique » ! Ainsi tout le « droit » (ou l'Idéo-droit de circonstance) peut alors être construit, justifié et expliqué, à partir de ce concept. Pour les amis fondationalistes de l'Éthique, le monde,

28. Pour s'orienter dans la littérature fondationaliste sur Éthique, mentionnons pêle-mêle : Christophe Gregorczyk, *La théorie générale des valeurs et le droit*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de philosophie du droit n° 25, 1982 ; Georges Kalinowski, *Le problème de vérité en morale et en droit*, Paris, Édition E. Vitte, 1967 ; Michael J. Detmold, *The Unity of Law and Morality,* London, Routledge & Kegan Paul, 1984 ; Henrik Palmer Olsen & Stuart Toddington, *Law in its own right*, Oxford, Hart Publishing, coll. Legal Theory Today, 1999 ; Deryck Beyleveld & Roger Brownsword, *Law as a Moral Judgment*, London, Sweet and Maxwell, 1986.

et le « droit » inclus, n'a tout simplement pas la permission idéologique d'être autre chose…

Intéressons-nous maintenant au discours fondationaliste qui s'appuie sur le concept de « Science ». Nous retrouvons, là encore, l'Idéo-droit qui cherche à entrer en scène. Le fait qu'aucune conception se rapportant au « droit » n'ait pas réussi, jusqu'à ce jour, à respecter les critères de scientificité qui résident dans une approche nomotique ou axiomatique des sciences[29], n'a en soi aucune importance pour l'idéologie fondationaliste. Le fondationalisme permet de faire semblant et d'utiliser, de manière illégitime, le mot (et le prestige) du concept « science » sans se soucier outre mesure de sa signification et de ses implications[30]. Il s'agit de se persuader soi-même et de persuader les autres qu'on fait de la science en utilisant des mots, des phrases, des styles, des raisonnements calqués sur le discours scientifique, laissant entendre qu'il existe une soi-disant « fondation » scientifique qui les justifie et les autorise[31]. En d'autres mots, en faisant semblant que le concept de « droit » (ou le placebo utilisé pour la circonstance) a fusionné avec celui de « science », on obtient l'effet qu'il y a, désormais, « a new boy in town ». C'est alors un nouveau concept – le prétendu « droit scientifique » – qui brille de tous ses feux de pacotille sur la piste. Mais, en fait, il s'agit d'un nouveau concept qui n'a guère de sens rationnel une fois gratté le vernis fondationaliste.

Cette pensée ne puise pas qu'aux concepts d'Éthique ou de Science. Un regard sur la philosophie du droit nord-américaine, en particulier, montre qu'aujourd'hui on s'y dispute entre partisans d'une « fondation » sur la « Justice » et partisans d'une fondation sur le « Bien ».

29. Et pour cause, puisque c'est une mission impossible.
30. La littérature fondationaliste d'Idéo droit « scientifique » est aujourd'hui sans borne ; exemplifions-le (sans discrimination) par les travaux de Denys de Béchillon, « L'ordre juridique est-il complexe » dans Denys de Béchillon (dir.), *Les défis de la complexité. Vers un nouveau paradigme de la connaissance ?*, Paris, L'Harmattan, 1994, p. 33-59 ; *idem*, *Hiérarchie des normes et des fonctions normatives de l'État*, Paris, Economica, 1996 ; *idem*, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997.
31. Cf. les livres séminaux de Sokal sur l'imposture « scientifique » chez les intellectuels français et postmodernes : Alan D. Sokal, *Pseudosciences et postmodernisme : adversaires et compagnons de route ?*, Paris, Odile Jacob, 2005 et Alan D. Sokal et Jean Bricmont, *Impostures intellectuelles*, Paris, Odile Jacob, 1997.

Parmi les voix de « l'axe de justice », la doctrine de Rawls[32] et son raffinement par ses disciples dans le domaine de la philosophie du droit[33], est emblématique. Dans cette conception, la fondation du droit est présumée nécessaire pour assurer que le dit droit soit « juste ». Il faut, selon cette conception, forger au préalable, nomologiquement, une conception de la « justice » qui soit susceptible de résumer, d'une façon « raisonnable », les intuitions normatives les plus intimes de tous les citoyens. Bref, il faut une fondation sur deux principes de justice que Rawls formule comme suit :

« 1) 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.

2) 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. »[34]

Le fondationalisme rawlsien suppose que si, par intuition morale, vous jugez l'idée de « justice » comme étant correcte et morale (ainsi Rawls boucle-t-il son système de telle manière que tout autre jugement devient anormal)[35], vous obtenez du même coup un fondement pour le droit, les institutions, la politique et tutti quanti. Qui n'a pas envie

32. John Rawls, *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1re édition 1987, 2e édition 1997 ; *idem*, *Droit et démocratie*, Paris, Seuil, 1993 ; *idem*, *Libéralisme politique*, Paris, Presses universitaires de France, 1995 ; *idem*, *Le droit des gens*, Paris, Éditions Esprit, 1996 ; *idem*, *Leçons sur l'histoire de la philosophie morale*, Paris, La Découverte, 2002 ; *idem*, *La justice comme équité : une reformulation de théorie de la justice*, Montréal, Boréal, 2004 ; *idem*, *Paix et démocratie – Le droit des peuples et la raison publique*, Montréal, Boréal, 2006. Cf. notre critique du fondationalisme chez John Rawls, dans Bjarne Melkevik, *Rawls ou Habermas. Une question de philosophie du droit*, *op. cit.*

33. Voir Henry S. Richardson & Paul J. Weithman (dir.), *The Philosophy of Rawls. A Collection of Essays*, 5 volumes, New York, Garland, 1999.

34. John Rawls, *Libéralisme politique*, *op. cit.*, p. 29-30.

35. Voir Bjarne Melkevik, *Rawls ou Habermas. Une question de philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 41-44.

d'y croire ? De refaire, à genoux, le pari pascalien[36] au bénéfice maintenant d'un « droit » qui soit enfin fondé, et au surplus sur le concept de « justice » ! Qui n'a pas envie d'y croire ?

C'est le même son de cloche que nous retrouvons chez les partisans d'une fondation du droit sur le « Bien ». La mélodie reste la même, seules les paroles changent puisque c'est maintenant l'introduction du concept de « bien » qui capte l'attention ! Mais qu'est-ce que le « bien » ? Comment

36. Blaise Pascal, *Pensées* (extrait du fragment 233, dans l'édition de L. Brunschvicg), Paris, Garnier, 1983 : « Vous avez deux choses à perdre : le vrai et le bien, et deux choses à engager : votre raison et votre volonté, votre connaissance et votre béatitude ; et votre nature a deux choses à fuir : l'erreur et la misère. Votre raison n'est pas plus blessée, en choisissant l'un que l'autre, puisqu'il faut nécessairement choisir. Voilà un point vidé. Mais votre béatitude ? Pesons le gain et la perte, en prenant croix que Dieu est. Estimons ces deux cas : si vous gagnez, vous gagnez tout ; si vous perdez, vous ne perdez rien. Gagez donc qu'il est, sans hésiter. »

Quant au sens chrétien de ce Pari pascalien (qui se distingue donc du sens apparent auquel nous nous référons dans notre article), voir l'étude éclairante et lucide de Per Lönning, *Cet effrayant pari : une « pensée » pascalienne » et ses critiques*, Paris, Vrin, coll. Bibliothèque d'histoire de la philosophie, 1980. La force de l'étude de Lönning, c'est de prouver qu'il ne s'agit pas ici d'un paralogisme (et non plus d'un dramatique de la foi !), mais que le pari relève d'un véritable dialogue sur le plan d'une prise de conscience individuelle et réfléchie. Comme l'affirme l'auteur, on doit comprendre le Pari « Non comme stade universellement vérifiable à l'intérieur d'un schème de développement personnel, ni comme une définition suffisante de l'existence humaine ou de la vie chrétienne. Mais 1) comme un moyen approprié – et certainement pas le seul imaginable – pour démasquer une incroyance rationalisée, et 2) comme une description – qui se peut varier en langage ; mais non en substance – de ce en quoi consiste la croyance (...). Être humain, c'est parier, c'est « travailler pour l'incertain », les yeux ouverts ».

Ce qui ne peut être fait, concédons-le, qu'avec l'intelligence de soi et de ses propres faiblesses ! Autrement dit dans une valorisation d'une auto compréhension où la foi chrétienne nous enjoint de prendre la pleine responsabilité de nos choix. Sur le plan philosophique cela nous conduit vers Sören Kierkegaard, *Ou bien… Ou bien…*, Paris, Gallimard, coll. Tel, nº 85, 1984 ; mais également sur le plan de la philosophie du droit, vers la métaphore (ou parabole) « etiamsi daremus » de Hugo Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, Paris, Presses universitaires de France, 1999, p. 12 (Prolégomènes XI). Notons que la métaphore de « etiamsi daremus » était un lieu commun, dès 16e siècle, issu de la Seconde Scolastique espagnole ; la métaphore se trouve dans les écrits de Gabriel Vasquez, Francisco Suárez, et ainsi de suite. L'origine se trouve dans les *Sentences* de Grégoire de Rimini (i.e. Gregorii Ariminensis). Sur le « etiamsi daremus », voir John Saint Léger, *The « etiamsi daremus » of Hugo Grotius : a study in the origins of international law*, Rome, Herder, coll. Pontificum athenaeum internationale « Angelicum », 1962 ; Franco Todescan, *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico. Il problema della secolizzasione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio*, Milan Giuffré, 1983 ; Franco Todescan, *Etiamsi daremus. Studi sinfonico sul diritto naturale*, Padoue, Cédam, 2003.

le trouver ? Et où ? Bien sûr, tout comme pour l'idée de « justice », nous n'avons accès qu'au ciel des concepts. Toute autre porte nous est, hélas, irrémédiablement fermée. Quoiqu'il en soit, c'est le philosophe anglais du droit John Finnis qui fait autorité quant à une fondation en raison, sur le concept de « bien »[37].

En effet, Finnis lance l'idée qu'il existe sept formes fondamentales de bien humain. Il les énumère comme suit : la vie, la connaissance, le jeu [ludique], l'expérience esthétique, la sociabilité (amitié), la raisonnabilité pratique et la religion[38]. Ce dernier bien, la religion, Finnis le pense dans un sens très large, non pas seulement en référence à une « religion » organisée, mais en tant que propension à organiser sa vie et sa pensée sur l'axe d'un moyen vers une fin. Ainsi, dans notre « finitude », la « religion » devient-elle un bien comme antithèse du non-sens, de la vacuité ou du chaos[39]. La « religion », en ce sens, est, chez Finnis, un concept topique – et nullement analytique – de même que les autres « biens ». Quoiqu'il en soit, une fois ces « biens » philosophiquement définis, le fondationalisme prend toute question de « droit » en charge comme autant de paliers, d'étages d'un échafaudage, qui se justifie toujours par une telle fondation. Dans une logique fondationaliste de « bien », le « droit » n'est ici que fondé sur ces « biens ». Il n'est pas autre chose, par conséquent, que l'expression logique ou discursive de ce qui est exprimé sur le « fond » des « biens ». Notons, en passant, que la distinction ancienne entre une philosophie positiviste et une philosophie « jusnaturaliste » (ou de « droit naturel ») ne sert plus ici à rien, car l'une peut être tout autant fondationaliste que l'autre.

Il ne faudrait pas croire pour autant que le fondationalisme moderne se satisfait des concepts mentionnés ! Le contraire est si vrai qu'il est tentant, pour tout fondationaliste, d'ajouter à son discours autant de concepts que l'inspiration (ou la fantaisie) le lui permet. Il est fascinant de voir comment un auteur tel que Ronald Dworkin, partant d'un fondationalisme de type « justice », peut avec

37. John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press (1980) 1989. Sur le droit naturel de Finnis, voir le numéro spécial « The Work of John Finnis » dans *Vera Lex* , New Series, Vol. 6, nº 1 & 2, 2005, p. 1-181.

38. John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*, p. 83-90.

39. Notons que John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*, p. 98 , affirme que cette conception de « religion » vient de Ciceron, *De Natura Deorum*, tel qu'expliquer par Eric Voegelin, *Order and History*, vol. 4, *The Ecumenic Age*, Baton Rouge, 1974.

joie (et beaucoup de verve poétique), mobiliser d'autres concepts tels que « dignité », « intégrité », « comptabilité » (accountability), « égalité », etc.[40]. Rien n'empêche un philosophe du droit comme le Canadien Sud-Africain David Dyzenhaus de reprendre, d'ailleurs magistralement, tous les concepts de Dworkin pour les infléchir dans le sens d'un fondationalisme du « bien » et de l'éthique, en même temps qu'il mobilise d'autres concepts tels que « communauté illimitée », « structure profonde », « cohérence morale », « morale judiciaire », etc.[41] Mentionnons, entre autres, le Canadien Will Kymlicka qui, en œuvrant pour une nouvelle synthèse entre « justice » et « bien » (ou encore entre libéralisme et communautarisme/républicanisme), utilise les concepts de « reconnaissance », « identité », « authenticité », « égalité libérale », « biens premiers » et ainsi de suite[42]. Ici toute prétention à l'exhaustivité est bien sûr exclue par la force des choses puisque ce qu'il faut retenir, c'est qu'il n'y a pas de limites. Tout se vaut ! Tout ce qui brille est or ! Finalement, ce qui compte est le talent littéraire !

Mais que penser de tout cela ? Avouons-le, l'effet « sécurisant » du fondationalisme nous semble se rapporter à l'atavisme le plus humain, à savoir la peur du « vide ». Il ne s'agit, peut-être en effet, que de sa projection dans le domaine intellectuel en tant qu'attirance irrésistible pour tout « fondement ». En d'autres mots, comme la

40. Voir spécifiquement Ronald Dworkin, *L'empire du droit*, *op. cit.*

41. Davis Dyzenhaus, *Hard Cases in Wicked Legal System : South African Law in Perspective of Legal Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1991 ; *idem*, *Judging the Judges, Judging Ourselves. Truth, Reconciliation and the Apartheid Legal Order*, Oxford, Hart Publishing, 1998 ; *idem*, *Legality and Legality : Hans Kelsen, Carl Schmitt and Hermann Heller in Weimar*, Oxford, Oxford University Press, 1997. Cf. Bjarne Melkevik, « Légalité et légitimité : Réflexions sur les leçons de Weimar selon David Dyzenhaus », *Les Cahiers de droit*, vol. 40, nº 2, juin 1999, p. 459-477 ; republié dans Bjarne Melkevik, *Habermas, droit et démocratie délibérative*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2010.

42. Will Kymlicka, *Les théories de la justice : libéraux, utilitaristes, libertariens, marxistes, communitariens, féministes*, Montréal, Boréal, 1999 (repris Paris, La Découvert et Syros, 1999) ; *idem*, *La citoyenneté multiculturelle : une théorie libérale du droit des minorités*, Montréal, Boréal, 2001 ; *idem*, *La voie canadienne : repenser le multiculturalisme*, Montréal, Boréal, 2003. Également, *idem*, « Droits de l'homme et justice ethnoculturelle », dans Lukas K. Sosoe (dir.), *Diversité humaine. Démocratie, multiculturalisme et citoyenneté*, Paris, L'Harmattan et Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2002, p. 387-406. Sur Kymlicka, voir Bjarne Melkevik, *Réflexions sur la philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 61-78.

crainte intellectuelle de manquer de « fondement », de « fondation » et le désir tellement humain de se forger, entre « ciel et terre », un placebo philosophique. Mais ce qui peut être justifié pour les singes qui se balancent dans les hauteurs béantes des arbres, n'est peut-être pas si intelligent (moins encore « réaliste ») pour ce qui concerne le droit humain. Ne faut-il pas plutôt, en tant qu'adulte, nous émanciper de toute logique simiesque et assumer ce fait que le droit ne possède aucun fondement, qu'il est futile de prétendre en construire un et que tout cela n'a guère de sens aujourd'hui ?

Affirmons que si l'activité « juridique », le droit, n'a aucune fondation, il ne nous reste que ce que nous appellerons le « sélectionisme »[43], à savoir l'acceptation du fait qu'il n'existe que des individus, des individus qui agissent, qui pleurent, qui marchent dans les rues, qui mangent, qui s'aiment, qui se haïssent. Bref, que le droit est soumis à nos forces et nos faiblesses tellement, ou trop, humaines ! Cessons de nous bercer d'illusions fondationalistes, aussi séduisantes et « philosophiques » soient-elles, et œuvrons plutôt pour que l'activité juridique rejoigne le souci des hommes et des femmes, à l'intérieur d'une conception moderniste du droit[44]. Cela signifie donc que les individus doivent prendre part à deux processus comparables : un processus démocratique qui consiste à sélectionner, en toute autonomie et en toute réciprocité, ce que nous acceptons d'honorer comme des droits, des « normes » et des institutions ainsi qu'un processus judiciaire (autrement dit de droit) où nous sélectionnons, notamment par nos arguments, ce que nous acceptons d'honorer comme des positionnements en « droit ». Tout ceci, sachant que nous le ferons toujours à nos risques et périls, et toujours sous la menace réelle des forces de l'hétéronomie qui n'apprécie jamais qu'on se tienne débout et marche librement.

Retenons, en somme, que prétendre se fonder sur un concept ou l'autre, ou effectuer une fine sélection de concepts à la mode (ou dits « sympathiques ») revient au même, puisque c'est, dans le meilleur des cas, une lutte stérile de concepts qui en résultera ! Toutes les conceptions fondationalistes, sans exception, ne sont que leurre pour l'esprit. Bien que la philosophie du droit ait longtemps succombé à cet atavisme

43. Il s'agit d'un néologisme faisant référence d'un « discours de sélection ».
44. Cf. Bjarne Melkevik, *Considérations juridico-philosophiques*, *op. cit.*

intellectuel, force est de constater, aujourd'hui, qu'on ne peut qu'en être aveuglé.

QUATRE ENTERREMENTS POUR UNE LIBÉRATION

À vol d'aigle, nos quatre enterrements nous ont permis de constater que c'est :

1) une malfaisance que d'assigner le rôle de gardien de l'écriture de la doctrine juridique à la philosophie du droit ;
2) un aveuglement que d'accepter un monopole étatiste quant à la compréhension du droit moderne ;
3) une monstruosité que de vouloir penser le droit en l'absence de son propriétaire, à savoir l'individu ; également un crime de complicité dans la réification injustifié de cet individu ;
4) une incongruité, une faute intellectuelle grave, que de se laisser obnubilé par un quelque discours fondationaliste concernant le droit.

Il faut s'émanciper de tout cela ! Non seulement une philosophie moderne du droit n'a pas à accepter (encore moins promouvoir) de tels obstacles et dogmatismes, mais elle doit plutôt travailler à les éliminer au bénéfice d'une conception moderniste du droit et de la société.

Au-delà de toutes les précisions, développements théoriques et philosophiques, qui pourraient être ajoutés, insistons sur le fait que c'est une image réconfortante et apaisante de la philosophie du droit qui vient d'éclater en mille morceaux. Il serait, à notre sens, aberrant de croire que cette discipline puisse aujourd'hui pallier aux insuffisances dans le domaine du droit, ou qu'elle puisse nous permettre d'oublier que ce dernier se fait sur le plan des individus, avec toutes les ambiguïtés et les « tensions » que cela provoque. La philosophie du droit, qu'on le veuille ou non, est dans la mêlée ; elle fait partie de notre capacité à formuler nos problèmes et nos insuffisances dans le domaine du droit, ni plus ni moins. En tant que telle, c'est un élément qui travaille avec les acteurs du droit sur la possibilité du droit et d'une culture juridique véritable.

C'est ici qu'un brin de réalisme est nécessaire puisque c'est la question même de la modernité du droit qui nous a permis de faire

cette critique et c'est la perspective de cette modernité qui doit toujours nous intéresser, puisque que c'est en son sein que nous retrouvons la question de la philosophie du droit contemporaine comme inéluctablement située dans un rapport réfléchi à une modernité juridique en perpétuel développement ou métamorphose. S'il nous faut caractériser cette modernité, c'est d'abord l'image du labyrinthe qui nous vient à l'esprit, labyrinthe qui se fait et se défait sans cesse, dans une « complexification » toujours grandissante, où l'absence de portulan fait que seul notre engagement, notre confiance, notre volonté, notre « pensée » en faveur du droit, peuvent nous soutenir et nous permettre d'agir en conséquence. D'où la nécessité, sur le plan de la philosophie du droit, d'une définition (ou d'une caractérisation philosophique) de cette modernité, affirmant par elle que les individus doivent être capables, en toute autonomie, de se reconnaître mutuellement, aussi bien comme les auteurs que les destinataires de leurs lois, de leurs normes, de leurs institutions et de leur droit.

La modernité juridique est avant tout une exigence qui se fait sous le haut risque de sombrer dans son contraire, l'hétéronomie, pour peu que viennent à faire défaut nos engagements, nos investissements en sa faveur. C'est d'ailleurs le rôle de la philosophie du droit d'accompagner et de faire sienne cette exigence sur le plan des individus, puisqu'ils sont les seuls capables de la soutenir.

2

PARLEZ « NOVDROIT » ! OU COMMENT LE POLITIQUEMENT CORRECT SE LÉGITIME « JURIDIQUEMENT »[1]

Nous vivons à une époque où le « novdroit » occupe le devant de la scène et se drape, en majesté, dans le manteau d'un parler « droit ». Continuellement prise d'assaut et davantage en otage, notre contemporanéité se caractérise ainsi par un discours du pouvoir, de manipulation, de rectitude politique et d'éthique, utilisant le mot « droit » pour imposer son idéologie, ses intérêts particuliers et sa mainmise sur les autres. Le parler « novdroit » est devenu la novlangue de toute circonstance, de toute occasion pour s'imposer, pour être vu et entendu et surtout pour célébrer l'ère d'un nouvel obscurantisme.

Il n'y a qu'à ouvrir un journal ou un livre pour repérer le mot « droit » étalé sur presque toutes les pages et de toutes les façons. Celui qui, par malheur, allume la télé, aura l'occasion d'observer, horrifié, une panoplie sans limite de politiciens, d'experts ou de professeurs de tout acabit, d'éthiciens ou de moralistes, de scientifiques ou de philosophes, de sportifs ou de vedettes de « Showbiz » et d'« Entertainment », etc., qui, avec joie, parlent « novdroit » avec aisance et délectation.

1. Une première version de ce texte à été publié sous le titre « Parler novdroit » ! Un désarroi saisi par la philosophie du droit », dans *Revista româna de drept privat* (Bucarest – Roumanie), 2007, nº 6, p. 214-250, accompagné par sa traduction en langue roumaine. « Vorbind pe limba « Noudreptului » ! Perceptia filosoiei dreptului asupra unei situatii de criza », et publié vis-à-vis.

C'est sans aucun doute le prestige historique et idéologique du mot « droit » qui attirent et qui séduisent. Les sociétés occidentales ne cessent de mêler le mot « droit » à un nombre toujours croissant d'activités humaines au point que l'inflation de ce mot coupe le souffle des plus hardis. C'est comme si toute activité factuelle devait nécessairement avoir son répondant idéologique dans un monde à part, un monde parallèle, déclaré comme n'étant rien d'autre que le « droit ». En fait, un partisan du « novdroit » mobilise invariablement l'image mentale prétendant que si le fait existe, alors le « droit » répondant existe également et ceci par la vertu magique d'un monde parallèle de positivité idéologique qui, fort opportunément, double le monde où nous vivons. Cette croyance insiste spécifiquement sur l'idéologie qui veut que si le fait de manger existe, le droit de manger existe alors également (pour un thaumaturge du « novdroit ») par un effet de miroir. Pareillement, si le fait de « santé » existe, le droit à la santé existe aussi comme simple conséquence. Bien entendu, si la faim existe aussi, c'est un scandale au regard du « droit » qui devrait lui correspondre et c'en est d'ailleurs un autre qui doit arriver à l'oreille de tous si la non santé – pour ne rien dire de la maladie ! – est un état trop répandu.

Comprenons bien : il s'agit toujours, pour les partisans du « novdroit », d'un manque quant à l'être ou quant à l'avoir portant supposément atteinte à un « droit » qui existerait pour tous. Le partisan du « novdroit » peut, en conséquence, toujours affirmer qu'il n'exprime pas de souhait, d'idéal ou d'utopie ; avec véhémence, il affirmera qu'il ne saute pas de l'Être au Devoir-être (i.e. le il-ne-faut-pas humien)[2]

2. Autrement dit « le paralogisme naturaliste » (aussi dénommé le « sophisme naturaliste » ou encore « la guillotine de Hume ». Selon ce dernier : « Je ne peux m'empêcher d'ajouter à ces raisonnements une remarque que, sans doute, l'on peut trouver de quelque importance. Dans tous les systèmes de morale que j'ai rencontrés jusqu'ici, j'ai toujours remarqué que l'auteur procède quelque temps selon la manière ordinaire de raisonner, qu'il établit l'existence de Dieu ou qu'il fait des remarques sur la condition humaine ; puis tout à coup, j'ai la surprise de trouver qu'au lieu des copules est, ou n'est pas habituelles dans les propositions, je ne rencontre que des propositions où la liaison est établie par doit ou ne doit pas. Ce changement est imperceptible ; mais il est pourtant de la plus haute importance. En effet, comme ce doit ou ce ne doit pas expriment une nouvelle relation et une nouvelle affirmation, il est nécessaire que celles-ci soient expliquées : et qu'en même temps on rende raison de ce qui paraît tout à fait inconcevable, comment cette nouvelle relation peut se déduire d'autres relations qui en sont entièrement différentes. Mais comme les auteurs n'usent pas couramment de cette précaution, je prendrai la liberté de la recommander aux lecteurs, et je suis persuadé que cette légère attention détruira tous les systèmes courants de morale et nous

ou, avec hauteur, il clamera qu'il n'énonce que le résultat ultime et final du positivisme scientifique, l'état du monde ou encore l'état d'un droit (ou l'État du droit) qui est supposé exister et s'exprimer par l'utilisation illimitée du suffixe « droit ».

Dans notre essai, il s'agit d'examiner, hélas uniquement à grands traits, le phénomène du « novdroit » et de réfléchir au désarroi qu'il provoque. Il faut – telle est la thèse que nos défendrons ici – réfréner l'engouement contemporain pour le parler « novdroit », ou encore le novlangue dans le domaine du droit et peut-être, nous l'épaulons fortement, prendre au sérieux l'alternatif résidant dans l'horizon d'une modernité juridique continuellement en train de se faire et qui n'appartient, en fin de compte, concrètement qu'à l'homme et à la femme[3]. Commençons donc d'abord par deux exposés plus poussés du phénomène et du sens de ce parler « novdroit », avant d'aborder ses manifestations dans le domaine de la dogmatique juridique, de la philosophie du droit et du multiculturalisme.

1. DU NOVLANGUE AU « NOVDROIT »

Retenons notamment que le parler « novdroit » n'est qu'une partie du phénomène du parler novlangue. Disons qu'il s'agit de la partie du parler novlangue qui cherche à se rendre autonome, à se distinguer et qui, dans une certaine mesure, a subséquemment réussi à obtenir une relative indépendance. Cela se confirme d'ailleurs par le fait qu'un locuteur contemporain du « novdroit » peut, avec dédain, refuser toute parenté, comme le parvenu refuse qu'on lui parle de son père ou encore de sa mère. Or, la parenté est là et, à la limite, rien de ce parler « novdroit » ne peut être décrypté avant que le phénomène du novlangue ait lui-même été compris. C'est ce qui nous oblige, bien entendu,

---

montrera que la distinction du vice et de la vertu ne se fonde pas uniquement sur les relations des objets et qu'elle n'est pas perçue par la raison », *Traité de la nature humain*, t. 2, Paris, Aubier, 1946, p. 585-586. Sur le « paralogisme naturaliste », voir l'étude de Gardies, Jean-Louis, *L'erreur de Hume*, Paris, Presses universitaires de France, 1987.

3. Voir Melkevik, Bjarne, *Horizons de la philosophie du droit*, Paris, L'Harmattan et Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1998, coll. Diké, 2004 ; *Réflexion sur la philosophie du droit*, Paris, L'Harmattan et Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2000 ; *Rawls ou Habermas : Une question de philosophie du droit*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2002 ; *Considérations juridico-philosophiques*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2005 ; et *Tolérance et modernité juridique*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2006.

à nous intéresser à celui qui a découvert l'existence du novlangue, à savoir George Orwell[4].

C'est dans un ouvrage fascinant intitulé « 1984 » que cet auteur nous fait part de sa découverte[5]. Sous prétexte d'écrire un livre de fiction – derrière lequel se cache un véritable livre de philosophie politique[6] – il nous livre une description réaliste de nos existences modernes qui laisse voir à quel point celles-ci se déroulent dans le langage et par le langage. Précurseur, il s'intéresse au fait que le langage donne du « pouvoir » et que le langage naturel représente le point faible

4. Orwell, George, [i.e. Eric Blair], *1984*, Paris, Gallimard, 2006. Notons que nous lisons 1984 en liaison avec l'autre livre le plus connu de George Orwell, *La ferme des animaux*, Paris, Gallimard, 2005.

5. Orwell, George, *1984*, *op. cit.*, p. 395-408. Précisons que la critique de George Orwell ne vise pas feu le régime léniniste-stalinien, mais, d'une façon plus précise, le sens à attribuer à « la société » du vingtième siècle. Sur le plan de la philosophie, c'est plus spécifiquement le livre de Burnham, *The Managerial Revolution ; what is happening in the world*, New York, John Day Co, 1941 (réédité plusieurs fois) ; traduction française : *L'ère des organisateurs*, Paris, Calmann-Lévy, coll. Liberté de l'esprit, 1948 (c. 1947) qui le préoccupe et qu'il critique. George Orwell avait déjà écrit un article polémique contre Burnham, « Second Thoughts on James Burnham », Polemic, mai 1946, et repris, sous un autre titre, comme pamphlet, *James Burnham on the Managerial Revolution*, Londres, Socialist Book Centre, 1946 ; traduction française, George Orwell, James Burnham et l'ère des organisateurs, dans *Essais, articles, lettres*, Paris, Éditions Ivrea et Éditions de l'Encyclopédie des nuisances, Volume IV (1945-1950), 2001, p. 198-221. On mentionnera encore que James Burnham explique et approfondit ses idées un autre livre, *Les machiavéliens, défenseurs de la liberté*, Paris, Calmann-Lévy, coll. Liberté de l'esprit, 1949. Notons encore que James Burnham était initialement communiste, membre du parti communiste des États-Unis jusqu'en 1940, et que, à la suite de sa défense du trotskisme, il s'est coupé du mouvement communiste. Il est ensuite devenu un des critiques les plus virulents du communisme et de totalitarisme dans le monde anglo-saxon. Burnham est aujourd'hui considéré comme un des pères du néo-conservatisme américain.

6. Voir Michéa, Jean-Claude, *Orwell, anarchiste tory ; suivi de À propos de 1984*. Paris, Climats, 2000. Qu'il nous soit permis d'écrire que nous ne sommes pas du tout convaincu que Orwell soit, comme l'affirme Michéa, un « anarchiste tory ». On rappellera que l'auteur de 1984 utilise la notion d'« anarchiste tory » pour caractériser les idées réactionnaires de Jonathan Swift, l'auteur des *Voyages de Gulliver*, Paris, Gallimard, 1984. De Swift il dit : [c'est] « un anarchiste tory, qui méprise l'autorité sans croire à la liberté, et qui défend une conception aristocratique tout en voyant bien que l'aristocratie de son époque est dégénérée et méprisable. Quand Swift se lance dans une de ses diatribes caractéristiques contre les riches et les puissants, on doit probablement […], tenir compte du fait qu'il avait appartenu lui-même au parti vaincu et avait été frustré dans ses ambitions personnelles. ». George Orwell, *Tels, tels étaient nos plaisirs et autres essais (1944-1949)*, Paris, Éditions Ivrea et Éditions de l'Encyclopédie des nuisances, Paris, 2005, p. 176-177.

où étatisme, idéologie et domination peuvent, avec aisance, s'infiltrer pour gouverner, manipuler et assurer le pouvoir au profit d'oligarchies laïques, théocratiques ou juridiques aux mains toujours avides. Celui qui peut se rendre maître du langage sera le maître des hommes et des femmes. En tant que maître du langage, il peut aisément installer son règne dans l'esprit des individus pour briser, détourner et manipuler leur volonté, quand ce n'est pas pour casser leur capacité, voire leur désir, d'utiliser le langage naturel, l'« ancilangue »[7]. Ainsi se profile un contrôle doux et invisible de la parole et du langage disponible pour les individus et une mainmise sur leurs vies et leurs interactions, mais surtout l'introduction d'une cage de fer embastillant leur conscience et endommageant leur autonomie.

L'histoire de 1984 nous importe peu en soi. Il ne s'agit, rappelons-le, que d'un prétexte, d'un alibi, pour dépeindre le rôle du novlangue dans notre société et nos vies contemporaines et il nous semble, en conséquence, qu'un rappel succinct de l'intrigue suffise. Retenons en somme que le protagoniste du livre est un dénommé Winston Smith, fonctionnaire anonyme et subalterne du département de la Vérité. Smith vit dans une société non-déterminée, dite Océanie, avec sa capitale Londres (mais cela aurait pu être Paris, Pékin, Lagos ou Islamabad). Le régime y est autoritaire puisque le Parti unique (i.e. la Pensée unique ou encore le « Langage » unique) surveille en permanence les actes et les faits de tout un chacun. Trois slogans régissent cet univers : « La guerre c'est la paix », « La liberté c'est l'esclavage », « L'ignorance c'est la force » ; quatre ministères l'organisent – Vérité, Paix, Amour, Abondance et la population est répartie, hiérarchiquement, en trois classes sociales : le Parti intérieur (les dirigeants), le Parti extérieur (les subalternes), les prolétaires (les ouvriers, les travailleurs et les laissés-pour-compte vivant comme des objets, sans voix, pour le Parti ou simplement pour la Pensée unique)[8].

7. Orwell, G., 1984, *op. cit.*, p. 72-75. *Ibidem*, p. 395 s.
8. Il s'agit, nous le pensons, d'une description du monde tirée de James Burnham, *L'ère des organisateurs*, *op. cit*. Comme l'affirme George Orwell : « En effet, la vision géographique du monde nouveau proposée par Burnham s'est révélée exacte. Il est de plus en plus évident que la Terre va se trouver partagée en trois grands empires [...] et dirigée, sous un déguisement ou sous un autre, par une oligarchie échappant à tout contrôle démocratique », *Essais, articles, lettres, vol. IV (1945-1950)*, *op. cit.*, p. 15. De pareils jugements sur Burnham se reviennent fréquemment sous la plume d'Orwell.

Winston Smith effectue un travail important car il s'occupe de retoucher les journaux déjà parus pour corriger les erreurs d'écriture relatives au Parti et à son chef invisible nommé Big Brother (i.e. Grand Frère). S'il est avéré que le Parti ne se trompe jamais, il arrive que l'écriture ne rende pas adéquatement compte de ce fait. Une fois l'Histoire révisée et les erreurs effacées, corrigées et les phrases réécrites, archives et faits à l'appui, il ne subsiste plus qu'une certitude, celle que ces erreurs n'ont jamais existé. La « vérité » corroborée par les faits et les archives (minutieusement corrigés pour fournir la « mémoire » vivante et dûment matérialisée), est toujours par elle-même évidente. Comme Winston Smith l'observe :

« Jour par jour, presque minute par minute, le passé était mis à jour. On pouvait ainsi prouver, avec la documentation à l'appui, que les prédictions faites par le Parti s'étaient trouvées vérifiées. Aucune opinion, aucune information ne restait consignée, qui aurait pu se trouver en conflit avec les besoins du moment. L'histoire toute entière était un palimpseste gratté et réécrit aussi souvent que c'était nécessaire. Le changement effectué, il n'aurait été possible en aucun cas de prouver qu'il y avait eu falsification »[9].

Bref, la « vérité »est comme une équation à deux inconnus qui se fait par la substitution d'un non-sens à un autre.

Le récit romanesque se déploie en quatre temps qui narrent la lente marginalisation (mais aussi une conscientisation tournant finalement en rond et se trahissant) de Winston Smith, lequel devient progressivement « criminel par la pensée », du fait qu'il tient un journal où il consigne ses pensées (ce qui est interdit), « rebelle aux politiques du Parti », du fait qu'il rencontre une jeune femme, Julia, membre de la ligue anti-sexe (i.e. une féministe à la lettre), avec qui il fait finalement l'amour en cachette (ce qui est contraire à la ligne de conduite du Parti), « objet de la Haine » entre les mains de la « Police de la Pensée » qui le torture pour ses crimes de langage (ce qui est une juste correction pour ses abominables crimes) et enfin, un « béni par Amour » qui finit par comprendre tous ses « crimes » et qui attend, avec gratitude pour la Parti et pour Big Brother, qu'on l'amène vers son lieu de « vaporisation » (en novlangue et d'exécution en ancilangue – ce qui montre que la justice existe en ce bas-monde, même si elle prend

9. Orwell, G., *1984*, *op. cit.*, p. 58.

parfois son temps)[10]. Ainsi : « La lutte était terminée. Il avait reporté la victoire sur lui-même. Il aimait Big Brother »[11].

Bref, tout le roman est une description montrant la puissance du novlangue. Orwell examine minutieusement comment le novlangue se révèle, grâce au Pouvoir, supérieur aux langues naturelles (i.e. ancienne langue ; en novlangue écrit « ancilangue »), lesquelles sont, comme chacun le sait, trompeuses et susceptibles d'être utilisées sans contrôle par des individus eux-mêmes hors contrôle. Donc l'impératif poussant à comprendre correctement la vertu du novlangue et comment celui-ci peut et doit, selon ses protagonistes, devenir la mesure de notre réalité et la forme d'expression pour notre soi-disant objectivité ou positivité. Orwell nous l'indique d'ailleurs dans un passage clé de son livre où s'exprime Smyrne, un des agents du régime :

– « Ne voyez-vous pas que le véritable but du novlangue est de restreindre les limites de la pensée. À la fin, nous rendrons littéralement impossible le crime par la pensée car il n'y aura plus de mots pour l'exprimer. Tous les concepts nécessaires seront exprimés chacun exactement par un seul mot dont le sens sera rigoureusement délimité. Toutes les significations subsidiaires seront supprimées et oubliées. […] Chaque année, de moins en moins de mots, et le champ de la conscience de plus en plus restreint. Il n'y aura plus, dès maintenant, c'est certain, d'excuse ou de raison de crime par la pensée. C'est simplement une question de discipline personnelle, de maîtrise de soi. Mais, même cette discipline sera inutile en fin de compte. La Révolution sera complète quand le langage sera parfait. […] Vous est-il jamais arrivé de penser, Winston, qu'en l'année 2050, au plus tard, il n'y aura pas un seul être humain vivant capable de comprendre une conversation comme celle que nous tenons maintenant ?
– Sauf…, commença Winston avec un accent dubitatif, mais il s'interrompit. […]

10. *Ibidem*, p. 65 : « Quelques fois, ils étaient relâchés et on leur permettait de rester en liberté pendant un an ou même deux avant de les exécuter. Parfois, très rarement, un individu qu'on avait cru mort depuis longtemps réapparaissait comme un fantôme dans quelques procès public, impliquait par son témoignage une centaine d'autres personnes puis disparaissait, cette fois pour toujours ».
11. *Ibid.*, p. 391.

– Les prolétaires ne sont pas des êtres humains, dit-il [i.e. Smyrne] négligemment. Vers 2050, plus tôt, probablement, toute connaissance de l'ancienne langue aura disparu. Toute la littérature du passé sera détruite. Chaucer, Shakespeare, Milton, Byron n'existeront plus qu'en novlangue. […] En fait, il n'y aura pas la pensée telle que nous la comprenons maintenant. Orthodoxie signifie non-pensant, qui n'a pas besoin de pensée. L'orthodoxie c'est l'inconscience »[12].

Soit ! Et pourtant ! Car si la description faite de notre réalité est ici juste, réaliste et claire (nonobstant bien sûr le fait qu'il existe encore des poches de résistance qui s'obstinent à fréquenter Chaucer, Shakespeare, Milton, Byron et d'autres livres non recommandables qui n'ont certainement pas été publiés pour instruire « comme il faut » et qu'il n'est guère d'intérêt d'énumérer ! Cela pourrait trop aisément fait surgir de mauvaises idées !), soulignons aussitôt que le novlangue épouse, comme l'eau le lit de la rivière, les formes même du pouvoir oligarque et dominant dans nos sociétés contemporaines.

Dans la postface de 1984, Orwell nous expose plus exhaustivement quelques principes du novlangue ; là, il en énonce surtout deux qui auront une grande importance pour notre objectif. D'abord, que : « Le vocabulaire du novlangue était construit de telle sorte qu'il pouvait fournir une expression exacte, et souvent très nuancée, des idées qu'un membre du Parti pouvait, à juste titre, désirer communiquer. Mais, il excluait toutes les autres idées et même les possibilités d'y arriver par des méthodes indirectes. L'invention de mots nouveaux, l'élimination surtout des mots indésirables, la suppression, dans les mots restants, de toute signification secondaire quoi qu'elles fussent, contribuaient à ce résultat »[13]. Ensuite, qu' : « En dehors du désir de supprimer les mots dont les sens n'était pas orthodoxe, l'appauvrissement du vocabulaire était considéré comme une fin en soi et ne laissait subsister aucun mot dont on pouvait se passer. Le novlangue était destiné, non à étendre, mais à diminuer le domaine de la pensée, et la réduction au minimum du choix des mots aidait directement à atteindre ce but »[14].

12. *Ibid.*, p. 74-75.
13. *Ibid.*, p. 396.
14. *Ibid.*

Retenons, en somme, que celui qui se rend maître de la langue, en occurrence du novlangue, maîtrise le monde, la vie des autres. Personne ne peut le contester, protester ou encore – quel outrage impensable ! – le critiquer. Comprenons bien que notre contemporanéité n'aura jamais d'ennemi plus féroce et impitoyable qu'elle-même.

2. SUR LE PARLER « NOVDROIT »

Qu'entendons-nous plus spécifiquement par le vocable « novdroit » ? Répondons qu'il s'agit d'une véritable langue nouvelle – une novlangue –, un parler « novdroit ». Pas une anomalie linguistique ou une quelconque usurpation idéologique du mot « droit » (même si cela fait bien entendu légion), mais bien une langue qui, comme les autres, est supposée, hypothétiquement donc, s'ouvrir à un réservoir social de signifiants. Pourtant, c'est surtout une langue particulière qui supprime toute pensée saine concernant les questions de droit et qui, en même temps, prépare et installe la mort pure et simple de tout projet juridique valable. Tel quel, il ne s'agit pas d'un discours concernant une situation juridique, non plus d'une discussion quant au choix juridique, mais bien d'une langue qui prétend pouvoir s'extérioriser comme une langue à part en prétendant parler « droit », c'est-à-dire « novdroit ».

Pour donner corps à ces observations, à ces thèses, nous synthétiserons trois éléments clés du « novdroit ».

Soulignons, primo, qu'il faut, dans une perspective de « novdroit », structurer le parler « droit » sur l'axe soit de l'être, soit de l'avoir. Ce qui signifie qu'il faut structurer le discours « novdroit » comme si le droit existait déjà, au dehors, dans la « réalité », dans la « société », dans la « matérialité », dans les « faits » et ainsi de suite. Il faut simplement que le « droit » (ou ce qui, ici, le remplace) existe, d'une façon ou d'une autre, comme « positivité » ou encore en tant que là, « physiquement ». En clair, que l'on puisse affirmer du dit « droit » qu'il existe d'une façon identifiable grâce au discours du « novdroit » ; ce qui laisse, bien entendu, beaucoup de latitude à ses partisans et bien sûr beaucoup d'espace à l'imagination. Pour affirmer l'existence déjà réalisée, déjà ici, du droit, il n'existe donc que les axes mentionnés de l'être et de l'avoir ainsi que les différents courants du « novdroit » luttant joyeusement entre eux pour déterminer quel choix retenir. Cela leur permet

de faire croire qu'ils sont en désaccord et qu'il est impossible de penser le droit en dehors du « novdroit ». D'ailleurs *1984* narre la même chose en ce que l'idéologie du Parti met aussi en scène son opposition et ceci comme une perversion (et donc une affirmation) de son propre monde idéologique[15].

Notons, secundo, toujours dans la perspective du « novdroit », qu'il faut introduire l'image que le « droit » relève d'un Savoir, d'une Connaissance ou encore d'une Science. Il s'agit de construire consciencieusement l'image du « droit » comme quelque chose qui se « découvre », qui se « sait », qui se « connaît » ou qui s'« expérimente scientifiquement ». Que le « droit » (ou ce qui le remplace ici) relève d'une positivité (de l'être ou de l'avoir, selon le choix) et qu'il faut que celui qui « sait », parle en son nom. Ainsi, s'agit-il de faire croire ou, plus simplement, de faire accepter que le domaine du droit est un domaine d'exception auquel, concrètement, l'homme et la femme ne doivent pas toucher et à propos duquel ils doivent, encore moins, oser prendre la parole ? Qu'il s'agit d'un domaine, affirment les partisans du « novdroit », où il faut être sérieux et laisser parler les gens qui savent, qui connaissent et qui font la « science » ? À nous de rappeler que, chez Orwell, les « prolétaires », i.e. les hommes et les femmes ordinaires, étaient, par principe, exclus en tant qu'individus du novlangue pour que ce dernier puisse englober, avec plus d'efficacité, l'univers où ils vivaient comme des « objets ».

Soutenons maintenant, tertio, qu'il faut, suivant l'enseignement du « novdroit », toujours faire alliance avec un Pouvoir organisé ou institutionnalisé ou plus exactement, avec un des centres du Pouvoir qui gravitent autour du « droit ». Il s'agit, pour les partisans du « novdroit », d'une nécessité qui vient du choix idéologique ayant trait à « l'être ou l'avoir ». Plus précisément encore, il faut de l'efficacité, un moment de matérialisation. Celui qui, par exemple, a choisi l'axe de « l'être » sera incliné à le concrétiser sur le plan des Juges ou encore de la Législature car cela lui permettra d'affirmer, preuve à l'appui, qu'il a « raison » et que l'effectivité de ces institutions confirme sa conception du droit (ou simplement de l'« Idéo-droit » mobilisé pour l'occasion). Celui qui a, de son côté, opté pour l'axe de l'avoir sera incliné à situer l'efficacité du « novdroit » sur le plan du sociologisme, du « pluralisme »

15. *Ibid.*, p. 229-230.

et autres constructions idéologiques semblables. Auxquels s'ajoute, bien entendu, la possibilité de combiner, sur le plan de « novdroit », la nécessité de l'efficacité pour puiser tant dans l'avoir que dans l'être. Quant à Orwell, rappelons que le novlangue était avant tout un virus qui attaquait la mémoire, le jugement et surtout, le rôle du sens commun.

Il va sans dire qu'un élément s'imbrique ici l'un dans l'autre et qu'en fin de compte c'est le mouvement du « novdroit » qui se met en selle. Il s'agit donc du « novdroit », même si cette langue permet des variations et des âpres luttes de clans.

Une fois cette idéologie intériorisée, s'ajoute la licence enivrante qui bouillonne et qui se réjouit de stigmatiser ceux qui n'aiment pas le « novdroit », comme n'étant que des arrière-gardes sinon des ennemis sournois attaquant rien de moins que la « réalité positive », si ce n'est comme étant quelque chose de plus effrayant encore. À quoi s'ajoute, d'ailleurs, la lèpre de notre temps, à savoir les mouvements de rectitude politique, de morale et d'éthique, qui raffolent de l'idée d'abuser encore davantage de ce « novdroit » ou de s'agripper avec avidité au Pouvoir pour écraser ceux qui lèvent, même timidement, la tête pour penser ou pour marcher debout.

Ce qu'il faut retenir, c'est que la langue est le Pouvoir ! Celui qui peut posséder le mot « Droit » – en dehors du procès judiciaire devant un tiers invité, à savoir devant un juge étatique ou non étatique[16] – en tant qu'élément idéologique et comme arme de dissuasion ou d'intimidation, possède ainsi un glaive symbolique puissante et, littéralement, imbattable pour éliminer tout adversaire. Si le mot « Droit » peut, en principe, être utilisé par tous, par le puissant comme par le pauvre, sa place dans le système très inégalitaire du symbolique favorise et accentue simplement toujours le Pouvoir déjà constitué et organisé comme tel. Celui qui parle au nom du « Droit », qui utilise ce mot comme une arme contre les autres a, répétons-le, pris position à l'intérieur du parler « novdroit » qui efface la possibilité d'opposition, de critique ou de réflexion. Le conseil à donner à tout honnête homme

16. Nous n'analysons pas l'utilisation du mot « Droit » dans des procès judiciaires et devant le « *tiers invité* ». Tel que défini, le « novdroit » est un phénomène social, politique et de « juridique » Ce qui n'exclut pas que le parler « novdroit » peut contaminer les procès judiciaires.

(ou toute honnête femme) confronté au « novdroit » peut-il être autre que : « Fuyez ! Sauve qui peut ! Aux abris ! ».

3. LE « NOVDROIT » COMME DOGMATIQUE JURIDIQUE

Examinons maintenant plus en détail le phénomène du parler « novdroit » dans le domaine de la dogmatique (ou doctrine) juridique. Il s'agit, concédons-le, d'un domaine charnière pour la pratique du droit parce qu'il s'agit du lieu, littéralement parlant, où s'effectuent la socialisation et la professionnalisation des personnes voulant exercer les emplois nécessaires au dénouement des questions de droit. L'importance de la doctrine juridique ne doit surtout pas être sous-estimée puisque c'est là que s'effectue le processus de formatage de l'esprit et de la pensée indispensable pour leur permettre de fonctionner dans les rôles associés au domaine juridique. D'où l'importance que lui reconnaissent les partisans du « novdroit », soucieux qu'ils sont de le conquérir en vue de l'imprégner de leur conception du « novdroit » et d'assurer par là leur domination. Comment y parviennent-ils ?

Insistons d'abord sur la destruction ! Pour que le « novdroit » règne seul en maître absolu, il lui faut détruire l'ancienne langue juridique i.e. l'ancilangue comme, rappelons-le, disait Orwell. Car, sans une volonté ferme et soutenue de déformer, de dessécher et de ridiculiser la langue utilisée par les juristes, le « novdroit » n'aurait guère de chance. D'où l'importance, l'urgence même, pour les partisans du « novdroit » de modifier et d'effacer le langage naturel utilisé par les juristes et d'imposer, en échange, une idéologie pouvant détourner les mots anciens de leurs sens d'origine. D'où, pour eux, l'importance aussi de forger un vocabulaire « novdroit » apte à rendre impossible tout autre mode de pensée » et à fournir un mode d'expression aux idées générales et aux habitudes mentales des dévots du « novdroit »[17].

La problématique autour de l'expression « source du droit » peut nous servir d'exemple. Retenons que dans l'ancienne langue juridique, on utilisait cette expression pour se rappeler des vecteurs externes qu'il fallait conditionnellement respecter, analyser et utiliser dans la pratique du droit. Si notre description du novlangue est correcte, ne fût-ce que partiellement, un tel langage juridique ancien frise le blasphème aux yeux des thuriféraires du « novdroit », car elle suggère que les sources

17. Orwell, G., *1984, op. cit.,* p. 395.

du droit doivent toujours être trouvées, comme « textes », en dehors du domaine juridique ; bref que les juristes considèrent et respectent avec intelligence les « sources du droit » en pratique. Pourquoi ? Simplement parce qu'ils sont décidés par les acteurs sociaux, politiques et judiciaires compétents et reconnus comme légaux et légitimes par des processus adéquats susceptibles de transcender la factualité de l'Autorité et du Pouvoir (donc, spécifiquement, l'importance des processus démocratiques pour une société s'investissant dans la modernité juridique), en vue de stabiliser publiquement toute question de droit. Or, comme nous venons de l'affirmer, cela tourne à l'affront, au sacrilège, pour tout adepte du « novdroit » qui y décèle, non sans raison d'ailleurs, le risque d'effacer les éléments constitutifs de ses croyances, de même que cela confirme, comme outrage au « novdroit », la question du droit comme autonome, pratique et toujours située au niveau des acteurs concrets, là où il faut – « Le Novdroit l'exige ! » – le contraire. Qu'il se révèle ici une situation insupportable, scandaleuse pour l'adulateur du « novdroit », on le conçoit dès lors aisément.

Pour détruire l'expression « source du droit », les partisans du « novdroit » n'ont d'ailleurs qu'à refuser que les « sources » en question soient « en dehors » du droit. Ils peuvent prétendre qu'il n'y a pas de « dehors » au droit, car tout est déjà soumis à l'identité d'être là, dans une « positivité » toujours là, comme égale à elle-même. Il s'ensuit, et c'est l'objectif recherché, que le droit doit être compris ou supposé comme étant identique à ses sources. Si certains acceptent une telle proposition, le partisan du « novdroit » peut maintenant opérationnaliser avec un schème de pensée qui allègue que :

La législation	est égale/identique avec	le droit ;
La jurisprudence	est égale/identique avec	le droit ;
Les coutumes	sont égales/identiques avec	le droit ;
La doctrine juridique	est égale/identique avec	le droit.

Toutes les interrogations problématiques dites juridiques sont, par le fait même, annihilées. Le droit est, grâce au « novdroit », toujours

identique à lui-même, où, comme le disait Orwell dans *1984*, « 2 + 2 = 5 » ou encore « la guerre c'est la paix »[18]. Pourquoi ? Parce que, dans le premier cas, c'est le « novdroit » et dans le deuxième cas, c'est le novlangue. Et qui peut se lever pour protester ou dire que cela n'a aucun sens ? Pour dire qu'on fait fausse route ? Personne ; cela le condamnerait, dès la première syllabe prononcée en non-novlangue ou en non-« novdroit », à n'être qu'un délinquant, un criminel de la pensée et, de toute façon, un non-fréquentable.

Comprenons-le bien ! La thèse d'identité entre loi/droit/jurisprudence/doctrine (et ainsi de suite) est en soi une mine d'or pour le « novdroit ». Il s'agit d'une caverne d'Ali Baba qui autorise toute personne parlant « novdroit » à prétendre que les cours suprêmes ne font pas de la jurisprudence, mais du droit et, peut-être aussi, de la législation. En fait, que font les adeptes fidèles du « novdroit » et les écrivains de doctrine/dogmatique juridique ? Si vous ne le savez pas déjà, eux aussi font du « droit » ! Lorsqu'ils écrivent de la dogmatique juridique, c'est inéluctablement le « droit » qui se fait. Pour faire scientifique ils ajoutent, certes, quelques néologismes de surcroît, style « droit en vigueur » ou « droit valide », mais dans la logique à l'identique mise en selle, c'est toujours, supposément, le « droit » qui s'écrit. Ce qui montre d'ailleurs que M. Jourdain, comme l'avait immortalisé Molière, avait raison : La prose se fait souvent sans le savoir et quand tu le sais, tu n'as guère d'autres choix que de continuer de le faire (et cela tous les jours)[19]. Ce que d'ailleurs ne démentiront jamais les partisans du « novdroit ».

Spécifions davantage nos propos ayant trait à la restructuration de la dogmatique juridique en insistant désormais sur un autre thème, à savoir le « novdroit » en tant que « novation » langagière. Il s'agit de faire croire que le concept des notions, des termes privilégiés (donc réécrits) ou forgés par le « novdroit » sont, par l'essence ou la substance, forme ou contenu du « droit ». Rappelons toujours Orwell, il s'agit de faire adhérer et admirer le « novdroit » pour la mainmise et la maîtrise qu'elles sont supposées fournir à la « réalité du droit » (telle que consti-

18. *Ibid.*, p. 111 et p. 382.
19. Poquelin, Jean-Baptiste, dit Molière, *Le Bourgeois Gentilhomme*, Paris, Hachette, 1992, Acte II, Scène IV, p. 47.

tuée par le « novdroit »). Trois rectifications du « novdroit » peuvent être signalées à cet égard :

1. Suivant l'enseignement du « novdroit », il faut faire croire qu'il existe un concept juridique. Si donc l'ancilangue, la langue des juristes, refusait toute existence « juridique » aux concepts, dans le novlangue il faut faire le contraire : il faut équiper le concept avec une existence juridique sur l'axe de l'être ou de l'avoir, selon la sensibilité de chaque partisan. Dès que ce résultat a été obtenu, vous pouvez faire croire avoir trouvé le droit, là où vous avez semé le concept. Si vous voulez, vous pouvez prétendre, grâce au « novdroit », que des mots comme « propriété », « contrat », etc., sont déjà du droit.
2. Vous pouvez également, toujours en « novdroit », faire croire que certains mots, concepts, notions, etc., n'ont pas été correctement compris comme étant déjà du « droit ». Grâce au « novdroit », un tel mépris peut facilement être corrigé et réécrit. Un adepte du « novdroit » peut rebaptiser des mots comme « souveraineté », « peuple », « nation » et ainsi de suite, comme étant du droit – et ceci avec élégance et conviction. Il peut ainsi chercher dans d'autres disciplines universitaires pour voir s'il y a des concepts qu'il peut renommer et rénover comme étant du droit. Cela a déjà été fait à maintes reprises donc, pourquoi arrêter ?
3. Le « novdroit » peut aussi servir à faire croire que d'autres mots, concepts, notions, etc., recèlent une composante dite, opportunément, du « droit ». Ainsi, pourquoi ne pas faire croire que « le développement durable », « le commerce équitable », « l'aide au développement », « l'équité halieutique » et ainsi de suite, sont déjà, par magie, du « novdroit », du droit ? Si tous ces concepts récoltent aujourd'hui beaucoup de sympathie dans un monde déboussolé, pourquoi ne pas faire le coup du siècle ? Pourquoi ne pas déclarer, avec l'appui du « novdroit », que tout cela est déjà le « droit » ? Que les concepts sympathiques rejoignent, par la force des choses, le « novdroit » comme l'expression de son progressisme et de son ouverture au monde ? Pourquoi pas, si cela est payant ? Cela donne tellement de pouvoir !

En fin de compte, c'est effectivement le langage comme « pouvoir » qui s'atteste, car une fois que la doctrine/dogmatique (toujours oppor-

tunément caractérisée comme droit) a été mise en selle comme maître des mots, tout dépend précisément du concept retenu ! Celui qui a été attentif au développement de la théorie, quant à l'écriture de la dogmatique juridique, ne peut ici que devenir un peu dubitatif. Car, en se rappelant la fameuse école de « Begriffenjurisprudenz », i.e. l'école des concepts[20] tout se retrouve au point de départ : dans une idéalisation des concepts qui évacue, proprement dit, toute question de droit. Et si l'école de « Begriffenjurisprudenz » a effectivement été vue comme le sommet de la théorie du droit au XIX[e] siècle, n'est-il pas curieux d'observer qu'elle revient, comme une onde de choc, au XXI[e] siècle ? Certes, une fois comme comédie, comme aurait pu l'écrire Marx, et la deuxième fois, aujourd'hui, comme tragédie et « novdroit » !

4. LE « NOVDROIT » COMME PHILOSOPHIE DU DROIT

Il faut maintenant interroger la philosophie du droit face à l'assaut du « novdroit ». La philosophie du droit a-t-elle pu se défendre avec honneur ou bien a-t-elle, par couardise, rendu les armes avant même d'engager la bataille ? A-t-elle su se défendre et surtout défendre un domaine charnière, nous le pensons comme tel, pour le développement, le déploiement et la santé intellectuelle en droit ? Puisque c'est le dernier aspect qui est le plus férocement attaqué par les partisans du « novdroit », nous déploierons, en connaissance de cause, notre analyse à ce niveau.

Le « novdroit » qui nous domine aujourd'hui peut certainement être caractérisé comme une nouvelle langue dont les racines s'enfoncent profondément et se perdent dans l'histoire des idées (ou des philosophies) s'intéressant au droit. Pour comprendre l'aspect psychologique, ou mieux psychologiste, qui anime aujourd'hui le « novdroit » et qui menace si directement la santé intellectuelle du droit, mieux vaut aller vers un des instigateurs historiques des dégâts. Adressons-nous donc à Thomas Hobbes (1588-1679).

Le livre de Thomas Hobbes, le *Léviathan* de 1651, est un livre saisissant. Ce n'est nullement un ouvrage sur le droit, comme son titre

20. Lire Jouanjan, Oliver : « École historique du droit, pandectisme et codification en Allemagne (XIX[e] siècle) », dans Alland, Denis et Rials, Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 571-578 ; *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1980-1818),* Paris, PUF, 2005.

le laisse entendre « *Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile* ». Il s'agit d'un livre sur le Pouvoir et qui traite surtout de la manière d'obtenir sécurité et tranquillité en tant que citoyen. La question du droit n'arrive, en fin de compte, que comme un auxiliaire, comme une annexe philosophique au déploiement et à l'établissement de l'État, du Pouvoir unique, que symbolise le Léviathan. S'agissant du psychologique, il suffit de focaliser sur une des affirmations clés de Hobbes pour l'apercevoir :

> Et parce que l'état de l'homme […] est un état de guerre de chacun contre chacun situation où chacun est gouverné par sa propre raison, et qu'il n'existe rien, dans ce dont on a le pouvoir d'user, qui ne puisse éventuellement vous aider à défendre votre vie contre vos ennemis : il s'ensuit que dans cet état, tous les hommes ont un droit sur toutes choses, et même, les uns sur le corps des autres[21].

Ce qui frappe l'esprit, c'est que l'affirmation nous semble connue et si familière que nous sommes enclins à lui accorder notre assentiment. Mais voilà le problème ! Notre psychologie moderne nous incite à accepter ce que nous devrions rationnellement refuser avec véhémence et fermeté ! Que se passe-t-il ? Rien d'autre que le fait que nous n'ayons pas, faute de vigilance, ressenti le piège intellectuel qui se refermait sur nous et nous engloutissait, corps et âme, au profit des leurres du « novdroit ».

Car, ce qu'affirme Hobbes, improprement, c'est que nous pouvons utiliser le mot « droit » pour caractériser la relation entre un individu et une chose. Bref, qu'il existe un « droit » sur les choses. Si dans l'ancilangue juridique, la relation entre, par exemple, un individu et une pomme relève de la psychologie (sinon d'une peccadille sans importance pour un juriste sérieux), avec Hobbes, cela relève subitement du droit, devient même une caractéristique du droit, sinon le modèle même pour penser et connaître le droit. Comprend qui peut ! Mais en mettant sur pied une telle construction psychologique du « droit » (ou simplement de l'« Idéo-droit »), Hobbes nous projette dans une ima-

21. Hobbes, Thomas, *Léviathan : traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile*, trad. de F. Tricaud, Paris, Sirey, 1971, p. 129. Notons qu'une version de l'ouvrage est directement accessible sur la Toile, par la Bibliothèque Paul-Émile Boulet de l'Université du Québec à Chicoutimi (Québec), dans la collection des Classique des sciences sociales, Auteurs classiques : sur le site : http://dx.doi.org/doi:10.1522/cla.hot.lev.

gerie inconnue du droit où ce qui compte c'est désormais uniquement une relation psychologique qui ne peut se concrétiser, à l'égard d'autrui, que par le « novdroit » mis en selle. Ou simplement par la litanie sans fin, où chacun exprime sa relation avec les choses de ce monde par le truchement de la novlangue, du « novdroit ».

Le modèle que Hobbes nous donne est tout à fait irrésistible. Il explique tout ! Il nous conforte sur le plan psychologique et il nous rassure sur les plans sociologiques et politiques puisque tout cela, supposément, est du « droit » et chaque individu peut ainsi s'endormir sur ses deux oreilles avec tranquillité, ou s'éveiller avec curiosité et contempler les clameurs de ce monde.

Mais le modèle psychologique du droit en œuvre ici est surtout opérationnel parce qu'il suppose que le « droit » (i.e. l'« Idéo-droit » psychologique) peut être observé. Que nous pouvons l'observer en tant que « droit », aussi bien sur la scène qu'à partir du balcon[22]. Que nous pouvons, par les forces de notre psychologie, comprendre l'extériorisation de celle-ci comme étant « droit » et ce, à un point tel que si la psychologie en question peut s'identifier à nos actes – ce qui est bien possible dans un système métaphysique –, il s'ensuit que nous faisons toujours le droit tout seul même si d'autres personnes sont là. De ce point de vue, Robinson Crusoë, seul sur son île, doit être considéré comme le juriste par excellence. Tout cela peut, bien évidemment, être confirmé à partir du « balcon », avec une vue sur les autres où, avec nos compétences psychologiques, nous pouvons les applaudir ou les conspuer. Si nous nous installons coté « scène », notre vue étant changée, la relation entre l'individu et la chose devra être corrigée puisqu'observée sous un autre angle.

Comprenons-le bien ! Quand nous affirmons que le modèle est irrésistible, que tout le monde a envie de parler ce langage-là, le « novdroit », c'est parce qu'un piège psychologique s'est déjà refermé sur nos esprits. C'est de la consommation instantanée qui nous confirme dans le rôle de consommateur de « droit », comme nous aimons l'être en tant que roi consommateur goûtant tout ce qui nous plaît ou nous fait venir un goût agréable dans la bouche. Celui qui

22. Rappelons l'image de François Ost et Michel Van de Kerchove, « De la scène au balcon. D'où vient la science du droit ? », dans F. Chazel et J. Commaille (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, p. 67-80.

parle « novdroit » s'assure, à l'avance, de la victoire et de l'audience attentive, car qui peut protester contre les goûts, contre une image réconfortante et sûre ? Personne ! Cela condamne simplement l'adversaire du « novdroit » au rôle impropre de trouble-fête.

Abordons maintenant un autre aspect du psychologisme et de l'assaut psychologiste contre la philosophie du droit. Comme nous l'avons vu, les partisans du « novdroit » aiment les concepts. Ils aiment faire croire que les concepts sont, par la magie de la chose, déjà « juridiques » ou encore « de droit ». Puisque cela facilite la vie, pourquoi ne pas le croire ? Ce qu'il convient pourtant de noter c'est qu'il s'agit d'un paradigme qui peut être exploité par le « novdroit » sous la marque de la philosophie du droit. Pourquoi ne pas prendre les concepts, supposément « de droit », comme point de départ et construire une « weltanschauung » (i.e. une idéologie du monde) pour les juristes, comme Kant le fait d'ailleurs à sa façon dans *Métaphysique des mœurs* ?

La doctrine du droit de Kant, comme philosophie des concepts, reprend simplement le bagage doctrinal de son temps pour que chaque étape philosophique atteste de sa nature juridique[23]. Que cela donne précisément un catalogue de concepts – tous présupposément juridiques – toujours là pour recevoir une bénédiction métaphysique (et philosophique) par Kant, est une chose, qu'il puisse être jugé comme donnant une lecture ennuyeuse, en est une autre, mais là n'est pas le problème car tous les concepts sont désormais du « droit » par la force métaphysique d'en parler. Le sens de la stratégie métaphysique se sent, surtout là où Kant ne se satisfait guère de récupérer des concepts de la doctrine, mais s'astreint plutôt à forger de nouveaux concepts, des concepts qu'il peut justifier et intégrer dans sa philosophie.

Comme il le consigne, le droit cosmopolitique « est un principe juridique »[24]. Mais comment cela est-il possible ? Quelle force méta-

23. Kant, Emmanuel, *Métaphysique des mœurs, t. 2 Doctrine du droit*, trad. d'Alain Renaut, Paris, GF-Flammarion, 1994.

24. *Ibid.*, p. 179. Voir du même auteur *Vers la paix perpétuelle, Que signifie s'orienter dans la pensée?, Qu'est-ce que les Lumières?* Paris, GF-Flammarion, 1991, p. 75-147. L'auteur de cet article analyse la question du « droit » cosmopolitique dans : « Cosmopolitisme contemporain : à propos du droit, guerre et terrorisme », dans Courtois, Stéphane (dir.), *Enjeux philosophiques de la guerre, de la paix et du terrorisme*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, p. 121-138 ; « Le droit cosmopolitique : la reformulation habermasienne », *Universitas Iuris, Rosario* (Argentine), nº 21, avril 1999, p. 67-77 (article repris dans l'ouvrage de l'auteur : *Rawls ou Habermas. Une question de philosophie du*

physique agit dans le monde des hommes pour ainsi transformer un « mot » en « droit » ? Comment se fait-il que ce concept soit devenu « juridique » ? La réponse est tellement simple que cela saute aux yeux : parce que cela correspond à la philosophie du concept de Kant.

Précisons que Kant demeure, hélas, toujours prisonnier d'une philosophie de la conscience, d'un monologisme, là où il faut plutôt l'universalité du jugement dans un dialogue communicationnel de réciprocité qui n'exclut, ni en pratique ni en droit, personne non plus qu'aucune proposition langagière.

Autant nous admirons la contribution kantienne à la philosophie, autant il nous semble qu'il ne faut pas l'adopter telle quelle dans le domaine juridique, parce qu'il manque un élément pour assurer sa pertinence ; il manque le dialogue avec l'autre et le jugement commun[25].

Quel enseignement tirer de ce que nous venons d'affirmer ? Simplement que la philosophie du droit a pour rôle de vérifier la bonne santé intellectuelle du droit là où il y a un problème. L'ennemi de cette santé intellectuelle, le « novdroit », ne vit pas au dehors de la philosophie du droit, mais en elle. Tel un ver, il y creuse des galeries, qui rendent le travail du philosophe du droit encore plus ardu.

5. LE « NOVDROIT » COMME MULTICULTURALISME

Inutile de se faire trop d'illusions et de croire, contre raison, que le parler « novdroit » est, d'une façon ou l'autre, réservé aux juristes. Ce n'est hélas pas le cas ! Le parler « novdroit » englobe, qu'on le veuille ou non, toute la population, sans exception. L'image qu'il existe un répondant « droit » à tout ce qui se produit dans la société est une idée tellement séduisante que tout le monde y croit et s'y accroche. C'est

---

droit, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2002, p. 135-152). Traduit en castillan, sous le titre « El derecho cosmopolita : La reactualizacion habermasiana » dans *Derechos Humanos,* nº 1, Cuadernos del CEIDH, Centro de estudios e investigaciones en derecho humanos de la Faculdad de derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Rosario, Editorial Juris, 2002, p. 221-237 ou dans *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2002, t. 22, p. 203-218.

25. 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*. Actes du 3e Congrès de la Société internationale d'études kantiennes de langue français, Athènes, Union Scientifique Franco-Hellénique, 1997, p. 323-330. Repris dans *Diotima, Revue de recherche philosophique/Review of philosophical research,* Athènes, 1999, n° 27, p. 121-128.

ici que nous arrivons au concept de multiculturalisme en tant que tel et comme élément du « novdroit » et, à ce titre, comme une perversion de tout horizon juridique[26]. Pourquoi ? Parce qu'il s'en prend à l'exigence d'universalité en semant la confusion et l'obscurité autour de l'idée de « particularisme » (ou d'enracinement culturel particulier) avec pour effet – qui aurait fait ricaner Orwell – d'écrire un « Idéodroit » de circonstance se mouvant au-dessus de toute raison et travaillant à la destruction de tout sens juridique.

Avant de poursuivre, il convient de clairement exposer les enjeux. Soulignons donc que l'ancilangue, c'est-à-dire l'ancienne langue des juristes, ne prétend guère disposer d'une quelconque « universalité ». C'est simplement impossible ! Plus modestement il s'agit, pour la pensée juridique, de situer la question de droit sur l'horizon de l'universalité. Pourquoi ? Simplement pour s'assurer que le jugement, pouvant à la fin avoir valeur de droit évite, autant que faire se peut[27], de tomber au bas de l'échelle. Il s'agissait ainsi d'évaluer la qualité d'un jugement, d'une question de droit, ou encore de la culture juridique, quant au danger du « deux poids, deux mesures » ou, en clair, quant aux périls que représentent la discrimination, le favoritisme, l'ethnocentrisme, le népotisme, la ségrégation et ainsi de suite. Le critère de « l'universalité » était là, en quelque sorte, pour améliorer et pour anoblir le droit dans un processus qui s'auto-instruisait par ses fautes pour ne plus les refaire. Quand on nous affirmait que l'ancilangue juridique ne disposait pas de « l'universalité » c'était, précisons-le, parce que ce processus d'évaluation est toujours en marche ; chaque individu avait à répondre de ses actes et de ses jugements et finalement, c'était toujours à l'espace public de retravailler intellectuellement le sens que nous attribuions, tous ensemble, sans privilège, à la notion de l'universalité.

Or, il n'y a rien ici pour le « novdroit » (et la novlangue) ; rien non plus qui se conjugue sur l'axe de l'avoir et de l'être (si indispensable pour opérationnaliser le « novdroit ») ; rien pour faire le bal des concepts

26. Ce qui veut dire que la notion de « multiculturalisme » n'est pas en soi à blâmer. C'est notre conviction que la perspective multiculturaliste libérée du « novdroit » peut se conjuguer avec l'horizon d'une conception de modernité juridique ; voir Melkevik, B., *Tolérance et modernité juridique*, *op. cit.*, p. 67-75, surtout p. 73.

27. C'est-à-dire dans les limites d'une culture saine ayant fait de la modernité juridique la mesure de tout jugement juridique.

ou encore leur métaphysique ou l'analyse de leur « réalité » (ce que « l'universalité » ne possédera jamais) ; rien non plus pour alimenter le psychologisme (si cher aux fidèles du « novdroit »). Que faire ? Comment attaquer ? Comment pervertir ? En fait, par quelque chose qui est sympathique et généreux, à savoir par la « fraternité entre les peuples ». Bref, il faut prétendre que toute interrogation concernant l'« universalité » est culturelle et par ce biais, retrouver le « droit » (ou l'« Idéo-droit » de circonstance) comme une factualité, comme une coutume, comme une culture. Si cela se fait sous le drapeau du « multiculturalisme », personne ne proteste, personne ne prend la parole et le « novdroit » pénètre pour pervertir tout et tout le monde.

Ce que nous venons d'affirmer peut être davantage approfondi chez Raimundo Panikkar et son célèbre article « La notion des droits de l'homme est-elle un concept occidental ? »[28]. Panikkar nous révèle, en droite ligne du « novdroit », pourquoi, selon lui, le paradigme de « droits de l'homme » devrait être considéré exclusivement comme « occidental » et pourquoi l'universalité n'existe pas.

En fait, Panikkar développe sa critique des droits de l'homme au nom de la pluralité des cultures humaines et en faveur, supposément, de la défense de cette pluralité contre le rouleau compresseur que représente, selon lui, la notion universelle des droits de l'homme et la modernité juridique qui pourra, conditionnellement, les réaliser en pratique. Il s'agit d'une critique de la notion des droits de l'homme assez paradoxale, car tout en constatant que le système moderne des droits de l'homme protège la pluralité culturelle, elle retournera sournoisement ce constat contre l'universalité qui anime la dite notion. Pourquoi ? Parce que Panikkar conçoit la notion de droits de l'homme comme un véritable cheval de Troie au service de la culture occidentale. Il y décèle de la rationalité abstraite, de l'anthropocentrisme, de l'individualisme et de l'atomisme et croit commodément que les droits

28. Panikkar, Raimundo, « La notion des droits de l'homme est-elle un concept occidental ? », *Interculture*, vol. XVII, nº 1, cahier 82, 1982-1983, p. 3-26. Dans le numéro suivant de l'*Interculture*, vol. XVII, cahier 83, 1984, p. 49-82, nous trouvons des commentaires de G. Baum, H. Berman, M. Chiba, D. Goulet, E. Le Roy, J. Mohawk et une réplique de R. Panikkar. L'article de Panikkar avait initialement été publié dans *Diogène*, nº 120, 1982, p. 87-115. Cf. aussi Melkevik, Bj., *Tolérance et modernité juridique*, *op. cit.*, p. 130-131.

de l'homme inculquent tout cela dans des cultures possédant d'autres valeurs, d'autres coutumes et d'autres repères éthiques.

Panikkar prétend avec vigueur qu'il n'est pas pour autant insensible à la valeur d'une soi-disant signification universelle de la notion de droits de l'homme, mais c'est aussi pour se démasquer en tant que partisan de « novdroit » et prétendre que, comme il n'y a pas de « substance », cela ne relève que d'une stratégie. À lui de rétorquer, avec malice : comment pouvons-nous connaître l'« universalité » ? Que l'« universalité », rationnellement, ne puisse aucunement être objet de connaissance, sauf dans un délire de « novdroit », nous le savons, mais un tel passe-droit autorise improprement Panikkar à se demander également s'il existe une nature humaine universelle ? Et donc aussi, toujours selon Panikkar, la question de savoir par quelle voie la connaître puisqu'elle ne nous est pas explicitement donnée ? Mais pourquoi finalement de telles questions auxquelles il n'existe aucune possibilité rationnelle de répondre ? Qui sont, par nature, de l'ordre de la métaphysique ? Parce que, ce qui est en jeu n'est pas une quelconque réponse toujours fausse, mais l'intention de Panikkar de mettre en doute que la notion de droits de l'homme puisse être opérationnalisée dans un débat démocratique ou encore dans la modernité juridique.

Abordons maintenant une deuxième problématique « multiculturaliste » qui se rattache intimement à ce que nous venons d'affirmer. Il convient de comprendre que l'attaque des partisans du « novdroit » contre toute évaluation de l'universalité du « droit » va loin. Elle concerne toujours, en fin de compte, notre situation quotidienne et notre existence situées hic et nunc et qui se rapportent à la pratique du droit. Ici comme nous l'avons dit, la « vaporisation » (comme l'aurait écrit Orwell) de l'universalité ne cache que l'obscurantisme prôné par le « novdroit », en ce qui concerne la valeur à attribuer à l'enracinement culturel des individus.

Pour être bref, si nous suivons l'enseignement de Panikkar, ou encore du « novdroit » (ce que nous ne devons jamais faire !), le « droit » (i.e. l'« Idéo-droit ») est toujours « culturel ». Il peut, toujours improprement, prétendre que la factualité, la positivité, la culture, etc., donnent du « droit ». Cela produit alors des définitions du « novdroit » clamant que les coutumes, les valeurs culturelles des us (et des abus), les pratiques, les opinions concernant la « justice » et ainsi de suite,

doivent être comprises comme étant du « droit ». Que l'on ait affaire à un galimatias ne doit pas nous décourager car il s'agit de faire comprendre que cela ne nous mène nulle part, sinon à baisser les bras et à évacuer toute pensée critique devenue superflue dans l'univers du parler « novdroit ». Ce qu'il faut faire, selon les disciples du « novdroit », c'est de réinvestir les forêts !

Pourquoi ? Parce que le « droit » doit être là ! Qu'il s'agisse de la Forêt noire où le nationalisme culturel allemand a retrouvé le vrai (rien de moins !) droit allemand, aux forêts québécoises où se trouvent aujourd'hui le vrai « droit » des autochtones, c'est l'image lénifiante et sympathique d'un « droit » (i.e. « Idéo-droit ») toujours-déjà-là qui est présenté. Si ce n'est pas les forêts, c'est dans les dunes de sables, les plaines, les savanes, ou encore les cités contemporaines, qui sont supposés donner le même résultat quant à un « droit » toujours-là. Comprenez bien : dans le déjà-là culturel, tu trouves, comme dans les auberges espagnoles, ce que tu apportes avec toi !

Le résultat pourtant, c'est que l'enracinement culturel de l'individu au lieu de représenter quelque chose de positif pour tous, a été hypostasié, par le « novdroit », à une surenchère idéologique manipulable à souhait. Bref, la question du droit ne relève plus que d'un « novdroit » culturel et dès que vous connaissez ce « novdroit » culturel, vous connaissez aussi, supposément, le « Droit ». Ou encore, avec d'autres mots : il n'existe pas de « connaissance » du tout ici, mais une construction idéologique de circonstance qui ne relève que d'un parler « novdroit » qui ne vaut rien.

Soulignons, en somme, que pour celui qui refuse de se laisser séduire par le parler « novdroit », il demeure que ces constructions idéologiques révèlent clairement l'existence d'un malaise dans la pensée juridique. Peut-être que c'est la poltronnerie des modernistes en droit qui, ayant largement délaissé la problématique de l'universalité et de la particularité, est finalement à blâmer ? Peut-être que c'est notre manque de vigilance et d'audace qui, hélas, a permis au parler « novdroit » de s'installer et de pervertir, et que finalement, il faut reprendre de fond en comble l'analyse de l'universalité et de la particularité pour réfléchir aux rapports que ces deux exigences entretiennent aujourd'hui avec la question d'un droit moderne ?

6. FAUT-IL CONCLURE ?

Notre recommandation devrait être, peut-être, de ne plus jamais utiliser le vocable « droit », de nous mordre la langue quand les mauvaises habitudes referont surface et surtout, de faire amende honorable et de communiquer avec nos pairs et tout le monde, avec des idées et des vocables clairs et honnêtes. Wesley N. Hohfeld le recommandait, il y a déjà longtemps, dans les articles pamphlétaires qu'il a publiés dans le *Yale Law Journal*, en 1913 et en 1917, où il proposait de remplacer le mot « droit » par des mots adéquats, limpides et compréhensibles comme « pouvoir », « incapacité », « responsabilité » et « immunité »[29]. Mots auxquels il faudrait certainement ajouter, aujourd'hui, tous les autres mots qui sont supposés se cacher également (et métaphysiquement !) derrière ce vocable comme « liberté », « privilège », « compétence » et ainsi de suite. Cela nous permettrait de parler plus clairement et d'élever les débats au niveau du concret, ce que le mot « droit », en général, ne parvient jamais à faire (donc aussi, nous l'avons vu, le mot « droit » comme le « bordel » de tous les plaisirs où se crée le « novdroit »).

Il faut pourtant être réaliste ! Admettons que cette substitution aurait pour effet certain de clarifier les débats, car lorsque quelqu'un, au lieu d'abuser du mot « droit », parle de ses privilèges, de ses libertés, de ses compétences ou encore de ses immunités, les autres interlocuteurs comprennent à la fois mieux ce qui est en jeu et surtout osent l'interroger quant au sens de tout cela. Mais admettons aussi que personne n'accepte volontiers de se dérober devant les autres, des leur donner l'atout de clarté et de simplicité. Parler au nom du « droit » possède, pour l'homme et la femme aujourd'hui, un sens quasi religieux auxquels ils se raccrochent comme des naufragés à une épave. C'est d'ailleurs ce que les partisans du « novdroit » ont si bien compris et qu'ils utilisent comme tremplin idéologique pour s'imposer, pour

29. Hohfeld, Wesley Newcomb, « Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », *Yale Law Journal*, 23, 1913, p. 16-59 ; « Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », *Ibid.*, 26, 1917, p. 710-770. Ces articles ont été rassemblés et publiés dans *Fundamental Legal Conceptions*, Ed. Walter Wheeler Cook. New Haven, Yale University Press, 1919 (réédité plusieurs fois). Sur Hohfeld (et le choix du vocabulaire hohfeldien à utiliser en langue française) : Steinauer, Paul-Henri, *La logique au service du droit. Étude de logique contemporaine pour une meilleure communication de la pensée juridique*, Fribourg, Éditions Universitaires Fribourg, 1978.

manipuler, pour abuser, ou pour affirmer une conception de l'« Idéo-droit » qui rime si adroitement avec le Pouvoir.

Pourtant, cela ne séduit guère. Dans la fermeture de l'esprit critique que manifestent les partisans, si nombreux et si puissants, du « novdroit » jusque dans le domaine juridique, nous décelons un nouvel obscurantisme ne menant nulle part. Existe-il un remède ? Pas vraiment ! Les partisans du « novdroit » ne sont pas devant les portes de la citadelle, mais déjà dans nos esprits. Dans nos esprits, ils savent se faire aimer en flattant nos désirs (même s'il sied à l'individu d'être plus qu'un consommateur impuissant), ils imposent leurs conceptions de l'« Idéo-droit » (même si notre raison nous dit que c'est du toc), ils chantent la rengaine de « Droit, Vérité, Amour, Développement durable » (même si la mélodie sonne étrangement comme « soumission et manipulation »), ils répètent qu'ils veulent notre bien (même si dans leur « novdroit » c'est l'horizon du droit qui s'obscurcit et s'envole).

Que faire ? Rien d'autre que réinvestir ce qu'ils abhorrent ! La Pensée ! La Réflexion ! La Critique ! La Communication ! Bref, le Travail de l'esprit...

3

L'ABÎME ET « L'EXCEPTION » : SCHMITT, AGAMBEN ET LE SCHMITTISME[1]

Nous sommes convaincus que c'est l'engouement renouvelé dont bénéficie Carl Schmitt, ou plus clairement la séduction sournoise qu'exerce inlassablement dans notre contemporanéité sa pensée, qui a provoqué le nouvel enthousiasme pour l'idée dite de « l'état d'exception ». Dans la lutte sans merci déclenchée contre le positivisme juridique par des schmittiens se déclarant comme tels ou flirtant d'une façon ludique avec le schmittisme, comme c'est le cas de Giorgio Agamben, ce thème est introduit tel un cheval de Troie pour faire accepter l'inacceptable, à savoir promouvoir une conception biaisée et non adéquate du « droit » ou mieux, d'un « idéo-droit » de circonstance. Pour ces néo-schmittiens de tout poil il s'agit de profiter, autant que possible, de la crise propre au délabrement et à la dogmatisation du positivisme juridique et d'enfoncer un clou de plus dans son cercueil et d'exploiter, avec maestria, l'irrationalisme qui irrigue si copieusement nos milieux intellectuels, philosophiques et juridiques. Le questionnement sur « l'état d'exception » reflète, d'une façon emblématique, le climat philosophique et politique de notre temps et la propension à favoriser une antipolitique de plus en plus virulente et qui se plaît à réveiller des ressentiments identitaires (romantiques, fondamentalistes et « pluralistes ») de plus en plus restreints et antimodernes. Notre objectif consiste à « déminer »

1. Conférence au colloque international sur « L'exception », Le Collège Européen & l'Université Babes-Bolyai Cluj Napoca, Cluj (Roumanie), le 12-13 octobre 2007. Publié, *idem*, « L'abime et "l'exception" : Schmitt, Agamben et le Schmittisme », dans *Mirandum* (Sao Paulo, Brésil), vol. 20, 2009, p. 5-22.

ce thème, intellectuellement parlant et d'exposer les apories qu'exploite si fallacieusement l'idéologie schmittienne de « droite » et de « gauche ». Il s'agit de démontrer que Carl Schmitt, à « droite », et Giorgio Agamben, à « gauche » (à condition, bien entendu, que cette notion possède ici encore un sens conventionnel et ne signifie pas son contraire), nous trompent philosophiquement et nous entraînent, pareils à des loqueteux de l'esprit, vers des culs-de-sac nous laissant sans défense face à un Pouvoir qui n'a jamais voulu notre bien.

Aussi bien Carl Schmitt que Giorgio Agamben situent leurs discours à l'intérieur d'un existentialisme « juridique » (même s'il se révèlera que nous rejetons la pertinence de ce terme « juridique » provenant de ces théories) et ils tentent, par un ensorcèlement littéraire, d'imposer leurs idéologies au « droit », ou simplement aux théoriciens de la dogmatique ayant, avec tant de légèreté, baissé les bras et leurs défenses. Quant à nous, il importe de défendre l'honneur de la pensée juridique et de la philosophie du droit. La philosophie du droit, comme nous l'entendons, est engagée à lever une protection intellectuelle contre les irrationalismes de ce monde et contre l'exploitation idéologique si souvent faite avec l'utilisation commode du mot « droit »[2].

À la lumière des objectifs indiqués, nous examinerons d'abord la théorie de Carl Schmitt concernant « l'état d'exception » pour ensuite analyser la reprise, plutôt littéraire (et carnavalesque) qu'en effectue Giorgio Agamben. Si Schmitt travaille le dramatique et Agamben la poétique, tous deux sont engagés dans une danse effrénée sur l'air de leur idéo-droits respectif. Pour notre part, nous insisterons sur la séparation logique et infranchissable existant entre toute question de droit et tout questionnement concernant un « état d'exception ». Pareils à un remède prophylactique servant à nous empêcher d'être littéralement « avalés » par les discours de séduction de Schmitt et d'Agamben, un avertissement et une analyse très juridique s'imposent, au préalable, quant à la notion de l'état d'exception en droit.

2. Bjarne Melkevik, « Parlez « novdroit » ! Un désarroi saisi par la philosophie du droit », publié simultanément en roumain : « Vorbind pe limba « Noudreptului » ! Perceptia filosoiei dreptului asupra unei situatii de criza », dans *Revista româna de drept privat* (Bucarest, Roumanie), 2007, nº 6, p. 214-252 ; repris dans ce livre.

SUR LA QUESTION DE L'ÉTAT D'EXCEPTION ET LE DROIT

Soulignons, en affrontant d'emblée l'analyse du sens proprement juridique du thème, la problématique liée à ce qu'on appelle communément un « état d'exception », que nous ne pouvons guère espérer le faire adéquatement sans nous opposer, en même temps, à la croyance (largement présente dans la métaphysique positiviste et « juridique ») postulant que « l'état d'exception » est déjà « juridique » (ou relevant d'un « déjà-droit », un droit supposé être déjà existant et qui se dévoile comme il « l'est » dans une situation dite d'« exception »). Puisque l'idéologie, la croyance, investie dans un tel « déjà-droit » sera omniprésente autant chez Schmitt que chez Agamben, structurant ainsi leurs idées concernant « l'état d'exception », une compréhension et une analyse critiques plus détaillées que de normal nous seront nécessaires. Il faut, avec clarté, défendre, d'un côté, une conception juridique saine quant à l'« état d'exception » et le rôle de l'individu qui engage sa responsabilité et, de l'autre côté, expulser autant que possible toute idéologie de « déjà-droit » en sachant, et en anticipant sur notre analyse, que c'est la brèche par où s'introduisent l'irrationalisme et la duperie d'un Carl Schmitt et d'un Giorgio Agamben.

Débutons notre analyse en affirmant que tout état d'exception ainsi que les actes qui se réalisent à l'intérieur de celui-ci et par la suite d'un tel « état » ne relèvent, dans un sens juridique sain et strictement parlant, que de l'ordre des faits. Un tel état d'exception ne représente, en somme, qu'un « fait », tant que tous les actes et les omissions qui s'y rapportent le sont également. Il n'y a en conséquence jamais de droit « rattaché » ou « dans » un tel fait, d'autant plus qu'il soit irrationnel et absurde de croire qu'un fait possède, par un quelconque miracle métaphysique, la qualité de « droit ». À aucun moment, un fait ne possède une quelconque qualité, substance, essence ou sens de « droit » : une requalification comme telle – ou un « baptême » – voulant l'y ajouter n'a aucune prise sur la réalité ; le droit demeurera toujours rationnellement indépendant et indifférent des faits ayant eu lieu.

Ce n'est rien d'autre qu'un mysticisme, ou une divagation de l'esprit, de croire et de prétendre que le mot, la qualification, le concept ou toute autre expression linguistique utilisée n'épouse, à un moment ou à un autre, la réalité. Notre capacité de narrer le monde réel en vue de créer pour nous-mêmes une familiarité sociale (sinon une trans-

cendance d'En-bas) ne doit point nous induire en erreur et nous laisser imaginer, contre toute raison, que ce niveau de narration possède une quelconque capacité d'interaction, dite de « droit », avec le réel. Il n'y a rien ! Nos narrations du monde réel ne relèvent que des subjectivités qui s'affirment comme telles (ou qui sautent vers le collectif comme expérience partagée par tous) et surtout, qui retrouvent ces narrations dans la fluidité de la configuration (et des reconfigurations) des traditions. Le « dit », en ce sens, n'est pas la réalité objective de ce qui s'est passé, ni la réalité intersubjective de ce qui a été vécu, mais exclusivement la réalité intersubjective de ce qui a été effectivement « dit ». Ce qui nous informe que même le « prononcé » s'affirme uniquement en tant que « palabre de ce qui a été dit » et aucunement en tant que « droit » d'une quelconque « réalité » et encore moins de la « réalité » d'un quelconque « droit ».

Appuyons, avec conviction, l'argument affirmant que le « fait » ne pourra jamais se substituer au raisonnement juridique et qu'aucune qualification linguistique (ou encore émotion sociale ou de « droit ») ne devra jamais être acceptée en tant que « déjà-droit », « déjà-juridique », au risque de sombrer dans l'anti-juridique, dans l'anti-droit. Pourquoi ? Parce que s'il faut admettre que les « faits » et la question du « droit » peuvent, sous condition, entrer en communication les uns avec l'autre, il faut aussi reconnaît, a contrario, que la question du droit se résout en pratique dans un monde réel avec des individus en chair et en os et se présente, finalement, comme l'aboutissement d'une controverse résolue d'une façon procédurale et par un jugement judiciaire approprié. Si toute question de droit, dans sa singularité, se juge par le biais des mots, par des actes de langage, il convient d'insister sur le fait qu'un jugement, pour se faire juridique, se produit dans des circonstances et dans un cadre où n'entrent jamais des « faits » proprement dits, mais plutôt la préoccupation, si différente et si juridique, qu'est la question des « preuves ». Si chaque juriste ou avocat peut avoir ses interprétations propres concernant les faits, c'est une toute autre question de les prouver par des preuves acceptables par tous et surtout acceptables juridiquement.

Concluons que toute idéologie du « déjà-droit » –annoncée sous l'étiquette d'un « état d'exception » juridique ou encore sous celle d'un « État de droit »– n'est donc que cela, à savoir une idéologie ou mieux, un mysticisme antijuridique. Celui qui croit à un « déjà-droit », nonobs-

tant son mode d'énonciation ou de justification, risque de ne rien comprendre dans une société moderne, ni de la réalité contemporaine, ni de l'exigence juridique.

Pour citer un exemple de la différence entre le fait d'un « état d'exception » et d'un « déjà-droit », nous insisterons à présent sur l'engagement de responsabilité que nous avons tous dans des situations relevant de la société civile ou encore des institutions politiques, administratives ou économiques. Un « état d'exception » ne relève, de la sorte, que d'une situation factuelle où nous ressentons le besoin de nous imposer à nous-mêmes, en tant qu'individus, la nécessité d'engager en conscience notre responsabilité vu les « valeurs » en péril dans des situations d'état d'exception ou encore d'urgence. Deux scénarios permettent de comprendre cette responsabilité, telle qu'elle est ressentie par un acteur social et politique, et d'envisager la nécessité d'un jugement juridique approprié pour pouvoir évaluer conditionnellement ce qui a été fait.

Imaginons, à titre d'exemple, le scénario suivant : une maison en flammes et, au deuxième étage, une petite fille paniquée, en sanglots, devant une fenêtre qu'elle n'arrive pas à ouvrir. Introduisons ensuite un homme, un passant faisant du jogging par exemple, qui s'aperçoit de la situation et décide d'intervenir et d'engager sa responsabilité. Agissant à toute vitesse, il casse la fenêtre du hangar du voisin (donc dommage à la propriété d'autrui) et il en sort l'échelle (ensuite, utilisation illégale d'un objet qui ne lui appartient pas). Comble de malheur, en sortant l'échelle, il heurte et brise un des phares de la voiture du voisin (deuxième dommage à la propriété d'autrui) puis il court vers la maison en flammes, installe l'échelle, monte et casse la fenêtre (troisième dommage à la propriété d'autrui) pour évacuer en vitesse la petite fille avant que la maison se consume totalement par les flammes.

« En apparence », notre homme a commis une série de « crimes » (ou fautes/infractions) et, en même temps, il risque davantage, comme héros du jour et citoyen exemplaire, de trouver sa photo en première page du journal local que de se faire importuner, nous en sommes convaincus, par la police ou par une quelconque réclamation d'indemnité. Pourquoi ? Parce que dans un état d'exception (ou encore d'urgence, de nécessité, etc.), les petits intérêts (comme deux fenêtres cassées, une échelle utilisée sans l'autorisation de son propriétaire, un phare de voiture cassé, etc.) ne font pas le poids devant ce qui a de la

valeur, à savoir sauver une vie humaine. Tout individu qui juge à partir du bon sens populaire en arrivera à la conclusion qu'il ne s'agit là que d'un état d'exception (ou d'urgence) où le droit n'a pas à intervenir. Un jugement juridique post festum en arrivera, sans aucun doute, à la même conclusion. Ajoutons également, en passant, que la plupart des législations de type occidental ont même prévu un traitement d'exception dans les cas semblables.

S'agissant d'un deuxième scénario, imaginons à présent un homme ou une femme disposant d'un mandat politique comme président, premier ministre ou autre d'un État constitutionnel et qui doit agir rapidement et sans délai dans une situation de catastrophe naturelle (comme un ouragan), d'accident grave dans une centrale nucléaire (comme à Tchernobyl), de guerre, ou autre du même genre. Ajoutons une précision supplémentaire, à savoir qu'il n'existe ni dans le cadre législatif ou constitutionnel, ni dans la tradition juridique, des balises jugées normatives pouvant encadrer les actes, rationnels et humains, que la personne élue doit mettre en œuvre immédiatement en vue de sauver des vies, diminuer les pertes matérielles et surtout amoindrir la misère sanitaire et humanitaire provoquée par les calamités invoquées[3].

La réaction du public ne sera-t-elle pas d'exiger que l'élu(e) agisse en conséquence, qu'il (elle) engage sa responsabilité pour aider les sinistrés, pour atténuer les misères, etc. ? Nous en sommes convaincus ! Pourquoi ? Parce qu'un président, un premier ministre, un ministre, etc., dispose, de par sa position politique, des ressources en personnel, en équipement et en logistique, etc., qui lui permettent d'agir promptement et efficacement, et la population exigerait en conséquence qu'il agisse pour ainsi dire « à sa place » et « en son nom ». Lors d'une catastrophe nucléaire ou naturelle, il sera en ce sens souvent nécessaire et adéquat de déplacer *manu militari* toute une population hors de la zone de contamination radioactive ou sinistrée. Cela peut représenter, par exemple, dans les zones sinistrées, une limitation ou une suspension

3. Notons que la plupart des constitutions de type occidental contiennent des dispositions relatives à l'état d'exception, sans qu'il soit pour autant humainement ou idéalement possible de tout prévoir. Voir l'étude très instructive de la Commission européenne pour la démocratie par le droit (dir.), *Les pouvoirs d'exception*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, coll. Science et techniques de la démocratie, nº 12, 1995 ; cf. surtout les tableaux récapitulatifs, en annexe, des réponses des 32 états ayant participé à cette enquête.

des libertés et des privilèges civils et politiques dont jouissent normalement les citoyens.

Nous pourrons avec certitude prévoir que le jugement populaire insistera ici obstinément sur la valeur de la vie humaine et sur la nécessité de limiter les dégâts. Ce qui nous permet d'affirmer que le jugement public serait sans doute le suivant : le « droit » n'a pas à intervenir ; si un jugement « en droit » est nécessaire *post festum*, un tel jugement devrait évaluer, d'une façon appropriée, ce qui a été fait et, le cas échéant, châtier les dirigeant politiques s'ils sont allés trop loin ou s'ils ont indûment profité de la situation.

Tirons illico les leçons de nos deux scénarios en soulignant qu'un « état d'exception » ne cause pas véritablement de problème pour la pratique et la possibilité de droit. La raison réside dans l'affirmation qu'un « état d'exception » ne quitte jamais son statut de « fait » (ou encore juridiquement de questionnement a posteriori concernant la responsabilité engagée) et que le moment juridique est le moment où nous jugeons un fait, un événement, un acte, etc.[4]. À cela s'ajoute l'importance du fait qu'il ne convient guère, dans une modernité juridique saine, de s'investir exclusivement dans un jugement juridique seul, car si la légalité marche de pair avec la légitimité, comme nous le défendons ailleurs avec ardeur[5], il va de soi qu'elle s'ajoute, en tant que garantie et support, au jugement démocratique, un jugement que tout homme et toute femme peut faire à partir de son appréciation, de son expérience et de sa décence[6].

---

4. Ce qui explique pourquoi nous n'avons pas senti le besoin, tout au long de notre analyse, de distinguer les différents concepts qui, dans la dogmatique juridique, peuvent caractériser un état d'exception (rappelons ici les concepts de l'état d'urgence, de nécessité, de détresse, de force majeur, et ainsi de suite). Au-dessus de la beauté des concepts, c'est, insistons là-dessus, le jugement juridique indépendant que nous devons viser et faire prévaloir.
5. Bjarne Melkevik, *Tolérance et modernité juridique*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2006 ; *idem*, *Considérations juridico-philosophique*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. 2005 ; et *idem*, *Rawls ou Habermas. Une question de philosophie du droit*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2002 ; traduction en roumain « *Rawls si Habermas. O problemà de filozofie a dreptului* », Iasi (Roumanie), Editura Cugetarea, 2003 ; et en espagnol, « *Rawls y Habermas. Un debate de filosofia del derecho* », Bogota (Colombie), Universidad Externado de Colombia, coll. Serie de Teoría Jurídica y Filosofia del Derecho, nº 42, 2006.
6. Cf. Avishaï Margalit, *La société décente*, Paris, Flammarion, coll. Champs, nº 755, 2007.

Quand nous renonçons à de tels jugements, étant victimes, conscientes ou inconscientes, de l'idéologie du « déjà-droit », il y a péril en la demeure parce que cette idéologie du « déjà-droit » se dresse comme un obstacle, un mur, une « légitimité » illégitime, qui empêche tout jugement juridique sur les faits et qui, pire encore, risque de laisser triompher la force, le pouvoir ou les oligarchies qui nous gouvernent si adroitement. Cette menace qu'ils font peser sur toute entreprise juridique se traduit par la facilité avec laquelle ils peuvent se servir de l'idéologie du « déjà-droit », le masquant en tant que « constitutionnalisme », « doctrine du droit », « expertise juridique » et toute autre formule de cet ordre, en vue de courber toute objection, de briser toute résistance ne souhaitant (quel sacrilège pour eux !) qu'un droit moderne.

C'est cette démission du raisonnable et de la décence que nous constaterons, anticipant sur notre analyse, chez Carl Schmitt et chez Giorgio Agamben. Aussi bien l'un comme l'autre exploitent honteusement l'idéologie du « déjà-droit » en vue de distiller, sur les cendres de ce qui ne sera jamais « droit », leurs poisons létaux. Le fait que l'idéologie positiviste devienne leur champs de bataille dans leur lutte sans merci contre le droit nous révèle sans fard, confions-le en passant, la faiblesse philosophique où se trouve aujourd'hui le positivisme qui se fait appeler « juridique ».

L'ÉTAT D'EXCEPTION DANS L'EXISTENTIALISME « JURIDIQUE » DE CARL SCHMITT

Nonobstant l'appréciation philosophique que nous réservons en général à Carl Schmitt (1888-1985) et à son œuvre (que nous jugeons autant avec ouverture d'esprit qu'avec sévérité)[7], n'escamotons pas le fait qu'il a incontestablement été l'un des philosophes constitutionnalistes (avec Hans Kelsen d'ailleurs) le plus discuté (et commenté) du vingtième siècle et que ses idées ont eu une influence, avouée ou

7. Voir Bjarne Melkevik, « Légalité et légitimité : Réflexions sur les leçons de Weimar selon David Dyzenhaus », *Les Cahiers de droit*, vol. 40, nº 2, juin 1999, p. 459-477, et *idem*, « Pour en finir avec Carl Schmitt – Habermas devant le hobbisme juridico-politique », conférence présentée au colloque « Philosophie des droits démocratiques », Université Laval (Québec) le 11 mai 1998. Une nouvelle publication de ces deux articles est prévue dans Bjarne Melkevik, « *Habermas, droit et démocratie délibérative* », Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2010.

non, « immense »[8]. Il a été en Allemagne, dans les années de Weimar, l'un des adversaires les plus virulents de la démocratie moderne, du parlementarisme, de la vie « moderne », du système moderne de partis politiques, etc., poignant dans sa lutte sans merci contre eux, et aussi certainement l'un des partisans les plus en vogue de l'autoritarisme « unitaire », un « hobbisme » largement centré sur l'État et sur l'obéissance, dans les domaines politique, social, économique, culturel et « juridique »[9]. Le fait d'avoir été *Kronjuriste*, prince-juriste couronné par le pouvoir nazi de 1933 à 1945, n'a certainement pas aidé à effacer le parfum de souffre qui colle à ses théories[10]. Que le sens à attribuer à son héritage idéologique demeure un objet de controverse, témoigne d'ailleurs amplement du rôle spécifique (quoique loin d'être toujours louable et honorable) qu'a acquis Carl Schmitt dans la pensée constitutionnaliste.

Pour comprendre le rôle spécifique que Carl Schmitt joue dans la philosophie du droit (et dans l'idéologie constitutionnaliste), examinons-le avant tout en tant que partisan acharné d'une idéologie du salut politique. Définissons brièvement cette idéologie du salut politique comme un courant de pensée qui propose la libération, la rédemption, la délivrance, tant au niveau individuel qu'au niveau collectif, par la détermination de « l'obstacle » (c'est-à-dire, comme nous le constatons par la suite, « l'ennemi ») qu'il faut contourner, enlever ou éliminer. S'ajoute ensuite un critère supplémentaire, à savoir un ressentiment à cause d'une injustice supposée, une défaite jugée humiliante ou encore le sentiment d'être un objet de mépris, d'où l'accentuation existentielle qu'il faut une réparation, une « révolution », une « épuration », etc., pour sortir d'une telle situation. Le résultat est un « messianisme » perverti et profane, où la rédemption et le salut résident là, juste devant nous, pris dans le temps prophé-

8. Cf. David Cumin, *Carl Schmitt*, Paris, Cerf, coll. Passages, 2005 ; Carlos M. Herrera (dir.), *Le droit, le politique : autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, Paris, L'Harmattan, 1995.

9. Renaud Baumert, « Carl Schmitt contre le parlementarisme weimarien. Quatorze ans de rhétorique réactionnaire », dans *Revue Française de Science Politique*, Paris, vol. 58, n° 1, 2008, p. 5-38.

10. Yves Charles Zarka, *Un détail nazi dans la pensée de Carl Schmitt,* Paris, Presses universitaires de France, coll. Intervention philosophique, 2005.

tique (ou parrèsiastès[11]) de l'instant présent, et où il s'agit d'assurer que le « bien » ou le « juste » triomphent. Carl Schmitt appelle sa version de cette idéologie du salut « théologie politique », et bien que cela n'ait rien à voir avec une théologie véritable mais davantage avec un étatisme ou un collectivisme devenu extrême et radical, il pointe quand même le doigt sur un élément révélateur, soit l'usurpation profane des références religieuses dans l'imposition de l'image d'un salut à réaliser d'En-bas par l'engagement, la lutte politique et la satisfaction de sentir les effets de cette lutte directement dans sa « peau » ; d'où, soit dit en passant, ce sentiment chez les partisans d'une idéologie du salut politique d'être des « purs », d'avant-garde, qui offrent le martyr de leur personne pour le bénéfice des autres, des « innocents ».

Avec Carl Schmitt, l'idéologie du salut politique est avant tout une manière sui generis de penser qui, par une herméneutique de suspicion, voire une logique manichéenne en noir et blanc, dissipe toutes les nuées, les ambivalences et les incertitudes au profit du sentiment d'avoir raison, d'être du bon bord, d'être dans le « juste ». En somme, il s'agit d'une « religiosité » athée et laïque qui vénère l'État ou la collectivité comme objet de la politique et qui croit, à tort, à un salut d'En-bas par la victoire d'une idéologie, la leur. Si Carl Schmitt s'affiche en tant que partisan déclaré, Giorgio Agamben, lui, l'est surtout par aveuglement et par orgueil, dans la mesure où il reprend la « négativité » de cette idéologie sans se rendre compte qu'il la confirme et, comble de malheur, la renforce en la rendant plus effroyable encore. Nous y reviendrons.

C'était, répétons-le, la reprise (schmittienne et néo-schmittienne) de l'héritage idéologique de Carl Schmitt qui a remis au goût du jour la notion de l'État d'exception. C'est incontestablement un thème transversal autour duquel sont tissés de larges pans de son œuvre tout

11. Mot d'origine grecque, issu du mot *parrésia*, *parresia*, *parrhesia*, etc., se rapportant à « celui qui parle/dit la vérité ». Le mot a été surtout utilisé dans des études classiques de même que dans des études néotestamentaires et théologiques. Repris par Michel Foucault, dans *Le Gouvernement de soi et des autres. Cours du Collège de France, 1982-1983* (édition établie par F. Ewald, A. Fontana et F. Gros), Paris, Éditions Seuil, 2008, et servant d'une façon inappropriée de base justificatrice à l'idéologie de « biopolitique » et de « biopouvoir ».

entière[12]. Or, le concept (et la problématique) de l'État d'exception appartient surtout à la « théologie politique » (en fait à l'idéologie du salut politique) de Carl Schmitt. Le plus opportun serait donc, nous semble-t-il, d'examiner la question dans l'ouvrage portant ce même titre[13], qui commence par un knock-out, avec les mots suivants :

> « Est souverain celui qui décide de la situation exceptionnelle »[14] ; ou également : « Est souverain celle qui décide lors d'un état d'exception ».

Carl Schmitt compte, par cette affirmation, s'approprier le concept de « souveraineté » en vue d'utiliser la valeur idéologique que celui-ci a acquis dans le constitutionnalisme et, également, en vue d'imposer une compréhension singulière de l'État dit, toujours opportunément, de « droit ». Pourquoi ?

Parce que Schmitt cherche à utiliser le moment de « déjà-droit » que la pensée constitutionnaliste, issue d'abord de la lignée de Carl-Friedrich Gerber, Paul Laband et Georges Jellinek[15] et ensuite, de la lignée d'Otto Mayer, Hans Kelsen, etc. (et toujours avec Max Weber en arrière-plan), avait investi dans le concept de « souveraineté »[16]. Ce

---

12. Voir Carl Schmitt, *La notion de politique. Théorie du partisan*, Paris, Flammarion, coll. Champs, n° 259, 1992 (Il existe quatre éditions de ce « livre », voir la préface de Julien Freund, dans C. Schmitt, *La notion de politique*, *op. cit.*, p. 17, note 2) ; *idem*, *La dictature*, Paris, Seuil, 2000 ; *idem*, *Théologie politique* (original : 1922, 1969), Paris, Gallimard, coll. Bibliothèque des sciences humaines, 1988 ; *idem*, *Parlementarisme et démocratie*, Paris, Seuil, 1988 ; *idem*, *Théorie de la Constitution*, Paris, Presses universitaires de France, 1993 ; *idem*, *Légalité et légitimité*, Paris, LGDJ, 1936.
13. Carl Schmitt, *Théologie politique, op. cit.* Notons que Carl Schmitt cherche à faire accepter sa théorie en la présentant comme un prolongement politique d'une certaine sorte de « théologie » catholique. Sans que nous puissions l'expliquer davantage ici dans le cadre de cette étude, nous considérons cette prétention comme un subterfuge, un attrape-nigaud ne servant à rien d'autre que de désarmer ses adversaires, voire à créer une diversion idéologique chez ces mêmes adversaires.
14. Carl Schmitt, *Théologie politique, op. cit.*, p. 15 : le traducteur explique, en note en bas de page, les questions quant à la traduction en français de la phrase : « Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet ». Notons que la traduction « Est souverain celle qui décide lors (ou dans) d'un état d'exception » se défend amplement et est donc reprise ici pour plus de précision.
15. Olivier Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, Paris, Presses universitaires de France, coll. Léviathan, 2005, p. 185-337. Arthur J. Jacobson et Bernhard Schlink (dir.), *Weimar : a jurisprudence if crisis*, Berkeley, University of California Press, 2000, rassemblent les textes historiques majeurs des débats constitutionnels de l'époque de Weimar.
16. Si les auteurs constitutionnalistes que confronte d'une façon privilégie Carl Schmitt étaient avant tout de langue allemande, il convient de signaler que le paradigme de « souveraineté » en tant que fondement « métaphysique » (ou « positiviste ») du « droit »

courant de pensée supposait en effet que le concept de « souveraineté », issu initialement de la pensée absolutiste, possédait la force idéologique, émotionnelle et affective de fonder une conception positiviste du droit. C'est en effet l'image développée par Jean-Jacques Rousseau, par laquelle le concept de la souveraineté du peuple est compris à la façon concrète de la souveraineté d'un monarque, qui l'explique, car, de la même façon que la compétence de faire les lois est associée d'une façon concrète au monarque, toute législation est supposée fusionner avec le symbole de la Souveraineté pour obtenir immédiatement la qualité de majesté « juridique »[17], et le moment manquant, l'idéologie identifiant « loi » avec « droit », ou simplement substituant un concept à l'autre, s'obtient par le recours à Hobbes : « Auctoritas non veritas facit legem » (L'autorité et n'est pas la vérité, fait loi). Cette idéologisation installe en conséquence le « trope »[18] d'une prétendue factualité où tout positivisme juridique peut se retrouver et se justifier en tant que prétendument « factuel ». Si donc la modalité factuelle se justifie chez Georges Jellinek en tant que « die normative Kraft des Faktischen » (c'est-à-dire la force normative de la factualité) et chez Hans Kelsen, en tant que croyance constituée de façon factuelle et justifiée à la manière néo-kantienne par un Grundnorm hypothétique[19], postulant

(ou ce qui le remplace opportunément) était (et « est ») un phénomène occidental largement partagé.

17. Pour plus de précision, soulignons que, dans une conception moderne de droit et de législation, une telle proposition est intenable et métaphysique, et qu'une législation (qui n'est pas de « souveraineté ») n'est rien d'autre que le fait d'être « législation ». En revanche, la législation relève uniquement d'un acte politique issu des institutions compétentes pour ce faire, en espérant que la compétence politique réside dans les processus démocratiques. Nous nous expliquons sur ce point dans nos livres cités auparavant.

18. Un « trope » est une étape dans un changement de signification d'un mot, d'une locution, d'un concept, etc., pour un autre. Cette « logique » de trope est très fréquemment utilisée dans les écrits dits de positivisme juridique : par exemple en substituant au mot « législation » le sens de « droit », en substituant au mot « droit » le sens d'« obligation », et ainsi de suite. Le problème auquel est confronté en conséquence le positivisme dit juridique aujourd'hui, c'est de savoir si l'inflation de tels tropismes ne nuit pas à la santé intellectuelle du droit : ne devient-il pas trop idéologique et manipulable à souhait ?

19. Hans Kelsen, *La théorie pure du droit*, Neuchâtel, Éditions de la Baconnière, 2e édition de 1988, p. 124 : « La Théorie pure attribue à la notion de norme fondamentale [c'est-à-dire la Grundnorm] le rôle d'une hypothèse de base. À supposer que cette norme soit valable, l'ordre juridique qui en est issu est lui aussi valable, car elle confère aux actes du premier constituant et à tous les actes subséquents le sens spécifique de normes juridiques. C'est donc dans la norme fondamentale que se trouve la source de

donc que la constitution est un « devoir-être » qui existe, il saute aux yeux qu'il ne s'agit ici que de propositions idéologiques qui servent une logique fondationaliste[20]. Mais cela sert surtout Carl Schmitt, car si le concept de « souveraineté » représente un « déjà-droit », si c'est une « facticité » qui fonde ce « déjà-droit », pourquoi ne pas être « réaliste », pourquoi ne pas insister sur les acteurs et sur les actions factuels ? Qui décide finalement « en réalité » quant à la souveraineté ?

En conséquence, lorsque Schmitt affirme, rien de moins, que la question de la souveraineté ne devrait pas être pensée et comprise d'une façon contrefactuelle[21], mais concrètement et de façon réaliste au niveau de « celui qui décide », il déduit que c'est l'individu ou le groupe d'individus possédant un tel pouvoir décisionnel, en dernière instance, qui est mis en avant. D'où le glissement théorique, chez Schmitt, qui soutient que cet individu ou ce groupe d'individus doivent incarner la « souveraineté » comme devoir, destinée ou charge. La « souveraineté » (ou, plus précisément, l'individu qui à un moment l'incarne en tant que « souverain ») fait, virtuellement parlant, partie de la vie des institutions et représente même un élément vital de ces dernières, ce qui se révèle surtout dans les situations, dans l'état (et l'État) où l'existence même des institutions est mise à l'épreuve. Rien ne symbolise plus

---

la signification normative de tous les actes qui constituent un ordre juridique. Seule l'hypothèse d'une norme fondamentale permet de reconnaître un sens juridique aux matériaux empiriques qui se présentent à l'examen des juristes et de les considérer comme formant un système de normes. Inversement, le contenu de la norme fondamentale d'un ordre juridique particulier dépend de la nature des matériaux auxquels elle doit donner une signification juridique. [...] L'hypothèse d'une norme fondamentale est ainsi nécessaire à toute étude positiviste du droit. ».

Sur la question de la Grundnorm chez Kelsen, cf. Carlos M. Herrera, *La philosophie du droit de Hans Kelsen. Une introduction*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2004, p. 24-26, p. 36-41.

20. Sur le fondationalisme (et la logique fondationaliste), voir Bjarne Melkevik, « Fondation ou sélection des normes – Plaidoyer pour une modernité communicationnelle » ; conférence donnée lors du colloque « Challenges for democracy : Rethinking Political Philosophy », University of Guelph, Ontario (Canada), les 7-9 mai, 1993 ; une publication de cette conférence est prévue dans Bjarne Melkevik, *Haberma, droit et démocratie délibérative*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké.

21. Comme nous le défendons dans Bjarne Melkevik, *Tolérance et modernité juridique*, *op. cit.*, *Considérations juridico-philosophiques*, *op. cit.*, et *Rawls ou Habermas. Une question de philosophie du droit*, *op. cit.*, nous affirmons que dans un régime démocratique le lieu du pouvoir doit impérativement rester « vide » ; ce qui signifie que c'est uniquement la Constitution, l'ordre juridique et les processus démocratiques qui représentent le lieu où converge tout questionnement sur « légalité et légitimité ».

ouvertement et sans fard, toujours selon Schmitt, ce moment de vérité des institutions, de l'État tout entier, que le moment où l'existence propre de l'État est menacée, le moment où la « souveraineté » n'existerait plus si l'individu qui l'incarne n'agissait pas pour, grâce à ses actes, l'affirmer. Bref, le moment existentiel et factuel dénommé « état d'exception » exige, selon lui, que le souverain se révèle et se montre à la population. Lorsqu'il se révèle, quand il affirme l'État et la « souveraineté », tous les débats académiques s'arrêtent, présume Schmitt, et tombent comme des mouches devant un feu vif, car nonobstant tout palabre, « il » (c'est-à-dire le souverain) a effectivement affirmé qu'il « est le souverain ».

La construction théorique (et idéologique) de Schmitt se confirme en effet entièrement au niveau du « déjà-droit ». Avec la notion de « souveraineté », tout est formellement déjà à l'intérieur de cette idéologie du « déjà-droit » et le Souverain (ou l'État) l'exerce comme tel jusqu'à la « réalité » d'un ordre dit opportunément « juridique » et qui est supposé être un « déjà-droit » total avec le Souverain, au sommet d'une pyramide qui ressemble, comme une copie conforme, à la pyramide de l'Idéo-droit de Kelsen, à l'exception, bien entendu, de l'existence d'un souverain individualisé qui détrône la belle hypothèse d'une Grundnorm hypothétique et non existante[22]. Si le concept de « souveraineté » dans un « état d'exception » se révèle par la magie de ce « déjà-droit » (supposément « juridique » et « légitime »), comme le prétend Schmitt, c'est le souverain qui est son gardien et, bien entendu aussi, son éternel « sauveur », surtout à l'égard des institutions démocratiques ou de l'espace démocratique qui, comme le craint si fortement Schmitt, ne comprennent pas cette mission de salut unique et théologico-politique attribué à un individu. D'où aussi le danger que le « déjà-droit » de l'état d'exception ne se transforme en une logique de « coup d'État » constitutionnel. C'est d'ailleurs ce qui s'est produit en 1933-34 en Allemagne, où les arguments de Schmitt ont servi à légitimer le coup d'État ayant mené Hitler au pouvoir[23]. Cette théorie a anesthésié toute opposition, toute critique et toute vigilance chez la majorité des juristes. Existaient-ils des individus ou de faibles voix qui protestaient, mais qui les écoutait, puisque c'était du « déjà-droit » ? Personne. Qui, en

22. Voir Hans Kelsen, *La théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 124.
23. Bjarne Melkevik, « Légalité et légitimité : Réflexions sur les leçons de Weimar selon David Dyzenhaus », *op. cit.*

fait, peut lutter contre le « déjà-droit » avec légitimité, et cela en ne revendiquant qu'une légalité moderne ? Personne.

Équipé de son « déjà-droit », Schmitt n'a plus ensuite qu'à déployer le concept de l'état d'exception un peu partout. Car si l'état d'exception est existentiel par excellence, il révèle, présume Schmitt, l'essence des institutions et surtout la vérité des communautés politiques. Pour Carl Schmitt, il s'ensuit que les « communautés politiques » incarnent elles aussi, dans leur « vérité », l'intrique « existentielle » d'être là grâce à une politique musclée, ou de disparaître comme de la poussière dans le vent. La célèbre théorie structurant la politique sur les axes de « l'ami » ou de « l'ennemi » prolonge et confirme en ce sens, chez lui, la question existentielle inhérente dans l'état d'exception, mais sur une étendue plus large, en affirmant que le destin même d'une communauté politique se joue, « existentiellement », dans la capacité de reconnaître l'ennemi politique, de l'intérieur ou de l'extérieur, qui peut la menacer, l'affaiblir ou la détruire[24]. Une communauté qui n'arrive pas à démasquer l'ennemi politique, prévoit Schmitt, court alors le risque de disparaître ou de se désintégrer à une échéance plus ou moins longue, d'où l'urgence absolue, existentielle même, de déterminer cet ennemi politique, car la décision le désignant représente la catharsis attestant que la communauté politique a effectué le choix de survivre, celui de se prendre en main. À la limite, quand le désespoir et le défaitisme règnent, le « souverain » est, pour Schmitt, celui qui décide dans l'état d'exception qu'il souhaite survivre, qu'il veut vivre avec les siens et qui, dans cet objectif, désigne l'ennemi pour faire triompher dans le combat cette volonté de survie et de rédemption. Le souverain (le « sauveur ») possède, prophétise Schmitt, une obligation suprême, car sans lui la « survie » ne sera pas possible.

L'existentialisme schmittien (et le sens qu'il attribue à « l'état d'exception ») se résume finalement dans une conception forte de l'État, ou encore dans un étatisme total, où tout sera de mise : le droit, la

24. Carl Schmitt, *La notion de politique. Théorie du partisan*, Paris, Flammarion, coll. Champs nº 259, 1992, p. 63-66. Schmitt se réfère ici au livre de Thomas Hobbes, *Léviathan : traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile*, trad. de F. Tricaud, Paris, Sirey, 1971 ; cf. également Carl Schmitt, *Le Léviathan dans la doctrine de Thomas Hobbes : sens et échec d'un système politique*, Paris, Seuil, 2002.

société civile, l'économie, la culture, etc. Schmitt s'exprime en ces mots :

> Tous les concepts prégnants de la théorie moderne de l'État sont des concepts théologiques sécularisés. Et c'est vrai non seulement pour leur développement historique, parce qu'ils ont été transférés de la théologie à la théorie de l'État – du fait, par exemple, que le Dieu tout-puissant est devenu le législateur omnipotent –, mais aussi de leur structure systématique, dont la connaissance est nécessaire pour une analyse sociologique de ces concepts. La situation exceptionnelle a pour la jurisprudence la même signification que le miracle pour la théologie. C'est seulement en prenant conscience de cette position analogue qu'on peut percevoir l'évolution qu'ont connu les idées concernant la philosophie de l'État au cours des derniers siècles. Car l'idée de l'État de droit moderne s'impose avec le déisme, avec une théologie et une métaphysique qui rejettent le miracle hors du monde et récusent la rupture des lois de la nature, rupture contenue dans la notion de miracle et impliquant une exception due à une intervention directe du souverain dans l'ordre juridique existant. Le rationalisme de l'Aufklärung condamne l'exception sous toutes ses formes. La conviction théiste des auteurs conservateurs de la contre-révolution put dès lors tenter d'appuyer idéologiquement la souveraineté personnelle du monarque avec des analogies tirées d'une théologie théiste[25].

Soit ! Selon Carl Schmitt, le concept de « l'état d'exception » se trouve effectivement parmi les concepts imprégnés d'une telle idéologie de salut politique. Mais surtout, et pour paraphraser Schmitt, le concept de l'état d'exception (c'est-à-dire « la situation exceptionnelle ») a donc « pour la jurisprudence la même signification que le miracle pour la théologie », ce qui signifie, suivant son raisonnement tordu, que le miracle de l'état d'exception est de faire « croire » et d'expliquer pourquoi il faut « croire » ! Bref, c'est le moment extraordinaire, magique et beau qui résume « tout » et qui reste là, béat devant le « déjà-droit » souverain ! Ce qui nous renseigne amplement, soit dit expressément, sur le caractère entièrement païen, laïc et idéologique de la « théologie » du salut politique de Schmitt, voire également sur le déplacement perverti du religieux vers le politico-philosophique qu'il partage, peut-être inconsciemment, avec le mouvement théiste du 16e au 20e siècle.

25. Carl Schmitt, *Théologie politique*, *op. cit.*, p. 46.

La révolution schmittienne du 20e siècle (qui se propage d'ailleurs aujourd'hui, à sa façon, dans le néo-schmittisme de « gauche » ou de « droite ») consiste donc à littéralement « verser » ou « pousser » les concepts constitutionnels (ou, de façon impropre, « juridiques ») vers un « existentialisme » autoritaire (et totalitaire) englobant indifféremment tous les différents secteurs de la « réalité » sociale. Il s'agit d'empêcher que le droit soit pensé dans sa singularité et dans son rôle propre et de le faire en insinuant qu'il n'existe plus de domaines sociaux propres, séparés l'un de l'autre, mais bien une totalité existentielle, un « État total », à vivre comme tel[26]. Le domaine du droit devient, suivant l'idéologie schmittienne, un domaine de constitutionnalisme où le maître marionnettiste fait bouger le « déjà-droit » de son cru, tout en haut d'un « pyramide » que Schmitt désigne comme l'État total[27]. Il est facile, sur ce point, de comprendre la répulsion théorique qu'inspirent chez Schmitt les théories idéalistes en droit et comment il se force à les combattre au nom d'une « réalité » sociale, « juridique » et politique. D'où cette croyance, si ancrée chez Schmitt, qu'il est « réaliste » et « empirique », là où les autres ne sont que romantiques et idéalistes.

En fin de compte, que conclure d'autre sinon qu'il n'y a ici rien de vraiment juridique dans l'utilisation, chez Schmitt, du concept de l'état d'exception, sinon l'échafaudage d'une thèse idéologique d'un « déjà-droit » à vénérer dans une idéologie du salut politique bien particulière (et peu recommandable). Schmitt s'est servi du concept de l'état d'exception pour construire une conception particulière du salut politique, ce que la conception du « déjà-droit » lui a permis de le faire. Le résultat est alors une conception dogmatique qui oriente (et qui « formate ») les citoyens dans une soumission idéologique au Souverain, à l'État, au « déjà-droit » et dans la croyance, de toute évidence fausse, qu'il faut un souverain, préférablement en acier trempé, à qui la population peut s'identifier. Une politique qui se résume finalement dans la démocratie en tant qu'ennemi à abattre et dans l'utilisation du « déjà-droit » comme arme de combat.

---

26. Quant au concept de « l'État total », voir Carl Schmitt, « Le virage vers l'État total » (1931), dans *idem*, *Parlementarisme et démocratie*, Paris, Seuil, 1988, p. 151-170 ; *idem*, « L'évolution de l'État total en Allemagne », dans E. Traverso (dir.), *Le totalitarisme. Le XXe siècle en débat »*, Paris, Seuil, 2001, p. 137-146.
27. Bjarne Melkevik, « Légalité et légitimité : Réflexions sur les leçons de Weimar selon David Dyzenhaus », *op. cit.*

Schmitt est l'idéologue d'un idéal politique autoritaire qui s'investit dans ce qu'on a nommé autrefois, et avec raison, la politique « jeune conservatrice » ou « nationale-révolutionnaire », et qu'il convient mieux aujourd'hui de nommer « biopolitique » ou « biopouvoir ». Ceci nous amène alors à Giorgio Agamben et à la fascination hypnotique que Schmitt continue à exercer sur une soi-disant « gauche » plutôt déboussolée et en mal de repères.

GIORGIO AGAMBEN, L'ÉTAT D'EXCEPTION ET LE POSTMODERNISME

En abordant maintenant le poète-philosophe italien Giorgio Agamben, nous constaterons qu'il reprend, plus qu'artistiquement, le concept de l'état d'exception et de l'idéologie du salut politique de Carl Schmitt. Il présume faussement que la « théologie négative » (comprise et réinterprétée à l'intérieur d'une idéologie laïciste et postmoderniste) nous permet de mieux comprendre le concept schmittien de l'état d'exception et, défend-t-il, de nous apercevoir que tout cela n'est qu'un des enjeux d'une « anomie postmoderne » juxtaposant un « nomos » (de normalité) qui s'épuise à force d'être trop sérieux, trop rigide et trop « bourgeois »[28]. Étudier l'état d'exception chez Agamben se ferait en conséquence en analysant cette nouvelle « dogmatique » postmoderniste et la poétique du salut politique qu'elle entend nous imposer.

Insistons primo sur le fait que se servir indûment de la théologie négative n'est pas propre à Agamben. Il ne représente, tout compte fait, qu'un anneau enthousiaste de plus, s'accrochant au fil des écrits du même ordre, où nous retrouvons Benjamin, Derrida, Lyotard et tant d'autres, ceux qu'on appelle aujourd'hui les schmittiens de « gauche » (rappelons encore une fois que la raison pour laquelle ils cherchent à se faire passer pour de « gauche » est loin d'être claire)[29].

---

28. La notion de l'anomie (et corrélativement du *nomos*) fait ici référence à Émile Durkheim, *Le suicide. Étude de sociologie*, Paris, Alcan, 1897 (réédité plusieurs fois), pages 272-282. Remarquons qu'Agamben ignore pourtant l'enseignement de Durkheim et qu'il reprend le concept de l'anomie dans le sens particulier et idéologique de licence et de carnaval. Sur le livre de Durkheim, voir François Terré (dir.), *Le suicide*, Paris, Dalloz, 1994 ; voir notre compte rendu dans *Philosophiques,* vol. 22, n° 1, 1995, p. 185-187.

29. Les mots « schmitto-marxisme », « marxo-schmittisme », « marxisme-schmittisme », etc., s'emploient également. Ces mots signalent qu'il s'agit de personnes rescapées du

Mais si la théorie et la méthode de la théologie négative sont devenues très populaires et extrêmement prisées par les milieux postmodernes, ne nous leurrons pas en croyant que cela s'est fait pour de bonnes raisons ou sur des bases solides. Pour plus de clarté, rappelons que la théologie négative, issue de la réflexion théologique chrétienne[30], est avant tout une méthode pour tester l'enseignement théologique positif par sa critique, son « contraire » et sa « négativité »[31]. La théologie négative, autant dire la méthode aporétique, relativise, rejette et problématise, dans la mesure du possible, toute forme de théologique positive, ou encore des propositions structurées au préalable, sur le niveau du logos, de l'histoire ou des « grands récits », pour se focaliser sur l'abstraction négative de ce qui s'écrit, sur ce qui est supposé « exister »[32], sur ce qui prend forme par et dans le discours. En ce sens, la théologie négative représente, dans le christianisme, un rappel constant à ramener le discours religieux vers une croyance

naufrage du courant staliniste-léniniste des années 68 (et influencées par l'interprétation particulière de Marx ayant animé ce courant) et qui combinent aujourd'hui des legs de ce « marxisme » (ou stalinisme-léninisme) avec le néo-schmittisme. Les idéologues de ce courant les plus connus (autres que Giorgio Agamben) sont Antonio Negri, Michael Hardt, Etienne Balibar, etc. Les livres d'Antonio Negri et de Michael Hardt : *Empire*, Paris, Exils, 2000 ; *idem*, *Multitude : guerre et démocratie à l'âge de l'empire*, Paris, La Découverte, 2004 (2006), ont acquis le statut de livres fondateurs (et « fondationalistes ») et dogmatiques de ce courant néo-schmittien. Spécifions que cette forme du néo-schmittisme a exercé une influence néfaste et malheureuse sur l'orientation idéologique (et les dérives) de la *New Left Review* pendant les dernières décennies.

30. Notons que l'exploitation idéologique du paradigme de « théologie négative » s'effectue très souvent à la suite d'une mauvaise lecture des *Épîtres* de saint Paul : c'était déjà le cas chez Carl Schmitt et chez des auteurs très influencés par lui (ou inféodés) comme Jacob Taube, *La théologie politique de Paul. Schmitt, Benjamin, Nietzsche et Freud*, Paris, Seuil, coll., traces écrites, 1999 (à lire avec J. Taube, *En divergent accord. À propos de Carl Schmitt,* Paris, Rivages, coll. Rivages poche, 2003), voire se confirme de façon exemplaire chez Giorgio Agamben : *Le temps qui reste : Un commentaire de l'Épître aux Romains*, Paris, Rivages, 2004. Dans ce livre, Agamben présente saint Paul en tant que non-chrétien (et néo-schmittien) et surtout en tant que représentant le plus exigeant d'un messianisme juif, lui-même compris dans la lumière de la tradition cabalistique, suivant le mysticisme et le vitalisme, à la façon du dissident (et hérétique) juif Isaac Luria (1534-1572). Ce livre est extrêmement révélateur des mauvaises lectures néo-schmittiennes qu'Agamben effectue en vue de construire sa biopolitique et sa « théologie » (c'est-à-dire idéologie) négative du salut politique.

31. Ysabel de Andia, « Négative (Théologie) », dans Jean-Yves Lacoste (dir.), *Dictionnaire critique de théologie*, Paris, Presses universitaires de France, 1998, p. 791-795.

32. Rappelons que le mot « exister » n'a pas le même sens en théologie que dans les sciences expérimentales.

saine et réfléchie. Pourquoi ? Parce que dans l'abstraction négative, le christianisme s'affirme en tant que « détachement ontologique »[33], ce qui célèbre la beauté de la foi, mais aussi et surtout, le paradigme d'un langage théologique qui, littéralement parlant, s'évapore et se relativise au bénéfice de l'affirmation de l'insuffisance de la langue et de la nécessité, pourtant, de se servir de ce même langage. À savoir qu'il convient de toujours retravailler réflexivement la langue qui véhicule des images et des métaphores, qui façonne, par nos désirs, ce qui devrait être ou ce qui a été englouti dans la laideur de nos existences si banales et si historiques, et qui pourrait exercer une influence néfaste sur nous. D'où, plus spécifiquement, la nécessité exprimée, par la foi chrétienne par le biais de la théologie négative, de s'assurer que nous ne deviendrons jamais des prisonniers aveugles d'un langage ou d'une culture qui ne devrait servir que par sa transparence et son humanité. Si cette méthode constitue, dans le christianisme, un antidote expulsant le fanatisme, le dogmatisme et l'intolérance, ce n'est pas ce qui séduira les postmodernes à coup sûr (qui en passant n'ont rien contre l'orgueil, le fanatisme et l'irrationalisme, à condition que ce soit le leur et celui de leurs amis) !

Ce qui séduira notamment, d'une manière enthousiaste, les postmodernes (et parmi eux Agamben) dans le paradigme lu très partiellement de la « théologie négative », c'est un vocabulaire qu'ils pourraient présenter, avec orgueil et ignorance, en tant que description objective ou encore en tant qu'analyse « postmoderne » du monde[34]. En la coupant de son sens méthodique et en l'objectivant en tant que « description » (ce à quoi n'a jamais pu prétendre la théologie chrétienne qu'en se condamnant à l'irrationalisme), Agamben (et le postmodernisme) revendique l'effet d'une « négativité » escomptée immédiatement en

33. Maître Eckhart (1260-1327 ; né Eckhart von Hochheim) représente certainement l'archétype de la théologie négative. De son œuvre, mentionnons M*aître Eckhart ou la joie errante : sermons allemands,* traduits et commentés par Reiner Schürmann, Paris, Denoël, 1972. Cf. analyse philosophique, Vladimir Lossky, *Théologie négative et connaissance de Dieu chez Maître Eckhart*, Paris, Vrin, coll. Études de philosophie médiévale, n° 48, 1960. Pour comprendre la filiation entre Eckhart et le postmodernisme, mentionnons que Heidegger s'est inspiré et a repris amplement son œuvre, en en détournant le sens.

34. Jean-François Lyotard, *La condition postmoderne*, Paris, Minuit, 1979. Cf. notre critique des dérives postmodernistes dans le domaine juridique dans Bjarne Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit*, Paris, L'Harmattan et Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1998 (2004), p. 153-175.

tant que positionnement idéologique d'un « non », un « comme non », une « négation de la négation », ou encore un « autre côté du même », à savoir en tant qu'anti-juridisme, anti-droit, anti-mondialisme (ou alter-mondialisme), anti-américanisme, anti-impérialisme, et où finalement les « nuages seront la limite », car chaque position déterminée comme « positive » peut être reprise à l'infini sur le mode de sa « négation »[35].

Ce qui compte dans le nouveau dogmatisme d'Agamben, c'est que la « négativité » (ou la position du « non ») sera la cause confirmant que le salut et la rédemption ne pourront voir le jour que si l'ennemi est abattu, annihilé ou mis en échec. Comme pour Carl Schmitt, il devient ainsi impératif, pour Agamben, de récuser les différenciations sociales et rationnelles communément admises, – par exemple entre public et privé, universel et particulier, vrai et faux, etc., et nécessitant une analyse philosophique ou de sciences sociales (ce que le postmodernisme ne pourra jamais se permettre) – et d'y substituer des distinctions qui se rapportent à l'idéologie du salut, un vocabulaire plus excitant, exotique et hermétique, toujours supposé refléter et exprimer la négativité à l'état pur. Dans ce sens, Agamben conçoit la négativité dans l'indistinction entre la « vie nue » (zôè) et « la vie qualifiée » (bios)[36] ou entre le nomos et l'anomie ou encore, en général, l'indistinction entre la négativité d'une biopolitique majeure et une biopolitique mineure. La différence avec Schmitt se situe en fin de compte exclusivement au niveau du « sujet » (ou de l'« agent »), car si Schmitt était enclin à considérer le « peuple allemand » comme sujet et agent de changement, Agamben suit aveuglement la mode postmoderne qui, copiant Heidegger, récuse toute référence à un agent (individuel ou collectif), pour prétendre que « le monde » se présente tout seul en tant que « parole objectivée » ou encore en tant que « monde objectivé ». Il faut donc habiter ce monde-là en tant que « parole » et surtout parole « comme non », suggère naïvement Agamben. D'où le constat qu'Agamben fait de son système du salut politique comme « objectif » n'ayant pas besoin de l'homme, de l'individu ou d'un quelconque « agent ». Face à la « mort de l'homme », Agamben prétend qu'il habite l'indistinction des mots, l'indistinction entre zôè et bios, nomos et anomie,

35. Voir François Cusset, *French Theory*, Paris, La Découverte, 2007.
36. Giorgio Agamben, *Homo Sacer, le pouvoir souverain et la vie nue*, Paris, Seuil, 1997 ; *idem*, *Ce qui reste d'Auschwitz*, Paris, Rivages, 1999.

etc., et qu'il peut nous apporter l'expérience que lui procure une telle habitation des mots.

On comprend donc qu'Agamben, dans cette perspective, n'a qu'à littéralement refaire ou récupérer le concept de l'état d'exception en tant que « négativité » par excellence. Plus spécifiquement, il n'aura qu'à reprendre l'indistinction qu'il avait imaginée entre zôè et bios pour alors postuler que les deux concepts révèlent (par magie !) l'essence intime et cachée du concept schmittien de l'état d'exception, à savoir que le concept se divise en deux, un nomos et une « anomie », en tant que reflet de zôè et bios. Le concept de l'état d'exception se retrouve donc dans un flou volontaire, une indistinction escomptée à deux niveaux : d'un côté, l'état d'exception nomique (ou nomos) et, de l'autre, l'état d'exception anomique. Tout l'exposé d'Agamben, dit en aparté, est résumé dans cette thèse d'indistinction (c'est-à-dire les deux qui sont « une ») et la façon dont il s'en sert, avec tout le talent littéraire que nous lui accordons, en vue de faire accepter les métamorphoses qu'il invente, très ludiquement, quant à « l'état d'exception »[37]. Deux parmi elles nous intéressent au premier chef.

La première métamorphose qu'Agamben imagine concernant « l'état d'exception » révèle avec clarté ce qu'il cherche à obtenir idéologiquement. En fait, si jusqu'ici Agamben avait affaire à un concept, il s'agit à présent de faire accepter l'idée que l'état d'exception est le « vrai dans le monde », en d'autres mots, que l'état d'exception réside, habite, dans l'objectivité d'un monde qu'Agamben seul connaît et

37. Agamben reprend, en somme, la logique de Bouvard et Pécuchet, transmise par Gustave Flaubert, concernant l'état d'exception. Comme nous le narre Flaubert :
« Il écrivit cet axiome sur le tableau : « Toute plante a des feuilles, un calice et une corolle enfermant un ovaire ou péricarpe qui contient la graine. » (…)
Bouvard qui se méfiait de son savoir fouilla toute la bibliothèque et découvrit dans le *Redouté des Dames*, le dessin d'une rose ; l'ovaire n'était pas situé dans la corolle, mais au-dessous des pétales.
« C'est une exception », dit Pécuchet. Ils trouvèrent une rubiacée qui n'a pas de calice. Ainsi le principe posé par Pécuchet était faux. Il y avait dans leur jardin des tubéreuses, toutes sans calice.
« Une étourderie ! La plupart des Liliacées en manquent. »
Mais un hasard fit qu'ils virent une shérardie – et elle avait un calice. Allons, bon ! Si les exceptions elles-mêmes ne sont pas vraies, à qui se fier ? ».
Gustave Flaubert, *Bouvard et Pécuchet*, Paris, Pocket, 1997, p. 314-315. Rapportons également la définition de l'exception, dans Gustave Flaubert, *Dictionnaire des idées reçues*, Les Castor Astral, 2005, p. 66 : « Exception : Dites qu'elle conforme la règle. Ne vous risquez pas à expliquer comment. »

dont il se propose de partager la connaissance avec nous. Il s'agit d'introduire l'illusion que la « réalité » se révèle là, grâce à Agamben, devant nos yeux et que l'état d'exception est notre « réalité ». Pas uniquement un moment existentiel qui révèle l'essence (ou la « nature ») de l'État comme chez Schmitt, mais en général, en tant que le dévoilement de la nature, de l'essence, de la « biopolitique », de la société tout entière. D'où la première métamorphose d'Agamben qui cherche à faire croire à une localisation concrète, dans la « réalité », de l'état d'exception :

> Tout se passe donc comme si le droit et le logos avaient besoin d'une zone anomique (ou a-logique) de suspension pour pouvoir fonder leur référence au monde de la vie. Le droit semble ne pouvoir exister que par une saisie de l'anomie, comme le langage ne peut exister que par une saisie du non-linguistique. Dans les deux cas, le conflit semble porter sur un espace vide : anomie, vacuum juridique d'un côté, être pur, vide de toute détermination et de tout prédicat réel de l'autre. Pour le droit, cet espace vide est l'état d'exception comme dimension constitutive. La relation entre norme et réalité implique la suspension de la norme, de même que, dans l'ontologie, la relation entre langage et monde implique la suspension de la dénotation sous la forme d'une langue. Mais ce qui est tout aussi essentiel pour l'ordre juridique est que cette zone où se situe une action humaine sans relation avec la norme – coïncide avec une figure extrême et spectrale du droit, où il se scinde en une pure vigueur sans application (la forme-de-loi) et une pure application sans vigueur : la force-de-loi[38].

S'agissant du « déjà-droit », retenons qu'Agamben le scinde opportunément en deux « terrains » qui se livrent joyeusement bataille en l'absence de l'homme. Si, en rappelant Derrida, « le droit [c'est-à-dire l'Idéo-droit à la façon de Derrida] est toujours une force autorisée »[39], Agamben n'a qu'à se focaliser sur ce qui est supposé représenter les forces vivantes du « réel » et prétendre que l'état d'exception est un espace où ne règne, d'un côté, que le pouvoir nu et, de l'autre, un « déjà-droit » qui coïncide avec la totalité du réel « qui n'est plus là » (car si elle était là, la première affirmation sur le pouvoir nu ne pourrait se faire)[40]. Bref, un

38. Giorgio Agamben, *L'état d'exception. Homo sacer, II, 1*, Paris, Seuil, 2003, p. 102.
39. Jacques Derrida, *Force de loi*, Paris, Éditions Galilée, 1994, p. 17.
40. Giorgio Agamben, *L'État d'exception*, *op. cit.*, p. 43 : « En vérité, l'état d'exception n'est ni extérieur ni intérieur à l'ordre juridique et le problème de sa définition concerne un seuil ou une zone d'indistinction, où intérieur et extérieur ne s'excluent pas, mais

espace topologique où il vaut mieux aller au-dessus du droit, voire s'engager, comme c'était déjà le cas pour Schmitt, dans son dépassement, en n'espérant rien de mieux que le droit se dissolve et se bonifie grâce à la « vie » et en elle ! Ce qui veut aussi dire que le « déjà-droit » schmittien doit, espère Agamben, s'annihiler dans le dépassement prophétique d'une biopolitique, ce qui nous force, toujours selon Agamben, à prendre conscience de l'importance de la « totalité » d'un corps biopolitique où l'ennemi a trop de pouvoir. Chose importante si l'état de l'anomie, telle qu'elle a été diagnostiquée si lucidement par Durkheim[41], avait dans la sphère sociale une valeur négative alors, chez Agamben, l'anomie a obtenu une valeur « positive » : il s'agit d'un état joyeux et indifférencié des autres états sociaux dans lequel tout jugement, tout diagnostic ou toute analyse nous sont interdits.

C'est ainsi qu'Agamben en arrive à sa deuxième métamorphose concernant l'état d'exception. L'idée d'Agamben est à présent d'imposer que l'état d'exception s'observe en tant qu'image, en postulant que

---

s'indéterminent. La suspension de la norme ne signifie pas son abolition et la zone d'anomie qu'elle instaure n'est pas (ou du moins prétend d'être pas) sans relation avec l'ordre juridique. D'où l'intérêt de ces théories qui, comme celles de Schmitt, transforment l'opposition topographique en une relation topologique plus complexe où se joue la limite même du système juridique. En tout cas, la compréhension du problème de l'état d'exception présuppose une détermination correcte de sa localisation (ou de sa délocalisation). Comme nous le verrons, le conflit sur l'état d'exception se présente essentiellement comme une dispute sur le *locus* qui lui revient. »

41. E. Durkheim, *Le suicide. Étude de sociologie*, *op. cit.,* p. 272-282 : Durkheim ne donne pas, strictement parlant, une définition de l'anomie, mais plutôt une explication : ainsi, l'anomie est le contraire d'une « réglementation (...) destinée à contenir les passions individuelles (…) [et qui] émane d'un pouvoir qui domine les individus ; (…) [et qui] soit obéit par respect et non par crainte » (*idem*, p. 279) ; l'anomie c'est quand « les appétits, n'étant plus contenus par une opinion désorientée, ne savent plus où sont les bornes devant lesquelles ils doivent s'arrêter » (p. 281) ; « L'état de déréglementation ou anomie est (…) renforcé par ce fait que les passions sont moins disciplinées au moment même où elles auraient besoin d'une plus forte discipline » (p. 281) ; l'anomie se nourrit du fait qu'il « faut du temps pour qu'hommes et choses soient à nouveau classés par la conscience publiques. Tant que les forces sociales, ainsi mises en liberté, n'ont pas retrouvé l'équilibre, leur valeur respective reste indéterminée et, par conséquent, toute réglementation fait défaut pour un temps. On ne sait plus ce qui est possible et ce qui ne l'est pas, ce qui est juste et ce qui est injuste, qu'elles sont les revendications et les espérances légitimes, quelles sont celles qui passent la mesure » (p. 280-281). L'anomie est donc un état sociologique de déréglementation laissant (ou retrouvant) les individus dans un grave état de désespoir et de détresse socio-psychologique, d'où ils ne peuvent sortir ni « dignement » ni facilement. D'où l'importance, chez Durkheim, de l'« anomie » pour l'étude sur le suicide.

tout « existant » est toujours là devant nos yeux et peut être observé à ce titre. Selon Agamben, c'est ainsi une « essence » qui a réussi à réaliser son idée et nous l'observons par les images de sa présence, supposons-le, dans la réalité biopolitique :

> L'état d'exception est le dispositif qui doit en dernière instance articuler et tenir ensemble les deux aspects de la machine juridico-politique, en instituant un seuil d'indécidabilité entre anomie et nomos, entre vie et droit, entre auctoritas et potestas. Il se fonde sur la fiction essentielle par laquelle l'anomie – sous la forme de l'auctoritas, de la loi vivante ou de la force-de-loi – est encore en relation avec l'ordre juridique où le pouvoir de suspendre la norme est en prise immédiate sur la vie. Tant que les deux éléments restent corrélés, quoique conceptuellement, temporellement et subjectivement distinct – comme dans la Rome républicaine avec l'opposition entre Sénat et peuple ou dans l'Europe médiévale avec celle entre pouvoir spirituel et pouvoir temporel – leur dialectique, bien que fondée sur une fiction, peut tout de même fonctionner.[42]

Notre existence biopolitique, telle qu'en témoigne l'état d'exception suivant Agamben (ou encore la guerre civile), nous révèle un nouvel état de nature « sociale » où deux forces vitales se livrent bataille, à savoir la « normalité » (qui n'est qu'un état d'exception déréglé) et l'anomie (qui n'est qu'un état d'exception qui se règle). Seul un salut par le combat, par la beauté d'un combat « biopolitique » désespéré, peut faire l'affaire en l'absence d'un salut immédiat, prophétise Agamben. Pourquoi ? Parce que la « négativité » ne peut gagner ou espérer que par l'attente, la procuration et qu'elle doit, à l'instar de Moïse, accepter le fait qu'elle n'entrera jamais dans le pays promis, que la lutte était son billet pour le pays promis, et que ce « billet » vaut en tant que salut et rédemption qui ne pourront guère être obtenus autrement. Ici, il n'y a pas guère la possibilité de parler de « victoire » ou de « défaite » dans la lutte biopolitique, car tout est finalement « naturel » et « vie » et, résume-t-il : « vie et droit, anomie et nomos, coïncident avec l'articulation dans la machine biopolitique. »[43]

Quant à cette constante référence à la « vie » (biologique, naturelle, existentielle, politique, etc.) chez Agamben, il y a une « image » qui en dit long sur cette biopolitique et qui mène au « carnaval », à la beauté

42. Giorgio Agamben, *L'État d'exception*, *op. cit.*, p. 144-145.
43. Giorgio Agamben, *L'État d'exception*, *op. cit.*, p. 147.

de l'anomie, de la démesure et de l'hybris, en tant que politique de « gauche » et en tant que remède revigorant (supposément) pour le « déjà-droit » d'Agamben.

> (…) des fêtes anomiques ne renvoie pas aux anciens rites agraires, qui, en soi, n'expliquent rien, mais met en lumière sous forme parodique l'anomie intérieure au droit, l'état d'urgence comme pulsion anomique contenue au cœur même du nomos.
>
> Les fêtes anomiques indiquent donc une zone où l'extrême soumission de la vie au droit se reverse en liberté et en licence et où l'anomie la plus déchaînée montre son lien parodique avec le nomos : en d'autres termes, elles indiquent l'état effectif comme seuil d'indistinction entre anomie et droit. Dans la mise en évidence du caractère de deuil de toute fête et du caractère festif de tout deuil, droit et anomie montrèrent leur distance, et aussi leur solidarité secrète. C'est comme si l'univers du droit – et plus généralement le domaine de l'agir humain en ce qu'il a affaire avec le droit – se présentait en dernière instance comme un champ de forces parcouru par deux tensions conjuguées et opposées : l'une qui va de la norme à l'anomie et l'autre qui, de l'anomie conduit à la loi et à la règle. (...)
>
> Les fêtes anomiques dramatisent cette ambigüité irréductible des systèmes juridiques et montrent en même temps que l'enjeu de la dialectique entre ces forces est la relation même entre le droit et la vie.[44]

Il est facile de constater que l'image esthétique du « système juridique », que se forge ici Agamben, est en contradiction complète avec ce qui est admis conventionnellement en tant que « système juridique » dans le monde occidental. Or, l'image de ce « système biopolitique », associé au « droit » (ou au « déjà-droit » qui le remplace entièrement), permet à Agamben de faire croire que c'est le délinquant, le transgresseur, le criminel, le contrevenant, le gangster, le malade, le porteur du sida, le sans-papier, l'incendiaire, et ainsi de suite (sur une longue liste finalement fatigante de marginalités selon Agamben), qui est le héros. Il représente de façon privilégiée la « vie » dans toute sa nudité, à l'exemple des « comme non » qui sont si valorisés par Agamben, pour célébrer, en l'absence de l'homme et des autres, un « état » de transgression compris uniquement de façon esthétique sous le mode de pulsions biopolitiques. La littérature sadique-érotique, ou plus géné-

44. Giorgio Agamben, *L'État d'exception*, *op. cit.*, p. 122-123. Agamben se réfère ici au livre de K. Muesli, *Gesammelte Schriften*, Bâle – Stuttgart, Schwabe, 1979, vol. I.

ralement la littérature célébrée par nos arrières-grands-pères comme « maudite » (à prononcer avec le sourire, car elle n'effrayait personne) et associée aux Marquis de Sade, Georges Bataille, Antonin Artaud, Stéphane Mallarmé, Raymond Roussel, Maurice Blanchot et Alain Robbe-Grillet (le pape du nouveau roman), a donc vu juste, mais n'a pas été assez radicale en s'arrêtant à la transgression sexuelle, là où il aurait fallu aller jusqu'au bout et, suivant Agamben, célébrer cette transgression sur le plan biopolitique en tant que subversion totale et sans limite, puissance vitale d'une biopolitique totale et entière.

Notons pourtant qu'Agamben propose également cette conception du « carnaval » sous le mode de la politique de « gauche ». Il réédite finalement une ancienne tradition, historiquement dénoncée par le « peuple de gauche » en tant qu'aberration, qui célèbre le délinquant, le transgresseur et le marginal ou en général celui qui n'a pas été entièrement assimilé par le « système », comme le signe vital de la « gauche ». Cette « gauche », propre à Agamben, doit-elle mettre en scène sa politique sous le mode des transgressions « bacchanales » ou encore « carnavalesques » des licences de tout ordre ? Si la beauté de l'argument nous laisse songeur, remarquons que quand la « gauche » fait le carnaval, c'est la « droite » qui gouverne. Le premier qui tourne le dos à une telle politique de « gauche », comme c'est le cas actuellement, n'est-ce pas justement le « peuple de gauche » qui n'observe là rien à quoi il aurait envie d'être associé ? Et celui qui cherche à savoir pourquoi le « peuple de gauche » déserte la politique et préfère voter à « droite », ne devrait-il pas commencer par lire Agamben ?

Peut-être que l'anti-américanisme fait mieux l'affaire ? Car, dans cette logique de carnaval, c'est finalement les États-Unis qui sont l'ennemi[45]. Si « [l'état] d'exception a même atteint aujourd'hui son plus large déploiement planétaire »[46], c'est en tant qu'indistinction mondiale de zoé et de bios et c'est, comme le défend Agamben, les États-Unis qui en sont responsables ! C'est à eux qu'il faut se plaindre

45. Rappelons notre jugement sur l'antiaméricanisme contemporain énoncé dans Bjarne Melkevik, *Tolérance et modernité juridique*, *op. cit.*, p. 141 : « l'anti-américanisme représente toujours, dans toutes ces facettes, une léthargie intellectuelle, en tant qu'idéologie de bêtise prête à unir et à canaliser les nouveaux fascismes, elle représente aussi une supercherie qui empêche ses idéologues, déclarés ou de circonstances, de comprendre (...) ».

46. Giorgio Agamben, *L'État d'exception*, *op. cit.*, p. 146.

que le monde n'est pas meilleur ! Là aussi le néo-schmittisme ne fait que reprendre la lutte de Carl Schmitt contre ce pays outre-Atlantique, résumée aujourd'hui par l'étiquette, plus commerciale, plus altermondialiste, d'« empire »[47].

Le « système biopolitique » d'Agamben est en somme l'exaltation d'un d'état (naturel) d'exception (ou de licence) qui finalement rejoint, comme jeu de miroir, l'opposé de lui-même en tant que son dédoublement « vital », comme l'indistinction de « deux en un ». La conclusion qui s'impose est simplement la suivante : le tout est le tout et rien n'est expliqué ! « Mauvaise dialectique » aurait ironisé Hegel ! Ce qui reste, c'est la beauté esthétique du discours où il s'agit d'éblouir, de soulever l'enthousiasme et de confirmer, pour la millième fois, que tous les autres « ne sont que des pourris ».

Au fond, Agamben est un obscurantiste, un obscurantiste qui n'aurait pas dû quitter l'analyse psychanalytique des œuvres littéraires où il excelle comme l'artiste devant un tableau de mots[48]. Ce que démontre en somme notre analyse, c'est que la surinterprétation du concept schmittien de l'état d'exception ne l'amène nulle part, Agamben ne se rendant guère compte de l'étau des griffes schmittiennes où il se fera, littéralement parlant, avalé intellectuellement. C'est Carl Schmitt qui triomphe et la solution postmoderne du salut politique, en tant que positionnement fantoche de « gauche » (ou d'un « avant-gardisme » qui refuse de se définir comme tel), ne se résume, en fin de compte, qu'à un surinvestissement idéographique, sans lendemain, dans la dramatique, le poétique, le carnavalesque et la transgression devenue un nouvel « état total » schmittien. C'est peut-être ça le problème ! Sans connaissances juridiques ou constitutionnelles, Agamben ne fait que jouer poétiquement avec le concept de l'état d'exception, sans se rendre compte que le monde dans lequel nous vivons ne correspond en rien à son monde de carnaval gratuit. Le cauchemar qu'annonce le dépassement d'un « déjà-droit » postmoderne ne nous inspire aucune confiance et nous prévoyons plutôt l'asservis-

47. Voir Antonio Negri et Michael Hardt : *Empire*, *op. cit.* et *idem*, *Multitude : guerre et démocratie à l'âge de l'empire*, *op. cit.*

48. Rappelons les autres livres de Giorgio Agamben, comme *Idée de la prose*, Paris, Bourgeois, 1988 (1998) ; *Le langage et la Mort*, Paris, Bourgeois, 1991 (1997) ; *Stanze. Parole et Fantasme dans la culture occidentale*, Paris, Rivages, 1994 (1997) ; *Bartleby ou la Création*, Paris, Circé, 1995.

sement, la rectitude politique, le knout, des pleurs et des dos courbés ; et, en ce qui nous concerne, notre position est la suivante : no pasaran.

CONCLUSION : POUR LA SANTÉ INTELLECTUELLE DU DROIT

Qu'en conclure ? Une unique conclusion, nous semble-t-il, s'impose et elle s'impose avec conviction. Affirmons donc fermement qu'il ne faut à aucun prix renoncer à la santé intellectuelle du droit, qu'il nous faut défendre notre modernité avec détermination contre ses détracteurs et prendre au sérieux avec lucidité le projet d'un droit moderne fait à notre mesure.

Récusons, en ce sens, fortement et sans compromis, l'influence néfaste des idéologies du salut politique dans le domaine de droit. Le néo-schmittisme ou encore le « schmittisme de gauche » (surtout quand ils s'affirment frauduleusement « juridique ») n'ont rien à faire dans le domaine du droit et ils ne représentent que des substituts illégitimes de « messianisme » devenu fou, ou encore de religion laïciste, n'ayant rien pu nous offrir d'autre pendant les 18e, 19e et 20e siècle que la misère, la pauvreté, le fanatisme, etc., des régimes qui, en maniant le knout, ont exigé qu'on les vénère comme l'incarnation de la liberté, de l'égalité et de la fraternité. S'opposer à toute doctrine du salut politique (et surtout du schmittisme, du néo-schmittisme et du schmittisme de « gauche ») représente un engagement en faveur de la lucidité et de la décence. À l'inverse de Schmitt et d'Agamben (et de tous leurs épigones de « gauche » et de « droite »), repoussons fermement la séduction « existentielle » des concepts ou encore le scintillement des locus postmodernes puisqu'il ne s'agit que de toc. N'acceptons jamais non plus un quelconque « déjà-droit » et exigeons que le jugement juridique soit effectué, adéquatement, dans le creuset de la conception moderne de la légalité et de la légitimité.

En fin de compte, il faut simplement revenir au droit, à une pensée saine du droit moderne. Loin de se laisser enivrer par les concepts, les images, les locus et tout ce qu'invente commodément la pensée idéologique, gardons la tête froide et interrogeons, en toute lucidité, les individus en chair et en os, seuls propriétaires du droit, quant à ce qui peut leur servir adéquatement en tant que droit à leur mesure.

4

MONDIALISATIONS ET DROIT : PROLÉGOMÈNES À UNE PROBLÉMATIQUE[1]

Parler de la mondialisation comme si ce n'était qu'une factualité ou un processus unique qui pourrait être classifié de façon unilatérale, ou encore, comme s'il ne s'agissait que d'une constellation factuelle relevant finalement d'une description phénoménologique ou ontologique unique, ne cesse jamais de nous étonner. En effet, parler de la mondialisation nous invite à porter sur l'état du monde, dans sa « globalité mondiale », un jugement restreint et à la limite idéologique qui ne se rapporte qu'à nos systèmes préétablis de pensées respectives. Le résultat, si banal est-il, veut que le fait de la mondialisation ne se trouve que dans une affirmation idéologique de ces mêmes systèmes de pensées individuelles et rien de plus.

Au-delà de la question relative à la dénomination unilatérale, ne convient-il pas mieux de constater qu'il existe et se déroule sous nos yeux une multitude de mondialisations très différentes et bien divergentes, et que nous devons, en conséquence, par lucidité et clarté intellectuelles, plutôt parler « des mondialisations », ou encore « des globalisations » ?[2] Il n'y a aucune mesure commune entre le jeune futé

1. Publié dans Henri Pallard et Stamatios Tzitzis (dir.), *La mondialisation et la question des droits fondamentaux*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2003, p. 109-127.

2. Notons que nous attribuons, pour notre part, aucun privilège pour l'emploi du mot « mondialisation » ou « globalisation ». Il nous semble uniquement que le mot « mondialisation » a été largement privilégié par la littérature de langue française, tandis que le mot « globalisation » est fréquemment utiliser en anglais.

de l'informatique qui joue sur internet, l'industriel qui délocalise ses usines vers le Tiers monde, l'agriculteur qui n'arrive plus à vendre ses produits à cause de la concurrence, ou encore le criminel qui organise le trafic de stupéfiants d'un continent vers un autre[3], sauf que les effets et les causes dont ces phénomènes sont l'expression dépassent largement le cadre national pour révéler une dynamique « mondialisée ». Ne conviendrait-il pas de mettre l'accent sur la pluralité des mondialisations, pour souligner davantage les complexités, les variétés d'enjeux, les causes et les effets multiples, sinon les diversités factuelles et normatives qui accompagnent ces transformations du monde ? Compris comme une multitude de phénomènes à facettes variées englobant logiquement la culture, la politique, la société, la criminalité, les migrations, l'écologie, entre autres, il s'ensuit que nous ne pouvons en aucun cas concevoir les mondialisations comme exclusivement économiques. Une certaine prudence s'impose alors, surtout étant donné les passions qui se manifestent à l'égard des mondialisations[4].

Il s'avérera utile, quant à notre objectif juridique, d'examiner par la suite, de façon réflexive, les mondialisations en distinguant d'un côté les mondialisations en tant que processus macro-économique et de l'autre côté, comme relevant des Sujets. La question de droit est souvent rattachée de façon unilatérale à l'un ou à l'autre de ces aspects, avec le risque de dérapage intellectuel, tandis que l'idée qui anime nos réflexions vise davantage le jugement à porter dans le creuset entre les deux. Nous aborderons ensuite la problématique relative au droit dans les mondialisations où nous analyserons les droits déjà mondialisés.

LES DIAGNOSTICS ÉCONOMIQUES DES MONDIALISATIONS

Le concept des mondialisations a été forgé initialement par des économistes pour rendre compte des vecteurs de l'enrichissement des nations[5] et pour faciliter la théorisation des relations économiques internationales. Cet outil appuyait un système de pensées économiques

3. François de Bernard (dir.), *Dictionnaire critique de la mondialisation*, Éd. le Pré aux Clercs, Paris, 2002.
4. Christian Losson et Joël Quinio, « *Génération Seattle : les rebelles de la mondialisation* », Grasset, Paris, 2002.
5. Adam Smith, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, GF-Flammarion, Paris, 1991. Notons que la théorie de Smith (1723-1790) englobe déjà tous les aspects essentiels de la théorie économique des « mondialisations », par exemple la « spécialisation » des Nations, de la « concurrence » des Nations, libre-échange « mon-

et permettait d'enregistrer le degré du succès économique d'un pays. Or, c'est justement à ce niveau que les diagnostics économiques des mondialisations interviennent en déplaçant notre regard de la rentrée de l'or dans les caisses de l'État vers ce qui se passe concrètement dans la société. Nous en examinerons deux aspects, d'abord les mondialisations comme transformation économique du monde et ensuite, comme transformation culturelle du monde pour l'individu comme acteur économique de cette transformation.

1. La transformation économique

Il ne faut pas être surpris que nous nous adressions à Marx en ce qui concerne la transformation économique du monde, car au-delà de l'absurdité des cinquante-sept différentes versions du marxisme, toutes indigestes, c'est lui avant tout qui, encore aujourd'hui, incarne de tels diagnostics. La force de Marx venait de son travail comme « médecin intellectuel » où il identifiait et diagnostiquait les symptômes des changements sociaux, économiques et politiques et les perturbations qu'ils occasionnaient sur les situations sociales et économiques du peuple.

Les analyses des mondialisations sont légions chez Marx, mais nous ne nous pencherons que sur ce diagnostic strictement économique des mondialisations.

> En exploitant le marché mondial, la bourgeoisie a donné une forme cosmopolite à la production et à la consommation de tous les pays. Au grand regret des réactionnaires, elle a dérobé le sol national sous les pieds de l'industrie. Les vieux métiers nationaux sont détruits, ou le seront bientôt. Ils ont été détrônés par de nouvelles industries, dont l'adoption devient un problème vital pour toutes les nations civilisées, et qui emploient des matières premières provenant, non plus de l'intérieur, mais des régions les plus éloignées. Les produits industriels sont consommés non seulement dans le pays même, mais dans toutes les parties du monde. Les anciens besoins sont satisfaits par les produits indigènes, et font place à de nouveaux qui réclament pour leur satisfaction les produits des pays et des climats les plus lointains. L'ancien isolement et l'autarcie locale et nationale font place à un trafic universel, une interdépendance universelle des nations. Et ce qui est vrai de la production matérielle ne

dial », comme les véritables vecteurs de richesse. Voir également, David Ricardo, *Des Principes de l'économie politique et de l'impôt*, GF-Flammarion, Paris, 1993.

> l'est pas moins des productions de l'esprit. Les œuvres spirituelles des diverses nations deviennent un bien commun. Les limitations et les particularismes nationaux deviennent de plus en plus impossibles, et les nombreuses littératures nationales et locales donnent naissance à une littérature universelle.[6]

Marx n'envisage les mondialisations que comme le destin même du monde et il se manifeste certainement comme le plus convaincu et inflexible des partisans économiques des mondialisations. Tout autre chemin que les mondialisations mènent directement à la catastrophe, sinon à la victoire des forces conservatrices ou réactionnaires prêtent à tout pour protéger leur capital symbolique – pouvoir traditionnel, religieux, économique, ou simplement une place privilégiée au soleil « national » – avec comme conséquence, bien sûr, l'appauvrissement du peuple. Sans les mondialisations, le peuple risque de croupir sous différents jougs préindustriels ou prémodernes et aura peu d'espoir de pouvoir s'en sortir honorablement.

Selon le diagnostic de Marx, l'économie – le marché, le libre-échange, la marchandisation – représente l'énergie vive et l'élément le plus actif des mondialisations. Force est de lui donner raison aujourd'hui, car si la situation pouvait sembler encore incertaine quand il écrivait son diagnostic, il n'en demeure pas moins que la suite lui a donné entièrement raison. Deux observations peuvent servir à actualiser ses propos.

D'abord, il y a l'apparition – en apparence si simple – des alliances et les blocs économiques (OMC, Union européen, ALENA, Mercosur, etc.) qui caractérisent notre contemporanéité. Ils créent différents cadres politiques mettant en avant la liberté des échanges, la suppression ou l'harmonisation des tarifs douaniers, la suppression des subventions à l'industrie ou aux secteurs primaires ; bref, le démantèlement de tous les obstacles au triomphe de la division internationale du travail. Les liens entre ces alliances et les protocoles qu'elles négocient et mettent en œuvre pour les pays non-membres conduits à la domination d'un système économique qui impose le libre-échange comme règle mondiale. Viennent s'y ajouter des institutions financières comme la Banque mondiale et le Fond monétaire international qui

6. K. Marx et F. Engels, *Le Manifeste communiste* (1845), dans K. Marx, *Œuvres*, t. 1, *Économie*, rédigé par M. Rubel, La Pléiade, Gallimard, Paris, 1965, p. 165.

travaillent à partir des mêmes prémisses de ce libre échangisme mondial.

Ensuite, même si l'économie mondialisée demeure rattachée à l'accélération des échanges de marchandises et à l'optimisation industrielle sur l'échelle mondiale – ce qui se confirme dans l'accélération des flux économiques – la complexité des échanges économiques d'aujourd'hui reflète une nouvelle configuration qui a fait son apparition au début des années 1980. Il s'agit de la montée en flèche de la mondialisation du secteur financier que nous pouvons désigner aujourd'hui comme le moteur ou les nerfs des mondialisations.

Deux dimensions peuvent être soulignées. D'abord, « la stratégie et l'organisation des firmes sont soumises à la recherche du taux de rentabilité [suivant l'exemple donné par] le marché financier »[7] Le taux financier sera la norme pour toutes les activités économiques, brisant le cycle économique le plus lent et le taux de rendement plus faible qu'on trouve traditionnellement dans le secteur manufacturier. Ensuite, « la primauté de la logique financière, qui sous-tend le fonctionnement de l'économie globale, tient à la recherche prioritaire les acteurs de la création de valeur »[8].

Si toute analyse classique des échanges économiques montre sans trop d'ambiguïté que c'est d'abord la croissance de sa productivité et ainsi sa capacité de vendre des biens et des services qui enrichit l'économie d'un pays[9] la montée de cette logique financière nous annonce qu'il ne sera pas facile désormais de viser uniquement les secteurs classiques de l'économie. Par contre, la rentabilité financière de même que la capacité de financement externe, aussi bien pour les pays que les entreprises privées, risquent de dépendre de « l'humeur » des milieux financiers qui à l'échelle mondiale se réduisent à trois : New York, Londres et Tokyo.

Ainsi, le concept des mondialisations se confirme comme indubitablement rattaché au renforcement de l'idée d'un marché mondial

7. Charles-Albert Michalet, « Les métamorphoses de la mondialisation, une approche économique », dans Eric Loquin et Cathrine Kessédjian (dir.), *La Mondialisation du droit*, Litec, Paris, 2000, p. 30.
8. *Ibid.*, p. 37.
9. C'est pourquoi se manifeste pour un pays la nécessité de trouver sur le marché mondial, les biens et les services dont elle a besoin, inaugurant ainsi un cycle de croissance sur l'échelle mondiale.

de marchandises, de services, de forces de travail et d'argent. L'économie elle-même change désormais pour apparaître dans sa configuration la plus abstraite – déconnecté de l'état actuel de la répartition industrielle et de son développement initial – et comme reposant sur des opportunités économiques relevant d'un marché mondial. Nous assistons à la désindustrialisation du monde occidental et à la naissance de nouvelles économies – qui ne reposent que sur une logique de partage du travail épousant les fluctuations d'un marché mondial – au sein des pays des cinq dragons. D'un côté, on assiste au déplacement ailleurs des industries polluantes – avec comme corollaire la mondialisation de la pollution – et de l'autre côté, à une transformation de l'industrie occidentale en une industrie de l'intelligence – avec comme conséquence, un écoulement mondialisé de talents en électronique de plus en plus accentué et orienté vers l'Amérique du Nord. Certes, le coût très élevé de la main-d'œuvre dans les pays industrialisés par rapport aux pays du tiers monde peut renforcer une telle situation sinon expliquer une tendance – pourtant encore très limitée – vers le dumping social[10], pouvant éventuellement provoquer une mondialisation des pauvres dans les pays industrialisés.

Tout compte fait, la mondialisation de l'économie n'est qu'une occasion formidable de développer les richesses de toute la planète. Le réalisme et la rationalité imposent le thème de modernité économique partout au monde, même dans les coins les plus reculés. C'est encore cette rationalité, issue de l'économie, qui accompagne la transformation culturelle du monde.

2. La transformation culturelle

Notre regard peut maintenant, en suivant le sens de ces diagnostics économiques, s'orienter vers la question des effets sur les repères culturels des hommes et les femmes. Pour Marx, il appert que les mondialisations apportent à toutes les personnes opprimées une lueur d'espoir, une possibilité de sortir de leur statut d'hétérogénéité, d'af-

10. S. Dufour, « La Libéralisation des échanges mondiaux et le respect des règles fondamentales en matière sociale : un lien controversé », *Études internationales*, juin 1995, p. 275-289 ; E. Lee, « Globalization and Labor Standards : A Review of Issues », *International Labour Review*, 1997, p. 173-189.

firmer leur individualité et leurs potentialités humaines comme acteurs économiques. Nous devons nous intéresser surtout aux raisons de ce jugement. Marx affirme : « Partout où elle est parvenue à dominer, elle détruit toutes les conditions féodales, patriarcales, idylliques. Impitoyable, elle a déchiré les liens multicolores de la féodalité qui attachaient l'homme à son supérieur naturel, pour ne laisser subsister d'autre lien entre l'homme et l'homme que l'intérêt tout nu, le froid « paiement comptant ». Frissons sacrés et pieux ferveurs, enthousiasme chevaleresque, mélancolie béotienne, elle a noyé tout cela dans l'eau glaciale du calcul égoïste. »[11] Nous pouvons reprendre, d'une façon moins prosaïque, ce que nous dit Marx sous deux angles, l'un relatif à la libération de la mentalité et l'autre comme relevant d'une révolution sociale au profit de cette mentalité.

D'abord, quant à la libération des mentalités dues aux mondialisations, Marx diagnostique ce changement au profit de ceux qui sont au bas de l'échelle sociale ou exclus des forces de l'hétérogénéité régnant dans leurs sociétés. Les mondialisations libèrent les mentalités en détruisant les liens d'hétérogénéité qui attachent l'homme à l'homme ; elles brisent le règne de l'homme sur l'homme qui caractérise toutes les sociétés fermées. C'est pourquoi les mondialisations détruisent les bases de l'autorité « naturelle » – féodale, caste, religieuse, ethnique, culturelle – qui a tant enchaîné les peuples du monde. Elles montrent que tout individu, sans discrimination, pourrait agir comme acteur et faire, comme le dit si bien Marx, ses propres calculs.

Ensuite, ce changement de mentalité s'accompagne d'une révolution sociale qui déplace le lieu d'explication vers l'individu. Les mondialisations introduisent un mécanisme ou une logique économique anonyme qui annihile la vieille société et pose le fondement d'une société moderne à laquelle correspond la nouvelle mentalité libérée. Elles causent une révolution sociale en dissipant l'envoûtement « naturel » qui a si longtemps profité aux myriades d'organisations patriarcales, religieuses et ethniques et qui ne fonctionnaient que sur ce paradigme du règne de « l'homme sur l'homme ». Marx rappelle aux nostalgiques qu'en Inde, les « petites communautés portaient la marque infamante des castes et de l'esclavage, que celles-ci soumettaient l'homme aux circonstances extérieures au lieu d'en faire le roi des

11. K. Marx, *ibid.*, p. 177-178.

circonstances »[12]. Les mondialisations introduisent ce bouleversement énorme qui consiste à faire de l'homme, partout dans le monde, « le roi des circonstances » et comme « roi » agissant dans le cadre des mondialisations, il peut se positionner sur l'échiquier économique désormais ouvert.

Ce diagnostic presque prophétique nous fait part d'un des effets les plus marquants des mondialisations, à savoir la destruction, l'effritement et l'altération des cultures des hommes et des femmes partout sur le globe. Les anciens règnes de l'homme sur l'homme ont perdu leur éclat « naturel » ou simplement leurs justifications religieuses, ethniques ou éthiques, et ont été exposés à la lumière si cruelle de leurs « vérités ». Qu'est-ce qui se cache derrière le nouveau regain pour les valeurs asiatiques[13], africaines[14], islamiques[15], sinon le règne traditionnel de l'homme sur l'homme, et surtout la peur de ceux qui profitent de la logique de l'hétérogénéité régnante de voir les hommes et les femmes leur tourner le dos ? Il s'agit d'effets qui n'ont pas seulement pu se renforcer, mais qui se sont multipliés grâce à la pluralité des mondialisations et qui ont pu agir de plus en plus en profondeur dans les différentes sociétés autour du monde.

Sur le plan de la libération de l'homme, qui intéresse si profondément Marx, les mondialisations ont détruit les chaînes culturelles, nationales, religieuses, ethniques, qui ont jusque là attribué à l'homme et à la femme une place déterminée ou « naturelle » dans l'ordre social. Elles ont libéré les hommes et les femmes des différents opiums religieux, culturels et ethniques qui les enchaînaient en mettant en avant

12. K. Marx, « La domination britannique en Inde » (1853), dans K. Marx et F. Engels, *Textes sur le colonialisme*, Éditions en langues étrangères, Moscou, 1977, p. 42.
13. Ole Bruun & Michael Jacobsen (dir.), *Human Rights and Asian Values : Contesting National Identities and Cultural Representations in Asia*, Curzon, Richmond, 2000 ; Michael C. Davies (dir.), *Human Rights and Chinese Values : Legal, Philosophical and Political Perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 1995 ; William Theodore De Bary, *Asian values and human rights : a confucian communitarian perspective*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1998 ; William Theodore De Bary & Tu Weiming (dir.), *Confucianism and Human Rights*, Columbia University Press, New York, 1999.
14. C. Ake, « The African Contexte of Human Rights », dans *Africa Today*, n° 34, 1987, p. 5.
15. Ann Elisabeth Mayer, *Islam and Human Rights : Tradition and Politics*, 3e éd., Westview Press, Boulder, Co., 1998. Voir également, Benjamin R. Barber, *Djihad versus McWorld : mondialisation et intégrisme contre la démocratie*, coll. Pluriel, Hachette, Paris, 2001.

une logique où l'individu est, pour reprendre encore une fois l'heureuse formule de Marx, le « roi des circonstances ». En ce sens, les mondialisations ont indubitablement été, et le sont encore, un vecteur qui n'a que commencé un travail où le plus gros reste encore à faire.

3. Mondialisations comme logique économique

Deux constatations s'imposent à ce stade de nos prolégomènes, l'une portant sur les mondialisations en tant que système économique, l'autre sur le niveau économique des individus. Sur le plan macro-économique, il semble indubitable que les mondialisations assuraient à l'échelle planétaire la réalisation d'une division internationale du travail efficace, étaient créatrices de richesse et conformes à la théorie des avantages comparatifs. Les mondialisations économiques ont tout simplement prouvé l'efficacité et la pertinence d'un système économique concurrentiel à l'échelle planétaire. Il n'existe aucun système économique, théorie ou pratique, qui peut lui porter ombrage.

Pourtant, un tel succès macro-économique ne doit pas nous porter à croire au même succès économique au plan des individus. Aujourd'hui, les mondialisations économiques peuvent avoir des effets catastrophiques sur les individus. La fermeture et la délocalisation des activités économiques se traduisent par le chômage, la détresse et la perte d'occasions sociales pour les individus et leurs enfants. Une dichotomie existe entre, d'une part, les mondialisations qui relèvent d'une macro-économie où uniquement le « Futur » dira si elle a été vraiment « profitable » et, d'autre part, la situation économique et sociale vécue au quotidien par les individus.

MODERNITÉ ET MONDIALISATIONS

Pour autant, les hommes et les femmes ne vivent pas les mondialisations comme destin ou fatalité, encore moins comme possibilités ou opportunités économiques qui peuvent les enrichir, mais bien comme des sujets. La modernité, surtout juridique, repose entièrement sur cette potentialité pour son inscription éventuelle dans les faits[16].

16. Sur le concept de modernité juridique, voir nos ouvrages *Rawls ou Habermas. Une question de philosophie du droit*, Québec, Les Presses de l'Université Laval et Bruxelles, Bruylant, 2002 ; *Horizons de la philosophie du droit*, Les Presses de l'Université Laval, Québec, L'Harmattan, Paris, 1998.

Nous déplacerons alors maintenant notre réflexion vers cette modernité et vers la perspective des sujets et nous aborderons deux problématiques importantes pour évaluer les mondialisations, les identités et la démocratie.

1. Les nouveaux enjeux identitaires

Les mondialisations ont véritablement réveillé les identités autour du monde. En bousculant les anciens repères culturels et en brisant les systèmes de règne de l'homme sur l'homme, elles ont détruit l'éclat d'un monde fermé au profit de l'individu, mais aussi introduit une nouvelle question identitaire qui repose maintenant uniquement sur cet individu, même dans sa forme plus collectiviste ou nationale. Les mondialisations contemporaines nous révèlent de nouveaux enjeux identitaires d'un caractère encore largement inconnu pour les individus mais aussi pour les pays.

Si la logique économique des mondialisations libère l'individu au plan objectif, elle ne le libère pas pour autant au plan subjectif. Comme le dit Defarges, « la mondialisation... ne transforme pas l'homme. Les histoires particulières – individuelles, locales, nationales – se poursuivent par la mondialisation. Les conflits de la mondialisation obéissent à des motifs très proches de ceux des affrontements traditionnels : contrôle des ressources, appropriation du pouvoir, choix idéologiques »[17]

L'homme ou la femme qui – socialisé et personnifié dans la croyance de la suprématie religieuse, ethnique ou autres – a vu la mondialisation faire voler en éclat ses repères traditionnels n'a pas changé pour autant. Une telle personne peut se laisser changer subjectivement et accueillir un éventail de repères provenant d'autres cultures, par exemple de la modernité politique et juridique sous forme de tolérance et respect des droits de l'homme. Un tel changement peut introduire cette personne à l'énergie culturelle de notre contemporanéité, une logique de l'inter-fécondation des différentes formes culturelles ou de l'interchangeabilité des repères culturels. À l'autre extrême, cette personne peut sombrer corps et âme dans un aveuglement, un fanatisme ou un fondamentalisme stérile et sans lendemain. La libération de la mentalité peut avoir des effets très néfastes si celui qui en

17. Philippe Moreau Defarges, *op. cit.*, p. 124.

bénéficie n'a pas la capacité d'en profiter comme un « adulte ». Les certitudes qui ont orchestré et justifié sa vie et sa place dans le monde, ainsi que celles de ses parents et de ses grands-parents, s'écroulent. De là vient la tentation, si vivace encore aujourd'hui, de se réfugier « librement » dans l'attachement à son supérieur « naturel » ou spirituel, ou de s'ouvrir à la « vérité », à différentes idéologies fascisantes sous un manteau religieux ou ethnique[18].

La perspective unilatérale de jadis qui demandait à l'individu de renoncer à tous ses repères culturels s'oppose aujourd'hui aux normes internationales des droits de l'homme[19]. Mondialisation et modernisation peuvent désormais se reposer sur l'autel des sacrifices des repères culturels qu'au risque de nier l'autonomie même de l'Homme. De même, nous devons soutenir l'autonomie des hommes et des femmes vis-à-vis leurs traditions en soulignant que seul un consentement libre, en connaissance de cause, peut leur assurer une quelconque autorité, nous devons soutenir que les sujets sont complètement libres de chérir leurs traditions lorsqu'il s'agit de leur langue, leurs danses, leurs cinémas nationaux, ou leurs coutumes religieuses. Ce qui doit prévaloir, c'est toujours le respect de l'autonomie individuelle, les droits de l'homme et, à la limite, la tolérance[20]. Ne peut-on pas dire que les mondialisations réactualisent le sens même de la question de tolérance partout dans le monde ?

Les mondialisations nous ont littéralement jetés dans un maelström identitaire ; dans cette situation nouvelle, nous rencontrons une pluralité de revendications identitaires de tout ordre. Nous ne les rencontrons pas uniquement chez les peuples autochtones[21] ou chez les minorités nationales, religieuses ou culturelles[22], normale-

18. Voir Erich Fromm, *La Peur de la liberté*, Buchet-Castel, Paris, 1963. *Cf.* également, Theodor W. Adorno *et al.*, *The Authoritarian Personality*, Harper, New York, 1950.
19. B. Melkevik, « Le droit à une identité culturelle : Réflexions sur le nouveau droit international », dans Lukas K. Sosoe (dir.), *Diversité humain. Démocratie, multiculturalisme et citoyenneté*, Les Presses de l'Université Laval/L'Harmattan, Québec/Paris, 2002, p. 277-288. Voir également en ce qui concerne les peuples autochtones, G. Otis et B. Melkevik, *Peuples autochtones et normes internationales. Analyse et textes relatifs au régime de protection identitaire des peuples autochtones*, Yvon Blais, Cowansville, 1996.
20. Voir P. Dumouchel et B. Melkevik (dir.), *Tolérance, pluralisme & histoire*, L'Harmattan, Paris/Montréal, 1996.
21. Franke Wilmer, *The Indigenous Voice in World Politics*, Sage, Newbury Park, 1993.
22. Joseph Yacoub, *Les Minorités dans le monde : faits et analyses*, Desclée et Brouwer, Paris, 1998.

ment identifiées à la résurgence identitaire ; même des États soudés et solides, par exemple la France, le Canada ou le Québec, s'inquiètent de leurs repères identitaires et souhaitent protéger leurs repères identitaires indispensables, par exemple leur langue ou leurs cinémas. Même un continent comme l'Afrique s'inquiète du fait de se trouver dans une position négative, en fait, de se voir identifier avec les malheurs que le continent s'est infligé dans les 50 ou 40 derniers ans, et revendique une identité continentale comme corollaire de ses identités particulières et culturelles. Nous pouvons citer de multiples autres exemples, positifs ou négatifs[23].

Pourtant à un moment ou à un autre, tout interlocuteur lucide ne peut que se demander : s'agit-il vraiment des autres, ou ne s'agit-il pas plutôt de nous ? En évoquant une image « ouverte » et non discriminatoire de la question identitaire, celle-ci prend une tournure tout à fait particulière en démontrant que nous sommes tous, d'une façon ou d'une autre, pris dans des contextes identitaires, même le parfait cosmopolite. En fin de compte, le plus important n'est-il pas de récuser toute indifférence à l'égard des enjeux culturels des autres et de réfléchir sur ses propres repères identitaires, même ceux que nous avons si superbement pris comme universels ?

2. La question de la démocratie dans les mondialisations

Sans une réflexion sur l'état des processus démocratiques dans le monde, tous les discours sur les mondialisations risquent de se condamner à une stérilité infructueuse. Il faut regarder de plus près à la démocratie dans le monde en insistant, d'abord, sur son importance pour un accueil sain des mondialisations et ensuite, sur les débats voulant soumettre les mondialisations à une plus grande démocratie.

La perspective change en fonction de la compréhension de la « démocratie »[24]. Quant à la logique institutionnelle qui reflète le constitutionnalisme classique – séparation des pouvoirs, représentation populaire, suffrage élargi et non discriminatoire – la démocratie

23. François Thual, *Les Conflits identitaires*, Ellipses, Paris, 1995.

24. Voir comment Rawls introduit une question de « moralité des peuples » fondée sur une logique du préjugé dite « échelle des peuples » et qui est supposée de remplacer et se substituer à un jugement réfléchi ; cf. B. Melkevik, « *Rawls ou Habermas : Une question de philosophie du droit* », *op. cit.*, p. 116-120.

prédomine[25]. Quant à la possibilité que les sujets de droit s'envisagent réciproquement comme des auteurs et des destinataires de leurs normes, droits et institutions, la situation est plus nuancée. Cette dernière approche, plus réaliste, mise sur l'importance d'un espace public réel qui n'est pas biaisé et que personne ne domine, mais qui s'étale au profit du déploiement de toute mentalité démocratique. En voici deux problématiques.

L'une est propre aux pays ayant une démocratie de « façade » ou n'ayant pas d'institutions démocratiques. Les mondialisations se produisent alors dans des pays où les hommes et les femmes croupissent dans un silence plus ou moins grand dans des situations d'hétéronomie non voulues. Dans l'absence de démocratie réelle et d'espace public, les mondialisations seront souvent ressenties comme l'ultime humiliation, une glissière vers l'appauvrissement et la précarité, une conspiration entre l'élite nationale – corrompue et agent de l'étranger – et les multinationales.

L'autre est propre aux pays institutionnellement démocratiques où, à notre grand étonnement, apparaît le même grief quant au manque de mandat démocratique. Qui a décidé des modalités d'adhésion aux marchés mondiaux ? Qui profite des intérêts qui ont prédominé lors de ces prises de décision ? L'État a-t-il prévu des fonds pour aider les personnes qui seront accolées aux faillites ou réduites au chômage ? Comment financer désormais l'État-providence ? Bref, les mondialisations se sont-elles vues confirmées par un mandat démocratique ou s'agit-i1 de la nouvelle idéologie des élites qui nous gouverne ?

En fait, l'apparition du « marché mondial » s'avère paradoxale pour les sujets de droit, les citoyens. Pratiquement, les États abdiquent le pouvoir sur ce marché mondial qui doit s'autogérer ou être supervisé de loin par des organes de contrôle réciproque comme l'OMC quant à l'égalité et la liberté concurrentielles. Le marché mondial est devenu une entité extraterritoriale où les citoyens en tant que tels sont exclus, un espace en dehors de toute démocratie,

25. Voir Banque mondiale, *Rapport sur le développement dans le monde 1997, L'État dans un monde en mutation*, Économica, Paris, 1997, qui récence 120 démocraties en 1997, mais seulement une quarantaine en 1974. Remarque quant à ces chiffres qu'il se rapport uniquement à une définition « institutionnelle » de la « démocratie ».

un lieu laissé comme privilège aux multinationales. Les mondialisations représentent l'ultime confirmation de l'abdication absolue du rôle moderne de la politique. L'homme retourne, pour paraphraser Kant, vers le statut de minorité, de celui qui, en bas de l'échelle, encaisse les effets néfastes des mondialisations sans avoir droit au chapitre. L'extra-territorialité économique risque soit d'entraîner un désengagement et un mépris pour les institutions démocratiques, soit d'ouvrir la boîte « identitaire » avec la possibilité d'apathie sociale conjuguée à des jacqueries sporadiques !

C'est en tout cas sur ce fond que nous pouvons maintenant nous interroger sur la place éventuelle de la démocratie eu égard aux mondialisations. Nous n'avons qu'à tendre l'oreille aux discours antimondialistes pour comprendre que le thème est d'actualité. Quoi qu'il en soit, trois propositions ont été faites pour démocratiser les mondialisations.

D'abord, une proposition porte sur la nécessité d'un gouvernement mondial, c'est-à-dire un gouvernement pour les mondialisations, dont le mandat est de les humaniser[26]. On pense souvent que ce gouvernement mondial émanerait des Nations Unies. Ensuite, on a proposé des changements à l'OMC et à la Banque Mondiale pour leur donner plus de souplesse quant à la situation réelle de différents pays membres[27]. Certains souhaitent même retrouver une représentation « non gouvernementale » dans de telles instances mondiales afin de les ouvrir aux dimensions sociales des mondialisations. Enfin, une proposition vise le citoyen du monde afin de favoriser un mouvement et une mentalité ouverte et démocratique des cosmopolites du monde quant aux enjeux des mondialisations[28]. Les cosmopolites doivent identifier

26. Voir D. Held, *Democracy and the Global Order. From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Stanford University Press, Stanford, 1995, et « Cosmopolitan Democracy and the Global Order : A New Agenda », dans J. Bohman, M. Lutz-Bachmann (dir.), *Perpetual Peace. Essays on Kant's Cosmopolitan Ideal*, MIT Press, Cambrigde, Mass., 1997, p. 235-251.

27. Marco C.E.J. Bronckers, « Better Rules for a New Millenium : A Warning Against Undemocratic Development in the WTO » (1999) *Journal of International Economic Law*, p. 547 ; John H, Jackson, « The WTO "Constitution" and Proposed Reforms : Seven Mantras Revisited » (2001) *Journal of International Economic Law*, p. 67. *WTO* désigne l'OMC en anglais.

28. B. Melkevik, « Cosmopolitisme contemporain : à propos du droit, guerre et terrorisme », dans Stéphane Courtois (dir.), *Guerre, pacifisme, terrorisme : perspectives philosophiques*, Les Presses de l'Université Laval, Québec, 2003, p. 121-138, traduction

les thèmes soulevés par les mondialisations et s'ouvrir à des débats francs pouvant influencer les gouvernements nationaux du monde.

De ces trois propositions, il ressort que plusieurs personnes sont soucieuses de l'absence de démocratie qui caractérise les mondialisations. D'autant plus, elles cherchent une sorte de cohérence dans la modernité juridique et politique telle qu'elle a pu, difficilement et lentement, s'inscrire dans la réalité. Selon nous, cette quête de cohérence est un des arguments les plus forts en faveur de la démocratie à l'égard des mondialisations. Mais sans démocratie, sans espaces publics réels non dominés, peu de sociétés, même les sociétés les plus fortes seraient capables, nous semble-t-il, de gérer adéquatement les crises et les mécontentements que provoquent les mondialisations. D'ailleurs, le risque est de voir des sociétés vulnérables se crisper dans des convulsions sociales ou identitaires et faire le chemin à l'envers vers l'autocratie religieuse ou nationaliste sous prétexte que c'est un des effets non désirés des mondialisations.

3. Un nouveau défi pour la modernité

Si les mondialisations se désignent aujourd'hui, en tout cas pour les élites, comme la nouvelle Grande Promesse qui, en prolongeant l'époque occidentale de l'industrialisation des XIX^e^ et XX^e^ siècles, puisse nous procurer l'abondance matérielle et l'accession de tout le monde à la richesse et au confort, il ne faut pas oublier les leçons de cette époque. La richesse et le confort étaient souvent achetés par de « l'artillerie, la cavalerie et l'infanterie », avec les sacrifices d'hommes, de femmes et d'enfants qui ont croupi sous la misère, l'ignorance et l'oppression, et avec des vies brisées d'espoir. Quand le problème du « Sujet » se représente aux mondialisations, c'est parce que la question suivante demeure toujours sans réponse : sommes-nous prêts à nous investir dans les mondialisations sans prendre en compte les sujets de droit, sans nous préoccuper de ce qui se passe réellement sur le terrain, sans laisser la voix à ceux qui subissent plus fortement les effets négatifs, sans les écouter ? Les mondialisations peuvent-elles être autre chose qu'un nouveau défi pour la modernité juridique ?

---

en langue italien : « Cosmopolitismo contemporaneo : a proposito di diritto, guerra e terrorismo », *Nuovo Sviluppo* (Roma), n° 1, 2003, p. 76-90.

LA QUESTION DE DROIT ET LES MONDIALISATIONS

Nous avons jusqu'ici seulement effleuré la question du droit. Cette approche n'était pourtant pas fortuite, mais nécessaire et calculée pour mettre en place les paramètres de la question de droit dans les mondialisations, car la question de droit est tout aussi complexe et problématique que les mondialisation[29]. Deux systèmes de droit sont déjà là comme droit mondialisé : la néo-lex mercatoria et le système international des droits de l'homme.

1. Néo-lex mercatoria

Il faut tout d'abord souligner la montée de la néo-lex mercatoria – l'émergence d'un nouveau droit des marchands analogue à la lex mercatoria du Moyen Âge – qui s'est aussi constitué comme une normativité extra-étatique où les commerçants, financiers ou industriels règlent leurs affaires commerciales ou économiques entre eux comme si elle était une question interne[30]. Il y a un trait commun entre l'ancienne lex mercatoria et la nouvelle ; là où l'une s'est construite en l'absence d'une structure étatique stable et fiable, l'autre opte, aujourd'hui, pour son éloignement de la structure étatique juridique, voir même pour son effacement. Cet éloignement s'explique par la contre-publicité rattachée au système étatique : une perte d'argent et de temps, une nuisance commerciale certaine. Pourquoi privilégier le système étatique avec son juge-fonctionnaire d'une compétence dou-

29. Eric Loquin et Catherine Kessedjian (dir.), *La Mondialisation du droit*, Litec, Paris, 2000 ; Charles-Albert Morand (dir.), *Le Droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, Bruxelles, 2001 ; François Crépeau (dir.), *Mondialisation des échanges et fonctions de l'État*, Bruylant, Bruxelles, 1997 ; Monique Chemillier-Gendreau et Yann Moulier-Boutang (dir.), *Le Droit dans la mondialisation : une perspective critique*, coll. Actuel Marx confrontation, PUF, Paris, 2000 ; Daniel Mockle, « Mondialisation et État de droit », dans *Les Cahiers de droit*, vol. 41, n° 2, 2000, p. 237-288 ; Daniel Mockle (dir.), *Mondialisation et État de droit*, Bruylant, Bruxelles, 2002 ; Miguel Angel Ciuro Caldani, *El Derecho universal (Perspectiva para la ciencia juridica de una nueva era)*, Fundacion para las investigaciones juridicas, Rosario, 2001 ; et Günther Teubner (dir.), *Global Law without State*, Aldershot, Dartmouth, 1997.

30. Antoine Kassis, *Théorie générale des usages du commerce : droit comparé, contrats et arbitrage internationaux, lex mercatoria*, LGDJ, Paris, 1984 ; Ugo Draetta, Ralph B. Lake et Ved P. Nanda, *Breach and Adaption of International Contracts : An Introduction to Lex Mercatoria*, Butterworth, Salem, 1992. Cf. Klaus Peter Berger, *The creeping codification of the lex mercatoria*, Kluwer, The Hague, 1999. Voir également, Y. Dezalay, *Marchands de droit. La Restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit*, Fayard, Paris, 1992.

teuse ou inexistante quand on pourrait facilement faire mieux ? On peut régler les questions juridiques comme des questions de lex mercatoria, comme des affaires qui se règlent vite selon des normes spécialisées appliquées par un « juge » aux aguets des enjeux concrets.

Les deux éléments nécessaires pour faire fonctionner cette néo-lex mercatoria font déjà partie du paysage juridique du commerce économique mondialisé. D'abord, une pluralité de corporations privées à caractère commercial, financier ou industriel développent un corpus équilibré et approprié de normes spécialisées. Ensuite, une communauté efficace et mobile de juges ou arbitres spécialisés existe dans les différents segments de ce commerce mondialisé. Le résultat, déjà apparent à la fin du XIX[e] siècle, saute aux yeux aujourd'hui. Des pans très larges » de l'économie mondiale sont gérés comme des problèmes « juridiques » internes aux commerçants. Les nerfs de l'économie mondiale identifiés au transport maritime et des marchandises autour du monde échappent entièrement aux juridictions nationales ou ne font qu'une apparition fugitive de temps à autre pour confirmer la règle générale. Il en va de même pour les multinationales modernes et leurs actions économiques sur l'échiquier mondial où le recours aux règles nationales ou aux juges-fonctionnaires nationaux ne se pose même pas comme une option sérieuse.

Une telle évolution, qu'on peut justifier entre marchands, ne devient-elle pas éventuellement une menace ou une opacité juridique pour les acteurs sur le plan national, les ouvriers, et les consommateurs ? Sur un autre registre, une partie de la flotte marchande mondiale n'est-elle pas en train de se retransformer en bateaux plimsollers[31] en raison de leurs équipages et leur responsabilité pour la navigation et la pollution ?

Si la révolution de la néo-lex mercatoria nous rappelle que le droit n'a besoin ni de l'État ni de ses juges-fonctionnaires, il n'en demeure

31. Des bateaux à risque ou bateaux vouée à couler, du nom de Samuel Plimsoll (1824-1894). Député au Parlement à Londres depuis 1868, Plimsoll attaquait la pratique des armateurs de l'époque qui utilisaient des bateaux non navigables ou les surchargeaient afin de toucher la prime d'assurance. Il a eu gain de cause en 1875 lors de l'adoption du *Merchant Shipping Act* et l'instauration des *Plimsoll's Mark*, une ligne de peinture sur les deux cotés d'un navire indiquant la limite de son chargement de cargo. Dans le langage des marins, les bateau illégaux ou à risque, dont a parlé Plimsoll, sont depuis lors désignés comme des *plimsollers*.

pas moins que nous souffrons aujourd'hui d'un manque cruel d'analyses précises portant sur cette évolution. En fait, la pensée juridique contemporaine a-t-elle vraiment pris la mesure de ces changements et leurs effets sur le positionnement des sujets de droit.

2. Le système international des droits de l'homme

Si la néo-lex mercatoria est sûrement le plus développé des droits mondiaux, elle ne doit pas faire oublier le système international des droits de l'homme. Certes, il s'agit d'un système déchiré entre un courant éthique mondial et un courant juridique conjugué au droit international. Si le premier courant est sûrement le plus puissant et le plus confortablement établi, il nous semble toutefois que le courant juridique a plus d'arguments en sa faveur. C'est la volonté juridique travaillant en faveur des changements juridiques autour du monde qui nous intéresse[32].

L'émergence du système international des droits de l'homme après 1945, à la suite de la catastrophe de la Deuxième Guerre mondiale représente une révolution. En fait, l'élaboration du système onusien des droits de l'homme, principalement par la Déclaration internationale des droits de l'homme de 1948, instaure un système d'obligations inter-étatiques, mais avec cette particularité – qui fait toute la différence – que les États signataires s'obligent également sur le plan des hommes. En retrouvant dans l'engagement entre les États un engagement dont les hommes et les femmes sont dépositaires, l'agenda des droits de l'homme prend une dimension plus concrète et plus prometteuse pour un droit mondialisé. Les frontières, les souverainetés, les contextes volent en éclats. Il y a des degrés de réalisations bien diversifiées entre les pays démocratiques, où les droits de l'homme sont rentrés dans les mœurs juridiques, et les pays non démocratiques ou avec une démocratie de façade, où les droits de l'homme correspondent à moins, à peu ou à rien.

Pour évaluer ce système de droit mondialisé, il faut surtout viser le plan d'action des bénéficiaires. Le système international des droits de

32. B. Melkevik, « Legittimità e diritto dell'umo », dans *Nuovo Sviluppo*, Roma, 2002, nº 1, p. 67-77. Également à paraître comme « Légitimité et droits de l'homme », dans Jean-Luc Chabot, Philippe Didier et Jérôme Ferrand (dir.), *2001, L'Odyssée des droits de l'homme*, L'Harmattan, Paris, 2005, p. 403-416.

l'homme incite ses bénéficiaires à agir selon les prémisses mêmes d'une modernité juridique toujours à réaliser comme auteurs de leurs droits. Ces droits peuvent ainsi se concrétiser par un processus où leur vie et la situation actuelle de leur société sont prises en compte. Ils deviennent un toboggan (glissière) pour les informations sur la corruption, le népotisme, le pillage, la propagande, la discrimination, l'exclusion, l'intolérance qui ont lieu dans la plupart des pays du monde. Ils permettent à des renseignements sûrs, au-delà des discours des différentes élites rattachées à différentes formes d'hétérogénéité, de circuler.

Les droits de l'homme, situés sur le plan de ses bénéficiaires, servent de courroie démocratique. En leur fond, nous retrouvons l'homme ou la femme qui aspire à un meilleur futur et qui refuse le destin que les autres lui réservent. Si cela n'est pas possible pour eux, au moins il le sera pour leurs enfants. Les droits de l'homme doivent faire éclater tous les contextes discriminatoires et inégaux, et mettre les hommes et les femmes de ce monde dans une position où ils peuvent, en réciprocité et sans discrimination, prendre en main leur futur. Uniquement la démocratie nous semble capable d'honorer une telle promesse.

3. Les mondialisations comme arène de lutte juridique

Les mondialisations génèrent leurs propres conflits et la néo-lex mercatoria et le système des droits de l'homme se font compétition sur la direction à donner à un droit mondialisé. Les institutions économiques internationales doivent-elles se soumettre uniquement à la normativité de la logique marchande, puisant ainsi fortement dans la néo-lex mercatoria mentionnée? Ou doivent-elles se reposer sur les exigences des droits de l'homme? La question demeure ouverte. Mais ne faut-il pas alors donner une plus grande place à la lutte intellectuelle et théorique dans cette arène juridique?

EN GUISE DE CONCLUSION

Nos réflexions ont surtout confirmé les complexités inhérentes aux mondialisations qui sont plus qu'une méthode de libre-échange mise en place par les pays, plus que la situation factuelle qui résulte d'une telle méthode macro-économique. Notre approche démontre que les mondialisations sont cela et encore plus. Elles témoignent du

fait que notre monde est entré dans un long processus de changements avec des effets multiples. Dans ce processus, les acteurs civils, pour ne rien dire des 500 grandes compagnies privées du monde, auront le haut du pavé. L'ébranlement de la légitimité politique dans différents pays, la dépendance de différents gouvernements sur les grandes compagnies privées du monde et le marché mondial comme extra-territorialité juridique auront des conséquences énormes et encore insoupçonnables pour tous les pays. Cela touchera le droit, car si le droit n'est pas uniquement une annexe de l'État, s'il peut même fonctionner à merveille sans lui, il n'en reste pas moins que l'époque moderne a construit le droit en relation à cet État. Donc, il y a un risque de chamboulement quand la souveraineté de l'État s'effrite au profit du marché mondial.

Nous pouvons au moins être sûrs d'une chose : ceux qui croient que les mondialisations inaugurent une moralisation du monde où fleurit la bonne gouvernance et les décideurs vertueux ne cherchant que le bien-être pour tout le monde, risquent bien d'être déçus. Il n'y a aucune raison de croire en leurs fables édéniques. Il ne faut jamais perdre de vue le sens de notre modernité juridique et surtout ne jamais sacrifier les hommes, les femmes et les enfants de ce monde sur l'autel du marché mondial, des mondialisations ou de l'argent électronique. Il ne faut jamais perdre la perspective que nous donnent les hommes et les femmes qui se promènent dans les rues et les enfants qui jouent dans les parcs.

Nos prolégomènes nous ont permis de voir que la place, le rôle et l'existence même des droits fondamentaux sont primordiaux, fondamentaux, quant aux mondialisations. Ils sont peut-être même un des enjeux les plus aigus des mondialisations parce que la logique de l'extra-territorialité ou du libre-échange mondial risque bien de rendre illusoire beaucoup des droits fondamentaux qu'on croyait fermement établis. Si la question relative aux droits fondamentaux demeure au centre des préoccupations contemporaines relatives aux mondialisations, c'est que les droits fondamentaux sont devenus des enjeux primordiaux sur l'échiquier mondial. Aide au développement, crédit financier ou statut de pays favorisé dans un traité de libre-échange dépendent désormais sur l'appréciation des droits fondamentaux du pays, ce qui propulse le diagnostic des droits fondamentaux dans différents pays et situations aux premiers rangs des préoccupations « mondialisées ».

5

COSMOPOLITISME CONTEMPORAIN : À PROPOS DU DROIT, GUERRE ET TERRORISME[1]

Résumé. L'auteur envisage la question du cosmopolitisme contemporain à l'aune de la modernité juridique. Définissant, d'abord, le cosmopolitisme contemporain à l'égard de la nécessité d'une démocratisation planétaire, il insiste sur la compétence démocratique de l'individu et sur l'investissement de celle-ci dans une multitude de contextes. Ce qui l'amène, par la suite, à explorer l'idée de cosmopolitisme comme mettant en marche le cosmopolite dans la qualité d'engager dans une promotion démocratique et comme ouvrant pour un espace démocratique planétaire. L'auteur introduit, enfin, une compréhension du système international des droits de l'homme qui conforte le cosmopolite comme acteur primordial dans leurs protections et promotions. Le sens d'un cosmopolitisme contemporain doit se faire sur l'horizon d'un nouvel adage : « Si tu veux la paix, prépare la paix ».

Il ne faut surtout pas croire que la réalité et la menace de guerre et du terrorisme sont derrière nous. Une telle pensée a certes souvent été l'apanage de l'humanité, comme exercice d'un exorcisme permettant de faire le deuil des horreurs de la guerre et du terrorisme, en ouvrant l'espoir, désespéré ou messianique, d'un futur qui devrait maintenant se révéler dans sa différence. Notre défunt vingtième siècle peut, à cet égard, nous servir de leçon et d'avertissement car dans un monde remplit de culture et de civilisation, ce vingtième siècle fut en même temps le plus meurtrier de tous les siècles écoulés qu'a connus

1. Publié dans Stéphane Courtois (dir.), *Enjeux philosophiques de la guerre, de la paix et du terrorisme*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Mercure du nord, 2003, p. 121-138.

l'humanité[2]. Jamais autant de vies gaspillées, jamais autant de pays et de personnes ont été soumis au règne et à l'horreur de la guerre et du terrorisme. Que le XXI[e] siècle ait commencé avec le terrorisme contre cette même humanité, avec les attentats bêtes et inhumains du 11 septembre 2001, contre de simples citoyens innocents, ne devrait-il pas plutôt nous vacciner contre les chantres du libéralisme politique et leur si enivrant « fin de l'histoire » ?[3]

Si nous pouvons confirmer que le niveau pratique relatif à la guerre et au terrorisme international se trouve aujourd'hui réglementé à l'intérieur du droit international[4], ne devrons-nous pas également nous poser la question à savoir s'il n'y a pas lieu d'ouvrir un deuxième front (pour parler en terme militaire), à savoir un front de « cosmopolitisme contemporain » à ses égards ? Ou, en d'autres mots, de promouvoir un cosmopolitique contemporain issu des ressources appropriées de notre modernité juridique, comme moyen et comme horizon pour désamorcer les situations pouvant déboucher sur des guerres ou du terrorisme ? Dans la mesure où nous partageons cette opinion, l'objectif que nous nous donnons sera de jeter un peu de lumière sur une telle position et ses limites rationnelles.

Pour ouvrir ce deuxième front, nous procédons comme suit : dans un premier temps, nous introduisons notre conception du « cosmopolitisme contemporain » pour, ensuite, dans un deuxième temps, considérer ce cosmopolitisme contemporain dans la perspective d'une démocratie planétaire, et enfin, dans un troisième temps, analyser, à la lumière des droits de l'homme, le phénomène tout récent qu'on dénomme le « défit identitaire ».

---

2. Sergio Cotta, *Pourquoi la violence? Une interprétation philosophique*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2002.
3. Francis Fukuyama, *La fin de l'histoire et le dernier homme*, Paris, Flammarion, 1992.
4. Plus précisément, à l'égard des normes internationales qui règlent les questions de « guerre » et de « terrorisme », et qui, à l'occasion permettent de s'en servir pour une guerre circonscrite normativement en vue de se défendre ou d'agir comme « police » et ceci à l'égard d'un régime où des acteurs qui violent délibérément, ouvertement et sur une grande échelle les droits de l'homme à l'intérieur ou à l'extérieur de leurs frontières. Notons que nous considérerons tout discours dit de « guerre juste » comme n'exprimant qu'un anti-modernisme assumé, sinon une aberration irrationaliste. Voir sur la question de guerre comme « moyen » à l'intérieur du droit international, Adam Roberts et Richard Guelff (dir.), *Documents on the laws of war,* Oxford, Oxford University Press, 1982, 3[e] édition 2000. Cf. Giorgio Del Vecchio, *Le droit international et problème de la paix, Paris, 1964.*

COSMOPOLITISME MODERNE ET LA QUESTION DE DROIT

Le mot et la perspective d'un « cosmopolitique » sont certes irrémédiablement rattachés à ses trois plus illustres partisans. D'abord, l'abbé de Saint-Pierre qui, dans son œuvre presque prophétique, « Projet pour rendre la paix perpétuelle en Europe »[5] de 1713, préconise le projet d'un « droit cosmopolitique » comme l'horizon souhaitable pour en finir avec les guerres à répétition. L'idée est reprise dans la même perspective par Jean-Jacques Rousseau[6], et davantage encore par E. Kant[7] qui, avec les ressources de son système et sa philosophie transcendantale, a largement réussi à se faire identifier par la notion, au point de faire oublier, dans un certain sens, ses précurseurs. Nonobstant ces célèbres systèmes, que nous dénommons sans malice le « cosmopolitisme ancien », nous constatons qu'aucun parmi eux n'inscrivait ses réflexions relativement aux institutions démocratiques ou aux processus démocratiques. Il faut, en conséquence, reformuler, de fond en comble, la question « cosmopolitique »[8], ce qui nous amène à la question du droit et de la modernité juridique[9].

---

5. Charles Irènèe 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.
6. Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), *Œuvres complètes, tome III*, Gallimard, coll. La Pléiade, 1964, p. 561-682 (Écrits sur l'abbé de Saint-Pierre). Voir également, G. Lassudrie-Duchêne, *J.-J. Rousseau et le droit des gens*, Paris, 1906.
7. E. Kant (1724-1804), *Vers la paix perpétuelle, Que signifie s'orienter dans la pensée?, Qu'est-ce que les Lumières?*, Paris, GF-Flammarion, 1991, p. 75-147 ; voir aussi, *idem*, *Métaphysique des mœurs 2. Doctrine du droit. Doctrine de la vertu*, Paris, GF-Flammarion, 1994, p. 179-181. Pour une critique de Kant, voir F. Gentz, *De la paix perpétuelle* (1800), Paris, Duchemin, 1997 ou, plus contemporaine, J. Rawls, *The Law of Peoples, with « The Idea of Public Reason revisited »*, Cambrigde, Mass, Harvard University Press, 1999. Pour une contre critique de Rawls, voir B. Melkevik, *Rawls ou Habermas. Une question de philosophie du droit*, Québec, Les Presses de l'Université Laval et Bruxelles, Bruylant, 2002 (également traduit en langue roumaine 2003 et en langue espagnole 2006), spécialement p. 103-133. Voir également, Stéphane Courtois, « Kant, Habermas, et l'idéal cosmopolitique », *dans* B. Melkevik et J.-M. Narbonne (dir.), *Une philosophie dans l'histoire. Hommages à Raymond Klibansky*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2000, p. 387-408.
8. B. Melkevik, *Rawls ou Habermas. Une question de philosophie du droit*, *op. cit.,* p. 100-152.
9. Sur le concept de « modernité juridique », voir les travaux de B. Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit*, Paris/Québec, L'Harmattan/Les Presses de l'Université Laval, 1998 ; *idem*, *Réflexions sur la philosophie du droit*, Paris/Québec, L'Harmattan/Les Presses de l'Université Laval, 2000 ; *idem*, *Rawls ou Habermas. Une question de philosophie du droit*, *op. cit.,*

La question de droit

Précisons, tout d'abord, que la question de « droit » n'était, pour les auteurs mentionnés (De Saint-Pierre, Rousseau et Kant), qu'une question de rectitude morale[10]. Leur « droit » cosmopolitique n'était avant tout qu'un devoir de moralité, ou davantage, comme insistait Kant : un « devoir de l'humanité », en vue de domestiquer l'État dans une de ses prérogatives « princières » la plus charnière, à savoir son rôle « international » ou « cosmopolitique ». À aucun moment pourtant ses conceptions « morales » (ou « éthiques ») n'ont-elles pu travailler adéquatement sur les questions de droit proprement dit. Comprendre en conséquence l'horizon d'un cosmopolitisme contemporain au moyen des ressources fournies par notre modernité juridique nécessite d'effectuer un déplacement intellectuel indispensable.

En fait, l'avènement des processus démocratiques comme lieu indisponible de légitimité et de légalité en vue d'agréer notre droit, nous force désormais à considérer la question de droit autrement. La formule de modernité qui s'exprime dans l'exigence que les sujets de droit doivent pouvoir se considérer réellement et en réciprocité comme les auteurs et les destinataires de leurs droits, de leurs normes et de leurs institutions[11], nous impose de quitter tout carcan « moraliste » ou « éthique ». Une telle perspective bousculera, subséquemment, toute compréhension non autonome du droit (comme cela sera toujours le cas pour toute conception « morale » ou « éthique ») en situant, a contrario, la question du droit au seul niveau des sujets de droit (toujours au pluriel) et leurs assentiments démocratiques.

Les sujets de droit se retrouvent, de cette façon, irrémédiablement imbriqués dans une intersubjectivité ne pouvant se concrétiser proprement que dans de multiples processus démocratiques pouvant nous

10. Voir l'écho tardif, chez Stéphane Chauvier, *Du droit d'être étranger. Essai sur le concept kantien d'un droit cosmopolitique*, Paris. L'Harmattan, 1996, p. 8. Par ce terme d'éthique juridique [cosmopolitique], nous entendons simplement désigner de que l'histoire de la pensée politique et juridique a longtemps appelé théorie de droit naturel. Voir également le jugement de Norberto Bobbio, *L'État et la démocratie internationale*, Bruxelles, Complexes, 1998, p. 144, « Le système conceptuel au sein duquel Kant construit sa théorie de la paix est celui des théoriciens de l'école du droit naturel ».

11. J. Habermas, *Droit et démocratie*, Paris, Gallimard, 1997, p. 120 : « l'autolégislation […] en vertu de laquelle les destinataires sont en mêmes temps les instigateurs de leurs droits ». Voir également, B. Melkevik, *Rawls ou Habermas : Une question de philosophie du droit*, *op. cit.,* p. 87-99.

servir à sélectionner ce qui doit compter pour nous comme un « droit valide ». D'où aussi la constatation, que seule une telle perspective peut aujourd'hui expliquer pourquoi nous devons obéir politiquement au droit, en rappelant que parler d'une obligation juridique d'obéissance relève de l'irrationalisme, sinon de l'impossibilité. Attendu, pour être précis, que la question de l'obéissance se réfère à nous comme ayant pu sélectionner démocratiquement nos « droits », tandis que le non-respect du « droit » se fait, comme chacun le sait, par des accusations publiques ou encore par des revendications privées, les auteurs de droit sont, en conséquence, toujours affirmés dans leurs rôles, nonobstant ce que sera le résultat particulier d'un procès judiciaire.

Une telle formulation de droit, qui ne fait référence qu'à notre modernité juridique et qui récuse tout discours de fondationalisme, ne se fait alors qu'à partir de processus démocratiques. En fait, les « institutions », qu'il s'agisse des élections, des mandats parlementaires ou gouvernementaux, etc. ou encore le Parlement, le Gouvernement, l'instance judiciaire, c'est-à-dire les juges de l'État, ne peuvent alors trouver leur légalité ou leur légitimité que sur une échelle qui concrétise ces exigences. D'où, précisément, l'importance de comprendre la possibilité du droit avec les processus démocratiques et la possibilité de légalité comme devant refléter les exigences de notre modernité juridique.

Dire que nous ne devons jamais parler de « droit » que dans la mesure où nous pouvons rapporter nos paroles aux processus démocratiques, confirmant là le rôle des auteurs de droit, est la conséquence logique que nous devons assumer. Également en ce qui concerne tout discours de « droit cosmopolitique », car si vous voulez que ces mots gardent leur sens de « droit », en saine distance de tout discours moral à la mode et qui valorise des moralités vagues et imprécises comme par exemple « justice pour tous » ou encore « justice globale »[12], nous devons, a contrario, toujours les envisager à la lumière des processus démocratiques réels ou en gestation.

12. T. Pogge, « Rawls and Global Justice », dans *Canadian Journal of Philosophy*, vol. 18, nº 2, 1988, p. 227-256 ; *idem*, « The Moral Demands of Global Justice », dans *Dissent*, vol. 47, nº 4, 2000, p. 37-43 ; voir également comme (dir.), numéro spécial sur « Global Justice », dans *Metaphilosophy*, vol. 32, nº 1-2, 2001 (Également comme anthologie chez Blackwell, Oxford, 2001). Cf. Ian Shapiro & Lea Brilmayer (dir.), *Global Justice (Nomos XLI)*, New York, New York University Press, 1999, coll. Nomos, Yearbook of the American Society for Political and Legal Philosophy.

C'est uniquement de cette façon que nous pouvons assurer un sens au cosmopolitisme contemporain de même qu'au « droit cosmopolitique » comme « mesure » planétaire.

Cosmopolitisme et processus démocratique

Il s'ensuit que le concept même de « droit cosmopolitique » ne se déploie, comme nous le concevons, qu'à partir des individus qui font le pari de vivre le monde ensemble comme des cosmopolites. Pour qu'il puisse effectivement s'agir d'un cosmopolitisme moderne ou encore de « droit », il faut pourtant que celui-ci rejoigne les processus démocratiques.

Sur le plan historique, c'est cette énergie caractéristique de la modernité juridique qui a pu d'abord, dans un cadre occidental, s'investir dans ce qu'on dénomme des « gouvernements locaux » [local government] ou encore dans la démocratie locale, pour ensuite se tourner vers l'œuvre gigantesque de soumettre le « parlementarisme », avec ses bribes « démocratiques » politiquement ensevelies dans différents types d'élitisme toujours si « naturels » ou « nationaux », à une logique de « rendre compte » [accountability] à l'égard des processus démocratiques réels. Le résultat a été la dissolution, démocratiquement nécessaire, de la notion de « peuple », qui dans une logique élitiste de mandat, philosophiquement très importante aussi bien pour le libéralisme que pour le républicanisme, n'a plus aujourd'hui aucun sens à imposer au « droit ». Ce qui n'enlève pourtant rien au caractère nostalgique ou idéologique du concept, sinon propulse la question vers sa dimension réelle, à savoir les processus démocratiques dans leur indisponibilité. Dans notre perspective, il n'y a simplement aucune autre « représentation » que le fait d'être à la fois citoyen et sujet de droit, et le reste n'est que l'échafaudage institutionnel, sinon l'art architectural de celle-ci.

S'il est ainsi, nous devons également comprendre les processus démocratiques et la possibilité du droit qui s'y loge, comme mettant en marche une logique de « cercles ». En fait, comme mettant en marche une logique de « cercles », qui comme la goutte tombée dans l'eau se répand, par des cercles circonflexes, de plus en plus loin. D'abord, dans le cercle proche que nous pouvons associer avec le quartier d'habitation ou au lieu de travail (ou encore : école, université, etc.) ; ensuite le cercle prochain, qui fait référence aux villes, villages ou régions ; par

la suite, dans l'État ou l'unité géographico-politique auquel on s'identifie, ou encore dans le monde-société ou la société-planétaire. Ainsi, chaque être humain est, chacun à sa façon, littéralement, le « centre du monde » dans chacun des cercles[13]. Notre planète tourne actuellement autour de 6 milliards de « centres du monde ». Ce qui contribue certainement à la beauté du monde et l'affirme dans sa diversité humaine.[14]

Certes, les raisons qui mobilisent (ou, au contraire démobilisent) les individus à se sentir engagés (ou indifférents) à l'égard de leur monde-société sont bien variées, sinon hétéroclites. Il s'agit d'empathie ou de solidarité[15], ou mieux, dans la lignée que nous essayons de développer, d'une mentalité (ou souci) démocratique allant de pair avec une solidarité avec ce qui porte visage humain. Que ces ressources si individuelles puissent être différenciées et que les premiers « cercles », pour des raisons historiques et culturelles, puissent avoir une préséance due aux différentes formes d'institutionnalisations, ne doit pas nous dissimuler que l'énergie démocratique ne dépend que des ressources de ces 6 milliards de « centres du monde » et sur rien d'autre, surtout qu'il revient à eux seuls de décider (ou non) où l'investir.

Notre « préoccupation » de cosmopolitisme contemporain doit, en règle générale, se faire et s'exprimer sans soutien institutionnel. Si le droit international peut aujourd'hui se concrétiser dans ses institutions, comme c'est le cas pour les Nations Unies et des différentes sous-organisations, le droit cosmopolitique n'en est pas encore arrivé là, peut-être même qu'il n'arrivera jamais, mais se profilera toujours plus modestement dans des actes et des mentalités cosmopolitiques

13. Il suit que le cosmopolitisme n'est peut-être pas opposé au concept « nationalisme », tel que ce concept (et cette réalité) se structure selon des paramètres différents. Nous considérons toute opposition ou confusion entre cosmopolitisme ou « nationalisme » comme illégitime, sinon comme véhiculant une idéologie attribuant illégitimement une valeur morale supérieure ou fondationaliste au concept de « cosmopolitisme ». Une telle « chasse au concept » est cependant toujours irrationnelle. Voir par exemple, Martha Nussbaum, *Woman, Culture and Development*, 1996, qui utilise le concept « cosmopolitique » comme une éthique qui contraste avec le « nationalisme ».
14. Voir Lukas K. Sosoe (dir.), *Diversité humaine. Démocratie, multiculturalisme et citoyenneté*, Paris, L'Harmattan et Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2002.
15. B. Melkevik, « La solidarité, la philosophie et notre présent », dans *Réflexions sur la philosophie du droit*, p. 17-33.

bien fragiles mais qui nous révèlerons, comme nous le concevons, un souci démocratique toujours prêt à devenir planétaire.

Modernité et droit cosmopolitique

Vu de cette façon, le cosmopolitisme moderne n'est certainement pas le fait, assez banal, de pouvoir manger indien, japonais, javanais, marocain, mauricien, bolivien, tex-mex et ainsi de suite, chez soi ou dans le restaurant du coin ; non plus, de pouvoir visiter une vingtaine de pays sur quatre continents par avion supersonique pendant une semaine ; ou encore, plus piquant, de pouvoir faire, comme le marin d'autrefois, l'expérience de femmes de toutes « races » ou de toutes « ethnies » ; ni d'être abonné sur l'Internet ou d'avoir un service élargi de câble permettant de voir les chaînes(« canaux »)d'un peu partout dans le monde. Bien entendu, les exemples peuvent même être multipliés à couper le souffle, mais au-delà de la beauté de la chose, ils relèvent tous uniquement de la banalité existentielle dans la mesure où ils peuvent uniquement se rapporter à une factualité qui nous réjouit certainement et platement, car elle ne nous engage nullement sinon nous confirme « au creux de notre sofa ».

Il est d'autant plus important, en conséquence, de retenir un horizon qui donne raison à l'engagement, à l'action, au jugement, même si celui-ci sera toujours un cosmopolitisme situé localement[16], car, une compréhension contemporaine d'un « droit cosmopolitique » qui, comme nous le défendons, met l'accent sur les processus démocratiques, peut certes être soumise aux aléas conjoncturels, mais trouve nécessairement sa force dans la promotion d'une démocratie planétaire consistant en espaces politiques multiples et différenciés. En fait, en espaces politiques, où les hommes et les femmes peuvent pratiquement et réciproquement, par ces processus démocratiques, thématiser leurs préoccupations et, pourquoi pas, mettre des mots sur leurs sentiments au profit de tous, y compris celui que la géographie tient éloigné.

Quittant en lucidité le ghetto de toute rectitude morale, c'est l'énergie « cosmopolitique » qui nous rejoint dans la possibilité d'une modernité de « droit » démocratique devenue planétaire.

16. Voir en ce qui concerne la notion de cosmopolitisme enraciné ou local, Bruce Ackerman « Rooted Cosmopolitanism », dans *Ethics*, 1994, vol. 104, p. 516 ss.

COSMOPOLITISME JURIDIQUE ET DÉMOCRATIE PLANÉTAIRE

Soulignons tout d'abord que nous sommes entièrement d'accord avec les maîtres « cosmopolitiques » de jadis et avec leur argument que les « États » devenus « républicains » ne trouvent plus guère de raison de faire la guerre entre eux. Il faut pourtant aller plus loin et ne pas uniquement viser les États (ou plus précisément les différentes élites nationales), mais, dans une logique d'en « bas » vers le « haut », dire que se sont les individus qui ne souhaitent pas, non plus, vivre sous la menace ou sous le règne de la guerre et du terrorisme[17]. Ainsi éclairés, nous tirons immédiatement la conséquence, en affirmant qu'un cosmopolitisme contemporain doit travailler contre la promotion de la guerre et du terrorisme en favorisant, a contrario, une démocratie sans limite et une culture de paix[18] qui doit servir à thématiser aussi bien nos griefs que nos espoirs planétairement ou simplement cosmopolitiquement.

Cosmopolitisme comme promotion démocratique

Rappelons, brièvement, notre définition d'un droit cosmopolitique contemporain. Nous avons dit qu'un cosmopolitisme contemporain doit se situer sur le plan des individus et en rapport aux processus démocratiques à assurer pour les individus « cosmopolitiquement ». Il suit qu'une conception cosmopolitique moderne doit avant tout se résumer dans la promotion démocratique sur le plan planétaire et ceci malgré les barrières qu'on souhaite nous dresser.

Certes, le thème n'est pas neuf. Mais à l'encontre de toute conception qui se limite à l'échafaudage institutionnel et à la formation d'élites nationales pour les « autres », en se rappelant que nous avons maintenant une expérience bicentenaire sur ce terrain, une conception de cosmopolitisme contemporain doit orienter notre regard vers les processus d'apprentissage d'autrui comme l'autre vis-à-vis de lui-même et surtout, vers l'apprentissage ou le renforcement des processus démo-

17. Voir J. Habermas, *La paix perpétuelle. Le bicentenaire d'une idée kantienne*, Paris, Cerf, 1996, p. 57, « la clef du droit cosmopolitique réside dans le fait qu'il concerne (…) le statut des sujets de droit individuels, fondant pour ceux-ci une appartenance directe à l'association directe à l'association des cosmopolites libres et égaux ».

18. Anaisabel Prera-Flores et Patrice Vermeren, *Philosophie de la culture de la paix*, Paris, L'Harmattan, coll. La philosophie en commun, 2002.

cratiques comme seule possibilité de conjugaison possible entre légalité et légitimité d'aujourd'hui.

Vu de cette façon, le cosmopolitisme juridique se concrétise dans l'association des cosmopolites libres et égaux. Bref, se résume dans l'opinion que le monde tout entier n'est rien d'autre qu'un espace politique égal aux autres espaces politiques que nous connaissons et dans lesquels nous agissons. Nous pouvons certes agir sur cet espace politique « cosmopolitique » avec nos ressources personnelles, ce qui peut être bien limité par la plupart d'entre nous, mais nous pouvons aussi agir en concertation avec nos semblables. L'avènement des ONG (organisations non gouvernementales), dès les années 60 et 70, nous montre la fécondité d'une telle stratégie. Une stratégie qui, malgré toutes les contradictions que représentent les ONG, et dont la moindre n'est pas le fait qu'elles risquent de devenir elles-mêmes des annexes ou de dépendre de l'État, confirme l'espace cosmopolitique.

En fait, tout cosmopolitisme moderne, par le fait même de reposer sur des individus formant une association de « cosmopolites libres et égaux », doit se concevoir dans l'horizon d'une démocratie planétaire.

Cosmopolitisme et cultures de paix

Une telle façon de concevoir le cosmopolitisme moderne devrait nous conduire, comme ce fut le cas pour Kant, à la question de la « paix ». Or, dès que nous renvoyons la question de paix entre les États au droit international, ce qui nous semble la seule pensée adéquate, la question de la paix doit, dans la perspective d'un cosmopolitisme moderne, nous interpeller autrement[19].

Promouvoir une culture de paix à la lumière de la modernité cosmopolitique, peut se concrétiser en trois propositions. Nous pouvons les décrire, en termes médicaux, comme suit :

19. J. Habermas, *La paix perpétuelle*, *op. cit.,* p. 71-72. « … 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. » Cf. également Anaisabel Prera-Flores et Patrice Vermeren, *Philosophie de la culture de la paix*, *op. cit.*

D'abord, au niveau du diagnostic, en travaillant sur les causes des conflits. Concrètement, faire sortir les faits qui peuvent, dans une logique de rancune, de revanche, de revendication, ou encore de mépris, de haine ou de racisme, être une source de conflit intergroupe, interethnique, intercommunautaire, etc. Ne faut-il pas, en fait, travailler sur les « injustices » du passé, les séquelles historiques ou contemporaines qui ne veulent pas passer, qui hantent encore notre monde et qui risquent d'exploser ? Aujourd'hui, si les Papous d'Irian Jaya (en Indonésie)[20] ou encore les peuples Chakma, Marma et Tripura (dans les Chittagong Hill Tracts au Bangladesh)[21] sont massacrés, discriminés, dépossédés, etc., ne devrons-nous pas mêler notre si modeste voix à la protestation planétaire ?

Ensuite, travailler au niveau thérapeutique. Autrement dit, faire sortir les « squelettes » du placard pour que les conflits puissent recevoir l'éclairage politique. En fait, pour que les responsabilités du passé comme du présent puissent se faire au vu et au su de tous. Un élément indispensable de ce processus sera d'en finir une fois pour toute avec cette figure funeste ou abominable de « responsabilité collective ». En fait, la solidarité planétaire contre l'apartheid, jusqu'à son abolition en 1991, n'a-t-elle pas montré qu'au-delà du « système d'apartheid », le jugement qui devrait être fait n'avait aucune couleur de peau !

Enfin, travailler sur le niveau préventif, à savoir, pour que le futur ne soit pas uniquement la répétition du malheur du passé. En ce sens, les conflits de jadis doivent dans leurs froideurs narratives ou simplement historiques, interpeller les potentiels acteurs d'aujourd'hui quant au sens de leurs potentielles actions pour le futur. Leurs griefs de « l'injustice », historique ou contemporaine, ne peuvent-ils pas être formulés dans un sens « politique » comme objet de négociations, d'accommodations ou autre chose encore ? Les cosmopolites modernes, avec leurs solidarités, leurs engagements, leurs existences, inclinent dans cette direction.

Certes, ces niveaux sont certainement d'une importance inégale. Nous pouvons même prétendre que le niveau le plus imparfait, à savoir le niveau préventif devrait toujours être privilégié. Or, l'intérêt d'une telle approche

20. Robin Osbone jr, *Indonesia's secret war : the guerilla struggle in Irian Jaya*, Sydney, Allen & Unwin, 1985.

21. W. Mey (dir.), *Genocide in the Chittagong Hill Tracts, Bangladesh*, Copenhague, IWGIA Documents, nº 51, 1984.

cosmopolitique de la paix ne peut pas venir exclusivement de leurs propres forces, mais plus pertinemment dans sa conjugaison avec les ressources du droit international. En fait, le cosmopolitisme moderne épaule ce même droit international comme une interpellation à la paix, en se reconnaissant dans les intérêts et la dignité des autres cosmopolites. En ce sens, si le nouveau Tribunal criminel international peut aujourd'hui juger les atrocités commises dans l'ancienne Yougoslavie ou encore dans Rwanda, le cosmopolitisme moderne peut, de son côté, travailler les leçons à tirer pour tous dans l'espace public planétaire.

Un tel horizon présuppose toujours de penser le cosmopolitisme moderne, avec sa potentialité de « droit », à saine distance du droit international existant, pour pouvoir, en son temps, le soumettre au jugement des cosmopolites modernes. Toute fusion des deux, de l'une ou de l'autre, ne provoque que la confusion.

Cosmopolitisme et souveraineté communicationnelle

Tel que nous le concevons, le cosmopolitisme contemporain, comme promotion d'une démocratie planétaire, se concrétise sur le plan des individus comme étant équipé d'une « souveraineté communicationnelle », au sens habermasien[22]. En somme, la mise en avant, littéralement parlant, de chaque individu du monde comme étant chacun à sa façon et selon ses ressources, le « centre du monde » par ses prises de parole.

C'est comme de tel « centre du monde » que chacun d'entre nous peut, en réciprocité, se considérer, dans les limites du possible, en « communication », en solidarité, avec tout être humain. Il s'agit, de cette façon, de comprendre que notre statut de cosmopolite moderne dépend de la reconnaissance d'autrui comme l'autre de lui-même, mais aussi de constater que la « signature » de tout acte cosmopolitique propulse chacun de nous dans un processus qui nous rend sensible ou simplement réceptif à des « humanités » qui se vivent différemment que la nôtre.

De cette façon, le cosmopolitisme moderne s'édifie à l'intérieur des États nationaux à la fois comme soutien des individus et comme moyen d'avoir de l'autorité sur les États dans leurs « politiques » inter-

22. Jürgen Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997. Sur ce concept, voir B. Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit*, *op. cit.,* p. 135-137.

nationales. Il s'agit de mettre en vigueur les leçons à tirer de notre modernité juridique telles que celles-ci se concrétisent comme jugements individuels sur les heures et les malheurs des autres. C'est notre jugement sur les instances politiques nationales ou les acteurs civils en ce qui concerne leurs rôles dans le trafic des armes, la corruption internationale, etc. qui doit compter.

COSMOPOLITISME JURIDIQUE FACE AU DÉFI IDENTITAIRE

Précisons maintenant le sens que nous attribuons à un cosmopolitisme contemporain relativement à ce qu'on nomme le « défi identitaire »[23]. Rappelons, dans cette perspective, que les « conflits identitaires » ont, à plusieurs reprises, été vilipendés comme sources de guerre et de terrorisme[24]. Or, contre tout catastrophisme, une interprétation des droits de l'homme peut nous donner une vision différente où la reconnaissance des « identités » va de pair avec une légitimation de celle-ci à l'égard des États ou simplement des élites (minoritaires ou majoritaires) oppresseurs ou simplement inconscientes d'une « humanité » que l'aveuglement ou l'orgueil les empêche de reconnaître. Bref, nous pouvons considérer les droits de l'homme comme instaurant une sorte de « déminage » des conflits et le cosmopolitisme moderne comme son épaulement.

Cosmopolitisme et les droits de l'homme

Soulignons que les systèmes modernes des droits de l'homme appartiennent d'abord et avant tout au droit international. Ce sont les États du monde qui se soumettent volontairement à un nombre défini des droits de l'homme qu'ils ont su développer et consigner dans différentes déclarations. Ils sont, en ce sens, les gardiens des droits de l'homme l'un à l'égard de l'autre sur le « fond » du consen-

23. B. Melkevik, « Le droit à une identité culturelle : Réflexions sur le nouveau droit international », dans Lukas K. Sosoe (dir.), *Diversité humaine. Démocratie, multiculturalisme et citoyenneté*, *op. cit.,* p. 277-288.

24. Samuel P. Huntington, *Le choc des civilisations*, Paris, Odile Jacob, 2000. Une critique de Huntington est donnée par Lukas K. Sosoe, « Multiculturalisme, démocratie et diversité humaine », dans Lukas K. Sosoe (dir.) *Diversité humaine. Démocratie, multiculturalisme et citoyenneté*, *op. cit.,* p. 3-28. Voir également, Werner Krawietz, Gert Riechers et Klaus Veddeler (dir.), *Konvergenz oder Konfrontation? Transformation kultureller Identität in den Rechtssystemen an der Schwelle zum 21 jahrhundert*, [Huntington-Sonderheft], Berlin, Duncker & Humblot, 1999.

sus internationaliste qui anime ledit système des droits de l'homme. C'est au cœur de ce système que nous trouvons les droits de l'homme comme toboggan (ou glissière) pour une reconnaissance identitaire pouvant servir, répétons-le, à désamorcer des conflits[25].

Force est de constater, sur une échelle à la fois historique et culturelle, que le fait d'être opprimé, réduit au statut de citoyen de deuxième ou troisième catégorie (ou simplement dénié du statut de citoyen), discriminé sur la base de race, origine ethnique, langue, religion, et ainsi de suite, débouche tôt ou tard sur un conflit. Plus important que de reproduire toute la taxonomie du système des droits de l'homme, est de reconnaître ce système comme opérant, dans une saine distance de l'État accusé, à la recherche d'un compromis pouvant se concrétiser dans une législation nationale. En ce sens, le système des droits de l'homme équipe à la fois les minorités (et quelques fois même des majorités) avec une légitimé pour faire avancer leurs intérêts.

Le système des droits de l'homme travaille positivement à l'horizon d'une paix en exigeant que l'État, qui fait partie de la communauté internationale, doive œuvrer efficacement en vue d'un arrêt des hostilités, des massacres, des terrorismes, etc., à l'encontre d'une partie ou encore seulement « d'une personne ». Et ceci, que les actes soient commis dans leur propre pays ou ailleurs. Le système des droits de l'homme fait de l'État responsable de toute atteinte aux systèmes des droits de l'homme. Soit parce qu'il est lui-même l'investigateur, directement ou indirectement, soit parce qu'il néglige ou reste indifférent aux atrocités exécutées par les ressortissants logés sur son territoire. Quoiqu'il en soit, le système des droits de l'homme a tout son autonomie relativement aux autres parties du droit international, et en particulier, celles qui concernent et réglementent le recours légal à la guerre.

Qu'en est-il des cosmopolites modernes dans tout cela ? Ils sont en fait dans la première loge ! Car dans l'interstice des frontières étatiques tombées à l'intérieur du système des droits de l'homme, les mêmes droits de l'homme par leur promesse d'universalité, ne

25. B. Melkevik, « Legittimità e diritto dell'umo », dans *Nuovo Sviluppo* (Roma), 2002, nº 1, p. 66-67. Également comme « Légitimité et droits de l'homme », dans J. Ferrand & H. Petit (dir.), *Enjeux et perspectives des droits de l'homme. L'Odyssée des Droits de l'homme,* t. III, Paris, L'Harmattan, collection : La Librairie des Humanités, 2003, p. 213-222.

peuvent se situer que comme réciprocité planétaire des humains entre eux, ou encore, comme déjà inscrits dans une logique de cosmopolitisme contemporain. Ce qui nous permet également, comme étant précisément ces cosmopolites contemporains, d'apprécier, en jugement, la lutte de reconnaissance qui s'exprime dans et par les droits de l'homme. De cette façon, les luttes des droits de l'homme contre la guerre illégitime et le terrorisme entrent dans un processus de « déminage » de toutes les séquelles de l'histoire pouvant dégénérer en conflit ou simplement en bain de sang, se font planétairement par des cosmopolites aguerris.

Par le système des droits de l'homme, les cosmopolites contemporains propulsent la question des droits de l'homme dans un processus de « particularisation » qui rejoint les individus dans leurs contextes multiples.

Droit de l'homme comme enjeu cosmopolitique

Il y a certes des personnes qui souhaitent la guerre et le terrorisme, et qui s'y investissent, toujours pour des mauvaises raisons. Si le « mal » a aussi ses partisans, il n'en demeure pas moins que l'homme et la femme ordinaires souhaitent, en règle générale, un meilleur futur, au moins pour leurs enfants. Les droits de l'homme en se profilant comme enjeu cosmopolitique s'enracinent dans cet espoir, tellement humain, d'un lendemain différent.

Un regard lucide sur notre monde montre qu'au-delà du grand terrorisme, qui peut certes faire la une des journaux à grand tirage, s'étalent des micro-terrorismes. Des micro-terrorismes qui font mal en inscrivant le rôle et la place des hommes et des femmes à l'intérieur des carcans culturels, identitaires ou supposé « religieux ». En fait, des micro-terrorismes dans lesquels les victimes n'ont même plus le privilège d'être reconnues comme telles, mais se retrouvent que dans un silence forcé.

Il y a simplement trop d'exemples. Qu'il s'agisse de la situation de la femme (ou simplement de la féminité), l'objet des micro-terrorismes allant de mariages forcés, d'excisions (et maintes autres formes de violence psychologiques et physiques) aux multiples formes d'exclusions sociales et politiques. Que dire, de plus, de la résurgence de l'esclavage au Soudan ? Les exemples se présentent plutôt dans une multitude de situations de détresse, souvent oubliées ou refoulées,

comme si l'humanité n'avait pas la possibilité de se concentrer que sur certaines d'entre elles et poussaient, dans le meilleur des cas, les autres devant en vue, éventuellement, d'un règlement futur ! En espérant qu'il ne sera pas trop tard.

Quoiqu'il en soit, les droits de l'homme nous forcent, à l'intérieur d'un cosmopolitisme moderne, à faire acte de jugement. Car, si nous voulons inscrire le cosmopolitisme moderne sous l'enseigne d'une promotion démocratique, il va s'en dire que nous ne revendiquons aucunement un statut de « neutralité » à l'égard des enjeux planétaires. Une telle « neutralité » n'existe pas et celui qui la revendique fait, soit de la fraude intellectuelle, soit ne comprend pas adéquatement les enjeux de notre contemporaineté cosmopolitique ou simplement nationale. Le démocrate de même que le cosmopolite moderne, « juge » et est à l'attente d'un « non » ou d'un « oui ».

Certes notre « non » peut résonner bien faiblement, surtout sur le plan planétaire, et peuvent prendre du temps avant de parvenir aux oreilles auxquelles notre « non » compte le plus, car s'il doit traverser des barbelés ou des murs de prison, il faut surtout espérer qu'il n'arrive pas trop tard. Tout ça nous le savons, mais avons-nous le droit de désespérer ?

Droits de l'homme et modernité démocratique

De cette façon, la question des droits de l'homme rejoint le cosmopolitisme contemporain comme promotion des hommes et des femmes dans leurs rôles respectifs à l'intérieur du projet d'une modernité juridique. Car, au « fond » des droits de l'homme, que pouvons-nous trouver aujourd'hui que l'homme qui refuse le destin que les « autres » lui réservent. D'autant plus, qu'il n'y a aucune raison de marcher sur les genoux, quand marcher debout nous sied si bien.

Ainsi compris, les droits de l'homme se mesurent à l'aune d'une préoccupation démocratique devenue planétaire et qui sert surtout à prendre le pouls des enjeux « humanitaires » qui ne concernent pas les « autres », mais bien nous tous.

« SI TU VEUX LA PAIX, PRÉPARE LA PAIX »[26].

La position que nous venons de développer ne se veut ni optimiste ni pessimiste, mais formant une partie du puzzle humain pour s'opposer aux guerres et au terrorisme comme n'étant que des valeurs négatives. Car si nous voulons faire triompher la paix, il faut aussi la cultiver, la rendre attractive et l'éduquer en sa faveur.

Comme tel, notre discours se connecte au rôle traditionnel du droit international, plus précisément, au rôle de « police » internationale, tel que permis par le droit international, en l'appuyant en même temps qu'il développe un agenda qui transcende ce rôle limité. Il faut, sur ce point, être lucide et comprendre qu'il faut aller en avant et rejoindre les hommes et les femmes là où ils se trouvent concrètement, à savoir « chez eux ». À savoir dans une place précise sur notre terre où ils (ou elles) vivent concrètement dans des situations qui n'ont pas été voulues et qu'ils (ou elles) souhaitent changer profondément. De cette manière le cosmopolitisme introduit une perspective où, comme Galilée autrefois, la question du « droit » ne tourne plus en exclusivité autour de l'État, comme son « droit étatique » ou sa « conscience » pour parler rawlsien, ou encore comme son « droit international », mais autour de chaque individu et dans sa possibilité de tout changer. Notre modernité juridique s'annonce en conséquence comme ressource pouvant éventuellement, et dans le meilleur des cas, rejoindre les « centres du monde » dans leurs particularités, et les affirmer comme les auteurs et les destinataires de leurs droits, leurs normes et leurs institutions.

Si nous avons raison, la modernité juridique et la contemporaineté cosmopolitique qui les propulse sur la scène planétaire, se dresse comme autant de barrières humaines contre toute guerre illégitime et contre tout « terrorisme ». Il s'agit d'épauler les processus démocratiques comme seuls possibles de produire cette légalité et cette légitimité dont nous manquons si cruellement sur la scène planétaire.

Entre temps, la modernité cosmopolitique, comme le droit cosmopolitique, est toujours entre les mains des citoyens du monde, comme autant de cosmopolites avertis.

---

26. Rappel l'adage romain : « *Si vis pacem, para bellum* » (Si tu veux la paix, prépare la guerre). Voir Anaisabel Prera-Flores et Patrice Vermeren, *Philosophie de la culture de la paix*, *op. cit.,* p. 17-23.

6

VILLEY ET LA QUESTION DE LA DIALECTIQUE JURIDIQUE[1]

Indubitablement, la question de la « dialectique juridique » occupe une place centrale et de première importance dans la pensée villeyenne de philosophie du droit. En effet, Villey insiste fréquemment sur la nécessité de prendre la « dialectique juridique » au sérieux en précisant et en analysant, de différentes manières, le sens de cette exigence pour un droit équilibré et socialement harmonieux. Si Villey utilise fréquemment le mot philosophique « dialectique » comme étant largement synonyme du mot « dialogue », flirtant même avec le mot « dialogique », c'est toujours pour souligner que pour lui, au-delà de toute rectitude linguistique, c'est principalement une question de démarche intellectuelle qui est en jeu. Nul doute qu'il s'agisse ici, de la part de Villey, d'une stratégie pédagogique (ou encore heuristique) pour conjuguer la conception philosophique (aristotélicienne et thomiste[2]) qu'il fait sienne avec l'art du droit, le tout d'ailleurs sous l'auspice d'un droit naturel renouvelé et revitalisé, comme n'étant finalement redevable qu'à un art du droit entre les mains des hommes et des femmes faisant

1. Conférence du colloque international : « Le droit comme partage. Michel Villey (1914-1988) », Paris, Sorbonne, les 21 et 22 janvier 2005. Publié dans Stéphane Bauzon & Chantal Delos (dir.), *Michel Villey. Le juste partage*, Paris Dalloz, coll. L'esprit du droit, 2007, p. 23-42.
2. Vu la critique que Villey réserve à la pensée thomiste, l'utilisation du mot « thomasien » serait peut-être plus appropriée. Nous avons pourtant choisi d'utiliser le terme « thomiste » consacré.

le métier de juriste[3]. C'est ce dont témoigne l'adage, issu du droit romain classique, sur lequel Villey insiste à maintes occasions : *suum jus cuique tribuendi* (mesurer [juger] adéquatement la « part » qui revient à chacun et comme étant désormais le droit des individus ayant fait appel à la « justice »).

L'objectif que nous nous sommes fixé est de voir clair quant à la « dialectique juridique », ou peut-être mieux, du « dialogue juridique », chez Michel Villey[4]. En ce sens, nous examinerons plus exhaustivement les sens multiples qu'il accorde à cette notion et surtout, nous analyserons son rôle éminent dans la philosophie du droit villeyenne[5]. Le fait que Villey conçoive la « dialectique » comme dépendante d'une philosophie particulière et qu'il transpose cette conception au monde juridique, sera évidemment au centre de nos réflexions. Notre approche peut d'ailleurs brièvement être conçue comme « critiquement réflexive ».

À ces objectifs, quatre analyses se succèderont : d'abord, l'analyse de l'étymologie de la notion de dialectique et les conclusions que Villey en tire, ensuite, l'analyse de la justification de cette conception à l'égard

3. Rappelons le titre magnifique du livre sur Michel Villey de Stéphane Bauzon : *Le métier de juriste. Du droit politique selon Michel Villey,* Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2003, ou encore dans sa version italienne : *Il mestiere del giurista. Il diritto politico nella prospettiva di Michel Villey*, Milano, Giuffré editore, 2001.

4. Nous avons auparavant soumis la philosophie du droit de Michel Villey à quelques réflexions de philosophie du droit dans « L'influence de Villey au Québec et au Canada francophone », dans J.F. Niort et G. Vannier (dir.), *Michel Villey et le droit naturel en question*, Paris, L'Harmattan, 1994, p. 130-135 (texte repris dans Bjarne Melkevik, *Réflexions sur la philosophie du droit*, Paris, L'Harmattan et Québec, Les Presses de l'Université Laval, Collection « Diké », 2000, p. 124-129), et également dans *idem*, « Villey et la philosophie du droit : en lisant *Les Carnets* », dans *Bulletin Stiintific*, Universitatea « Mihail Kogalniceanu », Iasi, Roumanie, nº 9, 2000, p. 110-129 ; (repris dans *idem*, *Réflexions sur la philosophie du droit*, *op. cit.,* p. 99-123). Ce dernier article est traduit en espagnol « Villey y la filosofia del derecho : Leyendo « Les Carnets », dans *Anuario de Filosofia Juridica y Social*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Argentine, Ano 2000, vol. 20, décembre 2002, p. 179-201 et en italien, « Villey e la filosofia del diritto : leggendo *Les Carnets* », dans *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, Roma, 2006, nº 3, p. 487-514.

5. Sur la philosophie du droit de Michel Villey en général, cf. Stéphane Bauzon, *Le métier de juriste. Du droit politique selon Michel Villey*, *op. cit.,* (Voir ici la bibliographie des travaux académiques sur la pensée villeyenne, p. 214-215). Cf. Norbert Campagna, *Michel Villey : le droit ou les droits ?,* Paris, Michalon, coll. Le bien commun, 2004 ; Renato Rabbi-Baldi Cabanillas, *La filosofia juridica de Michel Villey*, Eunsa, Pamplona, 1989, et *idem* « Michel Villey (1914-1987) », dans Rafael Domingo (dir.), Juristas universales. Tome 4, Juristas del s. XX, Madrid, Pons, 2004, p. 634-637.

de la philosophie d'Aristote et de saint Thomas, puis, l'analyse du droit naturel dialectique comme synthèse de la conception villeyenne et enfin, une discussion avec la notion de « dialogue » de Villey, à l'intérieur d'une conception moderniste du droit.

I. LA DIALECTIQUE SAISIE PAR L'ÉTYMOLOGIE

Soulignons tout d'abord que la question de la « dialectique » est inlassablement rattachée, par Villey, à la philosophie[6] pour ensuite être transmise ou déplacée vers le domaine juridique. En conséquence, le concept de « dialectique juridique » n'est nullement « juridique » dans un quelconque sens propre, mais plutôt soumis à une instance « d'en haut », en l'occurrence la philosophie, qui est de ce fait supposée ouvrir théoriquement un sens pour l'exigence du suffixe « juridique ». Ce sont les modalités de cet assemblage de signification qui nous intéresseront en analysant, d'abord, les propos de Villey quant à l'étymologie de la notion de « dialectique » et ensuite, les conséquences théoriques qu'il en tire.

Villey pense en effet que l'origine étymologique a une importance singulière pour dégager le sens que nous devrions attribuer à la notion de dialectique. L'étymologie représente en ce sens l'ancrage philosophique pour s'approcher de la « dialectique ». C'est d'ailleurs cette étymologie qui lui permet de se distinguer de toutes les conceptions modernes qui, s'abreuvant chez des stoïciens ou en passant par Hegel, Marx, etc., ont également utilisé cette notion[7]. Tel qu'il le confirme :

> Pratiquons l'étymologie, qui doit servir de fil conducteur. Dans le « langage ordinaire » du peuple grec, le Dialektos, la Dialexis, c'est le dialogue, l'échange de paroles entre plusieurs interlocuteurs. Dialegesthai, c'est converser, participer en quelque taverne ou rue de la cité à quelque entretien […] (…) l'actuel essor de la pragmatique a ramené notre attention sur ce caractère du langage d'être un commerce mutuel. Et à

6. Michel Villey, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2001, p. 33. (Il s'agit de la reprise des deux Précis Dalloz : *Philosophie du droit,* t. 1, *Définitions et fins du droit*, 4e édition de 1986 et *Philosophie du droit,* t. 2, *Les moyens du droit*, deuxième édition de 1984.)

7. M. Villey, Sur la dialectique comme art du dialogue, dans les *Archives de philosophie du droit*, 1976, p. 217 : « Il en est venu désigner chez les stoïciens l'art du raisonnement rigoureux ; qu'il a revêtu au moyen-âge [sic] des significations diverses (…), devient péjoratif chez Kant ; et repris par Hegel et Marx, sert à qualifier des *systèmes* qui n'ont plus rien de controversial [sic] ni de problématique… Le sens du mot s'est altéré, et c'est grand dommage. ».

> l'ordinaire il est dialogue. Le Monologue […] [est] une maladie du langage, heureusement exceptionnelle.
>
> La dialectique – Dialektiké – constituait sans doute une espèce particulière de conversation. Ceux qu'on appelait dialektikoï – dialectici – dialecticiens – furent les philosophes. Comme leur affaire est la recherche de la vérité, ils ont leur façon spécifique de s'entretenir. [8]

Constatons d'emblée qu'il y a ici présence de deux assertions tout à fait différentes et même contradictoires concernant la notion de « dialectique » : une assertion se rapportant concrètement à l'usage public du langage, à l'échange de paroles dans l'espace public, d'une part, une assertion (absorbant littéralement la première) faisant abstraitement référence au langage utilisé par des hommes et des femmes de « qualité » en vue d'un téléologie de « vérité », d'autre part. C'est cette dernière version de la dialectique qui sera privilégiée par Villey.

En ce qui concerne la première signification, nous pensons que Villey a entièrement raison en considérant la dialectique, d'entrée de jeu, comme un « commerce mutuel » langagier relevant de l'usage public du langage (et de la raison). Il s'ensuit, sur le plan analytique, que la dialectique comprise dans une telle perspective se situe dans une intersubjectivité qui se réalise par l'existence et le degré de réceptivité d'un espace public spécifique. L'espace public est subséquemment constitué du lieu où les individus utilisent leurs compétences linguistiques pour s'exprimer, pour juger et construire, par le langage, le monde social, politique, économique, etc. Il en découle, soulignons-le, que l'espace public garantit toute question de sens comme étant intimement rattachée aux enjeux même de la vie en société, telle que comprise par les individus qui utilisent leurs ressources langagières pour s'y orienter, pour comprendre et pour exprimer leurs opinions. Nous y reviendrons plus tard, car si, en brûlant délibérément les étapes, Villey n'attribue guère d'attention à cette première signification, elle sera, ultérieurement, dans notre plaidoyer pour une conception moderniste de la dialectique en droit, au centre d'un apprivoisement de la philosophie du droit insistant là-dessus.

8. Michel Villey, De la dialectique comme art de dialogue et sur ses relations au droit, dans les *Archives de philosophie du droit*, t. 27, 1982, p. 264 et 265.

En revanche, l'autre assertion privilégiée par Villey est entièrement particulière (et de ce fait problématique) car, en considérant la dialectique d'une façon téléologique, on peut dire qu'une certaine élite est abstraitement privilégiée via un rôle, également particulier, se rapportant à la notion de « vérité ». La dialectique comprise de cette façon suppose qu'il doit exister au-dessus des mots, donc métaphysiquement, une relation entre la question de « droit » et la notion de « vérité », d'une part, et que l'activité dialectique devrait, supposément, nous permettre de faire le lien entre les deux concepts, d'autre part. Or, cette notion de « vérité » se résorbe en fin de compte à l'intérieur de la philosophie, de même que la « vérité » est présumée être, par essence, une question philosophique et ceci, même à l'égard du droit. Il en découle, précisément, que l'essence de « vérité » attribuée par Villey à la philosophie comme position de saisie à l'égard du droit, est aussi prétendument la garante de la rectitude même de ce « droit » et aussi, tel que déjà mentionné, que la seconde assertion récupère et résorbe la première par le fait même qu'elle seule dispose, philosophiquement parlant, de la notion de cette même « vérité ».

Signalons qu'il n'y a aucune cohérence rationnelle entre ces deux assertions sauf sur le simple plan formel, à savoir que la notion de dialectique se rapporte toujours au paradigme (théorique ou pratique) d'un échange de paroles entre plusieurs interlocuteurs. C'est donc aussi la constatation que Villey effectue, par le fait de résorber la première assertion par la seconde : rien d'autre que ce que nous nommons un « roque » philosophique, c'est-à-dire qu'il ajuste trois concepts (philosophie, dialogues et vérité), dans la position voulue en se servant, dans ce but, d'une compréhension du langage comme « commerce mutuel » langagier qu'il peut délaisser sans conséquence par la suite[9]. C'est ce « roque » philosophique qui lui permet, comme nous le constatons, de faire de ces trois concepts un tremplin pour s'approcher du droit, dans le sens même où la question de « droit » doit, supposément, être vir-

9. Un « roque » est un déplacement de pièce dans le jeu d'échec. Il s'effectue pour protéger le roi via un déplacement autrement « non réglementaire » de la tour. Le mouvement ne peut se faire que si les conditions suivantes sont réunies : il doit s'agir du premier déplacement du roi et de la tour dans la partie ; le roi ne doit pas être en échec ; le roi ne doit pas traverser une case qui le mette en échec ; la case de destination du roi ne doit pas le mettre en échec ; toutes les cases situées entre la tour et le roi doivent êtres vides. L'utilisation que nous ferons ici de ce mot fait référence à un déplacement de « concepts » en vue d'obtenir un effet philosophique particulier.

tuellement à égale distance de chacun comme dans une constellation de concepts, en attendant, bien sûr, un support philosophique prédestiné, fourni par l'aristotélisme et le thomisme, et qui doit, suivant Villey, donner corps (et sens) à ces concepts.

Or, ce « roque » philosophique a une conséquence immédiate sur la signification même du langage. Si, en fait, l'usage public du langage n'a pas besoin de position théorique supplémentaire, en revanche, la recherche de la « vérité » par ou dans le langage en a cruellement besoin ; elle l'exige même ! Pourquoi ? Parce que l'usage public du langage n'est en soi qu'une relation de sujet à sujet. En conséquence, si les sujets souhaitent conventionnellement construire une « vérité » entre eux, cela ne peut se faire qu'en pratique et en utilisant les forces conventionnelles de la langue avec comme résultat, soulignons-le, que la notion de « vérité » ne renvoie qu'à un accord conventionnel entre les différents participants au débat. Mais comme Villey ne cherche pas une telle « vérité » conventionnelle, mais bien une vérité « naturelle » (ou simplement « métaphysique »), cette vérité « naturelle » doit en conséquence être « logée » comme « objet » dans le langage. Cela nous renseigne sur le fait que Villey reconstruit un « sujet à objet », une relation où la vérité (de même que le « droit ») sera dépendante d'une objectification du langage compris comme recelant ladite « vérité ». L'insistance sur un tel sujet « objet-relation » ne peut avoir comme conséquence que de confirmer la question même de droit en dépendance à une conception particulière de l'objet d'où, en brûlant un peu les étapes, la singularisation de la question de droit sur le mode de « ordre » ou « chose », ou encore « res » ou « nature ».

Il s'ensuit précisément que Villey a besoin d'un accessoire philosophique pour épauler une telle notion de « vérité » au niveau du langage. En fait, Villey a besoin de la conception philosophique ancienne (ou « classique ») concernant les « universaux » pour loger topiquement la « vérité ». En effet, l'insistance mise sur les « universaux » exprime pour lui la nécessité d'introduire la notion de « réalité » comme devant servir d'ancrage de sens quant à ladite « vérité ». Concrètement, Villey reproduit le schème ancien voulant qu'il y ait homologie entre l'utilisation de mots et la réalité. De ce fait, si nous utilisons des mots comme Socrate, Athènes ou citoyen, ces mots, nous affirme Villey, « renvoient à quelque chose de réel, de distinct

dans la réalité »[10]. Par conséquent, pour Villey, « le monde (….) est ordonné, il comporte des réalités génériques (tel que « citoyen ») ou des corps (Athènes) ; il est réellement structuré et ce sont ces structures que reflètent, certes imparfaitement – nos connaissances sont toujours approximatives – les termes appelés universels »[11].

Nous comprenons que si le monde est déjà ordre, déjà structuré comme cité ou comme société civile (et tardivement comme étatique), ou encore comme « objet », la vérité ne peut que résider dans la découverte de cet ordre, cette structure, cet objet. Il s'ensuit que la « vérité » est de l'ordre de la découverte, que la vérité se dévoile en découvrant l'ordre et la structure dans la cité ou dans la société, mais aussi que la « dialectique » est une façon, une méthode, pour procéder à la découvert de cet « ordre » ou de cette « structure », en tant que vérité ou « droit ».

Une des conséquences d'une telle affirmation est que le nominalisme devient, pour ainsi dire, la bête noire de Villey. Il fait d'ailleurs de la lutte contre le nominalisme une de ses priorités en relevant la trace de ses multiples manifestations dans l'histoire des idées philosophiques pendant le Moyen Âge, la Modernité et l'époque contemporaine[12]. Mais pour cela, il y a un prix à payer – bien entendu sur le plan philosophique – à savoir une sorte de surinvestissement philosophique qui charge lourdement la notion de dialectique avec un programme philosophique entièrement orienté sur le plan d'une philosophie particulière. À ce stade de la réflexion villeyenne, la notion de « dialectique » se retrouve ainsi inconfortablement dans un état constant de manque qu'il faut impérativement combler par un support philosophique pouvant enraciner, ou légitimer, ce programme philosophique.

II. UN SUPPORT PHILOSOPHIQUE

Déjà, à partir de cette réflexion philosophique sur l'étymologie du mot dialectique, se révèle sans grande surprise le fait que Villey a choisi son camp ou, plus spécifiquement, les philosophes capables de fonder ses prémisses, qu'il s'agisse d'Aristote et de saint Thomas !

10. M. Villey, *Philosophie du droit*, *op. cit.,* p. 100.
11. M. Villey, *Philosophie du droit*, *op. cit.,* p. 100.
12. M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Montchretien, 1975.

En revanche, il importe de souligner fortement, toujours dans l'objectif de la dialectique, que Villey introduit une lecture de ces deux philosophes qui est loin de faire l'unanimité chez ses partisans. En bref, en raison de sa conception de l'étymologie, Villey est obligé d'introduire une forte distinction entre pratique et théorie, entre un Aristote-praticien et un Aristote-théorique, entre un saint Thomas-praticien et un saint Thomas-théorique. C'est spécifiquement la mise en place de cette « quadrature » et les conséquences philosophiques de celle-ci qui doivent maintenant nous occuper.

D'abord, voici comment Villey présente un Aristote-praticien, :

> Il fut l'homme de la dialectique, la pratiquant dans toutes ses œuvres, et même dans sa métaphysique, ainsi que l'a mis en lumière M. Aubenque, mais aussi bien dans l'Éthique ou la Politique ; ces divers ouvrages sont remplis d'interrogations, de discussions, de réfutations, réussissant à rassembler dans un seul esprit le dialogue de multiples interlocuteurs[13].

La clé ici, disons-le d'emblée, est l'image des textes d'Aristote comme ayant réussi à rassembler dans un seul esprit le sens de la dialectique. Puisque nous n'avons jamais été là et que nous n'avons jamais pu écouter les dialogues entre Aristote et ses élèves/disciples, ce que nous possédons n'est, en conséquence, que de textes philosophiques. En fait, le sens du mot « dialectique » change entièrement, car au lieu d'un échange pratique de paroles entre des hommes et des femmes en chair et en os – et qui nous est véritablement inconnu à cause de la distance historique –, Villey récupère la notion de « dialectique » comme n'étant qu'un « esprit » des textes. Il peut ainsi récupérer, par ce biais, le sens de la dialectique comme étant toujours dépendant de la notion de « vérité ». Les deux notions fusionnent alors pour être projtées en avant comme une exigence téléologique concernant, supposément, le « droit ».

Aristote-théoricien sert ensuite à expliquer les raisons de cette tournure car, comme nous l'affirme Villey, Aristote :

> […] fut aussi théoricien de la dialectique. En des textes assez dispersés, il décrit ses principaux traits. Il nous apprend, entre autres choses, que

13. Michel Villey, *Sur la dialectique comme art du dialogue*, dans les Archives de philosophie du droit, 1976, p. 216. Villey se réfère ici à Pierre Aubenque, *Le problème de l'être chez Aristote : essai sur la problématique aristotélicienne*, Paris, Presses universitaires de France, 1re édition 1943, 2e édition 1962, [4e édition 2002] ; cf. également *idem*, *La prudence chez Aristote*, Paris, Presses universitaires de France, 1963.

> cette dialectique constituait, comme la rhétorique, une méthode universelle ; ou pour le moins utilisable quand nous étudions les choses véritables et concrètes, avec ce qu'elles comportent de muable, de contingent (aussi trouve-t-elle à s'appliquer dans la sphère de droit). Qu'elle a pour base et pour point de départ, non pas – comme la science – des axiomes ou des définitions certaines, mais des opinions vraisemblables, multiples et contradictoires, que son rôle est de confronter. Car l'homme est animal racial ; il « est avec » d'autres ; il ne peut connaître à lui seul. Partant d'opinions incertaines, la dialectique ne peut atteindre (ce qui sans doute convient mieux à notre humaine condition) qu'à une connaissance incertaine ; elle part du probable (les opinions), et ses conclusions, comportant une part d'arbitraire, demeurent dans la sphère du probable. À moins qu'elle ne soit pratiquée pour le plaisir ou l'exercice, elle sert d'instrument de recherche ; jeu loyal dont il faut exclure les sophistes et les querelleurs, et réserver à une élite d'hommes choisis pour l'amour de la vérité. Aristote ne cesse d'opposer la dialectique à l'éristique, à la sophistique, et même à la pure rhétorique[14].

Retenons que la dialectique est décrite ici comme étant un « instrument » « réservé à une élite » d'hommes (et nous supposons que Villey inclut également les femmes !) choisis pour leur amour de la vérité. Comme nous l'avons vu pour la « pratique », la question théorique de la vérité ne peut donc être que « dialectique », c'est-à-dire un objet de recherche dans les mains des hommes et des femmes de « qualité », de même que l'outil d'une quête téléologique prenant la forme d'un « dialogue » théorique quant au sens objectif de cette même vérité. Il en résulte donc que la notion de dialectique sera toujours orpheline si aucun rapport fondationaliste n'est mobilisé comme appui, ce à quoi sert précisément la notion de « vérité ».

Le problème devient alors de savoir comment choisir une telle élite ? Suffit-il, comme c'est le cas en France et dans d'autre pays encore, de faire abstraction de la réalité sociale, politique et économique, pour ne tabler que sur le principe, hélas si abstrait, de mérite ? Nous savons bien que, souvent, l'élection d'une telle élite n'est qu'une autoproduction stratifiée où l'on retrouve les fils et les filles comme héritiers légitimes de leur « caste ». Autrement dit, le privilège d'une caste d'hommes et de femmes, goûtant à la gloire de la promotion

14. Michel Villey, *Sur la dialectique comme art du dialogue*, *op. cit.*, p. 216.

sociale grâce aux universités ou aux « grandes écoles », ou encore par auto-élection, ou acclamation, grâce à la puissance du « nom » ou de l'argent. Si Villey ne se préoccupe guère de telles questions, c'est parce qu'il suppose, qu'à la limite, l'élite en question se désigne elle-même, ou se découvre dialectiquement, par le fait qu'elle doit prendre adéquatement en charge l'esprit « dialectique » des textes. Mais de prétendre que l'élite choisit les « textes » (d'Aristote et de saint Thomas), de la même façon que les « textes » (*idem*) éliraient l'élite, n'est pas une position de philosophie du droit.

La symétrie Aristote-praticien et Aristote-théoricien devient par la suite, chez Villey, le modèle pour comprendre saint Thomas d'Aquin. Orientons-nous donc vers l'équation entre saint Thomas-praticien et saint Thomas-théoricien concernant, toujours, la notion de dialectique.

Pour le premier, Villey l'explique ainsi : « Pour qui a fréquenté quelque peu le texte de la Somme [théologique de saint Thomas], il ne fait pas le moindre doute qu'elle soit dialectique »[15].

Mais attention ! Le livre magnifique qu'est la *Somme théologique* n'est pas ici uniquement la confirmation scripturaire d'un « esprit » dialectique exceptionnel, comme Villey l'affirme concernant Aristote car, croyons-le sur parole, il s'agit bien plus ici de « l'esprit », c'est-à-dire de l'esprit dialectique, que d'une incarnation, d'un accomplissement, d'une perfection. Autrement dit, là où Aristote représente l'esprit, saint Thomas et la *Somme théologique* représentent la dialectique faite chair, en quelque sorte, à un niveau transcendant. Une des conséquences de cette confirmation, qui se constate dans toute l'œuvre de Villey, est qu'il existe toujours une supériorité dialectique attribuée à saint Thomas sur Aristote, d'où l'importance primordiale toujours attribuée à *Ie IIae qu. 57* de la *Somme théologique* concernant la « justice » et comme aboutissement, à un niveau plus élevé, de ce qu'énonce pour sa part Aristote dans l'Éthique à Nicomaque.

Le saut vers saint Thomas-théoricien peut en conséquence se faire en évoquant que la *Somme théologique* n'est pas un texte mort mais plutôt le prototype d'une dialectique « vivante » :

> L'œuvre de Saint-Thomas répercute ces travaux scolaires. Les quastio nes disputatae ou quadlivetae pourraient n'être dans certains cas que le compte rendu, le canevas de discussions qui auraient eu lieu, effective-

15. Michel Villey, *Sur la dialectique comme art du dialogue*, *op. cit.*, p. 218.

> ment, entre étudiants à son école. Dans la Somme théologique, Saint-Thomas concentre en soi-même toute la discussion, tenant à lui tous les rôles, la réinventant, l'ordonnant, comme Aristote dans ses Éthiques, sa Politique, sa Métaphysique. Nous n'en avons pas moins affaire à des controverses dialectiques.[16]

Or, le problème est, bien sûr, de savoir si le mot « dialectique » peut encore avoir un sens ici car si Villey a raison, à savoir que saint Thomas « tient tous les rôles » et qu'il agit également à sa guise en réinventant, en ordonnant, etc., ne s'agit-il pas plutôt d'un « monologue » ? Même si nous supposons qu'il existait effectivement un dialogue avant l'écriture du livre, un tel dialogue peut-il être sauvegardé, plongé ad infinitum entre deux couvertures, après qu'il soit écrit dans le livre ? Comment est-ce possible ? En fait, c'est possible uniquement parce que Villey, comme nous l'avons constaté auparavant, valorise la notion de « dialectique » comme étant également dépendante d'un amour de la vérité. Sur le plan de l'amour de la « vérité », saint Thomas peut effectivement, pour Villey, tenir tous les rôles et, en même temps, être un grand « dialecticien », dans la mesure où même la Somme théologique nous fait entrer dans la « vérité », fût-elle philosophique ou métaphysique (pour rien dire de la théologie).

Le bémol, cependant, c'est que le mot « dialectique », tout comme l'amour de la vérité, peut éventuellement se trouver au sein de plusieurs œuvres philosophiques. D'où le questionnement de savoir si une telle caractérisation ne peut pas être appropriée pour d'autres textes philosophiques et théologiques du Haut Moyen-âge, de même que pour la Modernité ou encore la Contemporanéité. Mais comment, dans ce cas, décider si la prémisse pour découvrir un tel texte est « dialectique », comment savoir si le critère de son existence est également « dialectique » ? L'amour pour la vérité concerne-t-il vraiment le texte ou bien l'intention de son auteur ? Est-il possible d'avoir accès à l'intention d'un auteur au-delà du texte ? Si nous étions forcés de répondre par la négative, ne pourrions-nous pas également dire que l'anthropomorphisme n'a guère de qualité « dialectique » ?

Soulignons, maintenant, que le caractère (supposé) dialectique de la *Somme théologique* devient, chez Villey, l'autorité textuelle (philosophique et juridique). La notion de « dialectique » ne sert ici que pour

16. Michel Villey, *Sur la dialectique comme art du dialogue*, *op. cit.*, p. 218-219.

récupérer la *Somme théologique* de saint Thomas comme texte « fondationnel », également en ce qui concerne le droit. Or, si une telle attribution de l'autorité dialectique à saint Thomas (et à la *Somme théologique*) peut à première vue réjouir les thomistes, la thèse d'un saint Thomas-dialecticien n'a pourtant rien de réconfortant pour l'orthodoxie thomiste. En fait, dans la mesure où Villey ajoute une mouture existentialiste pour s'approcher de saint Thomas, c'est effectivement le sens même de l'œuvre qui change[17]. Il y a une sacrée différence entre être « docteur » de l'église ou être « dialecticien » existentialiste pour l'étude du droit. C'est pourquoi la thèse villeyenne d'un saint Thomas dialecticien et existentialiste n'a guère réjoui les thomistes orthodoxes[18].

Synthétisons, en somme, l'incursion de Villey dans la philosophie d'Aristote et de Saint-Thomas en précisant les thèses qui se dégagent :

1. la notion de dialectique se rapporte d'abord à un esprit du texte ;
2. le choix des textes « dialectiques » doit (selon Villey) toujours privilégier Aristote et saint Thomas ;
3. c'est, en principe, une « élite » qui doit les interpréter « dialectiquement ».

Or, en regardant de plus près ces thèses, un doute commence déjà à nous submerger. Tout cela peut-il être autre chose que « fondationaliste » à l'égard de l'entreprise juridique ? Ne s'agit-il pas de la mise sur pied d'un « code » pour le droit, où la notion de dialectique est supposée jouer le rôle de méthode pour le décoder ? Mais si cela est vrai, le droit peut-il être autre chose qu'une entreprise de l'hétéronomie entre les mains d'une élite toujours confortablement supposée être composée de « dialecticiens » ? Et l'absence de l'autonomie, du sujet de

17. Sur la question de l'existentialisme chez Michel Villey, voir Bjarne Melkevik, « Villey et la philosophie du droit : en lisant *Les Carnets* », *op. cit.*

18. Voir J.P. Schouppe, *Le réalisme juridique*, Bruxelles, Story-Scientia, 1987, p. 135 s. Une distanciation pareille quant à ce « trop philosophique », mais sur le versant plutôt « social », se trouve également chez Félicien Rousseau, *C'est la misère qui juge le monde*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2001. Voir le compte-rendu du livre de F. Rousseau par François Vallançon dans les *Archives de philosophie du droit*, t. 46, 2002, p. 529-531 : « Comme son titre ne l'indique pas, voici un solide ouvrage de philosophie du droit (...)La première partie s'intitule « Le droit naturel classique » et présente la doctrine de saint Thomas d'Aquin » (p. 529).

droit, etc., que nous avons tant de fois observée, est-elle véritablement si innocente que ça ? Ne brûlons toutefois pas les étapes !

III. LE DROIT NATUREL DIALECTIQUE DE VILLEY

Quand Villey effectue sa synthèse de l'interprétation de l'étymologie et de son support philosophique, il ne peut pas le faire sur la question de droit proprement dite ; il doit plutôt procéder par le biais d'une théorie du droit naturel structurée et comprise comme fondée sur la « dialectique ». En conséquence, il faut maintenant préciser l'idée même de ce droit naturel « dialectique » (et existentiel) pour ensuite analyser ses contours. Nous le ferons, primo, en examinant la dialectique comme cadre de découverte et secondo, la dialectique comme démarche pour découvrir, simultanément, le droit et le juste.

En ce qui concerne d'abord la dialectique comme cadre de découverte, indiquons que Villey utilise le mot de « dialectique » pour caractériser l'ordre dans lequel nous pouvons découvrir le droit. En d'autres termes la dialectique, comme méthode, comme démarche intellectuelle et logique, se rapporte à un ordre dialectique supposé existant dans le monde. Donc le problème est de savoir comment s'approcher de cette dialectique, telle qu'elle est supposée être là comme à découvrir objectivement.

Suivant Villey, les « romains pratiquent une espèce si l'on veut de « droit naturel », au sens grec, pas à la mode du rationalisme moderne. On ne saurait s'entendre, concilier les opinions discordantes des deux adversaires, que sur des bases objectives, revenues à l'honneur aujourd'hui sous le nom de « nature des choses »[19].

Soulignons subséquemment que les « bases objectives » en question sont appelées, par Villey, « nature des choses ». La question de droit doit donc se rapporter à « un ordre du monde ». En ce sens, il est tout à fait correct de dire que le droit naturel de Michel Villey est « objectiviste ». Mais il ne s'agit guère d'un « ordre du monde » figé ou encore à rétablir, identique à ce qu'il était auparavant[20]. Ce serait se mépren-

19. M. Villey, *De la dialectique comme art de dialogue et sur ses relations au droit*, *op. cit.*, p. 270.

20. Rappelons que la reproduction à l'identique ne se fait que par une « copie ». Or, une « copie » est toujours entièrement fausse, car même si l'original existe (ce qui peut être le cas dans le monde des arts) il y a toujours une distance non franchissable qui les sépare par le fait que l'artiste ne peut jamais faire deux originaux. L'artiste ne peut faire

dre fondamentalement sur l'intention de Villey, car l'ordre d'hier ne sera jamais l'ordre de demain, mais plutôt modifié par le rythme même des changements dans la société. En conséquence, l'ordre de droit (ou du « social ») ne doit pas être compris dans un sens quelconque comme « figé », mais soumis à une recherche « dialectique » qui doit découvrir, dans le respect de « l'ordre », une solution supposément « juste » et « harmonieuse ». Il s'ensuit précisément que la question de droit est, pour Villey, un élément de la dialectique de ce monde « objectif ». Autrement dit, c'est la dialectique qui fait découvrir, en pratique, le droit comme dialectiquement là. D'où d'ailleurs l'estime de Villey pour la common law qu'il critique et oppose à l'aveuglement de la tradition française de « science » juridique, toujours fondée sur la production doctrinale des universitaires.

Or, quand il s'agit de caractériser plus spécifiquement le sens de cette nature des choses, Villey le fait en incorporant bien l'ontologie des anciens. En effet, il mobilise ses supports philosophiques (Aristote et saint Thomas) pour soutenir que l'ordre du monde n'est pas conventionnel (artificiel) mais bien naturel. Ainsi, il affirme : « Quand les classiques useront du terme de « nature des choses », nous devons entendre le mot « choses » dans son sens le plus étendu ; c'est de l'observation des groupes tels qu'ils existent dans la nature qu'un Aristote entend faire une source de droit(..) »[21].

Autrement dit, il s'agit de l'observation d'un ordre naturel ou « objectif », créé spontanément par tous. En conséquence, observer le droit signifie, littéralement parlant, être capable d'accrocher, figurativement, la solution trouvée comme « droit » sur cet ordre naturel, ou encore à l'intérieur de l'ordre « spontané ». On a donc l'impression que Villey aurait eu davantage d'audience s'il avait adopté un langage

---

que des « originaux » ; l'un après l'autre. Car il doit accepter qu'un « orignal » trahisse, par le fait même de la création, l'autre « original » représentant également un original sur ses propres prémisses. D'où le fait de la création artistique comme l'acception de tout « original ». Mais comme nous ne disposons pas de l'artiste « originel » dans le domaine juridique, toute copie sera de l'ordre de l'aveuglement ou simplement de bêtise. D'où également, la nécessité et le risque (suivant le raisonnement de Villey) de toujours faire de nouveaux originaux comme si tout juriste était un « artiste » à ses propres risques et périls.

21. M. Villey, *La nature des choses dans l'histoire de la philosophie du droit*, dans Travaux du colloque de philosophie du droit comparé (Toulouse, 16-21 septembre 1964), *Droit et nature des choses*, Paris, Dalloz, coll. Extrait des Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse, 1965, p. 82.

décliné sur la « spontanéité », comme chez August von Hayek, ou s'il s'était s'exprimé avec des mots comme « ordre spontané » ou encore « droit spontané »[22].

Voyons à présent le rôle de la dialectique comme démarche pour découvrir le « droit ». Il convient de souligner que le droit en question reste toujours à fabriquer dans cette « observation » et simultanément, que cette « fabrication » nécessite un art (de droit) qui est en soi toujours supposé « dialectique ». Nous comprenons bien que l'utilisation du mot « découverte », quoique tout à fait compréhensible à l'intérieur de sa philosophie, est loin d'être ici vraiment heureuse puisque, comme le signale Villey, ladite « découverte » est en fait l'élaboration même du droit par le juge[23]. Deux aspects peuvent ici être signalés concernant ce côté-ci de la dialectique : d'abord, la dialectique dans la pratique judiciaire, ou mieux la pratique judiciaire comme modèle de l'élaboration du droit et ensuite, la dialectique et la recherche de la solution (c'est-à-dire le droit) juste.

Tout d'abord, en ce qui concerne le modèle pratique en vue d'élaborer le droit, Villey nous fournit cette image saisissante :

> (...) dans la dialectique, prise globalement, dont la démarche est ascendante (...) la démarche est ascendante ; à partir d'opinion multiples, et toutes partielles, insuffisantes, elle nous apporte une vision plus totale de ce que sont les choses, sans expliquer le pourquoi les choses. Elle montre, mais ne démontre rien. Et tant de facteurs d'incertitude (le choix des opinions discutées, l'appréciation qualitative de la valeur des autorités) sont entrés dans sa procédure, qu'il n'en sort rien de nécessaire rien de définitif. Elle n'est pas science, mais « zététique », recherche, « approche de la vérité (...)[24].

La dialectique se résume ici comme mettant en œuvre la recherche pratique du droit. L'utilisation, par Villey, du mot « zététique » est ainsi très révélatrice puisque ce terme grec signifie effectivement étude, recherche ou enquête. Dans une « enquête » il s'agit de soulever toutes les pierres, regarder dans les recoins de la vie sociale et psychologique

22. Voir Bjarne Melkevik, *L'épistémologie hayékienne et la question de droit : analyse et critique*, dans, *idem*, *Réflexions sur la philosophie du droit*, Paris, L'Harmattan et Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2000, p. 133-151.
23. Voir S. Bauzon, *Le métier du juriste. Du droit politique selon Michel Villey*, *op. cit.,* p. 184-187 et N. Campagna, *Michel Villey : le droit ou les droits*, *op. cit.*
24. M. Villey, De la dialectique comme art de dialogue et sur ses relations au droit, *op. cit.,* p. 269. Cf. M. Villey, *La philosophie du droit*, *op. cit.,* p. 208-211.

– Villey répète souvent qu'il faut d'abord connaître « l'homme » – écouter toutes les parties, évaluer tous les arguments et ainsi de suite. Même le meilleur policier ne peut pas faire une enquête tout seul, mais doit souvent se référer à son équipe et aux ressources mises à sa disposition. Dans le monde juridique, il faut des juristes défendant leurs clients et un juge qui tranche la question de droit. Bref, l'étude, la recherche, l'enquête, ne peuvent pas relever d'une personne unique, aussi brillante soit-elle, mais doivent se concrétiser comme une œuvre commune pouvant assurer le plus adéquatement une prise en compte la plus large, diverse et « pluraliste » possible. C'est cette œuvre commune qui doit, en fin de compte, assurer que la « vérité » s'approche, sans véritable certitude, du droit[25]. D'où l'importance, aux yeux de Villey, d'assurer la diversité des points de vue et l'égal respect pour ces derniers.

Or, si nous soupçonnons fortement qu'un positiviste ne sera guère en désaccord avec ces affirmations, un gouffre s'ouvre immédiatement quand Villey introduit le deuxième volet concernant la décision judiciaire : la dialectique doit servir à assurer que la décision est « juste » ou simplement, que la décision peut s'insérer dans une définition acceptable de la « justice ». Précisons donc d'emblée que notre article ne nous permet pas d'analyser dans toutes ces nuances de la conception de justice, largement tirées d'Aristote et de saint Thomas, que Villey fait sienne. Nous insisterons seulement sur le fait que la dialectique se concrétise, suivant Villey, dans la quête d'un droit qui doit se finaliser à la lumière de la justice.

25. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, traduction de J. Tricot, Paris, Vrin, 2e édition, 1967, p. 36-38 : « Les choses belles et les choses justes qui sont l'objet de la Politique, donnent lieu à de telles divergences et à de telles incertitudes qu'on a pu croire qu'elles existaient seulement par convention et non par nature. Une pareille incertitude se présente aussi dans le cas des biens de la vie, en raison des dommages qui en découlent souvent : on a vu, en effet, des gens périr par leur richesse, et d'autres périr par leur courage. On doit donc se contenter, en traitant de pareils sujets et partant de pareils principes, de montrer la vérité d'une façon grossière et approchée ; et quand on parle de choses simplement constantes et qu'on part de principes également constants, on ne peut aboutir qu'à des conclusions de même caractère. C'est dans le même esprit, dès lors, que devront être accueillies les diverses vues que nous émettons : car il est d'un homme cultivé de ne chercher la rigueur pour chaque genre de choses que dans la mesure où la nature du sujet l'admet : il est évidemment à peu près aussi déraisonnable d'accepter d'un mathématicien des raisonnements probables que d'exiger d'un rhéteur des démonstrations proprement dites ».

> La conquête d'une solution juste est dialectique, elle s'opère par un saut dans le temps, dans le progrès, pour quelques parcelles de jeu arraché au ciel, par l'irruption inopiné de quelque Livre de l'absolu.[26]

Ou encore :

> Cependant le juste se situe précisément au cœur de l'être, où il est voie d'accès vers lui. Et il n'est pas vrai que nous n'en ayons aucun moyen de connaissance. Il nous reste la voie méprisée de la dialectique controversiale [sic]. Le crime c'est d'avoir laissé envahir ce domaine-là par l'utile, qui n'est pas du domaine de l'être, mais des concepts et du raisonnement rigoureux.[27]

Insistons, de façon un peu moins poétique, sur le fait que la recherche en faveur du « droit », ou encore de la « justice », se fait, en pratique, comme une interrogation sur « l'être ». Pourtant, dans la mesure où l'être n'a rien à faire avec la réalité, surtout pas avec la réalité des hommes et des femmes concrets, cet « être », en tant qu'invitation à la métaphysique, fait un pas vers la dialectique dans les sens que nous avons explorés auparavant : il retrouve la « dialectique » en vue d'une solution juste et harmonieuse pouvant rejoindre la conception « objectiviste » du droit et de la société que Villey fait sienne.

En résumant maintenant cette conception de la « dialectique » au service d'un droit naturel, force est de dire que la question de droit sera toujours « mineure ». En fait, le droit sera « mineur » dans le sens précis où la conception villeyenne du droit naturel englobe, aussi bien sur le plan des justifications que de la légalité supposée, cette question de droit comme n'ayant de sens que dans cet encadrement. Autrement dit, « l'encodement » du droit au niveau d'un droit naturel rejoint toujours la dialectique comme « décodage » d'un droit supposé particulier.

IV. UN PLAIDOYER POUR UNE DIALECTIQUE MODERNISTE

Examinons, maintenant, une autre façon de considérer la question de la « dialectique » dans le domaine du droit. Coupant dans le vif de la conception villeyenne, il s'agit de délester celle-ci de son « roque philosophique », de son « encodage » et de son « encadrement », pour

26. M. Villey, *Les Carnets*, *op. cit.,* p. 52.
27. M. Villey, *Les Carnets*, *op. cit.,* p. 193.

ne valoriser que le « commerce mutuel » langagier en tant que tel.[28] Dans cet objectif, nous retournons vers la première définition étymologique que Villey nous avait livrée auparavant de la notion de « dialectique » et, à partir de cette caractérisation qui nous convient parfaitement, nous réfléchissons sur quelques éléments-clés : d'abord, sur la question du « commerce mutuel » langagier en général, ensuite sur l'importance de l'espace public et enfin, sur le caractère spécifique de la procédure judiciaire comme rattachée à l'espace public. Bref, il s'agit d'intégrer le concept de « dialectique » dans une conception moderniste du droit[29].

Penchons-nous tout d'abord sur le sens du langage ordinaire comme, précisément, « un commerce mutuel ». Rappelons que notre analyse de Villey avait suggéré qu'une telle affirmation implique une reconnaissance de l'usage publique du langage et une intersubjectivité langagière publique. Or, si la « dialectique » relève effectivement d'un commerce mutuel mobilisé par les seules forces du langage, ne serait-il pas normal de chercher d'abord la compétence langagière permettant de s'y engager ? N'est-ce pas cette compétence langagière qui nous permet d'affirmer qu'il s'agit véritablement d'un échange intersubjectif ? En fait, la compétence langagière n'est-elle pas la mesure même du dialogue langagier s'exprimant comme étant précisément un commerce mutuel ? En répondant incontestablement par l'affirmative à ces questions, il nous semble que deux thèses peuvent immédiatement être formulées :

---

28. Retenons pourtant que loin de nous tout procès stérile contre le droit naturel. Nous avons développé ailleurs la thèse qu'il faut plutôt envisager les théories de droit naturel (valable également pour les théories positivistes du droit) comme des « réservoirs » appréciables dans la lumière d'une conception moderniste du droit. Cf. Bjarne Melkevik, « Un regard moderniste sur le "droit naturel" ou comment rejoindre la modernité juridique », dans Bjarne Melkevik, *Considérations juridico-philosophiques*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2005, p. 63-82. Voir également, Bjarne Melkevik, *« Je suis le droit naturel » :* critique d'un guet-apens intellectuel, dans Paulo Ferreira da Cunha (dir.), *Direito naturel, justiça e política. II Colóquio Internacional do Instituto Juridico Interdisciplinar*, Facultdade de Diretio da Universidade do Porto, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 365-380.

29. Concernant la modernité juridique, voir Bjarne Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit*, Paris, L'Harmattan et Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1998 (reprit, 2004, dans la collection Diké) ; *idem*, *Réflexions sur la philosophie du droit*, *op. cit.*, ; *idem*, *Rawls ou Habermas. Une question de philosophie du droit*, Paris, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké ; *idem*, *Considérations juridico-philosophiques*, *op. cit.*

- Premièrement, nous affirmons que la compétence langagière est possédée par tous ! Nous avons tous, en principe, cette compétence nous permettant de communiquer par le biais d'un langage. En fait, cette compétence n'est ni « égale » ni « élitiste », mais issue de notre personnification et notre socialisation comme homme ou comme femme enraciné(e) dans une société où existe la possibilité de langue (et donc aussi de traduction). Comme tels, nous sommes tous compétents pour participer activement au « commerce mutuel » qui se constitue par et dans le langage.
- Deuxièmement, la compétence langagière s'accomplit finalement par l'autonomie de l'individu. Notons, primo, qu'il n'y a ici aucune logique de « cause à l'effet », car tout individu peut toujours (avec langage ou sans langage) sombrer dans l'hétéronomie. Remarquons, secundo, qu'autonomie rime avec compétence langagière, dans le sens où la compétence s'ouvre graduellement vers plus d'autonomie dans le degré de l'apprentissage des rôles (et des actions) disponibles (et possibles) dans un « commerce mutuel » langagier. Ce qui fait que, précisons-le, la compétence langagière sert comme un ressort dans le processus d'acquisition de l'autonomie et confirme cette compétence, dans la mesure même de la liberté politiquement et culturellement acquise.

Si nous avons raison, ne serait-ce que partiellement, il en découle que c'est le rôle indépassable de l'individu (le sujet de droit)[30], de même que l'autonomie de l'individu, qui se confirment dans tout « commerce mutuel » langagier. Ceci nous amène également à affirmer, concernant la notion de « dialectique », que nous devons toujours penser le droit à l'égard d'une possibilité d'autonomie qui peut, éventuellement, se réaliser socialement, politiquement ou juridiquement, même avec toujours l'éventualité de l'échec de cette autonomie, tel que cet échec pourra se confirmer dans une multitude d'hétérogénéités l'étouffant au profit de servitudes de tout acabit.

Par ailleurs, il nous semble que le concept (et la réalité) qui répond le plus adéquatement possible à l'exigence d'un « commerce mutuel »

30. Nous ne distinguons pas entre l'individu et le sujet de droit. Nous refusons fermement toute tentative d'hypostasier le « sujet de droit » comme notion métaphysique, transcendantale, etc. Nous nous expliquons dans Bjarne Melkevik, *Considérations juridico-philosophiques*, *op. cit.,* p. 7-8.

langagier, est l'espace public. Nous affirmons que l'espace public n'est rien d'autre que la somme d'un commerce mutuel langagier, factuellement et potentiellement existant. Ceci est d'autant plus facile qu'en définissant l'espace public comme le lieu où se déroulent les dialogues langagiers, nous retrouvons toujours les individus qui, en mobilisant leur autonomie, échangent leur vision de la société et les choix à faire. En d'autres mots, l'espace public se caractérise comme l'utilisation publique du langage ou encore de la « raison ».

Vue de cette façon, la dialectique se caractérise par le flux d'interprétations, de narrations et d'arguments qui fusent de tout bord et se concrétisent dans le paradigme d'une « intersubjectivité » langagière qui ne revendique aucun autre statut que la continuité de ce flux. Soulignons que la dialectique, définie par le commerce mutuel langagier, ne peut privilégier subitement l'un ou l'autre philosophe (ou philosophie) par un quelconque « roque » philosophique. En fait, toutes les philosophies et tous les philosophes ne peuvent avoir d'existence (et de pertinence) que dans la reprise de celles-ci dans les dites interprétations, narrations et argumentations, lancées indifféremment par les individus dans l'espace public.

Il s'en suit qu'Aristote comme saint Thomas (ainsi que leurs partisans) auront certes leur place[31], mais que toute idée d'une position philosophique prétorienne (ou pérenne) tombe irrémédiablement à plat. Pourquoi ? Parce que le simple commerce mutuel langagier ne nous permet pas de faire un quelconque « roque » philosophique, mais exige plutôt de nous que l'on se mette d'accord, dans le cadre de la procédure et de ses issues, sur les choix à faire. C'est ainsi la force des arguments qui doit prévaloir. Comme chacun le sait, la formulation d'un argument peut se faire en puisant dans une pluralité de sources. Dans le degré que la formulation des arguments remplace tout privilège philosophique, il se révèle spécifiquement que seules les procédu-

31. Ici, nous sommes du même avis que Jürgen Habermas quand il fait l'éloge de saint Thomas dans ces termes : « Lorsque je me plonge dans la *Somme contre les gentils* de Thomas d'Aquin, je suis époustouflé par la complexité, par le degré de différenciation, le sérieux et la rigueur de son argumentation, construite de part en part de manière dialogique. Je suis un admirateur de Thomas. Il témoigne d'une forme d'esprit qui garantissait son authenticité par ses seules ressources. Dans le flot de religiosité auquel nous assistons aujourd'hui, on ne trouve plus de rochers de ce calibre, et cela, précisément, est aussi un fait. », Jürgen Habermas, *Une époque de transitions. Écrits politiques 1998-2003*, Paris, Fayard, 2005, p. 325-326.

res démocratiques, conjuguant les ressources des autonomies individuelles et l'autonomie publique[32], semblent aptes à assurer la question de droit dans les limites d'un non fondationalisme[33].

Enfin, en ce qui concerne la question de la dialectique à l'intérieur du domaine juridique, plus exactement quant au procès judiciaire (et où il est facile de nous dire en accord avec Villey sur le fait que celle-ci est la mère de tout droit), nous pouvons préciser le point suivant : si nous comprenons le procès judiciaire comme un commerce mutuel langagier, il en résulte qu'il n'y a pas de « centre » (autre que l'usage public du langage) et ni non plus de « privilège » (autre que ceux accordés par le « droit » procédural même). Cela signifie également que c'est exclusivement la procédure elle-même qui porte le poids du résultat pouvant être obtenu.

Or, si nous pouvons ponctuellement être tentés d'utiliser le mot de « justice », cela ne peut avoir de signification que dans le sens strict que nous révèle la common law, quant à la procédure étant (ou devant être) redevable à une « justice naturelle »[34]. Ce qui met en avant une exigence quant aux rôles des acteurs juridiques en vue d'une décision à prendre concernant le droit. Une telle insistance sur les « rôles » est entièrement compatible avec la dialectique (toujours comme commerce mutuel langagier), tel que ce qui est ainsi mobilisé appartient aux narrations, aux interprétations et surtout aux arguments concernant la question de droit.

Une telle conception de la « dialectique » nous informe que si la notion de « justice » quitte le lit procédural, c'est immanquablement un agenda caché qui se met en œuvre, parce que si la question de droit appartient aux sujets de droit, tout ce qui dépasse le stade de l'argument ne fait que porter violence à leurs statuts et à leurs rôles dans le procès. Il s'ensuit précisément que d'investir la notion de « justice » (ou encore d'utilité, d'équité, de « bien », d'ordre social, et ainsi de suite) sur le plan de quelque chose qui est supposé être, ou qui devrait être, obtenu par le « droit » ne signifie en fin de compte qu'équiper illégitimement

32. Voir Bjarne Melkevik, *Considérations juridico-philosophiques*, *op. cit.,* p. 64-69.
33. Par le mot « fondationalisme », nous nous référons à un discours de fondation supposé construit à partir de normes, « droit » et institutions. Une position « non fondationaliste » refuse tout discours de fondation comme n'étant que de l'aveuglement intellectuel.
34. Cf. W. Wesley Pue, *Natural justice in Canada*, Vancouver, Butterworth, 1981.

le juge d'une compétence extrajudiciaire aux dépens des sujets de droit. Rappelons la simple vérité que tout avocat reconnaît parfaitement qu'aucune personne saine d'esprit ne se présente devant un juge pour obtenir « justice », mais bien pour gagner ! La fille violée qui observe avec horreur son agresseur quitter triomphalement l'audience en l'homme libre, faute de preuve, n'a pas besoin qu'on la dénigre davantage en prétendant que « justice est rendue », là où les faits nous montrent que le droit n'a rien pu faire pour elle !

Quelle conclusion tirer de tout cela ? Retenons, en somme, que si nous refusons de suivre Villey dans son « roque » philosophique, c'est inéluctablement une image du droit beaucoup plus « dialectique » que nous rencontrons. Ainsi, nous pouvons résumer, brièvement, en trois thèses que, par le paradigme de la « dialectique » :

- Nous reconnaissons que l'autonomie individuelle est indépassable pour le projet juridique moderne.
- Que les individus s'engagent mutuellement dans un processus de reconnaissance débouchant sur la possibilité de se confirmer mutuellement comme des auteurs et des « propriétaires » de la question de droit.
- Que les individus reconnaissent que l'espace public est aujourd'hui devenu le lieu même du droit.

La dialectique, comprise dans son sens premier comme étant un commerce mutuel langagier, nous met de la sorte sur la piste d'une conception du droit que nous jugeons beaucoup plus fertile pour la philosophie du droit. En fait, elle ouvre sur la compréhension d'une modernité juridique dans une mi-distance réflexive aussi bien à l'égard du droit naturel que du positivisme juridique, en insistant toujours sur le fait que les individus doivent pouvoir se réaliser mutuellement comme des auteurs et des destinataires de leurs « droits », de leurs « normes » ou encore de leurs « institutions » (surtout juridiques). Elle représente également l'affirmation, à la fois modeste et extrêmement ambitieuse, d'attribuer à la philosophie du droit le rôle d'accompagner cette compréhension et de l'assurer sur le plan d'une argumentation qui sera toujours « dialectique ».

V. LE MOT DE LA FIN

À la fin de ce parcours, quel jugement émettre ? Nous prendrons, de façon un peu inhabituelle, le risque d'en émettre, dialectiquement, trois différents.

Commençons d'abord par un jugement qui insiste sur l'utilisation de la notion de « dialectique » que fait Villey dans le but de secouer les juristes contemporains (surtout français) dans leurs sommeils dogmatiques. Villey a dû récolter maintes hostilités de la part des pontifes de la dogmatique du droit à la française, auxquels il a répondu en se moquant gentiment des gens qui prennent leur esprit et leurs écrits bornés pour des certitudes « scientifiques ». Soulignons donc que la notion de « dialectique » sert à Villey pour forcer des dogmaticiens à la française à s'intéresser au métier de juriste et à ce que font les juristes en pratique. C'est même un paradoxe que les dogmaticiens n'osent pas admettre, mais c'est implicitement dans la défense de la pratique du droit que se situe Villey. Ici notre jugement est plutôt en faveur de Villey, afin que la « réalité » leur tombe sur la tête. Cela les réveillera peut-être !

Poursuivons ensuite par un jugement qui relève le fait que la notion de « dialectique » se comprenne également, et aisément, par rapport à un combat que Villey a mené depuis des années : un combat contre vents et marées en faveur de la philosophie du droit comme lieu propre à la réflexion et comme indispensable à la formation intellectuelle d'un juriste de métier. En ce sens, la notion de « dialectique » sert effectivement, comme nous l'avons constaté auparavant, à conscientiser les juristes face aux défis complexes qu'ils rencontreront inéluctablement dans leur métier. En fait, il s'agit d'un argument en faveur d'une prise en compte rationnelle de l'expérience juridique et de l'importance pour la philosophie du droit d'assurer un lien réflexif entre théorie et pratique. Ici encore, notre jugement penche fortement en faveur de Villey.

Enfin, engageons-nous par un dernier jugement qui se distingue maintenant nettement de Villey. Si nous refusons, en effet de, nous engager dans un quelconque « roque » philosophique, il ne nous reste que le paradigme d'un commerce mutuel langagier quant au sens à établir en ce qui a trait à la question du droit. En prenant au sérieux ce paradigme, il nous semble que nous cheminons vers une conception du droit qui insiste sur le rôle indépassable des individus,

de même que sur leur autonomie et de leurs actions à l'égard et en faveur de toute question de droit. Autrement dit, il s'avère que le paradigme de la « dialectique » nous amène à reconsidérer aussi bien des pans de notre héritage du droit naturel que de notre héritage du positivisme juridique et surtout, à n'y voir que des matières brutes, comme l'humus où se trouvent les individus dans leurs enracinements culturels, de même que dans leur complète liberté démocratique. Il en résulte que la modernité juridique se réfère à la possibilité que possède un sujet de droit pour se faire reconnaître, en réciprocité avec d'autres sujets de droit, comme lieu d'explication et de réalisation du droit. En d'autres termes, les individus, en tant que sujets de droit, doivent réciproquement être capables, en toute autonomie, de se reconnaître mutuellement aussi bien comme les auteurs que comme les destinataires de leurs lois, de leurs normes et de leurs institutions politiques et juridiques. D'où la nécessité d'une philosophie du droit moderniste pour accompagner cette tâche énorme.

Quand nous regardons ces trois jugements en aval, c'est pour constater qu'ainsi se manifeste à la fois un intérêt, un dialogue et un respect pour l'œuvre de Michel Villey. Tout cela ne relève-t-il pas, finalement, de la « dialectique » ?

7

DISCOURS D'APPLICATION DES NORMES EN DROIT : MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE ET CONSIDÉRATIONS DE PHILOSOPHIE DU DROIT[1]

Soulignons d'emblée que ce qui distingue le discours d'application des normes est le fait qu'il sert à créer le droit, à assurer la production adéquate et appropriée du droit. Il n'y a pas d'application simple des normes légales en droit, mais plutôt un discours d'application qui sert à forger des normes juridiques adaptées à une situation concrète. L'application de « normes » en droit équivaut à la production pratique du droit.

Le but de notre article est d'examiner comment la question de l'application des normes se construit et comment cette construction discursive sert à introduire le droit dans l'irréductible sociabilité qui la caractérise. L'objectif poursuivi consiste à envisager le discours d'application des normes en droit comme prenant forme dans une bataille argumentative quant à l'élaboration de la norme à appliquer et sur le fond de ce que nous appellerons un « nous juridique ». L'élaboration de ces normes n'est pas « libre » pour autant, mais se fait selon un cadre, une logique particulière qui caractérise la culture juridique occidentale. C'est précisément dans la tension entre ces deux moments, entre l'argumentation et un ancrage (dans les sources formelles et informelles du droit et dans la procédure impartiale et juste),

1. Publié dans Lukas K. Sosoe (dir.), *La vie des normes et l'esprit des lois*, Paris et Montréal, L'Harmattan, 1997, p. 73-90.

que l'on peut identifier l'originalité d'un discours d'application en droit. Le fil conducteur de notre analyse du discours de l'application de normes nous sera fourni par la conception même de la modernité juridique telle que défendue par le modèle communicationnel du droit[2], à savoir que le droit doit être compris à la lumière des sujets de droit pouvant s'affirmer mutuellement comme auteurs et destinataires du droit.

Ces remarques introductives nous amènent au plan de notre article que nous avons construit sur deux versants. Dans le premier versant nous réfléchissons sur le discours d'application des normes tel que construit par la méthodologie juridique. Notre deuxième versant réfléchit sur l'énonciation de la norme comme phénomène judiciaire et comme phénomène caractérisant l'État de droit démocratique.

RÉFLEXION DE MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE SUR LE DISCOURS D'APPLICATION

La question de l'application des normes et la production du droit est extrêmement complexe. Par conséquence, nous nous concentrerons sur la charpente structurelle du discours d'application en nous appuyant sur la méthodologie juridique. Nous ne décrirons qu'un chemin (hodos) qui accompagne (méta) le discours (logos) pour parvenir au droit[3], là où en réalité, en pratique juridique, il existe une pluralité presque infinie de « chemins » pouvant être parcourus. Notre démarche nous amènera ainsi à laisser plusieurs aspects de ce discours en attente.

Nous verrons d'abord comment le discours de l'application des normes introduit la question du droit, premièrement, dans une logique de l'hétéronomie, deuxièmement, dans la construction d'un sens juridique, troisièmement, dans une réflexion sur le « raisonnable » et

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 ; *id.*, « Habermas et l'État de droit : Le modèle communicationnel du droit et la reconstruction réflexive de l'État de droit contemporain », dans Josiane Boulad-Ayoub, Bjarne Melkevik et Pierre Robert, *L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, Les Presses de l'Université Laval, Québec & L'Harmattan, Paris, 1995, p. 371-387.
3. Rappelons l'étymologie du mot méthodologie : « le discours qui va avec le chemin ». La méthodologie juridique est ainsi l'exposé à suivre pour parvenir au droit.

quatrièmement, dans une exigence quasi-transcendantale d'une procédure impartiale et juste. Cette analyse illustrera comment et selon quels paramètres se construit le discours d'application des normes en droit.

Irréductible hétéronomie : les sources du droit

Le point de départ de tout discours sur l'application des normes consiste à décider où trouver la normativité sur laquelle s'« appuyer ». Le processus de construction du droit repose, selon la méthodologie juridique, sur un faisceau de « sources » que la communauté juridique trouve déjà constitué « en dehors » dans la société. Cet « en dehors », cette extériorité, est communément appelé « sources du droit » et il correspond au fait que la demande, la revendication du droit, se fait en évoquant ces sources[4]. Le sens de la doctrine des « sources du droit » est de créer un ancrage de légalité pour le projet de construction juridique. Cet ancrage « légal » dans les sources du droit fait référence à des normes que la communauté politique a édictées quant au comportement que doivent respecter les divers éléments de la société, qu'il s'agisse des individus, des groupes, des entreprises ou de l'État lui-même. Ce que nous voulons voir c'est la logique de cet ancrage hétéronome du droit.

Il existe en effet une large unanimité dans la communauté juridique occidentale pour identifier les sources principales (ou formelles) pouvant servir à l'édification du droit[5] :

1. La législation
2. La jurisprudence
3. La doctrine
4. Les coutumes

Les juristes peuvent ajouter à ce tronc principal d'autres « sources » normatives susceptibles d'aider la communauté juridique dans ses

4. Voir numéro thématique : « Sources du droit » (1982) 27, *Archives de philosophie du droit* et les articles de Paul Amselek, « Brèves réflexions sur la notion de *sources du droit* » p. 251-258, Jean-Louis Vuilliermé, « Les anastomoses du droit : spéculation sur les sources du droit » p. 5-21, et Jean-Louis Sourioux, « Sources du droit en droit privé » p. 33-41.
5. Voir par exemple, Maurice Tancelin et Danielle Shelton, *Des Institutions. Branches et sources du droit*, Montréal, Adage, 1991, 2e édition, p. 91 s.

tâches. Il peut s'agir du droit international, des droits de l'homme, etc. Presque toute production normative formalisable peut, à la limite et à certaines conditions qui ne nous intéressent pas ici, devenir une source du « droit » dans un discours juridique.

Deux constatations peuvent être faites concernant la doctrine des sources du droit dans la culture juridique occidentale. Premièrement, l'énumération des sources principales du droit n'a pas véritablement changée depuis 2000 ans. En lisant les Institutiones de Gaius, le manuel de droit utilisé dans les écoles de droit dans la Rome antique, nous observons, en les transposant, les mêmes sources formelles du droit[6]. Si la façon de produire les sources du droit a profondément changé au cours de l'histoire du droit, il en est tout autrement pour leur énumération.

Deuxièmement, la formalité des sources principales du droit est largement non-problématique dans la culture juridique occidentale contemporaine. En dehors des assauts idéologiques comme celui, par exemple, du positivisme légicentriste ou du totalitarisme moderne, c'est la question de l'évaluation des sources qui préoccupe la communauté juridique. En fait, des controverses doctrinales et philosophiques se sont installées soit au niveau de l'évaluation, soit au niveau du contenu. C'est également par rapport à l'évaluation des sources du droit que nous pouvons identifier la doctrine des sources du droit dans un pays comme étant soit « libérale », soit « restreinte ». Constatons également que la loi est communément considérée comme étant « supérieure » et prééminente.

Cela ne veut pas dire que la pensée juridique ne se préoccupe ni de la question de la sélection des normes pouvant servir en droit, ni de l'autonomie des sujet du droit à l'égard de cette sélection. La réflexion méthodologique commence avec les sources du droit envisagées comme hétéronomes.

En établissant les « sources du droit » dans une logique de l'hétéronomie, en tant qu'arguments d'autorité, la méthodologie juridique établit une distance entre ces arguments et le projet juridique. La distance doit servir à affirmer le projet juridique sur le plan de l'autonomie des sujets du droit.

6. Gaius, *Institutes*, traduit par Julien Reinach, Paris, Les Belles Lettres, 1950.

Si notre modernité peut être caractérisée par le fait que les sujets du droit doivent pouvoir s'envisager eux-mêmes réciproquement à la fois comme auteurs et destinataires des droits[7], la logique de l'hétéronomie défend que le projet du droit doive impérativement être élaboré pratiquement au plan des sujets. L'acceptation des arguments d'autorité issus des sources du droit s'accompagne concrètement, par conséquent, d'une logique qui tente d'établir leur sens pratique sur ce plan. Ceci ne veut pas dire que le projet juridique s'oppose à la législation moderne et à l'autonomie politique qui s'exprime, et qui sont traitées dans une perspective d'hétéronomie, mais plutôt que le dit projet s'affirme pratiquement comme autonomie juridique. Ceci nous amène à voir l'autonomie juridique des sujets du droit comme conjuguée et parallèle à l'autonomie politique des citoyens, sans être réductible à celle-ci, comme le prétend un positivisme strict de l'imputation des normes[8].

La production du sens juridique : l'usage du texte

Pour le juriste moderne, les sources du droit se présentent sous le mode de signes sémantiques. Dans le droit moderne, il ne s'agit que de signes sémantiques conservés dans des livres, des journaux officiels, des banques de données électroniques, ou encore dans des dossiers présentés devant les tribunaux. Les signes sémantiques existent pour mettre en scène la production du sens juridique. Cette mise en scène consiste en une création d'un « surplus de sens », en la construction d'un sens juridique. Examinons comment cette production de sens ouvre le droit à l'argumentation.

La méthodologie juridique part de l'hypothèse selon laquelle les autorités connaissent la langue qu'elles utilisent, de même que le « cadre » juridique dans lequel les sources du droit s'insèrent, pour introduire une double logique. D'abord, au plan du langage où l'interprétation des mots de référence pour des constructions argumentatives. Des techniques courantes d'interprétation juridique comme l'interprétation « a pari », « a contrario », « a fortiori » et tant d'autres,

7. J. Habermas, *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge, Mass., The MIT Press, 1996 ; Habermas, Jürgen, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997.
8. Voir Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962.

se caractérisent en effet par cette logique. Il est impossible de procéder ici à un examen détaillé des procédés variés utilisés par la communauté juridique afin d'élaborer et de proposer des normes juridiques. Il est cependant évident que l'activité, dite interprétative, ne se limite pas uniquement aux différentes manières d'attribuer des significations aux textes. On fait semblant d'interpréter un texte pour subtilement argumenter quant au sens à donner à ce texte. Il ne s'agit pas d'une quelconque fusion ou confusion quant aux différences entre interprétation et argumentation, c'est la logique même du droit qui nécessite la transposition de l'interprétation vers l'argumentation. Seule cette transposition peut assurer la production du sens juridique.

La même logique de transposition s'observe, ensuite, quant au cadre juridique. En fait, par la présupposition d'une cohérence de sens, le « texte » subit également une transposition vers l'argumentation quant au sens à donner à cette exigence de cohérence. Cette « cohérence » n'est pas « donnée », mais se fait par la mobilisation d'arguments concernant la compréhension qu'une communauté juridique peut se faire de leur ordre juridique. Ce qui peut avoir l'apparence d'une cohérence prédéterminée n'est en fait qu'une référence de mobilisation argumentative pour situer argumentativement un « texte » dans le paysage juridique.

Pour illustrer ces transpositions à partir des sources du droit, nous utiliserons une question hautement éthique : le meurtre (homicide) ou l'assassinat.

Regardons de plus près l'article 222 (1) du Code criminel canadien qui édicte ce qui suit :

> « Commet un homicide quiconque, directement ou indirectement, par quelque moyen, cause la mort d'un être humain ».

Remarquons que cet article (et les articles qui l'accompagnent) ne prévoit pas que l'homicide puisse être interdit. Il n'existe pas une interdiction juridique à l'effet de « Tu ne tueras point » comme il en existe une dans le domaine moral (et religieux). En fait, cet article (et les équivalents que nous trouvons dans toutes les législations de type occidental) ne fait que donner, affirmer, l'attribution de la compétence linguistique à la communauté juridique quant au sens à construire. Il s'agit en fait de construire, en pratique, le sens juridique à donner aux termes « homicide » ou « meurtre ».

Cette attribution de compétence est nécessairement accompagnée de la charge de qualifier quelque chose – un événement, un fait ou un artefact social – par des catégories sémantiques propres au droit, tel que qualifier un événement d'homicide ou encore de vol, fraude, dol, etc. La compétence de la communauté juridique se concrétise comme le pouvoir de qualifier certains faits (actes) d'»homicide». Ce qui fait que quiconque cause la mort d'un être humain ne commet pas un homicide, mais que la communauté juridique a la compétence de qualifier tel acte comme «étant» un homicide. Les sources du droit, en particulier la législation moderne, servent comme point de départ du processus de qualification juridique des faits, des événements et des artefacts sociaux. Ce processus de qualification de la réalité fait partie intégrante de la production du sens juridique. Soulignons que le discours d'application des normes échoue souvent à ce stade.

La portée de ce que nous venons d'affirmer peut être précisée en soulignant qu'un des problèmes fondamentaux pour la communauté juridique est le fait qu'elle ne peut pas simplement appliquer des «mots», des «textes» ou ce que la plupart des gens croient être des «normes»[9]. Le droit présume, comme nous venons de le constater, la production d'un sens juridique pouvant prendre en charge tout projet d'application de ces «textes». Cette production du sens juridique présuppose une tournure argumentative, située dans et à l'égard des sources formelles du droit et ne peut se concrétiser que dans le projet d'élaboration de la norme à appliquer.

LE RAISONNABLE : L'AUTRE «SOURCE» DU DROIT

Le discours d'application des normes en droit formalise également le raisonnable comme source du droit, en le qualifiant de source non-formelle[10]. Le raisonnable, comme source non-formelle du droit, se réfère à une réflexion, à une interrogation réflexive à mi-chemin entre les sources du droit et la promesse supposée de justice. Le raisonnable concerne la situation, les conditions de traduisibilité des «sources du droit» à l'égard du discours d'application des normes

9. Voir Jerzy Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, Dordrecht, Kluwer, 1992.
10. C. Perelman, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1979 ; *id.*, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, Paris, LGDJ, 1984. Voir aussi Aulius Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable. La justification en droit*, Bruxelles et Paris, Story et LGDJ, 1992.

en droit. Nous pouvons distinguer deux dimensions d'une telle traduisibilité : l'une produisant des arguments pour assurer un ancrage « universel », l'autre produisant des arguments pour assurer une prise en compte de la réalité par le projet du droit. Ces « arguments du raisonnable » confirment l'indétermination du discours d'application des normes.

Examinons l'ancrage « universel » que nous pouvons aujourd'hui associer à la modernité juridique. Dans cette perspective, le raisonnable concerne l'affirmation d'un ordre juridique selon l'exigence de l'universalité pour un sujet du droit. Il s'agit d'affirmer, quelques fois en opposition mais le plus souvent en harmonie avec les sources formelles du droit, l'entreprise juridique moderne comme étant engagée dans un projet universaliste.

Nous pouvons voir le raisonnable comme introducteur de termes universels. Une telle introduction est entièrement culturelle, au sens large, puisqu'elle repose sur la capacité d'une société juridique à assumer un sens à ce projet. Elle présuppose l'existence d'un réservoir argumentatif associé au thème universaliste.

Un survol de la doctrine juridique contemporaine nous présente une panoplie de principes qui, aux yeux de leurs protagonistes, peuvent servir en vue de respecter une exigence d'universalité. Il en serait ainsi, par exemple, des principes supra-constitutionnels (liberté, égalité, dignité de la personne humaine, etc.), des principes de droits de l'homme (ou de la personne), des principes d'une société libre et démocratique, etc., de même que certaines convictions morales, éthiques ou religieuses (encore très présentes en common law). Ajoutons également la formule, autrefois en vogue, des « principes du droit communs à tous les peuples civilisés »[11].

Sans vouloir instaurer une liste exhaustive de principes ou de considérations universalistes, force est de constater qu'ils existent et que la communauté juridique peut les utiliser pour contrebalancer, évaluer, modifier et en somme construire le droit. La communauté juridique peut en effet utiliser une panoplie de thèmes universalistes afin d'assurer une prise en compte de l'exigence universaliste.

11. Voir C. Perelman, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, *op. cit.,* p. 19.

Le raisonnable, comme « source » du droit, sert également à affirmer que le droit se fait toujours dans des situations particulières. Le projet du droit doit être élaboré en tenant compte de la réalité. Conséquemment, il faut considérer les situations et les conséquences qui peuvent découler des différentes façons d' « appliquer » des normes afin de leur donner une signification spécifique. Le droit ne peut rien faire seul dans ces situations puisqu'il n'a aucun accès privilégié à la réalité. Seule la mobilisation d'un savoir spécialisé, comme le savoir économique, social, politique, culturel ou psychologique et constitué par les « sciences » appropriées, peut aider le droit. La prolifération de telles « sciences » et l'instauration de discours spécifiques pour le « droit », sont d'ailleurs significatives pour notre contemporanéité.

Les sciences portant sur les faits fournissent une connaissance, ou plus exactement la prétention d'une telle connaissance, de la situation, générale ou particulière, pour celui ou ceux qui ont fait appel au droit. À cela s'ajoute inéluctablement l'expérience – narrer, interpréter et argumenter – de la personne concernée. Le raisonnable exige d'écouter et de comprendre ce qu'une norme présupposée universelle signifie sur le plan individuel. Comme Perelman nous le rappelle, cette exigence de raisonnabilité est souvent utilisée comme barrière contre l'application irrationnelle d'une norme[12].

En somme, le raisonnable comme « source » non-formelle du droit introduit le discours d'application des normes en droit dans une tension entre une exigence d'universalité et une exigence d'accommodement avec les réalités sociales, économiques, etc. Nous pouvons dire que la conjugaison du raisonnable, comme « source du droit », avec les sources formelles du droit a comme conséquence que le discours d'application des normes en droit se manifeste comme étant profondément indéterminé. Cette indétermination pratique, comme nous avons pu le constater, doit être levée par le processus d'élaboration de la norme juridique permettant de juger.

Le double du droit : procéduralité et Justice

Si le droit moderne (et occidental) n'était que l'obéissance aux sources formelles du droit faisant référence aux autorités sociopolitiques, le droit ne saurait être alors que l'expression hyperréaliste des

12. Cf. C. Perelman, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, *op. cit.,* p. 11-25.

faits sociaux, politiques et « normatifs »[13]. Il serait cependant difficile, voire même impossible, de comprendre le droit moderne sans tenir compte du fait que la doctrine des sources du droit renvoie à une transcendance pratique : l'attente, ou mieux la promesse, d'une procédure impartiale et juste. C'est l'autonomie des sujets qui sera confirmée par une procédure impartiale et juste.

Le premier moment pour comprendre cette logique est la constatation d'indisponibilité, c'est-à-dire que les auteurs des sources du droit sont également, comme tout sujet du droit, soumis aux sources du droit qu'ils ont créées[14]. Nous présupposons que celui qui établit « une » source du droit se soumet aussitôt au devoir-être qu'elle exprime et qu'il se retire de toute entreprise d'application, au bénéfice d'une procédure impartiale et juste.

L'indisponibilité des autorités devant leur propre produit nécessite une modalité indépendante qui peut honorer une telle modalité. Nous pouvons l'identifier dans la logique même d'une procéduralité impartiale, à savoir dans l'»égalité de traitement» et que « le résultat dépend de la procédure », ou encore que personne ne puisse être juge dans sa propre cause, que tous sont égaux devant la « loi », « Nulla poena sine lege » (aucune punition sans lois publiques), etc. Cette modalité initiale met en marche, comme nous le voyons, une panoplie de référents procéduraux dont le plus important est celui de l'égalité : la justice est « aveugle » en se refusant d'évaluer les qualités ou les défauts des individus ; elle n'envisage que des sujets égaux entre eux. En somme, le projet juridique met en œuvre une multitude de principes et de procédure qui se condensent, au fil de l'histoire, pour devenir les garants mêmes du droit.

Nous pouvons y voir ainsi la mise en marche d'une conception de la justice et de l'équité qui n'est que parallèle à la procéduralité impartiale en droit. En présupposant une application juste et équitable, nous situons en fait des conceptions de ce qui doit ou peut être considéré comme étant juste et équitable à l'intérieur du droit. Ce qui introduit le projet juridique dans une dimension propre et constructive en ce qui concerne la justice et l'équité.

13. Cf. Bjarne Melkevik, « Un regard sur la culture juridique chinoise : l'école des légistes, le confucianisme et la philosophie du droit » (1996) 37, *Cahiers de droit*, p. 603-627.
14. 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.

En effet, la procéduralité du droit doit se formaliser dans une promesse d'égalité, de justice et d'équité dont le sens n'est pas donné. Cette promesse, comme la marque de l'indisponibilité du droit, a historiquement nécessité une mobilisation philosophique énorme pour « donner » un sens à ces concepts. Qu'est-ce que l'égalité ? Qu'est-ce que la justice ? Qu'est-ce que l'équité ? Il ne s'agit pas ici d'apporter des réponses à ces questions, mais précisons toutefois qu'y répondre c'est prétendre que cette réponse concerne, d'une façon ou d'une autre, l'établissement du droit. Sans vouloir nous-mêmes envisager un quelconque ancrage métaphysique de ces concepts, nous pouvons quand même rendre hommage à la métaphysique occidentale qui, à la lumière de cette promesse de justice, d'équité et d'égalité, a permis l'approfondissement de ces idées. Nous pouvons dire que sans cet ancrage historique d'une « métaphysique », le risque d'une obéissance aveugle aurait été réel. Cette constatation ne nous empêche pas pour autant de voir la promesse de justice comme rattachée rationnellement à la procéduralité impartiale.

L'intérêt de ceci peut maintenant être envisagé relativement à la question de l'autonomie des sujets du droit. En fait, la promesse de procéduralité et de justice, telle que nous venons de la concevoir, pose le caractère « autonome » de la production du droit. L'autonomie n'est pas ici subjective, mais située procéduralement sur le plan du « nous ». Le paradigme constitutif de la modernité juridique, à savoir, comme nous l'avons déjà dit, que les individus peuvent (et doivent) se voir eux-mêmes réciproquement comme auteurs et destinataires des « droits », se confirme dans la procéduralité et dans une promesse de justice devant rationnellement permettre l'autonomie des sujets de droit dans un « nous » juridique. L'autonomie, comme idéal moderne du droit, se manifeste ainsi sur le plan procédural du droit vu comme étant la création autonome de la société et qui doit s'accomplir, se réaliser, dans la logique de la procéduralité et de la justice.

Cette « promesse » de justice explique aussi pourquoi le droit peut court-circuiter ou refuser d'appliquer les normes issues des « sources de droit ». Cette logique de non-application, qui existe d'ailleurs dans tous les domaines du droit, se retrouve plus particulièrement en droit pénal. Il y a non-application parce que ce ne serait pas « juste » ou parce qu'il est « mieux » de laisser neuf « coupables » libres que de condamner une personne innocente.

Considérations intermédiaires

Il nous faut maintenant insister sur la dialectique entre un ancrage « déterminé » et l'indétermination même du projet juridique.

Considérons d'abord l'ancrage déterminé du discours d'application. Ce discours concerne le cadre à partir duquel se construit une norme juridique. La doctrine des sources du droit sert à ancrer le raisonnement dans une dimension de légalité ; le langage des sources du droit nous sert alors à créer un sens juridique. Le raisonnable, comme source non-formelle du droit, nous sert à situer le projet juridique à la fois dans une exigence universaliste et dans un souci provoqué par une situation particulière. La procéduralité du droit nous soumet à l'exigence d'impartialité et de justice. Chacun de ces moments, dans le discours d'application des normes, doit être considéré à la lumière de la modernité juridique et toute énonciation juridique est incomplète si ces éléments ne peuvent pas être retrouvés.

Or, la synthèse à faire de ces ancrages projette l'entreprise juridique dans la constatation d'une indétermination pratique, mais non analytique[15], à résoudre. Cette indétermination pratique repose sur deux piliers différents.

D'abord sur le fait que la méthodologie juridique nous montre que le discours d'application des normes se rapproche aussi peu que possible du fonctionnement mécanique d'un système fermé. En fait, le discours d'application nous montre le projet juridique comme ouvert, à la fois au jeu des pouvoirs, de l'imaginaire juridique et au souci pour une norme « juste ». La synthèse à faire de tous les moments que nous avons énumérés n'est jamais connue d'avance, mais est construite pratiquement. Le deuxième pilier de l'indétermination juridique le confirme puisqu'en fait, toute controverse juridique commence avec la personne qui revendique son « droit ». Cela signifie donc que cette personne considère avoir de bons arguments et de bonnes raisons pour envisager la construction d'une norme juridique à l'égard du « nous politique » qu'elle est supposée connaître.

15. Sur l'indétermination analytique, voir J. Lenoble et A. Berten, *Dire la norme. Droit, politique et énonciation*, Bruxelles et Paris, Story-Scientia et LGDJ, 1990, et J. Lenoble, *Droit et communication*, Paris, Cerf, 1994.

DISCOURS D'APPLICATION ET MODERNITÉ JURIDIQUE

Quittons maintenant la méthodologie juridique pour insister sur les conclusions que nous pouvons tirer. Examinons comment le discours d'application s'insère dans la modernité juridique. En fait, la raison d'être de ce discours d'application des normes se trouve dans l'élaboration d'une norme juridique pratique. Celle-ci se fera pratiquement dans une controverse argumentative. La méthodologie juridique pose que le projet juridique se situe dans une dialectique de détermination et d'indétermination que la controverse juridique doit ultimement dénouer. Cette dialectique représente l'objet d'une bataille pratique visant la création d'une norme juridique à appliquer. Ainsi nous verrons d'abord l'énonciation de la norme à appliquer et ensuite, la problématique de l'application comme logique d'un processus d'apprentissage propre à l'État de droit démocratique.

L'énonciation de la norme : le rôle de l'argumentation

Nous avons pu constater, en examinant la méthodologie juridique, qu'il n'y a pas de norme à « appliquer », mais plutôt une norme à construire. Celle-ci se fait dans une logique de controverse argumentative à l'égard de l'horizon d'un « nous » juridique.

L'élaboration de la norme juridique peut en fait être considérée comme produite par les parties dans la controverse juridique. Revendiquer son droit signifie construire un argument, une raison, en vue d'élaborer une norme juridique. La norme juridique à appliquer ne peut se faire qu'après que toutes les considérations ont pu être évaluées concrètement, ouvertement, publiquement, dans le processus judiciaire. C'est aussi à ce stade de notre interrogation que le processus judiciaire s'introduit comme l'archétype du projet juridique.

La norme juridique, qui pourra ultimement être appliquée, n'est donc jamais donnée, mais construite sur le fond, à partir des arguments et des raisons évoqués dans une situation juridique particulière. La norme juridique est de cette façon élaborée dans la controverse même et sur le fond de ce que nous appelons le « nous » juridique. Bref, la norme juridique est l'objet de bataille et nullement le son du clairon qui clôt la joute.

La controverse juridique doit résoudre et introduire de bonnes raisons permettant de peser, d'évaluer et de construire la norme juridique à appli-

quer. Plus concrètement il s'agit de se demander quel poids doit-on accorder à la lettre de la loi à l'égard de la jurisprudence (une source du droit) qui a établi un sens particulier à donner à cette « loi » ? Quel poids doit-on accorder à la tradition constitutionnelle à l'égard de la lettre de la Constitution qui « dit autre chose » ? Quel poids doit-on accorder à la pratique boursière en absence de loi ? Quel poids donner aux coutumes ancestrales des amérindiens ? Nous aurions également pu mentionner les différentes indéterminations quant aux textes, au raisonnable ou encore aux procédures de la justice. Mais c'est toujours la même logique qui s'exprime et qui doit être résolue pratiquement : d'une part l'ancrage « déterminé » et d'autre part l'indétermination du projet même du droit.

Le fait que la norme juridique soit l'objet de controverse, de bataille, déplace ainsi la question de son élaboration dans un espace public, l'instance même du droit, qui fait de la joute argumentative la logique même de son élaboration. Ce processus de construction d'une norme à appliquer devient un champ de controverses où les différents intérêts se manifestent pour faire valoir leurs points de vue, pour introduire des propositions normatives et pour argumenter sur les faits éventuels de leurs propositions. La procéduralité qui encadre la joute de l'élaboration de la norme juridique applicable donne aux parties impliquées dans une controverse juridique, l'occasion de produire des arguments et des raisons quant au « droit » qui les concernent.

Il est important d'insister que toute la controverse argumentative se fait à l'égard d'un « nous » juridique. Il est maintenant temps d'élucider ce terme auquel nous avons déjà fait allusion. En fait, ce que nous pouvons constater dans toutes controverses argumentatives c'est que celle-ci se structure sur l'horizon d'un « nous » juridique à réaliser. Nous pouvons donc écarter toute tentative de l'essentialiser : le « nous » juridique n'est pas réductible à une quelconque cité aristotélicienne ou à une idée préconçue platonicienne, mais se présente plus modestement comme l'horizon intersubjectif et contrefactuel à partir duquel les arguments sont supposés trouver leur validation dans l'énonciation d'une norme bien pesée et appropriée pour tous.

Toutes les modalités juridiques de l'ancrage à l'indétermination font aboutir l'énonciation de la norme juridique à une logique où l'irréductible socialité du droit conditionne sa validité et ce, dans la même logique qui caractérise à la fois la sélection des normes dans

l'espace politique et la modernité juridique, à savoir l'horizon de droits que nous pouvons mutuellement nous accorder et où nous pouvons nous reconnaître réciproquement comme des auteurs et les destinataires.

Si le maître de la procédure (le juge) énonce la norme à appliquer en dernier lieu, il le fait à partir des arguments et des raisons énoncés dans les débats. Il pèse les arguments et les raisons quant à la norme juridique à construire et à appliquer et surtout, il effectue l'arrimage de la norme juridique avec l'état présupposé des « sources du droit ». Il inscrit l'énonciation de la norme dans le « nous » juridique. Ce qui confirme le projet moderne de droit et le discours d'application de normes dans la perspective de la première personne du pluriel, par le nous, s'exprimant concrètement dans l'espace juridique[16].

Le lieu d'application : le rôle fondamental de l'État de droit

Nos constatations nous mènent au rôle fondamental que joue l'État de droit. Le discours d'application se construit en se référant à l'État de droit comme sphère publique du droit dans une société moderne, démocratique et pluraliste. Il faut maintenant insister sur la stabilisation de ce discours dans le droit, considéré comme un apprentissage juridique, moral et politique.

Nous avons dit que l'élaboration de la norme juridique se produit dans un des espaces publics, le droit, et que ce dernier est élaboré dans une logique de controverse, de bataille. Cette conception du droit fait en sorte que la norme juridique, le droit, n'est pas un baume irénique à appliquer sur les plaies de la société. Avant tout rendement irénique, le droit doit être construit dans une perspective assurant la juridicité. Le droit peut alors être vu comme un projet, un apprentissage juridique quant aux droits que nous pouvons mutuellement nous donner comme acteurs rationnels.

Ce processus d'apprentissage réciproque et interindividuel ne doit pas être compris dans la perspective d'un maître à l'égard d'un élève et encore moins, pour des raisons que nous verrons, comme celui d'une élite compétente et éclairée guidant les « autres », les « non-éclairés ». Insistons plutôt sur l'espace juridique comme un des lieux démocra-

16. Voir J. Habermas, *De l'éthique de la discussion*, Paris, Cerf, 1992, p. 139.

tiques permettant, aux niveaux individuel et collectif, la formation d'une volonté commune, pouvant prendre en charge ce « nous » juridique déjà évoqué.

En ce qui concerne l'individu, cette conception nous permet de le voir imbriqué dans la société de son temps, comme une partie intégrante d'une multitude de réseaux de relations ou de domaines du monde vécu. Plus important encore, elle nous permet de voir les intérêts qui émergent des histoires de vie et qui expriment, librement racontées, des expériences de tout ce que porte le visage humain. C'est grâce aux ressources puisées dans le monde vécu que nous pouvons agir comme des sujets personnalisés et socialisés. C'est encore notre assise en tant que réservoir de normativité et de solidarités concrètes, argumentativement disponible pour les discours du droit. L'espace juridique, au plan individuel, donne une tribune au fait de vivre en société de même qu'une voix à l'individu, concernant les droits que nous devons mutuellement nous accorder.

En ce qui concerne le niveau collectif, l'espace juridique offre un ferment aux communications thématisant les intérêts de tous. L'espace juridique peut être considéré comme une scène servant à thématiser, tester et ultimement à légitimer des solutions politiques et normatives. L'espace public devient le lieu de l'utilisation publique de la raison, ou plus précisément l'espace où se forment et se thématisent des arguments et des raisons. L'essence de cet espace est que cela se fait publiquement, en face de toute personne intéressée. L'espace juridique nous permet en somme de découvrir les thèmes pertinents pour l'ensemble de la société, interpréter les valeurs, contribuer aux résolutions des problèmes et produire de bonnes raisons tout en écartant les mauvaises. Tout cela est nécessaire pour tout projet moderne du droit : les personnes « testent » les droits qu'elles doivent réciproquement s'accorder l'une et l'autre.

Précisons ce que nous venons de dire à propos de l'application des normes en droit en insistant sur deux points.

Cette conception nous permet de voir que l'application des normes ne peut jamais être neutre et au-dessus de la mêlée politique. Nous constatons plutôt le contraire : le discours d'application des normes, en droit, dépend des luttes politiques, sociales et idéologiques. Le projet juridique est intrinsèquement lié aux débats idéologiques et aux

luttes politiques et sociales. Les luttes politiques et les mouvements sociaux donnent une dimension essentielle à la question de l'application de ces normes.

Le droit participe à la vision d'une moralisation de la vie publique. Il s'agit de concevoir notre responsabilité et notre solidarité devant l'état de notre société. Comme l'écrit Habermas : « Sans la moralisation, sans une universalisation des intérêts effectuée selon des critères normatifs, la dynamique de l'autocorrection ne se met pas en marche »[17]. L'horizon universaliste et de moralisation doit nous servir, de façon critique, à honorer pratiquement des prétentions à la validité dans l'argumentation.

Le discours d'application des normes, envisagé à partir d'une telle conception de l'État de droit, devient une préoccupation pour tous et non pas uniquement pour les juristes et la communauté juridique. Si ces derniers ont effectivement un rôle spécifique à jouer, rôle que nous avons souligné précédemment, il reste que le projet juridique se trouve toujours au confluent entre l'indétermination du projet juridique moderne, propre aux juristes et le processus démocratique, propre à l'État du droit, qui enracine la production de la norme juridique dans un processus démocratique permettant de poursuivre et de stabiliser ce projet dans des formes d'intercompréhensions réciproques.

Dans cette perspective, le discours d'application des normes du droit n'a pas besoin d'un « héros », d'un « Hercule » ou d'un juge moralement plus intègre que les « autres », comme le prétend Ronald Dworkin[18]. L'application des normes en droit ne peut pas dépendre d'un code de valeurs dont le contenu devrait être déterminé par des philosophes, comme pour Dworkin, Rawls et Hart, mais plutôt d'une procédure de juridicité et du respect pour un « nous » juridique que seul le projet juridique moderne peut faire sien.

17. J. Habermas, *Écrits politiques. Culture, droit, histoire*, Paris, Cerf, 1990, p. 160. Cf. B. Melkevik, « 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*, *op. cit.,* p. 371-387.

18. Ronald Dworkin, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1996 ; *id.*, *L'empire du droit*, Paris, PUF (Recherches politiques), 1994 ; *id.*, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF (Léviathan), 1995.

CONCLUSION : SUR LE SEUIL DU JUGEMENT JURIDIQUE

Insistons en dernier lieu sur le discours d'application des normes en droit en soulignant que le projet juridique moderne ne peut pas automatiquement appliquer les « normes » qui se trouvent dans les « sources de droit ». Une telle attitude aurait pour conséquence d'effacer toute différence entre un État policier ou État administratif et un État de droit. Dans l'affirmation même de la modernité juridique et à l'intérieur du paradigme des sujets de droit se voyant réciproquement comme auteurs et destinataires des droits, tout projet d'application doit se retrouver dans une logique pouvant faire sienne l'autonomie des sujets de droit dans l'élaboration pratique de la norme juridique qui les concernent. Ceci implique que le projet moderne du droit se soumet à la tâche de continuellement construire et reconstruire le droit à la lumière d'un « nous » juridique.

Certes, nous pouvons appliquer les normes issues de la législation, des règlements, de la déontologie des dentistes, des coutumes boursières, etc. Nous les appliquons ou les respectons par habitude, calcul, intérêt, lâcheté, civilité ou pour toutes autres raisons. Cependant, lorsque nous revendiquons « notre droit », l'application même de ces normes change de caractère. Celles-ci se problématisent dans une logique de juridicité dont le sens ultime est l'énonciation pratique d'une norme juridique dans laquelle nous devons pouvoir nous reconnaître comme auteurs et destinataires.

8

APPLICATION OU PROCÉDURALITÉ : QUELQUES RÉFLEXIONS SUR LE PROJET JURIDIQUE MODERNE[1]

La présente réflexion s'enracine dans la philosophie du droit et se veut être un dialogue avec le paradigme d'une éthique appliquée. Si le courant de l'éthique appliquée, après un début plutôt marqué par des thèmes d'actualité (avortement, euthanasie, traitement des animaux, clonage, etc.), a progressivement pu se préoccuper de questions de philosophie beaucoup plus classiques, comme celle du droit, un dialogue avec la philosophie du droit nous semble de première importance.

La raison de ce recentrage de l'éthique appliquée se comprend aisément : comment peut-on continuellement analyser des problèmes d'actualité, l'avortement ou l'euthanasie, par exemple, et prendre position à leur sujet sans aborder la question du droit ? Rien d'étonnant à ce qu'une préoccupation pour le droit ait vu le jour dans ce courant de l'éthique appliquée ! D'ailleurs, ce souci du droit s'est cristallisé, surtout depuis les vingt dernières années, dans diverses écoles « appliquées » du legal ethics (éthique légale » ou « éthique du droit »). Le « droit » se retrouve, en fin de compte, comme la conclusion de différents raisonnements d'éthique appliquée, sans pour autant être interrogé en tant que tel. Il s'agit, en effet, de différentes conceptions

1. Conférence au colloque « Éthique : Méthodes et interventions », Université d'Ottawa, le 11 mai 1999. Publié dans André Lacroix et Alain Létourneau (dir.), *Méthode et interventions en éthique appliquée*, Montréal, Fides, 2000, p. 191-202.

éthiques du droit, loin des préoccupations réelles des juristes et peu dignes de confiance.

Il n'est pas de notre propos d'évaluer ces courants, moins encore de les répertorier et d'évaluer leurs paradigmes. En insistant précisément sur la philosophie du droit, nous voulons plutôt attirer l'attention sur la « non-application » qui caractérise le projet juridique moderne. Le droit se fait par l'intermédiaire d'une procédure qui ne laisse aucune place à l'application[2]. Or, le projet juridique moderne se base justement sur des arguments et des raisons à évaluer procéduralement.

La présente contribution propose donc l'examen du caractère procédural du projet juridique moderne. Dans un premier temps, nous nous pencherons sur l'axe procédural proprement dit et dans un second temps, sur l'axe argumentatif, pour ensuite scruter le sens même du projet juridique moderne.

LA DIMENSION PROCÉDURALE DU PROJET JURIDIQUE

Certes, tout dépend de notre façon de comprendre le projet juridique moderne dans son caractère procédural ! Aussi, nous commencerons par quelques précisions relatives à l'État de droit, d'abord, et au plan sur lequel doit se situer le droit (soit le plan de l'autonomie des sujets de droit), ensuite.

Penser l'État de droit

Une première précision s'impose au sujet de la différence entre, d'une part, l'obéissance par les officiers de l'État aux normes agréées de la société politique et d'autre part, le respect de ces normes par les citoyens ainsi que le pouvoir de ces derniers de se poser en sujet de droit. Négliger cette distinction pourrait créer bien de la confusion.

Les officiers de l'État (policiers, fonctionnaires, etc.) sont soumis directement aux normes agréées par la société politique. Nous pouvons donc dire qu'ils les « appliquent » puisque des normes leur donnent compétence pour agir d'une certaine manière. Les policiers « appli-

2. Bjarne 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,* Montréal/Paris, L'Harmattan, 1998, p. 73-90 (Repris dans ce livre). Voir aussi B. Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit,* Québec/Paris, Les Presses de l'Université Laval/L'Harmattan, 1998.

quent » la loi quand ils dressent des contraventions, les fonctionnaires en font autant lorsqu'ils délivrent des licences de pêche, de construction, d'importation, etc. Ainsi, l'éthique appliquée peut exister relativement au bon policier, au bon fonctionnaire, etc.

Or, « tout » se complique dès que nous nous adressons d'abord au citoyen et ensuite au sujet de droit.

Considérons le citoyen. Un État de droit ne peut demander plus au citoyen que de connaître et de respecter (pratiquement, bien sûr) les normes agréées par la société politique. Il est présupposé, dans un sens rationnel, que tout citoyen se comporte toujours ainsi. Ce dernier se trouve donc toujours « potentiellement dans son droit », en ce sens que nous présumons de son innocence, de sa bonne foi, du fait qu'il agit selon les normes agréées, etc.

Le sujet de droit, maintenant. Ce dernier, dans la perspective qui vient d'être évoquée, n'applique pas la Loi (ni les autres sources du droit) ; il agit selon ses propres desseins. À l'autonomie du citoyen correspond l'autonomie du sujet de droit. En ce sens, les questions d'irrespect, d'illégalité, de criminalité, etc., doivent se traiter par des accusations, des incriminations ou des réclamations à l'encontre du sujet de droit. Se pose alors la question de savoir, de décider, si le sujet de droit est vraiment dans son droit ; cela ne peut être élucidé que par la procédure judiciaire.

L'autonomie du sujet de droit caractérise de cette manière un État de droit. Cela nous permet également de comprendre pourquoi un État niant l'autonomie des citoyens, un État dictatorial, souhaite voir activer rapidement, directement ou indirectement, une obligation pour les citoyens d'appliquer les lois. Ce faisant, l'État de non-droit active en fait les policiers, les administrateurs, les juges, etc. Prenant, a contrario, pour bonne l'autonomie des sujets de droit, nous pouvons affirmer que la question du droit nécessite et dépend d'un jugement asubjectif, autrement dit d'un jugement qui s'élabore à l'intérieur d'une procédure et qui repose sur cette dernière pour créer le droit. En fait, un jugement où nous nous jugeons nous-mêmes.

La procéduralité du droit

Le projet juridique moderne ne repose, par conséquent, ni sur un quelconque paradigme d'application de normes ni, corrélativement,

sur l'obéissance à un quelconque droit bureaucratique, mais bien sur la procéduralité même d'un droit à réaliser en pratique. Les sujets autonomes de droit vivent en pratique par le droit et nullement sous la Loi. Nous apercevons aussitôt la dimension non instrumentale et la non-disponibilité d'une telle position. Nous y reviendrons en montrant que le projet juridique moderne se définit par l'autonomie qui, elle, se résume dans une procédure nous permettant de nous juger nous-mêmes.

Ce qui importe dans le paradigme procédural du projet juridique moderne, c'est de comprendre que la procédure a comme première tâche de lier la tierce personne invitée à trancher, à arbitrer la question de droit. La procédure doit permettre aux personnes impliquées dans un litige de s'assurer que le jugement sera rendu à leur niveau, au niveau des parties en conflit, au niveau de leur autonomie. Nous pouvons le constater en examinant les deux principes procéduraux suivants, dans le modèle occidental de droit :

1) L'arbitre du conflit est lié par ce qui a été présenté devant lui. Autrement dit, il est lié par les arguments et les raisons que les parties ont présentés et qu'elles se sont adressées l'une et l'autre. A contrario, il est interdit à l'arbitre de personnaliser le jugement à son propre niveau.
2) L'arbitre est lié par les demandes, les prétentions de « justice » présentées par les parties. Il ne peut pas aller au-delà de ce qu'elles ont réclamé.

Si ces deux principes procéduraux mettent en scène la rationalité procédurale du droit, il existe aussi des exceptions. La plus importante concerne la partie qui n'est par représentée par un avocat et qui nécessite un statut de « protégé » pour pouvoir jouir de la procédure judiciaire. La question de l'autonomie se trouve ici encore une fois en jeu : ces personnes sont considérées comme inégalement autonomes vis-à-vis de l'autre partie, ou comme ayant perdu leur autonomie en raison de leur situation pécuniaire, par inexpérience ou pour des problèmes de santé mentale, etc.

Nonobstant toutes les précisions qui peuvent être apportées à ce sujet, cette brève synthèse montre que la procédure du droit module le projet juridique moderne comme un jugement asubjectif, c'est-à-dire comme le jugement d'un « nous juridique » qui se développe et qui

doit pouvoir, sur le plan de l'évaluation, se justifier au niveau de l'autonomie des sujets de droit. Pourquoi un jugement juridique doit-il se rendre asubjectivement ? Selon nous, parce qu'il tranche une question de droit et parce que le jugement juridique n'est pas une affaire personnelle.

Il ne revient donc pas à l'arbitre invité, au « juge », en tant que personne, de « juger », mais au « nous juridique », qui se constitue dans la procédure. Les parties en litige invitent cette tierce personne pour pouvoir affirmer leur volonté de vivre par le droit et pour voir confirmer leur autonomie dans un État de droit. Par conséquent, le jugement ne peut être que la confirmation d'un « nous juridique » considérant les parties comme sujets en droit. Par le fait que le jugement particulier appartient à ce « nous juridique », il affirme automatiquement ce dernier dans sa généralité comme le fait de vivre dans un État de droit. Ce qui explique, soulignons-le en passant, que la jurisprudence peut toujours, post festum, comporter un intérêt pour ce « nous juridique ».

ARGUMENTATIONS ET RAISONS

Le projet juridique moderne se déroule, si nous avons raison, sur le plan de l'argumentation. Aussi, le jugement même du droit ne peut s'élaborer qu'à partir et sur la base d'arguments et de raisons. Nous devons donc maintenant insister sur le motif qui conduit le projet juridique moderne, à la fois, à se stabiliser normativement et s'ouvrir rationnellement.

La théorie des « sources » du droit

À l'encontre des partisans d'une thèse du relativisme absolu ou encore d'une « indécidabilité »[3], mentionnons que le projet juridique n'accepte pas n'importe quel argument normatif. Si tout argument de type normatif peut effectivement être prononcé au risque, bien entendu, de l'inéconomie, le projet juridique moderne privilégie les normes agréées par la société politique moderne et ce, en vertu d'un

3. J. Lenoble, *Droit et communication. La transformation du droit contemporain,* Paris, Cerf, 1994 ; « Idéal de la raison et raison procédurale », dans J. Boulad-Ayoub, B. Melkevik et P. 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. 257-288.

respect politique pour la démocratie et en raison de l'universalité présupposée des normes agréées démocratiquement. Les arguments qui se réfèrent à la loi et à la Constitution et qui se voient souvent accorder plus de poids que d'autres, ne tirent pas leur faveur d'un quelconque charme magique. Ils sont seulement, de façon plus prosaïque, explicitement agréés (dans une société moderne) par des procédures démocratiques[4]. Il s'ensuit, à tout le moins dans une perspective argumentative, que la théorie dite des « sources du droit » occupe une place primordiale dans la compréhension des enjeux du droit moderne[5].

Définissons maintenant la théorie des « sources du droit ». Par ce terme, les juristes désignent les « sources normatives » qui sont agréées pour servir l'argumentation juridique[6]. Celles-ci varient de pays en pays, d'un domaine à l'autre. Elles diffèrent dans le droit maritime et dans le droit pénal. Pourtant, toute doctrine moderne de droit se module, en principe, autour de la loi, de la jurisprudence, des coutumes et de la doctrine. Le plus souvent, une argumentation juridique n'est adéquate, raisonnable ou forte, que si l'on active et actualise quelques unes des « sources du droit ».

En somme, les « sources du droit » représentent un ancrage indispensable pour le projet juridique moderne. Elles le stabilisent à l'égard des sources normatives qui peuvent servir à « mesurer[7] » les comportements.

Interpréter pour argumenter

Si le projet juridique moderne se stabilise par la théorie des « sources du droit », il est aussi ouvert rationnellement. Il est ouvert vers les enjeux de société et de la vie interpersonnelle : sur le plan herméneutique, par l'interprétation de ces « sources », sur le plan argumentatif,

4.. J. Habermas, Droit et *démocratie. Entre faits et normes,* Paris, Gallimard, 1997 ; cf. B. Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit, op. cit., p :* 91-150.

5. G. Gurvitch, *L'expérience juridique et la philosophie du droit,* Paris, Pedone, 1935, p. 138 : « Le problème des sources de droit positif constitue le problème crucial de toute réflexion juridique ; c'est le point central de la philosophie du droit, autour duquel converge toute la complexité de ses thèmes. »

6. Voir « Sources du droit », numéro thématique, *Archives de philosophie du droit,* vol. 27, Paris, Sirey, 1982

7. Rappelons ici que le sens étymologique du mot « norme » renvoie à l'instrument de maçon « qui sert à tracer des lignes droites ».

dans la mesure où il tient compte de ses effets contextuels. En fait, avant d'utiliser les « sources du droit argumentativement, il faut les interpréter. Il faut les doter d'un sens pour le droit actuel et pour les enjeux même de notre volonté de vivre ensemble par le droit. L'herméneutique juridique, ou mieux les herméneutiques juridiques, mettent en marché les schèmes, modèles, perspectives, etc., qui gèrent le processus interprétatif.

Quant au processus de l'interprétation des « sources du droit », nous ne pouvons pas être exhaustifs à son sujet sans déborder le cadre de notre article. Soulignons du moins que, mises à part les théories positivistes du droit qui souhaitent construire, de manière abstraite, une science du droit et qui se cantonnent stérilement à l'intérieur du seul paradigme interprétatif, le projet juridique ne fait que métaphoriquement « sauter » de l'interprétatif vers l'argumentatif. La raison en est apparemment assez simple : seule une « interprétation » présentée dans un dialogue avec l'autre partie suscite l'intérêt en droit. Ce qui place précisément la procédure en position d'idée directrice dans l'interprétation en droit.

Il s'ensuit aussi que l'interprétation n'appartient pas au domaine du maître de la procédure, c'est-à-dire à l'arbitre (le juge), mais au domaine des sujets de droit. Il revient aux sujets de droit d'interpréter les sources du droit. En fait, l'interprétation du droit ne répond aux exigences de la procédure qu'à la condition de se jouer sur le plan des sujets de droit. Par conséquent, le côté procédural force l'interprétation à se transformer en vue du dialogue, soulignant ainsi qu'il ne suffit pas au sujet de puiser rationnellement, par interprétation, aux « sources du droit », seul dans son coin ou dans son bureau. Toujours doit prévaloir ce que nous devons mutuellement reconnaître comme nos droits. L'irréductible monologue de toute interprétation, issu du fait que nous interprétons toujours seul ou selon notre perspective, se trouve donc confronté au contrôle qu'effectue l'autre partie dans la procédure. L'autre partie qui se présente, bien entendu, avec sa propre interprétation, est précisément obligée de recourir à de bons arguments et à de bonnes raisons pour contrecarrer toute autre argumentation (et interprétation). Toujours sur le plan procédural, se dessine ainsi un va-et-vient argumentatif qui se réfère au fait de vivre ensemble et en réciprocité par le droit.

Le projet du droit est à la fois ancré dans les sources du droit et ouvert aux enjeux bien réels de nos contemporanéités respectives. Un tel constat souligne le fait que le projet du droit est nécessairement à la fois positif et normatif. C'est précisément la procédure judiciaire qui soude ces deux aspects et nous permet de penser le droit à travers sa pratique.

LE PROJET MODERNE DU DROIT

Nous pouvons maintenant caractériser le droit moderne comme étant asubjectif et non disponible. Cependant, avant d'examiner ces caractéristiques de la modernité juridique, nous devons étudier la faille que représente l'image du « bon juge » dans le projet moderne du droit.

Le « bon juge » ou le « nous juridique »

La modernité juridique n'a pu s'installer qu'aux dépens d'une conception autocratique du droit. Cette dernière pense le droit d'après l'image du juge et d'après la décision de ce juge. En d'autres termes, il s'agit d'une conception qui personnalise[8] (ou existentialise[9]) le droit en fonction d'un décideur, à savoir le juge.

Le point faible du projet juridique moderne réside, en fait, dans cette question du juge. Par cette porte sont entrés tous les assauts idéologiques, politiques et politico-théologiques qui ont traversé aussi bien notre modernité (1500-1850) que notre contemporanéité (1850 jusqu'à nos jours). Qu'il s'agisse du juge « à l'écoute des pauvres », ou du juge « rouge » d'aujourd'hui, ou du juge idéologique, qu'il soit fasciste ou communiste ou, plus près de nous, du juge à la vertu libérale irréprochable, le modèle institué demeure identique : le droit doit être développé par un « bon juge ». Or un juge sera « bon » s'il se conforme aux critères auxquels adhèrent ceux qui, par pouvoir ou par ruse, le mettent en selle.

8. R. Dworkin, *L'empire du droit*, Paris, PUF, 1994 ; *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, 1995 ; *Une question de principe*, Paris, PUF, 1996.
9. C. Schmitt**,** *Du politique « Légalité et légitimité » et autres essais*, Puiseaux, Pardès, 1990, *idem*. *Théorie de la Constitution*, Pars, PU1 1993. Voir B. Melkevik, *idem*, « Légalité et légitimité : réflexions sur les leçons de Weimar selon David Dyzenhaus, dans *Les Cahiers de Droit*, vol. 40, nº 2, juin 1999, p. 457-475.

À une telle conception éthique du droit est sous-jacente la possibilité d'un triomphe, grâce au « bon juge », d'un « bon droit », déconnecté des sujets de droit et mis au service de la vertu ou, simplement, des repères moraux et éthiques qui déterminent la bonté du juge. Aujourd'hui, ces repères sont le plus souvent libéraux ; autrefois, ils étaient « rouges », « catholiques », « républicains », « nationalistes », « ethniques », etc.

À l'inverse, en prenant au sérieux l'autonomie des sujets de droit, il est facile de voir comment de telles conceptions ne mettent en valeur qu'une norme de compétence permettant à quelqu'un de juger les autres. En fait, ce juge constitue une vieille figure politico-théologique, là où la conception du projet juridique moderne met en marche la perspective de nous juger nous-mêmes.

Insistons donc davantage sur cet aspect de notre modernité juridique.

Rappelons, premièrement, que la procédure nous considère comme les « propriétaires » de nos conflits. Nous sommes les propriétaires de nos controverses juridiques dans la mesure où nous sommes les auteurs de nos droits, de nos normes et de nos institutions. Nous enlever nos controverses juridiques revient à dénier la possibilité d'être les auteurs de nos droits.

En effet, nous ne possédons de l'autonomie en droit que si nous sommes les propriétaires de nos conflits : c'est dans cette situation seulement que la procédure peut nous considérer comme égaux, dans l'entreprise même de la formation et du maintien de notre « nous juridique ». Sans cette possibilité d'être propriétaires de nos conflits, nous ne pouvons être égaux en droit.

Deuxièmement, insistons sur le fait que la procédure nous confirme comme étant libres de nos choix à l'égard de la « bonne vie ». En plaçant l'accent précisément sur la procédure et le « nous juridique » qui la met en route et en tire profit, et non pas sur le juge, nous pouvons aussi comprendre pourquoi le projet juridique moderne ne doit être ni paternaliste ni maternaliste. Le projet juridique n'a rien à dire sur la façon dont les sujets de droit doivent mener leur vie. Le juge n'exerce aucun sacerdoce moral ou éthique à notre égard. Il ne lui revient pas de juger nos controverses morales et éthiques, mais plutôt

de nous permettre, par la procédure, de nous constituer un « nous juridique » où nous nous jugeons nous-mêmes.

Seule la procédure judiciaire, comme paradigme même de la modernité juridique, nous permet, comme nous l'avons démontré, de confirmer l'autonomie des sujets de droit comme constitutive pour notre projet moderne de droit. C'est encore cette autonomie qui se déploie dans ce que nous pouvons considérer comme la caractéristique du droit moderne.

Les caractéristiques de la modernité juridique

Nous pouvons maintenant comprendre pourquoi le projet juridique moderne doit être défendu sur les deux axes que forment son asubjectivisme et son indisponibilité. Ces deux axes constituent le sens que nous attribuons au « nous juridique ».

Le projet juridique moderne est asubjectif, il dépend d'une proceduralité réelle, symbolisée par deux parties en conflit devant une tierce personne invitée à trancher en dernière instance. Si toute éthique, y compris l'éthique appliquée, se base sur la question « Que devrais-je faire ? » (éthique ou morale individuelle) ou « Qu'est-ce qu'une société juste, une bonne Société ? », le projet de droit, par contre, se structure par le développement, la création et le maintien du « nous juridique » procéduralement constitué ; un « nous juridique » asubjectif, dans lequel le sujet doit pouvoir se retrouver comme auteur et destinataire de ses droits, de ses normes et de ses institutions juridiques. Certes, ce « nous juridique » a ses acteurs, principalement le sujet de droit et les professionnels de la procédure judiciaire (les juristes). Toutefois, puisqu'il ne s'agit pas de faire triompher un quelconque « droit métaphysique » ou « éthique », le développement de ce « nous juridique » ne peut s'effectuer qu'à titre de proceduralité et, en tant que tel, aussi comme opérateur de l'intersubjectivité.

Le « nous juridique » qui se confirme dans la modernité juridique n'a donc aucune substance, aucune essence et ne repose sur aucun présupposé historiciste ou éthique, sinon sur notre volonté de vivre par le droit uniquement. Cette affirmation débouche directement sur l'indisponibilité du droit, le deuxième aspect du droit moderne que nous tenions à souligner.

Notre siècle s'est caractérisé par des mouvements idéologiques cherchant à s'accaparer le mot « droit » pour l'assujettir à leurs entreprises. Le libéralisme, ou la social-démocratie à l'Ouest, ou le communisme à l'Est, pour nous limiter à eux, tous ces assauts idéologiques se sont bel et bien employés à asservir le droit à leur cause respective. Aucun n'a pourtant réussi à détourner l'autonomie du projet juridique de sa corrélation à l'autonomie des sujets de droit. Le droit ne peut être appliqué, administré, avoir des effets systémiques, etc. que dans la mesure même où il s'efface comme droit moderne.

La procéduralité du droit nous permet, par conséquent, de comprendre que le projet moderne du droit ne peut pas être considéré comme en service commandé. Il doit plutôt être considéré comme non disponible pour toute autre cause que la représentation autonome des sujets.

CONCLUSION

Dans notre esprit, l'éthique est parallèle au projet juridique moderne. Irréductibles l'un à l'autre, tous deux dialoguent parallèlement sur ce que devrait être, respectivement, le bien et le juste pour l'homme.

Notre analyse a surtout voulu démontrer que la force du projet juridique moderne vient de la procéduralité qui met à l'épreuve notre volonté de vivre par le droit. En effet, le projet juridique moderne est irréductible à un quelconque exercice sémantique sur les sources du droit ou à une quelconque application. Le projet juridique moderne doit affirmer l'autonomie des sujets de droit ; c'est cette dernière qui doit être prise au sérieux. Loin de l'auto-aveuglement d'une conception éthique du droit, nous avons toutes les raisons d'affirmer, avec confiance, qu'il appartient aux sujets de droit d'être auteurs de leur droit.

Annexe

SCOLIES SUR L'AVENIR DES FACULTÉS DE DROIT[1]

Qu'il nous soit permis de parler des « facultés de droit » en général et non pas de l'une ou de l'autre spécifiquement. En fait, le spécifique n'est souvent que le singulier d'un phénomène qui se conjugue déjà dans le général. De ce fait, c'est surtout le mot « futur » qui nous inquiète et qui nous agace. Parler du « futur », c'est le plus souvent se présenter comme le premier à avoir tort, à être dans le faux. Combien de fois, en effet, n'avons-nous pas lu des hypothèses, prévisions ou suppositions quant au « futur » et, avec un sourire cynique, n'avons-nous pas pu contempler l'art de se tromper royalement par le « wishful thinking ». Dans des cas précis, nous aurions même eu envie de proposer qu'il faille mieux revenir aux bonnes vieilles méthodes éprouvées et préférablement « lire » dans le marc du café, les entrailles des animaux ou dans la carcasse brûlée de tortue. Le choix entre les prémonitions de Pythô ou celles de l'occupant universitaire de la chaire en futurologie se présente souvent comme bien relatif et cela doit plutôt être le tarif qui décide le choix de l'une ou de l'autre. Si nous faisons abstraction de cette question pécuniaire, nous aurions probablement opté pour Pythô vu qu'elle s'entourait de conseillers qui avaient une sacrée

1. Une publication préliminaire, sous le titre « Scolies sur le futur des Facultés de droit », fut publiée dans *Le verdict. Journal de la Faculté de droit de l'Université Laval*, vol. 4, nº 4, 2005, p. 14-19. L'article fut ensuite repris et modifié pour faire l'objet d'une publication dans *Studia Universitatis Babes-Boloyai, Jurisprudentia* (Cluj – Roumanie) iulie-decembre 2007, nº 2, p. 3-10, et dans *Notandum Libro* (Sao Paulo, Brésil), vol. 12, 2009, p. 11-18.

tendance à arranger le « futur » pour qu'il coïncide parfaitement, à la fin, avec les présages initiaux.

En ne mettant donc pas trop d'emphase sur le mot « futur », il n'en demeure pas moins que les transformations en cours ne peuvent nous permettre que de réfléchir très modestement sur les facultés de droit et sur leur « futur », leur « avenir ». Il ne s'agit en fait que de se faire l'interprète des tendances, de l'évolution, des transmutations et des transformations qui sont déjà présentes et actives, et qui risquent de s'accentuer, s'amplifier, pour former, ou imposer ce « futur ». Quelques unes de ces tendances peuvent être jugées positivement, d'autres paraissent plutôt inquiétantes et négatives et entre les deux, dans le « gris », nos jugements peuvent être bien plus qu'oscillants. Gardons pourtant fermement à l'esprit que nous sommes les acteurs de notre « futur », c'est nous qui le créons avec nos actions et avec nos passivités. Il ne s'agit, de ce fait, nullement d'une fatalité, car en croyant que ce futur constitue notre destinée ou simplement l'inévitable, c'est inlassablement le piège du fatalisme qui glace l'esprit et l'action. Même lorsque les « contraintes objectives », comme nous les annoncent si habilement nos politiciens, nous barrent la route, le rappel, que même le petit monde des facultés de droit peut (et doit) être l'objet d'une politique et surtout de débats les plus francs et poussés que possible, doit toujours nous inciter à évaluer notre situation et agir en conséquence.

Dans la perspective annoncée, il nous semble plus éclairant de procéder par l'émission d'un certain nombre de thèses susceptibles de nous instruire quant à ce « futur » – toujours donc éventuel – des facultés de droit.

1. LE NOUVEAU LIEU D'IDENTIFICATION DES JURISTES

Notre première thèse défend que les facultés de droit seront, dans le monde des juristes, de plus en plus centrales et indispensables. Elles représenteront, dans la « futur », le seul lieu possible de l'identification, de l'identité d'un « juriste ».

Pourquoi ? Pas par la beauté de la chose, mais parce que le monde des juristes se caractérise déjà, et de plus en plus, par une fragmentation et marginalisation des rôles socioprofessionnels associés au droit (avocat, notaire, conseilleur, procureur, etc.). Les facultés de droit

seront, en conséquence, le seul « lieu » qui pourra servir de point de ralliement ou de référence à un(e) professionnel(le) travaillant « en droit ». En ce sens, les facultés de droit détrôneront lentement, mais sûrement, les ordres professionnels et l'identification par le prestige attribué traditionnellement au « titre » ou au « rôle » socioprofessionnel, comme le lieu par excellence de l'identité juridique. Affirmons également que les « titres », les « rôles », seront de plus en plus éloignés du « canon » de l'un et de l'autre pôles socioprofessionnels, que le seul point de référence entre les personnes voulant s'identifier comme « juriste » se refera, inéluctablement, au fait d'avoir eu une formation dans une faculté de droit.

Cette évolution en faveur des facultés de droit est donc rationnellement parallèle à la transformation des ordres professionnels d'un statut de l'identité vers le rôle de garantie de revenu, sinon de statut social, ou simplement d'une « assurance » chèrement payée. Soulignons, entre parenthèse, que la politique générale adoptée par les Barreaux, les Inn, les Law Society, insistant sur (et renforçant) le « monopole » du travail « juridique » pour leurs membres, est plutôt de très courte vue et ne peut qu'avoir des effets pervers.

Supposons que notre appréciation soit juste, il en découle que les facultés de droit veulent se trouver dans une position de force dans le monde juridique. Ce seront elles désormais qui géreront la question de l'identité des juristes et qui influenceront, par ce biais, le positionnement des juristes dans la société. Il va sans dire que ces mêmes facultés devront être fortes et aux aguets pour gérer cette situation. Or, certaines de nos autres thèses seront plutôt sceptiques quand à leur capacité réelle de profiter de cette conjoncture.

2. MARGINALISATION DES FACULTÉS DE DROIT

La deuxième thèse soutient que les facultés de droit veulent troquer leur force traditionnelle pour se marginaliser ; marginalisant du même coup le prestige du « juriste » dans la société.

Comment ? Cela se produira, en fait, par une transformation des études en droit de l'état actuel de « généraliste » vers l'insistance, de plus en plus accentuée, sur le technicien, sur l'étude de droit comme une « spécialisation » dans un domaine dit « droit ». Là où les facultés formaient autrefois des individus, nous devrons, dans le « futur »,

répondre aux demandes, être attentifs au changement du marché mondial, de la mondialisation, ou être proactifs à l'égard du développement économique, technique, social et *tutti frutti*. Bref, fini le modèle voulant former les individus et bonjour l'avènement de l'enseignement donnant (précisément) la marchandise.

Or, la force historique des facultés de droit a justement été de former des « généralistes », des juristes capables de fonctionner adéquatement, un peu partout dans la société. Les études de droit étaient des études générales qui permettaient aux « juristes » d'obtenir une compétence, leurs compétences comme juristes. Ou encore, des études qui insistaient sur la formation d'une tête bien « apte » à confronter, toujours d'une façon ouverte et imaginative, des problèmes juridiques et où la question de la connaissance dogmatique, dite de droit, était toujours, en principe, au service d'une telle aptitude, d'une telle compétence. Certes, les Barreaux ou les Notariats ont-ils, fallacieusement, fait pression sur les facultés de droit en faveur de la conception « dogmatique » pour se réserver, illégitimement, le rôle d'une hégémonie, hélas trop bête, d'initiation à la pratique. Les résultats néfastes que cela a provoqués dans les facultés de droit n'ont pourtant été, jusqu'ici, que limités et peu convaincants, et tout étudiant pouvait, en toute liberté, aller plus loin et découvrir le sens d'une formation bien faite.

Or, l'abandon graduel de cette insistance sur la formation généraliste de l'individu au profit d'une connaissance technique, professionnelle ou encore « en demande », toujours hélas si éphémère, bousculera tout, car dans le monde des « spécialistes », le juriste sera nul, handicapé et inapte. Il troquera immédiatement, en toute lucidité, son habit de technicien, de spécialiste en droit, pour l'image de spécialiste tout court.

Insistons donc sur le fait que la compétition avec des spécialistes, comme des économistes, des experts en management ou en administration (public ou privé) et ainsi de suite, se joue déjà et que les juristes sont normalement toujours perdants. Les différents possesseurs de MBA, étant précisément une éducation de spécialistes, seront les plus aptes à occuper un nombre impressionnant de postes traditionnellement occupés, ou « réservés », aux juristes. La tentation de les imiter, de transformer les facultés de droit en formation de « spécialistes », est donc plus que tentante et beaucoup de facultés veulent succomber. Le résultat sera que la force traditionnelle des facultés de droit ne sera

plus là et que ce nous aurons supposément obtenu n'aura plus aucun poids, aucune valeur. Le résultat sera la marginalisation.

3. VERS UNE PÉDAGOGIE MARCHANDE

Notre troisième thèse est que l'enseignement, dans la « futur » des facultés de droit, sera structuré sur la valeur « marchande ». L'enseignement sera une marchandise.

Pourquoi ? Parce que la forme actuelle des études de droit, insistant sur la formation de l'individu, est coûteuse pour les facultés de droit et qu'elle est insécurisante pour les étudiants. La formule magique qui sera alors préférée, sera de renoncer à toute formation de l'individu, l'étudiant, pour la remplacer par de l'enseignement dans le sens circonscrit de donner, transmettre, apporter la connaissance du « droit » (i.e. la dogmatique juridique au goût du jour) ou simplement, donner la « marchandise ».

En fait, toute la problématique se révèle dans le langage déshumanisant et bureaucratique de « donner », « transmettre » ou encore « apporter ». On se crée un fourre-tout idéologique dit « connaissance en droit » où l'on traite les étudiants comme des objets : « ouvrez la bouche, on arrive avec la cuillère de bouillie de droit ».

Pour les étudiants, la forme « donner la marchandise » sera sécurisante et ils la préfèreront instinctivement, car, il y a quelque chose de profondément « insécurisant » à être l'objet d'une formation. Pourtant, le problème pour les étudiants, c'est qu'ils troquent la force d'une formation en droit pour une pacotille bien plus qu'éphémère.

Le « futur » qui nous guette, des mauvaises langues disent même qu'il est déjà ici, c'est de voir la formation de juristes se faire remplacer par la « marchandise », agrémentée bien sûr de « PowerPoint », d'ordinateurs et de tout le bazar nécessaire pour rendre l'enseignement plus convivial et intéressant pour les « clients-étudiants » !

4. DES FACULTÉS DE DROIT DE PLUS EN PLUS PAUVRES

Notre quatrième thèse sera que les facultés de droit s'appauvriront davantage et de plus en plus, ce qui aura des conséquences néfastes sur la pédagogie et la recherche.

L'État néolibéral – c'est d'ailleurs l'idéologie qui cherche à nous gouverner encore pour une ou deux générations – ne veut pas investir

dans l'enseignement. Les universités et les facultés, surtout celles de « droit », seront donc privées des ressources nécessaires pour évoluer, pour soutenir la recherche ou pour fonctionner adéquatement. Un des enjeux clés dans le « futur » se jouera donc autour de la possibilité, de l'éventualité, de disposer ou non des « Fonds » indépendants – appartenant en exclusivité aux facultés – pour réaliser des objectifs concernant l'enseignement et la recherche. Cela sera primordial et se concrétisera dans des facultés « riches » et « pauvres », ou encore, dans des facultés vulnérables au chantage des bailleurs de fonds. Quant à ce dernier précisément, il est à prévoir qu'il s'exercera tant sur l'enseignement que sur la recherche puisque les objectifs idéologiques ou politiques des bailleurs des fonds seront privilégiés.

Les facultés de droit seront donc tentées de « privatiser », de « contractualiser », de « vendre » leurs activités (ou plus honnêtement : leurs diplômes), pour accéder aux sous. Nous verrons de plus en plus de « facultés » strictement privées et commerciales offrant un diplôme en « droit » à celui qui paye. Le diplôme sera donc la marchandise vendue et tant pis si les détenteurs n'ont pas pu se former une « tête juridique » ! Les facultés de droit seront une sorte de « garderie » où tout le monde aura son diplôme à la fin.

C'est donc vers une situation faustienne que se dirigent les facultés de droit : se vendre pour rester des facultés de droit dignes de ce nom, ou refuser de se vendre et vieillir comme des vierges stériles.

5. L'INCOMPRÉHENSION INTERFACULTAIRE VA AUGMENTER

La prochaine thèse défend que l'incompréhension interfacultaire s'amplifie. Bref, le « futur » se décline sous le mode de professeurs qui seront incapables de comprendre ce que font ou pensent les autres professeurs.

Traditionnellement, les professeurs étaient des juristes bien formés. Il fallait avoir une compétence poussée en droit, couronnée par un doctorat en droit. Ce doctorat n'avait en soi guère d'importance à l'égard de la question principale, consistant à savoir si la thèse montrait une habilité de haut calibre quant à un problème juridique et à la façon de traiter adéquatement ce problème. Bref ce qui comptait, c'était la question de l'habilité quant au travail théorique et pratique dans le domaine

du droit et il était légitimement supposé qu'un professeur pouvait, par cette habilité, comprendre et se positionner à l'égard d'une multitude de questions juridiques, sinon idéalement de « tout ». Or, force est de constater qu'il ne s'engage plus de tel professeur, c'est devenu une denrée rare et inaccessible, sinon un idéal non réalisable. Les facultés de droit engagent des « spécialistes – techniciens » dans un domaine et ceux-ci font de la recherche sur leur « bibitte ». Cela constitue tout ce qu'ils savent du « droit », ou plus simplement, de la « bibitte » qui remplace la question de droit.

Le résultat, le « futur », ne sera plus qu'un gouffre de plus en plus profond et inquiétant qui se creusera entre les professeurs. Si le mot « faculté » visait « les professeurs » puisqu'ils la composent, c'est subséquemment le sens même de « faculté » qui serait soumis à une pression de plus en plus forte et comminatoire. Car si une faculté se faisait par intercompréhension, par des dialogues et des liens s'engageant en faveur du « droit », c'est spécifiquement ces liens interfacultaires qui seront soumis à une pression, un stress, où la vocation pour le droit risquera fortement de se voir marginaliser au profit des questions de pouvoir et d'idéologie.

Le risque, le « futur », de voir les facultés de droit sombrer dans différents jeux de « pouvoirs » et d'idéologies est d'ailleurs d'autant plus réel que le climat idéologique d'aujourd'hui pousse, avec force, dans cette direction.

6. LA RECHERCHE COMME ACTIVITÉ DE LUXE

Notre sixième point défend que la recherche sera marginalisée dans les facultés de droit, qu'elle sera l'activité de luxe que le professeur fera la fin de semaine, quand il aurait plutôt dû se reposer.

C'est en fait la conséquence de nos autres thèses : faire de la recherche est un travail Herculéen ou Sisyphien ; cela prend du temps, de la réflexion, de la diligence et ainsi de suite. C'est un travail fastidieux, laborieux où le chercheur, dans le meilleur des cas, s'engage corps et âme pour élucider un topoi juridique ou un problème circonscrit. Or, comment faire de la recherche si les ressources manquent, si les amphithéâtres et les copies à corriger bouffent tout le temps et si l'administration de ceci et de cela dévore le reste ? Comment faire de la recherche sans le

soutien facultaire et dans une ambiance d'hostilité et d'incompréhension ? Pourquoi faire de la recherche si personne n'en veut ?

Il en résulte que la différence entre les facultés « pauvres » et « riches » se traduit dans le fait que les « riches » peuvent se payer des chercheurs réputés et les plus cotés. Ils peuvent ainsi se construire un statut d'excellence et donc utiliser cet atout pour récolter plus d'argent. Les professeurs, dans les facultés « pauvres », rêveront d'immigrer vers les facultés riches ou encore vers des centres ou des chaires de recherche comme solution individuelle de leurs propres ambitions ou « misères ».

Le résultat de la marginalisation de la recherche sera que tout le système des facultés de droit sera boiteux, car si avancer se fait normalement avec deux pieds (formation et recherche), comment progresser si nous n'avons qu'un pied bot (i.e. la tâche de donner la marchandise) ?

7. LA RECHERCHE REMPLACÉE PAR LE « FOURNISSEUR DE PRÉMISSES »

Notre septième thèse soutient que la recherche sera, dans le « futur », remplacée par la production scripturaire s'imposant comme « fournisseur de prémisses ».

Dans une situation où les ressources pour faire de la recherche déclinent et où le soutien institutionnel s'éclipse, il faut être assez intelligent pour faire face, pour être (apparemment) dans le coup et pour récolter de l'argent pour la « recherche ». Ce que nous voulons souligner ici c'est que l'industrie et les gouvernements achètent chacun leurs « chercheurs ». Afin que les universitaires développent pour eux, pour les Gouvernement et l'industrie, les « prémisses » dites de valeurs, d'éthiques, de justification, de politiques, de « droit », etc., que les gouvernements et l'industrie ont besoin pour fonctionner sans friction avec la population. Bref, le travail scripturaire universitaire veut, dans « le futur », se concrétiser comme « fournisseur de prémisses » justifiant toujours une quelconque politique, ou une orientation idéologique rebaptisée de temps à autre « droit », mise en branle par les différentes instances de l'État ou de l'industrie.

Il faut bien se rendre compte que le mépris populaire, à l'égard des politiciens, fait que ceux-ci ont de mal à faire passer leurs « messages ». Un « fournisseur de prémisses » issu d'une faculté de droit est

ainsi l'homme ou la femme rêvé(e) pour faire avaler les pilules et les « messages » politiques, pour les justifier et encadrer tout soi-disant « débat » sur ces prémisses. Toute opposition peut immédiatement être muselée en évoquant notre « expert » provenant de la faculté de droit, toute demande démocratique étant alors reléguée aux calendes grecques.

Précisons que l'exploitation de la recherche pouvait, même aujourd'hui, être faite de cette façon, en se servant illégitimement de celle-ci pour obtenir une légitimation, une justification des politiques étatiques ou de l'industrie. Mais la fonction « critique » de la recherche demeurait pourtant intacte et il existait toujours une limite pour n'importe quelle exploitation clientéliste et idéologique de cette recherche. Or, en tablant sur la logique de « fournisseur », en se mettant ouvertement ou discrètement à son service, le travail scripturaire devient le contraire et l'ennemi de la recherche en droit. Cela devient un élément de la nouvelle obscurité où fusionnent les facultés de droit dans un « sub-service », pourtant bien payant pour les gouvernements et l'industrie.

8. LA RECHERCHE EN TANT QUE CAMELOTE POÉTIQUE

La huitième thèse concernant le « futur » des facultés de droit soutient que nous verrons de plus en plus de « camelote poétique » qui se présentera comme de la « recherche en droit » ou encore de la recherche « novatrice », de « pointe », « d'engagés » et ainsi de suite.

Nous pouvons identifier la « camelote poétique » comme étant toute recherche qui « objectivise », d'une façon ou d'une autre, la question de droit. Bref, qui prétend, illégitimement, savoir quelque chose sur le droit en tant que « chose » sociale, anthropologique, culturelle, pluraliste, multiculturelle et ainsi de suite. L'homme est un animal qui aime la camelote, la pacotille et les feux d'artifice. Puisque la recherche en droit est longue et difficile, elle implique un travail de longue haleine, pourquoi ne pas la remplacer par quelque chose de plus facile, plus plaisant, plus étincelant ? Bref, une « recherche » qui n'a rien à faire avec le « droit », sinon pour abuser du mot en s'en servant pour des raisons idéologiques ou simplement par paresse.

Plusieurs revues « d'Idéo-droit » américaines tombent déjà dans cette catégorie. Si l'on prend un volume annuel de Law and Society

Review, chacun peut, à loisir, constater que le mot même « Law », « droit », a perdu tout sens, ou n'est utilisé que pour faire sexy. La raison est d'ailleurs simple : le droit comme « prose du monde moderne » attire des chercheurs qui tentent de valoriser leurs discours habituels en adoptant le mot « droit » pour se faire lire ou pour se faire publier. Si le monde avait été différent, les auteurs auraient utilisé un autre mot que « droit ».

Il est à prévoir que la recherche dans les facultés de droit lorgnera de plus en plus vers une telle recherche de camelote poétique. Le mot « droit » ne servira plus, à d'autres, qu'à vendre de la « camelote poétique », à qui en veut.

9. LES FACULTÉS DE DROIT COUPANT LE PONT AVEC LA PRATIQUE

Quant à notre neuvième thèse, elle défend que les facultés de droit risquent de couper le pont, de plus en plus, avec la pratique. Nous risquons d'avoir, dans le « futur », une théorie académique du « droit » qui n'a rien à faire, sinon que d'être hostile ou indifférente, à la pratique juridique.

Il s'agit ici d'un développement très sérieux et même inquiétant. Nous observons ici que l'évolution, aussi bien en Europe qu'en Amérique du Nord, tire dans cette direction, avec la situation emblématique de certaines facultés de droit aux États-Unis servant comme locomotive. C'est même une situation paradoxale, dans le sens que c'est le « droit académique » qui sera, par une nouvelle (pas si) sainte alliance qui englobe les facultés de droit et les « top juristes », constituée par différentes couches d'oligarchies « juridiques », mises en avant comme une arme contre la pratique du droit et la valeur juridique de la pratique. La mise sur pied de ce « droit académique », où se conjuguent les facultés de droit et les cours suprêmes, les différentes couches de l'oligarchie « juridique », a donc besoin d'une forte idéologie « camérale » ou « censoriale » qui est, aujourd'hui, en train de forger et de se renforcer au détriment du droit.

Dans l'enseignement comme dans la recherche, la pratique du droit, comme elle touche et affecte le citoyen normal, va graduellement disparaître ou s'affaiblir comme horizon pour les facultés de droit. Elle sera remplacée par le « droit académique » parce que cette conception dogma-

tique et idéologique permet d'accomplir la « vue par en haut » et de servir comme support d'une idéologie camérale ou censoriale également favorisée par les oligarchies « juridiques ».

10. DES PROFESSEURS DÉBOUSSOLÉS

La dixième thèse n'étonnera maintenant personne : les professeurs seront de plus en plus déboussolés. Ils ne perdront pas uniquement le « nord », mais tout sens « critique » et toute orientation en droit, dans la recherche, dans la faculté, dans la politique. Ce qu'ils feront se limitera à donner la « marchandise » et répondre aux « demandes » des clients-étudiants.

Rappelons donc que si une « faculté » est, strictement parlant, uniquement les professeurs, il faut que ces derniers prennent en charge le sens à attribuer à cette situation. L'idéal serait une situation de réflexion sur le fait d'être professeur, de même qu'un travail collectif et un dialogue sur le sens à accorder à ce fait ou encore sur les enjeux de la constitution d'une faculté digne de ce nom.

À cela s'ajoute le problème de la formation même des professeurs. S'il y a un problème avec l'hyperspécialisation dite « en doit », il y a aussi, de plus en plus, un problème quant à la culture juridique des professeurs. Pour fonctionner adéquatement, pour s'orienter, il faut s'assurer qu'un professeur a acquis une culture juridique lui permettant le plus pertinemment possible de fonctionner comme tel !

Mais soulignons qu'il s'agit bien ici des « idéaux » qui se réaliseront de moins en moins, car le temps manque. En fait, être professeur aujourd'hui peut être comparé au travail des pompiers. Il faut gérer les « feux » ou les « interventions ». Autrement dit, gérer les tâches d'enseignement, de recherche et d'administration le plus rationnellement ou bureaucratiquement possible, pour pouvoir respirer. Puisque les « obligations » vont croître d'une façon démesurée, il y aura de moins en moins de possibilité de contact direct et franc avec les étudiants.

Le « futur » sera pire ! Le manque de ressources, etc., fera en sorte que le professeur en droit sera de moins en moins un professeur et de plus en plus un « enseignant », un « spécialiste », un « chargé de cours » et ainsi de suite. Cette perspective est si déprimante que nous ne

voulons rien dire de plus sur les effets désastreux que cela provoquera pour et chez les étudiants.

POUR UN « FUTUR » DIFFÉRENT

En fin de compte, il faut se demander si le « futur » n'est pas déjà présent. Si nous ne vivons pas déjà avec un pied dans ce « futur » en attendant passivement que le deuxième pied soit déplacé, contre notre volonté, dans ce même « futur ». Or, si le « futur » est déjà partiellement ici et qu'il risque bien de s'installer « dans le béton », il faudra quand même se poser les questions : « Est-ce cela que nous voulons ? », « Voulez-vous une faculté de droit qui louvoie entre donner la « marchandise » et répondre aux « commandes ? », « Croyez-vous qu'une formation en droit doit/peut se faire dans un tel cadre ? », « Serez-vous fiers de sortir d'une faculté de droit en lambeau et avec un diplôme qui ne vaut rien ? ».

En ce qui nous concerne, nous disons simplement « No pasarán ! ». Nous nous engageons énergiquement pour une faculté différente, une faculté qui prend au sérieux une formation de l'individu comme juriste, qui forme avant tout des « têtes » capables de fonctionner comme juristes et qui valorise la recherche juridique pour ce qu'elle est, à savoir une « recherche » qui se justifie uniquement par les objectifs même du droit.

Il faut en conséquence avouer que nous sommes, peut-être, trop influencés par un idéal juridique de l'enseignement et de la « faculté ». Peut-être trop convaincus que de se faire une « tête » de juriste, est avant tout une bataille avec une matière, un problème et toujours une lutte avec une question de droit. Un professeur agit, certes, comme un général de l'armée dans cette bataille, mais il n'y aura de victoire qu'en passant par les champs de batailles, par la sueur et les cris, par la boue et le feu, par les escarmouches et les engagements. Lorsque la victoire aboutit, c'est aussi là, paradoxe même des choses, qu'elle appartient toujours à celui qui a effectivement fait la bataille, le « soldat » ou, l'étudiant(e). Le professeur, quant à lui, n'a gagné qu'une bataille !

Livre 2
TOLÉRANCE ET MODERNITÉ JURIDIQUE

Avant-propos

LA TOLÉRANCE SAISIE PAR LA PHILOSOPHIE DU DROIT

Il ne faudrait surtout pas s'imaginer que la tolérance règne en maître sur notre Terre. Trop d'informations doivent convaincre du contraire même le plus borné des naïfs. Les haines, les rancunes, les suprématies de tout ordre, les fanatismes et les intolérances au quotidien n'ont guère disparu, anesthésiés par une quelconque *aufhebungen* sublime. Le début choc de notre 21e siècle, qui a véritablement commencé le 11 septembre 2001, doit nous servir de leçon et surtout nous pousser vers un brin de lucidité.

Le bain de sang du 11 septembre, qui a touché 3 000 personnes, hommes, femmes, et enfants, tous innocents et dans des conditions atroces, nous rappelle que le monde est un endroit où les haines, le terrorisme, la folie meurtrière et l'intolérance, tiennent souvent le haut du pavé et mobilisent, sous des prétextes variables, des complicités et des soutiens très larges. Rappelons ici les images télévisées insoutenables provenant de partout dans le monde et montrant des hommes et des femmes dansant, riant, chantant et se moquant des personnes qui ont si atrocement péri ce jour-là. Ils ont dansé et ri, sans gêne, sans retenue, autour du sacrifice humain, pour célébrer les assassins et dénigrer l'humanité. Or, en réchauffant leur cœur de pierre avec les malheurs des autres, ces autres qui ne comptaient plus pour eux, qui n'avaient plus selon eux le droit de respirer, d'aimer et surtout d'exister, ont-ils montré là autre chose que le visage hideux du fanatisme et de la suprématie religieuse dévoilée dans toute sa laideur ?

Retenons pourtant que les feux et les braises de la haine, du fanatisme, de la suprématie, de l'inégalité et de la discrimination ne sont, hélas, guère réservés à une journée distincte, mais s'imposent souvent en maîtres en transformant chaque jour en enfer pour des millions et des millions d'individus, un peu partout sur notre planète bleue. Certes, l'intolérance mérite sa punition : malheur à toute société, nationale ou internationale, qui laisse les forces de l'intolérance impunies ou en position de nuire ! Néanmoins, si l'intolérance nécessite que nous organisions la riposte et que nous luttions avec détermination, la question de la tolérance ne demande-t-elle pas que nous dénoncions et renoncions à toute neutralité anesthésiante ? Et dans ce but, ne faudrait-il pas également tenir compte de la tolérance comme d'un élément, parmi d'autres, de la lutte moderniste contre l'intolérance ?

Telle que nous la concevons, la tolérance représente effectivement entre les mains des démocrates un outil et un horizon dans le cadre d'une telle lutte. La tolérance, ainsi considérée, s'insère dans la modernité juridique et politique en fournissant une limite à ne jamais franchir et en exigeant un engagement contre les forces de la haine et de l'intolérance. À l'intérieur donc d'une conception démocratique de la modernité juridique et politique, nous avons simplement besoin de la tolérance pour transformer les enjeux sociaux, religieux, ethniques et autres, en mots et en dialogues, pour montrer que vivre en paix et dans la coopération est bénéfique pour tous, et pour dénoncer le terrible gaspillage humain que l'intolérance a produit pendant fort longtemps, trop longtemps d'ailleurs. Ainsi, nous avons besoin de la tolérance pour changer tout cela et pour servir de rempart (mais non de seul rempart) contre les forces de l'hétérogénéité qui aiment nos pleurs, nos craintes et nos dos courbés, même quand marcher débout nous sied si bien.

De ce fait, il convient donc, de reconnaître expressément les mérites des deux approches classiques et majeures concernant la question de tolérance, à savoir, *primo*, l'insistance sur la vertu de tolérance (c'est-à-dire « souffrir [en silence] à cause de l'égarement d'autrui ») et, *secundo*, l'accent sur une politique étatique (et institutionnelle) de tolérance officielle, neutre et bienveillante (souvent nécessaire pour protéger des minorités vulnérables). Ainsi la question de la tolérance, telle qu'elle est pensée par les démocrates, doit nous inciter à reprendre le « dossier » et à insister, surtout aujourd'hui, sur l'importance de

donner davantage de place à l'engagement, aux prises en compte et aux évaluations pouvant situer la question de la tolérance à l'intérieur d'une conception élargie de la modernité juridique. Bref, ne faudrait-il pas plutôt concevoir la tolérance comme une politique d'engagement et de prise en compte situationnelle en l'inscrivant sur l'horizon de la modernité du droit ? Et si nous répondons positivement à cette question, pouvons-nous le faire sans mobiliser également la politique des droits de l'homme ?

Pourquoi conjuguer la question de la tolérance avec la politique des droits de l'homme ? Simplement parce que la question de la tolérance ne doit pas être débattue pour accepter l'intolérable et encore moins pour fermer les yeux, mais pour exposer la situation dans tous ses détails, dans toutes ses souffrances humaines. Tolérance signifie également ouverture : il s'agit de braquer les lumières sur ce qui se passe effectivement dans les différentes sociétés, de s'interroger sur les enjeux réels pour les individus ainsi que sur les contraintes, les silences et les peurs qui accompagnent leur existence. De là émerge d'ailleurs la nécessité de soumettre notre compréhension d'une politique des droits de l'homme à une interrogation de philosophie du droit pour savoir situer plus clairement la question de la tolérance et de l'intolérance.

C'est là qu'intervient alors l'importance de mobiliser l'individu : « Que penses-tu de tout cela ? Quelle est ta réponse ? Ton opinion ? Ton engagement ? » Et si, comme nous le défendons, la tolérance peut également être comprise comme une sorte d'engagement, une sorte de prise en compte qui nous interpelle en tant qu'êtres humains, n'y a-t-il donc pas quelque chose de surprenant dans la situation actuelle où de plus en plus de personnes abdiquent, renoncent et fuient leur statut d'adulte pour se réfugier derrière des « institutions étatiques » ou, simplement, se perdent derrière des paravents « d'éthique publique », « de multiculturalisme » et autres ? N'y a-t-il pas effectivement quelque chose de « malsain » dans le fait qu'ainsi se dérobe la leçon à comprendre : sans engagement, sans prise de position publique, c'est la vie en société qui s'estropie, se réifie et se déshumanise. Pour utiliser une analogie, ne pouvons-nous pas dire que notre engagement et nos prises de position publiques ne sont rien d'autre que des poumons qui rendent la société viable pour tous ?

Que tout cela, en fin de compte, nous amène à la tolérance comme une sorte de politique, comme élément constitutif de l'espace public

et comme enjeu à l'intérieur de ce même espace public, n'étonne certainement personne. Et comme « politique », la tolérance ne peut guère se nourrir exclusivement d'« interdits », qu'ils soient « éthiques » ou « moraux ». La nouvelle « rectitude éthique » représente simplement une fausse solution, même cernée par de généreuses subventions, par le couronnement de nouveaux princes obtenant chacun son « royaume » éthique exclusif. Optons plutôt, *a contrario*, pour une réflexion faisant ressortir les enjeux de la tolérance de leurs carcans historiques, de leurs habits vieillots qui ne lui conviennent plus, et interrogeons-nous le plus largement possible sur le sens à accorder aujourd'hui à ce « concept ».

S'il faut expressément ouvrir la question de la tolérance à la tempête que représente notre modernité, cela signifie simplement fouiller dans tous les coins de nos sociétés, partout, sans gêne et sans tabou, ouvrir les portes fermées et visiter tous les lieux différemment. Dans la mesure du possible, il faudrait écouter les récits qui racontent comment tout cela est (ou a été) vécu, ouvrir nos « textes » pour réfléchir à l'interprétation que nous leur avons donnée ou que nous pouvons leur donner et, surtout, nous assurer que tout cela se hisse, en fin de compte, à un niveau argumentatif. Autrement dit, que tout cela soit relancé sur l'espace public pour y être débattu dans un processus démocratique le plus large et ouvert possible.

Une telle conception de la tolérance aboutit inéluctablement à la question de notre compréhension de la modernité juridique. Nous avons d'ailleurs fait de cette question un thème que nous avons abordé dans plusieurs publications, dont nous rappellerons seulement ici les titres : *Horizons de la philosophie du droit* (1998 et 2004), *Réflexions sur la philosophie du droit* (2000), *Rawls ou Habermas. Une question de philosophie du droit* (2002) ou encore *Considérations juridico-philosophiques* (2005). Ces livres expliquent, quoique toujours dans leurs propres limites, la défense indéfectible de la modernité juridique que nous avons faite nôtre. Retenons, simplement, que la modernité juridique est d'abord considérée comme étant placée sur l'axe d'une critique (et un antidote) contre la conception dogmatique du droit, engloutie dans des considérations techniques ou dans des analyses de concepts, ou encore dans différents placebos « éthiques », « moraux » et « déontologiques » supposés à tort la remplacer. En second lieu, elle est comme toujours conjuguée avec le paradigme démocratique d'un

droit à assurer entre les mains des sujets de droit. Il va sans dire qu'une telle compréhension du droit, se situant désormais sur le plan de sa possibilité éventuelle, ne peut qu'insister, avec zèle, sur sa dimension proprement humaine, sociale, politique et économique, de telle sorte que c'est toujours, en dernière instance, l'individu qui fait le choix entre droit ou non-droit, entre tolérance et intolérance.

Donc, envisager comme nous le ferions la question de la tolérance à l'intérieur d'une modernité juridique toujours en train de se faire, – par conséquent ne pouvant guère être célébrée comme fait (*factum*) sociologique, historique ou de « droit » –, s'explique, comme nous venons de l'indiquer, par un souci réel et juridique en faveur du sujet de droit. Mais aussi, insistons là-dessus, à l'égard de la compréhension de la tolérance, décrite comme nécessaire pour l'épanouissement de tout sujet de droit et indispensable pour réaliser effectivement la modernité juridique. Car espace public rime avec modernité juridique, dans le sens où cette modernité déplace irréductiblement la question de droit en dehors des hauteurs béantes où le positivisme l'a placée, pour la retrouver, spécifiquement, au niveau concret et réel que fréquentent effectivement les hommes, les femmes et les enfants. Donc, contre la dogmatique faussement drapée du « droit », aussi bien dans son versant positiviste qu'« éthique », il s'agit, au contraire, de comprendre que la question de droit ne s'écrit pas comme une donnée, mais comme une possibilité qui s'affirme ou se trahit, et ceci, toujours sur le plan des sujets de droit.

Vues ainsi, la tolérance et la modernité juridique se conjuguent (ou se trahissent) simplement sur ce plan des sujets de droit. Contre les partisans de la « fin » de toute chose, qu'il s'agisse de l'histoire, des grands récits, de l'homme, etc., il s'agit de mettre en avant les individus et la vie en société. Contre les fermetures se résumant dans le goût de la rectitude « éthique » ou « politique », il s'agit de solliciter plus de démocratie, plus d'ouverture et plus de lucidité. Contre le nouveau mode du « silence », il s'agit de préférer le tohu-bohu d'un espace public toujours en ébullition.

Enfin, nous souhaitons préciser que ce livre est présenté et argumenté de telle façon que sa lecture en sera, espérons-le, agréable et plaisante. Il est composé d'articles et de conférences, le tout écrit dans des circonstances variées. Pourtant, subsiste indubitablement un danger de recoupement et de redondance. Conscient de ce risque, nous ne

pouvons d'ailleurs l'assumer qu'en comptant sur l'effet heuristique et la pédagogie argumentative inhérents à nos essais et en sachant pertinemment que le rythme de lecture de nos contemporains est de moins en moins ce qu'il était autrefois, c'est-à-dire de lire un livre d'un trait. La lecture se fait désormais souvent par étape, un article puis un autre, au gré des temps libres de plus en plus rares.

Comme nous le souhaitons, la vue d'ensemble de ces essais sur la question de la tolérance dans la lumière de la modernité juridique les place dans un dialogue social, politique et juridique élargi ; un dialogue où ce qui est véritablement en jeu, c'est nous-mêmes en tant que porteurs d'une modernité juridique où il fait bon vivre.

1

TOLÉRANCE ET MODERNITÉ DU DROIT AUJOURD'HUI[1]

En dernière analyse, admettons que la tolérance fait inévitablement référence à la pratique, à la vie de tous les jours, au face à face des individus dans des contextes particuliers qui sont les leurs. C'est du moins ce que suggère la définition de la tolérance, dans la mesure où elle indique que l'expression des opinions, des croyances et des actions relève de la seule instance de la conscience individuelle[2].

Or, les sociétés modernes démocratiques et pluralistes sont, depuis déjà longtemps, engagées dans un processus d'élargissement et d'accroissement des sphères et du sens de la tolérance, c'est-à-dire dans un processus de multiplication et de diversification des contextes particuliers où la tolérance est maintenant reconnue ou jugée souhaitable. En ce qui concerne le droit, cette évolution se manifeste par des changements d'attitude, par exemple à l'égard de la dissolution familiale, du concubinage ou des différentes formes de « déviances » sexuelles, mais aussi de nombreuses autres pratiques.

---

1. La première version de ce texte a été rédigée pour une conférence donnée le 13 mai 1996, à l'Université McGill à Montréal. Cette conférence a été reprise pour former une deuxième version, écrite avec Paul Dumouchel, intitulée « Penser la tolérance aujourd'hui », Paul Dumouchel et Bjarne Melkevik (dir.), *Tolérance, pluralisme et histoire*, Montréal et Paris, L'Harmattan, coll. *èthikè*, 1998, p. 15-24. Nous proposons ici la version originale légèrement modifiée.
2. Paul Robert, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Société du nouveau Littré, Le Robert, 1966, tome 6, p. 564 et 565. Tolérer : « Considérer avec une certaine indulgence une chose qu'on n'approuve pas et qu'on pourrait blâmer ou condamner formellement ». Tolérance : « Le fait de tolérer quelque chose, de ne pas interdire ou exiger, alors qu'on pourrait ; liberté qui résulte de cette abstention. » Voir Jean-Marc Trigeaud, *Justice et tolérance*, Bordeaux, Bière, 1997.

Il ne s'ensuit pas pour autant que nos sociétés modernes soient, à proprement parler, tolérantes. Pensons à l'exclusion ou au racisme ordinaire, pour ne rien dire des crimes haineux. L'intolérance a aussi son lot dans notre réalité. C'est ce que confirment différents événements ayant défrayé les manchettes ces dernières années. La question du « voile islamique », qui a secoué l'opinion publique tant en France qu'au Québec, montre de façon exemplaire, si besoin était, que la tolérance reste un sujet de préoccupation, au demeurant fort complexe.

Si la tolérance est avant tout une question pratique du vivre ensemble, sa complexité nous amène inévitablement à une réflexion philosophique sur cette pratique et sur ses présupposés. Le droit étant « la prose » du monde moderne, quoi de plus normal en conséquence que d'examiner cette exigence de tolérance à la lumière de la philosophie du droit.

Étudier la tolérance du point de vue de la philosophie du droit n'est pourtant guère possible si l'on ne s'intéresse pas aux transformations historiques du sens de ce terme afin de comprendre la pluralité de significations qu'évoque le mot aujourd'hui. Deux de ces significations nous semblent plus fondamentales : la tolérance comme exigence pour l'individu et la tolérance comme caractéristique des institutions politiques et juridiques. L'ordre que nous suivrons est donc le suivant : dans un premier temps, nous rappellerons rapidement et à grands traits certains événements majeurs de l'histoire qui ont marqué le discours philosophique moderne de la tolérance. Puis, dans un deuxième temps, nous aborderons la question de la pluralité de sens que la tolérance véhicule aujourd'hui, en insistant sur la différence entre la tolérance comme exigence individuelle et la tolérance institutionnelle.

LA TOLÉRANCE ET LA MODERNITÉ

Il convient d'entrée de jeu de dire que les sociétés prémodernes étaient aussi, à leur manière et dans une mesure non négligeable, des sociétés tolérantes[3]. Si nous examinons les sociétés occidentales de l'Antiquité, comme celles du Moyen Âge, force est de reconnaître

3. Norbert Rouland, *L'État français et le pluralisme. Histoire politique des institutions publiques de 476 à 1792*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1995 ; André-Jean Arnaud, *Pour une pensée juridique européenne*, Paris, Presses universitaires de France, coll. Les voies du droit, 1991.

qu'elles comportaient de larges sphères de tolérance. Ces sociétés étaient pluralistes, tant sur le plan humain, sociologique, culturel que juridique. Pour le dire autrement, si ces sociétés étaient fortement inégalitaires et si l'exercice du pouvoir politique y était généralement réservé de façon exclusive à une seule caste, bien souvent elles toléraient néanmoins un degré élevé de différences ethniques, culturelles ou religieuses. La remarque est importante, nous semble-t-il, car elle suggère que, dans une large mesure, ce fut l'avènement de la modernité qui introduisit le problème de la tolérance tel que nous le connaissons aujourd'hui.

En fait, la modernité (à partir du 16e siècle) s'est manifestée sur le plan juridique, aussi bien que politique, par l'instauration de régimes absolutistes. L'absolutisme juridique et politique a vu le jour avec la modernité et reste intimement lié à elle. Or, cet absolutisme a sonné le glas de l'ancien pluralisme au profit du Roi, de l'État, de la Nation, de la Religion et de la Loi. La modernité, comme fait historique, se caractérise ainsi par la volonté, venue d'en haut, de prendre en main les individus, de leur indiquer le chemin à suivre, de les éduquer, c'est-à-dire de les façonner selon les besoins de l'État. L'éducation « publique » est caractéristique de l'absolutisme, et elle demeure un des piliers du monde contemporain.

On pourrait donc s'attendre à ce que les premiers systèmes de pensée de la tolérance soient anti-absolutistes. La chose, nous le verrons, est loin d'être aussi simple. La Religion, *a contrario* de l'État-Nation ou de la Loi, – parce qu'elle contenait déjà, comme le montre entre autres l'argumentation de Locke, une remise en cause de l'absolutisme en matière de religion et une défense de la liberté de conscience – représente en un sens le secteur le plus faible de l'absolutisme du 17e siècle et le plus ouvert à la critique. Il n'est donc pas surprenant que ce soit sur le champ de la tolérance religieuse que se soit déroulé pour la première fois le combat moderne pour la tolérance, c'est-à-dire pour la liberté de penser, de juger et d'agir selon sa conscience dans les affaires privées.

Cependant, il est intéressant de remarquer que les premiers théoriciens de la tolérance, Bayle, Hobbes, Spinoza et même, à sa manière, Locke, du moins dans un premier temps, ont tous fait de l'absolutisme politique une condition de la possibilité d'existence de tolérance religieuse. Tous pensaient en effet qu'un pouvoir politique trop faible

risquait de devenir le jouet d'une faction religieuse particulière à l'exclusion des autres, que la tolérance n'était possible que comme résultat de l'intervention d'un pouvoir politique fort, même si, tout particulièrement pour Locke, il importait au plus haut point de limiter le domaine dans lequel ce pouvoir fort était susceptible d'exercer sa puissance. Cet appui que la tolérance religieuse trouve, dans un premier moment, dans l'absolutisme politique est fondamental, car il indique le lien étroit qui, dès l'origine, existe entre une certaine forme de souveraineté politique et la tolérance comme liberté de conscience dans les affaires privées.

Dans ce combat, l'œuvre de John Locke constitue un jalon important, car, dans sa célèbre *Lettre sur la tolérance* (1689)[4] puis dans *Les Deux Traités du Gouvernement* (1690)[5], Locke, tout en conservant la conception de la souveraineté de ses prédécesseurs[6], conçoit, pour la première fois, la tolérance comme une limite imposée au pouvoir souverain. Dans le monde anglo-saxon, John Locke reste de la sorte la figure emblématique de l'exigence de tolérance. Il n'est donc pas sans intérêt de rappeler que Locke, qui avait reçu une formation théologique puis abandonné une carrière ecclésiastique, était ainsi particulièrement bien formé pour réfléchir sur la tolérance religieuse. Cependant, lorsque Locke écrit sur la tolérance religieuse, il faut comprendre cette tolérance comme un paradigme tout aussi bien applicable à la tolérance politique. Car ce que Locke vise, ce n'est pas seulement de montrer l'absurdité de l'intolérance d'un point de vue religieux, ce que d'autres avaient fait avant lui, mais d'établir la tolérance comme un fait politique.

Une grande partie de la force de l'argument de Locke, en faveur de la tolérance en matière de religion, vient d'ailleurs de sa simplicité :

> La tolérance en faveur de ceux qui diffèrent des autres en matière de religion, est si conforme à l'Évangile de Jésus-Christ et au sens commun

4. John Locke, *Lettre sur la tolérance et autres textes*, Paris, Flammarion, GF, nº 686, 1992 ; John Locke, *Lettre sur la tolérance*, préface Raymond Klibansky, Paris, Presses universitaire de France, coll. Quadrige, 1995.
5. John Locke, *Les deux traités du gouvernement*, Paris, Vrin, 1977.
6. Crawford Brough Macpherson, *The Political Theory of Possessive Individualism, Hobbes to Locke*, Oxford, Oxford University Press, 1962, p. 310 (traduction française, *idem, La théorie politique de l'individualisme possessif de Hobbes à Locke*, Paris, Gallimard, 1971).

de tous les hommes, qu'on peut regarder comme une chose monstrueuse qu'il y ait des gens assez aveugles pour n'en voir pas la nécessité et l'avantage, au milieu de tant de lumière qui les environne[7].

Il y a donc deux fondements à la tolérance : l'Évangile et le sens commun, c'est-à-dire l'obligation et l'avantage. Il s'ensuit, et il importe de le souligner, que Locke ne concevait nullement la question de la tolérance sous l'angle d'un droit moral (*rights*) de la personne. Aucune des deux sources de la tolérance ne fait non plus référence à l'individu comme tel.

La première source, la tolérance enseignée par l'Évangile, condamne en fait l'intolérance comme un vice, comme la négation d'une « Église vraiment chrétienne[8] ». C'est donc un argument de poids de devoir soumettre l'individu et les gouvernements à une exigence de tolérance évangélique et christique.

La seconde source, qui fut sûrement celle qui a suscité le plus d'intérêt *a posteriori* est un argument pragmatique et utilitaire : l'intolérance est source de désordres politiques et de violences, c'est donc au nom du sens commun et de l'avantage économique et commercial que cela procure à la société qu'il faut respecter la conscience individuelle même dans ses égarements[9].

La conjonction des deux arguments indique cependant que le second d'entre eux ne doit pas être vu de façon purement prudentielle. En effet, Locke ne dit pas que la tolérance est de l'ordre du « juste », mais que, pour des raisons de sécurité et d'ordre public, l'État et le citoyen doivent néanmoins s'y plier. Selon Locke, c'est simplement un non-sens pour l'État que de s'immiscer dans les affaires privées du citoyen et spécifiquement dans ses croyances religieuses. L'intolérance est inadéquate dans une société bien ordonnée et le fait qu'elle constitue une ineptie politique est le signe qu'elle peut représenter un foyer de désordre possible.

---

7. John Locke, *Lettre sur la tolérance et autres textes, op. cit.*, p. 167.
8. *Ibid.*, p. 166.
9. Rappelons ici la réputation d'Amsterdam au 17e siècle, comme ayant bâti pouvoir et fortune sur la « tolérance religieuse » : voir Henry Méchoulan (dir.), *Amsterdam au XVIIe siècle, marchands et philosophes : les bénéfices de la tolérance*, Paris, Autrement, coll.Mémoires, no 23, 1993.

Le concept qui consiste à distinguer rigoureusement entre ce qui regarde le gouvernement civil et ce qui appartient à la religion, ou plus précisément au domaine des libertés individuelles[10], est récurrent chez Locke et, par la suite, deviendra central dans le libéralisme classique. Le but du gouvernement politique est de favoriser les intérêts civils des citoyens, leur liberté, l'accroissement de leurs biens temporels, mais rien d'autre. Pareil objectif impose des limites strictes à ce que l'État peut faire, aux buts qu'il peut se donner, aux moyens qu'il peut légitimement mettre en œuvre.

Cette conception paradigmatique de la tolérance chez Locke peut être schématisée à partir des trois axes suivants :

1. La tolérance est une disposition d'esprit ou de conscience, concrétisée comme une règle de conduite consistant à s'interdire toute intervention coercitive à l'égard de personnes ne partageant pas des convictions identiques aux nôtres.
2. La tolérance est une expression du sens commun. Les questions soumises à la conscience de chaque personne ne peuvent simplement pas être l'objet, rationnellement, d'une régulation extérieure.
3. La tolérance classique, *stricto sensu*, résulte de la démarcation entre les questions soumises à la seule autorité de la personne individuelle et les questions portant sur le bien commun. La tolérance institutionnalise cette démarcation en légitimant des actions qui n'empiètent pas sur la vie d'autrui, sur sa liberté et sur ses biens à l'intérieur d'une législation étatique.

Une telle notion de la tolérance la définit, non pas comme un droit, mais comme une vertu essentiellement moderne, parce qu'inséparable d'une certaine conception de l'individu. Vue de cette façon, la tolérance demeure toujours une disposition d'esprit où l'individu se soumet à l'obligation de respecter les choix, les convictions et les valeurs d'autrui, tels que confirmés rationnellement par le tribunal de la conscience et affirmés par une législation étatique.

Ce qui confirme cette disposition comme une vertu moderne, c'est qu'elle impose le respect des choix, des convictions et des valeurs des autres, non pas parce que celles-ci sont bonnes ou réfléchies, mais par pur respect de l'individu qui est l'auteur de ces choix. Il ne s'agit

10. *Ibid.*, p. 168 ; voir : John Locke, *Traité du gouvernement civil, op. cit.*

nullement de la reconnaissance d'un positionnement de droit, même si chacun a la liberté de préférer sa propre conception du monde, mais d'une vertu, le respect d'autrui, dont la qualité fondamentale est de pouvoir mettre en œuvre un dialogue sur le bien-fondé des convictions des uns et des autres. Mieux, une société tolérante de ce point de vue est une société où un tel dialogue a lieu. Une société où chacun reste campé sur ses positions, regarde l'autre avec méfiance et où aucun dialogue n'est possible entre les tenants des convictions opposées, n'est pas une société où la tolérance règne, même si nul n'y est, à proprement parler, lésé en raison de ses convictions différentes.

Nous retrouvons dans une large mesure des arguments semblables chez Bayle[11], chez Voltaire[12], et chez d'autres penseurs de la modernité naissante, sans pour autant que les variantes qu'ils nous proposent puissent faire l'objet d'analyses dans ce cadre[13].

DE LA VERTU INDIVIDUELLE À LA LOGIQUE INSTITUTIONNELLE

Quoique l'argumentation soit développée de manière différente, la tolérance se présente toujours, actuellement, comme une vertu moderne fondée sur le respect de l'individu. Et nous pouvons, sans crainte de nous tromper, affirmer que c'est cet héritage de la modernité que nous retrouvons aujourd'hui dans les pratiques constitutionnelles des sociétés démocratiques telles que, par exemple, les États-Unis, le Canada, le Québec, l'Angleterre ou la France. En fait, la tolérance y apparaît toujours comme un savant équilibre entre les libertés individuelles et les exigences sociales, politiques et économiques qui en sont inséparables, mais aussi toujours comme plus qu'un simple modus vivendi résultant d'un pur raisonnement de prudence.

---

11. Pierre Bayle (1647-1706), *De la tolérance : commentaire philosophique sur ces paroles de Jésus-Christ « contrains-les d'entrer »*, Paris, Presses-Pocket, coll. Agora, Les classiques nº 113, 1992. Sur Bayle, voir Bjarne Melkevik, *Rendre justice à Bayle : à propos de la tolérance et du droit*, dans Bjarne Melkevik et Jean-Marc Narbonne (dir.), *Une philosophie dans l'histoire. Hommages à Raymond Klibansky*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Zêtêsis, 2000, p. 289-305 ; repris dans ce volume.
12. Voltaire (1694-1778), *Traité sur la tolérance*, Paris, Flammarion, coll. GF, nº 552, 1989.
13. Voir cependant Bjarne Melkevik, *Rendre justice à Bayle : à propos de la tolérance et du droit*, *op. cit.*, repris dans ce volume.

Cette conception, la première des deux grandes formes que prend la tolérance dans le monde moderne, a comme particularité de faire reposer tout le poids de la tolérance, aussi bien théorique que pratique, sur l'individu seul. C'est à l'individu d'assurer la tolérance dans la société et c'est en ce sens que la tolérance constitue à proprement parler une vertu. Or cette exigence morale ou de civilité va évoluer dans la pensée contemporaine, et plus précisément dans la philosophie du 20e siècle, où la tolérance sera de plus en plus perçue comme un attribut des institutions. Selon cette conception, c'est aux institutions qu'il revient d'être tolérantes. En un sens, la tolérance doit être l'âme des institutions. Elle n'est plus uniquement une exigence de respect des uns à l'égard des autres, mais une obligation institutionnelle, définissant une société juste, c'est-à-dire une société respectant un certain ensemble de droits individuels.

Ce déplacement de la thématique de la tolérance des individus vers les institutions et la soumission de ces dernières à un test philosophique en vue d'assurer la tolérance aux minorités visibles ou invisibles est un phénomène typique de la philosophie de la fin du 20e siècle, du libéralisme contemporain et surtout de certains de ses développements récents visant la mise en place d'une société pluraliste. Des auteurs comme John Rawls[14], Ronald Dworkin[15], ou Richard Rorty[16], entre autres, incarnent cette conception de la tolérance.

Mais, plus généralement, elle se manifeste dans l'idéal de la neutralité de l'État, laquelle peut être vue comme la forme de réalisation par excellence de la tolérance contemporaine dans une certaine pensée politique. Mais avant de nous pencher théoriquement sur cet idéal, il

14. John Rawls, *Libéralisme politique*, Paris, PUF, 1995 ; *idem, Justice et démocratie*, Paris, Seuil, 1993 ; *idem, Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 2e édition, 1987. Sur Rawls, voir Bjarne Melkevik, *Rawls ou Habermas. Une question de philosophie du droit*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Dikè, 2002.

15. Ronald Dworkin, *L'empire du droit*, Paris, PUF, 1994 ; *idem, Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, 1995 ; *idem, Une question de principe*, Paris, PUF, 1996 ; *idem, Life's Dominium : an argument about aborting, euthanasia, and individual freedom*, New York, Knopf, 1993 ; *idem, Freedom's Law*, Cambrigde (Mass.), Harvard University Press, 1996 ; *idem, Sovereign Virtue : the theory and practice of equality*, Cambrigde (Mass.), Harvard University Press, 2000.

16. Richard Rorty, *Science et solidarité : la vérité sous le pouvoir*, Combas, Éditions de l'Éclat, 1990 ; *idem*, *L'homme spéculaire*, Paris, Seuil, 1998 ; *idem, Objectivisme, relativisme et vérité*, Paris, PUF, 1994.

importe de voir d'abord comment cette nouvelle conception de la tolérance se met en place via un double déplacement théorique.

D'abord s'agit-il d'un déplacement « individualiste » ? Alors que Locke fait de l'individu le lieu d'explication de la tolérance, le libéralisme contemporain, partisan d'un arrangement institutionnel, insiste plutôt sur l'individu comme lieu idéologique. Là où Locke fait reposer la tolérance sur une disposition d'esprit, une vertu individuelle, le respect de l'autre, les contemporains considèrent au contraire la question sous un angle rationnel, comme la question des « choix » individuels et les moyens institutionnels de les protéger. Plus encore, la perspective du « choix » devient le lieu privilégié d'explication de l'homme. Le libéralisme contemporain admet que la totalité contextuelle n'est pas choisie. Il postule toutefois que cet ensemble contextuel n'exerce aucun ascendant moral sur nos choix. Même si les choix qui sont faits par les individus dépendent manifestement du contexte dans lequel ceux-ci naissent puis agissent (contexte social, historique, langagier, communautaire, religieux, économique, etc.), le libéralisme tient cependant pour acquis que ces contextes n'ont pas de statut moral et que les individus n'ont aucun « devoir » envers les contextes dans lesquels ils vivent. Le contexte étant ainsi dépourvu de valeur, l'individu est donc libre d'effectuer ses choix sur le « marché » de la vie, sans contraintes ni devoirs contextuels. Pour que ce choix soit libre, il faut alors une structure institutionnelle rationnelle qui lève les contraintes contextuelles et offre aux individus une égalité dans l'exercice de leurs choix.

S'agit-il ensuite d'un déplacement « axiomatique » ? En fait, l'idéal de neutralité repose sur l'idée, qu'on trouve déjà chez Locke et qui constitue le cœur du libéralisme politique depuis Mills[17]. Selon cette idée, l'État n'a pas à s'immiscer dans ce qui relève de la compétence exclusive des individus, et tout particulièrement dans le fait que chaque individu a le droit de choisir sa propre conception du bien, celle qui va guider sa vie, laquelle est par définition légitime et reste une affaire parfaitement individuelle, tant qu'elle n'empiète pas sur les libertés ou les biens d'autrui. Comme le choix du « bien » est réservé à l'individu, l'État n'a pas pour rôle de se substituer à ce choix, ni d'imposer aux

17. Bjarne Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit*, Paris, L'Harmattan, et Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1998, repris 2004 dans la collection Dikè, p. 66-72.

personnes une conception particulière du bien, même si celle-ci est généreuse et ouverte. Pour le libéralisme, pareille tentative tombe sous le coup de ce que Kant dénonçait déjà sous le terme de « paternalisme ». Le rôle de l'État se limite alors à être « juste », c'est-à-dire à mettre en place, par l'entremise des institutions, des conditions de choix qui soient égales pour tous. D'où, d'ailleurs, la préoccupation dominante du libéralisme de fonder des institutions « justes », c'est-à-dire des institutions qui ne favorisent personne au détriment des autres. Mais aussi, par la construction même d'une hiérarchie réservant le concept de « justice » à l'usage idéologique par l'État et le concept de « biens » au niveau privé, c'est la non-problématisation de ce concept dit de « justice » (comme vertu des institutions de l'État) qui l'annihile et l'obscurcit au détriment de tout débat démocratique quant au sens à accorder à ce concept.

L'idéal de la neutralité a comme objectif, entre autres, de protéger les individus dans des situations ou les contextes qu'ils n'ont pas choisis. La neutralité protège la liberté individuelle, conçue comme liberté de faire des choix individuels et elle empêche, ou du moins vise à empêcher, que les individus soient contraints par des contextes qu'ils ont hérités et qu'il leur a été impossible de choisir. Pensons, par exemple, à l'égalité des chances, à la volonté que chacun, indépendamment de son origine socioéconomique ou ethnique, ait le même accès au système scolaire. Ainsi vue, la tolérance est un paradigme faisant appel à une universalité normative, une normativité qui doit être « égale » pour tous et de laquelle découle l'absence *stricto sensu* de différences de statut juridique entre les différentes catégories de citoyens. La tolérance ainsi conçue constitue un argument puissant contre toute forme de discrimination et de différenciation sociale non fondée.

Cette façon de concevoir la tolérance peut se résumer en trois points :

1. La tolérance est une « vertu » essentielle de l'État, des institutions, des arrangements collectifs, etc.
2. La tolérance exige que ces institutions soient neutres face aux convictions individuelles et impose que ces dernières n'empiètent pas sur la vie, la liberté ou les biens d'autrui.
3. La tolérance relève du domaine de la liberté. Le langage de la tolérance comme vertu est aujourd'hui largement remplacé par

un langage qui considère l'exigence de tolérance comme une protection « institutionnelle ». La tolérance exige en conséquence la mise en place d'un dispositif normatif et institutionnel qui rende l'intolérance non acceptable et la place hors la loi.

La tolérance apparaît alors comme une logique abstraite, normativement universelle et quasi « scientifique », une technique institutionnelle qui vise à façonner les arrangements sociaux en leur imposant de correspondre à un certain idéal philosophique de la justice. Cette logique est ainsi appliquée aux institutions de manière à ce qu'elles deviennent tolérantes face aux complexités contextuelles (socioéconomiques) et à la pluralité des expressions ethniques et culturelles dans nos sociétés modernes.

ENGAGEMENT ET TOLÉRANCE

Cette protection institutionnelle est aujourd'hui fondamentale, indispensable même. On peut cependant se demander si, paradoxalement, le grand absent de ce modèle de la tolérance n'est pas justement l'individu dont on cherche à protéger la liberté de choix.

Certes, les philosophies de la « vertu » des institutions font référence à l'individu. Néanmoins, même si c'est bel et bien l'individu, chez Rawls par exemple, qui doit faire sien le modèle de la société tolérante préconçue philosophiquement, l'individu constitue-t-il encore la référence réelle à partir de laquelle le choix s'effectue ? L'individu a-t-il encore une existence propre qui tienne compte de sa complexité ou ne devient-il que le « point » hypothétique – ou névrotique – d'un raisonnement réglé à l'avance par les exigences du système philosophique[18] ?

En effet, si la tolérance comme « droit » façonnant les institutions est inséparable des différentes politiques de multiculturalisme ou d'interculturalisme, de discrimination positive, etc., il n'en demeure pas moins que ces politiques n'ont de chance de succès que si les individus se révèlent prêts à adhérer à cette conception de la tolérance ou simplement capables de le faire. Or celle-ci, établie du haut vers le bas, c'est-à-dire de l'État vers les citoyens, n'est-elle pas toujours en danger d'être hypothéquée par un déficit sur le plan de l'engagement,

18. Bjarne Melkevik, *Rawls ou Habermas. Une question de philosophie du droit*, *op. cit.*

sur le plan de l'implication personnelle, et donc sur le plan de la démocratie ? Pourquoi être tolérant ? Pour assurer « l'âme » des institutions ! Parce que l'État l'exige !

Les programmes philosophiques, comme ceux de John Rawls dans la *Théorie de la justice* et même encore dans le *Libéralisme politique*, ne sont-ils pas grevés justement par cette difficulté ? Quelle raison y a-t-il d'adhérer à cette conception des institutions politiques à moins d'être philosophe ou constitutionnaliste[19] ?

Si la réponse à cette question se révèle nécessairement négative, force est alors de constater que l'individu, confronté aux politiques prônant la « vertu » des institutions, n'a guère d'autre raison que son avantage personnel de les soutenir et aucune raison de le faire lorsque celles-ci contreviennent à cet avantage. Le dilemme de la tolérance comme vertu des institutions, c'est qu'elle n'engage personne. L'exigence moderne de la tolérance ne risque-t-elle pas, en conséquence, de décliner avec la méfiance toute contemporaine à l'égard des institutions ? La tolérance conçue comme pure vertu individuelle présente le danger de supposer des citoyens héroïques, là où nous rencontrons le plus souvent des hommes ordinaires ou « sans qualités », pour paraphraser Musil. Or, il est clair que l'extension de la tolérance à laquelle nous assistons aujourd'hui aurait été impossible sans son institutionnalisation et sans sa transcription dans le langage institutionnel, car celle-ci a fait de la tolérance un bien inaliénable dont les personnes peuvent jouir indépendamment de toute exigence d'un quelconque mérite moral.

Là où nous voulons en venir, c'est à la nécessité de mobiliser les démocrates. Il faut que la question de la « tolérance » provoque toujours notre modernité juridique et politique sur le plan de notre « oui » ou de notre « non ». Si l'on met ainsi l'accent sur la nécessité de notre assentiment démocratique, la question de la tolérance n'a pas simplement de statut ontologique ; au contraire, nous la produisons à l'égard d'une conception forgée par les ressources libérées par cette modernité. Ainsi, la tolérance est une question qui touche l'espace public de trois façons :

19. *Ibid.*

1. D'abord, en exigeant de toujours fournir des arguments et des raisons concernant ce que nous considérons comme intolérable.
2. Ensuite, en exigeant de prendre partie pour les « victimes », en agissant de façon à les aider, sans leur faire de mal ou sans nuire à autrui.
3. Enfin, en œuvrant toujours en « réciprocité », de façon à ce que la tolérance soit pour tous et nullement le privilège de l'un ou de l'autre.

Il va sans dire que c'est la dernière exigence, celle qui concerne la « réciprocité », qui est la plus importante, peut-être même la clef de toute œuvre politique pour une conception moderne de la tolérance. Car en insistant sur le fait qu'il n'existe pas de « privilège », qu'il ne suffit pas de se cacher illégitimement derrière la position que les « autres » doivent nous tolérer, il s'ensuit précisément que la tolérance est quelque chose que nous nous donnons réciproquement. Il n'y a pas à proprement parler d'objet de tolérance, mais toujours des sujets qui doivent choisir la tolérance pour de bonnes raisons.

Un des risques fondamentaux de la société moderne est que la tolérance devienne un tel « objet », ou, plus précisément, que des idéologies de haine, de suprématie religieuse ou d'intolérance de toutes sortes, se servent de la tolérance institutionnelle pour continuer leurs funestes jeux. Concrètement, le racisme, l'islamisme radical, le fascisme, l'antisémitisme, etc. ne respectent jamais l'exigence de réciprocité. Qu'ils s'excluent eux-mêmes de la modernité juridique et politique révèle qu'ils ne seront jamais véritablement les auteurs d'une conception moderne de la tolérance, mais aussi que nous avons raison de ne pas céder à leurs intolérances, de les combattre nuit et jour, partout où l'image hideuse de l'intolérance se sert de l'une et de l'autre, dresse l'une contre l'autre et trempe des sociétés entières dans le sang et le feu pour prétendument les gagner à leur cause.

Notre deuxième exigence, quant à elle, s'explique sur ce fond même, car les intolérances font toujours mal. C'est la voix individuelle des victimes de l'intolérance qui doit nous intéresser, aussi faible et inaudible soit-elle, c'est elle qui doit nous servir pour faire la lumière sur des situations où des hommes, des femmes et des enfants croupissent dans des milieux qui ne leur permettent guère de marcher débout et de croquer la vie à pleines dents, en toute confiance et en toute

autonomie face aux forces d'hétéronomie religieuse, traditionaliste, etc. qui empestent leur vie. Celui qui s'intéresse à la tolérance n'a aucune raison de s'émouvoir du fait que les forces de l'oppression, de l'hétéronomie, etc. déploient illégitimement le drapeau de la « tolérance », car c'est souvent pour continuer à oppresser, à discriminer, et ainsi de suite. Mieux vaut être franc : c'est notre jugement à l'égard des situations intolérantes qui doit impérativement nous guider.

Quand nous arrivons, en fin de compte, à l'exigence de toujours fournir de bonnes raisons quant à ce que nous avons choisi de considérer comme relevant de l'intolérable, c'est finalement à la démocratie que nous parvenons, non pas à la démocratie d'une quelconque logique restreinte ne visant que des institutions, mais à celle faisant référence aux processus démocratiques permettant aux démocrates d'établir des jugements publics et de les promulguer sous forme d'une législation appropriée. En ce sens, la législation n'est que la forme moderne de la réciprocité, qui exige que l'intolérable cède toujours le pas devant une publicité démocratique la plus large possible, donc la démocratie comme la forme moderne d'une réciprocité non négociable.

En récapitulant ce que nous venons d'affirmer, il en découle que, dans une conception moderne de la tolérance, la démocratie sert à définir l'intolérable. Et, dans cette perspective, notre engagement est toujours sollicité, car dans un monde et des sociétés marquées par le pluralisme factuel, le multiculturalisme officiel et non officiel (et ainsi de suite), l'intolérable peut être plus proche qu'on le croit. Le nouveau mode qui consiste à accepter et à vénérer la discrimination envers les femmes (et plus largement envers la féminité), les non-croyants ou les athées, etc., au nom de ce même pluralisme, multiculturalisme, etc., pose plus qu'un problème : devons-nous nous réserver l'exigence et la promesse de l'égalité et les refuser à d'autres au nom desdits pluralisme et multiculturalisme ? C'est en fait étonnant de constater comment cette idée fait de plus en plus d'émules et comment ceux-ci ne se rendent guère compte qu'ils apportent, par inadvertance ou par gentillesse, plus de bois au bûcher allumé par la haine et l'intolérance.

Sans privilège, sans échappatoire de nul ordre, il faut simplement faire travailler les processus démocratiques. C'est finalement à nous de décrire l'intolérable, comme c'est à nous d'affirmer notre tolérance et les différents « seuils » qu'elle implique dans une modernité en ébul-

lition. Tout cela exige notre engagement qui doit se concrétiser dans l'espace public, seule perspective démocratiquement saine.

UN DERNIER MOT

Les enjeux de la tolérance sont aujourd'hui profondément altérés par rapport à ce qu'ils étaient, il y a trois siècles, en Europe, à la fin des guerres de religion. La question de la pacification religieuse est encore d'actualité dans de larges pans de notre globe et nous n'avons guère à chercher loin pour comprendre le sens aigu de cette question sur le plan mondial, en ce qui concerne le nouveau terrorisme religieux. Cependant, il n'en reste pas moins vrai que dans les pays occidentaux ayant pu profiter pendant des siècles d'une tradition ouverte et réfléchie de tolérance, celle-ci se pose simplement dans des termes nouveaux, notamment à savoir si le succès institutionnel de la tolérance ne menace pas de détruire son enracinement chez l'individu.

Dans la mesure où nous jugeons que cette menace existe effectivement, il nous semble que c'est en déplaçant les enjeux et les exigences de la tolérance vers une conception démocratique et pluraliste de la modernité juridique et politique que pourra aujourd'hui être instauré l'horizon de la tolérance. Comme nous le voyons, la mobilisation des processus démocratiques en ce qui concerne toute question de tolérance a simplement l'avantage de forcer celui qui n'a aucune expérience des processus démocratiques à prendre partie pour apprendre, quoique nous ne nous fassions guère d'illusions, la position de l'autre. En ce sens, les processus bien que démocratiques sont un apprentissage, toujours imparfait, d'écoute de ce que vit autrui, loin des idéologies et des « rectitudes » politiques, morales, ethniques et religieuses dominantes ou simplement à la mode.

Le plus important aujourd'hui, c'est simplement de décider, de choisir démocratiquement ce qui doit être considéré comme « intolérable ». Ainsi, c'est la question de l'intolérable qui doit entrer sur scène, c'est-à-dire dans l'espace public, pour donner en exemple les enjeux de la tolérance dans une société véritablement démocratique. Ce que nous pouvons espérer, c'est un enracinement démocratique de la tolérance et un horizon démocratiquement éclairé quant à l'intolérable.

2

RENDRE JUSTICE À BAYLE : À PROPOS DE LA TOLÉRANCE ET DU DROIT[1]

Raymond Klibansky l'affirme : « Chez Bayle, vous avez vraiment les fondements de la tolérance d'aujourd'hui. Je dirais que nous ne rendons pas assez justice à Bayle[2]. »

C'est en prenant ce jugement de Klibansky pour *leitmotiv* que nous voulons très modestement rendre justice au philosophe calviniste Pierre Bayle (1647-1706). C'est lui qui, le premier, a pavé la route de la conception moderne de la tolérance[3]. Cette conception n'est plus bâtie sur une exigence négative, dans l'acceptation de la souffrance à cause des actes et des croyances d'autrui, comme aurait pu nous le faire croire l'étymologie du mot « *tolerare* » mais elle est plutôt fondée, et bien plus positivement, sur la reconnaissance du privilège qu'a un être de se comporter, de croire, de s'égarer comme bon lui semble. Et

1. Publié dans Bjarne Melkevik et Jean-Marc Narbonne (dir.) *Une philosophie dans l'histoire. Hommages à Raymond Klibansky*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Zêtêsis, 2000, p. 289-305.
2. Raymond Klibansky, *Le Philosophe et la Mémoire du siècle. Tolérance, liberté et philosophie. Entretiens avec Georges Leroux*, Paris, Les Belles Lettres, 1998, p. 224. Repris en livre de poche par Boréal, Montréal, 1999. Voir, également, Raymond Klibansky, « Préface », dans Paul Dumouchel et Bjarne Melkevik (dir.), *Tolérance, Pluralisme et Histoire*, Montréal et Paris, L'Harmattan, coll. *èthikè*, 1998, p. 12.
3. Julie Saada-Gendron (dir.), *La Tolérance*, Paris, GF-Flammarion, coll. Corpus, 1999. Voir Jean-Marc Trigeaud, *Justice et Tolérance*, Bordeaux, Bière, 1997, p. 15 : « La lutte de la justice contre l'intolérance passe en tout cas nécessairement par le combat contre ce mal suprême du non-dit. »

ce, aussi longtemps que cela ne porte pas préjudice aux lois instaurées pour protéger les intérêts de la communauté tout entière.

Loin de nous pourtant l'idée d'analyser la pensée de Bayle dans le contexte des persécutions politico-religieuses consécutives à la révocation de l'édit de Nantes, en 1685, ou encore selon la perspective de l'histoire des idées modernes[4]. En insérant plutôt cette analyse à l'intérieur d'une conception contemporaine de la philosophie du droit, nous voulons étudier comment Bayle conçoit l'idée de tolérance universelle.

Pour mieux saisir cette conception, nous procéderons par thème : d'abord celui du privilège de pouvoir s'égarer, se tromper et errer, du point de vue de ce qui est sous la juridiction de la conscience ; ensuite, celui de la liberté d'agir selon sa conscience ; enfin, celui de la tolérance universelle proprement dite.

LA CONSCIENCE ET LA LIBERTÉ D'ERRER

En ce qui concerne la tolérance, le point de départ de la pensée de Bayle est sûrement le privilège spirituel de l'errance religieuse. Qui plus est, il généralise cette approche à tout ce qui est sous la gouverne de la conscience individuelle. C'est le sens de son livre *Commentaire philosophique sur ces paroles de Jésus-Christ : « Contrains-les d'entrer »*, de 1686-1687[5], où il s'élève contre l'intolérance religieuse que subissaient les protestants dans la France de cette époque. Nous devons en conséquence considérer la question de la « conscience » comme une sorte de juridiction personnelle qui appelle le respect.

---

4. Élisabeth Labrousse, *Pierre Bayle. Hétérodoxie et rigorisme*, Paris, Albin Michel, 1999 (1re édition, La Haye, Nijhoff, 1964) ; Hubert Bost et Philippe de Robert (dir.), *Pierre Bayle, citoyen du monde. De l'enfant du Carla à l'auteur du Dictionnaire*, Paris, Honoré Champion, 1996 ; Jean Delvolve, *Religion, critique et philosophie positive chez Pierre Bayle*, Genève, Slatkine Reprints, 1970 (1re édition, Paris, 1906).

5. Republié sous le titre *De la tolérance. Commentaire philosophique sur ces paroles de Jésus-Christ « Contrains-les d'entrer »*, éd. J.-M. Gros, Paris, Presses Pocket, coll. Agora, série Les classiques no 113, 1992. Nous nous appuyons également sur Pierre Bayle, *Pensées diverses sur la comète* (1683), deux volumes, Paris, Nizet, 1984, et *Ce que c'est que la France toute catholique* (1686), Paris, Vrin, 1973.

Enjeux philosophiques

Il faut commencer notre enquête sur ce « droit de la conscience errante » de Bayle en tentant de faire ressortir les enjeux philosophiques de ses arguments[6].

Soulignons d'abord que le *Commentaire philosophique* s'inscrit dans la lutte contre l'intolérance religieuse en France après que le roi de France eut renié sa parole en révoquant l'édit de Nantes en octobre 1685[7]. Ce furent alors des persécutions cruelles, barbares et « criminelles » à l'encontre des protestants, qui allèrent des dragonnades à l'enlèvement d'enfants, en passant par une panoplie de répressions et de mesquineries. Le frère aîné de Bayle, Jacob, fut lui-même jeté en prison, sans aucun motif, et il y mourut en novembre 1685. Donc, quand Pierre Bayle prend la plume (1686-1687) après la mort de son frère, c'est avec la détermination propre à celui qui entend défendre ses coreligionnaires (calvinistes) muselés dans une France affolée.

Tout lecteur du *Commentaire philosophique* de Bayle ne peut qu'être frappé par le style. Car c'est bien un nouveau style philosophique qui se dessine ; un style de combat audacieux que nous percevons dès les premières lignes de l'œuvre :

> Je prétends faire un commentaire d'un nouveau genre, et l'appuyer sur des principes plus généraux et plus infaillibles que tout ce que l'étude des langues, de la critique et des lieux communs me pourrait fournir. Je ne chercherai pas même pourquoi Jésus-Christ s'est servi de cette expression « contraindre », ni à quel légitime sens on la doit réduire, ni s'il y a des mystères sous l'écorce de ce mot ; je me contente de réfuter le sens littéral que lui donnent les persécuteurs[8].

Tout le sens du passage, comme nous allons le voir, se trouve dans cet ultime message : réfuter les arguments des persécuteurs, montrer qu'ils ne sont que de vulgaires malfaiteurs, révéler que l'État français

6. Joseph Lecler, *Histoire de la tolérance au siècle de la Réforme*, Paris, Albin Michel, 1955 (2 volumes), 1994 (1 volume). Voir également le choix de textes sur la question de tolérance, Joseph Lecler et Marius François Valkhoff (dir.), *Les premiers défenseurs de la liberté religieuse*, Paris, Cerf, 1969, deux volumes.
7. Élisabeth Labrousse, « Une foi, une loi, un roi ? », *Essai sur la révocation de l'édit de Nantes*, Genève et Paris, Labor et Fides, 1985.
8. Pierre Bayle, *De la tolérance*, p. 85 et p. 371-372, qui relatent les mots bibliques concernant la parabole « inviter les pauvres ».

exerce une violence cruelle et mesquine contre une partie de ses citoyens. Le sens de la tolérance est de chasser l'intolérance.

L'essence de la religion chrétienne

La stratégie employée par Bayle est d'insister sur le fait que la conscience est sous la juridiction de l'homme et de Dieu. La question de la conscience est, en conséquence, hors de la portée de la société ou encore de la politique. Parallèlement, elle est étrangère à toute forme de contrat social. Le « droit » de la conscience n'est pas ici le propre de l'individu, comme il le sera malheureusement plus tard chez Locke, mais le privilège propre de l'homme en général. La conscience de l'homme est ce qui est proprement « divin » chez l'homme. C'est le substrat où s'élabore « la règle matrice, primitive et universelle de juger et de discerner le vrai et le faux, le bon et le mauvais[9] ».

Dans notre esprit, il n'y a aucun doute que Bayle était un adepte du fidéisme, avec tout le scepticisme, le pyrrhonisme et l'angoisse existentielle qui s'y greffent[10]. Notre accès à Dieu s'établit par notre faculté de juger ou, en d'autre mots, par notre moralité, comme chez Kant, et nullement par notre faculté de connaître ; ce qui exclut, chez Bayle, toute possibilité de prouver l'existence de Dieu. C'est cette représentation de l'essence de la religion (de Jésus-Christ) que Bayle nous décrit :

> [...] l'essence de la religion consiste dans les jugements que notre esprit forme de Dieu, et dans les mouvements de respect, de crainte et d'amour que notre volonté sent pour lui ; en sorte qu'il est possible que par cela seul un homme fasse son devoir envers Dieu, sans aucun acte extérieur[11].
>
> La nature de la religion est d'être une certaine persuasion de l'âme par rapport à Dieu, laquelle produise dans la volonté l'amour, le respect et la crainte que mérite cet Être suprême, et dans les membres du corps les signes convenables à cette persuasion, et à cette disposition de la volonté ; de sorte que si les signes externes sont sans un état intérieur de l'âme qui y réponde, ou avec un état intérieur de l'âme qui leur soit contraire, ils

9. *Ibid.*, p. 94.
10. Élisabeth Labrousse, *Pierre Bayle*, p. 293-316 ; Olivier Abel et Pierre-François Moreau (dir.), *Pierre Bayle : La foi dans le doute*, Paris et Genève, Labor et Fides, 1995 ; Hubert Bost, *Pierre Bayle et la religion*, Paris, PUF, coll. Philosophies, n° 48, 1994.
11. Pierre Bayle, *De la tolérance*, p. 99.

sont des actes d'hypocrisie et de mauvaise foi, ou d'infidélité et de révolte contre la conscience[12].

Si nous suivons Bayle, il faut, par conséquent, avoir confiance et foi en Dieu. Si l'essence de la religion chrétienne réside, comme il vient de nous le dire, dans les jugements que notre esprit forme sur Dieu et dans notre capacité de comprendre notre foi comme un devoir, il ne s'ensuit pas que notre raison nous amène inéluctablement vers Lui. Comme Bayle le confirme, « nous ne pouvons être assurés qu'une chose est véritable, qu'en tant qu'elle se trouve d'accord avec cette lumière primitive et universelle que Dieu répand dans l'âme de tous les hommes, et qui entraîne infailliblement et invinciblement leur persuasion, dès qu'ils y sont bien attentifs[13] ». Bref, les voies de Dieu sont insondables et la raison humaine n'est qu'une faible faculté humaine toujours sujette à l'errance. Le génie de la foi, c'est d'être à la fois une étincelle qui peut jaillir de la rencontre avec les Évangiles et un pilote pour la raison de l'homme.

Les privilèges de la conscience

Bayle arrive de cette façon à étayer sa théorie des privilèges de la conscience. Les « droits de la conscience [...] sont directement ceux de Dieu même[14] ». Nous devons donc respecter impérativement la conscience d'autrui. Nous n'aurons jamais, et sous aucune prétexte, ni la compétence, ni le « droit » d'y porter atteinte. Tous les intérêts d'une société civilisée doivent céder devant ce qui ne peut être que sous la juridiction de Dieu.

L'errance, en matière de religion, n'est donc que la recherche de Dieu en face d'un mystère insondable. L'errance religieuse prend tout son sens si on la mesure aux mobiles édictés par la conscience de l'individu et dont Dieu seul est juge. Par conséquent, celui qui se permet de juger la conscience d'autrui commet un sacrilège, un acte ignoble, car il s'octroie abusivement une compétence qui est du domaine réservé de Dieu.

Les questions de conscience sont ainsi, chez Bayle, sous la juridiction de Dieu, qui seul peut juger de la rectitude morale de notre

12. *Ibid.*, p. 100.
13. *Ibid.*, p. 89.
14. *Ibid.*, p. 129.

conscience et de notre authenticité personnelle. Mais si Dieu seul est juge, nous sommes en revanche les seuls responsables de cette rectitude, donc aussi les seuls responsables des souillures de notre conscience. Que nous soyons ainsi sur le chemin qui aboutira à Kant ne fait pour nous aucun doute. En effet, la conscience morale et le fait moral qui en découle dépendent de notre faculté de nous juger dans les « yeux » de Dieu, c'est-à-dire au niveau du principe et plus spécifiquement en lien avec le principe essentiel du christianisme : « Il ne faut point faire à autrui ce que nous ne voudrions pas qui nous fût fait[15]. » La morale de Bayle est, comme chez Kant, un devoir de raison.

Les crimes contre la conscience

Il convient de souligner que si la conscience est, comme Bayle l'affirme, sous la juridiction de Dieu, il s'ensuit que les autorités terrestres n'ont aucune compétence proprement dite en matière de blasphèmes et d'hérésies. Seul le tribunal de conscience de celui qui « blasphème » peut servir de mesure pour juger et « punir » un blasphème.

Relativement au blasphème, Bayle défend en effet l'idée que « pour qu'un blasphémateur soit punissable, il ne suffit pas que ce qu'il dit soit un blasphème, selon la définition qu'il plaira à d'autres de donner de ce mot-là ; il faut qu'il le soit selon sa propre doctrine[16] ». Bref, l'individu doit, en pratique, savoir reconnaître une faute par rapport à sa propre conscience. Autrement dit, le crime de blasphème consiste logiquement dans l'autojugement. Tout le reste n'est qu'une question de civilité : tout honnête homme devrait en effet renoncer à l'incivilité et à la grossièreté qui peuvent choquer autrui dans ses croyances religieuses[17]. Mais autrui n'est évidemment pas la collectivité.

Bayle fait le même constat à propos de l'hérésie. Comme il n'existe pas de norme commune, Bayle peut froidement affirmer que : « [...] les magistrats doivent laisser à Dieu seul le soin de châtier les hérétiques qui ne troublent point le repos public, je veux dire qui obéissent aux lois, puisqu'en tant qu'hérétiques, ils ne pèchent pas contre les choses

15. Élisabeth Labrousse, *Pierre Bayle*, p. 94.
16. Pierre Bayle, *De la tolérance*, p. 277 et p. 277-280.
17. *Ibid.*, p. 278.

dont les souverains ont droit d'imposer la nécessité[18] ». Bref, Dieu reconnaît toujours les siens par l'examen de leur conscience, et vouloir dire le contraire serait contraire à la foi.

La tolérance n'est en conséquence nullement une forme de condescendance que l'on peut à tout moment lever, mais un « droit » de vivre selon sa conscience.

Conscience et autolégislation morale

Si nous sommes seuls responsables des mobiles, des principes et des règles de rectitude morale qui doivent gouverner nos actes, il s'ensuit, chez Bayle, que nous devons aussi nous-mêmes en faire la promotion en donnant l'exemple. Bref, Bayle fait de la conscience un domaine d'autolégislation morale. Guidé par la « lumière naturelle », l'homme élabore ses propres règles, principes, maximes, etc., dans un processus d'autolégislation morale qu'on appelle aussi, bien improprement, de « droit ».

Ce processus d'autolégislation est chez Bayle structuré en deux parties : d'abord en un acte d'autolégislation axiomatique, ensuite en un acte d'autolégislation pratique.

Tout d'abord, en ce qui concerne l'acte d'autolégislation axiomatique, Bayle nous présente le jugement de l'homme comme devant impérativement faire sien quelques vérités axiomatiques :

> Un esprit attentif et philosophe conçoit clairement que la lumière vive et distincte, qui nous accompagne en tous lieux et en tous temps, et qui nous montre que le tout est plus grand que sa partie, qu'il est honnête d'avoir de la gratitude pour ses bienfaiteurs, de ne point faire à autrui ce que nous ne voudrions pas qui nous fût fait, de tenir sa parole, et d'agir selon sa conscience ; il conçoit, dis-je, clairement que cette lumière vient de Dieu, et que c'est une révélation naturelle : comment donc s'imaginera-t-il que Dieu vienne après cela se contredire, et souffler le chaud et le froid, en parlant lui-même à nous extérieurement, ou en nous envoyant d'autres hommes, pour nous apprendre tout le contraire des notions communes de la raison[19].

18 *Ibid.*, p. 236.

19. *Ibid.*, p. 95. Voir le commentaire d'Élisabeth Labrousse, *Pierre Bayle*, p. 39-68, sur l'influence du cartésianisme.

Bref, nous pouvons, avec notre raison et avec la bénédiction de Dieu, faire nôtres quelques vérités naturelles ou, *a priori*, qui peuvent nous aider à bâtir et à consolider notre discernement et notre jugement.

Pour ce qui est de l'autolégislation pratique, nous devons souligner que Bayle rejette tout recours aussi bien à l'observation ou à l'expérience qu'à la règle de l'unanimité (c'est-à-dire le consensus). Pour Bayle, seule la conscience éclairée, c'est-à-dire la raison seule, peut ici nous servir[20]. La raison doit, dans cet objectif, se délester de tout ce qui peut la détourner de son chemin, qu'il s'agisse de ses intérêts personnels, de ses expériences, de contextes nationaux, religieux ou autres, ou, enfin, de toutes les autorités hétéronomes dissimulées dans le dédale de nos « particularités ». Seule l'idée de l'équité naturelle, c'est-à-dire le principe à la justesse duquel chacun peut souscrire à la suite d'un cheminement intellectuel fécond, peut être considérée, suivant Bayle, comme répondant à l'exigence de l'autolégislation pratique.

S'y ajoute un troisième volet d'autolégislation psychologique : la question de l'obligation. Pourquoi obéir à l'autolégislation axiomatique et pratique ? La réponse de Bayle est simple : nous le devons[21]. Il est du devoir de notre conscience de ne pas faire de différence entre chrétiens, juifs, musulmans et athées.

Il s'ensuit que la tolérance, comme exigence morale issue d'un processus d'autolégislation, est l'équivalent du principe de rectitude morale. Elle est avant tout un principe universel, celui de ne pas faire à l'autrui ce que nous ne voudrions pas qu'il nous fasse, et ensuite un garde-fou pratique pour éviter d'agir selon « deux poids, deux mesures ». Toute pratique qui ne respecte pas ces principes, dans la dialectique entre notre conscience, où réside la légitimité de ces principes, et la conscience d'autrui, n'est qu'un acte vil et dépravé. La conclusion logique est que toutes les persécutions, discriminations et incriminations dans le domaine de la conscience, perpétrées à l'encontre des juifs, des musulmans, des athées, etc., sont des actes infâmes et abjects. C'est justement ici, sur le plan du principe, que Bayle se distingue de Locke et d'une tolérance circonscrite au plan politique seul[22].

---

20. Pierre Bayle, *De la tolérance*, p. 90, p. 87-88 et p. 92-96.
21. *Ibid.*, p. 95.
22. John Locke, *Lettre sur la tolérance*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 191, avec une préface de Raymond Klibansky. Locke exclut de la tolérance les catholiques (papistes), les athées et les personnes qui nient la distinction entre politique et foi.

LA LIBERTÉ D'AGIR SELON SA CONSCIENCE

La question de la liberté d'agir selon sa propre conscience est bien sûr étroitement rattachée aux privilèges de la conscience. Mais les deux choses ne sont pas équivalentes, car si l'homme est seul avec sa conscience (et avec Dieu), le domaine de l'agir est celui dans lequel nous prenons conscience de notre réalité sociale et politique. Ce que nous allons voir maintenant, c'est que Bayle devient partisan de l'absolutisme politique et juridique, dans la ligne de Hobbes[23] et de Bodin, absolutisme qui est seul capable, selon lui, d'assurer la paix sociale.

La supériorité de la conscience

Si Bayle se présente comme un partisan de l'absolutisme politique et juridique, il fait de son adhésion un choix entre le moindre mal et le pire. Un État fort qui respecte la liberté de conscience des citoyens et qui instaure une paix religieuse est préférable à un État éclaté et faible qui risque de sombrer dans une guerre civile ou religieuse. Bayle prend ainsi une position à contre-courant de toutes les idées philosophiques qui, dès le début de la modernité, ont voulu transférer la juridiction des questions religieuses à l'État, seul capable, selon Hobbes et Bodin, d'assurer la « liberté religieuse »[24]. Il s'agissait pour eux de faire de l'unité religieuse, ou encore de la « liberté religieuse » ou de la tolérance des « hérésies », une question relative *aux intérêts de l'État*, ce qui, pour Bayle, est absurde. Selon lui, les questions de conscience ne doivent, en aucun cas, être le fait de la juridiction de l'État.

Primo, le « droit de la conscience » dépasse toute législation chez Bayle. C'est un domaine sacré, réservé, où la législation n'a pas à interférer. « La conscience, par rapport à chaque homme, est la voix et la loi de Dieu[25]. » La conscience n'a en conséquence que l'homme et Dieu comme législateurs, ce qui, théologiquement, donne de l'autorité aux Évangiles, mais aussi affirme l'homme dans un rôle unique (quoi-

23. Pierre Bayle, *Hobbes*, article du Dictionnaire historique et critique, reproduit en annexe dans T. Hobbes, *Le citoyen*, Paris, GF-Flammarion, 1982, p. 367-378 ; voir tout spécialement p. 369-370, « Les désordres et les confusions du gouvernement démocratique ».

24 Julie Saada-Gendron (dir.), *La Tolérance*, p. 23.

25. Pierre Bayle, *De la tolérance*, p. 146.

que encore restreint) d'« autolégislateur ». C'est cette logique d'autolégislation qui, dans la tradition protestante, devient autolégislation politique chez Rousseau ou autolégislation morale chez Kant.

Secundo, la législation étatique a besoin de notre jugement de conscience pour justifier pleinement son statut légal et exiger notre obéissance : « Il ne suffit pas d'alléguer en général, qu'ils [les sujets] n'ont pas fait ce qu'il [l'État] leur avait commandé ; il faut de plus que l'on montre qu'ils pouvaient faire en honneur et en conscience ce qu'il leur avait commandé[26]. » Et si les sujets ne pouvaient pas le faire, c'est parce que la législation avait ordonné de faire ce que l'honneur et la conscience interdisaient. Dans de tels cas, il ne reste à l'homme que la « désobéissance spirituelle » à une « loi » qu'il juge injuste.

Tertio, si la législation politique cherche le bien commun, cette recherche ne peut pas se faire dans le non-respect des intérêts particuliers du citoyen[27]. D'un côté il y a donc les citoyens, qui ont le privilège de la conscience, et de l'autre, l'État, qui, s'il respecte ce privilège, a la légitimité de créer des lois et de les faire appliquer.

Par conséquent, nous insisterons là-dessus, si le prince adhère à l'absolutisme politique et juridique selon Bayle, il est soumis, sur un plan d'égalité avec ses sujets, au respect du domaine de la conscience. S'il transgresse sa propre juridiction, en tant que prince ou État, il se comporte comme un tyran.

La raison des lois politiques

Sur ce fond, Bayle a introduit une théorie des deux juridictions : d'un côté, une juridiction par l'entremise de la conscience morale et l'universalité des principes et, de l'autre, une juridiction de l'ordre public par l'entremise d'une politique contextualisée. Nous pouvons en conséquence nous approcher maintenant de cette deuxième juridiction en décortiquant la théorie des lois politiques chez Bayle. Il la formule comme suit :

[...] les souverains ayant un droit essentiel et inaliénable de faire des lois, pour la conservation de la république et de la société à laquelle ils commandent, peuvent ordonner sans distinction que tous ceux qui troubleront le repos public par des doctrines qui portent à la sédition,

26. *Ibid.*, p. 144.
27. *Ibid.*, p. 143-147.

au vol, au meurtre, au parjure, seront punis selon l'exigence des cas : et ainsi toute secte qui s'en prend aux lois de la société, et qui rompt les liens de la sûreté publique, en excitant des séditions, et en prêchant le vol, le meurtre, la calomnie, le parjure, mérite d'être incessamment exterminée par le glaive du magistrat[28].

Le pouvoir royal est de cette manière reconnu par Bayle dans son caractère le plus absolu. Celui-ci n'a pas d'autres bornes à respecter que celles que dicte la conscience même du prince. Et cette conscience n'a pas non plus d'autres comptes à rendre que ceux que le prince rend à Dieu. L'État a simplement tout le pouvoir nécessaire, c'est-à-dire le « droit » de faire ce que bon lui semble. Il s'agit bien là d'un absolutisme traditionnel, car il est toujours sous-entendu, chez Bayle, que le roi est tenu de respecter les « lois fondamentales » du royaume, celles-là mêmes qui sont issues des traditions et des coutumes.

En revanche, Bayle ne prône aucun « droit » de révolution ni aucun « droit » de tyrannicide. Ici, il est encore une fois en droite ligne avec Kant[29]. Pour lui, de tels remèdes ne peuvent qu'aggraver les malheurs. À la limite, le chrétien n'a pour Bayle d'autre choix que le témoignage (passif) de son martyr, c'est-à-dire de devenir ce mur symbolique sur lequel avaient déjà buté, par le passé, tant de tyrans.

Tandis que la théorie des monarchomaques gagne du terrain parmi les protestants chassés de France et qu'on discute du projet de lever une armée contre le roi de France et de le supprimer, Bayle se distingue par ses propos[30]. Il s'élève en fait contre Pierre Jurieu (1637-1713) et son livre pamphlet *Lettres pastorales adressées aux fidèles de France qui*

28. *Ibid.*, p. 244.

29. Emmanuel Kant, *Métaphysique des mœurs*. Tome II : *Doctrine du droit. Doctrine de la vertu*, Paris, GF-Flammarion, 1994, p. 137 : « Contre le souverain législateur de l'État, il n'y a donc aucune résistance du peuple qui soit conforme au droit, car c'est uniquement par soumission à sa volonté universellement législatrice qu'un état juridique est possible ; en ce sens, il n'y a pas de droit de *sédition* (*seditio*), encore moins de *rébellion* (*rebellio*), et moins que tout y a-t-il vis-à-vis de lui en tant qu'individu (monarque), sous prétexte qu'il abuserait de son pouvoir (*tyrannis*), un droit de porter atteinte à sa personne et même à sa vie (*monarchomachismus sub specie tyrannicidii*). »

30. Il s'agit des théories de Julius Brutus, pseudonyme de Philippe de Mornay (ou Du Plessis-Mornay, 1549-1623), de Hubert Languet (1518-1581), *Vindiciae contra tyrannos*, 1579, et de Georges Buchanan (1506-1582), *De jure regni apud Scotos*, 1579. Les deux livres ont été republiés aux Pays-Bas en 1660 et en 1668. Notons que les monarchomaques défendaient une théorie du contrat social et de la souveraineté du peuple. Sur les monarchomaques, voir Simone Goyard-Fabre, *L'interminable querelle du contrat social*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1983, p. 119-134.

gémissent sous la captivité de Babylone (1689), qui prône le combat aux côtés du roi d'Angleterre pour en finir avec Louis XIV[31]. Pour Bayle, une pareille politique ne peut que retourner l'opinion des bons citoyens français contre les protestants, sinon mettre toute l'Europe à feu et à sang.

La question de l'ordre public

La conséquence immédiate de la tolérance est que l'État doit laisser les citoyens tranquilles et « se contenter que quant au reste ils obéissent aux lois municipales et politiques[32] ».

Mais cela signifie aussi que tous les signes extérieurs de la religion, en commençant par les temples ou les maisons de prière, soient sous la juridiction de l'État. Si « l'Église invisible », c'est-à-dire l'Église de la conscience, est à l'abri, l'Église temporelle, elle, est bien sous la juridiction de l'État. Certes, se manifeste ici chez Bayle la croyance bien calviniste que l'Église invisible est seule valable, le reste n'étant, à la limite, qu'un décor.

Pour Bayle, l'État n'est pas « neutre ». Il accepte même volontiers qu'une « religion » puisse plaire au prince et il ne s'en offusque point. Fait plus important pour lui, l'État doit s'engager à faire respecter les lois et assurer ainsi la liberté de conviction à ceux qui pratiquent une autre religion. Et c'est justement ici que l'adhésion baylienne à l'absolutisme prend tout son sens. Bayle est convaincu qu'un pouvoir fort et stable, confié aux mains d'un seul homme, peut seul garantir la liberté religieuse et la tolérance. Il n'y a qu'un régime fort qui puisse avoir assez d'autorité pour imposer la paix et le respect des lois. Selon Bayle, le partage du pouvoir, au lieu d'en réduire les abus, tend à les multiplier.

Mais il englobe également dans sa théorie un argument secondaire : seul un pouvoir absolu, la monarchie, sera assez fort pour permettre aux protestants chassés de France de regagner leurs foyers.

A contrario des modes d'aujourd'hui, il nous semble important de souligner que Bayle voit l'État, non pas comme un pouvoir « tolérant » dans son essence, mais bien comme un moyen de lutte contre l'into-

31. Pierre Jurieu, *Lettres pastorales adressées aux fidèles de France qui gémissent sous la captivité de Babylone*, 1689.
32. Pierre Bayle, *De la tolérance*, p. 245.

lérance. La juridiction de l'État, comme Bayle le précise, est de lutter contre l'intolérance. Et seul un État fort et déterminé peut atteindre cet objectif.

LA TOLÉRANCE UNIVERSELLE

La nouveauté, chez Bayle, est qu'il promeut la tolérance universelle, c'est-à-dire la suprématie du principe universaliste de la tolérance sur toutes les croyances non violentes et pacifistes. Certes, les *Commentaires philosophiques* concernent d'abord la souffrance et les injustices durement subies par les protestants de France. Mais c'est pour aussitôt aller plus loin, en voulant faire admettre un principe universel de tolérance. Bayle cherche le principe qui doit gouverner la juridiction « morale » et « politique » et qui, en soi, ne peut se cantonner à une situation particulière, mais doit s'affirmer par son universalité. C'est à ce point que Bayle affirme le principe de tolérance universelle, à la fois sur le plan mondial et à l'égard de toute situation soumise à la juridiction « morale » de l'individu. Nous analyserons ce principe, d'abord par rapport aux catholiques, ensuite par rapport aux membred d'autres religions monothéistes et, enfin, comme principe de la raison.

Construire une réciprocité avec les catholiques

C'est un argument récurrent chez Bayle que les protestants n'ont pas à répondre à l'intolérance qu'ils subissent par l'intolérance envers les catholiques. Au contraire, les protestants doivent, une fois pour toutes, briser cette logique d'intolérance et de pouvoir en admettant et en permettant la libre expression de la conscience catholique. Les princes protestants peuvent se permettre de briser les machinations catholiques (c'est-à-dire l'intolérance), mais sans jamais porter atteinte, de près ou de loin, à la croyance intime des catholiques. Bayle est extrêmement clair à ce sujet :

> Je ne voudrais pas que jamais on laissât leurs personnes exposées à aucune insulte, ni qu'on les inquiétât dans la jouissance de leurs biens, et dans l'exercice particulier et domestique de leur religion, ni qu'on leur fît des injustices dans leurs procès, ni qu'on les empêchât d'élever leurs enfants dans leur créance, et de retirer leurs effets, et après la vente de leurs biens, toutes fois et quantes [c'est-à-dire autant de fois] qu'ils voudraient aller

> s'établir dans d'autres pays, ni qu'on exigeât d'eux qu'ils assistassent par contrainte à des exercices de religion, à quoi leur conscience répugnerait[33].

Bref, il souhaite qu'on laisse les catholiques exercer librement leurs traditions. Bayle ajoute encore un principe que nous trouvons de prime importance. Personne ne doit trouver des avantages matériels à se convertir à la religion dominante :

> Je voudrais qu'il fût établi que tous les nouveaux convertis demeureraient exclus toute leur vie des privilèges et grâces, dont leur première religion les aurait exclus : car par là l'on serait assuré que ceux qui se convertiraient le feraient en vertu de l'instruction, et ne seraient pas des hypocrites[34].

Ce qui souligne l'importance que Bayle attache à la juridiction de la conscience et à la question de sa corruption. Corruption qui serait l'œuvre d'un autre Maître, le Diable ou l'État, dans ce cas précis.

Le respect de la conscience d'autrui

À partir de cette position de tolérance entre chrétiens, Bayle prône la tolérance entre les religions monothéistes, à savoir la tolérance envers les juifs et les musulmans[35]. Bayle exhorte en fait toutes les religions à cesser d'utiliser la violence les unes contre les autres. Il souligne, à l'égard des Juifs, « qu'ils doivent être tolérés »[36] et même qu'il leur est permis de « professer hautement le judaïsme »[37].

En ce qui concerne les musulmans (que Bayle appelle les mahométans), ils sont aussi dignes de tolérance que les Juifs. Bayle imagine même une logique d'échange de missionnaires. La « chrétienté » pourrait accueillir des convertisseurs musulmans en échange de quoi les missionnaires chrétiens « auraient toute permission de prêcher et d'instruire dans leurs pays[38] ». En somme, la tolérance serait réciproque et sans violence.

Le principe universel de tolérance

L'aspect le plus logique du processus de raisonnement de Bayle est la reconnaissance d'un principe universel de tolérance. Un principe

33 *Ibid.*, p. 246.
34. *Ibid.*, p. 226.
35. *Ibid.*, p. 271-275.
36. *Ibid.*, p. 272.
37. *Ibid.*
38. *Ibid.*, p. 273-274.

qui englobe toutes les croyances des hommes, qu'ils soient hérétiques (par exemple les sociniens), hérésiarques (c'est-à-dire ceux qui inventent et prêchent de nouvelles hérésies), agnostiques comme les athées, les païens, etc. Le principe universel de tolérance consiste à reconnaître que l'homme peut lui-même choisir ses croyances en toute liberté. Le résultat sera un « marché libre » des religions et une tolérance mutuelle :

> Si chacun avait la tolérance que je soutiens, il y aurait la même concorde dans un État divisé en dix religions, que dans une ville où les diverses espèces d'artisans s'entresupportent mutuellement. Tout ce qu'il pourrait y avoir, ce serait une honnête émulation à qui plus se signalerait en piété, en bonnes mœurs, en science [...][39].

> Si cela [c'est-à-dire la tolérance universelle] était, la diversité de créances, de temples et de cultes ne ferait pas plus de désordre dans les villes et dans les sociétés, que la diversité de boutiques dans une foire, où chaque marchand honnête homme vend ce qu'il a sans traverser la vente d'un autre[40].

La tolérance est toujours la meilleure solution, car elle met un frein à l'intolérance. Elle ouvre les cœurs des hommes et des femmes et elle sert, en outre, à accroître le bien-être de tous. L'argument de Bayle est que l'intolérance crée le désordre et, à l'opposé, que là où règne la tolérance universelle, tous les citoyens seront gagnants, d'abord et avant tout sur le plan spirituel, mais aussi sur le plan matériel.

Tolérance universelle et psychologie chrétienne

Il faut en dernier lieu rappeler cet argument avancé par Bayle : c'est par la tolérance universelle que le christianisme devra gagner le monde. Car c'est dans cette tolérance universelle que se manifeste, selon Bayle, l'avantage psychologique et moral du christianisme.

Pour affirmer et pour affermir cet avantage psychologique, Bayle recommande aux chrétiens de se repentir et de reconnaître, en faisant leur mea-culpa, tous les actes d'intolérance perpétrés en leur nom. Ils doivent d'abord dénoncer l'intolérance manifestée par les premiers chrétiens à l'égard des païens, puis encore celle des princes « chrétiens » à l'égard des païens. Ils doivent enfin s'élever contre l'intolérance envers

39. *Ibid.*, p. 257.
40. *Ibid.*, p. 268.

les Juifs, les musulmans et tous les autres. Bayle va même jusqu'à se faire l'avocat de Michel Servet, victime du manque de tolérance des calvinistes[41].

Si donc le principe universel tolérance est chez Bayle un principe de raison, nous avons entièrement tort de le croire non-religieux. Le Dieu de Bayle ne souffle pas le chaud et le froid sur l'humanité.

QUELQUES RÉFLEXIONS FINALES

Nous n'avons pas voulu escamoter les raisons religieuses qui ont poussé Bayle à prendre position en faveur de la tolérance universelle. Aujourd'hui, sur le plan international, l'arsenal des droits de l'homme évacue désormais de telles raisons. Tout État, tout individu doit maintenant, en pleine conscience, trouver les raisons à ses propres ralliements. Dès lors que les droits de l'homme ont obtenu un statut juridique, ce n'est plus la question de telle ou telle « conscience » qui compte, mais celle de l'ordre juridique national et international. C'est alors que la tolérance universelle obtient enfin le caractère du « fait de droit ».

Mais une telle manifestation de tolérance universelle ne doit pourtant pas dissimuler un problème de plus en plus aigu, celui de la liberté religieuse. Car s'il existe aujourd'hui un sujet de préoccupation, c'est bien celui de la liberté de religion, de pensée et de conviction. Beaucoup de pays d'Asie et d'Afrique l'ont rejetée et ont institué des politiques de plus en plus intolérantes. Du Tibet à la Chine, en passant par l'Iran, l'Afghanistan, la Libye, l'Indonésie, la Malaisie, et de nombreux pays d'Afrique et d'Asie, ce à quoi nous sommes de plus en plus confrontés aujourd'hui, c'est le visage hideux de l'intolérance religieuse. Ne voyons-nous pas comment, sous l'étendard d'un prétendu « droit islamique » (c'est-à-dire un abus du mot « droit »), la charia ne sert aujourd'hui que les desseins de l'intolérance religieuse et du refus de l'altérité, cette même charia qui se veut un rempart d'intolérance pour des fanatiques déboussolés et leurs zélateurs, unis par la peur d'un droit moderne qui, pourtant, devra nécessairement, et fort heureusement, les toucher un jour.

41. *Ibid.*, p. 278-280. Sur l'affaire Michel Servet (ou Michael Servetus, 1511-1553), voir Claude Bouvier, « La question Michel Servet », Paris, Librairie Bloud, 1908.

Il y a pire encore, et c'est la condamnation à mort prononcée contre Salman Rushdie. Sous nos yeux, 800 millions de musulmans ont été pris au piège tendu par un ayatollah fanatique, plus connu d'ailleurs pour sa répression contre les minorités religieuses en Iran que pour une quelconque connaissance en littérature anglaise. Mais les penseurs occidentaux se sont-ils montrés plus intelligents en ne soutenant que « l'écrivain » et la liberté de création littéraire, là où il eût fallu soutenir le « droit » d'exprimer ses doutes, son scepticisme, ses hérésies et ses révoltes à propos de n'importe quelle religion[42] ?

Ce qui nous manque cruellement aujourd'hui, c'est peut-être une publicité religieuse, comme Bayle nous le propose avec les mots de son temps, pour faire la promotion de la tolérance universelle. Il faut en fait sortir la question religieuse du « tabou » privé (même si cela demeure du domaine de la croyance pour l'un et pour l'autre) pour élargir et alimenter une publicité en faveur de la religion, de la conscience et des convictions pour, bien sûr, soutenir l'individu dans sa liberté de croire, mais aussi pour ouvrir l'individu à des dialogues interreligieux où le plus important sera de comprendre l'autre comme soi-même. Il faut également concevoir que la question de la religion, aujourd'hui, n'est pas uniquement une question « privée », mais aussi une question publique qui, bien souvent, engage les individus dans l'intimité de leur conscience. Et il ne faut jamais oublier que la démocratie ne se construit pas avec des êtres désincarnés, mais avec des hommes et des femmes qui défilent dans la rue, qui ont des convictions et une conscience les rendant aptes à juger.

Une conclusion s'impose : il faut lire Bayle. Car si le style philosophique de nos contemporains tend aujourd'hui vers l'aseptisation des idées, Bayle, bien au contraire, s'engage à fond. Chez Bayle, nous découvrons ce qu'est l'engagement en faveur des hommes, des femmes et des enfants qui souffrent de l'intolérance. Chacune de ses lignes sert à démasquer la logique de la répression et à montrer comment elle pervertit tout et tout le monde. Bayle s'attaque ainsi sans relâche aux oppresseurs de tous genres en les poursuivant jusque dans leurs derniers retranchements. Il est de notre devoir de suivre son exemple.

---

42. Bjarne Melkevik, « Le crime de Salman Rushdie. Réflexion sur *Les Versets Sataniques* », dans *Essais de philosophie pénale et de criminologie*, vol. 1, Paris, L'Édition de l'Archer, p. 83-97 ; repris dans *idem*, *Horizons de la philosophie du droit*, Paris, L'Harmattan ; Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1998, p. 205-220.

3

UN POÈME DEVENU LE SYMBOLE DU COMBAT CONTRE LE NAZISME ET L'INDIFFÉRENCE[1]

Aujourd'hui comme hier, rien ne semble mieux exprimer les exigences modernes de la tolérance que le célèbre poème attribué au pasteur et théologien allemand Martin Niemöller (1892-1984), qui commence par les mots suivants « Lorsque les nazis sont venus chercher les communistes » :

Lorsque les nazis sont venus chercher les communistes
Je n'ai rien dit
Je n'étais pas communiste.
Lorsqu'ils sont venus chercher les sociaux-démocrates
Je n'ai rien dit
Je n'étais pas social-démocrate.
Lorsqu'ils sont venus chercher les syndicalistes
Je n'ai rien dit
Je n'étais pas syndicaliste
Lorsqu'ils sont venus chercher les catholiques
Je n'ai rien dit
Je n'étais pas catholique.
Lorsqu'ils sont venus chercher les juifs
Je n'ai rien dit
Je n'étais pas juif.
Puis ils sont venus me chercher
Et il ne restait plus personne pour protester.

1. Publié sur Internet, à l'adresse www.tolerance.ca, en janvier 2005. Nous remercions le rédacteur du site M. Victor Teboul.

Ce poème, par la saisie presque physique qu'il suscite, pour les reliefs si humains qui s'y dessinent, de même que par la sombre logique qui s'y exprime, nous atteint directement, comme une flèche en plein cœur. Tout d'abord par sa simplicité, par le fait que nous comprenons instinctivement, dans ce poème, les questions en jeu et les destins qui s'y jouent. Mais également, par son appel, par son insistance à étayer de façon si directe la position selon laquelle la tolérance ne se contemple pas uniquement dans la passivité, mais se dessine comme un souci, une préoccupation, qui nous concerne tous, sans détour.

Il est facile d'affirmer que nous vivons aujourd'hui dans une société où nous nous retrouvons, souvent sans choix conscient ou apparent, dans le rôle de spectateur, d'observateur. Cela se confirme sur le plan scientifique, de même que sur le plan culturel, économique, politique.

Si l'on a, certes, affirmé à maintes reprises que nos sociétés glissent effectivement vers « la société de spectacle »[2], vers l'égotisme d'un monde compris comme observation d'« objets », le poème de Niemöller se révèle fort précieux dans la mesure où il nous dévoile toute l'ambiguïté de ce confort de spectateur « neutre » et « désintéressé ».

Niemöller intervient d'une manière bien distincte en nous rappelant que, devant l'intolérance, toute logique d'observation risque de s'engloutir dans la peur, dans la lâcheté, sinon dans l'aveuglement. Et si c'est effectivement le cas, ne devrions-nous pas également dire qu'une conception moderne de la tolérance ne pourra pas uniquement se limiter (comme l'indique l'étymologie) à l'obligation qu'impose notre conscience « de souffrir pour et à la place d'autrui »[3] ?

Il est entendu, bien sûr, que si une telle position ne peut être que fort pédagogique et bien souvent un préalable nécessaire à la tolérance, il faut encore qu'une compréhension de la tolérance puisse se concrétiser pour nous comme une « question » qui exige notre réponse en tant qu'individu et surtout notre réponse en tant que membre d'un « nous juridique » démocratiquement établi.

---

2. Guy Debord, *La société du spectacle*, Paris, Gallimard, coll. Folio, nº 2788, 1996. Véritables « brûlots », les thèses et analyses de Debord méritent pourtant bien notre attention.

3 Raymond Klibansky, « Préface », dans Paul Dumouchel et Bjarne Melkevik (dir.), *Tolérance, pluralisme et histoire*, Montréal et Paris, L'Harmattan, 1998, p. 11 : « En latin classique le verbe "*tolerare*" indique toujours le fait de supporter la souffrance ou de résister à l'adversité. » Voir Istvan Bejczy, « Tolerantia : A Medieval Concept », dans *Journal of the History of Ideas*, vol. 58, nº 3, 1997, p. 3 et suivantes.

Dans la mesure où nous voulons examiner le poème de Martin Niemöller de façon exhaustive, il est préférable d'expliciter d'emblée le contexte de ce poème et de donner davantage d'informations sur son auteur. Ces informations seront primordiales pour le comprendre et, plus encore, pour évaluer l'effet retentissant qu'il a produit, un peu partout dans ce monde, depuis la fin de la deuxième guerre mondiale. Nous pourrons ensuite faire le lien entre le poème et la question de la tolérance.

NIEMÖLLER ET LA RÉSISTANCE AU NAZISME

C'est par sa résistance à la nazification de l'Église protestante d'Allemagne que Niemöller se fait connaître. En septembre 1933, simple pasteur dans la banlieue de Berlin, il proteste quand l'Église protestante est soumise au régime nazi et que les pasteurs « non aryens » sont expulsés.

Niemöller forme avec d'autres pasteurs antinazis une nouvelle organisation nommée la Ligue d'urgence des pasteurs, qui travaille au sein de l'Église pour contrecarrer cette nazification. En 1934, quand l'Église protestante devient l'Église du Reich[4], Niemöller et d'autres opposants rompent avec elle pour fonder l'Église confessante[5]. Celle-ci combat directement, dès 1934, la dictature et surtout l'idéologie nazie comme étant non chrétienne et non morale[6].

4. Bernard Reymond, *Une Église à croix gammée. Le protestantisme allemand au début du régime nazi (1932-1935)*, Genève, L'Âge d'homme, 1980.

5. Paul Tillich, « La situation religieuse actuelle en Allemagne » (1934), dans P. Tillich, *Écrits contre les nazis (1932-1935)*, Paris, Cerf ; Genève, Labor et Fides ; Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1994, p. 171-183 (Original en version américaine dans : *Religion in Life. A Christian Quarterly*, Cincinnati, New York, Chicago, vol. III, nº 2, 1934, p. 163-173.) Niemöller est expressément mentionné comme le « chef » de la résistance anti-nazie : « leur chef le plus actif est un ancien commandant de sous-marin, aujourd'hui démis de ses fonctions par l'évêque du Reich » (p. 173). Niemöller avait effectivement servi comme commandant de sous-marin pendant la Première Guerre mondiale.

6. Paul Tillich, *id.*, p. 181, « Ce nouveau paganisme prend appui sur un sol différent – sur le caractère sacré du sang et du sol, du pouvoir, de la race et de la nation, autant de valeurs que l'éthique chrétienne minimise ». Et en ce qui concerne la situation à l'intérieur de l'Église protestante, il affirme : « À l'intérieur de l'Église, l'aile radicale du groupe dénommé "Mouvement croyant des chrétiens-allemands" a ouvertement préconisé la paganisation du christianisme, s'efforçant d'abolir l'Ancien Testament et de purifier le Nouveau Testament. Plusieurs protestants se sont insurgés contre ce mouvement, qui a ainsi été défait ; mais, ce faisant, on n'a pas mis fin aux tendances païennes à l'intérieur de l'Église. Au contraire, l'aile modérée du mouvement s'est maintenue et, dirigée par

Niemöller fut arrêté en 1937 et envoyé au camp de concentration de Sachsenhausen. Il fut ensuite transféré en 1941 au camp de concentration de Dachau.

En 1945, il est libéré du camp, à la suite de la chute du régime nazi. Il se consacrera par la suite, jusqu'à sa mort en 1984, à la reconstruction de l'Église protestante d'Allemagne. Chose importante, Niemöller était convaincu que l'Allemagne et l'Église protestante partageaient la « responsabilité collective » des atrocités nazies. C'est pourquoi il a été l'un des instigateurs de la « Confession de culpabilité » (*Stuttgarter Schuldbekenntnis*) d'octobre 1945, dans laquelle l'Église protestante reconnaissait qu'elle s'était, par action et omission, rendue « coupable » des atrocités commises par les nazis.

Dans ses écrits et ses sermons, Niemöller revient à de multiples occasions sur cette « reconnaissance de culpabilité » et sur ses implications théologiques et pastorales. C'est aussi par cet aspect que nous arrivons à son poème, comme un symbole de ce qui est en jeu.

COMME SI NOUS ENTENDIONS LES BRUITS DES BOTTES

Il existe effectivement une multitude de versions très différentes de ce poème et il existe même un mystère relatif à la version originale exacte. En fait, aucune version originale n'existe. Pour les uns, les mots de Niemöller, rapportés oralement, ont été repris et reformulés en poème (d'où ses différentes versions) et finalement lui ont été attribués. En revanche, pour d'autres, les mots prononcés oralement en différentes occasions (et donc de différentes façons) sont tous de lui comme autant de sermons devenus poèmes.

Loin de nous l'idée de trancher cette question. Nous acceptons, en tant que philosophe du droit, toutes les versions comme authentiques. Ce qui nous permet d'examiner sobrement et de plus près ce poème dans sa version allemande :

Als die Nazis die Kommunisten holten,

---

l'évêque du Reich et à présent libérée des radicaux de son propre parti, il lui est possible désormais de pénétrer peu à peu toute l'Église. Ce danger est d'autant plus menaçant que l'ancien type de prédication n'a pas réussi à atteindre les masses : il y avait là un véritable problème que l'Église n'a pas su résoudre, et de cette situation les chrétiens-allemands cherchent maintenant à tirer profit. Dans tous ces mouvements, à divers degrés, on assiste à la résurgence des anciens démons que le Christ avait vaincus et à l'asservissement du christianisme ecclésiastique et de l'humanisme chrétien » (p. 182).

habe ich geschwiegen ;
ich war ja kein Kommunist.
Als sie die Sozialdemokraten einsperrten,
habe ich geschwiegen ;
ich war ja kein Sozialdemokrat.
Als sie die Gewerkschafter holten,
habe ich nicht protestiert ;
ich war ja kein Gewerkschafter.
Als sie die Juden holten,
habe ich nicht protestiert ;
ich war ja kein Jude.
Als sie mich holten,
gab es keinen mehr, der protestierte.

Les mots si simples de Niemöller résonnent à l'esprit de celui qui a quelque connaissance de la langue allemande, pour ne rien dire de celui qui la maîtrise à merveille.

Par le rythme et par la tonalité, par la mélodie même, les mots s'entrechoquent comme une réalité où le temps et l'espace s'écroulent dans une logique brute. Comme si nous étions là, comme si nous entendions les bruits des bottes et les hommes qui montent lourdement l'escalier. Ils viennent pour qui ? Pour nos voisins que nous n'avons pas rencontrés dernièrement ? Pour le locataire du 5e avec un drôle de nom de famille ? Viennent-ils nous chercher, nous ?

Il est facile d'imaginer et de se représenter ce poème sur scène dans une pièce de théâtre à la Bertold Brecht. Imaginons un théâtre moderne, comme il ne s'en construit plus. Figurons-nous la salle de spectacle avec des murs en ciment, des tuyaux ouverts dans le plafond, une architecture de nudité et, par-dessus tout, la musique déchirante et sèche d'un Kurt Weill, ou peut-être mieux encore, la musique atonale d'un Hanns Eisler.

Avec le réalisme direct et politique d'un Brecht, nous pouvons uniquement supposer l'effet : la scène dans l'ombre, aucun décor, sinon des draps noirs tombant, la lumière ciblant le narrateur, les bruits et les fureurs en arrière-fond, les cris stridents qui nous viennent d'abord de loin, puis de plus en plus proche, plus proche encore… pour enfin aboutir dans un *crescendo* de bruits de bottes et d'aboiements qui explosent là, devant nos yeux, comme la violence faite homme.

Ce poème ne pourrait-il pas, d'une certaine façon, s'insérer avec bonheur dans la pièce de théâtre intitulée *La résistible ascension d'Arturo Ui*[7], que Brecht consacra à la lutte contre Hitler ? Avec la magie théâtrale d'un brechtien, le poème ne peut que nous faire horreur, sinon bousculer nos certitudes acquises sans réflexion.

« LORSQUE LES NAZIS SONT VENUS CHERCHER LES COMMUNISTES »

Certes, cette dimension brechtienne se perd amplement dans les différentes traductions françaises de ce poème.

Situons toutefois la compréhension du poème dans le contexte de l'Allemagne de 1933. On sait que le président Hindenburg, après avoir balayé les institutions et les procédures démocratiques, remettra délibérément (et donc sans aucune légitimation démocratique) le pouvoir de l'État allemand entre les mains d'Adolf Hitler, ceci pour des raisons de partisanerie politique, si ce n'est pour alimenter de sombres combines et des stratégies de pouvoir[8].

Rappelons que si la dictature d'Hitler a pu s'imposer dès le début avec des meurtres de communistes, de Juifs et de syndicalistes, c'est toutefois par des mécanismes particuliers que la logique de la « mort industrielle » s'est réalisée.

Cela a commencé avec la politique de l'euthanasie destinée aux personnes atteintes de maladies mentales ou dégénératives ou simplement à celles sans espoir de guérison. Il s'agissait d'une logique étatique distribuant la « mort douce » (l'euthanasie) suivant les paramètres d'un eugénisme racial.

Les camps de concentration, pour leur part, mettaient en marche dès 1933 une opération de « mort brutale » avec les privations, la faim, la maladie, le travail concentrationnaire. Cette opération visait d'abord les opposants au régime, notamment les communistes, les syndicalistes et les dissidents religieux (comme Niemöller) et touchera ensuite les « indésirables », c'est-à-dire les Juifs et les Tziganes.

---

7. Bertolt Brecht (1898-1956), *La résistible ascension d'Arturo Ui*, Paris, L'Arche éditeur, 1983 ; *id.*, *Grand'peur et misère du IIIe Reich*, Paris, L'Arche éditeur, 1971.
8. Bjarne Melkevik, « Légalité et légitimité : Réflexions sur les leçons de Weimar selon David Dyzenhaus », dans *Cahiers du droit*, vol, 40, nº 2, 1999, p. 459-477.

Chaque année, d'abord en Allemagne puis dans les pays européens occupés par les troupes allemandes, on verra cette logique de mort devenir une logique de mort industrielle focalisée sur les indésirables.

Les dignitaires nazis réunis à la conférence de Wannsee, en 1941, instaureront une planification cohérente, fonctionnelle et entièrement industrielle, qui sera soumise à la logique funeste de l'élimination de masse.

Dans son livre séminal *Eichmann à Jérusalem*[9], Hannah Arendt nous fait entrer de plain-pied dans cette logique de l'élimination lorsqu'elle explique comment le fonctionnaire Adolf Eichmann, sans âme et sans scrupules, met en œuvre tous ses talents pour organiser le système des trains transportant les Juifs vers les camps de concentration et d'extermination.

Avec sa dextérité organisatrice, Eichmann parvient à surmonter toutes les contraintes qu'impose la guerre, à négocier avec les différents gouvernements nationaux et à convaincre les différents leaders nationaux de la justesse de leurs décisions concernant le destin des Juifs. Quand Arendt raconte son histoire, Eichmann est devant la Cour suprême d'Israël, accusé de « crime contre l'humanité ». La cour écoute sa défense qui consiste à affirmer qu'il s'est contenté de « suivre les ordres »[10] et d'« organiser les transports en train ».

« JE N'AI RIEN DIT, JE N'ÉTAIS PAS COMMUNISTE »

Introduisons d'abord une précaution importante. Le régime nazi a été combattu dès le premier jour. Par des hommes et des femmes qui ont tout sacrifié, jusqu'à leur vie, pour lutter, avec intelligence et

9. Hannah Arendt, *Eichmann à Jérusalem : rapport sur la banalité du mal*, Paris, Gallimard, coll. Témoins, 1re édition 1966 ; 2e édition 1991, coll. Folio/Histoire, no 32, 1991 ; Gary Smith (dir.), *Hannah Arendt revisited : « Eichmann in Jerusalem » und die Folgen*, Frankfurt, Suhrkamp, 2000 ; Seyla Benhabib, « Arendt *Eichmann in Jerusalem* », dans Dana R. Villa (dir.), *The Cambrigde Companion to Hannah Arendt*, Cambrigde, Cambrigde University Press, 2000, p. 65-85 ; Richard J. Bernstein, *Hannah Arendt and the Jewish Question*, Cambrigde (Mass,), MIT Press, 1996 ; Dana R. Villa, *Politics, Philosophy, Terror : Essays on the Thought of Hannah Arendt*, Princeton (N.J.), Princeton University Press, 1999.

10. Bjarne Melkevik, « Diritto, obbedienza ed istituzione militare », dans *Rivista Internazionale di Filosofia del diritto*, vol. LXXX, no 1, 2003, p. 31-50 ; ou, *idem*, « Obedience, Law and the Military », dans *Professional Ethics*, vol. 10, nos 2, 3 et 4, 2002, p. 267-283.

héroïsme, contre la machine nazie[11]. Le fait que l'oppression, les meurtres et les prisons aient été nécessaires pour que les nazis puissent venir à bout de l'opposition, mais sans jamais y parvenir complètement, nous le montre clairement.

Que tous les gens ne soient pas des héros ne nous permet pas pour autant d'affirmer qu'ils sont tous des lâches, des opportunistes ou des collaborateurs silencieux. Une dose de lucidité devrait nous vacciner contre des jugements hâtifs. Il n'en demeure pas moins vrai que de larges pans de la société allemande, dès 1933, s'accommodaient fort bien de l'arrivée d'Hitler au pouvoir[12]. Pour eux, c'était un sauveur, quelqu'un qui pouvait restaurer la dignité perdue de l'Allemagne, mettre en œuvre une politique monétaire et industrielle adéquate, bref, faire tourner les rouages économiques.

Pour l'Allemand moyen, dès 1936, l'Allemagne, c'était les *Volkswagen* et les *Autobahnen* et, de surcroît, l'affirmation ou la promesse de l'accession à la classe moyenne des groupes défavorisés de la société, donc l'impression, de toute évidence fausse, que si le régime avait aussi ses côtés barbares, cela se réglerait par la suite. Que notre jugement puisse, rétrospectivement, se révolter contre tant de naïveté n'enlève, hélas, rien aux faits historiques.

Si nous insistons tant sur cet aspect, c'est parce que Niemöller, dans le poème cité, y fait implicitement référence.

Comme nous le décrit le poème, « ils » sont d'abord venus chercher les communistes.

Il existait déjà une idée largement répandue parmi les conservateurs et les libéraux qu'il ne s'agissait là que de traîtres à la solde de Staline et de partisans de la dictature qui ne goûtaient ainsi qu'à leur propre médecine. Et qui protestait ? Quelques-uns, mais personne ne les écoutait.

Quand « ils » – les nazis – sont venus chercher les sociaux-démocrates, les conservateurs et les libéraux ne pouvaient-ils pas continuer à fermer les yeux, en se disant qu'il ne s'agissait que de « communistes déguisés », avec leur insistance sur l'égalité, voire une peste qui n'avait

11. Peter Hoffman, *The History of the German Resistance 1933-1945*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 3e édition, 1996.
12. Daniel Jonah Goldhagen, *Les bourreaux volontaires de Hitler : les Allemands ordinaires et l'Holocauste*, Paris, Seuil, 1997.

pas beaucoup de respect pour l'ordre, la propriété et le caractère formel du droit ? Qui protestait ? Quelques-uns, mais pas assez.

Ensuite, quand les nazis se sont attaqués aux syndicalistes, qui pouvait pleurer, vu que la presse allemande avait depuis des lustres fait passer le message que les syndicats avaient trop de pouvoir, qu'ils abusaient de ce pouvoir et qu'ils étaient certainement les responsables des débâcles économiques de l'Allemagne. Qui protestait ? Qui disait que ces propos étaient entièrement faux ? Quelques-uns encore une fois, mais ils étaient trop peu nombreux !

Et quand les nazis sont venus chercher les Juifs, qui était là pour protester ? Et parmi les Juifs n'y avait-il pas également des communistes, des sociaux-démocrates, des syndicalistes ? Qui protestait ? Quelques-uns, mais les écoutait-on ?

Vu de cette façon, le dessein des conservateurs et des libéraux de faire échec à la gauche pour s'en débarrasser ensuite – en fait une constante politique dans toute l'histoire politique et philosophique du 19e au 21e siècle – se retourne contre eux. Leurs ruses s'effritent et leur pacte faustien avec Hitler et les nazis les rattrape cruellement. En fin de compte, ils se retrouvent terriblement seuls, car il n'y a plus de gauche pour les protéger contre la politique nazie.

C'est la chape de plomb de la logique infernale du système nazi qui se referme sur eux et qui ne leur laisse qu'un choix implacable : mise en retrait forcée, exil intérieur, intégration dans le mouvement nazi ou, à leur tour, déportation dans le système des camps concentrationnaires.

Il n'y avait tout simplement plus personne pour les défendre contre leurs propres ruses et contre les haines avec lesquelles ils avaient si légèrement joué. Ils avaient certainement lu Faust[13], ils avaient certainement médité sur le pacte faustien, ils n'avaient pourtant jamais compris que ce n'était pas uniquement une histoire de roman classique, mais aussi une leçon qui devrait être apprise : celui qui pactisera avec le diable ne perdra pas uniquement la vie, mais aussi ce qui est encore plus précieux, l'innocence si indispensable au jugement que nous devons, en fin de compte, porter sur nous-mêmes.

13. Johann Wolfgang von Goethe (1749-1832), *Faust* (1 et 2), Paris, Flammarion, 1984. Voir également la version « moderne » de Klaus Mann, *Mephisto* (Paris, Grasset, 1993), où le « Führer » n'est autre que Mephisto.

« IL NE RESTAIT PLUS PERSONNE POUR PROTESTER »

Nous avons pourtant raison de prétendre qu'il y a également une dimension religieuse dans le poème de Niemöller.

Un certain sens pastoral ou encore le tonnerre d'un sermon que l'on ressent dans ce poème peut le laisser croire. Admettons simplement qu'il s'agit de l'ultime réflexion d'un bon Samaritain[14] qui n'est parvenu à secourir personne, étant lui-même interné dans un camp de concentration.

Niemöller aurait pu connaître le même destin que le théologien protestant Dietrich Bonhoeffer[15], pendu dans son camp de concentration le 9 avril 1945, quelques jours avant la chute définitive du régime nazi, justement parce qu'« ils », les nazis, ne voulaient pas qu'il survive.

Soulignons que si, dans la version française citée auparavant, l'accent est d'abord mis sur trois catégories politiques (les communistes, les sociaux-démocrates et les syndicalistes), c'est pour aboutir ensuite, en *crescendo*, aux trois courants religieux. Ce sont d'abord les catholiques qui ont été persécutés, ensuite les Juifs ; en fin de compte, ce sont les protestants de l'Église confessante qui subissent la persécution nazie.

En fait, l'Église confessante prêchait, en harmonie certaine avec les catholiques, que Jésus était Juif ; que le message nazi et leur insistance sur un « christianisme positif » (à l'intérieur d'une philosophie ouvertement païenne !) n'étaient que de la fraude pure et simple ; que le soi-disant « christianisme positif » n'était qu'un leurre jeté par le pouvoir nazi à une population, hélas, trop habituée à confondre le langage du pouvoir avec le message christique.

Niemöller, en tout état de cause, plaide pour le christianisme contre le néo-paganisme nazi et son si séduisant appel à la race, au

14. Luc, 10, 29.

15. Dietrich Bonhoeffer (1906-1945), a été condamné pour avoir participé à « l'Opération 7 » qui permettait à un groupe de Juifs de traverser la frontière vers la Suisse. Il a aussi été impliqué dans la planification de l'assassinat d'Adolf Hitler. Dietrich Bonhoeffer est aujourd'hui davantage connu par ses livres ; par exemple, *idem*, *Éthique*, Genève, Labor et Fides, 1965, et, *Résistance et soumission : lettres et notes de captivité*, Genève, Labor et Fides, 1967. Sur Bonhoeffer, voir Kenneth Earl Morris, *Bonhoeffer's ethic of discipleship : a study in social psychology, political thought, and religion*, University Park, Pennsylvania State University Press, 1986.

sang et à la nation allemande. Il rappelle ce que tout chrétien authentique doit savoir : que Jésus-Christ n'était pas nationaliste, que tout cela est raconté dans les Évangiles, que l'apôtre Paul (qui, entre parenthèses, a également commencé sa vie religieuse en tant que Juif avant de devenir chrétien) le souligne en montrant en quoi consiste le réveil chrétien.

Niemöller n'a pourtant pas besoin de discourir sur les malentendus entre judaïsme et christianisme, qui ont traversé les siècles, mais uniquement d'accentuer cette certitude que les nazis, en attaquant les Juifs, attaquaient également les chrétiens et le sens même du christianisme. Leur religion nazie de « race, sang, nation » était, bien au contraire, à l'antipode du christianisme.

En ce sens plus spécifique, la culpabilité de n'avoir pas pu protéger les Juifs, leurs frères aînés, retombe sur tous les chrétiens comme le défaut de n'avoir pas été à la hauteur, authentiquement chrétiens, face à un monde qui, comme c'est si souvent le cas, vénère toujours de nouveaux veaux d'or.

Lue de cette façon à l'intérieur d'un paradigme chrétien, l'insistance est toujours mise sur celui qu'on souhaite en bout de ligne réveiller, secouer, à savoir le chrétien protestant moyen en Allemagne. Celui précisément qui était certainement si content, tout au long des années 30, de voir les usines tourner à nouveau, des bâtiments nouveaux se construire, les routes entretenues et propres, et les boutiques se remplir de marchandises qu'on pouvait enfin acheter.

En ce sens, la porte devant laquelle « ils », les nazis, s'arrêtent enfin, c'est celle des opposants de l'Église confessante ou simplement celle de la maison de Niemöller lui-même qui, tel qu'il a été mentionné auparavant, sera arrêté, fait prisonnier et envoyé dans un camp de concentration en 1937. Qui était là à ce moment pour protester, pour témoigner, pour porter le flambeau ? Qui était là pour simplement dire non ? Certainement quelques-uns, mais pourquoi tout ce silence ?

« ILS ARRIVENT POUR NOUS CHERCHER »

À présent, insistons sur une différence majeure entre les deux versions françaises mentionnées. Là où l'une parle précisément, comme nous l'avons constaté, des « nazis », l'autre ne parle que d'« ils ».

Ce qui donne, dans une version plus libre et plus proche d'une certaine tradition poétique française, ceci :

Quand ils ont arrêté des communistes,
je ne me suis pas inquiété...
Je me suis dit :
un ou deux communistes
de plus ou de moins...
Quand ils ont arrêté des Juifs,
je ne me suis pas inquiété...
Je me suis dit :
un ou deux Juifs de plus ou de moins...
Quand ils ont arrêté des catholiques,
je ne me suis pas inquiété...
Je me suis dit :
un ou deux catholiques de plus ou de moins...
Quand ils ont frappé à ma porte,
il n'y avait plus personne pour s'inquiéter...

Si nous ne pouvons pas non plus sentir le souffle brechtien, cela nous expose pourtant l'exigence de tolérance et surtout de lutte pour une société pouvant extirper l'intolérance par ses racines. Ne s'agit-il pas là d'une leçon cruellement apprise à cause de la période nazie ?

Alors qu'une version française situe correctement le poème dans la période des atrocités nazies, l'autre le reprend d'une façon atemporelle et non localisée. Par le fait que ce « *ils* » peut aujourd'hui signifier n'importe quelle force d'hétéronomie, d'oppression et de discrimination, celui-ci dégage un parfum plus accentué de contemporanéité et d'actualité.

Car « *ils* » n'ont pas arrêté leur guerre contre l'homme, contre le fait que des hommes et des femmes échappent (ou tentent d'échapper) à leur idéologie ou fanatisme religieux, ethnique ou tribal. En d'autres termes, *ils* continuent encore de tuer, de massacrer, de violer, de mutiler, de discriminer, et ainsi de suite. *Ils* semblent être les seuls êtres humains qui ne dorment jamais, mais continuent, à toute heure, comme si de rien n'était, leur guerre contre l'autonomie humaine, contre toute l'humanité qui échappe à leur emprise, toujours d'ailleurs en suivant la logique meurtrière que décrit le poème de Niemöller, à savoir en tablant sur le silence des uns et des autres, voire sur notre non-héroïsme ou notre discrétion si commune.

LE DÉSIR DE MARCHER DEBOUT

Il faut avouer que c'est la version actualisée, atemporelle et non localisée, qui a, dans une certaine mesure, notre préférence

Le poème de Niemöller est pour nous d'autant plus d'actualité qu'il nous permet de penser les droits de l'homme comme devant se conjuguer non seulement avec la tolérance, mais aussi avec l'engagement.

TOLÉRANCE ET ENGAGEMENT

Il faut sans ambages admettre que la question de la tolérance, avec ses ramifications autant que par l'importance de ses enjeux, nous a entraînés loin. Mais comment peut-il en être autrement avec une notion qui fait appel à la fois à notre caractère, à notre personnalité, à notre système de valeurs, et qui se transmute en principe d'action ?

Or n'avons-nous pas affirmé, initialement, que dans la notion de tolérance se trouvait la question « qui es-tu ? » ou « qui souhaites-tu être ? » ? Car, indubitablement, formulée de cette façon, la question de la tolérance ne pourra pas être uniquement une formule abstraite du devoir, ni un devoir déontologique à la Kant. En toute franchise, il faut plutôt penser la tolérance dans la conjugaison des ressources que possèdent ou que peuvent mobiliser les différentes sociétés et les individus.

En concentrant de la sorte notre regard sur de telles ressources et en visant la question des degrés de tolérance possible – et donc perfectible – dans une société, nous rappelons que la lutte pour la tolérance est toujours d'actualité partout dans le monde. Seuls quelques pays, hélas trop peu nombreux, peuvent aujourd'hui réellement prétendre qu'ils possèdent les « ressources » de mentalités, de droit et de culture démocratique nécessaires pour gérer ouvertement et de façon non discriminatoire les questions de tolérance.

La question de la tolérance, ainsi déplacée et comprise dans son milieu social, rappelle qu'il ne s'agit pas uniquement de convaincre une petite élite, mais surtout d'œuvrer pour que s'enracine en chaque individu une mentalité qui fait de lui un acteur en faveur de la tolérance.

4

ACTEURS DE LA TOLÉRANCE, ACTEURS DU DROIT

Une réflexion préalable à partir du poème de Martin Niemöller nous a appris que le contexte allemand, après 1933, relevait d'une crise grave où la question de droit, de légalité, de légitimité, avait brutalement été annihilée[1]. C'était le triomphe néfaste de la conception associant la question du droit avec le « pouvoir » (ou ouvertement avec la matérialité, l'efficacité, l'État, etc., comme lieu d'explication et de légitimité au bénéfice d'une conception du droit comme pouvoir), l'effacement de la culture juridique (telle qu'elle existait préalablement dans le système juridique allemand) au bénéfice d'un néopaganisme (dénoncé par Niemöller) avec l'insistance sacralisée du slogan « race, sang, nation » et d'un « pouvoir-droit » correspondant.

En mobilisant, *a contrario*, une conception du droit pensée à partir des sujets, les individus, comme acteurs de tout droit, aussi bien sur le plan politique que sur le plan judiciaire[2], une réflexion supplémentaire s'impose en conséquence. Car pour rendre exemplaire une telle conception, ne faut-il pas repenser la question des droits de l'homme et, plutôt que d'insister sur les institutions, mettre toute l'accent sur

1. Bjarne Melkevik, « Un poème devenu le symbole du combat contre le nazisme et l'indifférence », site électronique : www.tolerance.com (janvier 2005), repris dans ce livre. Cf. également Bjarne Melkevik, « Légalité et légitimité : Réflexions sur les leçons de Weimar selon David Dyzenhaus », dans *Cahiers de droit*, vol. 40, nº 2, 1999, p. 459-477.
2. Bjarne Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit*, Paris, L'Harmattan, et Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1998, ou 2004 dans la coll. Dikè ; *idem, Réflexions sur la philosophie du droit*, Paris, L'Harmattan, et Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2000.

les sujets, les individus, comme acteurs des droits de l'homme et de la tolérance, ou simplement de tout droit à l'échelle de l'homme ? Relevant le défi, c'est à partir de cet angle que nous réinvestirons attentivement cette conception en mettant maintenant l'accent sur la lutte pour les droits de l'homme et la possibilité de tolérance comme enjeux démocratiques.

DROITS DE L'HOMME ET SOUVERAINETÉ DE L'INDIVIDU

Insistons sur le fait que le système international des droits de l'homme, issu du système onusien de 1945, englobe aujourd'hui la question de la tolérance, d'abord en mettant entre parenthèses l'obligation de souffrir pour les égarements d'autrui (qui était le sens originaire du mot « *tolerare* »[3]), mais surtout, ensuite, en reconnaissant un système de « libertés » (ou mieux de privilèges) servant à protéger et à se dresser comme bouclier contre les différentes forces de l'hétérogénéité.

On ne peut guère nier que le système onusien était d'abord un système d'engagement des États souverains entre eux[4]. Mais, la beauté de la chose résidait, pour les individus, dans le fait que le lieu d'explication de ce système entier ne pouvait désormais être autre que l'individu. C'est dans la « mise en avant » des individus que le système onusien des droits de l'homme a inauguré une logique du « bas » vers le « haut », une logique d'*empowerment* (c'est-à-dire de « mise en position de privilège ») dans laquelle les individus qui cherchent à se confirmer comme des sujets de droit peuvent se servir des conventions internationales des droits de l'homme à la fois de façon défensive, afin de se protéger, mais également, selon les conjectures d'une situation, afin d'être capables, avec les leurs, de profiter des ressources normatives révélées par ce système onusien, et ce, en vue de la confirmation juridique éventuelle de l'individu. C'est précisément dans la possibilité que ce système devienne du droit positif pour les individus, que réside aujourd'hui tout l'intérêt. Ceci est en opposition avec une conception uniquement éthique ou morale des droits de l'homme.

3. Raymond Klibansky, « Préface », dans Paul Dumouchel et Bjarne Melkevik (dir.), *Tolérance, pluralisme et histoire*, Montréal et Paris, L'Harmattan, 1998, p. 11.
4. Patrick Thornberry, *International Law and the Rights of Minorities*, Oxford, Oxford University Press, 1991.

Ces remarques nous conduisent au cœur de la problématique de la tolérance et des droits de l'homme. Elles nous amènent précisément à la compréhension du fait que les droits de l'homme ne se trouvent pas seulement dans la célébration d'un « texte », ou dans la *fides* à l'égard des institutions, qu'elles soient nationales ou internationales, mais plutôt dans notre engagement, notre positionnement, notre lutte, nos revendications, pour que lesdits droits de l'homme quittent le domaine moral ou éthique au bénéfice d'un ordre juridique confirmé entre les mains des sujets du droit. En conséquence, le système onusien des droits de l'homme ne doit pas être pensé uniquement comme un idéal de tolérance, mais davantage comme un bouclier, une arme contre les intolérances entre les mains des individus, de sorte que toutes les libertés et les privilèges que le système onusien accorde et reconnaît aux individus n'aient d'autres objectifs que de « nous » mettre à l'abri des forces de l'hétéronomie, c'est-à-dire « *ils* »[5].

DROITS DE L'HOMME ET INTOLÉRANCE DES « ILS »

Le système onusien doit (avec toutes les réserves que l'on peut émettre eu égard à son efficacité) nous protéger ou, du moins, informer le reste de l'humanité quand « *ils* » viennent nous chercher parce que nous sommes communistes, sociaux-démocrates, catholiques, juifs, ou simplement quand notre présence, nos opinions, nos idées, notre religion, etc., suscitent de l'intolérance sous une forme ou sous une autre. Toutes les listes des « libertés » issues du système onusien ne font que « revêtir » les individus d'une immunité en tant qu'« homme » et « femme » contre les forces de l'hétérogénéité.

Quand, concrètement, le système onusien proclame la liberté de religion en soulignant spécifiquement que cette liberté implique le libre choix de la religion, la liberté de changer de religion, de même que la liberté de manifester publiquement et paisiblement ses convictions religieuses, il est évident que ceux qui ne respectent pas ces libertés se désignent eux-mêmes comme étant les « *ils* ».

5. L'utilisation de la notion de « ils » s'explique ici par le développement théorique. Notons ici simplement, pour la bonne compréhension, que « ils » se rapportent, précisément, aux forces de l'hétérogénéité de toutes sortes ne respectant pas l'autonomie individuelle et les multiples expressions légitimes de cette autonomie. Voir également, Bjarne Melkevik, « Un poème devenu le symbole du combat contre le nazisme et l'indifférence », *op. cit.*

Quand le système onusien interdit l'ethnocide et l'extermination des minorités ethniques et déclare solennellement le droit de jouir paisiblement de sa propre vie dans les cadres culturels, religieux, éthiques, librement choisis ou agréés, les pays (ou les gens) qui ne respectent pas ces privilèges se désignent eux-mêmes en tant que « *ils* ». Quand le Bangladesh (dans les Chittagong Hills) ou encore l'Indonésie (sur l'île de Irian Jaya) pratiquent des politiques d'ethnocide, d'extermination, de discrimination et d'intolérance religieuse, par ces actes, « *ils* » se désignent eux-mêmes.

Ce qui change en fait avec le système onusien, c'est qu'il force à la réflexion, à thématiser les intolérances, telles qu'elles sont vécues en souffrance, en privation et en douleur par des millions et des millions d'individus sur notre globe. Le système des droits de l'homme introduit un grain de réalisme en permettant de focaliser sur les actes de ceux, c'est-à-dire « *ils* », qui ne permettent pas à leurs populations, ou simplement à autrui, de jouir de la vie et encore moins d'une modernité juridique qu'elles ne connaissent pas encore et qu'« *ils* » abhorrent au profit de leur « droit » (c'est-à-dire obligation) religieux, de leurs valeurs culturelles ou encore de leurs « éthiques » si uniques. En ce sens, le système onusien se caractérise par le fait que ce sont les oppresseurs qui s'identifient à ce qu'ils sont, à savoir simplement des oppresseurs.

L'INTOLÉRANCE ET LE SILENCE DE LA PEUR

Une des choses frappantes dans le poème de Niemöller, *Lorsque les nazis sont venus chercher les communistes*, c'est le symbole même de la passivité [6].

Les uns et les autres semblent tous attendre qu'« *ils* » arrivent à leur tour. Il y a un certain parfum de fatalisme résigné qui se manifeste surtout dans les dernières lignes, lorsque Niemöller souligne : « il ne restait plus personne pour protester ». Certes, il ne s'agit pas ici d'une description historique, car bien des personnes résistaient et luttaient activement et héroïquement contre le régime nazi[7]. Ils ont aussi dû payer un lourd tribut pour leur résistance : camp de concentration,

6. Bjarne Melkevik, « Un poème devenu le symbole du combat contre le nazisme et l'indifférence », *op. cit.*
7. Peter Hoffman, *The History of the German Resistance 1933-1945*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 3e édition, 1996.

mort, exil, etc. Il est pourtant indubitable que la grande majorité s'en accommodait, certains avec enthousiasme, d'autres avec scepticisme, et la plupart en fermant les yeux, car « un ou deux communistes de plus ou de moins… », « un ou deux juifs de plus ou de moins… » ! C'est pourtant à ce niveau que le système moderne des droits de l'homme change les données en faisant apparaître la question du silence, de la peur ou de la « responsabilité politique ».

Soulignons, en premier lieu, que le système onusien met surtout fin au silence, à cette réaction si grégaire voulant que le « je » doive avant tout être « solidaire » des siens. Lorsque « les miens » brûlent, violent, torturent, etc., combien allèguent que tout cela est bien « déplorable », mais aussi que c'est une affaire « interne » que « nous » devons régler entre « nous » ? Quand, aujourd'hui, des églises brûlent en Indonésie ou encore au Nigeria ou au Soudan, les coupables directs portent nécessairement des torches. Or, au-delà d'eux se tissent pourtant également des systèmes de complicité, des silences et des indifférences impliquant l'appareil étatique et de larges pans de la société civile. Quand l'esclavage a refait surface au Soudan, quand l'esclavage persiste en Mauritanie, au Niger, en Somalie, etc., ou encore quand la Birmanie installe un système d'esclavage étatique, qui proteste ? Qui s'intéresse aux milliers de personnes prises au piège d'une pratique inhumaine et dégradante ? Qui profite de ce silence ou qui en profite pour déplacer tout débat utile et pratique vers des débats superflus d'ordre historique sur l'esclavage en islam historique ou encore dans le Sud « *antebellum* » des États-Unis ? Avec en sourdine la quête dite de « réparation » qui résonne avant tout comme de l'argent bien sonnant ! Le système onusien des droits de l'homme nous renvoie simplement toujours l'image que c'est ici et maintenant qu'il faut agir, non pas comme des collectionneurs avides de fonds pour les fautes de jadis, mais comme des hommes et des femmes qui prennent aujourd'hui position relativement aux détresses bien réelles d'autres hommes et femmes.

La logique du silence peut toutefois être plus insidieuse encore. C'est le cas dans la mise sur pied de différentes idéologies « nous » désignant comme les « victimes ». Et comme « nous » sommes des « victimes », ainsi dit l'idéologie, nous ne faisons que nous défendre contre ceux pour lesquels nous sommes déjà préalablement des « victimes ». Mais comme l'autre partie se considère de la même façon, sur une autre base idéologique, souvent plus « victime » que ceux-là et

comme les « autres » ne sont que des barbares, menteurs, etc., c'est plutôt à eux d'utiliser la « défense légitime » et ceci d'une façon « prophylactique ». Et ainsi s'enlisent des conflits, d'année en année, sans solution, mais avec bien des vies perdues, gaspillées, avec bien des haines et du terrorisme. Or, au-dessus de toutes ces logiques existentielles d'ami et d'ennemi, si chères à leur théoricien principal, Carl Schmitt[8], le système moderne des droits de l'homme introduit *a contrario* plus qu'un cadre de jugement : une exigence de restriction des actes. Plus précisément, une exigence qui consiste à renoncer au cercle vicieux, à la spirale de la violence et au besoin de chercher de l'aide en vue de régler les problèmes, en vue de briser l'idéologie du « silence » au profit d'une prise en compte réelle et sur la base des droits de l'homme.

Constatons d'ailleurs que le système des droits de l'homme nous oblige à focaliser sur le futur. Le passé est le passé, il n'y a plus rien qui puisse être changé. Certes, des jugements doivent être formulés, mais même les jugements sur le passé se font dans le futur. Si les « cartes » peuvent à ce point être redistribuées, la « partie » qui vient d'être perdue l'est simplement pour toujours et les morts ne retourneront pas parmi les vivants. D'où la nécessité de viser le futur, de s'assurer que le futur ne sera pas simplement l'ultime répétition du passé, mais que cela changera ! En d'autres termes encore, le système des droits de l'homme ne nous oblige-t-il pas à apprendre de nos fautes ?

LES DROITS DE L'HOMME COMME ENGAGEMENT POUR LA TOLÉRANCE

Un des aspects les plus marquants dans ce que nous venons d'affirmer concerne l'insistance sur la victime. Il faut tout simplement une prise en compte normative ou encore un « souci » de et en faveur de la victime. C'est la violence subie qui définit le fait d'être une victime et nullement une quelconque idéologie. Quoique nous ayons déjà pu auparavant toucher cette dimension, le moment est maintenant venu de voir un peu plus clair dans cette problématique.

8. Carl Schmitt, *La notion du politique*, Paris, Calmann-Lévy, 1972 ; *idem, Théologie politique*, Paris, Gallimard, 1988. Pour une critique, voir Jürgen Habermas, *Écrits politiques. Culture, droit, histoire*, Paris, Cerf, 1990, p. 127-137.

La perspective de la victime, la victime de la violence des autres, nous renseigne davantage que mille traités juridiques sur la question de la tolérance et des droits de l'homme. Au-delà de sages ouvrages, dont nous ne nions en rien l'importance, la question de la victime nous donne simplement une perspective, car elle nous montre, au-delà des mots, que la violence fait mal, que la violence ne supprime pas uniquement des vies, mais aussi qu'elle inflige des séquelles corporelles, psychologiques et sociales, comme autant de fardeaux que portent, chaque jour de leur vie, nos concitoyens ou les citoyens cosmopolites d'un monde en changement rapide. En règle générale, le fait que la violence est, hélas, toujours infligée aux êtres qui sont les plus vulnérables, comme les femmes, les enfants, les aînés, etc., ne fait que renforcer un tel jugement en aiguisant notre conscience. En contrepoint d'un regard désincarné, un regard lucide et concret s'impose, insistant sur les hommes, les femmes et leurs enfants, qui ont besoin de la protection internationale des droits de l'homme. C'est sur le terrain, dans les situations et dans les pays où les droits de l'homme sont systématiquement ignorés, qu'il faut donner existence et voix aux « victimes », à ces victimes qu'on oublie trop vite.

Ainsi, comme Lukas K. Sosoe nous le rappelle, le premier pas d'une prise en compte de la perspective des victimes « se heurte [...] d'emblée à l'expérience fondamentale de l'indicible qu'est la souffrance qui n'est autre que l'expression ultime de notre attachement à la vie ! Car, si la mort peut être une délivrance, la souffrance exprime notre acceptation de vivre avec ce qui peut-être ne fait point sens. Faut-il alors choisir entre "comprendre" et "ne pas comprendre" la souffrance ? Faut-il alors voir dans l'éthique du corps meurtri l'épuisement de toute prétention de la raison, sa totale abdication devant la vie[109] ? »

> En d'autres termes, Sergio Cotta nous éclaire sur le fait que nous pécherions toutefois par naïveté en croyant que [...] la violence pourrait disparaître comme un cauchemar nocturne. Elle est, et demeure, une possibilité réelle, implicite dans la condition de finitude et d'indigence de l'homme. Il ne sert à rien de la nier ou d'en nier la connexion avec cet instinct de mort dont la présence, depuis Freud, a été soulignée par

9. Lukas K. Sosoe, « La victime : pour une approche éthique du corps meurtri », dans Paul Dumouchel (dir.), *Comprendre pour agir : Violences, victimes et vengeances*, Paris, L'Harmattan et Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Dikè, 2000, p. 65-88, p. 75 et suivantes.

> la psychanalyse. Ce qui importe, en revanche, c'est d'arriver à la comprendre non pas comme la seule, mais comme une des possibilités de la condition humaine : celle qui, précisément, se refusant à toute écoute du message relationnel de la structure ontologique, consiste en une réaction, immédiate et passionnelle, à l'affrontement des différents événements et des sensibilités empiriques, Bref, la violence est une menace toujours présente, elle n'est pas une fatalité. Il est possible alors de trouver une voie sans équivoque qui permette de s'opposer à sa tentation et d'en empêcher l'explosion[10].

La haine et la démesure que représente l'intolérance nous rappellent ce qui est ultimement en jeu dans l'exigence de tolérance. Il s'agit simplement d'en finir avec la funeste logique de l'intolérance, à savoir de produire des victimes, de produire le « mal », comme autant d'actes de la démesure humaine, voire de la folie humaine, apportant encore et toujours de la chair humaine pour satisfaire la faim insatiable de Baal.

Certes, il faut toujours juger lucidement et avoir conscience que nous pouvons également être manipulés pour de mauvaises raisons. Pourtant, dans la perspective de la « victime », nous avons incontestablement la plus grande certitude pour réclamer des comptes, pour demander simplement pourquoi la victime est devenue cette victime-là.

DROITS DE L'HOMME ET DÉMOCRATIE

Pour clore ce débat, ne devrions-nous pas affirmer que les droits de l'homme demeurent toujours et encore impuissants ou simplement précaires sans véritable démocratie enracinée dans une culture de démocrates ? Et n'en va-t-il pas de même avec la tolérance, car quand les passions meurtrières se déchaînent, quand le fanatisme ou le fondamentalisme s'enflamme, quand la haine et la démesure règnent, quand les masques tombent et que l'oppression religieuse et politique s'installe, que nous reste-t-il de l'alliance des démocrates ?

En ce sens, il nous semble impossible d'établir tant les droits de l'homme que la tolérance, sans les ressources, individuelles et institutionnelles d'une démocratie sûre d'elle-même.

---

10. Sergio Cotta, *Pourquoi la violence ? Une interrogation philosophique*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Dikè, 2002, p. 126.

5

MULTICULTURALISME, DROIT ET TOLÉRANCE

Le multiculturalisme est-il autre chose que la reconnaissance d'autrui, ou, en d'autres termes encore, un accueil de la tolérance en faveur d'autrui et des multiples expressions des « identités » portées par l'homme ou la femme modernes ? En effet, si nous écartons toutes les définitions du « multiculturalisme » qui n'insistent que sur les faits – des phénomènes qui se déclinent vite comme des banalités quotidiennes de nos existences au 21e siècle –, une réponse plutôt affirmative s'impose évidemment. Le multiculturalisme apparaît alors comme un élément d'une culture de tolérance, et nous tous comme des acteurs de cette culture de la tolérance.

Au début du livre de Michael Walzer intitulé *Traité sur la tolérance*, l'éveil à la tolérance, qui s'effectue avec l'abandon de l'autosatisfaction d'être un objet de tolérance au bénéfice de la compréhension que nous sommes toujours, avant tout, son acteur, est présenté en ces termes : « En tant que juif américain, j'ai d'abord grandi en me considérant comme objet de tolérance. Ce n'est que bien plus tard que j'ai également reconnu en moi le sujet, l'agent ayant lui-même vocation à en tolérer d'autres, y compris certains de mes coreligionnaires juifs qui se faisaient de la judéité une idée radicalement différente de la mienne[1]. » En d'autres termes encore, dès que nous comprenons que

1. Michael Walzer, *Traité sur la tolérance*, Paris, Gallimard, coll. NRF Essais, 1998, p. 9. Voir Fernand Ouellet, *Essais sur le relativisme et la tolérance*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2000, p. 135-165, ou encore l'article de Susan Khin Zaw, « Tolérance, relativisme et raison. Locke et multiculturalisme », dans Fernand Ouellet, *Essais sur le relativisme et la tolérance, op. cit.*, p. 167-213.

nous sommes d'abord des acteurs de la tolérance, la question de la « société » s'impose. Et nos sociétés modernes sont, sur le plan factuel, simplement soumis aux tensions culturelles qui fusent désormais de toute part. C'est ce qui s'exprime ponctuellement, comme nous allons le voir, dans la *Déclaration des principes sur la tolérance* de l'Unesco.

UNE CHARTE UNIVERSELLE EN FAVEUR DE LA TOLÉRANCE.

Lorsque nous ouvrons la *Déclaration des principes sur la tolérance* de l'Unesco, c'est le côté « communautaire » qui frappe l'esprit. Cette déclaration n'a indubitablement pas été rédigée pour des gens qui se retrouvent, par hasard, dans une fusée spatiale quittant la terre pour coloniser Mars ou une autre planète plus hospitalière. Au contraire, il s'agit, d'une déclaration pour des hommes et des femmes en chair et en os qui décident du sens de leurs futurs relationnels ici sur notre planète bleue, en fait, des individus qui cherchent une boussole quant à la tolérance ou, simplement, qui veulent des « étoiles » pour orienter leur vie. C'est pourquoi :

> 1.1. La tolérance est le respect, l'acceptation et l'appréciation de la richesse et de la diversité des cultures de notre monde, de nos modes d'expression et de nos manières d'exprimer notre qualité d'êtres humains. Elle est encouragée par la connaissance, l'ouverture d'esprit, la communication et la liberté de pensée, de conscience et la croyance. La tolérance est l'harmonie dans la différence. Elle n'est pas seulement une obligation d'ordre éthique ; elle est également une nécessité politique et juridique. La tolérance est une vertu qui rend la paix possible et contribue à substituer une culture de la paix à la culture de la guerre.
>
> 1.2. La tolérance n'est ni concession, ni condescendance, ni complaisance. La tolérance est, avant tout, une attitude active animée par la reconnaissance des droits universels de la personne humaine et des libertés fondamentales d'autrui. En aucun cas la tolérance ne saurait être invoquée pour justifier des atteintes à ces valeurs fondamentales. La tolérance doit être pratiquée par les individus, les groupes et les États.
>
> 1.3. La tolérance est la clé de voûte des droits de l'homme, du pluralisme (y compris le pluralisme culturel), de la démocratie et de l'État de droit. Elle implique le rejet du dogmatisme et de l'absolutisme et conforte les normes énoncées dans les instruments relatifs aux droits de l'homme.
>
> 1.4. Conformément au respect des droits de l'homme, pratiquer la tolérance ce n'est ni tolérer l'injustice sociale, ni renoncer à ses propres convictions, ni faire de concessions à cet égard. La pratique de la tolérance

signifie que chacun a le libre choix de ses convictions et accepte que l'autre jouisse de la même liberté. Elle signifie l'acceptation du fait que les êtres humains, qui se caractérisent naturellement par la diversité de leur aspect physique, de leur situation, de leur mode d'expression, de leurs comportements et de leurs valeurs, ont le droit de vivre en paix et d'être tels qu'ils sont. Elle signifie également que nul ne doit imposer ses opinions à autrui [2].

Le côté « communautaire » qui se confirme ici, et qu'il ne faut pas confondre avec la dissidence « communautarienne » à l'intérieur du libéralisme états-unien[3] (une dissidence qui a d'ailleurs largement conquis ledit libéralisme, comme nous le démontrent les cas de John Rawls[4], Will Kymlicka[5] et de tant d'autres), interpelle chacun de nous en vue d'assurer que la tolérance peut s'affirmer comme élément d'un multiculturalisme ouvert et politique. Comme en témoigne la Déclaration, il faut des citoyens conscients d'avoir choisi la tolérance pour de bonnes raisons. En ce sens, il existe un « communautarisme », qui n'est pas uniquement libéral, communautarien ou républicain, mais avant tout démocratique, ce qui permet de comprendre la démo-

2. Unesco (Paris), *Déclaration de principes sur la tolérance*. Proclamée et signée le 16 novembre 1995 par les États membres de l'Unesco. Reproduit dans Anaisabel Prera-Flores et Patrice Vermeren, *Philosophie de la culture de la paix*, Paris, L'Harmattan, 2001, p. 40-41.

3. André Berten, Pablo Da Silveira et Hervé Pourtois (dir.), *Libéraux et communautariens*, Paris, Presses universitaires de France, coll. Philosophie morale, 1997.

4. Voir John Rawls, *The Law of Peoples, with « The Idea of Public Reason Revisited »*, Cambrigde (Mass.), Harvard University Press, 1999. Une critique de ce livre est effectuée dans Bjarne Melkevik, *Rawls ou Habermas : une question de philosophie du droit*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Dikè, 2002, p. 103-133. Sur le « communautarisme » chez Rawls, voit également Karl-Otto Apel, « Le problème du multiculturalisme dans la perspective de l'éthique de la discussion », dans Lukas K. Sosoe (dir.), *La diversité humaine. Démocratie, multiculturalisme et citoyenneté*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, et Paris, L'Harmattan, 2002, p. 83-99, p. 93-96. Comme l'écrit Appel, « [chez] les libéraux Rorty et Rawls, on tente aujourd'hui pour la première fois de renoncer à une prétention à la fondation *morale-philosophique de la justice interculturelle* ; cela, parce que le "communautarisme" les conduit à partir du présupposé selon lequel chaque *philosophie morale* ayant une prétention à la fondation, tout comme la *métaphysique* et la *théologie*, appartient à une "*comprehensive view*" conditionnée par la culture et ne peut donc pas être *interculturellement neutre* » (p. 95).

5. Will Kymlicka, *Les théories de la justice*, Montréal, Boréal, 1999 (repris : Paris, La Découverte et Syros, 1999) ; *idem, La citoyenneté multiculturelle : une théorie libérale du droit des minorités*, Montréal, Boréal, 2001 ; *idem, La voie canadienne : repenser le multiculturalisme*, Montréal, Boréal, 2002 ; *idem*, « Droits de l'homme et justice ethnoculturelle », dans Lukas K. Sosoe (dir.), *La diversité humaine. Démocratie, multiculturalisme et citoyenneté, op. cit.*, p. 387-406.

cratie comme une « communauté » de paroles, d'espaces publics et de possibilités de partage normatif, institutionnel et juridique.

Dans cette charte, toutes les « recommandations » pointent dans une telle direction, et ce, par le simple fait qu'on écarte la funeste logique postmoderne ou libérale qui ne voit dans la tolérance qu'une question concernant l'État. En revanche, on souligne ici que la tolérance « doit être pratiquée par des individus, les groupes et les États », c'est donc précisément une responsabilité qui se partage et qui, surtout en ce qui concerne les individus et les « groupes » (ethnoculturels, ethnonationaux, tribaux, religieux, etc.), les interpelle dans leur engagement et leurs actions. Dans de grands pans de notre monde, nous savons que toute demande en faveur de la démocratie et de la tolérance doit nécessairement entrer en contact (et le plus souvent aussi en compétition) avec de tels « groupes », d'où aussi l'insistance, dans la Déclaration, sur l'universalité comme horizon non négociable et comme protection finale des individus souvent soumis aux forces d'hétérogénéité des « groupes » ou de l'État.

DÉMOCRATIE ET TOLÉRANCE

Le projet démocratique doit certes toujours aboutir et se voir confirmé réellement dans des institutions démocratiques, à savoir dans une forme de gouvernance démocratique (qui réponde de ses actes devant les électeurs souverains), à un partage de compétences législatives, exécutives et « judiciaires », etc. Tout cela n'a pourtant que peu de sens s'il n'existe pas de libertés d'expression, d'association, de participation, de négociation, de partage... Nous pouvons subséquemment envisager la démocratie essentiellement comme un processus réel où les hommes et les femmes, ayant pu réussir une distanciation sur le mode de l'autonomie individuelle relativement aux forces d'hétérogénéité, prennent en main leur futur par ladite liberté d'expression, d'association, etc. Nous associons une telle conception de la démocratie avec l'exigence de modernité juridique[6]. La possibilité pour les cosociétaires de devenir réellement et mutuellement à la fois les auteurs

6. Bjarne Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1998 ; *idem, Réflexions sur la philosophie du droit*, Québec, Les Presses de l'Université Laval ; ou encore, *idem, Rawls ou Habermas. Une question de philosophie du droit, op. cit.*, pour des précisions concernant l'utilisation de ce terme de modernité juridique.

et les destinataires des normes, des institutions et des droits qu'ils s'engagent à honorer, doit en ce sens exprimer la démocratie comme étant conjuguée avec une réelle exigence de modernité juridique. Quand nous associons, à juste titre, la démocratie avec l'engagement en faveur de la tolérance, la raison réside dans les processus démocratiques en tant que négociation perpétuelle sur le sens à donner à l'exigence de tolérance.

Alors que les institutions politiques ne se divisent souvent qu'en majorité et minorités, et les instances judiciaires qu'en « oui » ou « non », seuls les processus démocratiques nous situent en contact direct avec la vie et les revendications de « tolérance ». Les processus démocratiques se caractérisent de cette façon comme autant de prises de parole en faveur d'une tolérance la plus élargie possible.

C'est pourquoi nous pouvons également dire qu'il existe dans les démocraties une tolérance de « base », qui présuppose le respect du pluralisme des opinions et la liberté pour chaque individu de s'exprimer, de s'associer, de faire de la propagande, etc. pour ses idées, ses opinons, ses croyances, etc. Cette tolérance de « base » permet aux démocraties de faire ressortir d'autres thèmes encore relatifs à la « tolérance », d'affronter en direct des idées, des opinions et des « partis pris » concernant des thèmes qui sont stigmatisés ailleurs comme tabous. Il suffit de réfléchir à tout ce qui tourne autour de la « sexualité humaine » : avortement, planning familial, homosexualité, pornographie, obscénité... Qu'il y ait beaucoup d'opinions sur ces thèmes est fort heureux ! De plus, ces thèmes peuvent être débattus ouvertement dans l'espace public en vue d'établir un cadre normatif sur ces questions. La problématique du « seuil d'accès », telle qu'on l'appelle fréquemment, reflète pertinemment un seuil de tolérance, car se joue ici l'ambivalence que la « société » peut avoir devant certains enjeux normatifs et la recherche d'une logique de tolérance qui ne fonctionne pas uniquement sur le mode de l'interdit ou du « tout se vaut », mais qui cherche plutôt à circonscrire et surtout à protéger des individus qui ont, par leur vulnérabilité, besoin d'une attention normative particulière (par exemple les enfants, les adolescentes, etc.).

La démocratie présente également un autre avantage : le fait qu'elle ne puisse pas demander à une personne de renoncer à ses « opinions morales fortes ». Comme le souligne la *Déclaration des principes sur la tolérance*, un individu n'a pas, en toute franchise, à « renoncer à ses

propres convictions, ni à faire de concessions à cet égard ». Ce qui aurait été une contradiction de principe ailleurs ne l'est plus dans une démocratie, car un individu peut choisir librement et ouvertement de refuser ce qu'il juge inacceptable pour lui. Par exemple, si une société politique choisit par des processus démocratiques de décriminaliser l'avortement, un individu a tout loisir de penser, d'exprimer, etc., qu'un tel choix est néfaste, qu'il s'agit uniquement de « meurtres » d'enfants. Il peut également agir politiquement, en toute liberté, pour faire changer cette situation normative et éventuellement, par les processus démocratiques, y réussir. La tolérance se confirme ici pour tout individu comme droit à dire « non » à ce qui est inacceptable pour lui et à agir politiquement en conséquence.

Qu'une prise en considération réflexive de la question de la tolérance caractérise certainement les démocraties nous semble acquis ! Quoiqu'en minorité dans le monde, les démocraties ont pourtant également aujourd'hui la possibilité d'expérimenter, d'innover et de forger de nouveaux modèles pour la tolérance. Pour nous, le multiculturalisme peut, sous certaines conditions, être un tel modèle.

LA TOLÉRANCE COMME UNE HARMONIE DANS LA DIFFÉRENCE

Une des phrases que nous remarquons dans la *Déclarations des principes sur la tolérance* de l'Unesco est le rappel, l'exigence, le principe voulant que la « tolérance soit l'harmonie dans la différence ». Ladite Déclaration introduit de cette façon la question du multiculturalisme comme étant à la fois le point de départ de la tolérance et son point d'arrivée. Or, comment comprendre désormais la notion de la question du « multiculturalisme » ?

Toute personne qui s'ouvre à une réflexion sur la question du multiculturalisme et de la tolérance sera d'abord obligée de dissocier au moins deux conceptions du « multiculturalisme ».

Il faut tout d'abord distinguer un modèle historique (qui survit sur le plan paradigmatique, hélas, encore !) du multiculturalisme « tolérant », incarné par l'exemple de l'empire ottoman[7]. D'un côté,

7. Will Kymlicka, « Two models of pluralism and tolerance », dans David Heyd (dir.), *Toleration : An elusive virtue*, Princeton (N.J.), Princeton University Press, 1996, p. 81-105 ; *idem, La citoyenneté multiculturelle, op. cit.* Voir également, Benjamin Braude

une islamisation « en douce » (et souvent plutôt forcée), et en tout cas profitable sur le plan matériel. De l'autre, des « communautés » conservant leur religion chrétienne, juive, zoroastrienne, etc., et « tolérées » comme telles. Dans une logique de supériorité religieuse, accompagnée de l'arrogance tribale et interprétable sur un fond politico-théologique islamique biaisé, les membres non musulmans étaient réduits au statut de « non-citoyens » de deuxième ou de troisième ordre. S'y ajoutait une exploitation économique, par l'entremise de la fiscalité, des amendes, des confiscations, des règles « juridiques » particulières et entièrement discriminatoires, exploitation qui faisait qu'il valait mieux ne jamais se faire remarquer. Bref, ce « multiculturalisme » n'a jamais été autre chose qu'une honte.

Nous n'avons aucune raison d'être plus indulgent avec une autre forme de multiculturalisme, plus contemporaine celle-là, que nous retrouvons dans le « clientélisme » moderne, ou, autrement dit, dans un « multiculturalisme » compris comme politique de gouvernance au profit de l'État ou simplement de ses différentes microélites « multiculturelles »[8]. Sur le continent nord-américain (mais également ailleurs), c'est en fait une telle politique de gouvernance qui se profile dans les différentes politiques dites de « multiculturalisme ». Ce que nous observons dans de tels contextes, c'est la mise en scène de différentes élites « multiculturelles » qui doivent leur existence, leur statut social, leur capital symbolique, politique, économique et social, de même que leurs revenus, au fait d'être reconnues comme porte-parole de leurs « communautés culturelles » respectives. Il s'agit d'un partage du travail, du pouvoir et des compétences insérant les différentes « communautés culturelles » à l'intérieur de l'État. Il s'agit ici d'un multiculturalisme qui n'est pas « honteux », mais plutôt problématique, car comprenant trop de « clientélisme » et trop de services commandés.

Pour notre part, nous voulons plutôt privilégier, *a contrario*, une conception du multiculturalisme relevant d'une compréhension élargie des enjeux d'une culture civique et qui se joue démocratiquement dans un espace public moderne. Le multiculturalisme, en ce sens,

et Bernard Lewis (dir.), *Christians and Jews in the Ottoman Empire : The functioning of a plural society*, New York, Holmes and Meir, 1982.

8. Neil Bissoondath, *Selling Illusions : the cult of multiculturalism in Canada*, Toronto, Penguin, 2002 (org. 1994) ; traduction française : *Le marché aux illusions : la méprise du multiculturalisme*, Montréal, Boréal, 1995.

épouse les contours mêmes de nos sociétés modernes, dans lesquelles des individus de différentes « cultures » se côtoient, où différentes conceptions culturelles se font compétition et se positionnent l'une par rapport à l'autre dans un processus qui les modifie réciproquement, où les personnes deviennent porteuses de références culturelles multiples et où tout individu est engagé, sans le savoir ou sans s'en apercevoir, dans un apprentissage culturel qui risque de le modifier de fond en comble[9]. Vue comme l'un des éléments de la vie démocratique des individus, une telle conception du multiculturalisme présente l'avantage de viser une multitude d'enjeux et de faire ainsi face à une modernité réconciliée avec le réveil identitaire.

LE MULTICULTURALISME COMME APPRENTISSAGE DES AUTRES

Considéré de cette manière, le fait multiculturel s'insère dans un processus d'apprentissage de l'un et de l'autre. Michael Walzer le souligne : « Dans une société démocratique, il faut préférer l'action en commun au retrait et à la solitude, le tumulte à la passivité, les objectifs poursuivis ensemble (même ceux que l'on n'approuve pas) à l'apathie totale[10]. » Ce qui nous amenons directement à la question dite des « corps intermédiaires », comme lieux sociaux où se construisent les opinions, les arguments et les engagements des individus, des citoyens[11]. À quel degré la société civile, et donc également une démocratie, peut-elle exister sans des syndicats, des parties politiques, de nouveaux mouvements sociaux, des « Églises », etc. ? Et dans le tohu-bohu démocratique, c'est l'individu, complexe et comme composé de différentes couches, que nous rencontrons.

9. Lukas K. Sosoe (dir.), *La diversité humaine. Démocratie, multiculturalisme et citoyenneté, op. cit.* ; Bjarne Melkevik, Le droit à une identité culturelle : Réflexions sur le nouveau droit international, p. 277-288 ; reprise ici dans ce livre.
10. Michael Walzer, *Traité sur la tolérance, op. cit.*, p. 151 ; voir *idem, « Pluralism :* A Political Perspective », dans Will Kymlicka (dir.), *The Rights of Minority Cultures*, Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 139-154.
11. Bjarne Melkevik, « Intérêts particuliers, intérêts généraux et corps intermédiaires », dans Josiane Boulad-Ayoub et Luc Bonneville (dir.), *Souverainetés en crise*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, et Paris, L'Harmattan, coll. Mercure du nord, 2003, p. 101-113 ; repris dans Bjarne Melkevik, *Considérations juridico-philosophiques*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Dikè, 2005, p. 119-131.

Envisageons maintenant l'espace public en tant qu'il met en scène différents repères culturels par l'intermédiaire des livres, des œuvres d'art, des pièces de théâtre, des films, des jeux électroniques, de l'Internet... Peut-être est-ce la « musique » qui illustre le mieux nos propos, pour autant que nous puissions considérer la musique d'aujourd'hui comme une superposition de différentes formes de musique (et de performances musicales) où chacune est libre dans son choix, et la « musique » contemporaine comme brassant, changeant, modulant les différents aspects culturels de la musique dans autant de formes différentes de musique et s'en s'inspirant, où la question de l'origine, de la race, etc. devient entièrement relative. S'y ajoutent la diffusion de cette musique et son adoption par une jeunesse avide de goûter la liberté, une liberté souvent refoulée dans des pays fondamentalistes, traditionalistes ou dogmatiques. En ce sens, la musique moderne n'a été, par exemple dans les contextes « soviétiques » (avant 1989-1991) ou encore dans les sociétés du Tiers-monde, que le rappel qu'il existe autre chose que ce qui nous entoure. C'est, soulignons-le, l'ouverture à cet aspect du multiculturalisme, par sa dynamique propre, qui a, déjà dans les années 60 et 70, bouleversé les données culturelles de fond en comble, renforcé en cela de façon significative par Internet depuis 1995.

MODERNITÉ JURIDIQUE ET MULTICULTURALISME

Nous pourrions presque multiplier les exemples à infini, tant nos sociétés contemporaines sont prises dans les turbulences des différentes formes de multiculturalisme. Cependant, si nous mettons autant l'accent sur l'apprentissage, tant social qu'individuel, c'est parce que nous considérons que par l'entremise des processus démocratiques au sens large, incluant les présupposés historiques propres à un contexte social qui appuie ses modulations multiculturelles, le fait démocratique devient, à l'égard d'un paradigme de la modernité juridique, sa propre « culture » et la transcendance de tout fait « culturel » ! Bref, il englobe en soi la possibilité d'un dialogue interculturel, multiculturel et pluriculturel où les voix, en tolérance, ne peuvent que retentir de toute part.

6

LA RECONNAISSANCE D'UN PRIVILÈGE IDENTITAIRE : RÉFLEXIONS SUR LE NOUVEAU DROIT INTERNATIONAL[1]

Si le droit international des minorités a été, depuis la deuxième guerre mondiale, construit sur le paradigme abstrait des droits de l'homme, la situation est en train de changer avec l'introduction et la reconnaissance d'un deuxième paradigme, celui du privilège d'une identité particulière et culturelle. En fait, la nouvelle tendance du droit international des minorités est de penser la situation normative des minoritaires dans une binarité entre, d'une part, l'exigence de l'universalité et, d'autre part, la reconnaissance d'un privilège à une identité culturelle et la promotion de modes de vie particuliers.

C'est une nouvelle contrainte de penser dans la pratique l'exigence de l'universalité des droits de l'homme et le particularisme du privilège identitaire, qui se manifeste dans les nouveaux instruments internationaux des minorités. Une exigence où le particularisme n'est plus le contraire de l'universalité, mais intimement lié à celle-ci comme les deux versants de la même montagne que sont les droits de l'homme.

Notre objectif est d'analyser cette transformation du droit international des minorités en ce qu'elle fait basculer notre compréhension de l'exigence de l'universalité, de même que de réfléchir, du point de

1. Publié initialement sous le titre « Le droit à une identité culturelle : réflexions sur le nouveau droit international », dans Lukas K. Sosoe (dir.), *La diversité humaine. Démocratie, multiculturalisme et citoyenneté*, Paris, L'Harmattan, et Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Dikè, 2002, p. 277-288. Nous avons profité de sa republication pour apporter quelques précisions nécessaires.

vue de la philosophie du droit, à la signification que nous devons accorder à cette évolution. Sur ce dernier point, nous voudrions, en référence au défi identitaire, envisager l'exigence de repenser la relation entre universalité et particularité, non pas dans une logique d'exclusion, mais bien à la lumière d'une synthèse à réaliser pratiquement et démocratiquement dans les sociétés modernes et multiculturelles.

En nous penchant, d'abord, sur l'évolution du droit international, nous procéderons d'abord à une reconnaissance identitaire, pour ensuite regarder de plus près le sens à attribuer à un tel privilège identitaire, et enfin conduire une réflexion de philosophie du droit à partir des résultats que nous aurons obtenus. Soulignons que, dans le cadre de cet article, nous nous référerons aux peuples autochtones comme minorités[2].

RECONNAÎTRE LE PRIVILÈGE IDENTITAIRE

Revenons vers la fin de la deuxième guerre mondiale et considérons le rôle du droit des minorités à cette époque. Nous pouvons sans doute affirmer que le « droit des minorités » a servi d'alibi pour justifier une des guerres les plus meurtrières et les plus cruelles de l'histoire de l'humanité. Dans sa volonté de refondre et de refaire le droit international, la communauté internationale voulait, en connaissance de cause, en finir avec l'ancien système du droit des minorités au profit de la reconnaissance universelle des droits de l'homme et d'une politique de lutte contre la discrimination et l'exclusion[3]. À la lumière de cette refonte, des expressions comme « droit des minorités » ont perdu, dès

2. Les peuples autochtones sont, selon le droit international, des « minorités » ; ce qui n'empêche pas de distinguer en même temps entre les deux concepts. Pour une réflexion autochtone sur cette question, voir Louise Mandell, « Indian Nations : Not Minorities », dans *Cahiers de droit*, vol. 27, 1986, p. 101-121. En général, voir dans Norbert Rouland (dir.), Stéphane Pierré-Caps et Jacques Poumarède, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, 1996 ; dans Alain Fenet (dir.), Geneviève Koubi, Isabelle Schulte-Tenckhoff et Tatjana Ansbach, *Le droit et les minorités*, Bruxelles, Bruylant, 1995 ; Isabelle Schulte-Tenckhoff, *La question des peuples autochtones*, Bruxelles, Bruylant, 1997.

3. Patrick Thornberry, *International Law and the Rights of Minorities*, Oxford, Clarendon Press, 1991 ; *idem*, « Is There a Phoenix in The Ashes ? International Law and Minority Rights », dans *Texas International Law Journal*, vol. 15, nº 3, 1980, p. 227-263 ; Johann Wolfgang Bruegel, « A Neglected Field : The Protection of Minorities », *Revue des droits de l'homme*, vol. 4, nos 2 et 3, 1971, p. 413-442.

1945, toute signification en disparaissant aussitôt de la préoccupation juridique.

Un virage identitaire en droit international

L'ajout de l'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* de 1966 bouleverse cette situation en reconnaissant à nouveau un droit des minorités[4]. L'article 27 protège en effet contre une politique d'assimilation forcée ne respectant pas l'héritage culturel, religieux et linguistique des personnes, dans ces termes :

> Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autre membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion ou d'employer leur propre langue[5].

Au-delà d'une analyse sémantique de cet article, le fait est qu'il devient dès lors, à l'intérieur du système onusien, l'objet d'une politique d'interprétation qui en élargit le sens initial. En 1979, l'étude que fait Francesco Capotorti, rapporteur spécial de la Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités des Nations Unies, est ici exemplaire[6]. Capotorti introduit une méthode d'interprétation où les « exigences de la situation », le « développement culturel adéquat » ainsi que la perspective et le privilège d'une minorité « de préserver sa propre culture » deviennent les bases de l'article 27[7]. Avec cette stratégie interprétative, il déplace la production de sens de cet article dans une trajectoire identitaire qu'il exploite d'ailleurs largement.

---

4. 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, p. 95-98. Ce livre reproduit tous les documents normatifs autochtones auxquels nous nous référons par la suite. Nous nous permettons en conséquence, afin de ne pas alourdir inutilement le texte, de faire une certaine économie de références.
5. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* des Nations Unies, article 27 ; Ghislain Otis et Bjarne Melkevik, *op. cit.*, p. 97-98.
6. Francesco Capotorti, *Étude des droits des personnes appartenant aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques*, New York, Publication des Nations Unies, 1979. Voir aussiFrancesco Capotorti, « Les développements possibles de la protection internationale des minorités », *Cahiers de droit*, vol. 27, 1986, p. 239-254.
7. *Ibid.*, p. 105.

Francesco Capotorti forge la notion de « droit de groupe » des minoritaires en référence à la société minoritaire et promeut l'exigence d'une « discrimination positive et préférentielle » sur la base de la culture minoritaire[8]. Comme il le dit : « L'objectif à atteindre est la préservation et le développement naturel de l'identité culturelle des minorités »[9]. C'est le succès incontestable de ce virage identitaire qui engendre les nouveaux instruments des minorités et des peuples autochtones dans le domaine du droit international d'aujourd'hui.

Une reconnaissance internationale en émergence

En ce qui concerne spécifiquement les « minorités », nous pouvons maintenant nous orienter vers la Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques des Nations Unies de 1992. L'article 1er de la Déclaration de 1992 annonce la finalité recherchée :

> Les États protègent l'existence et l'identité nationale ou ethnique, culturelle, religieuse et linguistique des minorités, sur leurs territoires respectifs, et favorisent l'instauration des conditions propres à promouvoir cette identité[10].

Contrairement à l'article 27 du Pacte de 1966, il ne se réfère pas aux « personnes appartenant à ces minorités », mais recourt à la protection et à la promotion du fait identitaire en tant que tel. Le nouveau cadre identitaire qu'annonce la Déclaration de 1992 se concrétise de la sorte dans un ensemble de propositions (ou règles) en vue de protéger les identités culturelles aussi bien en tant que privilège qu'en fait. La déclaration fait ainsi jouer dans ce sens l'exigence d'égalité de traitement sur un double registre. Notons, par exemple, que l'article 4, paragraphe 2, prévoit que les États « prennent des mesures pour créer des conditions propres à permettre aux personnes appartenant à des

8. Sur le concept de « droit de groupe », voir Michael McDonald (dir.), *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 4, 1991, p. 217-419, numéro thématique sur « Collective Rights » ; Judith Baker (dir.), *Groupe Rights*, Toronto, Toronto University Press, 1994 ; Will Kymlicka, *The Rights of Minorities Cultures*, Oxford, Oxford University Press, 1995 ; *idem*, *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1995.

9 Francesco Capotorti, *op. cit.*, p. 106.

10. *Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques*.

minorités d'exprimer leurs propres particularités et de développer leur culture, leur langue, leurs traditions et leurs coutumes ». Les mots ont ici une grande importance car ce sont les « conditions propres » qui représentent le critère pour évaluer aussi bien le contenu des privilèges que les faits. Une telle compréhension peut être vérifiée à la lecture des articles qui l'accompagnent[11].

Si la Déclaration de 1992 a consacré, comme nous venons de le constater, une reconnaissance directe et ouverte d'un privilège identitaire, une telle reconnaissance est encore plus accentuée dans le domaine du droit international des peuples autochtones. Ceci s'explique certainement en raison de leur statut particulier[12].

Peuples autochtones et reconnaissance identitaire

En fait, les instruments internationaux en faveur des peuples autochtones ont effectué des avancées considérables dans la reconnaissance des privilèges identitaires et dans l'articulation multidimensionnelle de ces privilèges.

Déjà la Convention 107, de 1957, relative aux populations aborigènes et tribales de l'Organisation Internationale de Travail (OIT), une composante du système onusien, avait manifesté une préoccupation aigüe pour la sauvegarde de l'identité autochtone. La Convention 107, en dépit de sa finalité intégrationniste, fait subséquemment bénéficier les autochtones de ce que l'on peut assimiler à la première interdiction internationale d'ethnocide culturel. Son article 2 énonce formellement l'interdiction de tout « recours à la force ou à la coercition en vue d'intégrer les populations dans la communauté nationale ». Ce n'est que trente ans plus tard que l'on retrouvera, dans un instrument consacré aux autochtones, une interdiction aussi claire de l'éradication coercitive des cultures autochtones[13]. La valorisation de la pérennité culturelle des peuples autochtones fut pourtant véritablement introduite dans l'ordre normatif par la Convention 169 de l'Organi-

11. *Op. cit.*, art. 4, paragraphes 1 et 2 (égalité en droit) et paragraphes 2 à 5 (égalité de droit leur permettant de vivre leurs particularités), voir aussi l'art. 4, paragraphes 2 à 5.
12. Ghislain Otis et Bjarne Melkevik, *op. cit.*, p. 3-36, et spécialement p. 21-25.
13. *Ibid.* ; l'article 7 du projet de l'O.N.U. et l'article V du projet de l'O.E.A.

sation Internationale de Travail en 1989[14]. La volonté de respecter les particularismes culturels autochtones est solennellement affirmée dans le préambule où l'aspiration des peuples autochtones « à avoir le contrôle de leurs institutions, de leurs modes de vie et de leurs développements économiques propres » est conjuguée avec le privilège de « conserver et de développer leur identité, leur langue et leur religion ». L'article 5 introduit également la reconnaissance et la protection des « valeurs et [des] pratiques sociales, culturelles, religieuses et spirituelles de ces peuples ». Cette volonté de reconnaissance identitaire imprègne d'ailleurs entièrement l'esprit de la Convention.

L'important projet des Nations Unies portant sur la création d'une Déclaration sur les droits des peuples autochtones, mis en avant en 1994, confirme encore davantage la valorisation identitaire. Bien qu'étant toujours à une étape préliminaire, il nous indique déjà la voie et l'ampleur du projet entrepris à l'intérieur du système onusien par la communauté internationale en ce qui concerne la reconnaissance d'un privilège identitaire en faveur des peuples autochtones du monde.

Notons que le projet de déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones a la spécificité d'avoir été élaboré partiellement en collaboration avec les peuples autochtones du monde entier. Ce projet va donc naturellement encore plus loin dans l'exigence d'une reconnaissance identitaire[15]. L'article 8 du projet de déclaration de l'O.N.U. formule un souhait de défense générale en faveur de l'identité autochtone, dans les termes suivants : « Les peuples autochtones ont le droit, collectif et individuel, de conserver et de développer

14. La Convention nº 169 a été ratifiée par huit États : Bolivie, Colombie, Costa Rica, Honduras, Mexique, Norvège, Paraguay et Pérou. Elle est entrée en vigueur en septembre 1991. Le Canada a refusé de ratifier la Convention : voir Renée Dupuis, « Des écarts majeurs entre la convention nº 169 de l'O.I.T. et le droit canadien », dans *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. 24, 1994, p. 29-36 ; Denis Marantz, « Questions touchant les droits des peuples dans les instances internationales », dans *Peuples ou populations ; égalité, autonomie et autodétermination : les enjeux de la Décennie des populations autochtones. Essai sur les droits et le développement démocratique*, Montréal, Centre international des droits de la personne et du développement démocratique, nº 5, 1996, p. 21-25.

15. Ghislain Otis et Bjarne Melkevik, *op. cit.*, p. 11-13 et p. 123-137. Le projet de Déclaration a été adopté par la Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités le 26 août 1994 (Rés. 1994/29). Le 3 mars 1995, la Commission des droits de l'homme créait un groupe de travail chargé d'examiner ce projet (Rés. 1995/32).

leurs caractéristiques et identités distinctes, y compris le droit de revendiquer leurs qualités autochtones et d'être reconnus en tant que tels[16]. »

Le caractère identitaire des peuples autochtones est en fait mis en avant comme leur « privilège » et comme devant être reconnu comme tel par les non-autochtones. Dès lors, la question de ce privilège s'inscrit dans une logique d'auto-affirmation identitaire où le titulaire et le bénéficiaire du privilège à l'identité sont à la fois l'individu et la communauté.

Récapitulons maintenant nos propos sur l'inscription d'un privilège à l'identité pour les minoritaires et les peuples autochtones en insistant sur le fait que, si nous avons donc pu dire que l'époque suivant la deuxième guerre mondiale se caractérisait par un refus clair et net d'un privilège identitaire pour les minorités, la situation d'aujourd'hui se caractérise en revanche par une politique de reconnaissance du privilège identitaire. Les revendications identitaires et la perspective des privilèges identitaires ne font simplement plus peur dans la mesure où celles-ci sont solidement ancrées dans et sur les droits de l'homme.

LES NOUVEAUX PRIVILIÈGES IDENTITAIRES

Les nouveaux privilèges identitaires, tels qu'ils sont proposés dans le domaine du droit international minoritaire et autochtone, sont assez complexes. Par conséquent, il convient d'envisager directement la question de la structure et du sens de ces nouveaux privilèges. Nous pouvons dire que ceux-ci se construisent sur l'autodéfinition de l'identité, de la libre affirmation identitaire et de la libre construction identitaire, ces dernières notions étant toutes situées en dehors de la conception statonationale du droit et du paradigme de la souveraineté de l'État. Il s'agit de privilèges fondés sur les droits de l'homme (ou de la personne) qu'il convient maintenant d'approfondir et d'examiner.

Le principe de l'autodéfinition

En fait, la formulation d'un privilège à l'identité (minoritaire ou autochtone) peut à première vue poser l'épineux problème de la définition de cette identité. Les gouvernements voudront, fort légitime-

16. Projet de Déclaration, article 8, dans Ghislain Otis et Bjarne Melkevik, *op. cit.*, p. 127.

ment, savoir qui sont les bénéficiaires des privilèges spéciaux qu'il leur incombera de garantir et de reconnaître afin de prendre la mesure de leurs obligations. Or, dans le domaine du droit international des minorités, l'existence de l'identité est liée à la présence de critères objectifs. Nous constatons de la sorte que les caractéristiques généralement imputées au fait autochtone sont tantôt d'ordre historique et culturel – antériorité sur le territoire par rapport à la société dominante, expérience de domination et continuité culturelle –, tantôt d'ordre géographique et culturel – le rattachement à la terre –, tantôt d'ordre politique – revendication autonomiste ou culturelle[17]. À celles-ci s'ajoutent les constatations factuelles attestant que la « minorité » forme un groupe distinct, qu'elle possède des caractéristiques ethniques, religieuses ou linguistiques en commun, qu'elle manifeste une volonté de survie culturelle et enfin qu'elle est numériquement en minorité[18]. Or, malgré l'importance que peuvent revêtir ces caractéristiques pour les États, elles s'avèrent toutefois insuffisantes.

En effet, la tendance actuelle dans ce domaine consiste à délaisser de plus en plus l'utilisation de critères objectifs au bénéfice de l'autodéfinition de minoritaire ou d'autochtone. Depuis l'avènement de la Convention 169 de l'OIT, ces caractéristiques objectivistes cèdent de plus en plus la place à l'autodéfinition publique. Ainsi, ce qui compte, c'est le fait que le minoritaire ou l'autochtone veuille être reconnu et connu comme tel. La convention 169 de l'OIT est paradigmatique à cet égard quand elle affirme solennellement, dans l'article 1, (2), que « [l]e sentiment d'appartenance indigène ou tribal doit être considéré comme un critère fondamental pour déterminer les groupes auxquels s'appliquent les dispositions de la présente convention ».

Le projet de Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones affirme également dans son article 8 que « [L]es peuples autochtones ont le droit, à titre collectif et individuel, de conserver et de développer leurs spécificités et identités distinctes, y compris le droit de revendiquer leur qualité d'autochtones et d'être

17. Voir notamment Bénédicte Cortez, « Les enjeux politiques d'une définition juridique des peuples autochtones », dans *Droits et Cultures*, nº 25, 1993, p. 69. Voir Ghislain Otis et Bjarne Melkevik, *Peuples autochtones et normes internationales*, *op. cit.*, p. 193-198, qui reproduit les textes internationaux sur la question.

18 Jules Deschênes, « Qu'est-ce qu'une minorité ? », dans *Cahiers de droit*, vol. 27, 1986, p. 255-291.

reconnus en tant que tels. » Le projet de Déclaration interaméricaine relatif aux droits des peuples autochtones de 1995 reprend presque les mêmes termes dans son article 1 (2) : « Le fait qu'un groupe s'identifie comme groupe autochtone ou tribal constitue un critère fondamental aux fins de déterminer si ce groupe est visé par la présente Déclaration. »

Cette logique d'autodéfinition, même si elle tend à se limiter aux peuples autochtones, est paradigmatique en ce sens qu'elle déplace le lieu d'explication hors de la compétence de l'État au profit des peuples ou minorités en question. La logique de ce déplacement n'est évidemment pas de donner prise à un quelconque déluge de revendications farfelues, mais plutôt de permettre à toutes les minorités et peuples autochtones de s'exprimer et de s'insérer pleinement dans le giron des droits de l'homme reconnus internationalement. L'importance de ce déplacement ne peut être sous-estimée, car celui-ci enlève à l'État la compétence de définir et de qualifier les minorités et les peuples autochtones sur des prémisses qu'ils ne peuvent pas admettre, de même qu'ils font du problème minoritaire et autochtone le lieu d'explication. Comment, en fait, reconnaître les problèmes des minoritaires et des peuples autochtones quand la plupart des États, en Asie, en Afrique et en Amérique du Sud ne reconnaissent même pas leur existence[19] ?

Une prise en main identitaire

En définitive, c'est pour sortir de cet aveuglement étatique qu'il s'agit de donner des « voix » aux minoritaires et aux peuples autochtones. Avec ce principe fondamental de l'autodéfinition, les problèmes des peuples autochtones et des minoritaires sont mis en évidence. L'autodéfinition fait en effet ressortir les griefs, les revendications et les problèmes de vie des autochtones et des minoritaires dans les sociétés modernes[20]. Elle donne l'occasion d'exprimer la situation, les faits, la façon de déterminer comment le « nous » autochtone et minoritaire se forme et se vit. En d'autres mots, le privilège identitaire s'affiche comme un obstacle à la discrimination et à l'exclusion en prenant appui sur la prémisse du droit de rester l'« étranger ».

19. Marie Léger (dir.), *Des peuples enfin reconnus. La quête de l'autonomie dans les Amériques*, Montréal, Écosociété, 1994.
20. Bjarne Melkevik, *Réflexions sur la philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 37-87.

L'autodéfinition se réalise pareillement par la tentative de répondre à des questions telles que « d'où venons-nous ? » et « qu'avons-nous vécu ? ». Chez les peuples autochtones des Amériques, par exemple, un tel questionnement conduit à raconter une histoire d'exclusion, de discrimination, de misère et d'injustices subies, qui désigne la condition autochtone comme un problème politique concret à résoudre.

Pouvons-nous faire abstraction d'une histoire de conquêtes, de promesses non tenues, de traités non respectés, de lois et de jurisprudences bafouant leurs intérêts ? Une histoire où nous rencontrons des peuples humiliés qui ont subi des vagues de violence, des iniquités et des vols ? L'histoire n'est-elle pas à conjuguer au présent, pour lever l'hypothèque qu'une telle histoire impose à la réalité d'aujourd'hui ? Les peuples autochtones n'ont pas choisi de vivre dans la pauvreté, la misère, le chômage perpétuel, ni d'être parqués dans des réserves, sans lendemain. C'est précisément cette illusion qui se dissipe grâce à l'autoaffirmation identitaire, où les problèmes qui confrontent l'affirmation identitaire doivent, dans la perspective de la communauté internationale, être conjugués avec une négociation non biaisée entre les minoritaires autochtones et les États.

Comme ce sont des problèmes factuels qu'éprouvent les autochtones et les minoritaires visés, c'est la communauté internationale qui sera ultime « juge » en la matière. Ceci devrait faire disparaître la crainte de voir les privilèges identitaires instaurer un « ghetto » ethnique. Et s'il semble naturel de reconnaître qu'une personne construit son identité dans un processus évolutif impliquant des crises, des ruptures, des stades successifs et des réaménagements permanents, il doit être tout aussi naturel de reconnaître à ces mêmes individus le privilège de vivre dignement et librement leur identité, selon les paramètres qui leur procurent un sens. C'est d'ailleurs sur cette protection de l'univers de sens qu'il convient maintenant d'insister.

Nous pouvons en effet désigner la libre affirmation identitaire de sens dans les communautés minoritaires et autochtones comme une position devant toujours se faire en respectant les exigences démocratiques. La *Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques* de 1992 exige ainsi, dans son préambule, que les privilèges des minoritaires « s'inscrivent dans un cadre démocratique fondé sur l'état de droit ». En effet, l'idée d'un privilège identitaire et culturel reconnaît que, comme

fondement de toute démocratie, l'individu doit, pour remplir son rôle, dans une logique « du bas vers le haut », avoir une assise culturelle de sens lui permettant de formuler des choix éclairés. Il s'agit d'admettre que la production de sens peut se réaliser selon des paramètres différents et de protéger ces paramètres.

Identité et production de sens

En ce qui a trait spécifiquement aux peuples autochtones, la production de sens fait le plus souvent référence à une production communautaire et spirituelle plutôt qu'à une production socioculturelle et matérielle, cette dernière caractérisant plutôt nos sociétés modernes. La Convention 169 de l'OIT affirme en ce sens, dans son article 13, « l'importance spéciale que revêt pour la culture et les valeurs spirituelles des peuples » autochtones leur rapport à la terre. Le projet de déclaration de l'ONU confirme également cette identification du foncier en évoquant, dans son article 25, le privilège des peuples autochtones « de conserver et de renforcer les liens particuliers, spirituels et matériels, qui les unissent à leurs terres [...] ».

Dans le discours identitaire autochtone, le lien spirituel avec la terre structure le plus souvent les cosmogonies organisant la compréhension autochtone du monde[21]. Par conséquent, la reconnaissance d'un privilège identitaire se réfère au fait que la production de sens n'est pas une, unique ou nationale, mais polymorphe et rattachée à la gérance, plus ou moins imparfaite, qu'un peuple autochtone ou une minorité peut faire de son héritage culturel. Les références ethnographiques, linguistiques, religieuses ou autres, souvent véhiculées dans un mode narratif, sont de tels producteurs de sens.

La libre affirmation de l'identité doit davantage être explicitée en ce qui concerne le privilège de faire revivre une identité perdue ou altérée. Donc, en ce qui concerne le privilège identitaire impliquant la prérogative de faire revivre des aspects identitaires effacés ou altérés par l'histoire, l'article 12 du projet onusien des droits des autochtones

21. Bjarne Melkevik, « Aboriginal Legal Cultures », dans Christopher B. Gray (dir.), *The Philosophy of Law : An Encyclopedia*, New York, Garland, 1997, ou, *id.*, « Cultures légales-coutumières autochtones : La question de philosophie du droit », dans Bjarne Melkevik, *Réflexions sur la philosophie du droit*, Paris, L'Harmattan. et Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2000, p. 79-87.

n'hésite pas à utiliser un langage « revitaliste » en reconnaissant aux peuples autochtones le privilège collectif de « faire renaître et de perpétuer leurs coutumes et cultures traditionnelles ».

Ceux qui connaissent le contexte autochtone nord-américain ne pourront qu'être frappés par le fait qu'un des phénomènes les plus significatifs dans ce contexte soit précisément le « revitalisme autochtone » : la volonté de reconstruire le sens perdu d'une identité authentique. Que cela n'ait le plus souvent rien à voir avec une quelconque « authenticité », mais plus avec des luttes de pouvoir à l'intérieur d'une communauté autochtone n'est ici que le moindre des paradoxes. En conséquence, il ne faut pas comprendre le thème revitaliste comme prônant uniquement un retour à des formes prémodernes de vie. Comme l'a souligné Rouland, l'affirmation des identités coutumières permet « non d'opérer l'impossible résurrection d'un passé révolu, mais d'innover à partir de ce passé »[22]. Il convient donc d'y déceler le signe même d'une prise en main communautaire, avec toute l'ambiguïté et les jeux de pouvoir que cela implique.

Avec la modernité juridique et politique[23], la source des règles de vie se trouve toujours sur le plan de l'individu : c'est dans un processus à la fois réflexif et intersubjectif que l'on retrouvera son identité puis son rôle social. L'idéal de l'authenticité, au cœur des préoccupations des revitalistes autochtones, invite à une vie plus responsable et plus différenciée : l'authenticité appelle à une existence plus profonde et surtout à la prise de conscience de la production culturelle de sens.

La question d'un système judiciaire autonome

Or cette affirmation nous conduit maintenant à la question de la reconnaissance de l'identité comme pouvant justifier une prise en charge, partielle ou entière, d'un système judiciaire (ou arbitral ou encore de « réconciliation ») séparé. En se sens, les peuples autochtones revendiquent la valorisation de la tradition parce qu'ils y voient un héritage coutumier et obligatoire structurant leurs identités indivi-

22 Voir Norbert Rouland (dir.), Stéphane Pierre-Caps et Jacques Poumarède, *Droit des minorités et des peuples autochtones, op. cit.*, p. 468.

23. Pour une explication du concept « modernité juridique et politique », voir Bjarne Melkevik, *Considérations juridico-philosophiques*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2005, p. 65-69.

duelles et collectives. Si une telle prise en charge identitaire a été envisagée par le rapporteur Francesco Capotorti, en 1979, ce fut aussitôt pour écarter l'idée comme irréaliste[24]. Capotorti affirmait néanmoins qu'il « ne fait pas de doute qu'une protection efficace et complète de la culture des minorités exige la préservation de leurs coutumes et de leurs traditions juridiques, qui font partie intégrante de leur mode de vie »[25]. Le résultat de ce grain semé se trouve dans la Convention 169, où nous observons une reconnaissance partielle selon laquelle les peuples autochtones « doivent avoir le droit de conserver leurs coutumes et institutions dès lors qu'elles ne sont pas incompatibles avec les droits fondamentaux ».

Il s'agit ici d'une reconnaissance qui sera aussitôt affirmée en ce qui concerne le statut communautaire de leurs systèmes légaux-coutumiers, de leurs procédures « judiciaires » (ou simplement de résolution des conflits) et de la question de la sanction communitaire[26]. Le projet de Déclaration des Nations Unies, dans son article 4, affirme ainsi solennellement que les « peuples autochtones ont le droit de maintenir et de renforcer [...] leurs systèmes juridiques ». De même, l'article 33 prévoit que les « peuples autochtones ont le droit de promouvoir, de développer et de conserver leurs structures institutionnelles ainsi que leurs propres coutumes, traditions, procédures et pratiques juridiques en conformité avec les normes internationalement reconnues dans le domaine des droits de l'homme ».

Comme le système judiciaire est indubitablement un producteur majeur de sens dans nos sociétés modernes, les peuples autochtones sont mis, en apparence, sur un pied d'égalité avec la société majoritaire. De fait, le privilège de maintenir et de valoriser leur patrimoine traditionnel et coutumier est une garantie essentielle pour sauvegarder leur spécificité culturelle.

La portée de ce que nous venons d'affirmer peut être précisée comme confirmant le privilège identitaire, indépendamment de l'éta-

24. Francesco Capotorti, *op. cit.*, paragraphe 596 (p. 106) : « [...] le Rapporteur spécial estime amplement justifiée l'opinion souvent exprimée que le maintien d'institutions juridiques distinctes chez les groupes minoritaires doit être subordonné à la politique législative de l'État ».

25 *Ibid.*

26. Convention nº 169 de l'OIT, articles 8, 9 et 10 ; voir Ghislain Otis et Bjarne Melkevik, *op. cit.*, p. 70-71.

tisme normatif. C'est là une des conséquences immédiates du fait que le contenu de ce privilège à l'identité est pensé en référence et en harmonie avec les droits de l'homme (ou de la personne) et met, lui aussi, le normativisme politique de l'État dans une position de « dialogue ». Des privilèges identitaires s'insèrent, nous le constatons par la suite, dans une prise en compte élargie des faits minoritaire (et autochtones) à l'égard d'une conception démocratique du droit.

RÉFLEXIONS SUR LE NOUVEAU PRIVILÈGE IDENTITAIRE

Engageons maintenant une réflexion plus philosophique sur le privilège identitaire. Nous le ferons en posant le privilège identitaire comme devant toujours se réconcilier avec l'horizon d'un droit démocratique. Cette conclusion est la conséquence directe de notre affirmation d'après laquelle le privilège identitaire met la logique de l'État dans une position de dialogue avec le fait minoritaire (et autochtone), et ceci, au profit des individus. L'affirmation de cette reconnaissance du privilège comme un élément démocratique nous servira ensuite pour envisager les conséquences de ce privilège, conséquences que nous voulons résumer comme des positions de participation et de partage.

Le privilège identitaire à l'intérieur d'une culture démocratique

Comment pouvons-nous envisager un privilège identitaire à l'intérieur d'une culture démocratique ? Si nous voulons comprendre notre modernité juridique à la lumière d'une conception des sujets de droit comme pouvant s'affirmer mutuellement en tant qu'auteurs et destinataires du droit, il nous semble qu'une reconnaissance des privilèges identitaires peut être admise. Car si notre conception de la modernité fait référence à la souveraineté de l'individu (et de l'intersubjectivité) dans un tel sens, cette souveraineté annihile toute référence à une forme préétablie ou présupposée d'autorité et de pouvoir. C'est à l'individu qu'il revient d'instaurer volontairement le système de positionnement individuel à sa mesure. Le droit politique de l'État ne peut donc être qu'un résultat et nullement une présupposition.

Si c'est le cas, présumons-le, il s'ensuit que ce sont uniquement les individus (en chair et en os) qui peuvent effectivement se concevoir

mutuellement comme auteurs et destinataires des droits, des auteurs présents, socialisés et personnifiés dans des contextes linguistiques, culturels, religieux, ou autres, leur fournissant matière à une « identité ». Dans sa radicalité, la modernité juridique ne peut faire la différence entre grande et petite société : toutes sont soumises à la même logique, à savoir la souveraineté de l'individu comme « point zéro » dans un processus de sélection de « droits », de normes ou encore d'institutions.

C'est cette même logique qui se manifeste quand nous commençons à penser les droits de l'homme (ou de la personne) « d'en bas » à partir de l'individu. Dans cette perspective, il n'est pas sans intérêt de noter que toutes les récentes déclarations des droits de l'homme en droit international « [...] ne visent pas, comme en 1789, un homme abstrait, mais des catégories d'êtres humains : la femme, l'enfant, l'étranger, le réfugié, l'apatride, le travailleur, le chômeur, le croyant, l'objecteur de conscience, le contribuable, le consommateur, les personnes âgées, etc. »[27]. Bref, c'est l'individu qui est mis en avant.

Les nouveaux instruments des droits de l'homme (ou de la personne) se réfèrent désormais à des catégories d'êtres humains qui révèlent des situations culturelles et des statuts culturels d'humains dans des communautés concrètes. Ainsi s'exprime un souci pour l'homme, que nous pouvons voir en œuvre dans l'idée d'un privilège identitaire, à savoir l'idéal de participation et de partage. De plus, le privilège de l'identité doit nécessairement déboucher sur une position radicale face à la participation politique, qui surpasse, sans l'annihiler, le cadre étatique, une position qui surpasse en fait le cadre de la politique étatique pour en venir à une participation radicale au profit des minorités et des peuples autochtones.

Une reformulation de l'universalité

Utilisant cette affirmation comme point d'appui, ne pouvons-nous pas dire que cet idéal de participation se réfère à une conception

27. Norbert Rouland, *Aux confins du droit*, Paris, Éditions Odile Jacob, p. 216. Voir également *id.*, « Les utilisations de la notion de Droits de l'homme dans le nouvel ordre international », dans *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, nº 1, 1992, p. 133-138, et Étienne Le Roy, « Les fondements anthropologiques des droits de l'homme. Crise de l'universalisme et postmodernité », dans *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, nº 1, 1992, p. 139 et suivantes.

reformulée de l'universalité, à une conception de l'universalité où la souveraineté de l'individu, comme lieu d'explication, affirme la perspective de l'universalité comme une exigence de participation radicale, en dehors de toute hypothèque étatique ? Il nous semble que oui ! De fait, la souveraineté de l'individu propulse l'idée d'une reconnaissance identitaire vers un respect de l'intégrité de chaque individu et de chaque forme de vie humaine. Pour comprendre cette affirmation et saisir la logique qui l'exprime, nous pouvons nous rapporter aux propos suivants de Jürgen Habermas :

> 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 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[28].

Ce qui est alors en jeu, c'est la compréhension de l'universalité comme issue d'un dialogue et d'une participation non biaisée des minoritaires et des autochtones avec le pouvoir institutionnel. Les privilèges identitaires des minoritaires et des autochtones servent dans ce sens à donner du « poids », du « pouvoir » (*empowerment*) aux revendications normatives et politiques.

Une nouvelle logique de négociation

Nous devons insister sur l'idée qu'une reconnaissance de l'identité et du privilège identitaire propulse en fin de compte le projet identitaire vers une logique de partage, ou mieux, de négociation. Le fait que le mot « identité » ne soit jamais défini n'est pas ici fortuit, mais implique précisément que ce privilège doit toujours être négocié quant au contenu.

---

28. Jürgen Habermas, *De l'éthique de la discussion*, Paris, Cerf, 1992, p. 107-108.

La première tâche qui s'impose est justement de négocier le sens qu'il convient de donner au concept d'identité au sein des différents espaces publics. Ainsi, le privilège identitaire est toujours ce que les peuples autochtones et les minoritaires peuvent eux-mêmes envisager comme étant dans leurs intérêts. Ce privilège érige sans contredit une barrière contre toute caractérisation et intervention venue de l'extérieur, le plus souvent de l'État ou d'une majorité ethnique, au profit d'un encouragement à prendre en charge rationnellement ce qu'un peuple minoritaire considère comme primordial pour promouvoir son identité. C'est donc un privilège qui se tourne vers ses porteurs en leur posant les questions « qui sommes-nous ? » et « qui suis-je ? ».

N'est-il pas opportun d'y voir un encouragement permettant à ces peuples d'assumer leur futur par une prise en compte de leurs héritages culturels, linguistiques, religieux et ethniques ? Nous le croyons puisque, à l'intérieur de la modernité politique, il s'agit d'établir le pont entre ce que ces peuples considèrent comme leur identité et le futur comme l'affirmation que leurs voix et leurs choix doivent également compter. Les dirigeants des autochtones ou des minorités savent que des choix cruciaux doivent être faits pour accommoder leurs « identités » avec des contextes culturels majoritaires ou simplement avec une modernité en changements continuels. Ne pouvons-nous pas voir la nouvelle politique identitaire des peuples autochtones et des minorités comme engagée, sur le fond d'un tel privilège identitaire, dans un processus de redéfinition ?

Disons que cette logique de négociation à l'intérieur d'un peuple autochtone ou d'une minorité se distingue de la politique étatiste consistant à « essentialiser », à naturaliser, les identités. Car un tel privilège identitaire propulse les autochtones et les minoritaires dans une logique de négociation avec l'État ou avec une majorité nationale. Comme un privilège identitaire est toujours un privilège par rapport aux autres, la négociation de la signification des privilèges ne doit pas uniquement être faite de façon « interne », mais aussi avec l'État. C'est le renversement de perspective qui est ici important : en pensant les privilèges de « bas » en « haut », la question du pouvoir ou de l'autorité ne prédomine plus. Le privilège identitaire force l'État à négocier ouvertement et politiquement. L'« atout » lui a été enlevé. En fait, le privilège d'une identité culturelle protégée, tel qu'il est désigné dans le droit international, ne préjuge aucunement du résultat d'une telle

négociation. L'horizon infranchissable est uniquement la conception internationale des droits de l'homme et le sens de la modernité juridique, sur fond de laquelle l'imaginaire politique et juridique doit être mis au service d'un processus nouveau de négociation.

Un appel à la modernité politique

La reconnaissance d'une identité culturelle, loin de représenter le crépuscule de la modernité, ni même la montée d'un totalitarisme identitaire, s'insèrent dans une conception politique faisant appel à ce qui constitue l'essence de la modernité politique, à savoir que toute « position » doit être comprise à la lumière des individus, des sujets de droit, pouvant s'affirmer mutuellement comme auteurs et destinataires de droit. Ce que nous avons pu voir, c'est comment le droit international des minoritaires et des peuples autochtones met en scène un privilège identitaire qui propulse le projet politique moderne dans une logique de bas en haut. Deux conclusions peuvent être tirées de cette constatation.

D'abord, la politique des droits de l'homme ne visant que la bonne volonté de l'État a complètement échoué. Peu d'États peuvent se vanter des résultats obtenus dans la négociation de nouvelles solutions politiques avec leurs minoritaires ou leurs peuples autochtones. La protection des droits de l'homme, monopolisée entre les mains de l'État, n'a-t-elle pas le plus souvent servi de programme de construction étatique (*Nation building*) plutôt que la protection de l'homme ? En tout cas, un privilège identitaire accorde un certain pouvoir aux minoritaires autochtones pour négocier avec l'État.

Ensuite, le privilège identitaire participe à une profonde restructuration de notre compréhension du droit international. Il s'agit ici d'une forte incitation politique adressée aux États pour qu'ils reconnaissent le fait minoritaire (et autochtone) sur leur territoire et pour qu'ils entrent respectueusement dans un processus de négociation avec les individus (et leurs représentants politiques, religieux et culturels) quant à une nouvelle forme de *modus vivendi*. Le droit humanitaire, ou encore le droit d'intervention de la communauté internationale, reconnaît cette communauté internationale comme composée désormais aussi bien de l'individu que des États, sur un autre registre disant

même qu'il s'agit de donner du pouvoir aux individus, dans une perspective qui favorise la concrétisation d'un droit cosmopolitique[29].

Nous pouvons clore ce chapitre en soulignant que le respect de l'intégrité identitaire de l'individu (dans la limite des droits de l'homme) et les contextes d'où il tire sa source et son authenticité semblent légitimes. Comme l'écrit Fabienne Rousso-Lenoir, « La fonction du droit [...] n'est pas d'exprimer des valeurs mais d'en permettre l'expression : non de dire l'identité mais de régler les rapports entre les identités[30]. » Cela ne pourra se faire sans que les États aient reconnu de tels privilèges aux minoritaires et aux peuples autochtones et les négocient en toute bonne foi.

EN GUISE DE CONCLUSION

Inutile d'insister sur le fait que le projet de Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, auquel nous faisons référence, patauge toujours et pour longtemps encore à l'intérieur du système onusien. C'est la grandeur et la misère même de ce système de produire des textes de référence pour aussitôt les mettre de côté. Et si les privilèges identitaires, à l'intérieur d'une conception ferme des droits de l'homme, étaient entièrement bénéfiques pour les minorités (et les peuples autochtones) du monde, la transformation de ceux-ci en autant de programmes politiques et pécuniaires risquerait de faire bien mal, car ils seraient extrêmement dispendieux et risqueraient de grever lourdement des ressources financière déjà insuffisantes, pour les grandes comme pour les petites nations, toujours soumises à l'assaut néolibéral. S'il y a donc un long chemin à parcourir entre la production de textes reconnaissant un privilège identitaire sur le plan internatio-

29. Bjarne Melkevik, « Le droit cosmopolitique : la reformulation habermasienne », Universitas Iuris, Rosario, Argentine, nº 21, avril 1999, p. 67-77 ; article repris dans Bjarne Melkevik, *Rawls ou Habermas. Une question de philosophe du droit*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2002, p. 135-152. Ou en langue espagnole : *id.*, « El derecho cosmopolita : Le reactualización », dans *Anuario de Filosofia Juridica y Social*, Ano 2003, vol. 23, Buenos Aires (Argentine), Abeledo-Perrot, novembre 2003, p. 203-218 ; ou *idem*, « El derecho cosmopolita : La reactualizacion habermasiana », dans *Derechos Humanos Nº 1, Cuadernos del CEIDH* « Prof. Dr. Juan Carlos Gardella » (Centro de estudios e investigaciones en derecho humanos) de la Faculdad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Rosario, Editorial Juris, 2001, p. 221-237.

30. Fabienne Rousso-Lenoir, *Minorités et droits de l'homme : l'Europe et son double*, Bruxelles et Paris, Bruylant/LGDJ, coll. Axes Essais, nº 9, 1994, p. 73.

nal et leur accommodement puis leur traduction, avec les précisions nécessaires, dans le système politique et juridique d'un pays distinct, il nous semble qu'une réflexion élargie devrait se faire sur de tels privilèges et leurs limites. Et au-delà des positions tranchées des opposants face à tout privilège identitaire et de celles de ses partisans inconditionnels, il y a simplement, nous le défendons, une position qui n'a pas peur des privilèges identitaires, prête à voir un aménagement de ceux-ci à l'intérieur de notre modernité juridique.

Avouons donc que, en fin de compte, c'est le sens que nous accordons à l'horizon d'une modernité juridique, conciliée avec la démocratie, qui nous permet d'adopter, en toute confiance, un rôle, une place, en faveur des privilèges identitaires. Car si les processus démocratiques ne devraient jamais se soumettre à un privilège, il n'en est pas moins vrai que les mêmes processus démocratiques peuvent nous servir pour aménager des positions politiques, sociales, économiques et autres, qu'occupent des individus en tant que tels. Et comme telles, elles n'engagent que notre confiance dans les ressources mêmes de notre modernité juridique et politique.

7

UN SOUCI EN FAVEUR DE L'HOMME : REGARDS SUR LA CRITIQUE PHILOSOPHIQUE DES DROITS DE L'HOMME[1]

Précisons en tout premier lieu notre démarche[2]. Nous pensons que la critique philosophique et historique du dix-neuvième siècle, concernant la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (1789)[3], peut être analysée autrement qu'en une réaction antimoderniste et qu'il s'y cache une critique du caractère aporétique de l'idéologie « fondationaliste » des droits[4]. Envisagée subséquemment, la critique philosophique des droits de l'homme pourra, logiquement, être explorée comme instaurant une préoccupation, un « souci » (au sens kierkegaardien), au profit de l'homme concret, cet homme concret qu'aucun discours contemporain se reportant à la possibilité de « droit », ou plus

1. Une version préliminaire de cet article a été publiée sous le titre « A ética do homem real e a critica filosofica dos direitos do homem » (traduction en portugais par Paulo Ferreira Da Cunha), dans Paulo Ferreira Da Cunha (dir.), *Direitos humanos. Teorias e praticas*, Coimbre, Almedina, 2003, p. 125-135. Nous avons profité de l'occasion pour le reformuler, le préciser et le réécrire en profondeur.
2. Tout au long de ce chapitre, l'utilisation de l'expression « droits de l'homme » se réfère à un document historique, soit à la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789, et à la réflexion critique sur ce document. La notion « droit de la personne » s'utilise également aujourd'hui dans les pays de tradition catholique.
3. Pour une analyse philosophique des droits de l'homme, voir Guy Haarscher, *Philosophie des droits de l'homme*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 4e éd, 1993. Voir aussi Frédéric Worms (dir.), *Droits de l'homme et philosophie. Une anthologie (1789-1914)*, Paris, Presses Pocket, 1993, qui présente des extraits des textes principaux.
4. Néologisme faisant référence à tout discours de « fondation ».

exactement à un positionnement juridique éventuel, ne pourrait (ou ne devrait) désormais plus négliger.

Plus précisément, l'objectif consistera, d'une part, à examiner la critique du paradigme d'un « homme » abstrait et hypothétique, compris d'une façon fondationaliste et étatiste et, d'autre part, à l'inverse, à étudier réflexivement l'ouverture encore timide et potentielle (donc historiquement contingente) qui se profile en faveur d'une prise en compte des intérêts et des perspectives des individus réels, à savoir des hommes, des femmes et des enfants, qui travaillent, qui s'amusent ou qui jouent dans les parcs. Tel quel, c'est ainsi, confirmons-le, un enrichissement de la conception même de « modernité juridique » qui, par cette critique philosophique, se met en place sur le plan historique. De là d'ailleurs provient l'interrogation suivante toujours sous-jacente à nos réflexions : comment (et à partir de quels paramètres) la modernité juridique moderne peut-elle prendre en charge les exigences de l'homme concret telles que libérées par les forces même de cette modernité et l'exprimant exemplairement ?

Dans un premier temps, nous présenterons la critique « conservatrice », ensuite la critique historiciste, et finalement la critique marxienne[5]. Celles-ci sont, suivant notre jugement, les seules à répondre à nos objectifs et aussi les seules à avoir influencé positivement le droit contemporain dans la perspective insistant sur une prise en compte réelle de l'individu (et de ses intérêts) que nous valorisons ici[6]. Quelques réflexions préalables s'imposent toutefois pour expliquer la particularité de la dite déclaration française de 1789 à l'égard des autres déclarations des droits de l'homme de la même époque, et aussi pour

5. Nous utilisons le vocable « marxienne » comme se rapportant uniquement à ce que Karl Marx a effectivement écrit et pour marquer la distance avec le mot « marxisme » (ou « marxiste ») qui se rapporte à une panoplie de mouvements politiques différents (et antagonistes) ayant la pensée de Friedrich Engels comme point de départ. Nous nous expliquons également dans Bjarne Melkevik, « À propos de Marx et de sa conception du droit : intersubjectivité, matérialité et normativité », dans *id.*, *Réflexions sur la philosophie du droit*, Paris, L'Harmattan, et Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Dikè, 2000, p. 152-169.

6. À ce sujet, nous excluons ainsi d'emblée la critique « positiviste » ou « scientifique » des droits de l'homme (Bentham), de même que la critique « réactionnaire » (Haller, Muller, Gorres, Schlengel, Baader, de Bonald, von Haller) ; voir Jean-Luc Chabot, *Histoire de la pensée politique. Fin XVIII^e–début XXI^e siècle*, Grenoble, Presses universitaire de Grenoble, coll. Politique en plus, 2001, p. 30-37. Il s'agit dans ces discours d'une préoccupation à l'égard de la rectitude « scientifique » ou « idéologique » (ou « éthique ») contraire à nos objectifs relatifs à « l'homme concret ».

expliquer le cadre historique, également particulier, où se joue ce mouvement critique.

PRÉLUDE : LA MISE EN TUTELLE ÉTATIQUE DE L'HOMME ET LES DROITS DE L'HOMME

Effectivement, pourquoi les autres déclarations des droits de l'homme du 17e, du 18e ou encore du 19e siècle ne récoltent-elles qu'enthousiasme et engagement alors que, en revanche, la « *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* » de 1789 est l'objet d'une critique directe et sans ménagement ? Retenons simplement que le premier document moderne des droits de l'homme que nous pouvons identifier, le *Bill of Rights* anglais de 1689, sera en fait un outil précieux pour le positionnement juridique des sujets de droit en Angleterre et un phare dans les luttes politiques contre le pouvoir royal. Il en sera de même avec les États-Unis. Sur fond de différentes déclarations des droits de l'homme promulguées préalablement dans des colonies initiales, ils instaurent, avec leur Déclaration d'indépendance des États-Unis de 1776, les droits de l'homme comme ancrage et comme référant pour l'ordre juridique à construire. D'autres exemples pourraient également être fournis et se présentent, en règle générale, comme des « succès ». Pourquoi donc la Déclaration française ne récolte-t-elle pas la même réaction ? Pourquoi est-elle contestée, dès les premiers jours, de l'intérieur comme de l'extérieur ? Et pourquoi la Déclaration française a-t-elle sombré, pendant si longtemps, dans un marécage philosophique (voire « national ») et dans l'incapacité de se faire juridique[7] ?

Il va sans dire que répondre à toutes ces questions risquerait de nous mener loin. D'autant plus que ces interrogations s'ajoutent tout naturellement à une multitude de circonstances et de raisons particulières, aussi bien sur les plans événementiels qu'historiques, politiques et juridiques. En conséquence et pour être bref, notre réponse n'insis-

7. C'est uniquement en 1946, dans le préambule de la Constitution française du 27 octobre 1946, réaffirmé dans le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, que la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* a pu avoir une existence juridique ferme et certaine. Notons pourtant que l'insertion de 1946 est largement due aux influences extra-françaises et surtout à la pression politique et juridique des États-Unis en faveur des régimes « libéraux » reconnaissant les droits de l'homme au niveau des citoyens. Après la Deuxième Guerre mondiale, seuls les régimes « libéraux », sur le plan des droits, étaient éligibles aux aides à la reconstruction offertes par les États-Unis.

tera que sur l'affirmation qu'en philosophie du droit il y a effectivement un problème intrinsèque rattaché à ladite Déclaration. Plus précisément, les autres déclarations sont de type libéral et mettent l'accent sur un individu libre et égal aux autres. En revanche, la Déclaration française est de type « étatiste » et met l'accent sur la construction d'un nouvel État et la mise en selle d'un nouveau régime politique. En d'autres mots, ladite Déclaration servait avant tout l'étatisme et le système institutionnel et politique français, voire le processus de « *Nation building* » à la française, au détriment de l'homme, de l'individu, du citoyen ; l'individu devenant alors secondaire ou encore perdant dans ce processus. Nous pouvons simplement affirmer que le problème philosophique de ladite Déclaration, historiquement et philosophiquement, est qu'elle sert de prime abord la mise en tutelle étatique de l'individu et des droits de l'homme.

Pour expliquer la raison d'une telle situation, il peut être plus éclairant d'examiner en premier lieu le fondationalisme philosophique qui anime ladite Déclaration. Dans cet objectif, il nous semble que cette raison se révèle de façon exemplaire chez Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), dans le flou artistique et philosophique qui caractérise si profondément son livre phare *Le contrat social*[8]. Ce qui présuppose, sans surprise, que nous considérons Rousseau comme l'un des pères de la Déclaration de 1789.

Retenons de ce fait que Rousseau n'est pas, en dépit de son statut hagiographique, un quelconque « libérateur » philosophique[9], mais plutôt l'instigateur de l'étatisme réactionnaire moderne. Et rappelons, si besoin était, que Rousseau a été mille fois plus néfaste pour la culture politique et juridique occidentale que la pensée brumeuse et obscure de Hegel, par exemple.

En abordant dans cet esprit le cas de Jean-Jacques Rousseau, il faut au préalable insister sur l'ambiguïté intrinsèque qui imprègne toute sa philosophie. Effectivement, il s'y mélange, d'une part, un côté romantique, avec l'appel à un retour à la nature et, d'autre part, une politique qui sanctifie l'État et surtout, qui l'introduit comme le nouveau « Dieu » néopaganien à vénérer. D'un côté donc de la poésie

8. Jean-Jacques Rousseau, *Le contrat social ou Principe du droit politique* [1762], Paris, GF-Flammarion, 1992.
9. Louis-Sébastien de Mercier, *De J. J. Rousseau, considéré comme l'un des premiers auteurs de la Révolution*, Paris, Buisson, 1791.

philosophique, de l'autre la recette d'une « théologie » politique laïque (ou plutôt laïciste) et étatiste. En ce qui concerne cette raison de l'État, il l'annonce en ces termes :

> Depuis lors mes vues s'étaient beaucoup étendues par l'étude historique de la morale. J'avais vu que tout tenait radicalement à la politique, et que, de quelque façon qu'on s'y prît, aucun peuple ne serait jamais que ce que la nature de son gouvernement le ferait être ; ainsi cette grande question du meilleur gouvernement possible me paraissait se réduire à celle-ci : « Quelle est la nature du gouvernement propre à former un peuple le plus vertueux, le plus éclairé, le plus sage, le meilleur enfin, à prendre ce mot dans son plus grand sens[10] ? ».

Le problème saute aux yeux : la société, comme le peuple, et surtout les individus qui le composent, n'est ici pensée que d'en haut, pensée comme objet d'un gouvernement moral et politique qui ne doit, par la thaumaturgie de la vertu, traiter les individus qu'en tant qu'objets citoyens, autrement dit comme des enfants ayant besoin d'être dirigés, rééduqués et soumis. Voici, en condensé, le problème de l'étatisme français, dans le sens où les individus ne sont jamais ici des « adultes » (au sens de Kant), mais plutôt de la pâte molle faite pour être formée, modelée ou (de façon plus moderne) « formatée » suivant des désirs, des plans ou des philosophies que les élites nationales (ou oligarchiques) auront concoctés pour eux. La question de l'État, du « droit », comme du gouvernement ou de la « gouvernance », toujours supposé être, d'une façon simpliste, le représentant (romantique ou mythologique) du « Peuple » (on peut aussi s'interroger quant à savoir si ce terme possède véritablement un sens chez Jean-Jacques Rousseau) n'est donc qu'une histoire de paternalisme (ou de maternalisme) et en tout cas une affaire d'autorité étatique.

Dans la mesure où Jean-Jacques Rousseau (ou le rousseauisme) reste, comme nous l'affirmons, un large instigateur philosophique de la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen, nos observations nous permettent en conséquence de prendre assidûment le pouls du problème philosophique que représente ladite Déclaration. Car au-delà des mots de la Déclaration, en soi tous des mots largement « sympathiques » (ou des *buzzwords* comme on dit aujourd'hui), c'est effectivement toute une idéologie nouvelle qui se met en place. Et

10. Jean-Jacques Rousseau, *Les confessions*, tome 2, Paris, Librairie Générale Française, coll. Le livre de Poche, n° 1100, 1988, p. 122 (Le livre neuvième 1756-1757).

l'une des particularités de la Déclaration française se trouve dans le fait qu'elle arrive comme un « bloc idéologique » et donc, précisément, comme une « textualité » se faisant chair à l'intérieur de ses propres paramètres d'imposition historiques, politiques et idéologiques, à savoir par ladite mise sur pied de la nouvelle forme d'« étatisme » à la française.

Afin de résumer la Déclaration de 1789, comme issue et comme véhiculant cette idéologie « étatiste » très particulière, nous pouvons ici, sur le plan synthétique, insister sur trois points :

1. La Déclaration de 1789 est d'abord un document idéologique et philosophique insistant sur la « souveraineté » étatique : art. 3 – « Le principe de souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément[11]. »
2. Elle repose sur l'idée platonique d'un individu soumis et au service « commandé » favorisant cet État : art. 6 – « La loi est l'expression de la volonté générale. »
3. La conception de « l'Homme » mise en avant est hypothétique et abstraite (revoir l'article 3 cité plus haut), de même que le mot « droit » (ou encore les droits de l'homme) n'a de sens que soumis à l'idéologie étatiste et nationale : art. 4 – « L'exercice des droits naturels de chaque homme [se fait dans les bornes qui] ne peuvent être déterminées que par la Loi » (voir également l'article 6 cité plus haut).

Il en résulte, expressément, une étatisation (idéologique et historique) des droits de l'homme au détriment d'un positionnement adéquat de l'individu. L'individu, et la possibilité de positionnement juridique, ont simplement été annulés, évacués, au profit de l'État souverain. Et bien sûr la législation nationale est devenue une chasse gardée réservée à l'élite nationale. La Déclaration est simplement devenue un élément dans une idéologie étatiste programmée pour assurer fermement les leviers du pouvoir entre les mains d'un État plus

11. D'où le problème des « corps intermédiaires » et la violence étatique contre la société civile pour s'assurer l'exclusivité de la « représentation » politique étatique ; voir Bjarne Melkevik, « Intérêts particuliers, intérêts généraux et corps intermédiaires », dans Josiane Boulad-Ayoub et Luc Bonneville (dir.), *Souverainetés en crise*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Mercure du nord, 2003, p. 101-113. Repris dans Bjarne Melkevik, *Considérations juridico-philosophiques*, *op. cit.*, p. 119-131.

fort, plus « scientifique », plus « philosophique », que l'État ancien qu'il remplace. Et la question du droit en est réduite à un rôle mineur et secondaire, sinon disgracieux, d'instrument national (ou républicain) entre les mains des classes sociales, et qui se greffe opportunément sur la puissance de l'État. Donc aussi, sur un autre plan, l'État français comme centralisateur et élitiste, caractérisé par « les grands corps » (c'est-à-dire ingénieurs, instituteurs, administrateurs, etc.) est supposé être responsable de rien de moins que de la « société » française !

Sur le plan de la philosophie du droit, tout cela se résume en fait à la confiscation de la question de légitimité à l'intérieur d'une particularisation étatiste de la légalité. Autrement dit, la Déclaration de 1789, étant supposée représenter à la fois la légitimité et la légalité – mais sans respecter dans un sens quelconque la tension nécessaire entre les deux pour se faire juridique – trahit les deux : elle trahit la légitimité tant que la légalité de la Déclaration est présupposée se résumer dans la déduction à partir de la Raison et elle trahit la légalité telle que la légitimité est présupposée être la même Raison. Enfin, le seul protagoniste debout, c'est l'État, ou simplement le nouveau régime s'étant artificiellement forgé une « légitimité » qui n'est pas encore une « légalité » mais qui, sur le seul plan du pouvoir, résume désormais les deux. Sur le plan du « droit » (maintenant pensé comme l'apanage de l'État), cela signifie une confiscation de la légitimité sous les prémisses d'une légalité à son tour monopolisée et étatisée à l'intérieur d'un dogmatisme étatique devant s'exprimer, improprement, comme étant le « droit », c'est-à-dire comme une mise en dogme de la question du droit sur des prémisses uniquement étatiques.

Dans le contexte occidental, la légitimité de droit a été pendant des millénaires (comme tradition juridique) rattachée à l'individu. La question de l'homme, de l'individu, est par conséquent le point faible de cette étatisation du « droit » et des droits de l'homme. Que s'engagent les escarmouches sur ce front, à savoir soit de penser le droit comme monopolisé par l'État soit comme rattaché à l'individu, n'a donc rien de surprenant. Anticipant consciencieusement sur notre analyse, soulignons-le d'emblée, Edmund Burke, en tant que représentant d'une critique « conservatrice », n'y décèle ici qu'un recul « étatiste » à éviter à tout prix. Précisément parce que, sur le plan juridique, la *commun law* a, d'après lui, amplement réussi, par des luttes historiques contre le pouvoir royal, à se rendre indépendante et à

joindre le peuple anglais en tant que « liberté anglaise », soit l'inverse de l'étatisme à la française. Quant aux critiques « historicistes » et « marxiennes », issues du contexte allemand, et largement explicables sur fond de l'expérience douloureuse de l'occupation des États allemands par Napoléon Bonaparte (et ses partisans tant Français qu'Allemands), c'est aussi une insistance sur les « libertés » allemandes qui apparaît au premier plan. En somme, comme nous le constatons par la suite, nous trouvons là des idées qui resituent la question du droit et des droits de l'homme sur le plan de l'individu.

À ce stade de nos interrogations, il s'ensuit que déjà dans ces esquisses se met explicitement en place ce qui représente, comme nous l'envisageons, l'essentiel de la critique de la Déclaration de 1789 : à savoir que, à travers cette préoccupation sur l'homme concret, apparaît déjà la recherche d'une alternative à « l'étatisme » à la française dans le domaine du droit. Ces solutions de rechange, nous le soulignons dès maintenant, ne seront pas pour autant satisfaisantes à cause des ressources inadéquates sur le plan de la philosophie du droit.

LA CRITIQUE « CONSERVATRICE »

Étant donné les intérêts en jeu, il n'est guère surprenant de constater à quelle vitesse une critique philosophique « conservatrice » s'est développée contre les Droits de l'homme de 1789 en Angleterre. Déjà, l'année suivant la Déclaration française, soit en 1790, Edmund Burke présente, dans son livre *Réflexions sur la Révolution en France*[12], une réfutation en règle de ce qu'il considère comme des *french fallacies* – comme une sorte d'aberration de l'esprit, de sophismes français[13].

12. Edmund Burke, *Réflexions sur la révolution en France*, Paris, Hachette, coll. Pluriel, 1989. Concernant la philosophie du droit, voir Michel Villey, « Philosophie du droit de Burke », dans *id.*, *Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais)*, Paris, Dalloz, coll. Philosophie du droit, n° 16, 1976, p. 125-138 ; voir en philosophie politique, Philippe Raynaud, « Burke et la déclaration des droits », dans *Droits. Revue française de théorie juridique*, n° 8, 1988, p. 151-159. Voir plus spécifiquement, Peter J. Stanslis, *Edmund Burke and the Natural Law*, Lafayette, Huntington House Inc., 3e éd., 1986, et le numéro special, intitulé *Edmund Burke and the Natural Law : Theory and Practice*, de Vera Lex, vol. VI, n° 1, 1986.

13. Notons que c'est le même jugement que fait Jeremy Bentham dans « Sophismes anarchiques », cité chez Fréderic Worms, *Droits de l'homme et philosophie. Une anthologie (1789-1914)*, *op. cit.*, p. 150-158 ; « Mais l'examen d'une grande erreur renferme un intérêt qui subsiste toujours. Le germe de cette fausse théorie des *droits de l'homme* est

Soulignons-le, si le qualificatif de « traditionaliste » a été fréquemment attribué à la critique de Burke, il n'en demeure pas moins qu'ici se révèle plutôt le signe de la « dénonciation » que de l'honnêteté intellectuelle. Edmund Burke est authentiquement le père légitime de la pensée « conservatrice-progressiste », au sens anglais, et nullement un traditionaliste quelconque. En fait, Burke commence sa carrière comme philosophe et homme politique en tant que libéral de choc. Autant ses *Recherches philosophiques sur l'origine de nos idées du sublime et du beau* (1757)[14] que l'*Apologie de la société naturelle* (1756)[15] – pastiche nettement imprégné d'anarchisme philosophique avant l'heure, qui critique les théories « naturalistes » de Rousseau et de Bolingbroke[16] – en témoignent. C'est par la suite que Burke, adhérant largement au réalisme de Hume, concrétise sa pensée politique dans les lignes de ce qui sera, sur le plan philosophique, ledit « conservatisme-progressisme » à l'anglaise. Et si nous devons, brièvement, caractériser cette pensée, il convient avant tout d'insister sur le fait que celle-ci met en avant une « prudente » politique moderne mettant l'accent sur l'ordre juridique existant et sur un réformisme réaliste issu de l'expérience, procédant étape par étape, en évaluant continuellement les effets sociaux, économiques et politiques en détail sur le plan des individus. Ce qui se traduit bien entendu sur le plan juridique (et sur plan de la critique de la Déclaration française) par une insistance ferme et soutenue de la valeur de la *common law* comme une liberté anglaise et sur l'homme, l'individu concret, comme le point névralgique de toute pensée juridico-politique.

En ce qui concerne donc ce dernier point, c'est-à-dire l'insistance sur l'homme concret, Burke condamne vigoureusement la conception

dans les passions du cœur de l'homme, qui sont toujours les mêmes et qui n'attendent pour se reproduire que des circonstances semblables » (*id.*, p. 151).

14. Edmund Burke, *Recherche philosophique sur l'origine de nos idées du sublime et du beau* [1757], Paris, Vrin, 1re édition 1990, 2e édition révisée 1998.

15. Edmund Burke, *A Vindication of Natural Society* [1756], réimprimé par Liberty Fund, 1982.

16. Henry St. John Bolingbroke, Lord (1678-1751), était un homme d'État britannique et un écrivain de philosophie politique. Après une carrière en tant que ministre de la guerre, ministre des affaires étrangères, et chef des Tory, il s'exile en France en 1714, à cause de ses sympathies jacobites. Il est l'auteur de plusieurs livres, comme *Letters on the Study of History*, *Dissertation on Parties*, mais seul son livre *Idea of a Patriot King* (1749) suscite encore de l'intérêt. Bolingbroke défendait une position déiste en philosophie.

de l'homme hypothétique et romantique (parce que rousseauiste), véhiculée par la Déclaration française. Il ne voit en fait qu'une conception fantasmagorique et idéologique de l'homme, l'expression d'un homme aliéné qui, prisonnier de sa propre passion idéologique, lutte pour la *tabula rasa* sans comprendre comment il est lui-même le résultat d'un processus social et politique. En d'autres mots, qui lutte contre lui-même et ses propres intérêts et qui se supprime, corps et âme, dans la *tabula rasa* au profit d'une idéologie qui ne peut que le confirmer en tant qu'objet de l'hétérogénéité mis en selle. En connaissance de cause, Burke oppose à cela une conception de l'homme politique, de l'homme issu d'un contexte sociopolitique qui, en mobilisant l'expérience juridique et politique (c'est-à-dire *ses propres expériences*), conserve les bases intactes pour une évolution historique et sociale harmonieuse. À juste titre parce que c'est lui, l'homme concret, qui doit mettre en marche, comme l'acteur, l'expérience juridique et politique en tant qu'extension de lui-même. En d'autres mots encore, c'est la lutte de Pythagore contre Euclide que Burke met en scène. Rappelons que, pour Pythagore, l'insistance sur l'expérience de l'homme fait de l'œuvre de l'homme la seule mesure pour les actions même de l'homme. Quant à Euclide (et le platonisme euclidien dominant le balbutiement de la modernité chez des auteurs comme Grotius, Pufendorf, Leibniz, et ainsi de suite), il fait du dessein rationnel (c'est-à-dire la Déclaration de 1789) la beauté et la magie de la construction rationnelle vouée à conquérir l'espace « extra-terrestre » ou simplement laissé vide par l'évacuation de l'individu (comme chez Copernic, Galilée, Brahe, etc.). Loin donc de tout rationalisme instrumental, que Burke voit en œuvre dans la Déclaration (et la Révolution) de 1789, il souligne que nous sommes issus d'une société « historique » qui nous a fourni des ressources plus amples et une sorte de « reconnaissance » à son égard. Ce qui aboutit à envisager la société existante comme une ressource transcendante et politique en vue d'une évolution ou d'une amélioration graduelle sur le plan des individus.

L'enjeu de la critique de Burke, c'est donc de prouver que les droits de l'homme, promulgués abstraitement par la Révolution française, sont faux en ce qu'ils n'ont aucun fondement raisonnable, qu'ils reposent concrètement sur une présupposition métaphysique insoutenable. La conceptualisation d'un « homme » sans attache, sans société, « sans mère, sans père » serait ainsi une fiction conceptuelle fausse qui ne

servirait que frauduleusement à imposer des principes prétendus « rationnels ». C'est alors la conception même de la société comme projet de vie en commun qui s'obscurcit, si nous suivons le raisonnement de Burke. Et surtout, le fondement social qui pourrait, le cas échéant, soutenir un tel projet, s'effrite, s'effondre et s'écroule, et devient alors vulnérable devant la prétention métaphysique de la Déclaration de 1789 et l'étatisation des « droits ».

Lorsque Burke soutient subséquemment que les droits de l'homme de la Déclaration française sont moralement et politiquement faux, il ne le fait nullement en référence à une conception morale ou politique métaphysiquement supérieure, mais bien au contraire, en fonction de ce qu'il considère comme représentant la pratique véritable des droits de l'homme, à savoir celle qui sort de l'art du raisonnable et d'une expérience qui concourt au bien des citoyens à l'intérieur d'un système juridique confirmé entre les mains des individus. En fait, les paroles les plus cruelles que Burke réserve aux droits de l'homme de 1789 sont celles où il s'évertue à dénoncer toute théorisation qui ne prend pas en considération l'homme réel :

> Toute la question est de savoir comment se procurer la nourriture, comment administrer les remèdes. Et en pareilles circonstances je conseillerai toujours de faire appel au cultivateur ou au médecin plutôt qu'au professeur de métaphysique[17].

En d'autres termes on ne peut plus clairs, les droits de l'homme, les « vrais », sont la propriété de leur créateur, de l'homme concret. En revanche, les « faux » droits de l'homme ne sont que des sophismes des élites obnubilées par leurs propres rêves métaphysiques et étatistes.

En conséquence, la suite logique de la critique de Burke, c'est une valorisation de la liberté anglaise, représentée par la *common law*, contre l'étatisme métaphysique des lois « françaises » et de la Déclaration de 1789. Une des forces sous-jacentes de la critique de Burke est le fait qu'elle procède à partir de la pensée empiriste. Il existe en effet une étroite relation entre la critique de Burke et l'empirisme de Hume, ce

17. Edmund Burke, *ibid.*, p. 77. Rappelons ici l'objection pratique d'Aristote contre Platon et les platoniciens : « On se demande aussi quel avantage un tisserand ou un charpentier retirera pour son art de la connaissance de ce Bien en soi, ou comment sera meilleur médecin ou meilleur général celui qui aura contemplé l'Idée en elle-même », dans Aristote, *Éthique à Nicomaque*, traduction Jules Tricot, Paris, Vrin, 2e édition, 1967, p. 54.

qui explique d'ailleurs la puissance philosophique de cette critique. Et là où Hume, sur le plan d'une théorie de la connaissance, critique toute prétention à la connaissance qui ne repose pas sur l'expérience, rattachant ainsi le concept même de raison à l'expérience[18], Burke, sur les plans culturel, politique et juridique, affirme que toute « action » doit également reposer sur l'expérience, celle d'hier et d'aujourd'hui, et surtout celle concrétisée *de facto* dans le paradigme d'une *common law* forgée, pas à pas, par les citoyens. Sur le plan de droit, il en résulte, que seule l'action des citoyens pourra être dite rationnelle, parce qu'elle se réalisera comme expérience de ce que le droit « est », à savoir un droit commun se manifestant comme une liberté concrète entre les mains des citoyens.

Dans cette optique, Burke distingue, nous l'avons déjà indiqué, ce qu'il appelle les faux « droits de l'homme », c'est-à-dire ceux qui sont promulgués par la Révolution française, des vrais « droits de l'homme », qui seraient issus de la *common law*, ou mieux, de l'expérience concrète et morale des personnes dans le domaine de leurs libertés concrètes[19], ayant déjà eu lieu dans le domaine d'un ordre juridique concret ou de la *common law* comme système. Il s'agit ainsi, toujours suivant Burke, d'une liberté concrète qui s'oppose à la Déclaration de 1789, telle que celle-ci ne donne qu'une leçon professorale de métaphysique « étatiste ». Plus précisément :

> Les « droits » dont nous parlent ces théoriciens ont tous le même caractère absolu ; et autant ils sont vrais métaphysiquement, autant ils sont faux moralement et politiquement[20].

Or, si la liberté concrète de la *common law* demeure toujours, selon Burke, entre les mains des citoyens anglais, en revanche, la Déclaration de 1789 met tout le pouvoir entre les mains des élites nationales ayant pris le pouvoir en 1789. Comme nous le dirions aujourd'hui, c'est un document de *Nation building* où les nouveaux maîtres justifient leur pouvoir, leur mainmise sur les institutions et la « légitimité » qu'ils se donnent eux-mêmes. Cela rencontre précisément le jugement de Burke

18. David Hume, *Traité de la nature humaine* (1740), Paris, Flammarion, 1995 ; *id.*, *Enquête sur l'entendement humain*, Paris, Nathan, 1982 ; *id.*, *Enquête sur les principes de la morale*, Paris, Flammarion, 1991.
19. Edmund Burke, *ibid.*, p. 74-75.
20. Edmund Burke, *ibid.*, p. 78.

voulant que les droits de l'homme issus de la Révolution française soient faux sur le plan moral et frauduleux sur le plan politique.

Et ici Burke est plutôt clairvoyant, car même si sa critique fut écrite en 1790, les événements historiques ont confirmé ses intuitions et le confinement de la Déclaration à l'intérieur d'une logique étatiste de *Nation building*. Pire, au nom d'une rhétorique abstraite et nationaliste, la Déclaration a accompagné la terreur révolutionnaire dans ses purges, ses meurtres, ses génocides, dans l'oppression, la discrimination, et ainsi de suite, dans le but unique de « légitimer » illégitimement, cette *Nation building*. Elle a accompagné les négations du « droit » pour enfanter l'« étatisme » de la République française (et plus tard de l'Empire de Napoléon et des « républiques » qui ont suivi) !

En somme, la critique burkienne va donner le ton à toutes les critiques philosophiques ultérieures car, comme nous le constaterons par la suite, ces critiques insisteront également sur le caractère abstrait, théorique et métaphysique des droits de l'homme de 1789, et sur l'importance de situer le discours sur le plan concret de l'homme tant au niveau pratique qu'au niveau social. Ajoutons d'ailleurs en passant qu'Hannah Arendt et ses réflexions critiques sur les droits de l'homme, développées surtout dans *Les racines du totalitarisme*[21], s'expliquent largement sur le fond de la pensée burkienne.

LA CRITIQUE HISTORICISTE

Si la critique de Burke est pragmatique, il est aussi vrai que le pragmatisme, même dans son versant politique de « conservateur-progressiste », n'a pas encore de véritables racines philosophiques en Allemagne au début du 19e siècle. Retenons comme preuve que la lecture de Hume et surtout son criticisme sont trahis par un penseur d'envergure comme Kant au profit de l'édification d'un système idéaliste. Et si Burke aura un écho de sa critique par le fait que son livre est rapidement traduit en allemand et provoque sur le sol germanique

21. Hannah Arendt, *Les origines du totalitarisme. Volume 3 : Le système totalitaire*, Paris, Seuil, coll. Essais, Points, no 307, 1972, p. 205 : « Telle est la prétention monstrueuse, et pourtant, apparemment sans réplique, du régime totalitaire que, loin d'être "sans loi", il remonte aux sources de l'autorité, d'où les lois positives ont reçu leur plus haute légitimité. » Sur Arendt, voir Luc Vigneault, « L'universalisme des droits de l'homme après le totalitarisme », dans Bjarne Melkevik et Luc Vigneault (dir.), *Droits démocratiques et identités*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2006, p. 63-73.

des réflexions aussi bien sur la nature de la Révolution française que sur la notion hypothétique des droits de l'homme, c'est une autre sorte de philosophie du droit qui se met en place[22]. La critique historiciste issue de l'école historique allemande du droit[23] ne s'abreuve guère d'une quelconque reprise burkienne, mais plutôt, comme nous l'avons indiqué auparavant, de la réaction anti-française qui se réveille si vigoureusement à la suite de l'occupation militaire, politique et juridique de Napoléon Bonaparte et de l'utilisation plutôt machiavélique du paravent idéologique qu'est la Déclaration de 1789 sur le sol allemand pour cacher une oppression injuste et tyrannique.

Pour appuyer plus solidement cette affirmation, rappelons que la Révolution française et la Déclaration de 1789 ont, initialement et d'une façon romantique, récolté une sympathie énorme et entièrement disproportionnée en Allemagne. Et l'invasion militaire napoléonienne a été reçue de la même façon démesurée et non réfléchie. Rien ne nous semble plus révélateur de cette sympathie irrationnelle que les mots de G.W.F. Hegel qui, voyant en 1805 Napoléon entrer à Iéna, le considère comme « l'Esprit à cheval ». Précisément parce que Hegel, victime inconsciente de ses propres égarements, y voit l'émergence de la Raison dans l'histoire allemande et celle de l'Esprit, qu'il identifie hâtivement au concept de « liberté » comme étant incarnée dans le

22. Edmund Burke, *Betrachtungen über die französische Revolution. Nach dem Englischen des Herrn Burke neu bearbeitet von Friedrich Gentz*, Berlin, 1793. Rappelons que le traducteur, Friedrich Gentz, était un disciple de Kant ; voir Alain Renaut, « Rationalisme et historicisme juridiques. La première réception de la déclaration de 1789 en Allemagne », dans *Droits. Revue française de théorie juridique*, n° 8, 1989, p. 143-149 ; *id.*, « Friedrich Gentz, une critique non romantique de la Révolution », dans *Cahiers de philosophie politique et juridique*, n° 16, 1989, p. 123-139.

23. Sur l'école historique allemande, voir Albert Brimo, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'État*, Paris, Pedone, 3e édition, 1978, p. 181-194 ; Alfred Dufour, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire*, Paris, Presses universitaires de France, coll. Léviathan, 1991 ; François Kervégan et Heinz Mohnhaupt (dir.), *Recht zwischen Natur und Geschichte/Le droit entre nature et histoire*, Frankfurt-am-Main, Klostermann, 1977 ; Olivier Jouanjan (dir.), *L'esprit de l'École historique du droit*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, coll. Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, nouvelle série n° 7, 2004 ; Oliver Jouanjan, « École historique du droit, pandectisme et codification en Allemagne (XIXe siècle) », dans Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses universitaires de France, coll. Quadrige, 2003, p. 571-578 ; Olivier Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1980-1818)*, Paris, Presses universitaires de France, coll. Léviathan, 2005 ; voir ici spécifiquement la bibliographie des sources primaires et secondaires des pages 339 à 359.

personnage même de Napoléon, transformant l'Allemagne grâce à sa seule présence. De ce fait, suivant Hegel, le concept de « liberté » effectua, d'une façon quasiment religieuse, son incursion prométhéenne dans l'histoire allemande, forçant l'Allemagne à entrer dans l'histoire universelle et à y trouver sa place, sous l'auspice des Lumières. Bref, Hegel partageait entièrement les illusions de beaucoup d'intellectuels allemands (Fichte, Görres, Hardenberg, Schleiermacher, Benzenberg, Beethoven, et ainsi de suite) qui, devant le blocage des multiples impasses politiques, économiques, sociales et juridiques, en étaient arrivés à l'opinion que la planche de salut ne pouvait être fournie que de l'extérieur par la Providence.

Rappelons que c'était la situation de ce pays – ou plutôt la mosaïque de petits États, des principautés, de villes « autonomes », etc., et le sous-développement endémique caractérisant l'Allemagne au début du 19e siècle – qui avait préalablement forgé cette opinion, plutôt fataliste, chez les intellectuels allemands, qui propageaient l'idée que l'Allemagne ne pouvait changer qu'à la suite d'une intervention de l'extérieur. Et l'invasion napoléonienne a précisément été perçue, d'une façon complètement irréaliste, comme une ruse de la Providence (ou de la Raison) pour permettre enfin des changements politiques et juridiques en profondeur. C'était une pensée enthousiaste (voire de l'aveuglement volontaire) qui se mettait au service de l'invasion militaire française et d'où ne pouvait jaillir que des désillusions.

Inutile donc de dire que si l'enthousiasme et les espoirs étaient énormes, la chute vers la réalité fut dure et traumatisante. Les Français n'ont pas libéré les serfs, mais sont plutôt entrés dans le « commerce – la vente et l'achat » – de ceux-ci. Ils n'ont pas libéré les mœurs ou les forces vives de la société civile, mais les ont clôturées encore plus fermement dans une chape de plomb. Ils n'ont pas détruit les hiérarchies qui nuisaient au développement, mais se sont alliés avec elles ou se sont installés à leur place. Bref, l'espoir qui aurait pu se faire jour à partir des mots de la Déclaration de 1789 fut anéanti, trahi et calomnié. C'était comme de la poudre aux yeux, déguisant la mesquine politique de pouvoir des Français sur le terrain qui, dans la réalité, n'a jamais profité au peuple allemand. Que de nombreux intellectuels, qui avaient mis tant d'espoir dans la culture française, tournent en conséquence le dos aux Français et à leurs idées pour ne pas se rendre

complices de la nouvelle oppression, s'explique en conséquence[24]. L'idée d'un « changement par l'extérieur » fut après coup considérée comme simplement impossible, comme une façon de se rendre complice de la nouvelle servitude. Donc, le discours des intellectuels, se renforçant pas à pas dès le début du 19e siècle, a désormais mis l'accent sur la nécessité d'investir dans un changement par les ressources de l'intérieur, celles même de l'Allemagne. Et cela ne pouvait se faire qu'en érigeant un mur, un garde-fou, contre les « importations » françaises comme la Déclaration de 1789, et en insistant sur la nécessité d'une alternative pouvant mobiliser les ressources proprement allemandes en vue d'un changement tant désiré.

Or, comme il fallait s'y attendre, cela a débouché sur un mouvement très hétéroclite, avec des intérêts divergents et des orientations intellectuelles oscillantes entre romantisme et réformisme social, et surtout avec l'apparition d'un nationalisme culturel voué à jouer un rôle clef, pendant tout le 19e siècle, dans la redéfinition de l'Allemagne. Dans notre objectif circonscrit à la philosophie du droit, deux noms s'illustrent dans ce mouvement de redéfinition : Frédéric Charles von Savigny et Georges Frédéric Puchta, deux représentants de la critique historiciste du droit.

Le problème fondamental auquel la critique historiciste a fait face est résumé dans la question suivante : « Où trouver les ressources propres pour mettre sur pied une conception saine du droit pouvant servir le peuple et les individus allemands ? » Ici, la différence entre Burke et la critique historiciste sera déterminante dans la mesure où la notion d'expérience empirique, mise en valeur par la critique de Burke, sera réintroduite et transmutée dans un cadre philosophique mettant maintenant l'accent sur l'histoire, la culture et les mœurs populaires allemandes comme le signe d'une expérience concrète « matérialisée » telle quelle. En conséquence, la critique historiciste s'insère ouvertement dans une conception où l'historicité de la société allemande est

24. Le cas de Johann-Gottlieb Fichte (1762-1814) est exemplaire quant à ce changement idéologique. En 1793, Fichte commence en effet sa carrière dans une euphorie pro-française avec ses « Contributions destinées à rectifier les jugements du public sur la Révolution française » pour aboutir à un nationalisme culturel allemand et explicitement anti-français, dès 1807-1808, avec ses « Discours à la Nation allemande ». Fichte fut l'un des idéologues-clés du changement « nationaliste » allemand au début du 19e siècle.

devenue l'horizon intrinsèque de la notion d'expérience. En fait, l'expérience est devenue historique au niveau collectif en se rapportant à l'histoire effective du peuple allemand. Et les droits de l'homme sont reniés parce qu'ils ne correspondent pas aux « ressources » et au bassin symbolique constitué par le langage, l'art, la poésie, les mœurs, identifiés préalablement comme allemands et supposés exprimer la conscience commune du peuple allemand.

L'historicisme ne valorise de ce fait aucun autre lieu d'explication que l'effectivité même de ces « ressources » réelles et allemandes. Pour elles, il n'existe pas de réalité en dehors de l'histoire effective, comme il ne peut y avoir, supposément, de « rationnel » qui ne soit pas en même temps réel ou effectif[25]. S'inspirant implicitement (quoique très ponctuellement) de Hegel[26], l'historicisme se démarque fortement par son insistance antiutopique et antimétaphysique. Un signe révélateur de cet esprit se trouve d'ailleurs dans le rejet de von Savigny du projet d'une codification de droit civil pour l'Allemagne, projet défendu par Thibaut en 1814. En effet, cela reflétait trop pour lui une imitation de la codification napoléonienne de 1805 et aucunement une prise en charge proprement allemande de la question du droit civil. En conséquence, Savigny dénoncera fermement ce projet, qu'il considérait comme étant profondément funeste, car visant à réaliser *in abstracto* un droit rationnel par l'entremise d'une codification rationaliste[27].

Le refus de l'école historiciste d'embrasser la notion des droits de l'homme de 1789 s'explique en somme largement par le rejet d'un « droit » uniquement rationnel et abstrait. Mais nous affirmons également qu'il s'agit d'une récusation, quoique très imparfaite, d'un « droit » idéologique accusé de n'avoir aucun lien avec le monde concret des individus. Donc la question de l'alternative que Savigny voit dans

25. Rappelons les mots célèbres de Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Principes de la philosophie du droit ou Droit naturel et science de l'État en abrégé*, Paris, Vrin, 1982, p. 55 : « Ce qui est rationnel est effectif, et ce qui est effectif est rationnel. » Voir le commentaire d'Albert Brimo sur cette affirmation, dans *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 172.

26. Notons que Hegel était un adversaire de l'école historique allemande.

27. Friedrich Karl von Savigny, *The Vocation of our Age for Legislation and Jurisprudence*, Londres, Littlewood, 1831, reprint edition, New York, Arno, 1975. Voir Csaba Varga, *Codification as a Socio-Historical Phenomenon*, Budapest, Akadémiai Kiado, 1991, p. 105-110.

l'existence d'un « droit populaire » est déjà présente dans la réalité allemande. Comme il l'explique :

> [...] dans l'origine, tout droit positif est droit populaire, qu'à côté de ce droit populaire, et souvent de très bonne heure, la législation vient se placer comme complètement et garantie. Si les progrès de la civilisation font naître le droit scientifique, alors le droit populaire a deux organes, qui tous deux vivent de leur propre vie. [...] La législation surtout, par son autorité extérieure, a une telle prépondérance qu'on est facilement conduit à la regarder comme la seule source proprement dite du droit, et à ne voir dans tout le reste que des compléments secondaires. Mais le droit n'est dans son état normal que là où règne un concours harmonieux entre ces diverses forces créatrices du droit, là où aucune ne s'isole des autres ; et pour que la science et la législation, dont l'origine est essentiellement individuelle, ne marchent pas au hasard, il importe que le législateur et les jurisconsultes aient des idées saines sur l'origine du droit positif, et sur le rapport des diverses forces qui le constituent[28].

La source privilégiée de tout l'édifice du droit, c'est d'abord et avant tout le peuple allemand dans ses actes concrets et historiques. Là où Burke met en avant la liberté anglaise, von Savigny met en avant la liberté germanique et, plus précisément, la liberté germanique en tant que coutumes saines entretenues et soutenues par le peuple allemand. Il y a donc ici un avertissement que von Savigny formule le plus explicitement possible : « Il faut que le législateur ait l'intelligence de la liberté véritable, et voila souvent ce qui manque le plus à ceux qui ont toujours à la bouche le nom de la liberté[29]. » Difficile en fait de ne pas voir ici une critique directe de la rhétorique gratuite et non engageante de la « liberté » – comme cela apparaissait avec la Déclaration de 1789 sur le sol allemand – et un argument de poids en faveur d'une « liberté » à l'intérieur d'un ordre juridique véritable, mais aussi, comme le signale ici von Savigny, la possibilité de forger une alliance future entre le « droit » populaire, d'un côté, et le droit scientifique (c'est-à-dire la doctrine) et une « législation » (respectueuse des coutumes populaires), d'un autre côté, en vue d'un renouveau juridique basé sur l'expérience allemande.

28. Friedrich Karl von Savigny, *Traité de droit romain*, cité chez Frédéric Worms (dir.), *Droits de l'homme et philosophie*, *op. cit.*, p. 265-266.
29 Friedrich Karl von Savigny, *op. cit.*, p. 266.

Or, dans cette insistance sur le « droit » populaire allemand, ou encore la liberté germanique, c'est l'image de l'homme concret qui est valorisée. C'est l'homme concret qui est mis en avant comme centre névralgique pour faire le droit et pour le légitimer sur le plan législatif. Mais si le « conservatisme » était considéré chez Burke sous un angle pragmatique, pour lequel le droit était ouvert vers la recherche d'un bien commun, la notion de tradition prend pourtant dans l'historicisme la figure d'un fait *proto-positiviste* : le droit existe par sa réalisation positive dans la culture, dans l'histoire, dans le langage, etc. La conséquence sera donc que le discours des droits de l'homme se condamne en tant que déclamation pathétique n'ayant pas de prise réelle sur la réalité, mais aussi que la « réalité » effective est devenue l'ordre juridique en vigueur sur le plan théorique des professionnels du droit.

Quant à la critique du caractère individualiste des droits de l'homme, il convient d'insister sur le fait que le droit n'étant ici pensé qu'en tant qu'émanation des expériences « populaires », comme quelque chose qui jaillit spontanément du peuple, il ne peut donc pas, logiquement, exister d'autres droits pour l'homme que ceux qui sont issus de la société où il vit. D'où également, à l'instar de Burke, la figure politique, d'ailleurs classique, se manifestant ainsi : l'homme est un être politique, et il participe comme tel avec ses semblables au droit « populaire » qui l'affirme dans son rôle d'individu. Il n'existe aucun droit à l'extérieur de ce droit « populaire » ou qui ne soit issu de ce dernier. *Dixit* donc le monde parallèle des « droits » de la raison.

La critique historiciste s'affirme toujours comme le rejet d'un fondationalisme intellectualiste ne permettant pas à l'homme d'avoir prise sur la réalité où il vit. Mais précisons également que l'historicisme n'arrive pas non plus, hélas, à assurer une telle prise et sombrera, à son tour, dans les méandres d'une autre forme de fondationalisme, historiciste celui-là.

LA CRITIQUE MARXIENNE

Si la peur et le rejet d'une révolution à la française, avec terreur politique, guillotine et bain de sang, étaient sous-jacents dans les critiques anglaise et allemande de la notion des droits de l'homme de 1789, il n'en sera rien chez Marx qui, pour sa part, appelle ouvertement à la Révolution, bien qu'il s'agisse, bien entendu, d'une révolution fort

différente. Étant donné la force révolutionnaire qui pourrait se dégager de la notion des droits de l'homme, il peut donc aussi, à première vue, paraître paradoxal et étonnant que Marx puisse partager la critique des droits de l'homme. Pourquoi donc Karl Marx n'a-t-il pas embarqué sur le vaisseau des droits de l'homme, vu que le capital politique à récolter était immense, et cela pour un investissement intellectuel lilliputien ? Pourquoi effectivement ne pas développer sa propre conception des droits de l'homme ? Mais quand Marx renonce à cette voie de la facilité, c'est, nous semble-t-il, parce que l'enjeu philosophique est également pour lui un souci du concret, du réel et de l'histoire de l'homme. Et si l'insistance en faveur de la libération entière de l'homme est bien présente dans les écrits de Marx, c'est, soulignons-le, celle de la libération sociopolitique de l'homme à obtenir réellement qui est en jeu, comme des sillons à inscrire dans la structure même de la société.

Retenons que la critique marxienne des droits de l'homme est subtile et multidimensionnelle. Cela se révèle amplement dans *La question juive*[30], qu'il rédige en 1843 contre Bruno Bauer et où l'enjeu est simplement le sens à accorder aux droits de l'homme vis-à-vis de la libération socioculturelle de l'homme[31]. Notons que c'est Bauer qui rejette d'abord unilatéralement les droits de l'homme au nom de l'émancipation des Juifs et que Marx le suit sur ce terrain en se demandant si l'explication que donne Bauer de ce rejet est la bonne. Nous découvrons là que l'adhésion des Juifs à la notion des droits de l'homme implique nécessairement, suivant Bauer, un renoncement à l'identité juive, selon la logique qu'un être limité dans son humanité ne peut pas accéder à la plénitude de l'humanité sans renoncer à ce qui le limite, à savoir le fait d'être juif. C'est pour réfuter cette affirmation que Marx s'est élevé contre Bauer, en le critiquant avec une virulence inouïe,

30. Karl Marx, *Œuvres 3. Philosophie*, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, édition Maximilien Rubel, 1982, p. 347-381. Sur la philosophie du droit et Karl Marx, voir Bjarne Melkevik, « À propos de Marx et sa conception du droit : intersubjectivité, matérialité et normativité », dans *id.*, *Réflexions sur la philosophie du droit*, Paris, L'Harmattan, et Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2000, p. 152-169.

31. Bruno Bauer, *La question juive*, dans Karl Marx, *La question juive. Suivi de la question juive par Bruno Bauer*, Paris, Union générale d'éditions, coll. Le monde en 10-18, 1968, nº 412, p. 36-124. Également disponible en version numérique dans la collection Les classiques des sciences sociales, site Web : http://uqac.uquebec.ca/zone30/Classiques_des_sciences_sociales/index.html

pour n'avoir fait qu'un montage idéologique des droits de l'homme et du conflit entre le particulier et l'universel. Pour Marx, Bauer n'a rien compris ni de la notion de droits de l'homme, ni de la notion de libération de l'homme.

Se situant au plan d'une analyse de l'histoire, Marx soutient que la victoire de la notion de droits de l'homme se rapporte à l'élimination effective de la notion politique et de la dynamique politique représentées par la société civile, au profit d'une sédimentation des enjeux sociaux sur le plan des individus pris isolément. Pour Marx, cela se constate dans la dissolution de la société féodale en tant que société politique et dans l'avènement de l'émancipation sociale et économique de la bourgeoisie sous le signe de l'homme « égoïste ». Il s'ensuit que :

> [...] aucun des prétendus droits de l'homme ne s'étend au-delà de l'homme égoïste, au-delà de l'homme comme membre de la société civile, savoir un individu replié sur lui-même, sur son intérêt privé et son caprice privé, l'individu séparé de la communauté. Bien loin que l'homme ait été considéré, dans ces droits-là, comme un être générique, c'est au contraire la vie générique elle-même, la société, qui apparaît comme un cadre extérieur aux individus, une entrave à leur indépendance originelle. Le seul lien qui les unisse, c'est la nécessité naturelle, le besoin et l'intérêt privé, la conservation de leur propriété et leur personne égoïste[32].

En d'autres mots, le concept de « l'homme » de la Déclaration de 1789 ne se réfère ici qu'à un « idiot », au sens grec du mot, à savoir un être non social et non politique, simplement un homme qui profite de la société sans avoir à s'engager politiquement avec ses cosociétaires. C'est donc une critique des « idiots » qui renoncent à une vie sociale et politique, pour ne paraître que comme des prédateurs sur le dos des autres, des autres qui sont devenus, sans leur consentement, des « choses » pour la gratification de quelques-uns. De cette critique, il résulte que se fier à une telle notion si particulière de « l'homme » enferme l'individu dans un rôle fragmentaire, mutilé, abaissé et vidé de son rôle de cosociétaire, là où, en revanche, il aurait fallu mettre en avant l'homme réel avec ses besoins, ses soucis, son désir du présent. Seule cette dernière perspective pourrait, selon Marx, être utile aux individus et leur permettre d'être des adultes prenant en charge leur société et les arrangements politiques, sociaux et économiques néces-

32. Karl Marx, *Œuvres 3. Philosophie*, *op. cit.*, p. 368.

saires pour augmenter pleinement le standard de vie de chacun d'entre eux et également, au-delà et à l'opposé de l'aliénation sociale de ce « homme-idiot », pour œuvrer en faveur d'une prise en compte politique des enjeux de société, et ceci, en faveur d'un enrichissement assurant un bénéfice à tous.

Cette question de « société politique », comme nous la dessine Karl Marx, est bien sûr à mille lieues d'une étatisation des droits de l'homme. Il le reconnaît d'ailleurs expressément dans le retour qu'il fait sur sa controverse avec Bauer dans *La sainte famille*, en affirmant que Bauer « a confondu l'État avec l'humanité, les droits de l'homme avec l'homme, l'émancipation politique avec l'émancipation humaine, [et qu'il] devait nécessairement, sinon concevoir, du moins s'imaginer un État d'une espèce particulière, l'idéal philosophique d'un État[33] ».

En bref, il s'agirait d'un État qui monopolise les droits de l'homme, l'émancipation des Juifs, et ainsi de suite, mais qui nous nie comme individus, comme aspirants aux « droits de l'homme » et à l'émancipation humaine, autrement dit, qui confisque la question de la légitimité au profit de l'échafaudage étatique. Car ce qui est en jeu, pour Marx, c'est que les concept de « droits de l'homme », d'« humanité », d'« émancipation des Juifs », deviennent ainsi, faussement, inhérents à l'État, comme sa nature, une nature de l'État où il est postulé et déclaré une fois pour toutes que l'État dispose, en tout logique étatique, de tous ces concepts, dans une logique qui unit, illégitimement, légitimité et légalité. Et donc, si les droits de l'homme font leur apparition intellectuelle comme *innés*, parce que voulus par Dieu, comme chez John Locke[34], par exemple, chez Bauer les droits de l'homme ne sont rien d'autres qu'inhérents à la nature de l'État, parce que la « raison » confirme que cela ne peut guère être autrement. Mais ce qui disparaît dans la fumée métaphysique, c'est le côté politique de la chose tel que les cosociétaires sont réduits à néant face à l'omnipotence étatique qui dispose désormais de ces concepts comme parties intégrantes de son arsenal de pouvoir et de domination, voire d'oppression et d'aliénation.

33. Karl Marx, *La sainte famille* (1845), dans Karl Marx, *Œuvres*, tome 3, *Philosophie*, *op. cit.*, p. 520.

34. John Locke, *Essays on the Law of Nature*, dir. Wolfgang von Leyden, Oxford, 1954. Sur Locke et l'innéisme « juridique », voir Bjarne Melkevik, *Réflexions sur la philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 96-97.

Et Marx suggère une autre sorte de « droits de l'homme », mais sans utiliser ces mots. À savoir que :

> C'est seulement lorsque l'homme individuel, réel, aura recouvré en lui-même le citoyen abstrait et qu'il sera devenu, lui, homme individuel, un *être générique* dans sa vie empirique, dans son travail individuel, dans ses rapports individuels ; lorsque l'homme aura reconnu et organisé ses *forces propres* comme forces *sociales* et ne retranchera donc plus de lui la force sociale sous l'aspect de la force *politique* ; c'est alors seulement que l'émancipation humaine sera accomplie[35].

Plutôt que d'établir les droits de l'homme comme logique étatique et nationaliste, il faudrait plutôt, comme le sous-entend Marx, cibler l'émancipation de l'homme concret. Autrement dit, il faut cibler des réformes, surtout économiques et sociales, mais aussi politiques, qui permettent à tous de tirer un égal profit de la vie en société[36]. Il en découle que Marx prône une conception de l'homme concret fort éloignée de la notion abstraite des droits de l'homme. Ne pouvons-nous pas affirmer que c'est en nous situant au niveau des besoins concrets, définis par les personnes elles-mêmes, que nous devrions réfléchir à une restructuration réformiste de la société[37] ?

Sur cette base, il est facile de comprendre que si l'œuvre de Marx, *Le Capital. Critique de l'économie politique*, manifeste un non-engagement spécifique à l'égard de la notion de droits, c'est autour d'une politique de transformation profonde des conditions sociales et, spécifiquement, en faveur des hommes et des femmes dans leurs conditions concrètes, que se joue l'héritage véritable de Marx. Et si l'héritage de Marx sera pourtant fort ambigu, la raison en réside dans la naissance du marxisme, fin du 19e siècle et début du 20e siècle, et dont il faut faire remonter la paternité à Engels. Mais, au-delà de la querelle tou-

35. Karl Marx, *op. cit.*, p. 373.

36. Ce qui rappelle en ce sens la thèse générale concernant le droit que Karl Marx formule comme suit : « Mes recherches aboutirent au résultat que voici : les rapports juridiques, pas plus que les formes de l'État, ne peuvent s'expliquer ni par eux-mêmes, ni par la prétendue évolution générale de l'esprit humain ; bien plutôt, ils prennent leurs racines dans les conditions matérielles de la vie que Hegel, à l'exemple des Anglais et des Français du XVIIIe siècle, comprend dans leur ensemble sous le nom de "société civile" ; et c'est dans l'économie politique qu'il convient de chercher l'anatomie de la société civile », Karl Marx, *Critique de l'économie politique* (1859), dans *id.*, *Œuvres*, tome 1, *Économie*, *op. cit.*, p. 272.

37 Agnes Heller, *La théorie des besoins chez Marx*, Paris, Union Générale d'Éditions, coll. 10/18, 1978.

jours vive autour de l'interprétation de cet héritage « marxiste », il ne demeure pas moins vrai que le mouvement socialiste cédera, illégitimement et sous l'influence du marxisme, le discours des droits de l'homme au libéralisme, pour s'investir davantage dans la notion de droits sociaux. Toute l'énergie des socialistes et du mouvement travailliste organisé sera investie dans cette œuvre gigantesque qui consistera à forger une nouvelle sensibilité devant la misère humaine et à forger des outils concrets, les droits sociaux, pour réaliser l'État dit de Providence.

Et si Marx n'avait peut-être pas entièrement tort dans sa critique, puisque l'histoire démontre que la notion des droits de l'homme fut appelée à barrer la route, sur les plans théorique et pratique, à l'avènement des droits sociaux dans les sociétés occidentales, il reste aussi à souligner que le côté positif de la critique marxienne ne pouvait que se trouver dans une situation d'infériorité idéologique. Car si les mouvements travaillistes et socialistes se sont investis de façon positive dans la construction (et la politique dite) de l'État-Providence, cela s'est fait en pratique, c'est-à-dire en créant un filet de sécurité et un filet de promotion sociale (surtout centré sur l'instruction publique et la gratuité scolaire). Le résultat, comme on peut en témoigner aujourd'hui, au début du 21e siècle, est que, dès le résultat obtenu dans les pays occidentaux contemporains, l'État-Providence se révèle très fragile et vulnérable. En fait, comme il n'est qu'une réalisation dans « le réel », l'État-Providence ne possède guère la séduction platonique si prisée aujourd'hui, surtout à l'égard d'une idéologie néolibérale. En d'autres mots, il manque la « raison en soi », qui aurait pu lui fournir une conception entière des droits de l'homme. Et dans ce jeu-là, il ne fait guère de doute que la critique marxienne, nonobstant la bonne volonté de Marx, ait été contre-productive.

CONSIDÉRATIONS

En conclusion, il nous semble pertinent d'insister exclusivement sur deux propositions. D'abord sur la victoire, quoique relative, de cette critique, et ensuite sur l'actualité de la question de la légitimité à l'égard des exigences dites de « droits de l'homme ».

En effet, notre première affirmation, toujours sur le plan de la philosophie du droit, c'est que la prétention de faire des droits ou

encore des droits de l'homme en l'absence de l'homme, de l'individu, est simplement devenue caduque. En tout cas sur le plan paradigmatique, telle que toute déclaration de droits de l'homme ne servant que la *nation building*, ou encore l'étatisation des questions de « droit », elle n'a simplement plus sa raison d'être. Nous n'avons qu'à observer le système onusien ou européen pour constater comment ceux-ci se focalisent de plus en plus sur des catégories d'individus ayant besoin de protection (et ceci souvent contre l'État). Concrètement, c'est la protection de la femme, de l'enfant, de l'étranger, du réfugié, de l'apatride, du travailleur, du chômeur, du croyant, de l'objecteur de conscience, du contribuable, du consommateur, des personnes âgées, et ainsi de suite, qui est valorisée aujourd'hui. Ainsi, c'est la vulnérabilité de l'individu qui inspire ces systèmes de droits de l'homme et nous interpelle, aujourd'hui, sur le plan de la conscience. Que la question de la « souveraineté », pierre angulaire et idéologique de la Déclaration de 1789, soit aujourd'hui entièrement disqualifiée n'est en fin de compte que le symbole de cette nouvelle sensibilité toute contemporaine.

Notre seconde conclusion concerne la caducité de la façon française de conjuguer « légitimité et légalité ». Ici aussi la critique a complètement sapé le fondement de la construction « en raison » de la problématique de « légitimité et légalité ». Et même si la critique philosophique des droits de l'homme est tombée à son tour dans un cul-de-sac fondationaliste, témoignant ainsi qu'il est difficile de se défaire de ce défaut quasi adamique, il n'en demeure pas moins que la critique en question a permis d'introduire une brèche dans l'enceinte fondationaliste et étatiste, et d'aider ainsi la modernité juridique à évoluer. Nous pouvons le constater en présentant trois thèses :

1. Le droit doit aujourd'hui être conçu comme se « légitimant » dans (et par) un processus de création pratique et démocratique : il n'est nullement « découvert » abstraitement par la Raison comme le prétendent la Déclaration de 1789 et la pensée fondationaliste.
2. L'individu doit aujourd'hui pouvoir s'affirmer pratiquement comme créateur du droit et « propriétaire » de ce qu'il crée : il ne s'agit plus d'une quelconque adhésion à une quelconque vérité théologico-politique laïque, révélée comme avec la Déclaration de 1789.

3. Cette « propriété » de l'homme au regard de son droit doit aujourd'hui s'affirmer comme une pratique de positionnement juridique et nullement comme un sous-service au profit d'une idéologie étatiste, sinon celle de la *Nation building*.

Et tout cela nous amène, en fin de compte, vers la question de la légitimité démocratique pour les droits de l'homme. C'est ainsi la victoire de la démocratie, dans les pays occidentaux, qui se concrétise dans l'État de droit démocratique et social, comme le confirme Habermas[38], qui nous instruit désormais sur le rôle, la place et la signification des droits de l'homme dans un système moderniste du droit. La « Raison », quant à elle, aura désormais toute la possibilité de redevenir humaine.

38. Jürgen Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997.

8

LÉGITIMITÉ ET DROITS DE L'HOMME[1]

Résumé : La question « Comment légitimer les droits de l'homme ? » demeure aujourd'hui encore au centre d'une préoccupation sans cesse renouvelée. Dans l'objectif de défendre la thèse selon laquelle nous n'avons plus aucune autre source de légitimité à notre disposition que les processus démocratiques réels, nous commencerons par faire un détour par les trois propositions classiques relatives à la légitimité des droits de l'homme : l'innéisme, la métaphysique et enfin le « déclarationisme ». Nous proposerons ensuite de considérer la légitimité des droits dans le cadre d'une culture démocratique réelle, comme allant de pair avec l'autolégislation démocratique. De la sorte, nous pourrons envisager la légitimité des droits de l'homme à la fois comme une problématique de l'accueil et de la revendication, ce que nous savons effectivement aujourd'hui comme représentant les leviers mêmes d'une politique efficace des droits de l'homme, et comme une mise en contexte qui, en éveillant l'homme à la question des droits de l'homme, propulse la question vers des prises en compte s'enracinant toujours dans des cas particuliers, ce qui permet de concrétiser le message universaliste des droits de l'homme. De cette façon, la question de la légitimité va de pair avec les hommes et les femmes qui s'engagent individuellement pour établir les droits de l'homme en pratique et en droit.

***

La question de savoir comment légitimer les droits de l'homme est loin d'être réglée. Elle est en fait toujours d'actualité et nous pouvons dire que c'est une question qui nous poursuit et qui hante notre

1. Conférence au colloque « 2001, L'odyssée des droits de l'homme », 22-24 octobre 2001, Faculté de droit, Université Pierre Mendès France (Grenoble 2). Publié dans Jérôme Ferrand et Hugues Petit (dir.), *Enjeux et perspectives des droits de l'homme. L'Odyssée des Droits de l'homme*, tome III, Paris, L'Harmattan, coll. La Librairie des Humanités, 2003, p. 213-222.

modernité juridique, de même qu'elle interroge celle-ci dans sa raison d'être.

Nous proposons donc d'introduire une réflexion sur cette question et surtout de nous appliquer à réécrire la question de la légitimité des droits de l'homme à l'intérieur de ce que représente pour nous le stade contemporain de la modernité juridique, à savoir la conception démocratique du droit[2]. Nous voulons de cette façon défendre la thèse selon laquelle seule une conception démocratique des droits, dans laquelle seraient inclus les droits de l'homme dans leur sens juridique, peut à la fois rendre compte des droits de l'homme à la hauteur de notre modernité juridique et se concrétiser efficacement dans des sociétés souvent soumises à différentes formes d'hétéronomie autoritaire. Quant à ce dernier aspect, il faut surtout retenir l'enseignement que les droits de l'homme ne peuvent jamais être plus efficaces que le degré d'engagement qu'ils inspirent aux hommes et aux femmes et qui les pousse vers leurs réalisations. Cela doit nous démontrer, déjà à ce stade préliminaire de notre réflexion, que la relation des droits de l'homme et de la démocratie n'est pas uniquement une question d'« institutions », mais davantage une question relative aux processus démocratiques et à notre capacité commune de faire confiance aux mentalités démocratiques qui s'y investissent.

Sur ce fond, deux visions s'opposent : l'une se tourne vers les discours de légitimation des droits de l'homme d'autrefois, l'autre vers une légitimation démocratique des droits de l'homme d'aujourd'hui. Et, comme nous l'avons affirmé, seule cette dernière représente, sans jamais renier ce que les discours du passé nous ont permis de penser, une façon appropriée d'envisager la question de la légitimité des droits de l'homme à la hauteur de notre modernité juridique.

LES FAÇONS TRADITIONNELLES DE LÉGITIMER LES DROITS DE L'HOMME

En abordant les discours traditionnels (et traditionalistes) de légitimation des droits de l'homme, il faut bien retenir que si nous

2. Bjarne Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit*, Paris, L'Harmattan et Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1998 (2004) ; *id., Réflexion sur la philosophie du droit*, Paris, L'Harmattan, et Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2000 ; *id., Rawls ou Habermas : Une question de philosophie du droit*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2002.

pouvons effectivement identifier et placer chacun de ces discours sur une échelle chronologique précise, il faut toujours avoir à l'esprit que les discours ne meurent jamais. En fait, tous ces discours de légitimation demeurent actifs encore aujourd'hui, ce que confirment d'ailleurs leurs partisans actuels. Sur le plan chronologique et rationnel, nous pouvons cependant distinguer entre trois discours de fondation des droits de l'homme, à savoir les légitimations innéiste, métaphysique et « déclarationiste ».

Innéisme des droits de l'homme

Il faut d'abord préciser que c'est au début de notre modernité juridique, soit du 16e au 18e siècle, et plus précisément dans les discours des droits de l'homme de cette époque, que nous nous plaçons. C'est, en fait, la période qui a fait naître les discours des droits de l'homme, et ce, d'une façon privilégiée dans les contextes protestants[3].

La légitimité des droits de l'homme est pour presque tous les auteurs de l'époque mentionnée une question où s'entremêlent la religion protestante et la métaphysique philosophique. En fait, les droits de l'homme sont vus comme l'apanage même du fait d'être homme, comme un cadeau de naissance que nous ne pouvons ni troquer ni céder et comme un bagage de la prérogative même de se voir et se confirmer comme homme. Ceci d'ailleurs pour la simple raison que les droits de l'homme seraient innés, inscrits dans l'homme.

L'origine de l'innéisme juridique se trouve dans la Bible. Celle-ci étant dans le contexte protestant l'unique autorité relative à l'origine et au destin de l'homme, portons notre regard sur le récit biblique de Caïn et Abel. Sans présenter en détail ce récit, rappelons toutefois que

3. Nous ne nions pourtant pas l'apport de la deuxième scolastique espagnole (Vitoria, Soto, Suarez, Molina, Las Casas, etc.) à l'histoire des droits subjectifs ; il faut seulement se rappeler, comme nous le dit Marianne Mahn-Lot, qu'il « faut se garder [...] de confondre le droit naturel de la théologie scolastique et le droit naturel moderne, celui de Grotius et des Encyclopédistes. Car le droit naturel des thomistes n'envisage l'homme que dans son environnement social et dans son rapport avec Dieu ; il ne munit pas l'être humain individuel d'un catalogue de droits abstrait ». Marianne Mahn-Lot, *Bartolomé de las Casas et le droit des indiens*, Paris, Payot, 1982, p. 258. Voir également, Philippe I. André-Vincent, *Bartolomé de Las Casas, prophète du Nouveau Monde*, Paris, J. Tallandier, 1980, p. 234-248, Appendice III : « Las Casas et les droits de l'homme ».

la fin de l'intrigue voit Caïn fuyant le cadavre de son frère assassiné. Le récit biblique fait ensuite intervenir un jugement de « Dieu », ou simplement un jugement de l'expérience des hommes avec « Dieu », qui se résume dans cette phrase : « Le Seigneur mit alors sur Caïn un signe distinctif pour empêcher qu'il soit tué par quiconque le rencontrerait[4] ».

Les mots « un signe distinctif » prennent ici tout leur sens, car ainsi s'inscrit une loi interne (*legem internam*) dans la chair même de l'homme ; une loi sur le Bien et le Mal. L'homme possède directement, en tant qu'homme, des droits (et des obligations) et surtout une nature (de droit) comme cadeau et comme distinction (marque) de naissance, ce qui s'exprime dans notre capacité de distinguer entre le bien et le mal, et dans notre « nature » qui nous pousse, comme espèce ou comme poussés par une « ruse de la nature », comme le dirait un kantien, à bâtir nos sociétés et notre vie sur le bien. S'ajoute aussi, certainement, la faculté, faillible, de nous juger sur l'axe du bien ou du mal, et de ressentir de la culpabilité quand nous dérogeons au bien.

En règle générale, tous les discours des droits de l'homme, de Grotius à Locke, résonnent de ce paradigme. Nous pouvons toutefois nous concentrer sur Locke qui représente l'archétype de l'innéisme juridique. En fait, 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[5] ».

Subséquemment, 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

4. Société biblique canadienne (éditeur), La Bible, Ancien et Nouveau Testament, traduction œcuménique de la Bible, Ottawa, 1983, (Genèse nº 4), p. 8.
5. John Locke, *Essays on the Law of Nature*, dir. Wolfgang von Leyden, Oxford, 1954, p. 167 (notre traduction).

dans le *Deuxième traité du gouvernement civil*[6] de 1689 et qui se prolonge dans ce que nous pouvons dénommer le lockianisme juridique : en d'autres mots, la croyance que les droits de l'homme trouvent leur légitimité dans le fait même d'être homme[7].

La métaphysique philosophique des droits de l'homme

Le deuxième discours de légitimation des droits de l'homme peut être appelé « métaphysique » et se situe aux 18e et 19e siècles, en fait, la période qui commence par la Révolution américaine (1768), puis la Révolution française (1789), et se concrétise ensuite dans les révolutions « bourgeoises » postérieures. Il s'agissait en quelque sorte de réaliser, comme inscription politique, ce que l'innéisme juridique n'a pu formuler que comme l'apanage et le privilège de l'homme. En réalité, il s'agissait de sortir l'homme (et les droits de l'homme) de son infériorité en déplaçant l'inscription des droits de l'homme de la « nature » de l'homme vers le postulat d'une vraie « nature » de la société, bref, de révéler métaphysiquement l'inscription de ces droits dans la « nature » même de la société politique et de voir les déclarations, chartes, constitutions, etc., des droits de l'homme comme le lieu d'une révélation scripturaire de la vraie « nature » métaphysique et « juridique » de nos sociétés politiques.

Au-delà de ce que les philosophes ont écrit[8], le sens de la révélation métaphysique des droits de l'homme, au sein de la « nature » sociale et politique de la Cité, se retrouve en conséquence dans les différentes déclarations des droits de l'homme. Nous pouvons le constater en nous tournant d'abord vers la Déclaration américaine qui, très fidèle au

6. John Locke, *Deuxième traité du gouvernement civil*, Paris, Vrin, 1977, p. 78-83.
7. *The Virginia Declaration of Rights* : « That all men are by nature equally free and indepent and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity ; namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety. »
8. Frédéric Worms, *Droits de l'homme et philosophie. Une anthologie (1789-1914)*, Paris, Presses Pocket, 1993, présente les contributions marquantes. Voir également Guy Haarscher, *Philosophie des droits de l'homme*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 4e édition, 1993 ; Blandine Barret-Kriegel, *Les droits de l'homme et le droit naturel*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 1989 ; Bernard Bourgeois, *Philosophie et droits de l'homme de Kant à Marx*, Paris, PUF, coll. Questions, 1990.

lockianisme juridique, nous propose cette formulation de la vraie « nature » de la société politique :

> Nous tenons pour évidentes les vérités suivantes : tous les hommes sont créés égaux ; ils sont dotés par le Créateur de certains droits inaliénables ; parmi ces droits se trouvent la vie, la liberté et la recherche du bonheur. Les gouvernements sont établis parmi les hommes pour garantir ces droits, et leurs justes pouvoirs émanent du consentement des gouvernés[9].

On notera ainsi avec intérêt que c'est le « Créateur », c'est-à-dire le Dieu des chrétiens, qui nous a ainsi équipés, comme suivant notre « nature », de certains droits inaliénables. Car outre le fait que cela confirme la transition entre l'innéisme et le positionnement métaphysique des droits, comme nous le retrouvons dans la métaphysique des déclarations de l'époque, nous pouvons observer que la logique mise en avant insiste sur le fait que les gouvernements ne sont que les garants de ces droits naturels. Si la référence à notre Créateur disparaît, pour des raisons idéologiques que nous ne pouvons pas analyser ici, le modèle mis en marche ne change pas pour autant. Nous pouvons simplement le constater en ce qui concerne la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et ses célèbres mots introductifs :

> Les représentants du peuple français, constitués en Assemblée nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une déclaration solennelle, les Droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme, afin que cette déclaration, constamment présente à tous les membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs[10].

En somme, les droits de l'homme se retrouvent là comme la vraie « nature » de la République, soit américaine, soit française. En conséquence, les droits de l'homme, en tant que tels, n'ont pas besoin de plus de légitimité dans la mesure où lesdites républiques correspondent, d'une façon ou d'une autre, à cette vraie « nature ». De même, la société politique n'a pas besoin d'autres sources de légitimité que le respect

9. Voir *Déclaration d'indépendance des États-Unis*, 4 juillet 1776 (traduction de Thomas Jeffferson).
10. Voir *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, du 26 août 1789. Rappelons que ce texte n'a eu de valeur juridique en France qu'en 1946 avec le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ; repris par la Constitution du 4 octobre 1958.

intégral de ses droits. Ce dernier nous renvoie d'ailleurs au douloureux questionnement de savoir pourquoi les droits de l'homme ont été utilisés, historiquement et philosophiquement, comme obstacles et ennemis de la démocratie.

Quoi qu'il en soit, avec les droits de l'homme, la « nature » de la société est devenue « la vérité en tant qu'elle devient vivante dans le monde réel[11] ». La suite ne peut être qu'une interprétation de cette vraie nature par l'entremise des droits de l'homme.

Légitimation par déclarationisme internationaliste

Le troisième discours de légitimation des droits de l'homme que nous mentionnons est le discours internationaliste et « déclarationiste » sur les droits de l'homme, qui date des années suivant la deuxième guerre mondiale, de 1944-1945 jusqu'à nos jours. Il s'agit d'un déplacement significatif de la question de la légitimité des droits de l'homme vers la scène internationale, en fait, le développement paradigmatique par les États-nations des droits de l'homme comme obligation, finalité et promesse, pour eux-mêmes (c'est-à-dire lesdits États-nations) et pour les gens qui les habitent.

En ce qui concerne la question de la légitimation, il ne faut surtout pas se situer sur le plan sémantique des différentes chartes (par exemple la Charte des Nations Unies de 1945) ou des déclarations qui, de 1944 à aujourd'hui, alimentent notre réalité juridique. Il nous semble en fait plus pertinent d'examiner la question de leur légitimité par l'entremise de leur genèse politique. En fait, si le monde reste divisé en 1944-1945, il n'en demeure pas moins que la lutte armée contre l'Allemagne hitlérienne et le Japon impérial a été menée à la lumière d'un droit humanitaire (quoique encore insuffisamment formulé) et des droits de l'homme. C'est cet esprit politique qui se concrétise dans la Déclaration internationale des droits de l'homme de 1948, comme reposant sur un consensus politique entre différentes traditions et corpus tant politiques que philosophiques.

En fait, dans la mesure où les tractations politiques qui aboutissent à la Déclaration universelle des droits de l'homme nous sont connues,

11. George Wilhelm Friedrich Hegel, *Leçons sur la philosophie de l'histoire*, Paris, Vrin, 1979, p. 339.

elles nous montrent deux processus spécifiques de réconciliation concernant les droits de l'homme[12].

Tout d'abord, il y a eu un processus de réconciliation entre les pays du nord, de tradition ou de sensibilité « protestantes », et les pays du sud, de tradition ou de sensibilité « catholiques ». Concrètement, si les premiers (c'est-à-dire les pays « protestants ») valorisent et mettent davantage en avant l'autonomie et la liberté, les seconds (les pays « catholiques ») ont une préférence (pour des raisons que nous ne pouvons pas expliciter ici) pour des concepts comme la « dignité de l'homme » ou de la « personne ». Or, dans le processus d'élaboration de ladite Déclaration, il s'est produit une réconciliation entre ces deux conceptions, pour incorporer l'une et l'autre sensibilité. En fait, chacun peut à loisir constater que la Déclaration universelle valorise et met en valeur aussi bien l'autonomie que la dignité de l'homme.

À la suite de cette première constatation, il sera plus facile de comprendre subséquemment la réconciliation entre le bloc de l'Ouest et les pays communistes de jadis, quant à la notion de droit de l'homme. En fait, si nous regardons encore une fois attentivement le processus d'élaboration et les résultats obtenus, c'est encore l'inscription d'une conception plus sociale, économique ou même (sur certains aspects) « collectiviste », favorisée par le bloc communiste, qui se conjugue avec l'insistance sur l'autonomie et la dignité humaine favorisée par les pays de l'Ouest. En fait, les droits de l'homme ont été écrits comme n'étant pas uniquement des libertés abstraites et formelles, mais aussi des libertés rattachées à la condition même de l'homme concret, l'homme vivant en société.

Cette politique de création du consensus international caractérise par la suite tout le processus, généralement sous l'égide des Nations Unies, de développement des instruments normatifs concernant les droits de l'homme, œuvrant même pour l'intégration des pays du tiers-monde dans ce processus de création d'un consensus international et de prise en considération de leurs problèmes particuliers, ce qui a donné naissance à d'autres instruments internationaux pour pro-

12. Johannes Morsink, *The Universal Declaration of Human Rights : Origins, Drafting ant Intent*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 1999 ; voir, également, John P. Humphrey, *Human Rights and the United Nations : A Great Adventure*, New York, Transnational, 1984 (traduction française : *La grande aventure : les Nations Unies et les droits de l'homme*, Montréal, Guérin, 1989).

mouvoir les droits de l'homme, mais aussi pour promouvoir les développements économiques comme fonctionnant de pair avec eux. Les dernières décennies nous ont même permis de voir les Organisations Non Gouvernementales (ONG) ou encore les peuples autochtones[13] – en ce qui concerne l'élaboration de la Convention relative aux peuples indigènes et tribaux, de l'Organisation internationale du travail (OIT), de 1989 – participer, quoique encore timidement et sous tutelle, au développement des instruments internationaux des droits de l'homme.

La légitimité « déclarationiste » des instruments des droits de l'homme, issue de la scène internationale, conforte certainement les États-nations qui ont participé ou ratifié ces instruments normatifs, de même qu'ils expriment légitimement ce qui doit compter aujourd'hui comme droits de l'homme pour tout être marchant sur cette terre. Quoiqu'il soit facile d'apprécier de telles prises de position, surtout en ce qu'elles permettent aux droits de l'homme de fonctionner comme armes contre la terreur, la discrimination, etc., il n'en demeure pas moins que le processus et le sens même de l'élaboration de ces instruments des droits de l'homme manifestent le problème aigu de la légitimité.

En fait, le déclarationisme des États-nations n'est souvent que le résultat éloigné de leur politique étrangère. Il ne représente souvent que des engagements du bout des lèvres, qui n'ont que peu ou pas d'effets à l'intérieur de leurs frontières, ou des exercices sémantiques pour montrer leur bonne volonté, comme atout indispensable dans leur quête assidue pour recevoir davantage d'« aides » au développement. Il manque simplement quelque chose : la force des hommes et des femmes qui peut les actualiser et rendre opératoires les promesses et les espoirs des droits de l'homme par des processus démocratiques. Et c'est justement là où nous voulons en venir.

LÉGITIMATION PAR DES PROCESSUS DÉMOCRATIQUES

En fait, sans renier l'héritage issu des différentes formes de légitimation traditionaliste des droits de l'homme, nous pouvons dire que

13. Ghislain Otis et Bjarne Melkevik, *Peuples autochtones et normes internationales. Analyse et textes relatifs au régime de protection identitaire des peuples autochtones*, Cowansville (Québec), Les Éditions Yvon Blais, 1996.

notre défi d'aujourd'hui sera de déplacer et de confirmer cet héritage à l'intérieur d'une conception démocratique du droit. En fait, il faut que désormais les ressources de la modernité juridique prennent en charge la question de la légitimité des droits de l'homme et surtout assurent la possibilité d'une assise juridique à la hauteur même de cette modernité.

La question de la modernité juridique

Certes, le sens de telles propositions ne peut se justifier qu'en précisant ce que nous entendons par « modernité juridique ». En réalité, dans notre esprit, la question de la modernité juridique se résume à l'autolégislation démocratique, plus précisément à l'idée de l'autolégislation par les citoyens. Nous entendons par là l'idée que les sujets de droit doivent, par le processus d'autolégislation, pouvoir se confirmer réellement et réciproquement comme les auteurs et les législateurs de leurs normes, leurs droits et leurs institutions, tant juridiques que politiques. Trois conclusions peuvent immédiatement être déduites d'une telle proposition.

D'abord, le lieu d'explication des droits, simplement juridiques ou « fondamentaux », comme les droits de l'homme, se situe désormais uniquement dans les sujets de droit. La question de la légitimité se résume en fait strictement à la capacité réelle des sujets de droit de se voir confirmer et affirmer en tant qu'auteurs de leurs droits. Là où les sujets de droit se voient refuser partiellement ou entièrement la capacité d'être les auteurs de leurs droits, nous n'avons que des systèmes « juridiques » non-modernes ou carrément autocratiques ou « idéologiques ». Là où les sujets de droit n'ont pas la liberté d'être les « auteurs » de leurs « droits », par exemple dans les systèmes religieux avec ou sans texte révélé, nous ne pouvons plus rationnellement parler de « droits » sans abus ou tromperie.

Ensuite, la question de la légitimité est « indisponible » ! La légitimité des droits et les droits de l'homme dépendent uniquement et exclusivement de la volonté, de l'actualisation et de la prise en compte par les sujets de droit. La question de droit comme la question des droits de l'homme n'appartient finalement qu'aux sujets de droit et c'est à eux d'établir, d'affirmer et de perpétuer la réciprocité nécessaire pour confirmer les droits de l'homme comme légitimes pour eux.

Enfin, l'idée de l'autolégislation nous force à porter notre attention sur le processus démocratique réel, non biaisé et non dominé, qui permet aux sujets de droit (étant aussi des citoyens) de concentrer leur énergie en vue de choisir leurs normes, leurs droits et leurs institutions. En d'autres mots, elle nous focalise sur les espaces publics, sur la formation autonome de la volonté individuelle et collective, etc., et révèle notre capacité à pouvoir prendre en charge démocratiquement les questions relatives aux normes, aux « droits » et aux institutions. Car étant donné que la démocratie sert à « sélectionner » les normes, les droits et les institutions que nous jugeons dignes d'être honorés, il s'ensuit que cela doit se faire au vu et au su de tous.

De la sorte, l'idée de l'autolégislation (où nous avons déjà inclus la question de la légitimité des droits de l'homme) retire la question de droit de tout ghetto « fondationaliste »[14], qu'il s'agisse d'un ghetto institutionnel ou encore de pouvoir, au bénéfice d'une réciprocité démocratique toujours à confirmer. Une réciprocité que nous devons comprendre comme dépendante de l'assentiment de « tous », donc aussi la possibilité d'un « non » démocratique qui peut à la limite mettre entre parenthèses les décisions institutionnelles, ou également servir comme bouclier contre toute tentative de faire illégitimement du « droit » en notre nom et sans notre assentiment.

Les droits de l'homme comme enjeux démocratiques

Par conséquent, nous pouvons nous appuyer sur l'affirmation suivante de Habermas : les « destinataires du droit ne peuvent pas s'imaginer en être les auteurs si le Législateur a découvert les droits de l'homme comme des faits moraux pour se contenter ensuite de leur conférer un statut positif »[15]. Toute la problématique moderne des droits de l'homme est ici résumée, de la même façon que le fait de légitimer, *a contrario*, les droits de l'homme par des processus démocratiques, désignant concrètement les sujets de droit comme étant réellement ces auteurs, propulse la question des droits de l'homme dans une « prise en compte ». À son tour, cette prise en compte doit

14. Néologisme faisant référence à un « discours de fondation », par exemple une fondation innéiste, métaphysique ou déclarationiste.
15. Jürgen Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, coll. NRF Essais, 1997, p. 485.

servir à enraciner la question des droits de l'homme dans des contextes toujours particuliers.

Avec ce premier aspect, à savoir comment la promesse d'autolégislation propulse la question des droits de l'homme dans une « prise en compte », il ne faut pas perdre de vue le fait que la légitimité par « en haut » risque toujours d'être de courte durée. Plusieurs expériences des dernières décennies nous le rappellent douloureusement. En revanche, en insistant sur l'autolégislation, les trois (ou quatre) générations des droits de l'homme[16] se présentent tout simplement comme des configurations des aspirations et des promesses à la hauteur des hommes et des femmes partout dans le monde. Plus précisément, les droits de l'homme épousent les aspirations des hommes et des femmes, de même que celles de leurs enfants, en vue de bâtir un avenir meilleur. Ils rappellent ce simple fait, que nous oublions si souvent, que nous sommes libres de changer de cadre de vie et que toute situation actuelle ne reflète pas notre destinée, mais uniquement le point de départ pour construire un monde meilleur par des moyens démocratiques.

La question de la légitimité des droits de l'homme se concrétise de la sorte dans un processus d'autolégislation qui éveille les sujets de droit à une prise en compte de leur propre vie et de la situation actuelle de leur société. En fait, les droits de l'homme deviennent un toboggan pour les informations sur la corruption, le népotisme, le pillage systématique, la propagande, la discrimination, l'exclusion, l'intolérance, etc., en renforçant la position des sujets de droit à l'égard des forces hétérogènes. De plus, ils obligent les sujets de droit à ne plus s'aveugler quant à la condition de vie de leurs concitoyens, qu'il s'agisse des libertés ou du bien-être et de l'épanouissement de la personne, et à prendre la juste mesure des informations nécessaires pour une politique réciproque des droits de l'homme, ce qui ne peut que servir à confirmer les droits de l'homme comme levain démocratique.

Il en va de même avec le deuxième aspect que nous voulons mentionner, à savoir qu'il faut enraciner les droits de l'homme dans des contextes toujours particuliers. Pourquoi ? Simplement parce que les droits de l'homme ont besoin de notre engagement et de la compréhension qu'ils nous concernent concrètement. Une telle compréhen-

16. Voir Guy Haarscher, *Philosophie des droits de l'homme, op. cit.*, p. 35-46, qui donne une analyse des trois « générations » de droits de l'homme.

sion doit surtout nous servir pour faire éclater tous les contextes discriminatoires et inégaux et pour envisager les droits de l'homme dans leur universalité. La voie contraire ne peut pas être simplement recommandée, car vouloir commencer d'abord dans la « sainteté » risque toujours de nous voir arriver trop tard, comme avec les problèmes réels de millions et de millions d'individus autour du globe.

En fait, seule l'acceptation *hic* et *nunc* des droits de l'homme, avec ses effets d'engagement, de perspective et d'objectifs, peut fournir aux sujets de droit cette énergie si nécessaire pour travailler comme levier social et humain. Si nous devons admirer les hommes et les femmes qui ont entrepris seuls ce travail, nous avons également raison de souligner comment l'idée de l'autolégislation, en insistant sur la « réciprocité démocratique », ne peut se concrétiser que dans des associations, des groupes ou des « mouvements nouveaux ». Avec l'idée de l'autolégislation, c'est la société civile qui est mise en avant et qui se valorise dans sa capacité à prendre en charge ses propres organisations. Les thématisations des droits de l'homme (que nous avons abordées plus haut), qu'il s'agisse de libertés ou du bien-être de la personne ou encore de dégradation écologique, sont ainsi mises en contact avec les sujets de droit sur le plan de la motivation et de l'engagement.

Précisons encore, quant à ces deux aspects, que les droits de l'homme ne sont plus une instance abstraite de rectitude politique ou juridique, mais, à la lumière de l'idée de l'autolégislation démocratique, le terroir où les hommes et les femmes apprennent les uns et les autres et également les uns des autres.

L'intérêt d'une telle compréhension des droits de l'homme

Comme nous le voyons, une telle compréhension de la légitimité des droits de l'homme nous permet plus facilement, et de façon plus critique, de comprendre le rôle possible des droits de l'homme dans nos sociétés diversifiées et pluralistes, et, en vérité, le non-fondé de la critique culturaliste des droits de l'homme.

En fait, différents courants dits de « critique culturaliste » prétendent que la question des droits de l'homme n'est rien d'autre que l'expression des « valeurs occidentales » étrangères ou dissymétriques à l'égard de cultures différentes, qui favorisent d'autres valeurs. Les droits de l'homme ne sont donc plus, pour les partisans d'une telle concep-

tion, que des « tromperies » idéologiques qui exhortent à la « formalité » ou encore à « l'universalité » et, le plus scandaleux de tout, à un « individualisme » qui ne se cache même pas. À leurs yeux, nous devrions, en conséquence, œuvrer en vue de conceptions culturelles des « droits de l'homme », comme expression des valeurs de chaque culture, et ainsi envisager les « droits de l'homme » comme reposant sur et comme expression des valeurs « asiatiques »[17], « africaines »[18], « islamiques »[19], et autres.

En regardant les droits de l'homme à la lumière de l'autolégislation, nous pouvons facilement déceler que de tels discours ne sont que le dernier avatar des discours autoritaires, paternalistes et idéologiques. En fait, nous pouvons constater qu'ils ne véhiculent que la peur et la haine que leur inspire la menace, pour eux bien réelle, de voir les sujets de droit prendre en charge leur vie et leur futur.

En effet, depuis trois ou quatre cents ans d'histoire européenne, nord-américaine et australo-pacifique, nous savons que le nœud du problème est que les droits de l'homme travaillent d'une façon corrosive contre le fanatisme, le fondamentalisme, les privilèges et les hiérarchies sociales, contre l'inégalité et la discrimination, contre le privilège ou la suprématie religieuse, et ainsi de suite. Et nous devons nous réjouir, car le concept des droits de l'homme met ainsi directement le doigt sur le problème, de la même façon que le paradigme de l'autolégislation nous montre comment gérer cet effet « corrosif » en réunissant les sujets de droit dans la compréhension, la motivation et la « prise en compte ».

En y regardant avec un peu de recul, nous pouvons maintenant affirmer que le paradigme de l'autolégislation, comme « base » de légitimation des droits de l'homme, est compatible avec toutes les ressources saines et humaines que nous trouvons dans les cultures et

17. Michael C. Davis (dir.), *Human Rights and Chinese Values : Legal, Philosophical and Political Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 1995. Voir également, Morigiwa Yasutomo (dir.), *Law In a Changing World : Asian Alternatives*, Stuttgart, Franz Steiner, coll. ARSP Beiheft, nº 72, 1998.
18. Claude Ake, « The African Context of Human Rights », dans *Africa Today*, nº 34, 1987, p. 5.
19. Ann Elisabeth Mayer, « Current Muslim Thinking in Human Rights », dans Abdullahi Ahmed An-Na'im et Francis M. Deng (dir.), *Human Rights in Africa. Cross-Cultural Perspectives*, Washington, The Brookings Institution, 1990, p. 133-156, et particulièrement p. 153-155.

les systèmes de valeurs dans le monde. Toute personne, quels que soient son lieu de naissance, les repères culturels qu'elle a reçus ou adoptés, les valeurs qu'elle chérit, et ainsi de suite, doit également être considérée comme capable d'entrer dans un processus démocratique avec tous les autres sujets de droit, et ceci, sans aucune distinction ni discrimination. Les réponses concrètes qui seront développées concernant les droits de l'homme peuvent bien être diversifiées et toujours liées à des contextes particuliers, mais leur existence doit aussi se voir dans la prohibition de toute discrimination. Aussi longtemps que l'idée des droits de l'homme ne sert pas une instrumentalisation éhontée au service de la dissimulation d'intérêts particuliers, que l'idée de l'autolégislation doit servir à débusquer, nous ne pouvons que nous réjouir d'une saine compétition pour trouver la meilleure façon d'établir pour de bon un régime des droits de l'homme.

ÉPILOGUE

Les droits de l'homme, vus à la lumière de notre modernité juridique et surtout de l'exigence de l'autolégislation, ont tout avantage à souligner que seuls des processus démocratiques réels et concrets pourraient, à la fin, représenter ce terroir, cette force, cette énergie vitale, nécessaires pour faire d'eux à la fois un rempart contre leur contraire, l'inhumanité sous ses multiples masques, et une boussole dans d'innombrables mains. En fin de compte, la relation à établir entre nos textes de légitimité traditionnelle des droits de l'homme et l'exigence de légitimité moderne ne peut se faire que par des processus démocratiques étant désormais le seul lieu de légitimité.

9

APRÈS LE 11 SEPTEMBRE 2001 : LA TERREUR, LE MONDE ET L'HOMME[1]

Cet essai ne se veut guère plus qu'une réflexion « sur le vif » au sujet du 11 septembre 2001 et des meurtres en masse qui ont lieu ce jour-là. Par une réflexion philosophique sentant encore, littéralement parlant, le feu (et la fumée) de la catastrophe, ou simplement qui ressent, comme écho, les cris des innocents massacrés, nous centrerons ici nos réflexions sur « la terreur, le monde et l'homme ». Comme ce sont effectivement de tels *topoi* [2] qui se sont imposés à notre esprit ce jour-là (et les jours qui l'ont suivi), il faut souligner que nous ne prétendons point tout dire sur le terrorisme, sur le monde ou sur l'homme, cela serait simplement chimérique. Devant tant de souffrance et de mal, ce furent plutôt les impressions, les saisissements réflexifs, ou encore les émotions face à cette boucherie d'hommes, de femmes et d'enfants qui nous préoccupait et qui nous préoccupera toujours. Disons qu'il s'agissait d'appréhender, de saisir « sur le vif » ce qui se passait dans l'immédiat suivant la nouvelle de la catastrophe et, à partir de là, de réfléchir sur le désastre, sur l'effondrement d'une paix précaire, ou simplement sur le lézardement d'un monde déjà lourdement éprouvé. Il fallait finalement s'interroger sur le grondement sournois

1. Cet article a été écrit initialement en septembre/octobre 2001. Nous l'avons repris pour la publication dans ce livre.
2. Le mot *topos* (au pluriel *topoï* ou *topoi*) est emprunté au grec, il correspond au latin « locus communis », d'où est issu le français « lieu commun ». Fondamentalement, un topos est un « élément d'une topique », une topique étant une heuristique, un art de collecter les informations et de faire émerger des arguments. Un *topos* est un schème discursif caractéristique d'un type d'argument.

et inquiétant d'un monde de terroristes assoiffés de sang, où des gens dansaient et se moquaient des innocents tués.

S'il se devine facilement que rien ne sera plus jamais pareil et que le congé a été donné à la croyance si illusoire d'un progrès historique irréversible vers la paix et le bonheur, faut-il pour autant sombrer dans les brumes de l'éphémère postmodernisme ? Ou bien devrons-nous, peut-être héroïquement, privilégier une conception démocratique issue ouvertement autant des processus démocratiques réels que des mentalités démocratiques devant donner « vie » à ces processus, et ceci partout sur notre planète bleue ? Et si nous répondons par l'affirmative à cette dernière question, ne faut-il donc pas également assumer l'aspect utopique que cela implique, vu que le moindre des nos problèmes sera le fait que la plupart des régimes gouvernementaux (ou des personnes « au pouvoir ») de ce monde, voire la majorité absolue, oscillent entre obscurantisme et dictature, sinon entre autoritarisme et « bulles démocratiques ».

Écrit « sur le vif », comme nous venons de le dire, notre essai témoigne certainement de l'aspect immédiat de nos réflexions et reflète de ce fait également la tension intellectuelle inhérente à un tel exercice. Pourtant, comme il faut toujours procéder rationnellement, nous avons choisi de partager nos réflexions en cinq étapes : d'abord en rappelant les événements du 11 septembre, tels qu'ils se sont déroulés pour nous ; ensuite, en évoquant les jours qui ont suivi cette date fatidique ; puis en réfléchissant sur les réactions surprenantes (et choquantes) des personnes qui se réjouissaient des assassinats, ainsi que sur le phénomène de la « télédiffusion » en direct ; et enfin en analysant la nouvelle forme « juridique » de terrorisme qui a pris corps à cette date.

UN JOUR QUI COMMENCE COMME TANT D'AUTRES ET POURTANT...

La nature se caractérise par des signes précurseurs de changement, captés uniquement par les animaux. Par exemple, dans la forêt, les cerfs, les élans ou les ours lèvent subitement ou lentement en silence la tête et sentent les changements climatiques ou autres annonçant la nécessité de se mettre à l'abri. Or, il n'y a pas de tels signes pour détecter la folie furieuse des terroristes. Hélas ! pour que la terreur établisse son régime

de désolation et de mort parmi les hommes, il vaut mieux que tout paraisse calme, presque normal, avant qu'ils ne déclenchent leurs attaques, leurs tueries, leurs abominations. C'est un rappel que la nature n'est jamais cruelle, mais que la cruauté et la sauvagerie des hommes risquent, en revanche, d'être sans bornes.

Ce matin du 11 septembre 2001, nous étions tout normalement à notre bureau. Comme presque tous les jours, nous nous trouvions en train de rédiger, de lire ou de corriger quelques articles, les nôtres ou ceux d'un de nos étudiants, ou simplement en train d'effectuer un travail universitaire quelconque. Honnêtement, nous ne pouvons plus vraiment dire ce que nous faisions au début de cette journée et, comme telle, cette date aurait eu toutes les chances de disparaître de notre mémoire sans aucune trace, une journée de travail parmi tant d'autres, dans l'indifférence temporelle, puisque banale et sans particulière importance. Point final !

C'est un collègue en visite d'une autre université qui nous a apporté la nouvelle des événements survenus à New York, presque certainement avant 11 heures, le matin du 11 septembre 2001. Nous nous remémorons encore ses paroles si simples, presque banales, résumant à peu près cliniquement les faits connus à ce moment-là : « Les États-Unis ont fait objet d'une ou de plusieurs attaques terroristes, et le World Trade Center de Manhattan, à New York, s'est écroulé. Il n'est plus que ruines. » S'y ajouta l'information, qui se confirma par la suite, que le nombre de morts, de blessés et de disparus devrait certainement se compter par milliers.

Avouons que notre première réaction, très instinctive, fut d'abord l'incrédulité et le sentiment d'être victime d'une blague douteuse. Une blague qui se décline sur le thème du macabre ou, plus simplement, une farce à la manière de *London Brigde Is Falling Down, Falling Down* qu'ont chanté, en riant, de multiples générations d'enfants. Cependant, notre distingué collègue était plutôt connu par sa stricte probité, aussi bien sur le plan personnel qu'intellectuel et il ne se serait certes pas livré à une telle plaisanterie. Qu'il dise « vrai » n'était au début qu'une « peine », qu'un « pressentiment » qui grandissait graduellement en nous ; en fait, une terrible prémonition qui devenait certitude et nous faisait comprendre qu'effectivement un effroyable assassinat de masse avait eu lieu ce matin-là et, qu'à ce moment précis, des milliers de

corps sans vie de femmes, d'hommes et d'enfants reposaient, déchiquetés, à Lower Manhattan.

Ces milliers d'hommes, de femmes et d'enfants avaient certainement commencé la journée comme nous. Ils avaient pris un moyen de transport approprié pour se rendre à leur travail, à leur garderie, à leur école, à leur université, à toutes les activités qui avaient lieu dans le World Trade Center. Ils ont sûrement ri, pleuré, espéré, rêvé ou dansé, sans se douter que le terrorisme était aveugle et bête et que nos sentiments si humains offusquent toujours les ennemis de l'homme. C'est sûrement à ce moment précis qu'est née la douleur que nous avons ressentie, même longtemps après les événements, en écoutant des imbéciles parler et croire que c'étaient « deux tours » qui s'étaient écroulées, point final ! C'était comme écouter des idiots qui croient d'abord aux symboles et qui n'ont pas les capacités intellectuelles ou morales pour manifester une empathie humaine à l'égard des hommes, des femmes et des enfants qui ont pourtant été assassinés ce jour-là.

Mais, peut-être notre point de vue était-il différent, parce que nous avions été là, au World Trade Center, quelques années auparavant ! Nous y avions mangé au sous-sol, nous y avions magasiné, nous y avions marché, nous avions vu et apprécié ce lieu magnifique comme un véritable espace humain. Et tous les jours, pendant une semaine, nous avions pu, à partir d'un étage supérieur dans « le ciel », siroter notre café, en admirant la vue panoramique, splendide et unique, de la baie de New York, de la rivière Hudson, d'Ellis Island, de la statut de Liberté, de Manhattan et de pans entiers de New York. C'était en fait presque hallucinant de voir les hommes, les femmes et les enfants qui marchaient là, en bas ! On aurait dit de minuscules fourmis. Et comme c'était drôle de scruter les hélicoptères et les petits avions qui volaient, plus bas, comme des jouets d'enfants qui auraient bougé seuls !

Il en est donc résulté, simplement, que cette tragédie ne pouvait représenter pour nous un « symbole » quelconque, les « deux tours », mais trouvait son origine dans un lieu humain où vivaient, travaillaient, étudiaient et s'amusaient des êtres en chair et en os. Et donc le début, la naissance, d'un appui douloureux, plus que solidaire, en faveur des êtres emprisonnés dans un piège de verre et de béton pour y mourir aussi atrocement. Nous pouvons uniquement imaginer la douleur, la peur et l'incompréhension qui ont saisi leur esprit quand ils ont com-

pris qu'ils étaient capturés, « piégés », et qu'ils allaient tous mourir brûlés, écrasés ou déchiquetés !

À ce moment-là, nous ne nous sommes pas interrogé sur l'auteur d'une telle chose ? Qui avait pu, à l'aube du troisième millénaire, mettre en œuvre un tel massacre d'innocents ? Notre informateur de ce matin avait certes lancé l'hypothèse que les terroristes étaient des arabes musulmans à la solde de Ben Laden, mais l'identité des terroristes nous importait moins, à ce moment précis, que la bienveillance et l'empathie à l'égard de leurs victimes, à qui on avait, si cruellement, enlevé la vie. N'y a-il pas quelque chose de sournois, de malsain, mais aussi de commode, à se distraire à penser, si abstraitement, à la responsabilité des assassins et à leurs commanditaires quand les victimes gisent là, quand le sang coule, quand le malheur se répand ? Peut-être que le moment exemplaire pour parler de « suspension de jugement », c'est le moment où celui-ci n'a guère d'importance, le moment où il faut, tout simplement, montrer de l'empathie. Une empathie qui doit d'ailleurs englober non seulement les victimes immédiates, mais également leurs familles, leurs amis et tous ceux qui ont tant souffert de voir leur mari, leur épouse, leur enfant, leur grand-mère, leur grand-père, leur nièce, leur amoureuse, leurs amis, et tous les autres à l'infini, mourir là-bas dans un massacre effroyable et monstrueux.

Finalement, ce ne fut pas une journée comme les autres, mais plutôt une journée qui s'est gravée dans notre mémoire et qu'on n'oubliera pas. Une journée qui a laissé de profonds sillons et qui a soulevé des interrogations sur la présence du mal, sur l'assassinat en masse et sur les individus qui le soutiennent, directement ou indirectement, ou qui le banalisent parce qu'ils sont malhonnêtes ou peureux. Mais, avouons-le, qui peut vraiment avoir envie de réfléchir à ces choses-là, quand chacun sait qu'il existe tant de thèmes plus réjouissants ? Qui a envie de réfléchir sur le mal ? Et pourtant, la douleur que nous avons ressentie ces jours-là ne fait pas de nous quelqu'un d'unique, car nous avons certainement dû partager ces sentiments avec des millions et de millions d'autres personnes tout autour de notre planète bleue.

UNE PREMIÈRE CONTEMPLATION ET UNE PREMIÈRE RÉFLEXION

Plus tard, le soir de cette même journée et, après, pendant les jours qui ont suivi, nous avons, comme tellement d'autres, vu et revu les différentes images présentées par les chaînes de télévisions. Le choix était trop vaste, car ces images passaient sur toutes les chaînes ! Nous avons regardé les télévisions québécoises, canadiennes, américaines, françaises, belges, anglaises, et bien d'autres. Comme celles-ci se prêtaient souvent des « images », la compétition se faisait à chaud pour toujours trouver de nouvelles vidéos d'amateurs ou de touristes. On fournissait aussi des témoignages visuels adaptés à la télévision pour immortaliser ces minutes intenses où les avions s'écrasaient sur les bâtiments et pour commenter les explosions et les incendies qui se propageaient ! Suivez, bien sûr, les images montrant également la tension visible sur les visages des hommes et des femmes qui, en bas dans les rues adjacentes au World Trade Center, regardaient avec inquiétude et angoisse, les deux bâtiments en feu et qui couraient, apeurés, pour s'éloigner le plus possible.

Le jour 1 fut tout simplement saugrenu ! Personne ne pouvait affirmer que les actes terroristes étaient entièrement terminés ou si le pire était encore à venir. L'attaque sur le Pentagone et l'information concernant un autre avion entre les mains des pirates de l'air ne pouvaient que contribuer à créer une atmosphère apocalyptique. Plusieurs informations étaient tour à tour transmises : la Maison blanche était évacuée, puis vidée ; le président des États-Unis volait sur Air Force One quelque part ; le vice-président avait regagné le bunker souterrain de commandement militaire ; les sénateurs et les parlementaires étaient peu à peu acheminés vers les différents bunkers de coordination politique, militaire, stratégique, etc. Tout cela n'avait rien de bien rassurant. Le Québec est à côté des États-Unis, et il est évident que tout événement terrible survenant chez nos voisins a des répercussions immédiates ici. Certes, la « fièvre » est retombée quand l'avion manquant (le quatrième entre les mains des terroristes) a été retrouvé écrasé au sol, en Pennsylvanie, ajoutant les vies d'autres innocents à la liste noire du terrorisme, mais la tension créée par tant d'insécurité était palpable jusqu'à l'insupportable pendant tout le jour 1.

Dans une certaine mesure, les autres jours ne furent pas mieux. Avouons que nous étions toujours là, devant l'écran, à regarder les images, à écouter les informations, les témoignages et les commentaires. D'ailleurs les images surtout étaient devenues impressionnantes. Tandis que pendant le jour 1 on nous avait montré des images encore floues ou uniquement des photos, les jours 2, 3 et même 4, sont rapidement devenus l'eldorado des films vidéo de qualité. Avec clarté, on a alors pu nous montrer les événements avec un luxe de détails et de précisions. C'était encore plus terrifiant de revoir cette fois les avions se diriger –au ralenti– vers l'une et l'autre tour, pour s'y enfoncer ; de revoir les explosions, les flammes qui se propagent, la fumée qui envahit les étages supérieurs et le ciel. Et finalement les tours qui s'écroulent, l'une après l'autre, dans un déluge de feu et de désolation !

L'une des choses qui nous a le plus effrayé et attristé a été de voir des personnes qui choisissaient de sauter des bâtiments en feu. Des sinistrés, des naufragés du « ciel », déjà conscients, hélas, de leur mort imminente et qui, en acceptant cette mort, choisissaient, à l'instant de cette dernière prière, onze secondes de vie en plus, au lieu de brûler vivant en haut. Pour affronter le vide absolu entre une mort certaine en haut et une mort également certaine, contre les dalles, en bas ! Ces onze secondes pour tomber, pour voler, jusqu'en bas, jusqu'à la mort ! Il y avait quelque chose de presque hallucinant, quoique toujours déchirant, de voir ces personnes qui sautaient en se prenant l'une et l'autre les mains en signe d'encouragement mutuel face à une mort certaine et atroce. Pour mourir écrasées 11 secondes plus tard sur le parvis du World Trade Center de Manhattan, à New York, avant midi un jour de septembre 2001 !

DANSER SUR LE TOMBEAU DES INNOCENTS

Là encore, même si les images choquent, il reste que les images ne sont jamais cruelles. Tristes et déchirantes, angoissantes et brutales, plutôt, mais aussi et surtout un rappel que la folie terroriste n'a jamais de limites. Voyons donc ces images comme un appel à notre empathie, en toute humanité, à l'égard des victimes et de leur sort, et le rappel du vide que leur absence va créer chez les leurs. Sans oublier l'immense tristesse, le chagrin, la commotion, d'écouter la cruauté des paroles et des gestes qui nous sont parvenus d'un peu partout dans le monde, mais surtout du Moyen-Orient.

Si les images ne sont pas cruelles, les hommes et les femmes le sont ! Et c'est toujours la cruauté des hommes et des femmes qui nous blesse, qui nous étonne, qui nous fait le plus nous questionner. Que penser, que croire, devant des mots et des gestes d'hommes et de femmes qui vomissent leur haine, leurs bassesses et leurs épousailles avec le mal et qui s'enivrent de la cruauté des paroles, de mots assassins et de gestes de mépris et de dédain contre les hommes, les femmes et les enfants qui ont péri si atrocement le 11 septembre ?

Ce fut d'abord un simple étonnement, puis la stupeur de voir ces gens danser, se réjouir et applaudir les meurtres en masse. Nulle sympathie pour les corps déchiquetés, sanglants et meurtris d'hommes, de femmes et d'enfants qui ne rentreraient plus chez les leurs. Nulle empathie non plus avec ces derniers qui, angoissés et désespérés, attendaient des nouvelles, espérant, le plus souvent contre toute raison, qu'il ou qu'elle avait eu la chance de se sauver.

Rien de tel ici, sinon des images télévisées montrant des hommes, des femmes et des enfants qui dansaient à Naplouse, à Gaza, en Jordanie, en Égypte, et à d'autres endroits encore, pour célébrer ce massacre d'innocents. Ils se réjouissaient, s'amusaient et fêtaient la nouvelle contribution de chair offerte à Baal dans un enivrement, un délire néopaganien réclamant encore plus de sang, encore plus de chair fraîche. Car Baal a toujours faim et ses adorateurs le savent. Comme de fidèles serviteurs, ils sont toujours prêts à satisfaire son appétit pour la chair humaine et ils dansent aujourd'hui, comme autrefois, pour le célébrer. Mais qui, sur ce fond, pouvait s'étonner de voir autant d'individus en liesse et qui dansaient devant et « dans » la chair d'innocents si atrocement assassinés ?

Il y avait effectivement quelque chose d'hallucinant dans la danse macabre, lugubre qui se déroulait là sous nos yeux. C'était si comme le monde était sorti de ses gonds ! Voir tant de personnes qui se réjouissaient du meurtre de tant d'autres et qui se souillaient, sans retenue, de la complicité avec ces ignobles assassins, cela ne peut-il faire autrement que de nous rendre songeurs ? Peut-être que seule la notion de « messe noire » peut finalement servir pour rendre compte d'un tel délire ! Tout ces gens de Naplouse, de Gaza, etc., faisaient-ils autre chose qu'une cérémonie noire, un acte d'adoration et de soumission à Baal, célébraient-ils simplement son appétit, son goût pour la chair fraîche des humains ? Que ces terroristes l'aient si bien servi en lui

offrant tant de vies innocentes, cela ne fait certes aucun doute, mais existait-il vraiment des raisons de se réjouir ? De vouloir danser et se souiller pour glorifier Baal ?

Une chose nous intriguait pourtant : si les terroristes avaient pu avancer leurs sombres manigances de quelques années afin de mettre leur projet à exécution l'une de ces journées où nous sirotions tranquillement notre café en haut du World Trade Center, les gens de Naplouse, Gaza, etc., auraient-ils dansé pareillement sur notre tombe ? Si *nous* avions été piégés là-haut, attendant de mourir brûlés, intoxiqués, déchiquetés, aurait-il été possible que ces mêmes individus dansent, crachent, vomissent des paroles de haine et de mépris sur notre corps mort ? Quelquefois, demander c'est déjà répondre, et dans l'effroyable vérité que cela n'aurait fait aucune différence ne se cache-t-il pas une autre vérité voulant que ce soit le goût du sang et le plaisir de se souiller sous les yeux cruels de Baal qu'ils aiment ?

Ou peut-être bien qu'il ne s'agissait là que d'un défi, d'une moquerie de l'Éternel ? Certainement en vain, car si le néopaganisme peut bien avoir son charme éphémère et ses jours de gloire, dans Naplouse, à Gaza, au Caire et ailleurs, le fait est que les hommes, les femmes et les enfants sacrifiés à Baal contre leur volonté possédaient en leur faveur un argument de poids. Devant l'Éternel, ils peuvent tous dire maintenant : « Ce sont vos ennemis qui nous envoient, Miséricorde ! Pesez dans la balance que ce sont les adorateurs de Baal qui nous ont tués, pour Vous dénigrer, pour Vous profaner et pour souiller ce que Vous avez créé. » Reconnaissons pourtant que, si personne ne connaît encore la réponse à cette requête, nous avons de bonnes raisons de croire qu'elle sera acceptée.

Il faut cependant dire que de telles images du Moyen-Orient (et d'ailleurs) ont brusquement cessé d'être diffusées ! La police est intervenue et a interdit aux compagnies de télévision de filmer et de recueillir ces témoignages. Les autorités locales se sont bien rendu compte que cela offusquait le monde et qu'il fallait impérativement mettre une chape de plomb sur tout cela, et faire semblant que cela n'avait jamais existé, que personne n'avait vu ce qui avait été vu !

Or, ce faux-semblant ne fut que le prétexte pour le remplacer par un discours anti-juif insinuant, vicieusement, que les Juifs de New York avaient été avertis un jour avant les attentats afin de ne pas se

rendre au travail ce jour-là et que, comble de la perversité, c'était « l'internationale des Juifs », à la solde bien sûr d'Israël, qui était derrière tout cela et avait peut-être même corrompu, « détourné », les terroristes à leur insu. Ce discours anti-juif empoisonné et méprisant, mensonger et immoral, tablait sur la désinformation et la haine sans parvenir toutefois à se faire, encore une fois, autre que complice des terroristes, en refusant de voir le monde en face.

Pourtant, même cette nouvelle version exécrable des nouveaux « Protocoles des sages de Sion » – en référence à ce faux document notoire, forgé contre les Juifs par les services secrets du Tsar – n'a duré que quelques semaines (même si elle perdure encore aujourd'hui dans l'interstice de différents discours immondes). L'antiaméricanisme l'a remplacé. Car dans un monde où la droite et la gauche n'arrivent guère à se distinguer, où la gauche mène une politique de droite et la droite une politique de gauche, l'antiaméricanisme apparaît alors comme une idéologie unique, prête à tout expliquer, comme un prêt-à-penser qui « sait », qui postule avec « certitude » et en avance que la faute morale, politique, économique et culturelle incombe aux États-Unis. Cela simplifie certainement la vie, rend toute question complexe immédiatement limpide, et surtout donne à n'importe quelle personne nulle l'impression, hélas si illusoire, d'être un super intellectuel, capable d'utiliser beaucoup de concepts ! Tout cela pour déboucher aujourd'hui sur un débat stérile sur les « bonnes et les mauvaises morts » [sic !], géopolitique « normative », mondialisation « juste », et *tutti quanti*, là où il n'y a que des corps déchiquetés et horriblement morts.

Or, si l'antiaméricanisme représente toujours, dans toutes ces facettes, une léthargie intellectuelle, en tant qu'idéologie de bêtise prête à unir et à canaliser les nouveaux fascismes, elle représente aussi une supercherie qui empêche ses idéologues, déclarés ou de circonstances, de comprendre que tout cela n'a rien à voir avec les hommes, les femmes et les enfants assassinés. Ceux-là n'ont pas eu l'occasion de se prononcer sur ces questions, on les a simplement tués. Ils n'étaient pas des « symboles » ou encore des « représentants » de ceci ou de cela, mais des êtres en chair et en os, des êtres qui auraient mérité mieux que de mourir si atrocement, qui auraient plutôt mérité de rentrer chez eux.

LA TÉLÉ-RÉALITÉ EN DIRECT

Avouons que regarder à la télé « en direct » l'*inferno* des deux tours du World Trade Center fut quelque chose ! Car l'instantané était *de facto* réel, tel que si les événements avaient déjà eu lieu, et les nouvelles sous forme de vidéos, de films et d'images à la fois, confirmaient les faits comme toujours en train de s'imposer comme réalité « en mouvement ». C'était à la limite un moment figé, où les jours 1, 2, 3, 4, etc., éternisaient les événements comme toujours en train de « se faire » et comme des événements, littéralement, « suspendus » dans un monde virtuel simultanément là et ailleurs.

En conséquence, il s'agissait là de tout autre chose et de bien plus que de la télé-réalité ordinaire ! Avec la répétition d'images défilant sous tous les angles, on voyait se dérouler, littéralement et réellement, la psychologie de chacun. En ce sens, les événements du 11 septembre, et de l'après 11 septembre, révèlent pour nous de façon exemplaire, comme pour des millions d'autres personnes, la force de la télévision en direct. C'était effectivement comme si nous étions là. C'était comme si nous partagions la tension, l'angoisse et la terreur qui se lisaient en toute clarté sur les visages, dans les traits des hommes et des femmes qui étaient là, qui regardaient le feu et la désolation en train de se propager. Il ne s'agissait donc pas uniquement de télé-réalité, mais également d'une télé où l'observateur participait par son emphatie.

Et cela aussi nous rend songeur, car si nous pouvons plus facilement partager cette angoisse et cette peur avec les individus piégés dans ces bâtiments en feu, il faut avouer que cela se bloque lorsqu'il s'agit des otages des quatre avions aux mains des assassins. Parce qu'il se cache ici quelques chose de terriblement concret, qui nous empêche de nous penser là. Il n'y a simplement pas assez de « distance », de « mur de séparation » psychique ! Car là où le World Trade Center est (ou était) un lieu unique, la distance psychique se fait par l'universalité de l'identification avec les victimes et uniquement avec eux en abstraction de tout lieu. Or, cette distance risque simplement de disparaître dans les cas où tous les avions sont (plus ou moins) pareils et ne représentent pas strictement un « lieu », mais plutôt un « état », un état de voyage. C'est pourquoi, il risque ainsi d'apparaître une *angst*, une angoisse, une peur, face à tout voyage en avion. Et si vous engagez votre pensée

sur une telle voie, pourrez-vous vraiment prendre un avion après cela ? Ou en serez-vous devenu incapable, car toujours pris, arrêté, par la peur d'être bloqué dans un avion en péril, ou simplement, abandonné de tous, oscillant dans le vide entre nulle part ? Le problème avec la « télé-participation », c'est qu'il y a une limite, un « mur » psychologique, que vous dépassez difficilement, voire pas du tout.

Celui qui, une fois dans sa vie, a survécu dans un avion en panique ne l'oublie jamais. Car c'est bien là l'*inferno* de Dante, où le vomissement sort en horizontal, où les uns se pétrifient en statue, tandis que les autres prient à voix haute leur Seigneur et implorent sa clémence, où règnent panique, hurlements et cris, et où plus rien ne semble normal. Que la télé-réalité en question fut fort discrète au sujet des avions entre les mains des terroristes et des passagers otages de ces terroristes est plus que normal. En effet, on a mis l'accent sur les messages téléphoniques reçus ou encore sur l'acte héroïque et désespéré visant à reprendre le contrôle de l'avion de Pennsylvanie. Que ce dernier acte se soit soldé par un échec et par la chute de l'appareil, ajoutant d'autres morts innocents à la liste déjà trop longue des terroristes, ne doit pour autant pas faire oublier que cette noble action a permis de mettre des bâtons dans les roues à l'action des terroristes et d'épargner d'autres vies.

Un des choses qui ont changé avec le 11 septembre nous semble en ce sens être le rôle de la télévision. Si nous avions uniquement lu des textes et des articles journalistiques sur les événements, sur les meurtres en masse, nous aurions également été touchés, mais certainement à un moindre degré. Dans ce cas-là, la question aurait été plutôt cognitive et toute réaction aurait dû se faire sur ce fond. En revanche, avec la télé-réalité, il n'y a pas de moment cognitif préalable, mais deux moments parallèles *in vivo* d'émotion et de cognition. D'où cette particularité qui fait que le moment cognitif est toujours en attente d'une verbalisation, d'une traduction des images en « mots » et, idéalement, en dialogue. Il y donc là aussi, le danger, le risque, d'une minoration et d'une marginalisation du moment cognitif au profit de l'émotion.

Une telle minoration du cognitif est en soi, dans la vie quotidienne, souvent bénéfique, car cela nous permet, dans une économie de « mémorisation », d'écarter les petites choses de l'existence et de n'en retenir que ce qui compte pour nous, idéalement après réflexion, par exemple, lors d'un match de soccer où il n'y a simplement rien à mettre « en mots » sinon, tout dépendant de la qualité du jeu, le plaisir et l'esthé-

tique vécus comme tels. C'est ainsi un perpétuel objet d'étonnement de constater que les choses qui ont vraiment compté pour nous, que nous nous rappelons avec plaisir ou tristesse, ce ne sont pas les objets de nos cognitions, mais bien les émotions vécues dans toute leur fugacité et leur relativité, comme des moments plus qu'éphémères. À chacun de se rappeler ses premières amours, la perte d'amis, des décès, et ainsi de suite. Là où nous voulons en venir, c'est que les images-choc des événements du 11 septembre et de l'après 11 septembre n'ont jamais donné lieu à des moments de « repos » pour l'esprit, ni au niveau de l'émotion ni au niveau de la cognition, mettant ainsi le processus de l'économie de l'esprit toujours en attente. La cruauté des meurtres en masse, l'indifférence dans leur exécution, l'instrumentalisation de vies humaines ou simplement le manque cruel d'humanité, ne nous ont jamais accordé un quelconque « repos », mais, littéralement parlant, nous ont projetés en direct en tant que participants virtuels d'une tragédie, nonobstant le fait que nous n'étions pas là.

C'est d'ailleurs pourquoi, voir cet événement et y assister, comme dans la télé-réalité, pourra facilement prendre l'allure, quoique fausse, d'une « mise en scène ». Rien de plus facile dans des moments de crise, de catastrophe, ou encore de terrorisme, que de se sentir comme une marionnette tirée par des fils invisibles. Mais existe aussi l'instinct de sauvegarde cognitif (et réflexif) qui mobilise toujours une saine méfiance à l'égard des images jouant trop sur nos émotions, même non intentionnellement, et qui se met en œuvre pour assurer une distanciation mentale nécessaire à l'homme. Il ne demeure pas moins que le temps, orfèvre de la raison, sert étape par étape à éloigner la dimension de l'émotion au profit d'une « mise en mots », d'une réflexion qui en soi recherche le dialogue. Hegel a au moins raison sur un détail : Minerve (c'est-à-dire la chouette symbolisant la réflexion) prend son envol à la tombée de la nuit.

TERRORISME, MASSACRE ET DROIT

Rappelons donc ici que Hegel, dans la lignée de Kant, Fichte et toute la tradition philosophique romantique allemande, était un philosophe des concepts. N'est-il pas correct de dire qu'il existe également ici un problème de concept ? Finalement est-ce adéquat d'utiliser le concept de « terrorisme » ? Ne s'agirait-il pas plutôt d'un lapsus commode, cachant le fait qu'un acte comme celui du 11 septembre, dans

sa démesure – *hybris* –, sa folie ou, comme nous l'avons déjà dit, dans sa célébration à Baal, corresponde si peu (ou pas du tout) à ce que nous avons, peut-être à la légère, toujours identifié et admis, comme étant du « terrorisme ».

Jetons en ce sens un regard sur le concept de « terrorisme », tel qu'il est habituellement compris à l'intérieur de la culture occidentale : il nous est possible de le définir comme se rapportant à « une revendication ou une vengeance, signée et revendiquée comme telle, et comme ayant un message (et cadre) politique, idéologique et économique identifiable et compréhensible ». Déjà avec cette définition, nonobstant le fait qu'elle peut certainement être davantage développée, n'y a-t-il pas une étincelle qui s'enflamme et nous chuchote qu'il n'y avait rien de tel dans cet événement du 11 septembre ? Que cela se rapportait finalement, suivant la description donnée, bien plus à un « massacre » qu'à du « terrorisme ». Un massacre au plein sens du mot : tuer avec sauvagerie et en masse des êtres qui ne peuvent pas se défendre. Et donc aussi, un massacre qui fait peur, qui terrorise.

De la sorte, concernant le 11 septembre, l'un des aspects particuliers qui nous frappe, c'est l'absence de « revendication » ou simplement de lettre de justification publique accompagnant le « massacre ». Ce ne fut, du début à la fin, qu'un acte terroriste de trop, sans « nom » et plutôt, à cause du flottement quant aux motifs, sans véritable « expéditeur » et sans véritables « destinataires » non plus. Quant à la question des « destinataires », qui n'étaient pas les morts eux-mêmes, elle ne pouvait que s'envoler vers le phantasme de l'un et de l'autre, à savoir que tout le monde pouvait s'inventer une « justification » en lieu ou place des assassins. De là ont surgi, improprement, des constructions telles que « le peuple américain » ou encore, toujours de façon inappropriée, la « mentalité occidentale », ou d'autres structures idéologiques prêtes à faire la gloire de leurs inventeurs. Personne n'a semblé penser que cela n'était qu'un acte gigantesque de gangstérisme et de démence, où ce qui comptait finalement n'était que le nombre de morts et le sentiment de « puissance » imaginaire issu de l'ego détraqué de ceux qui agissaient et de ceux qui applaudissaient ?

Inutile de rappeler que la télévision et la presse quotidienne s'en sont donné à cœur joie pour suggérer toutes sortes de coupables, avant, bien sûr, de se concentrer sur le vrai réseau ayant planifié, monté, financé et exécuté les actes terroristes du 11 septembre, le seul respon-

sable des massacres. En ce sens également, les événements en question ont été uniques et ne répondaient plus aux critères normaux (s'il existe quelque chose de « normal » relativement à la terreur et aux massacres !).

Tout cela nous amène donc à conclure que ces actes de massacre ont plutôt inauguré en quelque sorte un nouveau type de terrorisme. Un terrorisme qui n'a aucun projet politique, social ou économique, sinon de frapper les gens d'effroi et de stupeur, de répandre le sang des innocents et la peur dans toute la population, d'intimider et de harasser. Et surtout, de s'assurer que les dos restent pour toute l'éternité courbés et obéissants.

Ainsi donc, les définitions classiques du droit s'étant concentrées sur les revendications politiques, témoignant par là des aspects circonscrits de l'histoire politique occidentale, le 11 septembre demeure simplement unique dans sa folie, dans son *hybris*. Désormais, les terroristes laissent aux victimes (et à leurs proches) le soin de découvrir qu'il n'existe pas de raison à leur mort, à leurs mutilations, à leurs peurs et à leurs dos courbés. Désormais, cela doit simplement être ainsi : c'est notre état, notre situation, et gare à celui qui proteste ou qui élève la voix !

Si nous avons raison, même partiellement, n'est-ce pas un nouveau concept qui se lève ? Un nouveau concept qui, reconnaissant que nous pouvons difficilement ajouter le suffixe « -isme » à « massacre », parce que « massacrisme » sonne mal, doit désormais, par lucidité, conjuguer le « terrorisme » ancien avec le fait de « massacrer » d'aujourd'hui. Peut-être que le nouveau concept de « terrorisme » devrait se lire comme suit :

> Le terrorisme, c'est terroriser, autant que possible et sur la plus grande échelle possible, les individus. C'est répandre la peur, l'angoisse, le sentiment que l'individu ne doit pas marcher debout et qu'il vaut mieux vivre le dos courbé et, dans ce but, effectuer des assassinats à l'aveuglette, ici et là, pour s'assurer que personne ne peut se sentir chez soi ou simplement en paix.

Or, une telle nouvelle définition du terrorisme doit aussi nous servir, en toute lucidité, pour comprendre que finalement tout cela rappelle étroitement la machine meurtrière des nazis. En fait, si le terrorisme moderne, si rationnel et si instrumental, n'a pas commencé avec l'idéologie nazie, puisqu'on se souvient toujours des nombreux massacres monstrueux des Arméniens, de 1915 à 1921 en Turquie,

le fait est que les nazis ont porté cette logique meurtrière à son comble, avec l'indifférence complète à l'égard des victimes qui, dans une logique barbare, n'ont rejoint les statistiques que comme des chiffres sans aucune importance à l'échelle humaine. L'holocauste des Juifs – six millions – est simplement paradigmatique quant à la barbarie comme système et aux massacres comme outils. Vue de la sorte, il se peut fort bien que la différence entre le fascisme « brun » et le fascisme « vert » ne soit pas si significative que ça après tout. Dans la mesure où ce qui comptait pour l'un comme pour l'autre, au-delà de leur goût commun pour des massacres, c'était le sentiment d'être le « maître » et de ne jamais être obligé de regarder les autres droit dans les yeux comme des « égaux », et le désir de vilipender la liberté, de cracher sur l'autonomie des individus, et d'aimer voir les dos courbés !

ÉPILOGUE

Y a-t-il une leçon à tirer de tout cela ? En fait, aucune ! Seule une immense tristesse s'en dégage. Et un sentiment douloureux face au fait qu'une partie de l'humanité s'en réjouisse. L'odeur du sang des hommes, des femmes et des enfants si atrocement assassinés semble ainsi effacer tout jugement, toute emphatie. Même les intellectuels supposément le plus avisés semblent terriblement pressés de passer à autre chose, sinon se fait la vertu en autant de « Ponce Pilate de la pensée » se lavant les mains en réfléchissant sur les « symboles » ou encore sur les « raisons » qu'ils inventent. Ou bien peut-être que voilà la leçon : la souffrance et le mal restent toujours des éléments infranchissables de notre existence sur cette planète bleue et ni la science, ni la technologie ne peuvent nous protéger contre la folie des hommes, contre tous ceux qui n'aiment pas voir les hommes et les femmes marcher débout en toute autonomie. Et nous n'avons même pas évoqué la possibilité qu'ils devraient également pouvoir « croquer » la vie en toute liberté.

Mais peut-être que l'essentiel a déjà été dit, il y a fort longtemps de cela. Dans l'avertissement prophétique qui met l'homme en garde contre la souillure par le terrorisme et l'assassinat en masse. Ainsi, il est dit que (Esaïe 59) :

Ce sont vos perversités qui ont mis une séparation
entre vous et votre Dieu ;

ce sont vos fautes qui ont tenu son visage caché
loin de vous, trop loin pour qu'il vous entende
Vos paumes, en effet, sont tachées par le sang
et vos doigts par la perversité ;
vos lèvres profèrent la tromperie,
votre langue roucoule la perfidie.

Et s'il y a un avertissement pour les terroristes, il y a aussi un jugement humain qui doit être dit. Un jugement qui interdit la voie du terrorisme, en rappelant que :

Leurs pieds courent vers le mal,
ils accourent pour verser le sang innocent ;
leurs pensées sont des pensés malfaisantes,
sur leurs parcours, se trouvent dégâts et brisures.
Ils ne connaissent pas le chemin de la paix,
sur leur passage on ne rencontre pas le droit ;
leurs sentiers, ils se les tracent détournés
quiconque y chemine ne connaît pas la paix. [...].

Et *nous* dans tout cela :

Nous espérions la lumière, et voici les ténèbres.

Livre 3
CONSIDÉRATIONS JURIDICO-PHILOSOPHIQUES

Avant-propos

LA PHILOSOPHIE DU DROIT DANS L'ESPACE PUBLIC

Ainsi que nous le verrons, la philosophie du droit se matérialise par le biais d'innombrables prises de position sur le plan argumentatif, et ce, dans un rapport réfléchi face à une modernité juridique en perpétuel processus de développement et de reconfiguration. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle elle ne se travaille plus dans une tour d'ivoire, comme cela a pu s'avérer à un quelconque moment de son histoire, mais participe aujourd'hui, pleinement et activement, voire avec zèle, à l'accompagnement de la question du droit, et notamment celle de sa possibilité. Loin d'être réduite à un rôle (somme toute réducteur) la confondant, dans toute sa dimension publique, avec le questionnement sur la façon dont nous devrions écrire le dogmatisme ou la doctrine juridiques – une entreprise qui, au cours du vingtième siècle, a fait dérailler les meilleurs esprits –, il s'agit désormais pour la philosophie du droit de considérer, plus largement et au risque d'être pris de vertige, la question d'un droit à se donner, un droit tant pratique que théorique et qui se profile à l'horizon d'une modernité juridique ouverte à renouveler continuellement.

En toute honnêteté, la philosophie du droit ne fournit plus de réponses aux questions qui obsèdent la dogmatique ou la doctrine juridique. Qu'il incombe aux « dogmaticiens » de devenir adultes, de résoudre leurs propres problèmes et peut-être même de se rendre compte que ceux-ci ne sont que le fruit de leur ignorance, ou encore le fait de leur égarement dans les limbes d'un surinvestissement dogmatique, doctrinal ou « scientifique ». Après tout, sortir d'un sommeil dogmatique n'est peut-être pas le pire des destins, surtout si cela permet

de comprendre que le dogmatisme juridique ne peut plus prétendre « dire le droit » et qu'il faut en conséquence aller à la rencontre des sujets de droit. En remettant, réciproquement et démocratiquement, la question du droit et de ses institutions entre les mains de ceux qui, en dernière analyse, doivent en être à la fois les auteurs et les destinataires, il convient de s'assurer que c'est bien à eux qu'il revient de « dire le droit » : en d'autres termes, il s'agit de garantir que leur possibilité de s'affirmer comme auteurs et destinataires du droit ne soit en définitive qu'une question de « propriété » et d'autonomie pour les sujets de droit.

Avouons-le, il s'agit là d'un projet d'envergure ! Lutter contre le courant est tout simplement ingrat et pénible. Quand les loups hurlent, ils nous invitent à les rejoindre, à chasser avec eux et à charger en meute sur des proies sans défense. Il y a quelque chose de réconfortant dans le fait d'être membre d'une meute aux multiples griffes acérées et de se nourrir avec voracité du « vrai droit », celui qui est au goût du jour. Toutefois, le problème est que tout investissement dans les « idéaux-droit » à la mode, peu importe que cela se fasse sur l'axe « droit-verbe » ou sur l'axe « droit-sujet », doit nous rendre plutôt sceptique. La lutte à mort qui oppose les partisans d'un « vrai droit » éthique (et moral) aux infidèles, qui se réclament plutôt d'un « vrai droit » de l'expérience juridique (sinon du dogmatisme juridique pur et dur), doit nous laisser indifférents. À quoi bon s'égarer sur des chemins poussiéreux qui ne mènent nulle part ? En revanche, privilégier comme nous le ferons la perspective qu'ouvriront les sujets de droit en tant que « propriétaires » de toute question de droit nous semble prometteur : c'est pourquoi nous voyons la nécessité de reformuler la question du droit de manière à ce qu'elle ne s'adresse toujours qu'à ces derniers.

Il faut tout simplement remettre « sous tension » la question du droit. Sans énergie, même la meilleure des machines ne fonctionne guère et ne nous sert strictement à rien. Et que faisons-nous de tels engins ? Nous les mettons de côté, les jetons ou encore les réduisons en miettes ! Il n'en va pas autrement de la possibilité du droit, car, comme nous avons pu le constater à maintes reprises, sans énergie alimentant notre volonté, la perspective du droit, de même qu'un positionnement en sa faveur, risquent de n'être que de simples gesticulations – dogmatiques ou idéologiques. S'assurer que la batterie est pleine, que l'énergie gît là et que la force y est suffisante pour faire

avancer la modernité juridique, représente bien plus qu'un atout : il s'agit d'une condition d'existence de cette modernité. En définitive, admettons-le, la question du droit appelle toujours une prise de position, une réponse, bref, une acceptation ou un refus. À l'extrême opposé, tant de la pensée monologique « d'en haut » que de celle issue d'une prise de conscience individuelle, exclusive et isolée, il faut en pratique inscrire la question du droit dans un horizon démocratique, la remettre entre les mains des sujets de droit. C'est à eux maintenant d'en disposer, car, en tant que propriétaires du droit, la question leur appartient. Or la voie vers la prise de position, vers le choix du droit que nous voulons nous accorder collectivement, qui appellera notre engagement et que nous honorerons en tant que tel, passe d'abord par le flux, l'échange des opinions, des points de vue, des propositions… bref, des arguments investissant maintenant l'espace public, et ce, dans les limites du possible.

L'espace public est aujourd'hui devenu le lieu même du droit ! Et la philosophie du droit doit en prendre acte et s'efforcer d'accompagner les aspirations légitimes des sujets de droit dans cet espace. Il faut en ce sens voir l'espace public comme le lieu par excellence de toute philosophie du droit qui s'engage en faveur de notre modernité juridique. L'espace public est le terreau de toute argumentation, puisqu'il est avant tout le lieu où il nous est possible de prendre connaissance des différents arguments, de les soupeser et de nous positionner à leur égard. Se constituant dans les limites du possible comme « réalité », l'espace public est ainsi le lieu de *la* politique comme activité de débat, de réflexion et d'évaluation, articulant simultanément l'autonomie privée et l'autonomie publique. Dans le creuset où se mêlent ces deux formes d'autonomie, le processus de formation d'une volonté « commune » se met en branle et se prépare à servir les « propriétaires » du droit dans l'immense entreprise qui consiste à vivre selon un droit à la hauteur de ses sujets. En somme, si la philosophie du droit rime aujourd'hui avec les exigences de la modernité juridique, l'espace public est, sans ambages, pour parler kantien, sa « deuxième nature ».

L'espace public permet donc de mettre sous tension les arguments des propriétaires du droit. La philosophie du droit, quant à elle, intervient dans le but de garantir que ces différents arguments soient soumis à la réflexion de tous. Bien évidemment, cela nécessite de la philosophie du droit qu'elle développe ses propres arguments, considérations et

raisonnements concernant ce droit que nous voulons nous donner de façon appropriée, et donc réfléchie. À l'image de l'homme et de son ombre, la philosophie du droit accompagne effectivement la question du droit qu'il s'agit de se donner démocratiquement. De cette façon, elle ne constitue ni une lecture édifiante ni un quelconque réconfort « éthique » qui pallie une conscience saturée, ou simplement troublée par la lucidité que lui donne la pratique du droit. Bien au contraire, elle se pose dans l'espace public (au sein duquel nous situerons toujours l'espace judiciaire) en accompagnatrice active des arguments et raisons à l'appui d'un droit que nous voulons nous donner en toute lucidité.

À supposer que nous ayons raison, ne serait-ce que partiellement, cela nous conduit à la conclusion qu'il faut simplement remagnétiser les questions du droit ! C'est précisément l'enjeu des articles qui suivent : en effet, chacun à sa façon, ces articles s'efforcent de mettre en lumière un aspect particulier de la pratique du droit en l'accompagnant argumentativement. Il s'agit de s'assurer que la question juridique demeure sous tension au profit de ses « propriétaires » et, avant tout bien sûr, de l'intelligence et du meilleur jugement.

Dans cet esprit, nos *considérations juridico-philosophiques* porteront sur les notions suivantes : la vulnérabilité, le droit naturel, la personne et la dignité, l'innocence et la culpabilité, l'écologie ou l'œkoumène, le droit commun, les intérêts tant particuliers que généraux et les corps intermédiaires, la jeunesse et la violence, l'obéissance militaire, le patriotisme constitutionnel ou encore la philosophie chinoise de la Loi. Comme autant de prises de parole, chacun de ces articles se veut un acte « communicationnel » dont l'objectif est d'entretenir le feu sacré d'une philosophie juridique s'efforçant toujours de répondre aux exigences d'un droit moderne.

Comme autant de considérations et d'arguments, les articles qui constituent cet ouvrage se lisent et s'apprécient facilement, nous l'espérons sincèrement. Or il demeure opportun de souligner que ce livre, dans lequel sont consignées quelques *considérations juridico-philosophiques*, se réfère, parfois explicitement, parfois de manière plus simplement allusive, aux ouvrages précédents du même auteur : *Horizons de la philosophie du droit* (1998/2004), *Réflexions sur la philosophie du droit* (2000) et *Rawls ou Habermas. Une question de philosophie du droit* (2002). Ensemble, ils témoignent d'un engagement en faveur de la philosophie du droit conçue comme un champs sous tension, et d'où

pourra se dégager, c'est là notre vœu, une énergie qui « remagnétisera » notre modernité juridique. Ainsi, il peut être recommandé de compléter sa lecture du présent ouvrage en parcourant ceux qui l'ont précédé, cela de manière à se familiariser davantage avec les positions de l'auteur. Une telle démarche pourra se révéler bénéfique à celui qui désire mieux saisir les préoccupations philosophiques, pratiques et juridiques qui animent tous ces travaux de manière transversale.

En situant nos considérations juridico-philosophiques dans l'espace public, en les soumettant aux sujets de droit, nous poursuivons avec conviction un objectif « communicationnel », d'« échange » et de « dialogue ».

I

VULNÉRABILITÉ, DROIT ET AUTONOMIE. UN ESSAI SUR LE SUJET DE DROIT[1]

L'homme est couramment défini par sa vulnérabilité. On constate que l'individu est « vulnérable », non seulement de nature, mais également en tant que citoyen ; l'homme est, tout simplement, « vulnérable » en société. Prenant cette affirmation comme point d'appui, nous souhaitons partager quelques réflexions liminaires sur l'intelligence du concept de « vulnérabilité » en regard du projet juridique moderne. Il ne s'agit que d'apporter une modeste contribution à notre compréhension de ce projet et, plus précisément, de réfléchir –à l'intérieur du champ de la philosophie du droit– sur le sens à accorder au concept de « vulnérabilité » en ce qui concerne les sujets de droit et leurs situations juridiques respectives[2]. Notre objectif est d'aider à une meilleure appréhension de l'autonomie attribuable au sujet de droit et de souligner comment celle-ci se reflète dans notre compréhension de même que dans notre engagement en faveur du projet juridique moderne.

Quelques précisions s'imposent toutefois au préalable. Et ce au sujet du concept de « vulnérabilité » d'abord, et ensuite relativement à notre refus de distinguer l'individu du sujet de droit.

1. Conférance donné au Colloque : Situations d'urgence et droits dondamentaux, Kos, Grèce, 5 à 8 mai 2003.
2. Au sujet de la signification de l'expression « projet juridique moderne », voir B. Melkevik, *Rawls ou Habermas. Une question de philosophie du droit*, Québec, Presses de l'Université Laval, coll. « Dikè », 2002.

DU CONCEPT DE « VULNÉRABILITÉ »

Référons-nous de prime abord au mot « vulnérabilité » pris en son sens usuel. Nous retiendrons dès lors que le terme est plutôt récent, puisqu'il est né avec notre modernité, plus précisément autour du 19e siècle. Il s'agit en fait de la transmutation du terme du langage médical ancien qu'est « vulnéraire ». À l'origine, le vocable faisait référence à l'individu en lutte contre des blessures ou maladies d'ordre physique. Aussi a-t-il revêtu en premier lieu un sens pharmaceutique en désignant un remède à de telles blessures ou maladies pour ensuite acquérir, par métamorphose, son sens contemporain le faisant se rapporter à la « vulnérabilité » de l'individu. Le *Robert* reconnaît ainsi au mot « vulnérable » deux sens majeurs[3]. L'adjectif peut qualifier celui qui peut être blessé, atteint, frappé (par un mal physique). Il peut également exprimer la qualité de celui qui peut être facilement atteint (abstraitement ou moralement) ou qui se défend mal (on dit par exemple que l'inexpérience rend « vulnérable »). Ce qu'il faut surtout retenir dans notre perspective, c'est qu'être « vulnérable » n'est pas d'avoir une quelconque « faiblesse[4] ». Plus qu'un être affecté d'un tel « handicap », l'emploi du terme sert à en qualifier un se trouvant dans une *situation*, ou *position*. Il s'agit en l'occurrence d'une situation ou position physique ou morale qui rend cet être plus fragile qu'il ne l'est normalement ou qu'il ne devrait l'être. Or, au plan de l'existence, à titre d'individus, la « vulnérabilité » nous concerne en ce sens qu'elle relève essentiellement de la « condition humaine ».

Cela se donne à voir en effet dès lors que nous nous référons à l'antinomie de laquelle participe inéluctablement la notion de « vulnérabilité ». Force est de constater que celui qui n'est pas « vulnérable » *se trouve* protégé, blindé, cuirassé, dur, immunisé, rendu insensible, bref, « invulnérable ». Ce que nous remarquons, c'est justement que tous ces mots désignent à vrai dire des *effets* à la baisse plus ou moins intenses sur la vulnérabilité découlant de *situations*. Ils ne se rapportent donc que de manière plus ou moins inexacte, toujours indirectement,

3. P. Robert, *Le Robert. Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Le Robert, 1966, tome sixième, p. 874.

4. Notons cependant qu'à la suite d'une certaine extension sémantique, le recours à la notion de « vulnérabilité » tend aujourd'hui à rejoindre d'une façon inappropriée celle de « faiblesse », par exemple lorsqu'on parle de la « vulnérabilité » militaire, alimentaire, monétaire, etc., d'un pays.

au fait existentiel de la « vulnérabilité » de la personne humaine. Car même l'antonyme du vocable « vulnérable » ne peut qualifier que celui se trouvant dans une situation où sa vulnérabilité a été mise entre parenthèses ; il ne pourra jamais qualifier celui se trouvant dans une situation où sa vulnérabilité existentielle aura été supprimée, ce qui constituerait une contradiction dans les termes. Car nous ne pourrons jamais qu'être partiellement invulnérables. En tant que personnes humaines, nous aurons toujours un « point faible », un « talon d'Achille » pouvant causer, par définition, jusqu'à notre perte. La « vulnérabilité » est donc consubstantielle à la condition humaine.

L'individu et sujet de droit

Pour nous, l'individu et le sujet de droit ne font qu'un. Concrètement, sur le plan de l'action, il faut simplement retenir que, suivant le projet juridique moderne, l'individu qui « agit » le fait nécessairement comme sujet de droit. Être « sujet de droit », c'est par conséquent occuper une position potentielle ou actuelle permettant à un ou à plusieurs individus d'agir de telle façon que le « droit » en sera l'ultime aboutissement. Et les individus sont, dans le domaine du droit comme ailleurs, toujours « vulnérables » parce qu'humains.

Nous devons maintenant relever que cette façon de voir les choses suppose que nous rejetions la conception métaphysique dite des « deux mondes ». Autrement dit, nous récusons l'option abstraite voulant que l'individu et le sujet de droit appartiennent à deux univers différents. Suivant les protagonistes de cette conception, c'est le monde métaphysique (auquel appartient le concept de sujet de droit) qui doit servir pour juger le monde « empirique », celui-là peuplé des individus. C'est la pensée spéculative, associée à des noms tels que Kant, Fichte et Hegel, qui a forgé et imposé de telles théories au sujet du « droit ». Par exemple, Alain Renaut postule dans un esprit fichto-kantien que l'« idée de sujet, précisément en tant qu'elle ne se réduit pas à celle d'individu, […] implique […] une transcendance, un dépassement de l'individualité[5] ». Or une telle conception condamne la question du « sujet de

5. A. Renaut, *L'individu. Réflexions sur la philosophie du sujet*, Paris, Hatier, coll. « Optiques Philosophie no 211, 1995, p. 61-78. Voir également, du même auteur : *L'ère de l'individu*, Paris, Gallimard, 1989, p. 258-299 ; *Kant aujourd'hui*, Paris, Aubier, 1997, p. 187-232.

droit » à n'être qu'une question de métaphysique circulaire proposant, comme interprétation, un monde séparant les concepts utilisés pour définir ou mettre en place un discours fondationnaliste. En fait, il s'agit d'une pensée stérile et étrangère à la tâche qui consistant à rendre compte de la condition véritable des sujets de droit ! Il est temps d'admettre que la « préhistoire » de la philosophie juridique « moderne » n'est plus appropriée à la représentation de notre projet juridique contemporain, et que celle-ci nécessite plutôt la mise au point de nouveaux outils philosophiques.

Par conséquent, toute théorie ou philosophie du droit se doit plutôt –tout en respectant nos objectifs– de mettre en avant la perspective de l'action du sujet de droit. Si l'homme est toujours un « être particulier » (et comme tel un être vulnérable), nous devons comprendre l'action de tout individu en tenant compte également de sa vulnérabilité. En fait, nous devons sans l'ombre d'un doute concevoir son action comme étant conditionnée par celle-ci. Cela nous permettra de mieux comprendre la complexité de notre modernité juridique et, surtout, de saisir pourquoi tant de sujets de droit, sans ressources pour les aider à composer avec leur vulnérabilité, risquent de ne pas faire pencher la balance. Rappelons ainsi que l'ordre juridique moderne n'est pas notre planche de salut, mais bien un système complexe qui peut tout aussi bien broyer la chair et l'âme de celui qui y tombe.

Chantiers ouverts

Ce que les réflexions qui précèdent nous permettent d'apercevoir, quoique encore vaguement, c'est la façon dont se dessine la problématique du « droit » à la lumière du concept de « vulnérabilité ». Car, si tout sujet de droit est d'abord et avant tout un individu « vulnérable » parce qu'humain, se pose alors la question de la manière dont il faut concevoir l'exigence de son autonomie. Dans la même veine, on se demandera comment, au juste, doit être compris la question inverse de son hétéronomie, en d'autres terme celle de l'autorité. Tel que nous nous apprêtons à le voir, il faut considérer ces questions et celles qui s'y greffent par le biais d'une conception s'ouvrant sur le potentiel démocratique que recèle le projet juridique moderne.

Ces remarques nous amènent aux trois thématiques suivantes, chacune considérée sous l'angle de son rapport à la vulnérabilité : celle

de l'autonomie individuelle, celle de l'autonomie publique et celle de la solidarité.

VULNÉRABILITÉ ET AUTONOMIE INDIVIDUELLE

Ainsi que nous le concevons, notamment comme sujet de droit, l'individu est porteur de deux formes de vulnérabilité : l'une personnelle, l'autre relationnelle. Essayons maintenant d'y voir plus clair dans ces nuances de même que dans la manière dont se construit l'autonomie de l'acteur juridique. Mais afin de pouvoir aborder adéquatement ces deux aspects, il faut au préalable spécifier le sens à donner à ce qu'il est convenu d'appeler l'« exigence de l'autonomie individuelle ».

L'exigence de l'autonomie individuelle

L'exigence de l'autonomie en droit cristallise avec une sagacité particulière le concept moderne de « droit » en conjuguant –toujours dans une perspective résolument « moderniste »– ses dimensions privée et publique, qui apparaissent ainsi tels deux versants d'une même montagne[6]. Il s'agit dès lors d'une *exigence*, et nullement d'un quelconque donné. C'est un fait avéré que s'engager dans le domaine dit du « droit » se fait toujours à ses risques et périls. L'exigence de l'autonomie individuelle, qui est forcément propre à chaque individu, constitue donc un préalable non juridique. Elle met pourtant en place la « conscience » et la « responsabilité » que doit posséder tout sujet de droit pour pouvoir être fonctionnel. Suivant les cas, la question de la « conscience » aussi bien que celle de la « responsabilité » représenteront, pour le dire métaphoriquement, un catalyseur, une faille potentielle ou encore un fusible pour notre vulnérabilité.

Précisons d'abord ce qui est en jeu par l'exigence d'autonomie individuelle. S'y joue la possibilité que détient tout individu (« auto » = « moi ») de se faire ses propres « lois » (« moi » = « loi »). Autrement dit, l'autonomie fait ici référence à la capacité qu'a un individu de se forger lui-même sa propre normativité en fonction de ce qu'il considère devoir guider sa vie. Il s'agit donc d'une démarche de construction de

6. J. Habermas, *L'intégration républicaine. Essais de théorie politique*, Paris, Fayard, 1998, p. 275-286. Voir également, du même auteur : *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997.

« conscience ». Ainsi l'autonomie se manifeste dans la lucidité que suppose l'acte de création d'une telle normativité personnelle.

L'autonomie se confirme de la sorte avant tout dans la « présence », c'est-à-dire dans les délibérations, les jugements, les calculs, etc., émanant d'un individu et menant ce dernier à déterminer la conduite à adopter pour ce qu'il estime être une vie à la fois « juste » et « bonne ». C'est donc également sur ce plan de la « conscience » qu'il peut se rendre responsable à l'égard de lui-même et, dans un autre registre – et donc indirectement–, à celui des autres.

De l'autonomie et de la vulnérabilité

La question de la vulnérabilité de l'individu se concrétise maintenant sur trois plans : celui de la progression vers « l'autonomie », celui de la tentation de troquer « autonomie » contre « sécurité » sous forme d'« hétéronomie » et, enfin, celui de la « faiblesse de la volonté » face à la discipline qu'implique nécessairement l'autonomie.

En ce qui concerne ce premier aspect du rapport entre vulnérabilité et autonomie, nous pouvons dire que la problématique a été magnifiquement explorée par la psychologie du développement « moral[7] ». Devenir « autonome » représente un processus qui s'apprend et qui est soumis, non seulement aux aléas de la socialisation, mais aussi à la personnalité de l'individu. Bref, tout le monde n'arrive pas à développer (ou à optimaliser) les ressources dont il a besoin pour se livrer aux considérations, jugements, calculs, etc., essentiels, ou à tout le moins pertinents, au fonctionnement en société. Il s'ensuit que l'autonomie ne peut pas être pensée « en bloc », mais seulement dans toute sa relativité. En fait, l'autonomie se confirme en tant qu'aptitude personnelle, et donc aussi comme compétence cognitive. C'est elle qui permet, à la faveur de la compréhension normative et de ses conséquences, d'assurer la cohérence lors du passage par les différents « stades », tels qu'ils ont été définis par la psychologie du développement « moral ». Il en résulte plus précisément que l'autonomie ainsi consi-

7. J. Piaget, *Le jugement moral chez l'enfant*, Paris, PUF, 1973 ; J.Piaget, *Le jugement et le raisonnement chez l'enfant*, Neuchâtel, Delachaux et Niestlé, 1978 ; L. 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.

dérée se doit d'être évaluée subjectivement par l'individu concerné, en même temps que s'ouvre la possibilité identique, de l'extérieur cette fois, venant des partisans de l'autonomie de se prononcer sur le sens que nous avons tous à donner à l'affirmation de l'autonomie. Ajoutons que ces deux appréciations ne s'harmonisent pourtant que difficilement, et qu'une divergence de points de vue est souvent inévitable. D'où la nécessité, au plan de la philosophie du droit, d'une réflexion commune et critique sur les conditions mêmes de l'autonomie moderne. La vulnérabilité accompagne l'homme dans chacun de ses pas vers l'autonomie et le confronte à sa capacité d'y parvenir. Voilà une déclaration qui nous permet de prendre nos distances par rapport à toute assimilation de l'autonomie au critère, d'ailleurs trop peu rigoureux, de l'« authenticité[8] ».

Insistons sur le fait que la vulnérabilité de l'individu se manifeste souvent par le refus de l'autonomie et, subséquemment, l'adhésion aux idées, aux mouvements, aux « communautés », etc., d'hétéronomie[9]. En effet, l'individu peut troquer sa « liberté » et son autonomie pour embrasser la sécurité, la chaleur, la « vérité » et la « révélation » que proposent ces forces de l'hétéronomie. Comme le démontre magistralement Erich Fromm, la modernité s'accompagne aussi de la peur de la liberté et de l'autonomie[10]. Et de cette peur naît souvent un désir de se « soumettre », « d'obéir », de « servir », ou simplement de « fuir » la liberté, la possible indépendance, pour s'oblitérer au profit d'une logique de l'hétéronomie. Le danger réside précisément dans le fait que celle-ci, dans son ultime déploiement, risque de nier totalement l'existence de l'individu[11]. Dans de tels cas, la question de l'autonomie devient la plupart du temps tout à fait relative et dans des cas extrêmes, inexistante. Car ce sont les « instructions » venues d'en dehors d'elle-

8. G. Dworkin, *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambrigde, Cambrigde University Press, 1988 ; « The Concept of Autonomy », dans J. Christman (dir.), *The Inner Citadel : Essays on Individual Autonomy*, New York, Oxford University Press, 1989, p. 54-62.
9. Dans le présent texte, « hétéronomie », ou « force de l'hétéronomie », sera toujours entendu en tant qu'opposée d'« autonomie », c'est-à-dire comme la « loi » ou la normativité développée par autrui dans le but de nous y soumettre. Au plan concret, l'hétéronomie se matérialise dans l'autorité, le pouvoir, le prince, etc. Voir à ce sujet, E. Kant, *Métaphysique des mœurs*, Tome 1, Paris, GF-Flammarion, 1994, p. 124 s.
10. E. Fromm, *La peur de la liberté*, Paris, Buchet-Chastel, 1963.
11. E. Fromm, *La passion de détruire : anatomie de la destructivité humaine*, Paris, Laffont, 1975.

même qui prennent alors dans la volonté la place laissée vacante par une autonomie absente. En droit, le système de la « charia » (ou « loi » islamique) illustre parfaitement une telle abdication de l'autonomie en faveur de l'hétéronomie. Il faut pourtant admettre en toute lucidité que l'autonomie s'acquiert souvent grâce à un processus ayant l'hétéronomie pour point de départ. Ainsi certaines « sectes », et notamment les protestantes, servent-elles souvent de « passeurs », conduisant l'individu depuis l'hétéronomie vers l'autonomie. Cela est d'ailleurs accrédité par le fait que de telles « sectes » ne peuvent fonctionner normalement que par la verbalisation et la justification publiques, et qu'elles mettent en œuvre, dans une logique qui n'est sûrement pas intentionnelle, une dialectique d'acquisition des capacités sociales et cognitives pouvant également servir à rendre l'individu autonome.

Notre troisième exemple de manifestation de la vulnérabilité du sujet sur le plan de son autonomie se rapporte à la question de la « faiblesse de la volonté ». Il y a sans conteste beaucoup à dire à ce sujet[12]. Retenons d'emblée qu'il y a, irrémédiablement, toujours un clivage, et souvent même un abîme, entre autonomie théorique et autonomie pratique. La tentation, le désir, le « mal », etc., nous rendent vulnérables au point de nous faire souvent commettre des actes qui ne correspondent en rien à notre « autonomie » théorique, comprise ici dans le sens de repères ou guides « normatifs » que nous nous sommes donnés pour orienter notre vie. En tant qu'individus, nous sommes en fait constamment tentés, non seulement par la tricherie, le mensonge, la facilité, etc., mais également, certes dans une bien moindre mesure, de commettre différentes formes de forfaits, délits et crimes. Ne pouvons-nous pas dire que, si notre vulnérabilité est en jeu dans ces choix, d'une façon assurément non strictement déterministe, Kant avait peut-être raison d'insister la difficulté à vivre par son autonomie ? Et si nous devons répondre par l'affirmative, cela ne nous place-t-il pas devant la complexité même de toute psychologie morale, devant le casse-tête humain que représente les rapports entre le « vouloir » et

12. R. Ogien, *La faiblesse de la volonté*, Paris, FUF, coll. « Philosophie morale », 1993 ; G. W. Mortimore (dir.), *Weakness of Will*, London, Macmillan, 1970 ; S. Stroud & C. Tappolet (dir.), *Weakness of Will and Practical Irrationality*, Oxford, Oxford University Press, 2003 ; D. Davidson, « How is weakness of the will possible ? », dans J. Feinberg (dir.), *Moral concepts*, Oxford, Oxford University Press, 1970 ; R. Dunn, *The Possibility of Weakness of Will,* Hackett, 2002.

le « pouvoir » ? Car si nous agençons, comme nous le faisons le plus souvent trop à la hâte, la « volonté » et la « connaissance », le dicton populaire : « le vouloir est une chose, le faire en est une autre » se révèle juste. Et cela s'aggrave considérablement en situation de vulnérabilité, telle celle de dépendance ou d'asservissement psychologiques, où la « volonté » aussi bien que la « connaissance » risquent de tourner à vide. Ce qui devient du reste extrêmement préoccupant dans les cas de soumission ou encore de fuite, fuite dans l'alcool, la drogues ou autre échappatoire. Chacun des efforts entrepris analytiquement en vue de mettre au jour la « faiblesse de volonté » risque de mener à son tour à l'indication de la façon dont l'individu se transforme souvent en « objet » soumis à différentes formes d'irrationalité.

Ce que ces très brèves observations sur la vulnérabilité indiquent peut maintenant nous servir de tremplin. Elles montrent que la question de la vulnérabilité est à la fois très complexe et hétéroclite. Mais c'est en somme la concrétisation de cette « vulnérabilité » du « je », notamment dans la nécessité « relationnelle » de celui-ci, qui représente la confirmation de ce même « je ».

De la vulnérabilité du « je »

Commençons par dire quelques mots sur la vulnérabilité initiale de tout « je ». Appuyons-nous d'abord sur le simple fait que nous ne sommes pas nés tous « égaux ». Les fictions philosophiques ou publiques (et même « populaires ») qui proclament que les « hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit[13] » nous font souvent oublier qu'en réalité nous naissons complètement nus et dépourvus. Tout dépend effectivement de l'accueil (ou de l'absence d'accueil) qu'on réserve au nouveau-né. Le « je » que constitue chacun d'entre nous n'est –en tant que nouveau-né– que jeté dans (et quelques fois « rejeté » par) un

13. *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789*, art 1. Précisons que nier une signification du concept « égalité » sur le plan du « fait », factuel, ne doit pas ici être interprété comme un rejet d'une promesse politique ou juridique d' « égalité ». Il faut simplement préciser que la notion d'égalité n'a aucun sens au plan factuel, et que seule une telle précision peut nous permettre, par la suite, de comprendre le rôle « normatif » que cette notion peut éventuellement jouer sur les plans politique et juridique. Précisons également que seule une telle compréhension nous permet de comprendre la tension, tout moderniste, entre « factualité » et « normativité ».

monde que nous ne connaissons pas et sans autres ressources que celles que notre « milieu » immédiat peut nous procurer.

Si le blessé et le malade représentent, comme nous l'avons constaté auparavant, le sens commun du concept de vulnérabilité, la situation de l'enfant nouveau-né symbolise néanmoins aujourd'hui, de manière emblématique dans nos esprits (de même que dans la « réalité »), le fait même de vulnérabilité. Or un nouveau-né n'est pas forcément « malade » ni « blessé », mais se trouve toutefois à exister en toute vulnérabilité, sans défense, étant donné que son sort dépend entièrement et sans appel de celui ou ceux qui l'accueillent (ou qui refusent, le cas échéant, de l'accueillir) parmi eux. S'il n'y a personne, ou si celle qui l'enfante lui tourne le dos, le destin du nouveau-né s'écrit uniquement par et dans le néant. La vulnérabilité du nouveau-né est en fait entière. Il n'a pas de quelconque « nature » effective pour survivre, mais une dépendance intégrale envers ceux qui acceptent de prendre soin de lui. Sans accueil humain, le nouveau-né meurt tout bêtement, étant lui-même incapable de se nourrir et de se protéger. Il est évidemment triste d'imaginer qu'il périt sans ne jamais se rendre compte que personne n'était là pour l'accueillir.

Il faut donc comprendre que tout individu est né dans une vulnérabilité initiale et absolue. Il fut assujetti dès sa naissance à l'accueil des « siens ». Les partisans du droit naturel classique ont voulu discerner ici une « nature[14] », laquelle pouvait ensuite servir à l'élaboration, dans un sens fondamental, d'une interprétation très particulière à faire du « droit ». Une telle conception n'a plus guère de sens à la lumière d'une représentation actualisée de la modernité juridique. Pour notre part, nous ne pouvons rien fonder, déduire ou justifier, mais uniquement confirmer l'individu comme étant toujours enchevêtré dans une vulnérabilité propre à l'accueil (ou simplement aux « siens »). En se sens, c'est toujours cette logique de la réception par l'entourage qui doit nous intéresser, car elle témoigne de notre vulnérabilité comme être « largué » dans le monde. Elle concerne également notre dépen-

14. Ulpien, *Digeste*, 1, 1, 3 : « Le droit naturel est cela 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 dans 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, etc. [...] ». Voir à ce sujet M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Montchretien, 1975, p. 472.

dance à l'égard de la civilité et de l'humanité qui nous entourent. Nullement comme « concept », *dixit* Hegel, mais comme des êtres fragiles qui dépendent, au début de leur vie, et même après, entièrement et aveuglement des autres et qui, surtout, dépendent concrètement, de manière vitale, des ressources de ceux qui les accueillent individuellement et collectivement. Vues de la sorte, la vie et la constitution de la psyché individuelle ne sont qu'un interminable jeu « d'accueil » que nous pouvons plus ou moins maîtriser, certains mieux que d'autres. Se manifestent pareillement l'abîme que représente l'impératif de conformisme ainsi que le danger que ce dernier ne devienne éventuellement la limite et le sens même d'une autonomie estropiée ou mutilée.

Il vaut ainsi d'être souligné qu'une vulnérabilité psychologique initiale nous fait dépendre de notre « milieu ». Nous dépendons d'une façon non déterministe de notre « accueil » parmi les « nôtres », ou encore de la capacité de dire et d'affirmer en acte langagier ou par une action le « je ». Nous sommes donc toujours tributaires de nos propres ressources, tant psychologiques que sociales, et de notre possibilité d'approvisionnement, matérielle, psychologique, sociale, etc. Et ce pour équilibrer et gérer, pour agir et comprendre, pour assurer et avancer sur le plan individuel. En ce sens la vulnérabilité du « je » fait référence à une construction perpétuelle à l'intérieur et à l'égard d'un « nous » qui s'érige notamment sur de multiples « je ». Précisons au passage qu'une telle position a l'avantage, du point de vue de la philosophie du droit, de laisser ouverte la question de la formulation d'un « nous juridique » moderne.

Vulnérabilité relationnelle

Nos réflexions préliminaires sur la vulnérabilité du « je » nous ont déjà permis de constater la présence et le rôle des autres. Dans cette même perspective, toute « robinsonnade » est à exclure pour cause d'irrationalité : les « je », ou les « moi », se forment, se conforment, se déforment, se reforment et se « formatent » dans le creuset d'une multitude de relations intersubjectives. Le « je » constitue indubitablement le résultat d'un processus de personnification et de socialisation qui ne se freine guère. Mais il s'agit bien d'un processus qui dépend toujours en premier lieu de l'entourage, principalement du milieu familial (ou de ce qui en tient lieu). En deuxième lieu, il est plutôt question des

relations d'amitié et des jeux interindividuels. En troisième lieu se positionne l'école (étatisée ou non), et ainsi de suite. Par conséquent, nous pouvons dire que le « je », comme sujet central, s'illustre par d'innombrables cercles qui s'étendent de plus en plus loin, comme le symbolise si bien la goutte qui tombe sur l'eau et qui met en marche un battement d'expansion par cercles concentriques.

Si tout va bien, le processus de personnification et de socialisation réussit à produire une personne dite de « qualité », à savoir une personne qui sait décoder les attentes légitimes que les gens ont envers elle et les satisfaire, une personne qui sait respecter les autres et prendre en considération leurs intérêts, une personne qui sait conduire sa vie et se fixer des objectifs raisonnables, une personne qui sait communiquer ses opinions, ses intérêts, ses propres attentes, etc. Mais l'individu est vulnérable dans ce processus de personnification et de socialisation et il court toujours le risque plus ou moins grand de s'en sortir avec des « blessures », « fragilisé » ou, pire, « détruit ». Tout dépend en effet du degré auquel l'individu parvient à se former comme « sujet », à savoir comme acteur potentiel et autonome pouvant se confirmer comme tel dans l'espace public et juridique.

A contrario, l'individu devenu « objet » des désirs, des intérêts, des plans, etc., des autres –même ceux que nous pouvons supposer comme étant les plus bienveillants à son égard comme les amis, les proches, les parents, la famille, l'école, l'État, etc. – risque toujours, par le fait même de sa vulnérabilité, de ne jamais se former intégralement comme « sujet », mais de lorgner vers une logique unilatérale d'obéissance et simplement de « retraits ». Ceci s'aggrave d'ailleurs dans les circonstances où une jeune personne est, par l'exploitation et la dénégation, réduite à la condition de « néant » au profit de gratifications sexuelle, affective, idéologique, etc., d'une autre personne. N'oublions pas la différence de sexe où la vulnérabilité de la jeune fille peut la désarmer face à une exploitation sexuelle. Une exploitation qui ne peut que confirmer la jeune fille dans une position de « minorité » et de « victime »[15]. Quoiqu'il en soit, notre vulnérabilité confirme que le proces-

15. Voir, L. K. Sosoe, « La victime : Pour une approche éthique du corps meurtri », dans P. Dumouchel (dir.), *Comprendre pour agir. Violences, Victimes et Vengeances*, Québec/Paris, Presses de l'Université Laval/L'Harmattan, 2000, coll. « Dikè », p. 65-88.

sus de personnification et de socialisation se fait toujours au risque de notre « chute ».

Il faut en conséquence ne jamais perdre de vue le fait que la personnification et la socialisation se déroulent dans des cadres sociaux et qu'elles peuvent, par des mécanismes ou des institutions particulières, avoir une influence néfaste, par le fait de notre vulnérabilité, sur la formation d'un sujet. Concrètement, les stéréotypes sociaux, éthiques, raciaux, coutumiers, religieux, etc., peuvent littéralement faire déraper le processus de personnification et de socialisation : d'abord en s'érigeant en barrière qui devient *de facto* les limites de la formation d'un sujet ou encore, en s'intégrant d'une façon destructive ou handicapante en affirmant (pourtant faussement) « ce que je/nous suis/sommes » ; ou plus précisément, en faisant déraper le processus dans une internalisation des préjugés des autres. La vulnérabilité relationnelle se concrétise, se problématise et se dramatise de la sorte dans des épreuves douloureuses qui passent par l'exclusion, la ghettoïsation, la minoration, etc., et qui se matérialisent sur le plan individuel par le harcèlement, le « bullying », l'exploitation, etc. Les deux niveaux d'explication, collectif et individuel, peuvent même se conjuguer dans une logique de renforcement négatif de l'un et de l'autre, comme c'est souvent le cas lorsque des stéréotypes marginaux aggravent significativement la vulnérabilité initiale de l'individu. N'oublions pas non plus ici à quel point la détresse psychologique, sociale ou « ethnique » du milieu familial se transpose souvent chez l'enfant et brise généralement la confiance en soi si indispensable pour confronter les aléas de l'existence.

Tout inventaire risque pourtant d'être vain ; il y a simplement trop d'exemples à donner. Retenons seulement, dans notre perspective, que nous risquons tous, dans le processus individuel de personnification et de socialisation, de souffrir d'une manière ou d'une autre. Notre vulnérabilité psychologique, sociale ou symbolique fait souvent de nous la « proie » de nos semblables. Règle générale, le processus de personnification et de socialisation se fait au risque de ne pas toujours réussir à nous fournir les « ressources » nécessaires pour fonctionner correctement bien qu'il soit néanmoins à peu près toujours possible de tirer, selon le cas, plus ou moins profit de la vie moderne et surtout de nous affirmer et de nous confirmer comme un sujet de droit à l'intérieur du projet d'une modernité juridique. Tandis que de légères

blessures disparaissent grâce au temps réparateur, ou simplement grâce à la distanciation que peut procurer la maturité d'adulte, le risque demeure que d'autres « plaies » ne réussissent pas à guérir et s'installent comme des barrières, voire des « handicaps », relativement à la potentialité de mener une vie sociale adulte. Chacun peut, selon ses expériences de vie, se remémorer l'impression que lui a procuré le fait de se retrouver en interaction sociale avec un être manifestement « handicapé », ou simplement qui porte un fardeau trop lourd pour lui. Or, si nous pouvons souvent instinctivement identifier les stigmates de l'existence chez les autres, comment pouvons-nous donc réagir avec ceux, sûrement plus nombreux encore, qui les portent quant à eux en silence, impuissants à les verbaliser, incapables de les affronter. Comment confronter une modernité en mouvement lorsqu'on ne peut même pas faire face à soi-même ?

Humain, trop humain

La vulnérabilité comprise de cette façon ne peut jamais être évacuée, supprimée ou effacée de notre conception de l'existence humaine. Elle reste un élément fondamental de notre condition et nous ne pouvons échapper à celle-ci que par la mort. Or, ces observations nous permettent d'introduire une première constatation concernant la question des ressources.

Dans le jeu subliminal qui se joue entre le « je » (ou le « moi ») et le « nous » (tant social et politique que dans la possibilité d'une modernité juridique), tout se résume en une affaire de « ressources ». D'un côté, il est question des moyens (incluant les compétences) que l'individu peut mobiliser socialement pour s'exprimer de façon consciente en employant le pronom « je » et pour agir en assumant cette identité. À ce niveau l'individu se trouve inéluctablement seul et dépendant de la composition de ses propres « ressources » (lesquelles sont issues de sa constitution psychologique particulière) et de celles qui ont pu lui procurer un processus de socialisation personnelle et sociale adéquate. L'inégalité sur le plan de l'agir « juridique » trouve souvent son origine à ce niveau. N'oublions pourtant pas que ce premier niveau se conjugue, de l'autre côté, par un anti-robinsonnade avoué, avec la question d'un « nous » se formant de multiples « je » car selon ce que nos propos ont révélé, la vulnérabilité des « je » nous projette vers la question d'un « nous » qui n'est pas uniquement là comme condition, mais qui peut

aussi se prendre en charge en tant que tel. Autrement dit, et toujours dans la perspective d'une philosophie du droit moderniste, le jeu même des « je » (ou simplement des « moi ») nous ouvre autrement le sens à un « nous » qui s'autonomise (avec, par et au profit des « je ») comme une prise en compte de notre « vulnérabilité » humaine sur le plan politique. Si nous avons déjà pu constater que le « nous » se constitue pour pallier à nos vulnérabilités communes, la question se pose à savoir si la vulnérabilité des « je » ne se transpose pas autrement vers la question de l'autonomie publique. C'est cette interrogation que nous nous apprêtons à poursuivre dans un nouveau pas.

VULNÉRABILITÉ ET AUTONOMIE PUBLIQUE

Comme l'a indiqué l'usage lexique du concept de « vulnérabilité », l'individu caractérisé par celle-ci est toujours un « je », un « moi ». C'est *le* blessé ou encore *le* malade, donc toujours un « moi » qui se trouve dans une situation ou une posture de fragilité. Or, en ce qui concerne la modernité juridique, la question de cette vulnérabilité devient davantage complexe lorsqu'on la considère en relation avec l'engagement nécessaire de l'individu dans et à l'égard de l'autonomie publique. En fait le « je » qui s'engage à réaliser l'autonomie publique de tous –et ce quant au droit relatif de sélectionner en réciprocité les normes, les droits, les institutions, qu'il souhaite honorer comme valides pour la communauté juridique et politique à laquelle il choisit d'adhérer– est en fait confronté à deux « obstacles » touchant directement sa vulnérabilité. Identifions-les d'abord en regard de la problématique de la conscience démocratique et, ensuite, en ce qui concerne la manipulation antidémocratique.

Vulnérabilité et conscience démocratique

Restreignons-nous, en ce lieu, à la conception qui défend que l'autonomie publique fait partie d'une conception « procéduraliste » de la démocratie, de sorte que le fonctionnement et surtout la question de coopération dans les processus démocratiques ne dépend, en principe, que de la conscience (ou mentalité) démocratique que les individus, en réciprocité, y investissent[16]. La démocratie consiste en la capacité qu'ont les différentes consciences concernées de se déployer

16. B. Melkevik, *Rawls ou Habermas. Une question de philosophie du droit, op. cit.*, p. 65-99.

en réciprocité, par des processus adéquats, et de sélectionner en coopération, comme nous l'avons indiqué, les normes, les droits, les institutions, dignes d'elles. Toute coopération démocratique est pourtant, en elle-même, dépendante de la vulnérabilité des individus.

La vulnérabilité de l'individu au sujet de la « conscience démocratique » peut d'abord être exemplifiée et située sur l'échelle chronologique. C'est en soit un exploit historique que les « consciences démocratiques » aient pu se déployer en autonomie et qu'elles aient pu, par une longue marche événementielle, s'enraciner et vaincre[17]. Avec la définition que nous avons donnée de l'exigence démocratique, il appert que l'autonomie publique est surtout un phénomène du vingtième siècle et qu'elle est largement circonscrite (à l'origine) à un contexte occidental. Historiquement les « lois » (ou simplement : la normativité publique) ont été imposées dans et par différentes logiques d'hétéronomie, c'est à dire par l'Autorité, le Pouvoir, le Prince, la Religion, etc. Ce qui veut dire, en somme, que la « normativité publique » a, règle générale, été fait comme « non – autonome ». L'introduction de l'autonomie publique, c'est-à-dire la possibilité pour les individus de se faire publiquement, réciproquement, par des processus démocratiques leur propre « normativité publique », s'est pourtant accomplie très lentement et exclusivement dans un cadre occidental. Nous avons certes des bribes historiques d'une telle auto législation dans différentes « tribus » germaniques, mais c'est avant tout pendant le haut Moyen Âge qu'a eu lieu l'éclosion –dans des professions, dans les Universités, dans des « villes »– des premières tentatives pour prendre en charge d'une manière affranchie le cadre normatif devant être honoré par les individus en « autonomie ». Bref, la modernité juridique et politique a ici pris la relève pour instaurer un processus lent et tourmenté consistant à soumettre les différents rouages étatiques à une logique de l'autonomie publique. Comme nous l'avons affirmé, c'est le vingtième siècle qui représente ici le point tournant en permettant désormais à la conscience démocratique de se déployer dans l'espace public en vue d'instituer la coopération démocratique !

17. Boris DeWiel, *Democracy : A History of Ideas*, , Vancouver, UBC Press, et Seattle, University of Washington Press, 2000 (Traduction française prévue pour 2005 chez Les Presses de l'Université Laval). Voir également J. Dunn, *Democracy : The unfinished journey, 508 BC to AD 1993*, Oxford, Oxford University Press, 1992.

Ce bref rappel historique nous fait immédiatement ressentir que la « vulnérabilité » de l'individu, face à l'exigence démocratique de s'engager dans les processus de sélection des normes, des droits, des institutions, etc., est en soi reliée à la possibilité pour le processus démocratique de fonctionner adéquatement comme un mouvement de coopération en réciprocité avec autrui. Il s'agit donc, en fait, de le faire fonctionner comme un mouvement d'apprentissage de la coopération où l'enjeu, de même que le résultat, est de former ensemble une opinion publique pouvant guider et gérer tout processus démocratique. Il faut en conséquence refuser tout discours métaphysique sur autrui, sur le « visage de l'autrui », sur « je suis l'Autre », sur l'Autre « c'est l'enfer », et autres radotages de l'ordre du monologue[18], pour ne retenir que la confirmation que l'autre est toujours là comme individu à l'égard d'un processus démocratique qui doit l'interpeller.

Loin donc de toute réflexion sur le « statut d'autrui » (sociologique, anthropologique, juridique ou métaphysique), il convient, *a contrario*, d'insister sur le fait que l'individu possède une vulnérabilité relative au « système », correspondante à tout « système » existant. Kafka, comme nous l'expose son roman « Le procès »[19], ou peut-être mieux « Le Château »[20], a tout simplement raison : il y a un obstacle entre un individu personnifié et socialisé et « la société » qui lui est souvent « étrangère » et où il se sent justement lui-même comme « étranger », c'est-à-dire « objet ».

Il s'agit de comprendre que la société met de l'avant continuellement des « pièges », des « obstacles » et des « barrières » qui peuvent aller à l'encontre de l'individu et de la compréhension même d'un projet de coopération. Il ne s'agit pas d'apprendre les voies d'un labyrinthe social une fois pour toutes, mais d'apprendre que la vie en société devient en soi un « savoir social » où se montrent aussi bien la force de certains individus que la vulnérabilité des autres. En d'autres termes, le système social peut être associé à des labyrinthes en train de se

18. Ce qui veut dire que toutes nos réflexions se présentent à contre-courant de toute « métaphysique du sujet ». *Contra*, voir par exemple E. Lévinas, *Humanisme de l'autre homme*, Montpellier, Fata Morgana, 1972 (1987) ; *Entre nous. Essais sur le penser-à-l'autre*, Paris, Grasset, 1991 ; *Hors sujet*, Saint-Clément-la-Rivière, F. Morgana, 1987 ; *Le temps et l'autre*, Paris, PUF, 1983.
19. F. Kafka, *Le procès*, Paris, Gallimard,1972.
20. F. Kafka, *Le Château*, Paris, GF-Flammarion, 1995.

« reconfigurer » continuellement et où la seule chose qui peut compter est la compétence sociale potentielle que peut mobiliser un individu pour y faire face. Nous pouvons dire que la vie sociale représente une sorte de « formation continuelle » qui ne se joue pas uniquement au plan de l'individu mais également et simultanément au plan des différentes formes d'interrelation codifiées et objectivées comme organisation sociale[21].

La vulnérabilité de l'individu, en tant qu'acteur dans le monde, nous révèle un aspect central de la signification même de la vie en société. La vulnérabilité de l'individu comprise comme « autrui » dans le système social déjoue certainement tout faux espoir « éthique » mais nous révèle surtout que l'opacité sociale fait partie intégrante de notre vie « moderne » qui ne se maîtrise pas toujours entièrement. Notre vulnérabilité fait en sorte que souvent, au lieu d'être des acteurs autonomes du système, nous nous retrouvons unilatéralement comme des « destinataires ». Si, soulignons-le, cela porte empiriquement ombrage à notre rôle d'acteur, i.e. sujet, une telle constatation ne trouve son sens que dans l'emphase, contrefactuelle, de ce même rôle et de la « trahison » que nous devons constater.

Insistons, dans cette perspective, sur le fait que si chaque individu a, en principe, le même privilège et la même liberté d'influencer le choix normatif à opérer, la vulnérabilité de chaque personne fait que la situation demeure une situation d'inégalité. Chaque individu est en fait différent ; quelqu'un est fort, sait bien s'exprimer, sait magnifiquement comment construire des réseaux sociaux, sait convaincre, etc., là où d'autres échouent complètement. C'est d'ailleurs cette vulnérabilité de l'individu qui a inspiré la naissance de clubs, d'associations, syndicats, de partis politiques, etc., pour y compenser. En fait, comme autant d'intermédiaires politiques, ou « corps intermédiaire », qui peuvent pallier à la vulnérabilité d'un individu par la force de tous[22]. Mais même une telle solution ne supprime pas la question de la vul-

21. J. Habermas, *Théorie de l'agir communicationnel*, 2 vol., Paris, Fayard, 1987. *Cf.* N. Luhmann, *La légitimation par la procédure*, Québec, Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2001 (repris par le Cerf, Paris, coll. « Passages », 2001).

22. B. Melkevik, « Intérêts particuliers, intérêts généraux et corps intermédiaires », dans J. Boulad-Ayoub et L. Bonneville (dir.), *Souverainetés en crise*, Québec/Paris, Presses de l'Université Laval/L'Harmattan, coll. « Mercure du Nord », 2003, p. 101-113 ; repris dans ce volume.

nérabilité. Elle la déplace à l'intérieur des dites organisations comme une problématique lancinante concernant les « élites » ; une problématique que nous ne pouvons pas reprendre ici.

Insistons maintenant sur le fait que la vulnérabilité concerne également la « courte vue » souvent défendue par les individus. Si l'autonomie politique et la sélection autonome de normes ont comme objet de conjuguer et d'optimaliser les intérêts de tous (i.e. « la longue vue »), il faut le développement d'une majorité d'opinions et de consciences envisageant cette dimension. Plus précisément, il faut surmonter la forme de vulnérabilité qui se manifeste dans le manque de confiance en soi, en son propre jugement et dans l'assurance nécessaire pour pouvoir faire des compromis avec les autres.

Tout cela nous conduit, au demeurant, à l'affirmation que toute « autonomie publique », surtout dans sa forme consacrée par les processus démocratiques, nécessite que les individus aient les capacités de s'engager, de comprendre, d'échanger, etc., quant aux propositions normatives qui leur ont été proposées. En fin de compte, ceux-ci doivent aussi faire l'expérience de l'universalité de leurs choix[23]. Il faut considérer également que la vulnérabilité des individus devra être stabilisée sur la base même de l'exigence démocratique de la modernité, et là nous n'avons guère d'autres postulants que les « règles » de procédure.

L'autonomie publique et la menace d'hétéronomie

La problématique, entourant la « vulnérabilité » de l'individu et la conscience démocratique, devient préoccupante en regard de la menace que font peser sur elle les forces anonymes d'hétéronomie[24]. En fait, les menaces les plus dangereuses pour l'autonomie individuelle ne sont pas celles qu'on peut identifier comme telles et qui opèrent au vu au

23. J. Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997.

24. Nous pouvons faire ici une analogie avec ce que nous dit E. Kant relativement à l'hétéronomie sur le plan de la construction individuelle de la « volonté » : « Quand la volonté recherche la loi qui doit la déterminer n'importe où *ailleurs* que dans la capacité de ses maximes à mettre en place une législation universelle qui soit proprement la sienne, quand par conséquent, allant au-delà d'elle-même, elle cherche cette loi dans la propriété d'un quelconque de ces objets, il en provient toujours de l'*hétéronomie*. Dans ce cas, la volonté ne se donne pas à elle-même la loi, mais c'est l'objet qui la lui donne à travers la relation qu'il entretient avec elle. » (*Métaphysique des mœurs*, tome 1, *op. cit*,. p. 124.

su de tous. Le simple fait d'être identifiable par les individus les ouvre plus facilement aux critiques. De cette façon, les plus dangereuses parmi les forces d'hétéronomie sont indubitablement celles qui sont devenues « invisibles », « évidentes », « naturelles » ou « rationnelles » pour les individus. À savoir les forces de l'hétéronomie où l'individu devient un pantin sans comprendre les fils qui le fait « danser ». Et comment des pantins vivent-ils leur vie sans comprendre les fils qui contrôlent leurs vies, leurs idées et leurs destins ? Le plus souvent sur des critères qui ne servent pas entièrement leurs intérêts. Notre modernité a paradoxalement mis en marche deux forces méconnues d'hétéronomie, le système économique et le système administratif, dans lesquelles se loge un troisième sous-système moderne, celui des « medias ».

Lorsque nous regardons de plus près le système économique, la première chose qu'il y a lieu de souligner, c'est que s'y cache une grande complexité s'articulant en sous-systèmes partiels qui se spécifient fonctionnellement. S'y ajoute aujourd'hui un processus de mondialisation, ou globalisation, de l'économie, qui dans le creuset d'une accentuation de « division de travail » de plus en plus dispersé et éloigné, opère un revirement majeur en lien avec cette complexité[25]. À y regarder de plus près, nous ne pouvons être qu'éblouis par la dynamique qui anime le système économique moderne, mais c'est pour aussitôt faire le constat que l'humanisme économique classique semble totalement disparu comme signe distinctif. L'essentiel du système économique contemporain n'est pas tant aujourd'hui l'accumulation du capital que le fait que cette accumulation se réalise grâce à des formes de régulation aveugles, par des ajustements systémiques, qui, malgré leur efficacité rationnelle bien réelle à certains égards, échappent par essence à la prise de conscience et de volonté. Le Marché, soumis à la « main invisible », en fait la Providence, est simplement devenu le mot maître et comme tel a de plus en plus, en dépit des efforts de l'État moderne, obtenu la position comme « destin », « naturel », « rationnel »,

25. B. Melkevik, « Prolégomènes à une problématique : mondialisations et droit », dans H. Pallard et S. Tzitzis (dir.), *Les droits fondamentaux devant la mondialisation*, Québec, Presses de l'Université Laval, coll. « Diké », 2004, p. 109-127. Une traduction italienne de cette article, intitulée « Mondializzazioni e diritto : prolegomeni ad une problematica », est publié dans *Nuovo Sviluppo. Rivista semestrale du Scienze Umane* (Roma), no 1, 2004.

auquel l'homme doit obéir, s'ajuster et servir. Le virage virtuel de l'économie moderne qui se manifeste par l'accession, dès 1980, du secteur financier à la position de locomotive, sinon comme l'instance « normative », pour toute activité économique, ne fait que renforcer l'idéologie d'une démission nécessaire de l'individu. En philosophie du droit, par exemple, c'est Von Hayek qui incarne le mieux cette démission de l'homme pour célébrer le système économique[26]. Personne pourtant ne peut douter qu'une telle démission ne fasse qu'augmenter et aggraver la vulnérabilité de l'homme.

Le système administratif est le deuxième système mis en place par notre modernité politique et juridique. Intimement rattaché à l'avènement de l'État contemporain, utilisant des normes dites « juridiques » pour gouverner, réglementer, planifier, etc., le système administratif s'organise à part dans une logique « d'en haut » pour faire des individus et de leurs vies l'objet de leurs actions. Cela a, d'un côté, permis de rationaliser de larges pans de la vie en société et surtout de pallier à maintes formes de dysfonctionnement et « d'injustices sociales ». De l'autre côté, cela a aussi servi à « objectiver » des individus. En fait, le système administratif a pris le contrôle de leurs vies, ou a simplement entrepris de les « délimiter », de les encadrer et de les diriger selon des critères qui se rapportent peu aux intérêts des individus, mais davantage au « budget » ou simplement à une culture administrative opaque. De la sorte, les individus n'ont pas été confirmés dans leur autonomie, moins encore dans leur individualité, mais se sont retrouvés comme des clients, des usagers, des « consommateurs » de services et ainsi de suite. Le système administratif comme étant là d'abord et avant tout pour aider des individus vulnérables s'est ainsi transformé, paradoxalement, en un nouvel obstacle se dressant sur le chemin[27].

Sur ce plan de philosophie sociale, il faut pourtant maintenant ajouter un sous-système souvent charnière dans les sociétés modernes. Nous pensons aux « médias », ou simplement à toutes ces organisations qui se spécialisent dans une communication de masse. Il s'agit bien sûr des journaux, des magasines, des livres, des services Internet, des

26. F.A. [von] Hayek, *Droit, législation et liberté*, trois t., Paris, PUF, 1973, 1976 et 1979. Pour une critique de Hayek, voir B. Melkevik, *Réflexions sur la philosophie du droit*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2000, p. 133-151.

27. J. Habermas, *Théorie de l'agir communicationnel*, *op. cit.*, tome 1 : Rationalité de l'agir et rationalisation de la société, p. 265-281.

télés, des radios, et autres. D'un côté, nous constatons une anarchie salutaire, de l'autre côté c'est souvent des monopoles ou des oligarchies qui organisent, mettent en scène, font de la « spin », suivant des directives idéologiques ou simplement les intérêts que leur dictent leurs « patrons ». Quant à ces derniers, il ne faut surtout pas se faire d'illusions, la manipulation de l'opinion publique fait aujourd'hui partie intégrante de la vie en société. Quand les enjeux deviennent importants, par exemple concernant la question de la guerre, de l'intervention militaire, etc., la question de la maîtrise de l'opinion devient primordiale. Rappelons que les États-Unis n'ont pas perdu la guerre du Viêtnam sur les champs de bataille, mais dans l'opinion publique ; ce qui a nécessité de « déserter » les dits champs de bataille. Pour notre propos, il y a pourtant lieu de souligner que cette question de « maîtrise » de la formation de l'opinion, abstraction faite des raisons d'une telle volonté de maîtrise, égale, en principe, toujours la manipulation de celle-ci. Or, ce que nous constatons, c'est souvent l'absence de l'esprit critique à l'égard du mass media. Donc existe aussi le danger, bien réel, que s'imposent en douce la manipulation, l'exploitation, la corruption, de l'opinion publique, ou simplement le détournement du projet moderne de son ancrage dans l'autonomie des individus. Les consciences démocratiques sont vulnérables, corruptibles et se laissent souvent facilement berner par le chant des sirènes.

La vulnérabilité des individus aux forces d'hétéronomie s'aggrave, comme nous venons de le mentionner, par leur « invisibilité » et par le fait que les différents monopoles d'information (et le pouvoir oligarque qui s'y ajoute) deviennent le lieu « naturel », ou « rationnel », pour l'imposition d'une opinion, d'une « idéologie du monde » ou d'une façon unilatérale de comprendre les enjeux sociaux, politiques et économiques. Le phénomène dit de rectitude « politique », « morale », « éthique », etc., que nous avons pu constater les dernières années n'est ici que le symbole d'un rétrécissement hétéronome s'imposant illégitimement à l'esprit humain. Il est, en ce sens, significatif d'observer les thèmes qui sont ainsi devenus clos et, en conséquence, servent à renforcer, en hétéronomie, ses différents protagonistes.

Conjuguer autonomies publique et individuelle

Ne faut-il pas davantage prendre acte que l'autonomie individuelle et l'autonomie publique ne sont que les deux cotés d'une même pièce

pour, de cette façon, renforcer le sens démocratique de notre modernité ?

Au degré auquel cette question concerne notre thème de vulnérabilité, il nous semble que l'affirmation s'impose. Vu précisément que la vulnérabilité d'un individu du monde ne peut guère être prise en main, selon les prémisses de la modernité juridique[28], qu'au degré même où l'individu peut se confirmer comme acteur, comme sujet, il suit, en se sens, que les processus démocratiques doivent être compris comme des intermédiaires pour renforcer l'autonomie des citoyens, mais aussi pour, démocratiquement, forger des institutions sociales, politiques, normatives, pouvant aider les individus à composer avec leurs vulnérabilités. De cette façon, nos normes, nos droits, nos institutions, ne sont pas nos « maîtres », mais des façons de faire nous permettant ensemble d'envisager sobrement la question de nos « vulnérabilités » comme objet même d'une délibération pouvant se concrétiser à l'intérieur de notre modernité juridique.

VULNÉRABILITÉ ET SOLIDARITÉ

Concédons que la ressource principale que possèdent les citoyens pour pallier à leurs « vulnérabilités » est la solidarité. En fait, il s'agit de la capacité des individus à se laisser engager dans des actes d'affiliation avec d'autres personnes en situation de vulnérabilité et de construire en leur faveur des mouvements ou éventuellement des législations solidaires. Si la solidarité est la force des faibles, il s'agit d'une force, pensée et comprise à l'intérieur des processus démocratiques, qui est loin d'être négligeable. Nous pouvons même dire que les mouvements de solidarité ont depuis 1970 largement changé les données dans le monde occidental. Pour notre propos, deux thématiques peuvent être privilégiées, d'abord la question de la vulnérabilité à l'égard d'une législation de solidarité et, ensuite, la vulnérabilité à l'égard d'une politique de solidarité.

Vulnérabilité et politique de solidarité

Il n'y a ici aucune raison de réinventer la roue. Pourquoi réitérer imparfaitement ce qui a déjà été dit d'une façon exemplaire et qui, en

28. Voir B. Melkevik, *Rawls ou Habermas. Une question de philosophie du droit, op. cit.*, p. 24-31 et 45-62.

plus, nous indique la bonne réponse ? En fait, la « parabole du bon Samaritain » comme nous la rencontrons dans les Évangiles, rapportant les faits et la « parabole » de Jésus, nous servira de guide :

> Mais lui, voulant montrer sa justice, dit à Jésus : « Et qui est mon prochain ? ». Jésus reprit : « Un homme descendait de Jérusalem à Jéricho, il tomba sur des bandits qui, l'ayant dépouillé et roué de coups, s'en allèrent, le laissant à moitié mort. Il se trouva qu'un prêtre descendait par ce chemin ; il vit l'homme et passa à bonne distance. Un lévite de même arriva en ce lieu ; il vit l'homme et passa à bonne distance. Mais un Samaritain qui était de voyage arriva près de l'homme : il le vit et fut pris de pitié. Il s'approcha, banda ses plaies en y versant de l'huile et du vin, le chargea sur sa propre monture, le conduisit à une auberge et pris soin de lui. Le lendemain, tirant deux pièces d'argent, il les donna à l'aubergiste et lui dit : « Prends soin de lui, et si tu dépenses quelque chose de plus, c'est moi qui te rembourserai quand je repasserai ». Lequel des trois, à ton avis, s'est montré le prochain de l'homme qui était tombé sur les bandits ? ». Le légiste répondit : « C'est celui qui a fait preuve de bonté envers lui ». Jésus lui dit : « Va et, toi aussi, fais de même »[29].

Deux réponses se dégagent ici pour la question « qui est mon prochain ? »[30]. D'abord une réponse universelle et christique, ensuite une réponse circonscrite à la solidarité.

En ce qui concerne d'abord la réponse universelle et christique, il faut souligner qu'il s'agit avant tout d'un processus de reconnaissance extérieur et à l'encontre de tout jugement. Nous sommes réciproquement l'un pour l'autre, toujours le « prochain ». Autrement dit, être le « prochain », c'est essentiellement le fait d'être, de se sentir et de se comprendre comme prenant part à l'humanité. Il n'y avait en ce sens

29. La *Bible*, Luc 10.

30. Rappelons l'affaire *Donaghue* c. *Stevenson*, [1932] A. C. 562 (Chambre des Lords), et les propos de Lord Atkin : « Le commandement « Tu aimeras ton prochain » devient en droit « Tu ne porteras pas préjudice à ton prochain ». Et à la question de l'avocat : « Qui est mon prochain ? », on donne une réponse restrictive […] Qui est donc mon prochain en droit ? La réponse semble être la suivante : les personnes qui sont si près et si directement touchées par mon acte qu'il est raisonnable que je pense à elles lorsque j'envisage les actes ou les omissions en question » (cité d'après la traduction de D. Poirier, *Sources de la common law*, Cowansville (Québec)/Bruxelles, Y. Blais/Bruylant, p. 79-80). Rappelons aussi que l'affaire en question a instauré le principe de la responsabilité des préjudices du fabricant ou encore la responsabilité civile délictuelle. Voir également Lord A. Thompson Denning, *The Changing Law*, London, Stevens, 1953, p. 106-109. Au sujet de Lord Atkin of Aberdovey, voir G. Lewis, *Lord Atkin*, London, Butterworths, 1983.

rien de particulier dans le fait d'être un Samaritain et ce n'est sûrement pas à cause de ce fait qu'il s'est arrêté et qu'il a pris soin de son prochain. C'était, comme l'indique la parabole, parce qu'il était « pris de pitié », parce qu'il a reconnu l'homme comme un autre que lui-même. Il a aperçu l'homme dans le miroir de sa propre humanité. Et bien sûr l'individu dans sa vulnérabilité concrète puisqu'il était blessé. Il se dégage, en conséquence, une réponse : nous pouvons nous comprendre, nous situer et nous apprécier comme des humains, comme des êtres n'ayant qu'un Père et pour lequel les clivages ethniques que nous avons si soigneusement fabriqués et entretenus n'ont, en fait, aucune importance. Comme le dit la parabole « il pris soin de lui ». Tout n'était, dès le début, qu'un acte d'humanité. Être humain signifie comprendre ce que cela signifie de vivre ensemble comme des humains, l'un pour l'autre. Que la parabole convoque implicitement les paroles « aimez-vous les uns les autres », d'où encore le message christique du « sermon sur la montagne », n'est ici qu'une question de cohérence et bien sûr une interrogation de la foi quant à ce message christique.

Or nous observons qu'il n'est question ici ni d'obligation ni de devoir. Cette façon de penser en supposant ou en « fondant » des obligations ou des devoirs n'a que peu de sens et manque sa cible sur le plan philosophique. Le problème avec le Pharisien (i.e. le « prêtre ») ou encore le Lévite n'est pas qu'ils ont oublié une quelconque obligation ou devoir, mais bien simplement, comme c'est indiqué, qu'ils n'ont pas admis leur humanité. Ce sont des êtres « incomplets », des êtres peut-être eux-mêmes « blessés » et ainsi prisonniers dans leur propre « vulnérabilité », ou encore des êtres qui n'ont nullement réussi le décentrement vers le stade « adulte » pouvant reconnaître quelqu'un comme le « prochain ». Bref, qu'ils ne sont pas parvenus à voir autrement que comme Pharisiens ou comme Lévite. Il n'y a d'ailleurs là rien de particulier : nous n'avons pas à chercher bien loin pour comprendre qu'une telle mentalité est encore légion.

Là où nous voulons en venir en abordant maintenant l'interprétation de cette parabole sur le versant de la solidarité, c'est au fait que la question « qui est notre prochain ? » ne fait qu'interpeller notre humanité. Face à une telle « mentalité » (sans obligation, sans devoir,

mais uniquement par un appel christique), nos réponses respectives à cette question risquent d'être très variées, très personnelles et souvent soumises aux aléas des conjonctures et des événements[31]. En fait, il ne peut pas en être autrement, car hors de toute aspiration personnelle à la sainteté, chacun de nous est toujours soumis au sort d'un déclencheur pouvant mettre en marche une sympathie, un acte ou un « programme » de solidarité. C'est donc dans la capacité à mobiliser la perspective de solidarité que se joue la question. Bien sûr le message christique peut de la sorte représenter un tel déclencheur, et tant mieux si c'est le cas, mais loin de toute exclusivité, d'autres sources, ou simplement ressources, peuvent également permettre de parvenir au même résultat. Quant à ce dernier, c'est effectivement à partir de multiples influences « idéologiques », ou simplement : de conceptions sur la « justice sociale » ou la « vie bonne » pour tous, que l'homme et la femme modernes peuvent aujourd'hui réfléchir sur la question de solidarité. De cette façon la solidarité se dessine, en toute lucidité, comme une question d'engagement, de la capacité à dire oui ou non, de s'organiser et de proposer des réarrangements sur le plan des normes, des droits et des institutions, en faveur de l'homme blessé, l'individu vulnérable !

Il ne peut pas en être autrement, car, en fin de compte, c'est toujours l'individu qui juge de la question « qui est mon prochain ? » et qui s'engage en faveur de l'individu vulnérable. Que ce jugement puisse être incomplet, que le jugement puisse s'égarer et tomber dans les dédales de l'inhumanité n'a pas besoin d'être souligné[32]. Mais il y a autant de raisons pour conjuguer ce jugement personnel avec un jugement impersonnel si exemplairement symbolisé par le processus « juridique ». C'est d'ailleurs à cela que nous voulons finalement aboutir.

Vulnérabilité et législation de solidarité

Considérons maintenant la solidarité comme la ressource clef pour agir ensemble pour surmonter, pallier la vulnérabilité de l'un et de l'autre. La question de la solidarité force pratiquement l'individu à se liguer avec les autres individus pour remédier à sa propre vulnérabilité. Il s'agit en fait d'une logique de mousquetaire : « un pour tous, tous

31. Voir B. Melkevik, « La solidarité, la philosophie et notre présent », dans *Réflexions sur la philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 17 -33.
32. *Idem*, p. 23-26.

pour un », où les « faibles », ou simplement ceux qui ont besoin de la solidarité des autres, cherchent à acquérir la force nécessaire pour agir sur l'espace public.

Il faut pourtant d'abord insister sur le fait qu'il ne faut pas considérer la question de la solidarité comme une donnée (de nature) ou encore comme une « obligation ». Envisageons-la plutôt comme étant une force « sociale » qui peut se construire, qui peut être sollicitée et qui peut engager les individus. De cette manière, la « solidarité » représente une ressource propre aux individus qui peut, sous condition, être mobilisée et soutenue par eux, aussi bien individuellement que collectivement. Comprise de la sorte, la relation à la vulnérabilité humaine saute aux yeux : la vulnérabilité d'un autre individu peut tout simplement mobiliser nos solidarités, nous inciter à aider celui qui est vulnérable ou encore solliciter des mesures politiques, sociales ou économiques, pour renforcer la position entretenue par un individu ou une catégorie d'individus. En ce qui concerne le droit, la solidarité se concrétise sur le plan du droit national dans une législation dite de solidarité, et, sur le plan international, d'une « législation » de solidarité comme le système onusien des droits de l'homme.

Nous pouvons, en ce qui concerne plus spécifiquement la législation nationale de solidarité, dire que notre regard change dès que nous quittons une conception métaphysique ou simplement « moral/éthique », pour *a contrario* n'envisager que le sujet de droit. Du moment que nous pouvons comprendre que l'individu et le sujet du droit ne font qu'un, nous ne pouvons plus comprendre le monde de la même façon. La vulnérabilité des individus et le destin que leur réserve la société moderne, nous les rencontrons tous les jours sous les traits d'hommes, de femmes et d'enfants qui ne fonctionnent plus, qui sont « finis », « épuisés », « brisés » et qui laissent faire la vie. Nous les rencontrons comme des hommes, des femmes, des enfants, qui ont succombé sous la prise de l'alcool, stupéfiants, médicaments, etc., ou simplement qui sont perdus dans un quelconque monde à part et où règnent la dépression, le désespoir, ou une maladie mentale. Ce sont des individus qui ont échoué tellement de fois dans la vie qu'ils ont perdu toute confiance en eux (et dans les autres) et surtout perdu l'espoir dans un sens ou l'autre. La seule force qui peut assurer une législation en leur faveur, c'est la solidarité.

Rappelons que de ce qui est devenu, dans le monde occidental au cours des 19e et 20e siècles, la « législation ouvrière » ou le « droit du travail » est né le constat des ravages qu'avaient causés l'industrialisation et le manque de sécurité : la vulnérabilité d'un travailleur (et dans ce cas également de toutes les personnes qui dépendaient de lui) et sa « déchéance » immédiate après un accident de travail ont ainsi sauté aux yeux, par la proximité même de leur situation, des autres travailleurs. Elles ont surtout provoqué des actions politiques de plus en plus concentrées et intelligentes pour venir en aide à ceux qui ont ainsi payé le prix du développement industriel et économique. La législation des solidarités qui ont été instaurées dans le monde du travail témoigne ainsi de la proximité de la force qu'ont exigée celles-ci. C'est aussi ce voisinage qui se perd par la suite par le fait que la législation de solidarité devient un domaine de fonctionnaires, de travailleurs sociaux, de spécialistes en santé mentale, etc.

Nous voulons en venir au fait que la solidarité doit se concrétiser dans des mouvements de solidarité avec ceux qui tombent trop bas « humainement » à cause de leurs vulnérabilités. Nous avons besoin aujourd'hui plus qu'avant que la lumière soit braquée sur les effets néfastes que produisent l'accélération de l'économie ou les changements sociaux[33]. Nous en avons davantage besoin aujourd'hui parce que la dématérialisation du pouvoir économique, que nous constatons avec la mondialisation de l'économie, fait que la prise de conscience nécessaire à toute solidarité a elle-même été dématérialisée. Autrement dit, une sorte de « déshumanisme » risque de prendre place aujourd'hui, comme nous le témoigne la danse effrénée autour du marché. Or, les mouvements de solidarité, justement en thématisant à nouveau frais les enjeux et les prix que paient constamment nos sociétés sur le plan humain, sont de plus en plus nécessaires. Et il en est de même sur le plan international en ce qui concerne les droits de l'homme.

À première vue cela peut sembler étrange de comparer et de concevoir le système international des droits de l'homme comme un acte de solidarité. Il faut donc comprendre que le système onusien des droits de l'homme n'était au début qu'un système d'engagement des

33. B. Melkevik, « Prolégomènes à une problématique : Mondialisations et droit », *loc. cit.* Voir également A. Giddens, *Runaway World : How Globalization is Reshaping our Lives*, New York, Routledge, 2000.

États. Les États mêmes qui souvent représentent la plus grande menace pour leurs propres citoyens. C'est sur ce plan même que la solidarité et le cosmopolitisme peuvent intervenir en vue de faire tomber la question des « frontières » ou des « privilèges de l'État-nation » au bénéfice d'une prise en compte réelle de la situation des bénéficiaires ultimes de ces « droits de l'homme », à savoir les individus. Ce qui s'est effectivement produit à partir des années soixante et soixante-dix, de façon privilégiée dans les pays occidentaux, où les différents mouvements de solidarité ont entrepris de thématiser les différentes formes des droits de l'homme comme « autonomes » et « indépendants » du droit international des États souverains.

Nous soutenons que la « thématisation » constante et la production de données précises quant à la situation des droits de l'homme dans chaque pays du monde ont simplement changé le climat politique ! Nous pouvons, dans cette perspective, rappeler comment la question des droits de l'homme et la solidarité avec les peuples en Europe de l'Est encore sous l'empire soviétique avant 1989, ont changé le visage du monde. Rappelons encore la situation en Amérique latine dans les années soixante-dix où ce furent les généraux qui chassèrent les démocrates, souvent dans des bains de sang et des guerres civiles. Nous aurions encore pu ajouter d'autres exemples, mais au-delà de toute énumération, qui n'a pas de sens en soi, il convient d'insister sur le fait que les mouvements de solidarité ont été primordiaux, centraux et indispensables dans ce processus de changement.

En fait, le système international des droits de l'homme a été nécessaire, et l'est encore, pour protéger l'individu : car si nous rappelons les différents « droits » en question, force est de constater qu'il s'agit en règle générale de protection qui touche directement la question de la vulnérabilité de l'individu. Quelques exemples peuvent l'illustrer en ce qui concerne les minorités, qui sont souvent objets des massacres, de déportation, de dépossession, de discrimination, d'exclusion, d'ostracisme, d'intolérance, de xénophobie, de racisme, d'antisémitisme, d'ignorance, et ainsi de suite. Nous constatons que la vulnérabilité du minoritaire dans ces situations a changé par la protection des droits de l'homme. Un autre exemple peut être la femme (ou simplement la féminité), éternellement objet de discrimination, d'intolérance, d'exploitation… Encore une fois, pouvons-nous faire la preuve que la vulnérabilité de la femme a été prise en considération

et qu'on a forgé une barrière du « droit » qui ne doit pas être franchie ? Or, pour que tous ces « droits » demeurent des atouts au bénéfice des minoritaires ou des femmes et pas uniquement des mots sans vie, il faut que la question des droits de l'homme rejoigne l'horizon même d'une modernité juridique. Cela déplace, nous en sommes conscients, la question même de l'efficacité de ces droits à l'intérieur de pays qui n'ont souvent aucune tradition ou une tradition biaisée ou estropiée sur le plan juridique, et où il faut tout simplement laisser travailler les droits de l'homme dans la place et au lieu de cette tradition absente.

Une barrière contre la violence

Le seul bouclier, la seule barrière efficace contre la violence, c'est l'action des hommes et des femmes. C'est à eux, à « tous », de se forger ce bouclier « fondamental » contre la violence de l'homme contre l'homme, et de s'assurer que la violence qui fait mal se transforme, se transmute, en paroles qui peuvent être comprises[34].

Dans la logique de vulnérabilité, il faut se déplacer vers la « victime », vers celui qui est devenu l'objet de la violence d'autrui, vers celui auquel la violence fait mal.

MOT DE LA FIN

Personne ne s'étonnera que nous ressentions en fin de parcours une certaine frustration : il y a tellement plus à ajouter, de précisions à faire ou simplement d'autres questions à soulever. Celui qui aborde une problématique complexe comme celle que nous venons de sillonner quant à la notion de « vulnérabilité » ne peut que ressentir une certaine insatisfaction due au fait que chacun des thèmes soulevés s'agrafe à d'autres et qu'en fin de compte, c'est presque tout le projet d'une modernité juridique qui doit être expliqué.

Si nous devons synthétiser, sur le plan de la philosophie du droit, l'enseignement à tirer de notre exploration, on retiendra simplement que le « droit » n'est pas la panacée en ce qui concerne notre « vulnérabilité » humaine. Souvent le « droit » n'est qu'une menace de plus contre l'individu et celui qui tombe entre les mains des avocats risquerait de payer très longtemps et de se trouver en fin de compte plus

34. S.Cotta, *Pourquoi la violence? Une interprétation philosophique*, Québec, Presses de l'Université Laval, coll. « Diké », 2002.

dépourvu que jamais. Comme la possibilité du droit présuppose une égalité formelle contre tous les faits contraires, la vulnérabilité de l'individu, ses manques de ressources psychologiques et sociales, le tout conjugué le plus souvent avec la pauvreté, font souvent échouer la dite possibilité du droit. Pire, c'est souvent, comme nous l'avons indiqué, le droit qui se tourne contre l'individu comme un fardeau de plus à porter pour un joug qui est déjà trop lourd. Que la question du droit se trouve souvent entre « chien et loup » ne doit pourtant pas nous décourager, mais elle doit plutôt toujours nous solliciter afin de prendre le « pouls » de notre réalité juridique.

2

LES CONCEPTS DE « PERSONNE » ET DE « DIGNITÉ » : LA QUESTION DE DROIT[1]

Notre objectif est de développer à l'intérieur de la philosophie du droit quelques idées sur l'interprétation et la construction du sens des concepts comme ceux de« personne », de « dignité » ou encore de « personnalité » pour le droit. Nous prenons comme point de départ le fait que nos sources de droit utilisent ces concepts en exigeant une prise en compte juridique. Aussi bien sur le plan international, avec différentes conventions et traités, que sur le plan législatif ou réglementaire national, les concepts de « dignité », de « personne » ou de « personnalité » sont mis en avant sur fond de catastrophes juridiques « qui ne veulent pas passer » dans une préoccupation renouvelée de protection de l'individu devant des menaces ou encore des risques qui pourraient porter préjudice à l'homme. Nous voulons, en connaissance de cause, réfléchir sur notre façon juridique d'honorer ces concepts à l'intérieur du droit.

Conscients de la valeur psychologique ou encore sentimentale qu'on associe toujours à ces concepts, nous nous limiterons exclusivement à ces dimensions juridiques en proposant des idées au sein d'une conception contemporaine de la modernité juridique[2]. La dernière

1. Publiée dans Stamatios Tzitzis et Jacques-Henri Robert (dir.), *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, Paris, Éditions Panthéon Assas, 2003, p. 77-88.
2. Bjarne Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit*, Paris/Québec, L'Harmattan/ Les Presses de l'Université Laval, 1998, repris en 2004 dans la collection Diké, Les Presses de l'Université Laval, Québec. ; idem, *Réflexions sur la philosophie du droit*,

affirmation nous oblige d'ailleurs à tenir à distance le nouveau goût pour le « vrai droit » éthique recousu et retricoté tel qu'il s'exprime le plus souvent dans l'éthique des concepts de « personne » ou de « dignité ». En conséquence, un préalable s'impose pour expliquer l'approche soit « éthique » soit « juridique » à l'égard de tels concepts.

DES « SOUS-MARINS » ÉTHIQUES OU DES TREMPLINS POUR LE DROIT

Avant de pouvoir développer le plan et exposer les idées que nous voulons défendre par la suite, il y a lieu de préciser, tout d'abord, les enjeux ou la problématique sous-jacents à nos précédents propos. L'objectif est de garantir que les concepts de « personne » et de « dignité », de même que d'autres concepts du même ordre, ne peuvent servir comme « sous-marins » éthiques dans et contre la question de droit. C'est pourquoi il faut s'assurer que les concepts en question s'intègrent dans une production réfléchie du sens juridique pouvant servir adéquatement la question du droit. Se dessinent ainsi deux fronts : d'abord, le front « éthique » que nous voulons analyser de façon critique pour, ensuite, envisager son alternative, à savoir la possibilité du droit.

L'Éthique des concepts de « dignité » et de « personne » : une critique

Dans le monde juridique d'aujourd'hui, nous observons que de plus en plus de théoriciens, des « dogmaticiens » ou simplement des « lecteurs » et des « écrivains » du droit, attribuent aux concepts de « dignité », de « personne » ou de « personnalité » un sens éthique (ou moral) qu'ils trouvent (ou justifient) dans l'éthique de leur choix. Ainsi, l'existence sémantique des concepts de « personne » et de « dignité » se voit doublée d'un sens éthique promulgué par la conception « éthique » et privilégié par ces individus. Une autre stratégie consiste à introduire un raisonnement particulier, prétendant que les concepts doivent trouver ou avoir une « justification » ! Tous ces procédés servent à

Paris/Québec, L'Harmattan/Les Presses de l'Université Laval, 2000 ; idem, *Rawls ou Habermas. Une question de philosophie du droit*, Bruxelles/Québec, Bruylant/Les Presses de l'Université Laval, 2002.

introduire une conception « éthique » particulière au sein même de l'entreprise juridique.

Dans cette façon de raisonner, le problème sous-jacent est de supposer un sens « déjà là » à inscrire dans le « droit ». On y voit une homologie du sens qui subitement, théoriquement ou pratiquement, surgit de l'éthique privilégiée pour animer les concepts de « personne » et de« dignité « . La logique de « justification », que nous venons de mentionner, est en ce sens assez révélatrice de ce qui est en jeu, car une telle justification prend uniquement un sens, quoique bien maigre, à l'égard de ce qui est « déjà là » à justifier. Dans une logique de réversion, la « vérité » des concepts devient de la sorte la passerelle vers des considérations éthiques que l'on suppose toujours « déjà là ». Des considérations éthiques qu'en fait personne ne peut agréer, critiquer ou encore modifier dans la mesure où elles dépendent uniquement du système éthique justifiant. Celles-ci se retrouvent donc subitement comme raison raisonnante du « droit ».

Envisagés de cette façon, de grands pans de discours dits du « droit » sur la « dignité », la « personne », ou encore la « personnalité » se caractérisent aujourd'hui par leur dépendance aux différents discours d'éthique ou de philosophie éthique. Dans la multitude d'éthiques disponibles et selon la mode du moment, bien changeante comme chacun le sait, se transformant d'un jour à l'autre, le discours du « droit » (si nous pouvons encore utiliser ce mot !) se projette en avant comme une assurance d'adhérer à un « vrai droit moral » vu comme correspondant aux intuitions éthiques profondes propres à l'individu. En soi, cela peut être à la fois magnifique et cocasse de projeter la question de « dignité », de « personne » ou de « personnalité » dans une danse sémantique où le conservateur se trouve avec le communiste, l'islamiste avec l'athée, et ainsi de suite dans l'autosatisfaction des discours « éthiques » respectifs. Pourtant, au-delà du charme du moment esthétique, quelques remarques critiques s'imposent :

1. En effet, en inscrivant la question du sens des concepts de « personne » et de « dignité » sur fond d'éthique personnelle, c'est uniquement un « sens singulier », dépendant d'un corpus éthique hétérogène au « droit », qui peut être obtenu. En conséquence, le sens dudit « droit » devient déficitaire car il ne peut jamais répon-

dre qu'à l'égard d'une conception de « vrai droit » éthique singulier à ses adhérents.

2. L'éthique travaillant comme raison raisonnante à l'intérieur d'un « vrai droit », par le biais des concepts comme « personne » et « dignité », fait en sorte qu'aucune prise en compte argumentative (nous reviendrons sur ce point par la suite) ne peut être obtenue, mettant ainsi en échec la possibilité d'un jugement juridique. En fait, l'adhérence à un vrai droit éthique surpasse illégitimement le jugement juridique.
3. Toute logique ou raisonnement de « justification » ne représente qu'un « lèse-droit ». Aucun concept n'a à être justifié en droit et n'a besoin d'une quelconque justification. Les discours dits de « justifications éthiques » ne peuvent que nuire à notre modernité juridique.

Si nous avons raison, même partiellement, ces remarques critiques dessinent un problème aigu pour tout projet juridique moderne. Le *tsunami* du « vrai droit » éthique, qui cherche à envahir le domaine du droit, n'est peut-être qu'un « sous-marin » éthique lancé contre le domaine du droit. Autant de raisons, en tout cas, pour envisager autrement et plus sobrement des concepts comme « dignité », « personne » ou « personnalité ».

« Dignité » et « personne » comme tremplins de droit

À l'opposé de toute logique de « sous-marins » éthiques, il faut affirmer fortement une façon différente de considérer des concepts tels que « personne », « dignité » ou « personnalité » en niant toute logique « éthique » et en proclamant simplement qu'il n'y a pas anguille sous roche, pas de mystères sous l'écorce des mots, rien d'autre que des mots dans et par des normes publiques. Ensuite, nous voulons *a contrario* insister sur le fait que les concepts de « personne » et de « dignité » doivent devenir un tremplin pour l'entreprise juridique. La question est bien sûr : comment s'y prendre ?

Tel que nous l'envisageons, il n'existe pas de « concepts juridiques ». Cela n'a jamais existé jusqu'ici et aucune logique terrestre ne peut qualifier ces concepts ainsi. Que des auteurs de doctrine juridique utilisent fréquemment ce terme de « concept juridique » ne prouve rien, mais montre l'état actuel de l'écriture doctrinale. Il n'y a rien là

pour nous émouvoir ! Quand nous sommes devant des concepts comme ceux de« personne », de « dignité » (ou devant d'autres concepts du même genre, chargés en apparence de connotations « éthiques »), le fait de vouloir envisager qu'il leur soit donné un sens « juridique » à l'intérieur d'un projet juridique moderne ne peut pas se réaliser uniquement à partir des ressources propres au droit. Celles-ci peuvent certes être expliquées de différentes manières, mais privilégions-en une qui envisage ces concepts comme étant soumis à une logique de discours qui passe par trois étapes, à savoir par la narration de l'interprétation, celle de l'argumentation puis une ultime étape discursive dite de « jugement réflexif »[3].

Concrètement, les concepts tels que ceux de « personne » et de « dignité » doivent, ainsi que nous les envisageons, trouver leur sens dans une logique de superposition de discours qui, par progression discursive, mène la question du sens à accorder dans une situation de droit au jugement à faire. La progression des discours s'étale et s'échelonne conséquemment en trois temps sur un mode de jugement du droit à faire. Il s'ensuit que les concepts de « personne » ou encore de « dignité » sont toujours à l'intérieur d'une logique de discours. Avec d'autres mots encore, la production de leur sens est propulsée sur deux axes ou, mieux, sur deux « pentes », se présupposant mutuellement.

Sur un axe, la production de sens ne peut que s'unir avec une culture démocratique du droit où la question du sens ne peut jamais être préjugée, que celui-ci soit fait par « le meilleur système éthique du monde » ou encore autre chose. En fait, la logique des discours animant une culture démocratique du droit se présente dans le déploiement des raisons et des arguments qui, à son tour, se résume dans un rôle unique assurant aux individus, en réciprocité, le privilège quant à la production de sens de ce qui doit compter pour eux comme adéquatement « juridique ».

Sur l'autre axe, à l'intérieur du droit, la production de sens se concrétise dans les règles de procédures consistant à lier les mains de la tierce personne *invitée* (c'est-à-dire le juge étatique ou le juge privé) et, surtout, de s'assurer qu'elle écoute et respecte les discours présentés. Ainsi se déploient méthodiquement, sur différents plans discursifs, les

3. Voir, B. Melkevik, *Réflexions sur la philosophie du droit, op. cit*. p. 38-42, concernant les notions de « narration », « interprétation », « argumentation » et « jugement réflexif ».

raisons et les arguments qui doivent, selon les sujets de droit, être pris en considération dans la production et le jugement du sens à donner aux concepts. De cette façon, les concepts demeurent toujours « vides », entièrement « vides », avant que les discours du droit n'interviennent, avec la tâche précise de remplir ce vide, progressivement, par des discours de droit et, enfin, comme jugement juridique.

En considérant ces deux axes en aval, comme les deux versants de la même montagne, il devient également possible de voir en quoi ils sont aussi dépendants l'un de l'autre. En fait, les deux axes montrent le droit dans une culture démocratique qui se conjugue avec un droit moderne.

L'option faite

D'entrée de jeu, nous avions souligné qu'opter pour des « concepts remplis d'éthique » et la logique de « vrai droit » éthique et moral qu'ils véhiculent nous semblait inadéquat au droit et que, par conséquent, seule la sobriété des « concepts vides » pouvait nous permettre de les envisager comme engagés dans un processus juridique de production du sens. Il faut maintenant voir, plus spécifiquement, ce qu'implique une telle option.

Ensuite nous proposons de rendre compte, en deux étapes, de la pertinence de notre choix : d'abord, en concrétisant davantage le rôle des concepts dans notre analyse discursive, ensuite, en analysant un jugement qui, selon notre opinion, démontre la pertinence de cette méthodologie.

« DIGNITÉ » ET « PERSONNE » : LES SENS À PRODUIRE

Dans ce qui suit, nous souhaitons uniquement donner une idée de la manière dont des concepts tels que « dignité », « personne » ou « personnalité » peuvent s'insérer harmonieusement dans une logique de production du sens pour notre projet juridique. Il s'agit littéralement de produire pour le droit, et à l'intérieur d'une conception moderne du droit, le sens qui peut « remplir » le vide desdits concepts.

Sur le plan « méthodologique », nous pouvons distinguer deux niveaux de discours, « pré-critiques » et « critiques », qui se concrétisent ensemble dans le « jugement » du sens à donner aux concepts.

Discours pré-critiques : narration et interprétation

Par cette dénomination, nous souhaitons traiter des discours de narration et d'interprétation à l'égard des concepts de « dignité » et de « personne ». Plus concrètement, nous voulons rendre compte de ce qui se passe dans le discours de l'interprétation en tant qu'il crée, nécessairement et logiquement, comme rétroaction (ou comme réversion discursive) un passage vers le niveau de narration concernant lesdits concepts. Il s'agit de la sorte d'une logique discursive qui se retrouvera par la suite au niveau de l'interprétation et, en la projetant ultimement, vers l'argumentation, en dehors des discours pré-critiques, ce qui est propre au droit[4].

Si le discours du droit commence régulièrement et, en ce qui concerne la doctrine, toujours au niveau de l'interprétation des « sources du droit », il faut également avoir à l'esprit que l'interprétation en droit ne peut s'effectuer adéquatement qu'en mobilisant une narration qui a été nécessaire pour que nous puissions retrouver les concepts de « dignité » et de « personne » dans les textes publics s'adressant à notre entreprise juridique. En fait, ils ne sont pas arrivés là par la beauté d'une quelconque séduction éthique ou encore par un quelconque « système éthique », mais bien par une accumulation de discours publics ou simplement par l'expression de la réalité intersubjective de ce qui a été dit[5]. Ainsi les textes normatifs où se trouvent des concepts tels que « dignité », « personne » ou encore « personnalité » apparaissent là comme ayant été sélectionnés par des processus démocratiques et surtout comme exprimant des expériences, des espoirs, des « savoirs » qui peuvent se loger dans le discours de l'interprétation. En ce qui concerne les concepts mentionnés, il ne fait aucun doute que les mots sont mis sur des expériences douloureuses vécues par l'humanité, surtout au cours du vingtième siècle.

Avant tout, en ce qui concerne aussi bien le concept de « dignité » que celui de « personne », c'est ce qu'on appelle les « catastrophes juridiques » qui expliquent sur le plan de la narration leur introduction dans les normes publiques. Personne ne nous contredira si nous insistons sur le fait que leur « mise en texte » dans les conventions internationales, comme dans des chartes nationales, n'est pas si étrangère aux

4. C.f. B. Melkevik, *Réflexions sur la philosophie du droit, op. cit.*, p. 38-42.
5. B. Melkevik, *Réflexions sur la philosophie du droit, op. cit.*, p. 39.

atrocités commises avant et pendant la deuxième guerre mondiale. S'ajoute certainement aussi le sentiment douloureux que chacun de nous a sûrement dû éprouver dans des contextes de guerre et de conflits dans les dernières années, où le moins que l'on puisse dire est que « certains » n'ont rien appris ou n'en ont simplement tiré aucun enseignement. Notons en ce sens que c'est à partir de ces enseignements que plusieurs théoriciens en droit se sont s'intéressés à d'autres « désastres » et à leurs répercutions dans différents domaines du droit. Remarquons, par exemple, comment la question des « minorités nationales », qu'on croyait réglée par la résurgence d'un passé douloureux qui ne passe pas, se pose en urgence à l'intérieur du droit international ou encore comment la question des peuples autochtones vient hanter le droit national autant que le droit international en revendiquant des réparations, voire des systèmes « légaux-coutumiers » propres à eux seuls[6]. Certes, ces narrations, et bien d'autres encore, en tant que sens de la « mise en texte » des concepts comme « dignité » ou encore « personne » se positionnent, nous le voyons, comme préalables nécessaires à toute interprétation qui veut s'adresser au droit.

Pourtant à ce niveau de l'interprétation, c'est un problème infranchissable qui se dresse : seul l'individu, tout seul, peut « interpréter ». Si la narration ou les narrations se font toujours, en ce qui concerne nos concepts, par l'individu à l'égard d'une « expérience », d'un « enseignement » ou encore d'une « leçon à tirer », qui le dépasse en démontrant quelque chose qui peut compter pour tous pour, ensuite, « se concrétiser » dans un texte public rendant compte de cette « leçon », l'interprétation de « ce qui peut compter pour tous » se fait toujours individuellement. En fait, c'est l'interprète, c'est-à-dire un individu seul, qui se met en place en interprétant « l'universel ». C'est encore lui qui peut introduire les concepts dans différentes analyses de langage, voire « jeux de langage », ou encore les rationaliser au moyen d'autres concepts comme, par exemple, ceux de « cohérence », de « système », et ainsi de suite. Soulignons spécifiquement que les concepts, sur le plan de l'interprétation, n'ont aucune autre possibilité de se faire « juridiques » que dans la singularité que possède toute doctrine du droit ou encore dogmatisme « juridique ». Mais c'est, bien sûr, une

6. 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.

maigre consolation que de confondre la doctrine juridique avec le « droit ».

Mais si la question de droit peut difficilement être comprise comme soumise à un quelconque « génie de l'interprétation »[7], on doit toujours progresser, se traduire en arguments pour être apprécié ou critiqué par quelqu'un d'autre et il s'ensuit que l'interprétation ne peut être qu'un préalable à une prise en compte argumentative. Ce qui nous permet, certes, de dire que toute interprétation du « droit » ne peut avoir de sens pour le projet juridique moderne qu'au niveau de l'argumentation, là où précisément se retrouvent les résultats de toutes les interprétations comme « opinions » ou simplement comme « arguments » à apprécier. En fait, les concepts de « dignité » ou encore de « personne » témoignent de la pertinence d'une telle position, car comment un processus aussi restreint qu'une interprétation donnée toute seule pourrait-il produire, pour le droit, le sens de concepts si complexes que ceux de « dignité » ou « personne » ? Notre modernité juridique récuse en conséquence la possibilité même d'un tel réductionnisme, en exigeant que l'interprétation « saute » vers l'argumentation. Ce « saut » est en quelque sorte le propre du projet juridique moderne, tel qu'il assure que la production de sens pour le droit se fait à l'égard d'une pratique et jamais comme pure théorie.

Discours critiques : le niveau d'argumentation

La production du sens à donner aux concepts de« dignité », de « personne » ou de « personnalité » peut uniquement se faire au niveau argumentatif. C'est seulement avec des arguments et des raisons solides et pertinentes que nous pouvons choisir le sens à attribuer aux concepts de « dignité » et de « personne », en ouvrant la question de leur sens comme enjeu public.

D'abord, examinons l'idée selon laquelle une telle proposition propulserait la possibilité du droit dans des logiques sociologiques de majorités et de minorités : aussitôt émises, de telles objections se montrent plutôt fallacieuses car, en ce qui concerne notre proposition que l'argumentation doit se retrouver dans le *jugement juridique* à intervenir, il y a également l'affirmation que le jugement ne peut et ne doit

7. Comme le défend improprement, par exemple, R. Dworkin, *L'empire du droit*, Paris, PUF, 1994 et idem, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, 1995.

jamais être compris ou soumis à une quelconque « logique sociologique ». Une telle pensée, comme un Titanic maintenant sous le drapeau du postmodernisme ou de l'éthique, néglige opportunément le fait qu'il n'y a de minorités et de majorités que dans la société, et jamais dans les discours, et surtout que le projet d'un droit moderne ne peut que s'inscrire sur l'horizon d'un droit pour tous, nonobstant les clivages sociologiques. Car là où même les pensées éthiques les plus merveilleuses ne rendent compte que de leur propre émerveillement, l'ordre des discours, tel que nous le présentons, coagule, au niveau de l'interprétation, en une « prise en compte » des enseignements à tirer qui se fait et doit se faire juridique dans le jugement. En vérité, par le fait même que les narrations des catastrophes du droit et de l'humanité se soient « universalisées » dans l'interprétation, le niveau de l'argumentation travaille concrètement avec le plus grand éventail de précisions et de conséquences possibles quant à la leçon à tirer sur la « dignité » et la « personne », à la fois pour tous et pour chacun d'entre nous. Ce qui montre que tant de discours, qui se réfèrent à ces « catastrophes » du droit et de l'humanité, ont parfaitement raison de mobiliser pour nous une ressource d'enseignement pour assurer l'entreprise juridique dans une prise en compte la plus large possible.

Certes, si les « enseignements du passé » peuvent nous être utiles, indispensables même, aucune certitude ne peut être effectivement obtenue relativement au sens à donner aux concepts de « dignité » ou de « personne », quant aux défis factuels à venir. Nous pouvons même dire que leur mise en avant dans un futur bio-technologique peut nous rendre incertains sur la question de leur sens. Que savons-nous de ce que nous prépare ladite biotechnologie ? De plus, dans la mesure où ce n'est absolument pas le droit qui gouverne le monde, mais bien des hommes et des femmes, il se peut que le « droit » puisse se trouver dans la situation bien inconfortable de protéger « la dignité de ce qui porte un visage humain » devant des « clones » qui n'ont d'« humain » que quelques similitudes génétiques de base et ledit « visage ». Les romans et les films de science-fiction ne peuvent ici que nous laisser songeurs.

Quoiqu'il en soit, le niveau de l'argumentation doit nécessairement, en ce qui concerne le droit, être résumé dans le jugement, en tant que jugement sur ce qui doit compter comme « dignité » et comme « personne » dans cette situation ou dans un tel contexte. En fait, c'est le jugement juridique qui remplit le vide des concepts.

L'autonomie du jugement juridique

Les ordres de discours et leurs déploiements méthodologiques ne doivent, en fin de compte, servir qu'un seul objectif : assurer, contre vents et marées, l'autonomie du jugement juridique.

Comme nous l'avons affirmé auparavant, le problème est que les partisans éthiques négligent, par l'interprétation éthique des concepts tels que « dignité », « personne », « personnalité », etc., le fait qu'un tel procédé porte gravement atteinte à la possibilité d'un jugement juridique autonome. À la limite, le résultat ne peut pas devenir « juridique », mais se propulse au contraire dans un jugement éthique, le plus souvent bien faible et particulier, propre aux ressources de leur protagoniste et avec des résultats néfastes pour le droit. Donc, à l'opposé de telles impasses, les niveaux de narration, d'interprétation et d'argumentation ne trouvent leur sens que dans un jugement réfléchi qui, au creuset des préoccupations constantes, assure l'autonomie du droit. Car nous avons toujours pu voir, dans les discours mentionnés, l'affirmation du droit au niveau des sujets de droit.

Cela pouvant encore paraître un peu « abstrait », concrétisons-le en l'illustrant avec un jugement démontrant nos propos.

CULTURE DU DROIT ET SENS DISCURSIF

Afin de convaincre que notre façon d'envisager les concepts de « dignité » et de « personne » peut être à la fois pertinente et fructueuse, nous voudrions la mettre en lumière avec l'analyse d'un jugement de qualité qui implique, directement ou indirectement, des concepts tels que « dignité » et « personne ». Différents choix s'offraient à nous concernant l'euthanasie[8], l'avortement, le clonage, etc. Finalement, notre choix s'est arrêté sur l'affaire Laskey, Jaggard et Brown devant la Cour européenne des droits de l'Homme en 1997, comme un jugement de haute qualité qui peut à la fois illustrer nos propos et, nous l'espérons, les défendre. Soumettons d'abord l'arrêt de la Cour à une analyse discursive, pour ensuite, mettre en lumière les enseignements à tirer.

8. B. Melkevik, « La responsabilité devant la mort ? Sue Rodriguez devant la Cour suprême du Canada », dans *Revue internationale de Philosophie Pénale et de Criminologie de l'Acte*, nº 7-8, 1996, p. 87-101. Repris dans idem. *Horizons de la philosophie du droit*, Paris/Québec, L'Harmattan/Les Presses de l'Université Laval, 1998, p. 77-90.

Une analyse discursive de l'affaire Laskey, Jaggard et Brown

Il n'y a pas lieu, dans ce cadre, d'entrer exhaustivement dans les détails de l'affaire Laskey, Jaggard et Brown, qui était, soulignons-le, assez scabreuse[9]. Sachez pourtant que l'affaire venait du Royaume-Uni où elle avait fait énormément de bruit. Il s'agissait d'une affaire particulière concernant une association d'hommes sadomasochistes avec des pratiques spéciales. Ces pratiques « en divers lieux, dont des locaux aménagés en chambres de torture »[10], « étaient librement consenties et menées en privé »[11], et « consistaient essentiellement en mauvais traitements infligés sur les parties génitales (à l'aide de cire chaude, de papier de verre, d'hameçons et d'aiguilles par exemple) et en rituels de flagellation, soit à mains nues soit au moyen de divers objets tels que des orties, des ceintures à pointes ou des martinets. Dans certains cas, le marquage au fer rouge ou des lésions infligées provoquèrent des saignements qui laissèrent des cicatrices »[12]. Pourtant le problème juridique était que la législation anglaise n'accorde aucune immunité juridique pour des actes portant atteinte à l'intégrité physique, même si ces actes ont été librement consentis par la « victime ». En se fondant sur la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, les requérants ont demandé le respect de l'article 8 de ladite Convention, qui comprend l'expression « de la personnalité sur le plan sexuel »[13], où se profile, bien entendu, également la question de « personne » et de « dignité ».

Dans notre perspective, c'est le fait que la Cour ait introduit deux raisonnements interprétatifs et argumentatifs de première importance qui attire notre attention.

En premier lieu, en insistant sur le test des dispositions de l'article 8 de la Convention, il ressort que la question relève de ce qui doit être jugé comme « nécessaire dans une société démocratique ». Car ce test démocratique permet, et le jugement de la Cour le prouve, de jeter un regard assez lucide sur toute l'affaire. En fait, lorsqu'on examine

9. Cour Européenne des droits de l'Homme, daté de 19/2/1997, dans l'affaire *Laskey, Jaggard et Brown* c. *Royaume-Uni*, dit l'affaire Brown. Numéro de greffe : 109/1995/615/703-705.
10. Cour Européenne des droits de l'homme, *ibid.*, paragraphe 9.
11. *Idem*., paragraphe 8.
12. *Idem*, paragraphe 8.
13. *Idem*, paragraphe 34.

les concepts impliqués, le test démocratique ressort, d'abord, de l'affirmation que la « Cour estime que l'un des rôles incontestablement dévolus à l'État est la régulation, par le jeu du droit pénal, des pratiques qui entraînent des dommages corporels. Que ces actes soient commis dans un cadre sexuel ou autre ne change rien »[14] et, d'autre part, que le « choix du niveau de dommage que la loi doit tolérer lorsque la victime est consentante revient en premier lieu à l'État concerné car l'enjeu est lié, d'une part, à des considérations de santé publique et à l'effet dissuasif du droit pénal en général et, d'autre part, au libre arbitre de l'individu »[15].

Ensuite, concernant la question morale, il ressort que celle-ci est, comme nous le témoigne le jugement, mise entre parenthèses par la Cour. Nous pouvons seulement citer ses propos : « En égard à cette conclusion, la Cour, à l'instar de la Commission, ne croit pas nécessaire de rechercher si l'ingérence dans l'exercice par les requérants du droit au respect de leur vie privée pouvait également se justifier par la protection de la morale. Ce constat ne doit cependant pas s'interpréter comme mettant en cause le droit de l'État de chercher à détourner l'accomplissement de tels actes au nom de la morale »[16].

Que les requérants aient été déboutés ne nous étonne aucunement, nous aurions plutôt été surpris si la Cour était parvenue à un autre résultat. Mais au-delà du résultat jurisprudentiel immédiat, ce qui est primordial dans notre perspective, comme nous l'avons indiqué d'emblée, c'est l'exemplarité discursive qui s'y déploie. Car l'existence ou la présupposition de concepts tels que « dignité », « personne » ou encore « personnalité » ne doit jamais se réduire à une mise en scène « éthique », où le jugement s'assure de sa propre juridicité, nécessaire pour faire jurisprudence, sur le plan d'une argumentation relative aux enjeux.

Discours sur le droit et narrations en situations

Donc, en analysant ledit jugement, il convient de souligner que, s'il se joue principalement au niveau interprétatif et argumentatif, il convient de prolonger notre analyse de la présupposition narrative qui s'exprimait dans la demande des requérants.

14. *Idem*, paragraphe 43.
15. *Idem*, paragraphe 44.
16. *Idem*., paragraphe 51.

Comme nous l'avons déjà indiqué, les requérants demandaient le respect pour leur « personnalité sur le plan sexuel »[17]. En fait, ils introduisent la controverse juridique à l'intérieur d'une narration sur ce qui doit compter comme leur « personnalité sexuelle ». Ainsi, la reconnaissance de la « personnalité sexuelle », telle qu'elle se déployait dans les faits présentés devant la Cour, aurait dû assurer leur statut de personnes intégrées et dignes devant tous. Or, si la Cour avait abondé dans ce sens, ce qu'elle refuse bien sûr, elle aurait dû établir comme « droit » ce qui constitue cette « personnalité sexuelle », ce qui constitue évidemment un piège substantialiste pour le droit, ou simplement le refus que le droit a toujours exprimé face à la demande d'identifier une quelconque « personnalité », que celle-ci soit « sexuelle », « ethnique », « corporelle », etc. Bien entendu, la Cour ne peut pas savoir si le « sadomasochisme » en question a quoi que ce soit à voir avec un quelconque niveau sexuel ou s'il s'agit uniquement d'une disposition de « tête » qui fonctionne en soi (sur le plan psychologique) sans un quelconque « plan sexuel », de la même façon que la Cour résistera à toute invitation à définir ce qu'est une « personnalité de femme » et laissera plutôt aux hommes le plaisir de le découvrir !

En fait, telle que nous l'envisageons, la narration des demandes de « droit », de même que celle des « faits », sera soumise au jugement de la Cour dans une logique qui la situe elle-même au niveau narratif. Car il s'ensuit de l'impossibilité de découvrir une quelconque « personnalité » que le niveau de narration, relatif à la « personne », à la « dignité », etc., ne peut être qu'un « affront » substantialiste venant de l'extérieur et qui s'exprime comme atteint à la possibilité de droit. La Cour en question introduit en conséquence une autre forme d'interrogation narrative – qui rejoint nos propos au niveau de la narration en droit comme des leçons à tirer du passé – en demandant s'il y a discrimination ou traitement inégal. Seule une évaluation juridique à partir de normes pouvait nous permettre de juger de l'atteinte à la « personnalité » ou encore à la « dignité ». Ce que la Cour ne trouve pas car, au niveau du jugement, aucune discrimination ou traitement inégal ne pouvait être constaté.

En analysant ainsi le niveau narratif du jugement, on aperçoit clairement pourquoi les niveaux interprétatifs et argumentatifs se sont

17. *Idem*, paragraphe 34

déployés avec une telle force jurisprudentielle. Ce qui nous permet de conclure en montrant l'échec de tout saupoudrage « éthique » qui pourrait être fait dans cette affaire.

Le droit dans une culture juridique

En fait, les constatations que nous pouvons faire sur le jugement de la Cour européenne sont en apparence simples : il fallait mettre en échec, d'un côté, la prétention éthique des requérants qui voulaient que « les pratiques litigieuses relèvent de la morale privée » et, d'un autre côté, l'insinuation « éthique » qu'ils n'étaient que des « victimes » de la morale des autres. En d'autres termes, ils n'auraient été que la cible de personnes ayant une autre « personnalité » ou simplement une autre « dignité ». Car une fois de telles prétentions écartées, c'est la question du droit dans une culture juridique qui se dégage sur l'horizon de la modernité juridique.

UNE DERNIÈRE PRÉCISION

L'avantage de cette manière d'envisager et de traiter des concepts comme « dignité », « personne », ou encore « personnalité », c'est avant tout de dépassionner les débats et les ardeurs. Là où tout traitement « éthique » risque de jeter plus d'huile sur le feu, voire de nous engager dans des débats stériles et infinis sur les éthiques de l'un et de l'autre, on ne peut que préférer la sobriété d'un raisonnement juridique qui s'engage dans une discursivité quant au sens à accorder.

Certes, beaucoup de précisions doivent être ajoutées à notre façon d'envisager cette production discursive du sens. Nous sommes les premiers à reconnaître la brièveté de nos propos et la nécessité de développer plus amplement les différents moments de notre analyse. Cependant, notre message doit être clair pour tous les partisans des « sous-marins » éthiques : *No passeran!* Laissons à l'Éthique ce qui revient à l'Éthique, comme on laisse à César ce qui revient à César. La question des concepts tels « dignité » et « personne » (ou encore « personnalité ») mérite, comme nous avons tenté de le démontrer, un traitement juridique qui peut assurer sainement la production de sens à l'intérieur d'un jugement juridique autonome.

3

INNOCENCE, DESTIN ET CULPABILITÉ : D'ŒDIPE ROI AU DROIT

Et si le concept d'innocence était également digne d'une réflexion de philosophie du droit ? Relevant le pari, nous souhaitons soumettre ce concept d'innocence à une interrogation philosophique en référence au sens juridique et pratique de notre modernité juridique. Il s'agit d'une réflexion sur la différence entre le jugement individuel que nous portons sur nous-mêmes, sur nos actions et sur notre place dans le monde, et cet autre jugement qui, en s'accordant avec le premier, se situe sur un versant totalement différent, dans la mesure où il s'inscrit dans l'invitation lancée à nos pairs de juger juridiquement nos actes et, quelquefois, nos omissions.

C'est donc la dichotomie de sens à l'égard du concept d'innocence qui nous intéresse, tel qu'il met d'abord en scène un jugement de conscience, louvoyant entre nos capacités morales et éthiques si variées (et souvent si instables) et le gouffre de subjectivité qui fait le délice des psychologues et, davantage encore, des psychanalystes de toute obéissance, et, par suite, l'intersubjectivité qui peut s'établir par et pour nous dans la « procéduralité » dite de droit.

REMARQUES PRÉLIMINAIRES SUR LE CONCEPT D'INNOCENCE

Pour débroussailler le terrain, il faut préalablement examiner plus exhaustivement le concept de l'innocence, sous son angle subjectif, puis objectif, et enfin juridique.

En ce qui concerne l'innocence « subjective », il convient d'insister sur le fait que la première signification en langue française (et dans

toutes les langues occidentales de notre connaissance) introduit symboliquement le concept d'innocence comme le contraire d'une souillure agréée, consentie ou vécue : est « innocente » la personne « qui n'est simplement pas souillée par le mal » ou « qui ignore le mal », c'est-à-dire qui n'a pas consenti à être souillée par le mal[1].

Ce que nous observons premièrement, c'est qu'une telle définition fait référence au jugement que la personne en question peut porter sur elle-même. L'utilisation de mots comme « mal » et « ignorance » révèle que c'est la conscience, l'esprit, qui se juge. Seul le tribunal de la conscience peut savoir, par son propre jugement, si ces catégories s'appliquent à la question de l'innocence de cette personne. Autrement dit, le concept de l'innocence est avant tout subjectif par le fait même que le « mal » ou la « souillure » peut passer, entrer dans la vie de quelqu'un, comme « objectivité » ou « fait », sans pour autant qu'il y ait mal ou souillure chez cette personne.

Ce constat nous permet ensuite de comprendre, *a contrario*, le glissement de sens qui s'opère quand les autres formulent la question de l'innocence comme une question d'objectivité, à savoir quand une personne est jugée comme objet du jugement des autres, tel que cela se produit lorsque la « souillure » ou le « mal » sont rattachés à une personne par un jugement (ou un préjugé) objectivant, énoncé par quelqu'un d'autre qu'elle-même.

Or, un tel jugement ne concerne toutefois pas le concept de l'innocence comme tel, mais les dédales de la « souillure » et du « mal » culturellement ou traditionnellement donnés et qu'on rattache, en les objectivant, à une personne comme constat d'une « perte d'innocence ». En règle générale, ce sont culturellement les jeunes femmes qui ont fait l'objet de telles stratégies de réification (et de contrôle) et qui ont été obligées de payer les frais de tels préjugés, sans pour autant, soulignons-le, que le côté subjectif, consistant en un auto–jugement quant au concept de l'innocence, n'ait été pris en considération.

La question d'un éventuel jugement juridique se situe entre les deux d'une façon particulière. En fait, à côté du jugement individuel, de conscience, nous avons aussi un sens intersubjectif de l'innocence comme « opérateur » en droit. Concrètement, l'innocence est aussi

1. Voir Dictionnaire *Le Robert*, Paris, 1971 (republié plusieurs fois) ; la définition « innocence ».

l'« état d'une personne qui n'est pas coupable (d'une chose particulière) »[2] : le concept de l'innocence est alors le contraire d'un constat de « culpabilité ».

En ce sens, tout se réduit au fait de constater l'état de « culpabilité » tel que la culture juridique occidentale le pratique par la procédure judiciaire. Ce qui veut dire que ce sont les pairs invités à évaluer la question de la « culpabilité » qui jugent l'objet même de cette « culpabilité », en tant qu'« acte » (ou omission) eu égard aux normes que les citoyens (et sujets du droit) ont sélectionnées comme dignes d'être respectées par eux. Il s'ensuit, bien sûr, que la question de conscience n'est pas loin, ainsi que nous pouvons le constater en droit pénal, avec l'évaluation nécessaire du *mens rea* (c'est-à-dire de l'intention criminelle) dans le fait de l'acte. Or le jugement individuel mentionné qui, dans la reconnaissance d'un défaut d'innocence, peut se traduire, se transmuer ou se trahir dans un « sentiment de culpabilité », n'a plus sa place ici et doit, pour que le jugement intersubjectif du droit puisse prévaloir, être résolument écarté par une interdiction absolue contre toute auto incrimination[3].

Si ces remarques préliminaires nous en disent déjà long sur le mode de fonctionnement du droit et le concept de l'innocence, il faut maintenant leur donner un peu plus de chair, ce que nous allons faire en nous tournant vers la tragédie *Œdipe Roi*, de Sophocle[4]. Il s'agit en fait d'utiliser Sophocle pour faire ressortir la subjectivité de l'auto–jugement d'Œdipe à l'égard de sa situation et dans la mise en scène de cette innocence comme perte de « vue » et de situation entre les mains du hasard.

LA TRAGÉDIE D'ŒDIPE ROI

Œdipe Roi de Sophocle est sans doute l'une des pièces de théâtre les plus intéressantes et complexes que nous ait transmis la culture antique grecque. L'émoi que nous ressentons à sa lecture, en réfléchis-

2. Le Dictionnaire *Le Robert, op. cit.*
3. Bjarne Melkevik, Incrimination, dans Gérard Lopez et Stamatios Tzitzis, *Dictionnaire critique des sciences criminelles*, Paris, Dalloz, 2004.
4. Sophocle, Théâtre complet, rédigé par Robert Pignarre, Paris, GF Flammarion, coll. GF nº 18, (1964) 2002, p. 103-143, c.fr. p. 339-344. Voir les pages 339–342 pour une précision historique concernant la tragédie de Sophocle. À lire, Robert Graves, *Les mythes grecs* (en deux volumes), Paris, Fayard, coll. Pluriel, 1983, tome 2, p. 7 à 13.

sant à cette tragédie hors du commun, en témoigne. Nous proposons, en conséquence, de présenter l'essence de l'histoire en insistant sur les faits et la question du « crime », si « crime » il y a, dans un sens narratif moderne.

Nous retenons tout d'abord que la tragédie d'Œdipe se joue sur fond de plusieurs « faits » distillés au goutte à goutte et qui, chaque fois, nous invitent à partager plus intensément l'histoire d'Œdipe Roi. Une telle technique théâtrale, avec les effets particuliers d'évocation d'une humanité à partager, à laquelle nous reviendrons, joue ainsi en avant scène.

Les parents d'Œdipe étaient le roi Laïos de Thèbes et son épouse Jocaste. L'oracle de Delphes, au sanctuaire de Pythô, leur fit la prophétie que l'enfant tuerait un jour son père et épouserait sa mère, pour avoir ensuite avec elle des enfants incestueux. Effrayés par l'oracle, ils confient l'enfant à un serviteur pour qu'il expose l'enfant sur la montagne Cithéron. Or, le serviteur en question n'expose pas l'enfant, mais le confie à un serviteur du roi de Corinthe. Le roi de Corinthe adopte Œdipe et le garçon grandit dans la croyance qu'il est son fils.

À l'âge adulte, et après une altercation dans un festin, où on lui assène qu'il n'est qu'un enfant adopté, il se rend auprès de l'oracle de Delphes, où il entend la même prophétie. Terrifié par ce qu'il vient d'apprendre, il fuit Corinthe, où habitent son père Polybe et sa mère Mérope, qu'il croit, en toute innocence, être ses parents, et erre en direction de Thèbes.

Sur le chemin, il est provoqué par le comportement de quelques hommes qui veulent l'écarter de sa route. Il les tue tous, sans se douter que l'un des hommes est son vrai père biologique, le roi Laïos de Thèbes[5]. Poursuivant son chemin, il arrive enfin à Thèbes où un monstre fait des ravages sans que personne ne parvienne à y mettre fin.

5. Notons que la pièce insiste sur l'agressivité de roi Laïos et de ses hommes. Sophocle semble indiquer qu'Œdipe tue en légitime défense. Sur le plan strictement juridique, il semble ainsi qu'il n'y a pas de « meurtre ». Voir, Sophocle, *op. cit.*, p. 124 et 125 : « Le conducteur, puis le vieillard lui-même veulent m'écarter violemment du passage. Furieux, je frappe le premier, qui me poussait contre le talus. Alors, le vieillard, guettant le moment où je passais le long du véhicule, m'atteint de deux coups d'aiguillon, en plein sur le crâne. Il n'en a pas été quitte au même prix. À l'instant même, assommé d'un coup de mon bâton, il tombe à la renverse et roule à bas de la voiture. J'ai tué tout le monde… ».

Œdipe tue le monstre et se voit offrir le trône du roi en récompense. Il épouse ensuite la veuve Jocaste avec laquelle il aura plusieurs enfants, sans savoir bien sûr que c'est sa mère et qu'il commet ainsi un inceste.

C'est le fond de l'histoire, mais il s'agit d'informations révélées peu à peu tout au long de la tragédie de Sophocle. Le génie même de la pièce est d'introduire un jugement objectivant sur « le mal », que prononce Œdipe lui-même.

Quand la pièce débute, la peste frappe la ville et c'est l'heure des suppliants. Le roi Œdipe attend le retour du messager qu'il a envoyé à l'oracle de Delphes pour conseil. Quand Créon le messager arrive, il dit :

> Je dirai donc le message du dieu ; il est sans équivoque : Phoebos nous enjoint d'extirper de notre terre la souillure qu'elle nourrit ; si nous la laissons croître, elle deviendrait incurable[6].

Pour Créon, le crime en question ne peut être que le meurtre de Laïos, l'ancien roi. Il croit fermement que c'est le sang versé, et non puni, du meurtre de Laïos qui met la ville en péril. En ce sens, nous ne pouvons qu'observer qu'il invite faussement à un raisonnement traditionnel, à savoir le devoir de faire payer son crime au coupable. Qu'il s'agisse du meurtre de Laïos est l'évidence même pour Créon, car à quel crime affreux autre que l'assassinat d'un roi comme Laïos pourrait correspondre l'exposition de toute une ville à la peste maudite ? Ainsi la peste durera aussi longtemps que l'assassin de Laïos restera impuni.

Que l'oracle ait défini le crime en n'insistant que sur « la souillure », à savoir une « souillure » qui se rapporte à l'oracle initial, échappe à Créon qui, bien sûr, ne connaît pas les présupposés nécessaires pour comprendre le caractère même de la « souillure » en question. Le fait que Créon ne raisonne faussement que sur les apparences sert ainsi à déployer le sens même de l'histoire et de la prophétie initiale, de même qu'à faire d'Œdipe un prisonnier du faux raisonnement de Créon.

C'est en effet à partir du faux raisonnement de Créon que le roi Œdipe se fait le justicier du défunt Laïos en réclamant réparation, sans aucune possibilité de comprendre que le « crime » dont parle l'oracle doit indubitablement être le fait du parricide (qui n'a rien à voir avec

6. Sophocle, *ibid.*, p. 107. Voir également la traduction de Jean Bollack, *L'Œdipe Roi de Sophocle* (4 tomes), Lille, Presses Universitaire de Lille, 1990, tome 1, p. 187.

un quelconque « meurtre »), de l'inceste et de la conception de ses propres enfants incestueux. Comme le roi Œdipe ne comprend pas que le destin, son destin, s'est réalisé, et comme il cherche, comme Créon d'ailleurs, une souillure, un mal qui doit être extirpé pour le bien-être de la ville et pour lever l'hypothèque que représente la peste maudite, il objective ce qu'il croit être la « culpabilité » de quelqu'un d'autre en ces termes :

> Quel que soit le coupable, j'interdis, en tous lieux où s'entend mon autorité souveraine, que personne l'accueille, lui adresse la parole, l'associe aux prières, aux sacrifices, aux lustrations ; vous devez tous l'écarter de vos maisons comme nous portant souillure, ainsi que l'oracle pythique vient de me le signifier[7].

L'assassin doit simplement être éjecté de la ville comme étant désormais hors-la-loi, nonobstant son rang et sa famille. Œdipe a de la sorte réveillé un nid de vipères et, lorsque l'investigation se poursuit et que la révélation des faits progresse, c'est toujours vers lui que les regards se tournent. À aucun moment pourtant, Œdipe ne recule, il continue sans cesse ses investigations, même quand il commence à comprendre la « vérité ». En fait, tout au long de cette enquête, Œdipe apparaît comme un homme de bien, un homme juste.

Morceau après morceau, la « vérité » éclate, pour Œdipe comme pour tous : Jocaste, la mère incestueuse, se suicide, et le roi Œdipe s'aveugle pour s'exiler pour toujours[8]. Quand le Coryphée lui reproche d'avoir ainsi pu s'aveugler, Œdipe lui répond :

> Que je n'aie pas fait ce que j'avais de mieux à faire, ne me le reproche pas, veux-tu ? Ne me fais plus la leçon ! Voyons, aurais-je osé regarder mon père en face, à l'arrivée chez Hadès ? Et ma mère, l'infortunée ! Mes crimes contre mes parents, ce n'était pas assez pour les expier. Quant à mes enfants issus d'un pareil germe, leur vue pouvait-elle me semble désirable ? Non, mes yeux ne l'auraient point supportée, ni de voir la ville et ses remparts et les saintes statues des dieux. Hélas ! moi le premier entre les Thébains et le plus heureux, je me suis moi-même exclu de tout

7. Sophocle, *ibid.*, p. 110 s.

8. Nous pouvons analyser cet acte d'automutilation des yeux, le fait de se crever les yeux, comme un signe, une protestation quant à sa propre « innocence », ou simplement ignorance. Voir, Eleftheria A. Bernidaki-Aldous, *Blindness in a Culture of Light. Especially the Case of Oedipus at Colonus of Sophocles*, New York & Bern, Peter Lang, coll. American University Studies, 1990, p. 49-57, c.f. p. 95.

> lorsque j'ai enjoint de chasser le sacrilège, l'homme dénoncé par les dieux comme impur, le rejeton de Laïos. [….].[9]

Il énonce par la suite son propre crime, tel qu'il le comprend maintenant, en ces termes :

> […] il est doux de perdre la conscience de ses malheurs. Ah ! Cithéron, pourquoi m'as-tu reçu ? Pourquoi ne m'as-tu pas fait périr tout de suite ? Je n'eusse jamais dévoilé aux hommes la honte de ma naissance. O Polype, ô Corinthe, ô vieux palais que j'appelais paternel, quelle plaie secrète recelait cette jeunesse que vous avez nourrie ! Voici que je me découvre criminel, né sang criminel. Triple chemin, vallée obscure, chênaie, défilé à la fourche des deux routes, vous qui avez bu le sang de mon père, - mon sang, de mes propres mains versé ! – dites-moi, témoins de mon crime, vous en souvenez-vous ? Et avez-vous appris la suite de mes forfaits ? Étreintes, étreintes nuptiales, vous avez fait germer notre semence dans le sein qui nous avait conçu, produisant le père frère de tes enfants, les enfants frères de leur père, l'épouse mère de son époux – les œuvres de chair que les hommes puissent former ![10].

La souillure dont a parlé l'oracle, quand on lui a demandé conseil contre la peste, est l'accomplissement même de la prophétie initiale : c'est la position même du roi Œdipe, la position qu'il occupe désormais comme roi, comme époux, comme père, comme frère, comme « citoyen ». Le « crime » d'Œdipe est que l'oracle ait vu juste. Donc l'auto-incrimination que nous donne Œdipe comme un cri n'est pas pour les hommes, mais pour ce destin qui s'est si cruellement joué de lui.

Comme le côté « objectiviste » de la tragédie de Sophocle jouera un rôle primordial par la suite, dans notre argumentation, il est opportun de faire intervenir les faits historiques qui l'instruisent. Robert Graves, dans son livre fondamental, *Les mythes grecs*, qui fait largement autorité dans le domaine, nous présente un résumé de ce qui semble raisonnablement représenter les faits historiques comme suit :

> Œdipe de Corinthe conquit Thèbes et devint roi en épousant Jocaste, prêtresse d'Héra. Ensuite, il annonça que le royaume serait dorénavant légué de père en fils par ascendance mâle, coutume corinthienne, au lieu de demeurer un don d'Héra l'Étrangleuse. Œdipe avoua qu'il était très affligé d'avoir laissé les chevaux du char traîner et tuer Laïos, considéré

9. Sophocle, *ibid.*, p. 140.
10. Sophocle, *ibid.*, p. 140.

> comme son père, et d'avoir épousé Jocaste qui l'avait fait roi à la suite d'une cérémonie de seconde naissance. Mais, lorsqu'il essaya de changer les coutumes, Jocaste se suicida en signe de protestation et la peste s'abattit sur Thèbes. Sur l'avis d'un oracle, les Thébains retirèrent alors à Œdipe la clavicule sacrée et le bannirent. Il mourut au cours de vaines tentatives pour reprendre son trône par les armes[11].

Cela constitue, avouons-le, une histoire plutôt insignifiante, qui semble tourner autour du choix entre une succession royale matrilinéaire ou patrilinéaire, sur fond de coutumes et de patriotisme thébains qui ont fait d'Œdipe un conquérant étranger, l'héritier perdu du royaume, pour ensuite le sacrer roi après la cérémonie rituelle de la mort de l'ancien roi Laïus.

Mais, ainsi reconstruite, l'objectivité des faits historiques qui sous-tendent la tragédie d'Œdipe n'est certainement pas l'objectivité de la tragédie de Sophocle. Et c'est justement sur celle-ci que nous voulons maintenant insister comme mettant en œuvre l'innocence même d'Œdipe.

DESTIN ET INNOCENCE

Avouons-le, Œdipe est innocent ! Il n'a commis aucun crime ! Son aveu de crime est, comme nous l'avons souligné auparavant, une auto-incrimination qui fait appel à son sentiment de « culpabilité » dans une situation d'innocence. Ces remarques initiales doivent maintenant nous permettre de voir de plus près cette innocence.

Le concept de l'innocence, comme nous l'avons annoncé dès le début, implique un jugement sur soi-même concernant le fait d'être « souillé par le mal ». La conscience juge en conséquence, eu égard à ce qui est identifié comme « mal », comme « souillure ». Or, comme nous l'avons vu avec l'Œdipe Roi de Sophocle, tous les faits ne sont pourtant pas connus d'Œdipe. Même quand les faits lui sont révélés et qu'il comprend la « vérité », il ne perd pas son innocence car il n'y a pas d'acte ou de circonstance en conscience à juger, uniquement des faits bruts ou, si vous le permettez, le destin.

Si nous devons parler de « mal » ou de « souillure », c'est en fait uniquement le destin qui les a infligés, comme la confirmation même de la rectitude initiale de la prophétie de l'oracle de Delphes. En ce

11. Robert Graves, *Les mythes grecs, op. cit.*, p. 13.

sens, la conscience ou le tribunal de la conscience n'y sont pour rien. Ni avant ni après, le roi Œdipe n'a compris ce qui se passait réellement pour lui et n'a donc pu non plus énoncer un jugement approprié. Il était, en fait, toujours entre les mains du destin, un destin qui jouait avec lui, comme le meilleur des marionnettistes joue avec ses marionnettes. Et, comme dans le cas de ces marionnettes, la question de l'auto-jugement se pose uniquement de façon rationnelle pour le maître marionnettiste, car qui reprocherait aux marionnettes, au roi Œdipe, de danser, de bouger, de parler, de jouer, comme ils doivent le faire ? En toute innocence, car elles ne dansent que grâce aux mains qui les déplacent dans le monde et qui les font avancer dans une histoire ou une tragédie où ne compte que la volonté se trouvant derrière ces mains ? Et pour Œdipe, le marionnettiste était indubitablement le Destin, ou la Déesse de la Fatalité, qui jouait avec lui.

Comment conclure autrement qu'Œdipe était innocent ? Il pouvait bien s'auto–incrimer autant qu'il le voulait, il n'en demeure pas moins qu'il n'avait rien à se reprocher. Qui n'a pas compris que la « réalité » ou la Fatalité, nous joue quelquefois de très mauvais tours ?

La fatalité de l'Œdipe Roi chez Sophocle nous invite en conséquence à participer à quelque chose qui est communément humain, non pas comme sensation, comme scandale, mais précisément comme la tragédie de ce qui est humain.

Le théâtre de Sophocle est, en ce sens, le contraire de ce « subjectivisme » (ou psychologisme) dans lequel nous baignons aujourd'hui jusqu'au cou. D'abord, par la structure et le sens narratif même de son œuvre, nous ne sommes pas de simples spectateurs de l'Œdipe Roi, comme dans le théâtre moderne, qui nous offre des « messages », des « idées » ou encore la possibilité de « d'avoir un aperçu sur quelqu'un » (*insight* en anglais), mais nous sommes des êtres humains, comme Œdipe lui-même, qui partageons quelque chose de terriblement commun, à savoir les faits que nous ne maîtrisons pas, que nous n'avons pas produits et qui se retournent contre nous en nous réduisant à l'objet d'une histoire inconnue.

Loin des impasses « psychologiques », qui nous rappellent tant de mauvaises pièces théâtrales modernes dans lesquelles le régisseur et l'auteur nous traitent comme des « enfants » au profit de leurs propres

idées, le théâtre de Sophocle atteste que nous sommes tous des « adultes » et, comme tels, capables de participer à l'histoire.

Nous sommes simplement invités à participer à quelque chose de commun à tous les êtres humains, mais certainement pas à l'égard d'une quelconque thèse de non-innocence du roi Œdipe, car cela aurait eu comme conséquence de suggérer, toujours faussement, que nous sommes tous des meurtriers, des parricides, des incestueux, etc., là où nous ne sommes que de pauvres humains qui cherchons à éviter de telles « souillures ». Au contraire donc, la pièce de Sophocle, en écartant l'Enfer où tous sont déjà condamnés, dixit Dante, retrouve l'humain comme ouvert, comme écoutant, comme regardant la tragédie de l'humain, participant pleinement à la vie en être humain adulte.

Si nous ne devons jamais confondre le théâtre grec avec le théâtre moderne, il faut aussi être conscient du piège « psychologique » que nous avons forgé en tant que modernes.

Comme tout le monde prétend aujourd'hui connaître l'histoire d'Œdipe en le réduisant à un fait « psychologique », il est des plus éclairants de se pencher de plus près sur cette lecture biaisée, d'abord en identifiant la source chez Sigmund Freud, le célèbre inventeur de la psychanalyse, qui se sert de l'histoire de Sophocle pour construire ce qu'il nomme le « complexe d'Œdipe ». Plus précisément, Freud utilise cette histoire pour illustrer ce qu'il croit être un certain nombre de conflits intra psychiques se concrétisant comme conflits névrotiques[12]. Comme tel, le conflit névrotique devient l'objet de la psychanalyse pour extérioriser ce qui a été refoulé, ce qu'on ne veut pas ou qu'on ne peut pas avouer sur soi-même. Au cours de l'analyse, le psychanalyste doit ainsi faire voir au patient la vérité sur lui-même, de même que cette vérité peut alors faire vivre le patient sans son conflit œdipien. Or, comme nous avons pu le constater, il n'y a aucun conflit

12. Sigmund Freud, *L'interprétation des rêves*, Paris, PUF, 1967 ; idem, *Totem et Tabou*, Paris, Payot, 1967 ; idem, *La naissance de la psychanalyse*, Paris, PUF, 1973 ; idem, « La disparition du complexe d'œdipe » dans *La vie sexuelle*, Paris, PUF, 1969, p. 117-122. Voir, Peter L. Rudnytsky, Freud and Oedipus, New York, Columbia University Press, 1987. Pour une critique de Freud, voir Erich Fromm, *The Oedipus Complexe and the Oedipus Myth*, New York, 1949, ou, idem, *Le langage oublié. Introduction à la compréhension des rêves, des contes et des mythes*, Paris, Payot, coll. PBP, 2002, p. 188-195, qui fait de l'attitude envers l'autorité le thème central du mythe.

psychique ou complexe névrotique chez le roi Œdipe. Il ne pouvait rien faire car l'histoire n'était pas « lui », mais le concernait simplement.

C'est le même piège « psychologique » que nous rencontrons d'ailleurs dans l'adaptation (très libre) que fait Jean Cocteau de l'Œdipe Roi[13] où, nonobstant toute impression, il n'y a pas de tragédie, mais la construction d'une position d'observateur à l'égard de la folie des hommes, c'est-à-dire le remplacement de l'humanité partagée, rencontrée chez Sophocle, par le « trop humain » psychologisant. L'Œdipe de Cocteau se comporte en conséquence comme un « enfant », un « patient », qui n'est pas encore tombé entre les mains des psychanalystes[14]. Mais bien sûr, quand il tombera, ils seront là !

INNOCENCE OU CULPABILITÉ

Si nous analysons maintenant l'affaire de l'Œdipe Roi selon les ressources d'un paradigme du droit moderne, ce n'est sûrement pas la question de l'innocence qui risque d'être ébranlée. Au contraire, le droit moderne sera sans hésitation aucune d'accord avec Sophocle quant à l'innocence d'Œdipe. Sans *mens rea*[15] (c'est-à-dire intention criminelle ou « état d'esprit coupable »), aucun tribunal dans le monde occidental ne condamnera Œdipe ; quant aux tribunaux qui fonctionnent sur des modes non modernes, nous n'attendons que le jour où nous leur retirerons les pierres avant qu'ils ne les jettent.

Le « fond », le sens, de ce droit moderne est simplement que nous sommes tous « innocents » jusqu'au moment où le contraire sera prouvé par une procédure pénale juste et équitable. Nous n'avons pas le fardeau de prouver notre innocence, de même que celle-ci fait partie de notre existence comme sujet du droit. À aucun moment, on ne peut porter atteinte à ce statut d'innocence sans simultanément porter atteinte à notre statut de sujet du droit.

---

13. Jean Cocteau, *La Machine infernale. Pièce en 4 actes* (org. 1934), Paris, Grasset, coll. Les Cahiers Rouges, 1993.
14. Voir, J. Cocteau, *ibid.*, p. 129–174, (Acte 3. La nuit de noces), qui met en scène un Œdipe qui ne tourne qu'autour de son propre personnage. En fait, l'Œdipe de Cocteau joue le rôle de l'Œdipe, là où l'Œdipe de Sophocle joue le rôle d'un être humain. Le résultat, qui frappe tout lecteur de Cocteau, c'est la validation des thèses psychanalystes ayant cours dans le petit cercle intellectuel parisien des années d'entre deux guerres. C'est le même « marécage psychologique » que nous observons chez Georges Bataille, voir G. Bataille, Œuvres complètes, Paris, Gallimard, 1970.
15. Ou plus précisément : *actus non facit reum nisi mens sit rea*.

Quand donc Franz Kafka, dans sa nouvelle *Devant la loi* ou encore dans *Le procès* [16], met en marche la machine infernale face à un homme qui est « déjà coupable » sans savoir comment, pourquoi et pour quel motif, il nous interpelle sur la base même de notre modernité juridique, parce que cet homme vit dans un « vide », dans une absurdité, un monde où le sens du droit a perdu son sens moderne, relatif à l'innocence mentionnée, pour *a contrario* épouser les coutumes d'un antimodernisme où tous sont toujours déjà coupables de quelque chose ou de tout. En fait, si ce monde est « kafkaïen », au sens où ces termes servent à désigner un monde dépourvu de sens, c'est parce qu'il heurte notre sens du « droit » comme respect même de notre statut d'innocent.

Examinons de plus près *Le procès* quant à cette innocence. Le récit commence par ces termes révélateurs :

> On avait sûrement calomnié Joseph K. […] car, sans avoir rien fait de mal, il fut arrêté un matin.[17]

L'homme qui n'a rien fait de « mal », qui n'a pas été souillé par le mal est innocent comme chacun le sait. Et l'histoire de Joseph K. n'est que celle d'actes désespérés pour découvrir ce qu'on lui reproche. A-t-il commis un « crime » sans le savoir ? Quand ? Comment ? Joseph K. n'aura simplement jamais de réponse car il se heurte toujours à une « Loi » qui le présume toujours coupable. Elle se manifeste déjà au cours de l'arrestation :

> – Que voulez-vous que nous en fassions ? s'écria alors le grand gardien. Vous vous conduisez pis qu'un enfant. Que voulez-vous donc ? Vous figurez-vous que vous amènerez plus vite la fin de ce sacré procès en discutant avec nous, les gardiens, sur votre mandat d'arrestation et sur vos papiers d'identité ? Nous ne sommes que des employés subalternes ; nous nous connaissons à peine en papiers d'identité et nous n'avons pas autre chose à faire qu'à vous garder dix heures par jour et toucher notre salaire pour ce travail. C'est tout ; cela ne nous empêche pas de savoir que les autorités qui nous emploient enquêtent très minutieusement sur

16. Franz Kafka, *Le procès*, Paris, Gallimard, (1er édition 1936), 1972, coll. Folio nº 101. Observons le jugement du traducteur, Alexandre Vialatte, qui en visant particulièrement Le Procès, caractérise l'œuvre de Kafka ainsi : « Ses plus grandes œuvres sont des cauchemars de scrupuleux rédigés par un ironiste et par un roi de la parabole sur un ton de procès-verbal. C'est la plus singulière complainte du sort humain qu'on ait écrite » (p. 40). Kafka était bien sûr juriste de formation et il travaillait comme avocat de contentieux dans une compagnie d'assurances.

17. F. Kafka, *op. cit.*, p. 43.

> les motifs de l'arrestation avant de délivrer le mandat. Il n'y a aucune erreur là-dedans. Les autorités que nous représentons – encore ne les connais-je que par les grades inférieurs – ne sont pas de celles qui recherchent les délits de la population, mais de celles qui, comme la loi le dit, sont « attirées », sont mises en jeu par le délit et doivent alors nous expédier, nous autres gardiens. Voilà la loi, où y aurait-il là une erreur ?
>
> – Je ne connais pas cette loi, dit K…
>
> – Vous vous en mordrez les doigts, dit le gardien[18].

C'est toujours et irrémédiablement le motif de « non-innocence » qui nous révolte chez Kafka et c'est aussi sur ce fond que nous retrouvons l'Œdipe Roi de Sophocle. Ce qui frappe d'ailleurs comme étant assez semblable chez Sophocle et chez Kafka, c'est l'insistance sur le commun de l'être humain et donc aussi la mise entre parenthèses d'une analyse psychologique de l'Œdipe comme de Joseph K. En ce sens, Joseph K. n'est pas « lui », mais chacun de nous comme êtres humains souvent soumis à une « réalité » que nous ne maîtrisons guère ou qui simplement « joue » avec nous.

C'est essentiellement la question de la « connaissance » qui nous frappe dans l'évocation de Joseph K. et d'Œdipe. Nous avons, dans cette perspective, souligné à maintes reprises déjà qu'Œdipe ne connaissait pas son origine et tous les faits pertinents pour le juger selon le droit moderne. Certes, il finit par découvrir ces faits pertinents, mais ils sont désormais sans importance pour d'autres que lui-même car le droit moderne ne peut pas changer l'histoire du monde ou de l'homme, et il ne peut rien contre le Destin ou la Fatalité, n'étant pas soumis à leur juridiction, au sens où le jugement juridique, étant décalé dans le futur, doit toujours reposer sur des faits connus au moment du « crime ». En ce sens, le critère de « connaissance » doit se trouver à l'intérieur même d'un constat de *mens rea* pour constater la culpabilité.

En ce qui concerne donc spécifiquement Joseph K., tout le roman de Kafka, *Le procès*, est, comme nous l'avons indiqué, une quête sans fin pour enfin découvrir ce qu'on lui reproche. Il ne sait rien de son « crime » et personne ne veut lui dire, l'informer si crime il y a. Joseph K. bute toujours contre un mur de silence, de mots couverts ou simplement de juges ou d'avocats retors et corrompus.

18. F. Kafka, *op. cit.*, p. 49–50.

Or, le sens même du récit de Kafka, c'est que la « Loi » n'a rien à voir avec une loi juridique, ou simplement avec la législation qui peut servir comme source du droit, mais plutôt avec une loi morale qui dialogue avec Joseph K., et avec chacun de nous, à l'intérieur de nous-mêmes. Car devant cette loi morale, devant le tribunal de notre conscience, Joseph K. et nous-mêmes, pouvons bien plaider notre ignorance et notre innocence, mais en risquant de perdre royalement. Car, si Joseph K. est sûrement innocent sur le plan juridique, il est entièrement coupable sur le plan de sa propre conscience : il est coupable de ne pas vivre une vie entièrement humaine selon des critères qu'il accepte lui-même.

C'est donc spécifiquement le sentiment de désarroi de Joseph K. et son refus désespéré d'échapper à son propre jugement qu'on lui impose, contre sa volonté, sa conscience. En ce sens, il y a bien un fossé infranchissable entre le roi Œdipe qui, lui, vit humainement et Joseph K., qui fait uniquement semblant et qui vit son innocence comme culpabilité.

Pourtant le psychologisme de Kafka n'est pas infantilisant, comme dans les différentes reprises de l'Œdipe Roi faites par nos contemporains, de Freud à Cocteau, comme nous l'avons déjà mentionné, ou encore d'Anouilh à Lacan, il se pose plutôt en une mise en garde adressée à notre propension si moderne à renoncer à notre humanité, à la dimension « humanitaire » de l'homme au bénéfice de l'enivrante objectivation de soi-même et de son monde. C'est une autre façon de revenir au statut d'enfant que nous étions autrefois et de vivre ainsi notre modernité à l'envers, comme des sujets « enfants » dans une modernité uniquement « adulte » sur le plan des choses.

L'Œdipe Roi de Sophocle et Joseph K. de Kafka ne chassent certainement pas sur le même terrain. Au-delà pourtant de toutes les différences que nous pouvons énumérer, il n'en demeure pas moins vrai que c'est la question de l'humanité ou l'humanisme, qui se projette en avant pour nous. Car toute histoire n'a de sens que si nous comprenons que la place d'observateur ne nous apporte que très peu, sinon rien d'essentiel. Notre condition d'humain, d'homme ou de femme, doit simplement être vécue en « innocence » comme acteurs, comme artisans de nos vies.

POUR CONCLURE

En somme, la vie de l'homme, c'est de vivre dans l'innocence. Pourquoi se « souiller » dans le mal, dans le sang des autres, dans les cris et le malheur de son prochain ?

Bien sûr que la vie n'est pas édénique. N'avons-nous pas nous-mêmes choisi, à nos risques et périls, d'en sortir ? Peut-être que nous n'aurions pas dû, peut-être que notre plus grand « pêché », c'est d'être stupides. Beaucoup le prétendent, certainement pas sans raison ! Mais pourquoi donc le droit moderne tient-il *mordicus* à nous considérer comme toujours innocents jusqu'au moment où le contraire sera prouvé ? Simplement parce que seule une telle position nous permet de vivre humainement tous ensemble, de surmonter les tragédies de la vie qui, dans la mesure où elles sont sûrement moins tragiques que celle de l'Œdipe Roi, sont pourtant entièrement nôtres. C'est nous qui les vivons et c'est encore nous qui croupissons sous notre propre destin. Et si nous n'avons pas cette force de l'innocence, comment vouloir en sortir ? Comment vouloir se jeter dans la mêlée, mordre la vie à pleines dents, en sachant que l'on perdra à la fin ce que l'on chérit le plus, la vie, si l'on n'a pas ce brin d'humanité qui vient de son innocence ?

En fin, de compte, la procédure judiciaire et le jugement de culpabilité n'expriment pas autre chose, car seul peut être jugé par un tel procès un « acte » (ou une omission), et jamais une personne, un individu. Le droit moderne ne juge jamais des personnes.

4

UN REGARD MODERNISTE SUR LE « DROIT NATUREL » OU COMMENT REJOINDRE LA MODERNITÉ JURIDIQUE

La guerre des tranchées contre le « droit naturel », ou simplement entre le positivisme juridique et le « droit naturel », n'enflamme plus guère les esprits. Si hier encore la bataille faisait rage, menée par de courageux guerriers sans crainte au nom du « vrai droit » positiviste, contre le château du droit naturel, défendu avec détermination par les chevaliers pieux de l'idéo-droit de leur choix, il n'y a plus, aujourd'hui, que des escarmouches sporadiques ici et là. La poussière semble retombée sur les champs de Mars autrefois si agités et l'âme des guerriers de jadis, tombés au combat, a déjà déserté les lieux. La tension ne monte que sporadiquement de temps à autre quand l'un des champs semble transgresser la frontière entre les territoires conquis, et se résume, entre-temps, dans ce partage, si banal, de territoire ou simplement de butin. En pratique le champ « positiviste » a gagné la doctrine du droit (ou la dogmatique juridique), tandis que l'autre champ du "droit naturel » n'est pas si mécontent de sa part du terrain. Quant à ce dernier, précisément, désormais libéré de la tâche ardue de confectionner ce dogmatisme juridique, ses partisans peuvent maintenant avec autant d'opportunité et de ferveur s'investir ailleurs, et comme des aventuriers de la parole, le logos, ils peuvent désormais « écrire » le « droit », ou simplement ce qui en tient lieu, dans les différents interstices de l'existence humaine comme autant de « naturalité » qu'ils y voient.

Cette trêve des braves, ce baume adoucissant sur les plaies de jadis, ou encore cet étrange silence qui mène des tranchées autrefois occupées

par de vaillants combattants transpirant peur et bravoure et serrés les uns contre les autres, ne doit pas pour autant arrêter notre réflexion. Loin des tracas concernant l'écriture dogmatique du « droit » (c'est-à-dire l'objet des querelles de jadis), qui ne nous préoccuperont guère ici, nous voulons plutôt faire du « droit naturel » l'objet d'une réflexion moderniste, plus spécifiquement, analyser et interroger le discours du droit naturel à l'égard d'une conception ouverte et démocratique de la modernité juridique. L'idée de base que nous défendons, en soi si simple, c'est que le « droit naturel », tel que développé dans l'antichambre de la modernité juridique, doit la rejoindre. Il doit (et peut) la rejoindre à la hauteur d'une conception de la modernité juridique qui ne travaille dorénavant que dans la lumière d'une logique argumentative inclusive[1].

REJOINDRE LA MODERNITÉ JURIDIQUE

De prime abord, en explicitant, le sens de cette logique sur la manière dont le « droit naturel » peut, éventuellement, *rejoindre* la modernité juridique, nous voulons le rattacher à trois thèses. Disons simplement que le « droit naturel » pourra la *rejoindre* :

1. d'abord, en tant que « réservoir » traditionnel de la philosophie du droit (c'est-à-dire, historiquement établi sous l'étiquette de « droit naturel » ou se rapportant à celui-ci comme l'histoire d'une « philosophie du droit » présupposée, par ses partisans, « engageante ») qui, en un sens moderniste, nous donne accès aux choix de jadis ;
2. ensuite, en tant que « réservoir » de différentes conceptions « morales » ou « éthiques » se positionnant vis-à-vis d'une question du droit ou de l'ordre juridique, et qui, en un sens moderniste, nous donne accès aux préoccupations qui naissent ou qui se formulent au sein de notre contemporanéité ;
3. enfin, en tant que « réservoir » de l'imaginaire « juridique » quant à la direction à donner au droit aujourd'hui, et qui, toujours en

1. C'est cette conception qui nous dispense de caractériser davantage ce que nous entendons par la notion de « droit naturel ». Pour nous, le « droit naturel » est désigné comme se rapportant à tous les discours sur le droit qui n'ont pas réussi le test de la « modernité juridique ». Voir, sur le plan de l'histoire des idées, Henri Rommen, *Le droit naturel. Histoire - Doctrine*, Egloff, Fribourg & L.U.F., Paris, 1945 et Leo Strauss, *Droit naturel et histoire*, Paris, Plon, 1954.

un sens moderniste, peut inspirer notre façon de confronter et de remodeler notre futur juridique.

La portée de ces trois façons de *rejoindre* la modernité juridique fera l'objet des développements théoriques (et philosophiques) qui suivent. Puisque le rôle restreint et circonscrit que nous attribuons de cette façon au « droit naturel » ne plaira pas nécessairement à tous ses partisans – qui chercheront plutôt, pour leur part, à faire prévaloir un « droit naturel » conçu comme relevant d'une « logique ordonnatrice » ou, simplement, comme s'insérant dans une conception d'idéo-droit présupposé comme impératif –, une précision préliminaire s'impose : il s'agit de mettre en avant la conception de la modernité juridique (et de sa philosophie du droit) qui pourra le plus adéquatement possible servir comme explication de cette logique de « *rejoindre* ».

LA MODERNITÉ ET LA PHILOSOPHIE DU DROIT

En quelques lignes, nous ne saurions qu'évoquer la multiplicité des thèmes et des aspects qui se rattachent à la question de la « modernité juridique »[2]. D'où l'obligation d'être succinct et de se restreindre à quelques idées-clefs qui permettent de comprendre cette exigence. Commençons d'abord avec un examen, dans ses grandes lignes, du nœud de cette conception, pour ensuite spécifier ses conséquences pour une philosophie « moderniste » du droit.

On peut le dire d'une façon paradigmatique : la modernité juridique se réfère exclusivement à la possibilité que possède un sujet de droit pour se faire reconnaître, en réciprocité avec d'autres sujets du droit, comme le lieu d'explication et de réalisation du droit. En d'autres termes, les sujets du droit doivent, réciproquement être capables, en toute autonomie, de se reconnaître mutuellement aussi bien comme les auteurs que les destinataires de leurs lois, de leurs normes et de leurs institutions judiciaires et politiques. D'où s'ensuit le fait que la modernité juridique repose sur l'existence des sujets du droit qui s'affirment comme tels et qui utilisent leur autonomie pour se voir confirmés effectivement comme des auteurs et destinataires d'un droit

2. Voir, B. Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit*, Québec, Les Presses de l'Université Laval et Paris, L'Harmattan, 1998, repris 2004 dans la collection Diké, Les Presses de l'Université Laval ; idem, *Réflexions sur la philosophie du droit*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2000 ; idem, *Rawls ou Habermas. Une question de philosophie du droit*, Québec, Les Presses de l'Université Laval et Bruxelles, Bruylant, 2002.

qu'ils s'accordent à honorer comme le leur. C'est donc uniquement dans l'analyse des faits, précisons-le, que nous pouvons, en fin de compte, constater effectivement comment une telle modernité juridique existe réellement ou brille, au contraire, par son absence. Car il y a toujours, bien entendu, loin de la coupe aux lèvres, et la plupart des États, même ceux qui se targuent le plus d'être (par quelle magie !) de « droit », risquent bien de voir se dresser sur leurs chemins des faits encombrants.

Une telle compréhension de la modernité juridique n'est défendable, nous en sommes conscients, qu'explicitement conjuguée, en pensée et en fait, avec les processus démocratiques[3]. Dans cet objectif, l'existence d'un sujet du droit fusionne sans ambages avec le rôle du citoyen sur la scène politique et sociale, pour ne former en fin de compte ensemble que la possibilité pour l'individu de se manifester juridiquement ou politiquement ou, plus heureusement, les deux à la fois. Le citoyen travaille en ce sens, politiquement et socialement, en vue de s'affirmer et se réaliser en tant que sujet du droit, ce qui l'amène à se voir engagé sur le chemin de la réalisation de la promesse d'une modernité juridique. Il s'ensuit que ce sont les processus démocratiques qui deviennent l'épicentre d'une conception de la « démocratie », par opposition à (et *a contrario*) d'une conception qui ne vise que la perspective de l'observateur à l'égard des « institutions » et la question de savoir si cet observateur y accorde ou non l'adjectif ou l'étiquette « démocratique ». En revanche, uniquement les processus démocratiques représentent, spécifiquement, seuls ce lieu indispensable permettant effectivement aux citoyens/sujets du droit de s'affirmer comme les auteurs et les destinataires de leurs lois, normes et institutions judiciaires et politiques, toujours d'ailleurs dans une logique de réciprocité, de sorte que le processus de reconnaissance est englobé dans (et produit son sens à l'intérieur même de) ces processus démocratiques qui n'excluent personne. Les sujets du droit sont, en somme, devenus lieu d'explication du droit et ils représentent désormais notre seule façon de nous approcher et de réaliser le projet moderne du droit.

La modernité juridique en conséquence sonne, le glas de tout discours de fondation du droit comme étant uniquement inutile ou

3. Jürgen Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1992. Sur cette question, voir B. Melkevik, *Rawls ou Habermas. Une question de philosophie du droit, op. cit.*

toujours faux. La vocation assez traditionnelle, que nous retrouvons dans les discours du droit naturel (et également dans des parties non négligeables de la philosophie du droit), qui prétend introduire la question du « droit » dans une quête en vue de trouver le « fondement », la « fondation » ou encore la « justification » (ultime, nécessaire, rationnelle, *a priori* ou *a posteriori*, etc.), apparaît en conséquence comme un leurre. Même un « fondationnalisme » modeste ou souple, qui cherche à mobiliser les niveaux de narration ou d'interprétations, n'a tout simplement plus d'intérêt. Bref, le « fondationnalisme » met en œuvre des discours superflus et trompeurs, dans la mesure où ils peuvent uniquement trouver les sujets du droit dans une position de soumis à l'hétéronomie préférée de ses instigateurs ou simplement dans une position infantilisante de destinataires, là où, précisément, il faut au contraire insister sur le sujet du droit en position d'autonomie.

Il s'ensuit que le rôle de la philosophie du droit ne consiste plus à être un quelconque gardien, un « chien de garde » de la « rationalité », « de l'Éthique », « de la Justice », ou de quoi que ce soit de cet ordre « fondationnaliste », mais plus modestement à se situer dans une position d'accompagnement de la modernité juridique[4]. La philosophie du droit moderne renonce à toute prétention d'un "*platzanwiser*" (c'est-à-dire. celui qui détermine l'emplacement ou le sens par le biais d'un discours de l'hétéronomie), pour mieux accompagner le projet juridique moderne et le faire sien philosophiquement.

Sans détour, la philosophie du droit accompagne, dans un tel objectif, la réflexion que tout sujet peut faire relativement aux arguments et raisons à évaluer dans le processus de sélection des normes susceptibles d'être honorées comme valides. Et quoique les « discours de fondation » du « droit », de Rawls[5] à Dworkin[6] et *ad infinito*, tiennent

4. Voir, B. Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit, op. cit.,* p. 13-25 et, idem, *Réflexions sur la philosophie du droit, op. cit.*, p. 7-16.

5. John Rawls, « The Law of Peoples », dans S. Shute et S. Hurley (dir.), *On Human Rights : The Oxford Amnesty Lectures*, New York, Basic Books, 1993 (traduit en français : « Le droit des gens », Paris, Éditions Esprit, 1996) ; idem, « The Law of Peoples, with « The Idea of Public Reason Revisited », Cambrigde (Mass.), Harvard University Press, 1999 (traduction française en préparation). L'éthique fondationaliste rawlsien est soumise à une réflexion critique dans B. Melkevik, *Rawls ou Habermas. Une question de philosophie du droit, op. cit.*

6. Ronald Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, 1995 ; idem, *Une question de principe*, Paris, PUF, 1996 ; idem, *L'empire du droit*, Paris, PUF, 1994.

encore le haut du pavé, comme l'affirmation que l'esprit de l'homme progresse bien lentement, il ne fait guère de doute que la modernité juridique travaille plutôt, *a contrario*, dans une logique de « sélection des normes » (c'est-à-dire lois, normes, institutions, etc.) qui présuppose une autonomie sans tâche des sujets. C'est uniquement dans un tel discours de « sélection des normes » que nous pouvons aujourd'hui reconnaître les exigences de la modernité du droit, telle qu'elle affirme le sujet du droit dans son rôle, non négociable, d'autonomie en vue de choisir démocratiquement les normes qu'il concède devoir honorer comme « valides ».

Il s'ensuit, logiquement, que cet acte de « sélection » ne peut se faire que sur le plan de l'argumentation et, également, que cette argumentation requiert un espace public où se retrouvent les sujets du droit/citoyens en train d'argumenter pour pouvoir sélectionner leurs institutions, leurs normes et leurs droits. La modernité juridique relègue, en fait, tout autre niveau discursif[7], y compris tout instance pré-critique, à la préhistoire du droit, en soulignant que l'autonomie moderne nécessite une intersubjectivité que seul peut être obtenue à ce niveau « argumentatif ». D'où une « intersubjectivité » qui doit se concrétiser dans le paradigme d'un dialogue, voire, plus important encore, dans l'exigence d'une telle intersubjectivité à réaliser en vue d'un droit démocratique.

Les sujets du droit ne peuvent, précisément, se voir affirmer leur autonomie que dans une intersubjectivité argumentative en vue de « sélectionner » les normes, les droits et les institutions qu'ils acceptent, en toute autonomie, de considérer comme « valides » pour eux. Il s'ensuit, logiquement, qu'il faut alimenter l'espace public avec des arguments de toute sorte pour, en réciprocité, s'éclairer sous le feu des arguments et pour faire démocratiquement la sélection qui les convainc. L'espace public devient, effectivement, « public » par le fait même d'acheminer une pluralité de discours qui fusent de toutes parts sans aucune restriction ni préalable ni *post festum*. Des discours spécialisés, issus des différentes disciplines scientifiques et reposant sur une pluralité de recherches différentes, ou encore des discours personnels, existentiels, phénoménologiques, etc., peuvent de cette sorte regagner

7. Par exemple, les niveaux « narratif » ou « interprétatif » ; c.f. B. Melkevik, *Réflexions sur la philosophie du droit, op. cit.*, p. 38.42.

l'espace public. Ces discours sont indispensables pour prendre le pouls de ce qui se passe effectivement dans la société, surtout à l'égard de ce qui « compte » pour les citoyens. Que l'espace public puisse ainsi être associé à « une caisse de résonance » le confirme d'ailleurs comme le lieu par excellence du projet juridique moderne !

À ce stade de notre explication de la modernité juridique, le lien avec nos thèses initiales et avec ce que nous avons appelé la logique de *rejoindre* s'éclaire instantanément. Précisément, parce que :

- le droit naturel ne peut rejoindre la modernité juridique que sur le plan argumentatif et comme tel se soumettre aux tests démocratiques en vue de sélectionner nos droits, normes et institutions ;
- le droit naturel s'inscrivant dans l'horizon de notre modernité juridique ne se résume que par des arguments que les sujets du droit évaluent mutuellement en toute autonomie dans l'espace public ;
- le droit naturel peut, sans privilège et sans aucun « atout » (traditionnel ou « dworkinien »), utiliser ses ressources argumentatives pour alimenter l'espace public et exercer une influence sur le résultat auquel aboutit à la fin (quoique toujours provisoirement) le processus de sélection moderniste.

Désormais, c'est l'image d'une question de droit communicative et ouverte qui se dessine, celui-ci envisagé comme un discours particulier qui doit être apprécié eu égard à son éventuel apport à notre modernité juridique. Par la suite, nous allons avoir la confirmation de ces trois affirmations en analysant les discours du droit naturel, à la lumière de cette conception de la modernité juridique.

LE « DROIT NATUREL » ET LE POIDS DE LA TRADITION

Approfondissons maintenant notre première thèse, qui affirmait, rappelons-le, que le droit « naturel » doit être abordé, entre autres, comme tradition, comme « réservoir » historique, et qu'il peut de cette façon nous donner accès aux choix de jadis. Cette thèse ne concerne pas uniquement l'histoire du droit naturel, car différentes traditions sont toujours « vivantes » et cherchent vigoureusement à se faire entendre. Rappelons, en ce sens, que les théories, les « écoles », ne meurent

jamais, si ce n'est comme autant de Phœnix[8], qui renaissent toujours de leurs cendres, comme « naturalités » (ou « logos ») qui refusent de mourir. Le « droit naturel » doit, de cette façon, être considéré aujourd'hui comme donnant accès à une recherche archéologique des arguments et des raisons d'autrefois, à leurs permanences dans la pensée juridique et au poids du passé dans la modernité.

Le poids du « passé » et la vénération d'un « droit naturel » historique peuvent s'illustrer par une référence au contexte « français ». Car, étant donné que la recherche et l'écriture en philosophie du droit sont, dans ce contexte, soumises à un paradigme « historique », il s'en est suivi une revalorisation toute particulière du « droit naturel »[9]. En effet, de larges pans de ce qu'on nomme couramment la philosophie du droit, bien que nous devrions toujours exprimer une certaine réserve quant à la pertinence de cette expression ici, ne sont en fait que la valorisation de différentes opinions, pensées, idées, positions, systèmes, etc., développés, historiquement parlant, par les partisans du droit naturel. En survolant cette production (et reproduction) actualisée du droit naturel, nous pouvons avoir un accès solide aux idées relatives au « droit » d'autrefois, et recevoir également une invitation philosophique, quoique toujours illégitime, à engager notre esprit à partir de Platon[10], d'Aristote[11], de St. Thomas[12], ou encore de Leibniz[13], de

8. Jean Hubaux et Maxime Kerov, *Le mythe du phénix*, Liège & Paris, Bibliothèque de la Faculté de philosophie et lettres de l'Université de Liège, 1939.
9. Voir : Christian Atias, *Philosophie du droit*, Paris, PUF, 2000 ; Bruno Oppetit, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz ; Simone Goyard-Fabre, *Les fondements de l'ordre juridique,* Paris, PUF, coll. L'interrogation, 1992 ; Michel Villey, *Philosophie du droit,* Paris, Dalloz, collection : Bibliothèque Dalloz, 2000 ; Cf. également Jean-Cassien Billier et Aglaé Maryioli, *Histoire de la philosophie du droit*, Paris, Armand Colin, 2001.
10. Ana Neschke-Hentschke, *Platonisme politique et théorie du droit naturel*, vol 1, Louvain-Paris, Éditions Peeters, 1995.
11. Werner Wilhelm Jaeger, *Paideia : la formation de l'homme grec*, Paris, Gallimard, 1964 (1988) ; c.f. idem, « Éloge de la Loi », Bulletin Guillaume Budé, tome VIII, 1949.
12. Michel Villey, *Philosophie du droit, op. cit.* ; idem, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Montchretien, 1975 ; Sur la philosophie du droit de Villey, voir Stéphane Bauzon, *Le métier de juriste. Du droit politique selon Michel Villey,* Québec, Les Presses de l'Université Laval, collection Diké, 2002 ; Félicien Rousseau, *C'est la misère qui juge le monde*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2001. .
13. René Sève, *Leibniz et l'école moderne du droit naturel*, Paris, PUF, coll. Questions, 1989

Kant[14], de Fichte[15] et de Hegel[16], et ainsi de suite, en vue de propager, aujourd'hui encore, leur droit naturel ou les différentes formes de l'idéo-droit qui trouvent leur origine philosophique chez ces illustres penseurs. Quoique l'histoire et la tradition du droit naturel ne possèdent désormais plus aucune autorité, il se peut éventuellement que de bons arguments (que nous distinguons donc de toute construction d'idéo-droit) tirés de cette tradition puissent permettre d'illustrer les choix faits autrefois et éventuellement servir pour réactualiser ces choix relatifs à nos problèmes ou interrogations contemporaines. Disons simplement que nous ne pouvons jamais préjuger de la question, ni positivement ni négativement, mais seulement –comme nous y oblige notre modernité juridique– nous introduire réflexivement dans un dialogue concernant ces arguments et ces raisons.

L'exemplification d'un tel dialogue peut, par exemple, être conceptuelle, comme dans le cas des concepts philosophiques, souvent importés à la légère dans la philosophie du droit, comme ceux de « dignité », « dignité humaine », « propriété », « personne », « obligation (morale) », « vertu », etc[17]. Aujourd'hui, notre situation normative concernant les dits concepts repose, en fait, sur des arguments et des « raisons » élaborés au fil d'une longue histoire, souvent à intérieur d'un paradigme du droit naturel ou simplement à l'égard des différentes écoles du droit naturel. Faire ressortir les présupposés de cette tradition

14. Simone Goyard-Fabre, *Kant et le problème du droit*, Paris, Vrin, 1975 ; idem, *La philosophie du droit de Kant*, Paris, Vrin, 1996 ; idem, *Les fondements de l'ordre juridique*, Paris, PUF, coll. L'interrogation philosophique, 1992, p. 313-370 (Repenser Kant).
15. Alain Renaut, *Le système du droit. Philosophie et droit dans la pensée de Fichte*, Paris, PUF, coll. Epiméthée, 1986 ; idem, *Qu'est-ce que le droit ? Aristote, Wolff et Fichte*, Paris, Vrin, 1992 ; Marc Maesschalek, *Droit et création sociale chez Fichte. Une philosophie moderne de l'action politique*, Louvain-Paris, Éditions Peeters, 1996.
16. Bernard Bourgeois, *Le droit naturel de Hegel. Commentaire*, Paris, PUF, 1986 ; François Rangeon, *Hobbes. Etat et droit*, Paris, J.-E. Hallier/Albin Michel, 1982 ; Louis Roux et François Tricaud (dir.), *Le pouvoir et le droit. Hobbes et les fondements de la loi*, Saint-Étienne, Publications de l'Université Saint-Étienne, 1992 ; Alexandre Kojève, *Esquisse d'une phénoménologie du droit : exposé provisoire,* Paris, Gallimard, 1981. Sur Kant, Fichte et Hegel, voir également Bernard Gilson, *L'essor de la dialectique moderne et la philosophie du droit*, Paris, Vrin, 1991.
17. Voir, Bjarne Melkevik, "Les concepts de *personne* et *dignité*: la question de droit », dans Stamatios Tzitzis et Jacques-Robert Robert (dir.), *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2003, p. 77-88. Reproduit dans ce volume.

ne peut avoir qu'un effet thérapeutique bénéfique quant au « droit » que nous devons sélectionner démocratiquement.

Cette permanence du « droit naturel »[18], soulignons-le, ne se limite pas exclusivement aux concepts mentionnés ci-dessus, mais représente une façon particulière de raisonner sur le « droit » (ou sur ce qui en tient lieu ici). D'autres partisans du « droit naturel » utilisent les concepts d'« équité », de « contrat social », de « souveraineté nationale", d'« institution », de « constitutionnalisme », de « pouvoir », etc. Pourtant, le danger, si présent dans de tels discours du droit naturel, consiste à se croire dans la position d'un capitaine Achab, « héros » du livre de Herman Melville, *Moby Dick*[19], qui, comme chacun le sait, a chassé une baleine blanche et unique, appelée Moby Dick, à ses propres risques et périls, et surtout au risque du naufrage de son navire avec son équipage. Comprenons-le bien, c'est toujours une faute rationnelle, menant au naufrage intellectuel, que de prendre l'existence d'un quelconque concept pour la preuve de l'existence d'une réalité spécifique dite de « droit ». Au-delà du choix de l'un ou de l'autre des concepts mentionnés, il faut plutôt affirmer *a contrario* qu'un droit naturel rattaché au « concept » n'a que peu d'intérêt si l'objectif est, ce que nous présumons, de l'utiliser comme tremplin pour forger des arguments et des raisons au bénéfice du « droit ».

Une autre sorte de dialogue repose sur de simples problématiques pérennisées, telles que la question de l'attitude à adopter relativement à l'avortement, aux pratiques eugéniques, à l'euthanasie, au meurtre par compassion, etc. Il est assez facile, en réalité, de constater que si notre contemporanéité peut se targuer de ses avancées scientifiques, technologiques et surtout génétiques, avec la possibilité de modifier l'espèce humaine, un quelconque consensus sur ces questions n'a pas pu être établi[20]. Nous ne prenons pas trop de risque en affirmant que notre contemporanéité a eu comme effet d'accentuer les divergences

18. Rappelons le livre classique de Philippe Delhaye, *La permanence du droit naturel*, Louvain, Éditons Nauwelaerts ; Lille, Librairie Giard ; Montréal, Libraire Dominicaine, 1960. Ou encore, J. Charmont, *La renaissance du droit naturel*, Paris, Duchamin, 1927.

19. Herman Melville, *Moby Dick*, Paris, GF-Flammarion, 1989

20. B. Melkevik, « La responsabilité devant la mort ? Sue Rodriguez devant la Cour suprême du Canada », dans *Revue internationale de philosophie pénale de criminologie de l'acte*, n° 7-8, 1996, p. 87-101 ; repris dans idem, *Horizons de la philosophie du droit, op. cit.*, p. 77-90.

normatives en idéologisant les positions. La modernité juridique ne permet pas pour autant qu'un quelconque frein soit introduit face à nos interrogations sur ces problèmes, car, en les retrouvant maintenant comme « choix de société", nous ne pouvons que profiter mutuellement des arguments des autres et, en toute autonomie, nous laisser éclairer relativement aux choix que souhaitent faire nos co-sociétaires. Ce qui nous oblige à nous ouvrir aux arguments venus des différentes traditions historiques du droit naturel et surtout à évaluer les arguments énoncés, dans la mesure du possible sans parti pris négateur. Il sera simplement non pertinent (ou mieux, le signe d'un auto-aveuglement) de refuser d'entrer dans un dialogue, débat, avec ces auteurs, ces positions, ces réponses, etc., issus des traditions du droit naturel sur ces questions.

Les partisans contemporains du droit naturel nous forcent aujourd'hui à entrer dans un tel dialogue, en actualisant, en effet, pour leur part, les arguments et les raisons de jadis, selon les modes discursifs d'aujourd'hui. La beauté de la chose est que, de cette façon, une prise en compte plus large des arguments et des raisons qui ont forgé, historiquement, notre contemporanéité s'assure dans le dialogue, au bénéfice, bien entendu, d'une réflexion toujours renouvelée sur la pertinence de ces arguments, en tant que soumis, sans privilège, au jugement de la modernité juridique.

LES « DROITS NATURELS » COMME ÉTHIQUES

Jetons maintenant un regard sur le « droit naturel » contemporain, c'est-à-dire sur les théories du droit naturel, délestées, en principe, de toutes les références à la tradition historique proprement dite. Risquons le jugement que celui-ci privilégie aujourd'hui la promotion d'une Éthique, ou des éthiques, comme sens, fondement ou justification (c'est-à-dire comme discours « fondationnaliste ») de ce qui est présupposé représenter (ou « être ») le « droit » (c'est-à-dire l'idéo-droit privilégié par chacun des courants « éthiques »). Nous remarquons, en ce sens, que le droit naturel contemporain est divisé par une lutte interne, sur la question de savoir si le « fondement », la fondation ou la justification, dudit « droit », doit être constitué à l'égard d'une conception du « bien » ou d'une conception du « juste » (ou de la « justice »).

Comme l'affirme le théoricien anglais John Finnis, autorité parmi les partisans de la fondation sur le « bien » :

> Dans l'éthique et la théorie politique – les disciplines fondamentales pour la jurisprudence [c'est-à-dire la philosophie du droit : BM] et la théorie du droit – le concept « droit naturel » se réfère à un ensemble de propositions désignant (1) les biens humains de base, (2) les exigences générales pour choisir correctement, et (3) les normes morales spécifiques qui peuvent être déduites de ces exigences comme significatives pour des biens de base particuliers[21].

Une conception comme celle de Finnis aura simplement comme tâche première de spécifier, toute seule ou avec des « amis », ce qui doit compter comme « biens humains de base »[22]. La construction du « droit » (ou simplement la morale ou l'éthique qui en tient lieu) se concrétise en conséquence (et faussement) comme l'une des conclusions directes ou indirectes du fondement initial. D'où aussi la possibilité d'utiliser la conception initiale de base concernant le « bien » comme niveau supérieur de « censure », ou de contrôle, ou simplement comme supplément interprétatif en ce qui concerne le « droit », ou plus spécifiquement l'idéo-droit.

Même son de cloche chez les partisans du « juste » (ou de la « justice ») : ce qui change, ce n'est pas la logique de fondation proprement dite (ou des préoccupations « fondationnalistes), mais le fait de l'engager dans une autre direction. John Rawls est sûrement ici celui qui

---

21. John Finnis (dir.), « Préface » à *Natural Law. Volume I*, Aldershot, Dartmouth, 1991, coll. The International Library of Essays in Law and Legal Theory, page xi. Notre traduction : « In ethics and political theory-the disciplines fundamental to jurisprudence or legal theory – the term « natural law » refers to the set of propositions picking out (1) basic human goods, (2) general requirements of rights choosing, and (3) the specif moral norms deductible from those requirements as they bear on particular basic goods »..

22. John Finnis, *Natural law and natural rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980. Notons que nous trouvons dans ce livre, pages 85-90, une liste (non exhaustive) de ce qui doit selon Finnis compter comme « biens humains de base ». Il identifie ces « bien humains de base » comme étant « vie », « connaissance », « jeux », « expérience esthétique », « socialité (amitiés) », « raisonnabilité pratique » et « religion ». Finnes rattache cette conception à St. Thomas d'Aquinas : « ..for Aquinas, the way to discover what is morally right (virtue) and wrong (vice) is to ask, not what is in accordance with human nature, but what is reasonable. And this quest will eventually bring one back to the *underived* first principes of pratical reasaonableness, principles which make no reference at all to human nature, but only to human good » ; *ibid*, page 36.

a eu le plus de succès avec sa définition du concept de « justice »[23]. En se situant unilatéralement sur le plan de la « distribution », mettant entre parenthèses la tradition de « justice commutative » qu'il néglige, Rawls nous enseigne que la « justice » doit aujourd'hui être comprise de la manière suivante :

> 1/ 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.
>
> 2/ 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[24].

Chez Rawls, la conception de la « justice » est fondée sur l'intuition morale. Le concept de « justice » est, de la sorte, présupposé être continuellement actualisé par le bagage traditionnel de notre morale, en même temps qu'il se fonde sur le sentiment moral s'incarnant chez un individu, en le constituant, par un caractère moral adéquat. Rawls présuppose que cette formulation de la « justice » (ou du « juste ») devra être prise comme « fondement » de notre compréhension du « droit ». Or, de cette manière, le concept du « juste » est transmuté en « élément normatif », ce qui permet, d'une part, de jeter le discrédit sur la conception du « bien » comme étant trop « matériel » (voire bassement humain) et, d'autre part, de présupposer que s'y concrétisent, avec cette formulation, les valeurs essentielles qui ont caractérisé le progrès éthique de l'humanité tout entière. L'insistance sur le « juste » sert en somme à cimenter un fondement du « droit naturel » comme n'étant pas toujours uniquement « là » comme bagage culturel, mais comme étant nécessaire et essentiel pour toute entreprise normative et donc, par ce biais, également pour le « droit ».

Dans une perspective « moderniste », il va sans dire que le choix entre un idéo-droit, construit soit sur une conception du « bien ». soit

23. Cf. B. Melkevik, *Rawls ou Habermas. Une question de philosophie du droit, op. cit.*
24. J. Rawls, *Libéralisme politique, op. cit.*, p. 29-30. Voir également, idem, *Théorie de la justice*, 2e édition, Paris, Seuil, 1997.

sur une conception du « juste » (ou de « justice »), a peu d'importance. Nous ne pouvons pas prétendre avancer d'un iota en choisissant entre Belsebuth ou Lucifer[25] ! Par conséquent, il faut plutôt concevoir comment le droit naturel éthique, l'idéo-droit du jour, se concrétise dans différentes stratégies.

Identifions la première stratégie comme consistant à utiliser l'Éthique pour introduire un « troisième » concept, ce que confirme, par exemple, le concept de « propriété ». En observant cette stratégie, surtout dans le cadre de la société nord-américaine, nous constatons que le concept de « propriété » est promulgué à titre de fondement de la société, d'une société libre et libérale, de l'humanisme « juridique », et ainsi de suite, pour, en fin de compte, se voir attribué le statut d'un idéo-droit fondamental. La pensée magique qui s'exprime ici sert concrètement aux partisans du droit naturel éthique à sauter vers un discours fondationnaliste quant au sens à attribuer à l'État et au droit, sinon à rattacher le concept d'État de droit à une idéologie réduisant, illégitimement, toute question de « droit » à un sub-service en vue de cette même doctrine dite de droit naturel éthique [26]. Bien entendu, cette stratégie dite du « troisième concept ajouté » peut également fonctionner avec d'autres concepts sans pour autant que la réflexion gagne en lucidité.

La deuxième stratégie consiste plutôt à valoriser une autorité éthique à l'égard d'une question de droit. Il s'agit ici de mettre en scène une « autorité éthique » avec le but précis de privilégier le droit naturel correspondant au « message » éthique de ces « autorités ». Il s'agit d'utiliser concrètement le mot (et la symbolique) du droit pour la cause

25. Bertens, da Silva (dir.), *Libéraux et communautariens*, Paris, PUF, coll. Philosophie morale, 1997 ; c.f. Philosophy and Social Criticism, vol, 14, no ¾, 1988, p. 237-471, numéro spécial intitulé « Universalism vs. Communitarianism : contemporary debates in ethics » (les pages 441-472 fournisse une bibliographie très utile).

26. R. Nozick, *Anarchie, État et Utopie*, Paris, PUF, 1988 ; J. M. Buchanan, *The Limits of Liberty. Between Anarchy and Leviathan,* Chicago, University of Chicago Press, 1975 ; David P. Gauthier, *The Logic of Leviathan*, Oxford, Clarendon Press, 1969, et idem, *Morale et contrat : recherche sur les fondements de la morale***,** Liège, Mardaga, 2000. 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 B. Melkevik, « L'épistémologie hayékienne et la question de droit : analyse et critique », dans idem, *Réflexions sur la philosophie du droit, op. cit.* p. 133-151.

défendue. D'emblée, soulignons que nous ne pensons pas spécifiquement ici aux autorités traditionnelles, comme St. Thomas pour le droit naturel catholique ou à l'actualisation de celui-ci, par exemple, par le pape Jean-Paul II[27], mais plutôt aux « autorités nouvelles », c'est-à-dire aux héros du tiers-mondisme, de l'altermondialisme, de la politique « verte », du développement durable, des marchandises « équitables », etc. Sur le plan d'un droit naturel « éthique », toutes les causes (et les concepts mobilisés pour l'occasion) doivent être métamorphosées comme étant de « droit ». Pour ses partisans, la cause défendue, qu'il s'agisse de l'altermondialisme, de l'air frais, etc., devient l'idéo-droit que les autres refusent de reconnaître.

La troisième stratégie que nous souhaitons mentionner cherche à ancrer les "problèmes existentiels », comme souci existentiels, dans un droit naturel éthique. Il s'agit d'une stratégie de récupération, consistant simplement à ancrer les « soucis » existentiels exprimés socialement et politiquement, dans une théorie éthique préétablie dite du « droit naturel ». En fait, nous constatons, que nombre de préoccupations éthiques manifestes dans la société (dont nous pouvons citer en exemple les interrogations sur l'euthanasie, le clonage, la peine de mort, etc.) s'illustrent, par la suite, en discours dits de « droit naturel ». Concrètement, cette troisième stratégie récupère ces « soucis » existentiels en faisant croire que leur théorie éthique y répond sur le plan d'un Idéo-droit de leur cru.

Mettons maintenant l'accent sur le fait qu'un partisan éthique du droit naturel n'a pas nécessairement une relation sereine et équilibrée avec son « objet ». Si, par exemple, un tel partisan utilise la théorie de droit naturel pour introduire une « obligation » ou un « devoir » de son cru[28], tout dialogue avec la modernité juridique risque d'être hasardeux. Avec sa théorie, en cherchant, à pallier ce qu'il considère comme « un manque » dans la société, il joue en effet toute son entreprise « éthique » sur la seule valeur de sa propre conception du « droit naturel ». Il va sans dire qu'un partisan « éthique » de droit naturel peut de la sorte

27. Philippe I. André-Vincent, *Les droits de l'homme dans l'enseignement de Jean-Paul II*, Paris, LGDJ, collection : Bibliothèque de philosophie du droit no 28, 1983. Voir également Michael Stogre, *Pensée sociale chrétienne et droits des aborigènes*, Montréal, Éditions Paulines, 1993, page 182-226, cf. également les pages 241-284

28. Voir, Stephan Theron, *Morals as founded on natural law*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1988.

être poussé à s'engager sur les pentes glissantes d'un anti-modernisme « juridique », avoué ou implicite. Le partisan du modernisme juridique ne fera jamais de même : la modernité juridique n'a pas d'ennemi au sens schmittien.

En fin de compte, lorsqu'on évalue, le droit naturel « éthique », il faut insister sur le fait que cette conception présuppose toujours qu'il existe déjà ou que nous pouvons compter, par la force magique de la « raison », sur une unanimité relative aux choix « éthiques ». Un peu de lucidité nous enseigne plutôt qu'il s'agit ici d'un leurre commode et séduisant.

LE DROIT NATUREL ET L'IMAGINAIRE JURIDIQUE

Notre troisième thèse affirmait, rappelons-le, que le droit naturel peut nous servir de « réservoir » d'imaginaire juridique. Par contraste donc, mais aussi en parallèle avec le positivisme juridique et son paradigme d'une interprétation de *lege ferenda* ou encore d'une argumentation politique du droit, en tant que corollaire de la thèse d'un « droit valide », il nous semble, peut-être à cause du partage de *law jobs* entre ledit positivisme et le droit naturel, que le « droit naturel » est davantage parvenu à alimenter ce bassin si nécessaire à notre culture juridique. Pensons, uniquement en ce sens, à l'étude magnifique d'Alan Watson, *Failures of the Legal Imagination* (Les manquements de l'imaginaire juridique), pour mesurer l'importance de l'imaginaire juridique en pratique[29].

Voici le point de vue auquel nous sommes parvenus pour notre part : « L'imagination juridique représente un « réservoir » non réel constitué par la pensée humaine et représenté dans différentes formes de narrations (contes, fables, narrations d'origines, histoires, épopées, poésies, romans…) qui s'adressent symboliquement à une question de droit identifiable intellectuellement » [30].

29. Alan Watson, *Failures of the Legal Imagination*, Edinburgh, Scottish Academic Press, 1988. C.f., idem, *Sources of Law, Legal Change, and Ambiguity,* Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1984.

30. À comparer avec la définition de Jean-Robert Henry, « Imaginaire juridique », dans André-Jean Arnaud (dir), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ et Bruxelles, Story-Scientia, 1988, 1re édition, page 180, qui définit ainsi l'imaginaire juridique : « Approche du phénomène juridique considérant le droit comme une représentation active du réel, comme une vision agissante du droit ». Il

En ce sens, l'imaginaire juridique, se rapporte à la faculté de l'esprit (ou de la pensée) à se représenter symboliquement ou à évoquer des « images » discursives concernant une question du « droit ». Constatons immédiatement comment l'imaginaire juridique se distingue légèrement de l'utopie juridique (c'est-à-dire le droit dans un lieu qui n'existe pas[31]) ou encore, plus distinctement, d'un droit alternatif (c'est-à-dire d'un droit politique forgé pour supplanter ou corriger un « droit » effectivement en vigueur[32]). La lutte « littéraire » contre la « peine de mort » peut, concrètement, servir à ancrer cette position en rappelant, surtout dans le contexte européen, que l'abolition fut préparée par différentes formes de narrations mettant en scène de pauvres gens victimes d'un système judiciaire plus ou moins corrompu. Mentionnons le roman de Victor Hugo, *Les Misérables*, lequel, structuré dans l'opposition entre un tel système corrompu et la lutte d'un « innocent », se concrétise comme une dénonciation de la peine de mort, du fanatisme de la « loi », de la « justice » et des « juges »[33]. Comme nous le rappelle Philippe Malaurie, la morale « de cette histoire, c'est que le droit doit être transcendé et qu'il faut parvenir à la fraternité humaine, parce que sa raideur inflexible lui fait perdre les valeurs essentielles de l'humanité : la compassion, la charité et l'amour »[34]. Ainsi, la conclusion s'impose : l'imaginaire juridique va de pair avec

---

nous semble clair que l'insistance sur une « représentation active du réel » ou encore comme une « vision agissante du droit », nous fait entrer dans un hégélianisme « à la gogo » que nous considérons comme rationnellement stérile à l'égard du droit.

31. Rappelle l'étymologie du mot « utopie » comme se rapportant à un pays ou une place de nulle part : *ou* = nulle ; *topos* = place. Les auteurs classiques de l'utopie « juridique » englobent Thomas More, *De optimo reipublicae statu deque nova insula utopia*, Louvain 1516 ; Louis-Sébastien de Mercier, *L'An 2440*, Paris, Buisson, 1791 ; Jonathan Swift, *Gullivers' travels* (1726), traduction française : *Voyages de Gulliver*, Paris, Gallimard, coll. Folio no 597, 1984. C.f. Gérard D. Guyon, "L'utopie et l'imaginaire juridique », dans *Archives de philosophie du droit*, Tome 30, 1985, p. 261-275, ou P. F. Moreau, *Le récit utopique*, Paris, PUF, 1982.

32. Comme dans les différents mouvements de « droit alternatif » surtout active dans les années 1970 à 1990, avec des rémittences encore d'aujourd'hui. Voir, E. Blankenburg, E. Klausa, H. Rottleuthner, *Alternative Rechtsformen und Alternative zum Recht*, Opladen, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, 1980 ; N. Lopez Calera et al. *Sobre el uso alternativo del derecho*, Valencia, Fernando Torres Editor, 1978 ; Pietro Barcellona et al., *L'uso alternativo del diritto*, Roma-Bari, Editori Laterza, 1973.

33. Victor Hugo, *Les Misérables*, Paris (innombrables éditions). Voir également, idem, *Écrits sur la peine de mor*t, Arles, Actes Sud, 2002.

34. Philippe Malaurie, *Anthologie de la pensée juridique*, Paris, Éditions Cujas, 2e édition, 2001, p. 174 (« Victor Hugo » : p. 173-179). La même phrase (et les mêmes juge-

« le principe de l'espérance » ou simplement avec le pressentiment d'un problème « d'humanité » dans le domaine juridique.

Comme le « principe de l'espérance » est le lieu même où naît la philosophie d'Ernst Bloch[35], nul ne s'étonnera que nous considérions son livre, *Droit naturel et dignité humaine*,[36] comme emblématique d'une vision du « droit naturel » insistant sur le rôle propédeutique (et toujours imaginaire) de l'homme marchant débout. Bloch effectue lui-même une mise en parallèle avec l'utopie sociale en ces termes : « l'utopie sociale visait au bonheur de l'homme, le droit naturel à la dignité humaine. L'utopie dépeignait des rapports dans lesquels les *opprimés* et les *exploités* cessent d'exister ; le droit naturel construisait des rapports où il n'y a plus ni *humiliés* ni *offensés* »[37].

Dans l'imaginaire juridique d'E. Bloch, le droit naturel demeure toujours en émergence et tout discours postulant une quelconque « réalisation » devient inéluctablement déficitaire. Le droit naturel est précisément "projeté" (et actualisé) par la mémorisation que nous pouvons nous faire de cette exigence de « marcher débout » comme homme et comme femme dans nos sociétés respectives. Est aussi actualisée l'exigence de solidarité qui nous rappelle que nous ne marchons ni « débout » ni « dignement », au sens figuré ou réel, sur le corps et sur l'esprit d'autrui.

Ce dernier élément nous fait également penser à l'insistance de Bloch sur le rôle du droit naturel face à l'effacement des obstacles sociaux qui baissent et dégradent l'individu. D'où aussi, chez lui, cette impression qu'il mobilise étrangement la si puissante théologie négative qui met en valeur la « non-représentation » de ce qui "n'est" (ou qui « n'est qu'en devenir ») et qui nous vient de la tradition chrétienne. Or, si le droit naturel envisage, comme nous l'affirme Bloch, « des rapports où il n'y a plus ni *humiliés* ni *offensés* », il faut aussitôt préciser sa thèse voulant que le « droit naturel authentique, qui posait la volonté

ments) se retrouve également dans, idem, *Droit et littérature. Une anthologie*, Paris, Éditions Cujas, 1997, p. 221.

35. Ernst Bloch, *Le principe espérance*, Paris, Gallimard, 1976. Voir Lucien Pelletier, « Prière pour une lecture d'Ernst Bloch », dans *Argument* (Québec), vol. 5, nº 2, 2003, p. 176-182.

36. Ernst Bloch, *Droit naturel et dignité humaine,* Paris, Payot, coll. Critique de la politique, 1976.

37. Ernst Bloch, *op. cit.*, p. 13.

libérée selon la raison, réclamait cette justice qui ne peut être obtenue que dans la lutte ; par là il n'entendait pas une justice venue d'en haut, qui prescrit à chacun sa part, partageant, récompensant ou punissant, mais une justice active, d'en bas, qui rende la justice elle-même inutile »[38]. Il s'ensuit, précisément, la projection du droit naturel vers l'imaginaire d'un « droit » que nous réalisons dans notre lutte pour marcher débout. Autrement dit, le droit naturel « imaginaire » ne se réalise que dans (et par) des luttes concrètes et réelles.

Ne quittons pas pour autant la théorie de Bloch sans insister conjointement sur un autre aspect de cette théorie de l'imaginaire juridique, à savoir le constat que l'histoire du droit et l'histoire de la doctrine du droit naturel se conjuguent dans une herméneutique de lecture (c'est-à-dire une interprétation) émancipatrice. Bloch nous invite en fait, loin de tout présupposé de « progrès », à lire, à interpréter ces histoires à la lumière d'une marche de l'homme en vue de l'émancipation intégrale. En fait, il introduit le symbole de « dignité humaine » comme le préconçu dans des histoires de l'homme, symbole souvent trahi dans les faits, mais qui existe comme espoir dans les interstices des histoires particulières.

C'est en ce sens précis que nous pouvons considérer les grands pans du nouveau « narrativisme juridique » comme travaillant également à la lumière d'un droit naturel imaginaire. Certes, tous les partisans du « narrativisme » ne seront pas disposés à se voir rangés dans une telle classification, mais dans la mesure où plusieurs s'engagent dans l'entreprise de raconter, de « réciter » ou de « recompter » le droit en ses différentes manifestations dans des histoires particulières, des poésies, des iconographies, des mythologies, des symboliques, etc., le paradigme d'un « droit naturel » (même réduit à sa simple expression rationnelle) devient, implicitement, la conséquence pratique concernant le « droit ». La mise en signification projette, en effet, la question du « droit » vers une instance de l'imaginaire qui devra être susceptible de nous interpeller et, surtout, de donner lieu à sa propre répétition narrative. Il importe peu de savoir s'il s'agit des hommes et des femmes cherchant à « marcher débout » comme chez Bloch, ou uniquement d'une réflexion sur la formation d'une « conscience » ou encore de

38. Ernst Bloch, *op. cit.* p. 13/14.

l'espoir de voir se briser tout « sens atrophié »[39] du droit, dans la mesure précise où la conséquence à tirer projette l'entreprise juridique vers un imaginaire juridique toujours ouvert.

En se sens, il nous semble clair que de larges pans du « narrativisme juridique » contemporain travaillent effectivement sous l'auspice d'un droit imaginaire. Un « droit imaginaire » immergé dans les symboles, les poésies ou les chants, etc., et qu'il faut faire émerger dans la potentialité qu'il représente, en soi ou en conjugaison avec d'autres repères « culturels », un « droit » qui « se veut » ou, simplement, qui se "mémorise » pour mieux se dire ! D'où d'ailleurs la figure d'une « juridicité immergée », comme la partie invisible de l'iceberg, ou mieux une narration qui interpelle l'ordre juridique étatique pour mieux se retrouver dans une interprétation opératrice ouverte à de telles narrations[40].

C'est subséquemment comme « pérennité juridique » que les narrations incorporées au « droit » se projettent vers un imaginaire juridique susceptible, selon ses protagonistes, de nous rappeler notre « universalité » entièrement « humaine », que nous devons respecter pour être encore dans notre « droit ». Comme telles, les narrations « incorporées » du droit ne peuvent devenir que l'humus d'un imaginaire s'imposant au droit, dans une dialectique non-déterminée, oscillant entre liberté et réalisme, sous l'auspice d'un humanisme présupposé non problématique.

Il y a certes davantage de choses à dire sur l'imaginaire juridique car il s'agit d'un domaine en effervescence. Dans notre perspective, il est pourtant facile de constater ici comment ce domaine attire aujourd'hui de plus en plus d'auteurs de première importance. Or, lorsqu'on investit la question du droit par le biais de ses manifestations symboliques ou narrations, c'est toujours un idéo-droit qui en résulte.

---

39. Paulo Ferreira Da Cunha, *Le droit et les sens*, Paris, L'Atelier de l'Archer, 2000, p. 130, voir page 131 : « Le droit est progressivement devenue insipide, et le flair, si propre à la vertu de la prudence, en est venu à être confié (comme le langage courant le montre) à la sagacité des politiciens. Le droit est aussi devenue inodore. Qu'en serait-il de la vue ? ».

40. José Calvo, « Identité culturelle et ethnologie juridique (Les « Carceleras » et le krausisme », dans *Revue internationale de sémiotique juridique*, vol. 13, 2000, p. 432.

UN COUP D'ŒIL EN ARRIÈRE

Avons-nous, en fin de compte, réussi à prouver que le droit naturel peut *rejoindre* la modernité juridique ? Il nous semble en effet que oui car notre appréciation argumentative du droit naturel, se voulant détachée et non passionnée, a mis en avant que nous pouvons apprécier les théories du droit naturel comme soumettant à notre réflexion un éventail de choix culturels, éthiques ou « imaginaires » qui ne peuvent que nous inspirer, aujourd'hui, dans la tâche immense d'alimenter le réservoir de notre modernité juridique. Il en va de même avec le « positivisme juridique » qui, dans la mesure où il influence notre façon d'écrire les différentes « doctrines » (ou « dogmes ») du droit, a accouché de cette littérature si nécessaire qu'est la doctrine de droit et que nous devons toujours apprécier à sa juste valeur, sans pour autant arrêter notre réflexion à ce stade « dogmatique », mais en la prolongeant par d'autres moyens vers la modernité juridique qui la rend possible et indispensable.

En somme, si nous pouvons donc dire que la logique de *rejoindre* fonctionne, c'est désormais la question, les ramifications et les conséquences pour la modernité juridique qui doivent nous préoccuper tant en pratique, en théorie qu'en philosophie du droit. En ce sens, il faut retenir que l'exigence stipulant que les sujets du droit doivent pouvoir se réaliser mutuellement comme des auteurs et des destinataires de leurs droits, de leurs normes et de leurs institutions (surtout juridiques), propulse la réflexion sur l'entreprise juridique vers des directions dans lesquelles aussi bien le positivisme juridique que les théories du droit naturel ne peuvent être que des matières brutes, comme l'humus où se trouvent les sujets du droit dans leurs enracinements culturels, ainsi que dans leur complète liberté démocratique. Ainsi s'esquisse le rôle non négociable des sujets du droit comme étant simultanément le lieu de la réflexion sur le droit et le lieu d'action prenant au sérieux le projet juridique moderne et l'auto-législation démocratique.

5

LE DROIT ENTRE ÉCOLOGIE ET ŒKOUMÈNE. POUR UNE NORMATIVITÉ PUBLIQUE[1]

Écologie ou œkoumène[2] ? En articulant notre réponse, qui procède du choix du second, nous tenterons, bien modestement, d'esquisser le cadre philosophique de certaines préoccupations que suscite la dégradation de l'environnement, voire l'actuelle crise environnementale mondiale. Notre propos consistera précisément à rendre compte de ce choix de l'oekoumène, à présenter ses raisons, et notamment à restituer la manière dont il s'explique par des préoccupations philosophiques spécifiques à la question de notre rapport à l'« environnement » ou à la « nature ». L'accent sera ainsi mis sur les implications, tant pratiques que théoriques, du choix de la perspective de l'« œkoumène », et ce, en regard du paradigme d'une modernité juridique en perpétuelle construction. Cela nous amènera donc sur le terrain de la philosophie du droit, qui est la seule à permettre une distanciation suffisante à l'égard du sentiment d'*urgence* qu'entretient un certain « écologisme »[3].

Notre questionnement considèrera les problèmes environnementaux avant tout sous l'angle de la « normativité publique » ou mieux, et pour paraphraser Habermas, comme relevant d'une « logique

1. Conférence présentée lors du colloque « Éthique de l'œkoumène »,Université d'Ottawa, le 12 mai 1999.
2. Le mot « œkoumène » peut également s'écrire « écoumène ». Notre choix s'explique par le titre du colloque auquel cette conférence a été présentée.
3. H. Jonas, *Le principe responsabilité : une éthique pour la civilisation technologique*, Paris, Cerf, 1990. Sur cet auteur, voir G. Hottois et M.-G. Pinsart (dir.), *Hans Jonas. Nature et responsabilité*, Paris, Vrin, 1993.

communicationnelle »[4]. À cet égard, nous rejetterons tout projet éthique de type déontologique, substantialiste ou encore essentialiste en raison du parti pris inhérent aux doctrines dont il se réclame. En dehors de telles impasses, seul l'horizon d'une normativité publique, ouverte, pluraliste, et qui est toujours à construire démocratiquement nous semble permettre d'envisager une réponse aux attentes légitimes des mouvements écologistes et d'une population préoccupée par la dégradation de l'œkoumène de même qu'aux demandes des professionnels (juristes, arpenteurs-géomètres, urbanistes, géographes, etc.), qui n'attendent que l'avènement d'une normativité élargie pour les guider et se constituer en cadre de leurs actions.

Dans un premier temps, nous traiterons de l'actuelle dérive idéologique qui coïncide avec l'« écologie ». Nous examinerons ensuite la notion d'« œkoumène », pour découvrir qu'elle sensibilise davantage aux choix normatifs qui s'imposent en matière environnementale. Forts d'une telle perspective, nous nous pencherons enfin plus attentivement sur la manière dont les questions environnementales peuvent relever d'une normativité publique. Cette dernière analyse nous fournira l'occasion de réfléchir sur la question d'une certaine « publicité » des enjeux environnementaux, publicité qui ne peut se réaliser qu'au sein de processus démocratiques multiples.

L'ÉCOLOGIE ET L'ABÎME DU MONOLOGISME

Il nous faut affronter d'entrée de jeu le problème de la polysémie du vocable « écologie ». Soulignons que celui-ci fait d'abord référence, en tant que terme didactique, aux travaux scientifiques portant sur les rapports entre les êtres vivants et leur milieu. En ce sens, la notion ne renvoie à rien d'autre que la production d'une certaine « connaissance » sinon de certaines informations et rejoint, au point de pouvoir s'y inscrire comme nous le verrons, la perspective de l'œkoumène. « Écologie » prend ensuite une tournure idéologique dans la mesure où son sens procède alors d'une « conscience de monologue » qui, suivant une logique hyperbolique, veut s'arroger le droit exclusif d'interpréter la nature sinon le monde. Le terme désigne ainsi ce mouve-

4. J. Habermas, *Théorie de l'agir communicationnel*, 2 vol., Paris, Fayard, 1987. Voir aussi, du même auteur, *De l'éthique de la discussion*, Paris, Cerf, 1992 ; *Morale et communication. Conscience morale et activité communicationnelle*, Paris, Cerf, 1986.

ment idéologique qui vise à un « meilleur équilibre entre l'homme et la nature » de même qu'à la protection de celle-ci ou encore le courant politique défendant ce mouvement. L'écologie ainsi comprise en tant que « conscience aiguë » ou simplement comme idéologie, c'est-à-dire l'« écologisme », se propage telle une « pensée unique » relativement aux rapports entre l'homme et la nature, voire à la « vie de l'homme ». Tandis qu'au sens premier, elle ne fait que fournir des informations pouvant toujours donner lieu à la réflexion, l'écologie au sens second entend se substituer à tout jugement et à « s'absolutiser », se hisser au-dessus des hommes et des femmes de ce monde, au rang de prêt-à-penser quasi magique, ubiquiste et intemporel. S'il n'est certes pas à notre gré, c'est pourtant ce dernier emploi du terme « écologie » auquel nous nous intéresserons en la circonstance. Nous nous pencherons justement sur l'« écologie » en tant qu'obstacle à la saine réflexion qu'exigent les enjeux environnementaux, voire en ce qu'elle occasionne une certaine dérive intellectuelle en faisant bifurquer la pensée vers un monologisme stérile sinon funeste, car pouvant se radicaliser au point de comporter des risques de fanatisme et de folie meurtrière.

Le monologue d'un « je » réifié

Une grande partie de la documentation (et des discours) traitant de questions environnementales s'adresse au lecteur (ou au partisan) sur un mode de monologue, soit celui du « je ». Il s'agit d'une logique mettant en scène, côté cour, un « je » de responsabilité, de conviction, de l'« *insight* » et, côté jardin, un autre « je » devant prendre conscience de l'urgence des problèmes écologiques. Et ce dernier « je » doit pouvoir s'adresser directement, c'est-à-dire sans truchement aucun et par mimétisme, au premier « je » de responsabilité. C'est ainsi que se pose le risque d'un « je » estropié sinon pétrifié, réifié, n'évoluant plus jamais qu'en vase clos parce que gravitant en hétéronomie autour de la « conscience » éthique et de la « connaissance » écologique. Deux moments du processus d'une telle réification du « je » peuvent être relevés.

Insistons d'abord sur le fait que le « je » se réfère alors à une éthique de monologue qui fait « siens » les problèmes écologiques. Le « je » se constitue de la sorte solitairement à la faveur d'une prétendue prise de conscience grâce à laquelle serait évaluée la mesure des problèmes environnementaux. Structurant l'appréciation de ces problèmes sur le

plan narratif, c'est-à-dire à partir de son histoire personnelle ou en fonction de son récit collectif de prédilection, ou encore sur le plan interprétatif en s'alimentant à même le réservoir d'informations « scientifiques » de l'humanité, le « je » accepte le discours de l'écologie sur une base « précritique ». Il le reçoit en sa qualité d'appréciation personnelle d'opinion sur l'actuelle crise, voire sur le présent état d'urgence écologique.

Soulignons ensuite que de cette façon l'individu, ne maîtrisant généralement guère le sens et la portée des informations que fournit la science, se retrouve isolé, donc seul et sans défense. S'il est vrai que les sciences donnent des informations autant appréciables que précises, il faut reconnaître que le discours scientifique n'hésite pas à fabriquer modèles, pronostics, scénarios, etc. Certes, ce faisant, la science ne souffre pas d'un défaut de légitimité. Or il convient de garder à l'esprit qu'à l'instar des informations qu'elle fournit, ses principes, hypothèses et prédictions sont difficilement interprétables et le plus souvent d'une portée bien précise et circonscrite. Dans la mesure où la panique peut bien être symptomatique du sentiment de vulnérabilité qui accompagne normalement toute situation d'isolement, cette façon qu'a le discours écologique de prendre au tragique les conjectures de la science, pour en offrir une adaptation sur le thème du cataclysme imminent et appelant une action immédiate, doit en effet attirer l'attention.

Nous en arrivons donc à deux constatations du danger que représente un « je réifié » en proie au tourment de sa propre conscience écologiste. Car ce que nous venons d'apercevoir est justement la fragilité d'un « je » submergé, perdu dans des discours écologiques et n'ayant qu'une faible capacité de jugement réfléchi. Précisons simplement qu'une telle « conscience éveillée » place le sujet dans une situation où il n'a pas de possibilité réelle de recours à quelque « normativité publique », où, ne pouvant prendre appui que sur la base d'une idéologie éthique de monologue, il demeure seul avec cette conscience formée en opposition d'un monde qui aurait trahi l'« écologie », la nature, les animaux, etc. D'où ce sentiment d'urgence, en l'occurrence urgence de s'opposer à tous ceux qui, dans le meilleur des cas, ne sont qu'inconscients, insouciants ou carrément bêtes ou qui, dans le pire, sont guidés par l'égoïsme, la convoitise, l'arrogance et l'avidité du profit ou par une simple insensibilité « criminelle » à l'endroit de ceux qui

souffrent de la dégradation de l'environnement et de la destruction des autres formes de vie que l'humaine.

C'est ponctuellement que nous employons la locution « je réifié » car, dans la pensée écologiste, la personne, l'individu devient un « fait », de sorte qu'il n'arrive plus à se référer à une « normativité publique » ni à participer à son développement. Or, si un tel « je réifié » se conjugue aussi bien avec une certaine « résignation écologique » (« après moi le déluge ») qu'avec l'éco-terrorisme (« tuer des chasseurs, c'est sauver des baleines ») – qui se présentent tous deux comme autant d'impasses –, il se manifeste également en mettant en avant une conception irréaliste de la nature suivant laquelle celle-ci serait un « sujet de droit ».

La nature comme émanation d'un « je » auto-réifié

Qu'il en vienne à se figurer la nature tel un « sujet de droit », à revendiquer des « droits » au nom de la nature démontre clairement l'insuffisance de l'écologisme du « je réifié ». En effet, qu'ils portent sur la nature animée ou sur l'inanimée, nous ne pouvons qu'être frappés par la manière dont ces discours, construits dans l'axe de la conscience, de l'éthique et d'une prétendue scientificité, veulent introduire un « je » dont le monologisme demande à l'humain d'abdiquer en faveur d'une nature de nouveau sacralisée[5]. Chacun de ces discours radicalise le « je » et l'engage sur la pente de l'irrationalité. Et leur mot d'honneur, « droit » en l'occurrence, se vide ainsi de son sens, ainsi que l'a confirmé du reste une analyse plus poussée[6].

Prenons d'abord l'exemple de ce courant dit de l'« écologie profonde » qui, dans une veine spinoziste[7], soutient que l'humain n'a qu'une chose à faire : prendre pour seul guide la sagesse « écosophique », voire se placer tout entier sous sa protection, sous sa tutelle. Son pos-

5. L. Ferry, *Le nouvel ordre écologique. L'arbre, l'animal et l'Homme*, Paris, Grasset, 1992.
6. B. Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit*, Québec/Paris, Presses de l'Université Laval/L'Harmattan, 1998 (nouv. éd. 2004), p. 39-56.
7. Rappelons que pour Spinoza tout individu dépend de la puissance générale de la « Nature » : « Voici comment je raisonne : rien ne se produit dans la Nature qui puisse être rapporté à un défaut de cette Nature, puisqu'elle est toujours la même, que partout sa force et puissance d'agir est une et identique, c'est-à-dire que les lois et règles de la Nature, suivant lesquelles tout arrive et se transforme, sont partout et toujours les mêmes ; c'est pourquoi il n'y a qu'un seul et même principe pour comprendre la nature des choses, quelles qu'elles soient : par les lois et règles de la Nature » ; (Spinoza, Éthique, III, « Introduction »).

tulat est que la science ou ce qu'il présume être la science ne peut occuper qu'une place de second ordre à côté de la prétendue « valeur intrinsèque » de la nature[8]. Et cela implique la thèse de l'omniprésence physique des « valeurs », d'ailleurs aussi faussement qu'aisément identifiées aux « droits » des rivières, des montagnes, des forêts, des animaux, etc. : aux yeux de l'écologie profonde, telle ou telle rivière, par exemple, a simplement un « droit ».

Quant au courant utilitariste, dont la présence au sein de la contemporanéité juridique est si forte, il produit un même son de cloche dans la mesure où, participant d'un certain physicalisme, voire d'un biologisme, il conduit ceux qui y adhèrent à voir des questions juridiques dans toute situation où de la « douleur » est éprouvée[9]. Ainsi, de la question de l'existence d'un système nerveux dépendrait toute question de « droit ». Et tandis qu'il refuse toute hiérarchisation arbitraire des espèces[10], l'écologisme utilitariste milite en faveur de l'émancipation « juridique » de tous ces « je » chimériques qui peuvent souffrir, parmi lesquels les oiseaux, les poissons et les vers de terre, par exemple, qui sont ainsi placés sur le même rang que l'homme[11].

Ajoutons aux exemples précédents celui du courant néo-romantique de l'écologie, courant auquel préside une rationalité esthétique dans laquelle l'image d'une nature généreuse souillée par ses enfants ingrats puise sa force. Ainsi la métaphore de la « nature » est-elle reprise par le publiciste Michel Serres, chez qui elle se voit attribuer le rôle d'une « mère » généreuse, trahie et corrompue par ses enfants[12]. Et c'est par une imagerie « contractuelle » – dont l'inspiration commune est

8. A. Naess, *Ecology, Community, and Lifestyle : Outline of an Ecosophy*, Cambrigde, Cambrigde University Press, 1989. Voir également le numéro thématique intitulé "Arne Naess's Environmental Thought" de la revue *Inquiry. An Interdisciplinairy Journal of Philosophy* (vol 39, no 2, 1996) de même que l'ouvrage publié sous la direction des P. Reed et D. Rothenberg et intitulé *Wisdom in the Open Air. The Norwegian Roots of Deep Ecology* (Minneapolis, University of Minnesota Press, 1992).
9. Voir, J. Bentham, *Déontologie ou science de la morale* (1834), dans *Œuvres*, t. 4, Aalen, Scientia Verlag, 1969, p. 9, où Bentham dit que la véritable question qui se pose au sujet des animaux est la suivante : « Sont-ils susceptibles de souffrance ? […] La question n'est pas : peuvent-ils raisonner ? Peuvent-ils parler ? Mais : peuvent-ils souffrir ? »
10. G. Chapouthier, *Les droits de l'animal*, Paris, Presses universitaire de France, coll. « Que sais-je ? », no 2670, 1992.
11. P. Singer, *La libération animale*, Paris, Grasset, 1993 ; *Questions d'éthique pratique*, Paris, Bayard, 1997.
12. M. Serres, *Le contrat naturel*, Paris, Flammarion, 1992.

l'image d'un « contrat » passé avec la nature – que ce même auteur évoque l'idée d'« égalité », une égalité à rétablir, puis à respecter. C'est précisément l'essence esthétique de l'imagerie ainsi mise en scène qui, comprenant des figures telles que celles du contrat, de l'égalité et du respect, veut faire revêtir aux rapports entre l'humain et la nature un aspect juridique.

Mentionnons enfin le courant dit de l'« éco-pragmatisme », qui s'évertue à comprendre pourquoi l'on ne reconnaîtrait pas des « droits » à la nature (inanimée tout comme animée), et ce, compte tenu du fait que le résultat en serait bénéfique tant pour le « je » de la nature que pour le « je » qui tire profit de cette nature. Ne voyant pas – ou ne voulant pas voir – de raisons à un tel refus, l'éco-pragmatisme émet des suggestions qui se détachent sur un fond d'anthropomorphisme « juridique ». Suivant Christopher D. Stone, par exemple, il s'agirait justement, tout en reconnaissant des droits à la nature, de « faire compter » celle-ci parmi les « droits »[13], quitte à faire de la « communauté » l'agent des « droits » de la nature.

Ce qui relie tous ces discours, c'est la figure emblématique du « je » réifié, qui ne peut penser, soutenir ou revendiquer qu'un droit également réifié. Car, au final, la « bonne conscience » se refuse à élaborer des normes juridiques portant sur la nature et sur les préventions et règlements de problèmes environnementaux : la « bonne conscience » se contente d'une solution magique, quand elle ne se laisse pas éblouir par son propre discours[14]. En effet, à quoi bon s'échiner à produire des normes pouvant servir la modernité juridique, le véritable droit,

13. C.D. Stone, *Earth and Other Ethics : the Case of Moral Pluralism*, New York, Harper & Row, 1987 ; *The Gnat is Older Than Man : Global Environment and Human Agenda*, Princeton (N.J.), Princeton University Press, 1993 ; « Should We Establish a Guardian to Speak for Future Generations ? », dans K. Tae-Chang et J.A. Dator (dir.), *Creating a New History for Future Generations*, Kyoto, Institute for integrated study of future generations, 1994, p. 127-139.

14. Voir L.K. Sosoe, « D'un prétendu droit de la nature : trois hypostases », *Cahiers de philosophie politique et juridique* (Université de Caen), no 22, 1992, p. 181–203, plus spécialement à la page 203, où l'auteur présente l'analogie qu'il perçoit entre la thèse d'un « droit » pour la nature et le panjuridisme : « dans l'optique des théories pan-juridiques, le droit devient ce principe inexplicable qui nous permet d'identifier ce qui est et de le connaître comme tel. En d'autres termes, le mode d'être et de connaître de la nature – et c'est bien là la signification proprement philosophique qui semble se dégager de ces différentes théories, c'est le droit. Tout est aspect du droit. Le droit est tout. »

si prétendument un tel « droit » existe déjà ? Si le « droit » à la fois réside dans la « nature » et lui est destiné, ne devons-nous pas abdiquer, nous soumettre, voire disparaître de la surface de la terre ?

La solitude d'un « je réifié » devant une « nature » souffrante

Sans conteste, le modèle de monologue du « je », qui se reflète dans de larges pans de la pensée juridico-écologique contemporaine, est symptomatique de la difficulté qu'a la philosophie juridique à penser le droit autrement que comme un ensemble de droits subjectifs qui seraient autant intangibles que « naturels » (« mon » droit, « ton » droit, « son » droit), autrement que comme la somme de tous les « je » atomiques du « droit » qu'on puisse imaginer ou plutôt que comme le résultat de leur simple juxtaposition. Ce dont ce modèle est porteur en effet, c'est d'à-peu-près tout, tout sauf la possibilité d'un droit à se donner réciproquement puis à partager, en d'autres termes, d'un « nous » juridique. Or, plus que sa simple possibilité, c'est à notre sens l'exigence d'un tel « nous » – juridique et démocratique – qui se situe au cœur du projet juridique moderne, si bien que c'est elle qui lui donne tout son sens. Et c'est justement son insistance sur une telle nécessité qui nous a séduits dans la notion d'« œkoumène », que nous abordons maintenant.

ŒKOUMÈNE ET PARTAGE DE LA MAISON DE L'HOMME

Aborder la notion d'œkoumène consiste normalement à expliquer son sens, ce qui ne peut guère être fait par la simple référence à quelque lexique. C'est que cela nécessite davantage de développements. Mais disons d'abord que la notion est utile à la poursuite de cet objectif fondamental qui est celui de se défaire de l'image dichotomique d'une « nature » extérieure, voire étrangère à l'homme au point de pouvoir y être opposée – l'« homme » et la « nature », la « nature » par opposition à l'« homme » et vice-versa, – ainsi que de celle de l'homme en tant que maître négligent ou cruel de la nature – comme dans les romans de Dickens mettant en scène un pauvre garçon « naturel » soumis à un maître mesquin et cruel. La notion d'oekoumène est utile à la poursuite de ce dernier objectif car, à l'inverse d'une telle figure, il est pressant de s'employer à en introduire une autre qui puisse opérer un rapprochement entre l'homme et la nature et se révéler à la fois plus réaliste et plus utile dès lors qu'il agit de s'attaquer aux problèmes

environnementaux. Il nous était difficilement pensable de n'aborder la notion d'oekoumène qu'à la manière d'un dictionnariste, en faisant l'économie de sa mise en contexte, contexte auquel doit s'alimenter son sens. Introduire une nouvelle figure des rapports entre l'homme et la nature par le recours à la notion d'oekoumène, voilà donc ce à quoi nous pouvons maintenant nous atteler. Et nous le ferons en nous penchant d'abord – toujours en philosophie du droit – sur le sens à donner à cette notion, puis sur la perspective qu'elle ouvre, enfin sur l'important rehaussement de la dimension esthétique de notre « habitat » qu'elle accomplit.

L'œkoumène ou la nature comme lieu d'habitation

Avouons-le, ce qui nous intéresse précisément dans la notion d'« œkoumène », c'est son insistance, même en son sens étymologique[15], à montrer la terre comme un lieu d'habitation, comme comprenant un « espace habitable », un lieu où se rencontrent nature et culture. L'« œkoumène » est tout simplement un « lieu d'habitation », avec tout ce que cela implique relativement aux individus et aux choses qui veulent ou doivent occuper un tel lieu. Augustin Berque définit le concept d'œkoumène dans un registre plutôt poétique. Aujourd'hui, dit-il, « l'écoumène, c'est la Terre elle-même. Mais pas la Terre comme simple corps physique, ni même comme entité écologique, telle qu'elle pourrait l'être si nous – l'humanité – n'existions pas ; l'écoumène, c'est la Terre en tant que nous l'habitons. Plus encore : *en tant que lieu de notre être*[16]. »

Donc, si la notion d'œkoumène était à l'origine une notion géographique désignant seulement l'« espace habitable » de la terre, de sa surface, du territoire, de la nature, etc., elle accentue aujourd'hui ce qui fait de cet espace davantage qu'un simple « environnement » : « œkoumène » désigne aussi de nos jours l'espace de la terre qui a été *aménagé* par l'homme. Bien que susceptible d'être expliquée dans un style poétique comme nous venons de le voir, la notion d'œkoumène est loin d'être une cote mal taillée dans quelque matériau romantique

15. « Œkoumène » vient du mot grec « *oikos* », qui signifie « habitation ».
16. A. Berque, *Être humains sur la terre : principes d'éthique de l'écoumène*, Paris, Gallimard, 1996, p. 12. Voir également, du même auteur, *Écoumène. Introduction à l'étude des milieux humains*, Paris, Belin, 2000.

ou idéologique. Bien au contraire, elle ne fait qu'indiquer, presque prosaïquement, que, *dans la pratique*, nous vivons au sein de la nature, de l'environnement, comme dans notre habitation. De cette façon, l'œkoumène fait de la place à la volonté, au choix et à l'action ; il fait part de ce que notre façon de vivre sur terre en tant qu'hommes et femmes, notre qualité de vie est tributaire, notamment, de notre intelligence, de notre habileté et de notre normativité relativement à notre habitat, qui présente évidemment des dimensions écologiques.

Cependant, à la différence d'une pure question d'« écologie », c'est-à-dire d'espace « sauvage » inhabité et donc non aménagé par l'homme, celle que soulève l'œkoumène en tant que « maison de l'homme » est celle d'un point de vue terre à terre, prenant acte de notre présence au monde, et des problèmes et enjeux écologiques qui doivent être considérés. Car, pour citer de nouveau Augustin Berque, « [l]a Terre n'est pas uniquement l'environnement indispensable à notre vie biologique, comme elle l'est pour toutes les espèces vivantes de la biosphère. Elle est, comme écoumène, la condition qui nous permet d'être humains. Sans écoumène, nous serions comme les autres animaux. »[17]

Or, comme il nous est impossible, en tant qu'humains, de vivre comme des bêtes, c'est en fin de compte l'aménagement de l'œkoumène qui constitue toujours notre horizon. Aussi n'avons-nous de cesse d'être confrontés aux choix qu'implique un tel aménagement. Avoir conscience de cela, c'est comprendre que cette « nature », cet environnement que nous habitons, est déjà en partie notre œuvre. Elle l'est en fait depuis des millénaires. Plus exactement, nous nous sommes, la nature et nous, en quelque sorte, modelés l'un l'autre de temps immémorial, à telle enseigne qu'aujourd'hui encore nature et culture vivent souvent en symbiose. Mais puisque nous vivons ainsi souvent en union étroite, nous comme « produit » indéterminé de notre habitat, au sens premier du terme[18], et l'habitat au sens second du terme[19], comme notre produit déterminé, il est possible de dire que nous modelons plus la nature qu'elle ne nous modèle. Aussi, désirons-nous ici insister

17. *Ibidem*.
18. « Habitat » au sens premier que lui donne *Le Petit Robert* signifie « [m]ilieu géographique propre à la vie d'une espèce animale ou végétale ».
19. « Habitat » au sens second que lui donne *Le Petit Robert* signifie « [m]ode d'organisation et de peuplement par l'homme du milieu où il vit ».

sur le fait que la nature, l'environnement, est pour une large part humain, presque notre demeure.

De fait, il suffit de gravir une colline et de poser son regard sur la « nature » qui se déploie sous ses yeux pour pouvoir considérer l'œuvre de l'homme : le sentier, si ce n'est la route, qui le permet, le confirme déjà, pour ne rien dire des champs en culture, des maisons, des bateaux et des rivières harnachées, par exemple. Et l'écologiste, qui s'est convaincu du contraire en se réfugiant dans la « nature sauvage ». ne peut que s'être illusionné, puisque le simple fait de s'y retrouver devrait suffire à lui confirmer que la « nature » est bel et bien devenue la maison de l'homme !

Une habitation partagée

Les réflexions qui précèdent nous amènent inévitablement à constater que l'œkoumène est l'espace habitable que l'humanité partage et aménage, ce qui ne peut faire autrement que de soulever la question des choix qu'impliquent de tels partages et aménagements. Se poser la question est d'ailleurs l'occasion de se livrer à une analyse critique des « forces anonymes » qui influencent souvent ces choix, à notre insu et grandement, et parfois au point de les déterminer.

Pour autant, embrasser la nature, l'environnement, la terre comme œkoumène soulève avant tout un questionnement : à titre d'humanité, quel genre d'habitation voulons-nous ? Comment devons-nous aménager notre espace ? Quels sont nos critères en matière de confort, de propreté, de fonctionnalité, de beauté, etc. ? Et si nous pouvons affirmer au sujet de la notion d'œkoumène qu'elle ouvre un horizon de partage, c'est justement parce que nous seuls, en tant qu'humains, pouvons répondre à de telles questions. Car s'il est vrai qu'en quelque sorte l'homme vit en « communauté de destins » avec la nature, il ne faut pas méconnaître le rôle singulier qui lui échoit en propre : seul l'homme est capable de soumettre son action à des normes qu'il a lui-même élaborées, puis fixées, et ce, y compris à l'égard de l'environnement. N'habitant ou n'occupant jamais qu'un *territoire*, les animaux peuvent le fuir au besoin. Il en va différemment de l'homme, qui peut certes se déplacer, mais à qui la fuite de l'œkoumène est impossible. Et seul l'homme peut s'efforcer de corriger une situation qu'il juge intenable.

En soulignant le fait que la nature, la planète bleue, notre planète, n'est rien d'autre que notre demeure, nous ne cherchons à vrai dire qu'à le rappeler. Ainsi souhaitons-nous rendre présent à la mémoire du lecteur le recours obligé à l'intelligence pour l'aménagement de la « maison de l'homme ». Comme on le voit, sous la perspective de l'œkoumène apparaît le fait que rien n'est jamais absolument fixé à cet égard. L'intelligence, cette faculté de l'esprit de l'homme, est perpétuellement convoquée en vue de l'évaluation de ses diverses expériences des mondes entrecroisés de la nature et de la culture. Et l'évaluation continue par l'homme de son expérience d'habitation de l'œkoumène conditionne évidemment l'évolution de celui-ci.

Or la science ou les sciences « écologiques » se révèlent des plus fécondes chaque fois qu'il s'agit pour l'homme d'entreprendre quelques travaux d'aménagement de l'œkoumène. Nous ne parlons pas ici des « écologismes », mais bien de ces sciences qui nous en apprennent sur les rapports entre les êtres vivants et leur milieu, nous aident à fabriquer divers « outils » et nous éclairent sur nos choix. Car, si habiter la terre n'est aujourd'hui possible à l'homme qu'en pleine connaissance de cause, jusqu'à preuve du contraire, cette « connaissance » ne saurait provenir d'ailleurs que de la science. Et la moisson scientifique ne peut que *témoigner* de notre façon d'habiter l'œkoumène et de ses conséquences : l'« écologie » ainsi comprise n'a guère de statut au-delà de la connaissance des rapports entre les êtres vivants, dont les humains, et leur milieu – c'est-à-dire, dans le cas de l'homme, de l'œkoumène.

Maintenant, en ce qui a trait précisément aux choix qui seront faits, puis aux actions qui seront entreprises sur la base des informations produites par la science, il faut faire confiance à l'« ingéniosité » de l'homme. Plutôt que de lui être soumis, celui-ci habite la « nature » : il est autonome et donc « libre » de déployer toutes ses facultés afin de l'aménager et de la protéger.

Il n'est pas sans intérêt d'évoquer les différents scénarios écologiques de catastrophe que d'aucuns prévoyaient dans les années 1960, 1970, 1980 ou encore 1990[20], pour rappeler qu'ils ne se sont pas

20. D.H. Meadows *et al.*, *The limits to growth : a report for the Club of Roma's project on the predicament of mankind*, New York, Universe Books, 1972 ; M. Mesarovic et E. Pestel, *Mankind at the turning point : the second report to the Club of Rome*, New York, Dutton, 1974. Voir également, R. Carson, *Silent spring*, Boston, Houghton Mifflin, 1962 ; B. Commoner, *L'encerclement*, Paris, Seuil, 1972.

déroulés. Ces scénarios, qui annonçaient la « fin » du pétrole, celle de l'ensemble des ressources naturelles ou encore une famine telle qu'elle aurait décimé l'humanité vers la fin du siècle dernier, font presque sourire à présent. S'ils étaient certes fondés scientifiquement, ils omettaient un facteur qui, du reste, n'avait rien de scientifiquement calculable, à savoir l'ingéniosité humaine. Cette ingéniosité « travaille » autant l'homme que celui-ci la fait travailler et, parce que nature et culture confluent, le rappelle constamment à sa « demeure », à l'œkoumène. Plutôt que d'être dominé par quelque prédestination donc, l'homme est bien responsable de son destin.

Ainsi s'estompent, hors de tout « anthropocentrisme » aussi bien que de tout « écocentrisme », les contours de la place particulière qui revient à l'homme du simple et irréductible fait qu'il est un être autonome qui *habite* la terre. Pour autant, ces traits ne peuvent former qu'une esquisse préfigurant de nécessaires dialogues normatifs à propos de cette habitation qu'est l'œkoumène.

Habiter l'œkoumène en beauté

Après avoir présenté la nature comme un lieu d'habitation, c'est-à-dire en tant qu'œkoumène, et mis en lumière le fait que le partage de ce lieu par ceux qui l'habitent implique que des choix doivent constamment être faits, nous nous engageons maintenant sur une troisième piste de réflexion qui nous mènera à des considérations d'ordre esthétique : il convient à présent de nous pencher sur la question de la « beauté » de l'habitat.

À cet égard, il nous faut admettre qu'à la suite de notre analyse des différents discours réclamant que la « nature » soit tenue pour un « sujet de droit », nous avons été frappés de constater que ceux-ci sont tous structurés selon les notions de « bien » et de « justice ». Or, sauf peut-être à considérer les jugements éminemment personnels, de telles notions n'ont rien à voir avec les rapports de l'humain avec la nature. En revanche, et bien que les notions de « bien », de « justice » et de « beauté » soient normalement pensées comme les éléments d'une même trilogie, la dernière s'inscrit sur l'horizon qu'ouvre l'œkoumène sur ces rapports. Et, davantage qu'une notion, la « beauté » se constitue dès lors en exigence. Car l'impératif d'habiter la terre « en beauté » se déduit du sens de la notion d'œkoumène.

En effet, de cette dernière notion découle le fait qu'il nous faut, en tant qu'humains, habiter la terre de façon à pouvoir en profiter pleinement et donc rationnellement ! Il est parfaitement convenable, et donc légitime, d'exploiter les ressources de la terre et d'utiliser la science et la technique à cet effet. Et cela ne saurait exclure l'impératif d'agir de manière telle que notre habitation demeure toujours propre, agréable, bref, habitable, bien au contraire. Des sols contaminés, voire des régions entières polluées n'attestent guère un aménagement adéquat ; un air vicié, délétère sinon létal, n'a de toute évidence pas sa place dans une habitation. En somme, la question suivante ne semble pas connaître de réponse : comment l'homme pourrait-il à la fois vivre sur la terre comme on vit dans l'œkoumène et ne pas habiter la terre en beauté ?

Quiconque aborde à son tour les problèmes environnementaux par le biais juridique ne peut qu'être saisi par la manière dont leur dimension esthétique est ainsi, la plupart du temps, sinon niée, du moins évacuée. Le fait que l'écologisme se prétende soit une « science » soit une « contre-science » n'est sûrement pas étranger à cela. Et pourtant, l'aménagement de la « maison de l'homme » et les considérations esthétiques vont bien de pair. De la même façon qu'on se soucie de la beauté de son habitation privée, ne doit-on pas en effet se préoccuper de la beauté de cette autre habitation qu'on partage avec l'humanité tout entière ? Ne doit-on pas s'ingénier à revivifier l'intérêt esthétique pour la « maison de l'homme », intérêt moribond tellement il a été malmené par certains autres, économiques, particuliers, immédiats et donc très limités ?

Odeur et bruit des décharges se propageant sur des kilomètres, montagnes défigurées, pylônes et autres branchements électriques aériens, eaux nappées de pétrole, littoraux privatisés, puis bétonnés au bénéfice des nantis, etc., non seulement « écologiques », ces problèmes sont aussi d'ordre esthétique.

Désormais, une des tâches les plus importantes consistera à faire entrer l'esthétique en ligne de compte chaque fois qu'il sera question de l'aménagement de l'œkoumène. Cela suppose davantage de prises de position publiques en faveur du « beau », du beau conçu, non pas comme une spécialité exclusive des galeries et musées d'art, mais comme un intérêt humain de première importance, dont l'aménagement de l'œkoumène impose la prise en compte.

Pour une prise de conscience de l'œkoumène

L'œkoumène, ou la terre regardée comme la « maison de l'homme », convie donc à une réflexion sur ce que doit signifier « habiter la terre en beauté ». Ainsi la notion d'« œkoumène » ne préjuge-t-elle de rien, mais ne fait que rappeler que nous, les humains, habitons la terre pour le meilleur et pour le pire. C'est par conséquent à nous qu'il revient de déterminer ce que doit vouloir dire « habiter la terre en beauté », car celle-ci, ou la « nature », ne décidera jamais quoi que ce soit !

Plus encore, c'est à nous qu'il incombe non seulement de trouver aux problèmes environnementaux de « belles » solutions scientifiques, techniques et communes qui conviennent à notre « maison », mais également de leur faire écho sur le plan normatif.

UNE NORMATIVITÉ PUBLIQUE

En matière environnementale plus qu'en n'importe quelle autre, les problèmes doivent d'abord faire l'objet d'une publicité qui soit propre à susciter aussi bien l'engagement des citoyens que celui des « professionnels de l'habitation humaine », parmi lesquels on compte entre autres l'urbaniste, le géographe, l'arpenteur-géomètre et le juriste. Nous, les humains, devons nous assurer de toujours disposer, en matière environnementale, comme en d'autres, d'une normativité publique « intelligente », congruente à l'orientation de nos actions. Mais comment pouvons-nous, au juste, édifier une telle normativité ? S'agirait-il plutôt de la développer, dans la mesure où il suffirait de reconduire ce que nous avons toujours fait, c'est-à-dire faire confiance aux politiques et/ou à ces diverses coteries d'experts, de juristes, d'« écologistes », etc., ne rêvant que de se supplanter les uns les autres ? À l'opposé, il semble bien que seule une normativité s'alimentant aux débats démocratiques qui ont lieu dans l'espace public puisse de nos jours se révéler adéquate. C'est donc entre les mains des démocrates que doit être remise la question normative environnementale, ce qui au demeurant devrait être la plus naturelle des choses, étant donné qu'au final les questions qui se posent au sujet de l'œkoumène ne sont relatives qu'à la façon dont nous, les humains, habitons et donc aménageons notre « maison » commune qu'est la terre. Mais, pour le moment du moins, ce besoin que nous avons de remettre la question normative environnementale entre les mains des démocrates nous incite à revoir notre façon de penser la normativité publique et, surtout, de la produire.

Normativité publique et intersubjectivité

De nos jours, une normativité appropriée à l'œkoumène ne peut être élaborée que par la « base », les citoyens, les sujets de droit. C'est pourquoi il est impérieux de penser la normativité publique telle une œuvre d'autolégislation démocratique, et ce, le plus concrètement possible. C'est dans les ressources que peuvent mobiliser les démocrates que se trouvent les conditions de l'élaboration commune, citoyenne et démocratique de normes publiques. En ce sens, la normativité publique se doit d'être l'aboutissement d'un processus intersubjectif.

Il convient dès lors d'insister sur le fait qu'aucune normativité publique ne remplacera jamais l'éthique ou la morale privée, c'est-à-dire que la normativité publique n'est en rien apte à se substituer aux myriades d'« éthiques de conscience » résultant des différentes « normes » dont peut se doter chaque conscience individuelle, normes dont l'élaboration fait appel à l'« autojugement » – idéalement rationnel, mais, hélas, en réalité si vulnérable, si sujet aux égarements de toutes sortes – dont est capable tout sujet moral[21]. Au reste, nous avons absolument besoin de ces éthiques, car elles recèlent cette énergie si importante qui conditionne les entreprises humaines et qui, irréductiblement, explique l'engagement ou le simple fait de se sentir concerné.

Cela ne signifie pas pour autant qu'il ne s'agit que de recenser, de juxtaposer en quelque sorte, puis de rendre « publiques » les diverses éthiques privées, ainsi que le proposent encore certains théoriciens[22]. Car dès lors qu'on aborde les problèmes relatifs à l'œkoumène, on se rend compte que pour les résoudre il ne suffit plus d'en appeler unilatéralement à la conscience de l'un ou de l'autre, mais qu'il faut dorénavant concourir, afin de pouvoir s'y référer, à la formation d'une volonté politique commune. Pour nous, les humains, le fait de vivre ensemble sur la terre se ramène à une dynamique d'« intersubjectivité ». Et il faut savoir que celle-ci se présente tel un horizon de partage du grand œuvre de l'homme, un entrecroisement culturel regorgeant de ressources, et plus précisément de ces ressources de réciprocité qui permettent d'affronter normativement jusqu'aux problèmes qu'elle peut elle-même poser.

---

21. Ce qui se distingue, précisons-le, de la morale individuelle d'un « je » réifié faisant sienne la « cause » écologique.
22. A. Renaut, *Kant aujourd'hui*, Paris, Aubier, 1997 ; S. Mesure et A. Renaut, *La guerre des dieux. Essai sur la querelle des valeurs*, Paris, Grasset, 1996.

Par conséquent, il semble fécond de poser comme principe que la « normativité publique » n'est tributaire que de nos prises de position démocratiques et d'envisager comme solution aux problèmes environnementaux une normativité de l'œkoumène qui soit édifiée sur le soubassement de l'espace public, qui ne dépende que des arguments et raisons fusant de toutes parts de l'échiquier que représente la vie en société. Une telle normativité pourra s'inspirer largement de l'« agir communicationnel » et de la « démocratie délibérative » de Jürgen Habermas[23]. En effet, cet auteur met lui aussi l'accent, et en tenant compte des mêmes paramètres, sur la communication, dont il estime qu'elle conditionne une entreprise de publicité réciproque en autorisant la rencontre des arguments et raisons de chacun. Ainsi le caractère public de la sélection normative doit permettre à tous les citoyens d'exprimer librement leurs préoccupations, leurs désirs, leurs doléances, etc., sous forme de narrations, d'interprétations et d'argumentations, affirmant ainsi la dimension intersubjective de l'existence de l'homme et de sa façon d'habiter l'œkoumène.

En fait, une fois enterrée la perspective « fondationnaliste »[24] – qui possède toujours une immense puissance d'aveuglement au sein de la pensée juridique –, il ne restera qu'à reconnaître qu'aucune norme ne saurait présider valablement aux actes de l'individu moderne en l'absence du consentement démocratique de celui-ci. À tout moment, donc, l'individu se doit d'être prêt à prendre position sur telle ou telle proposition normative que ce soit et être en mesure de se faire une opinion sur la question de cette proposition normative le concernant pour savoir si elle mérite d'être tenue pour valide. Car seul un droit puisant à la démocratie, pensée en tant que processus de sélection des normes et des institutions, répondra aux exigences de la modernité juridique.

Il s'ensuit qu'une normativité publique portant sur les questions environnementales, donc relatives à l'aménagement de l'œkoumène,

23. J. Habermas, *Théorie de l'agir communicationnel*, 2 vol., Paris, Fayard, 1987. Voir également, du même auteur, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997 ; *L'intégration républicaine. Essais de théorie politique*, Paris, Fayard, 1998. Sur J. Habermas et le droit, voir notamment B. Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 91-150 ; *Rawls ou Habermas. Une question de philosophie du droit*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2002.

24. L'adjectif est un néologisme qualifiant ce qui se rapporte ou se réfère à un ou plusieurs « discours de fondation » (de normes, d'institutions, etc.).

ne peut être issue que d'un processus démocratique de publicité. Par définition, un tel processus se doit de garantir à tous la possibilité de prendre la parole, de participer, ce qui a pour corollaire qu'il lui faut également se dresser contre toutes les forces d'hétérogénéité qui l'entourent et qui menacent son autonomie. De la même manière que la notion d'« œkoumène » veut affirmer l'existence commune des humains sur le plan factuel, un processus démocratique de publicité réciproque des différents points de vue des sujets de droit concernés le ferait sur le plan normatif.

Publicité et dialogues publics

Afin d'édifier quelque normativité publique valide concernant l'œkoumène, il faudra cependant mettre en lumière tous les « faits » pertinents. Car la capacité de faire des choix démocratiques dépend largement de celle de soupeser les différents intérêts qui sont en jeu dans l'aménagement de la « maison de l'homme ». Et contrairement à l'« écologiste » qui, par aveuglement volontaire, ne peut appréhender qu'unilatéralement la « nature », l'habitant de l'œkoumène, non seulement peut, mais doit faire la part d'autant d'informations et d'intérêts que possible et, sans certitude, faire des choix dont il sait qu'ils ne seront jamais plus définitifs qu'idéaux.

Énormément de choses pourraient encore être dites, mais il nous faut nous limiter à quelques brèves remarques. Un des principaux problèmes, voire le problème principal, est qu'à titre de communauté des hommes, d'humanité, nous avons une foule d'intérêts qui, bien que légitimes, sont fondamentalement antagonistes. Le problème mondial qui consiste à trouver des moyens de s'assurer que tous disposent de suffisamment de nourriture peut-il justifier l'utilisation de semences génétiquement modifiées ? La lutte contre l'étalement urbain, ce phénomène par lequel les villes se trouvent à grignoter de plus en plus de terres cultivables, doit-elle s'opposer aussi à ce que des gens puissent ainsi cesser d'être des sans-abri ou des mal-logés ? Dans quelles circonstances la pollution que cause une usine est-elle une raison valable de faire de ces travailleurs de nouveaux chômeurs ? L'état des forêts tropicales et la déforestation qui se mondialise doivent-ils nous inciter à favoriser quelque arboriculture intensive ?

Face à de tels antagonismes, il est justifié de se demander s'il ne faut pas savoir distinguer entre l'action, d'une part, et ses acteurs de même que les intérêts ainsi poursuivis, de l'autre. Même s'il en résulte un empiètement sur quelque forêt tropicale, n'existe-t-il pas une différence, en effet, entre deux appropriations d'un lopin de terre, selon qu'il s'agit du fait d'une famille pauvre ou de celui d'une société multinationale ? Là où une appropriation ne contribue guère au développement économique, une autre pourrait peut-être constituer un investissement considérable et créer, non seulement directement, mais aussi indirectement, de nombreux emplois. Or, dans de tels cas, il sera toujours insensé de préjuger de l'une ou de l'autre solution, car tout dépendra en définitive du lieu, des circonstances et des choix normatifs que nous, les humains, aurons faits relativement à la façon dont il convient que nous habitions la terre.

À la différence de celui qui n'y voit qu'une opportunité de faire confirmer son modèle, il est donc possible de dire que l'élaboration de normes publiques est l'occasion tout indiquée de simplement produire et communiquer des informations, de manière à éclairer les personnes concernées sur les multiples choix qu'elles ont à faire à titre de participants à part entière de l'accomplissement, voire de responsables de cette tâche. En fait, plus qu'une simple occasion de le faire, l'élaboration de normes publiques commande un tel partage d'informations. Et ce besoin se fait sentir avec davantage d'acuité dès lors qu'on aborde la question des « forces anonymes » pouvant entrer en jeu dans le traitement des problèmes environnementaux. Car toute action a le plus souvent des conséquences qu'un seul acteur ne peut connaître ou calculer. Certes, maintes personnes ont maintenant une bonne idée de la façon dont se forme le smog et dont celui-ci affecte la vie d'un bon nombre de citadins. Mais il demeure que le fait que personne n'en ait jamais voulu, pas plus que de la désertification, de la pollution, etc., montre que, en matière environnementale y compris, seules des mesures à la fois communes et suffisamment informées sont à même de produire les résultats escomptés.

À cette fin, et dans le but ultime d'aménager en beauté la « maison de l'homme », ne peut-on pas avoir besoin de la science, des nouvelles technologies, des nouvelles sources d'énergie, des nouveaux procédés de production, etc. ? N'est-il pas temps de repenser la « science » et la « technologie » de manière à ce qu'elles servent également et adéqua-

tement tous les besoins de l'homme en matière d'« habitation ». Ce n'est certainement pas un retour à l'âge de pierre qu'il faut appeler, mais bien un investissement considérable dans la « science ».

En somme, il n'y a semble-t-il aucune autre solution possible aux problèmes normatifs environnementaux que celle qui consiste d'abord en la divulgation des informations que peuvent posséder toutes les personnes concernées, que ce soit de près ou de loin. Et c'est sur la base de ces informations que pourra ensuite avoir lieu une discussion publique et que pourront enfin être faits des choix démocratiques. Ce n'est qu'ainsi qu'est possible un droit de l'œkoumène, « un vivre ensemble normatif » se conjuguant à un « vivre ensemble factuel ».

Pour un œkoumène partagé démocratiquement

Dans la perspective d'une normativité publique, il faut dire sans ambages qu'il serait enfin possible aux sujets de droit de mettre en commun, informations et connaissances ainsi que de partager et discuter leurs raisons et arguments respectifs. L'information ne doit pas être le privilège de certains, l'apanage de ceux qui « savent », car les scientifiques, les professionnels, les bureaucrates, les technocrates et les politiciens réduisent volontiers l'information à une stricte question de transmission, avec pour émetteur celui qui « sait » et pour récepteur, celui qui « ignore ». Tout au contraire, l'information doit profiter à tous afin de contribuer à la formation d'une volonté politique commune. En tant que sujets de droit, nous dépendons de la qualité de notre processus de sélection des normes.

L'édification d'une normativité publique passe donc par des mobilisations successives de personnes concernées par telle ou telle question se posant au sujet de l'œkoumène. Cela se comprend aisément dans la mesure où il est manifeste que ce sont ceux-là mêmes qui habitent l'œkoumène, qui y vivent, qui sont les mieux placés pour savoir de quelle manière ils souhaitent le faire. Et c'est de la délibération publique que se dégageront tous ces souhaits, inquiétudes, projets et expériences, et ce, comme autant de narrations, interprétations et arguments. Enfin, une telle délibération sera le moment de la confrontation des professionnels de l'environnement avec les personnes concernées, avec les sujets de droit. Ce n'est que dans un tel creuset, dans la fusion des perspectives, au confluent des expériences, qu'il sera

possible à l'homme de tâter le pouls de ce qui se passe dans sa propre « demeure ».

À plusieurs égards, nous, les humains, ne disposons guère aujourd'hui d'autres ressources que celles du processus démocratique. Celui-ci représente d'ailleurs ce « nous » juridique à la faveur duquel nous serions à même de résoudre véritablement les problèmes environnementaux, ou relatifs à l'œkoumène et, surtout, de nous doter de normes qui soient à notre hauteur, qui répondent à nos voeux, et notamment à celui d'habiter la terre en beauté.

MOT DE LA FIN

Au terme de ce parcours, il convient d'insister une dernière fois sur le fait que nous, les humains, n'avons qu'un œkoumène, ne disposons pas d'une autre terre, d'une « planète de remplacement ». Nous avons donc tout intérêt à adopter une attitude plutôt humble, ainsi que nous le conseille la notion d'« œkoumène ».

À la différence des prophètes de malheur, qui sont légions en ce domaine, la perspective qu'ouvre l'œkoumène nous invite à redoubler nos efforts, à développer notre intelligence, à enrichir nos connaissances scientifiques et techniques ainsi qu'à bonifier nos systèmes normatifs pour que notre « habitation » soit le plus agréable possible, et ce, pour tous. Plutôt que de nous entretenir dans des illusions telles que celles des solutions et formules magiques, qu'elles soient déontologiques, éthiques ou autres, la perspective de l'œkoumène ne fait que nous sensibiliser au fait que l'aménagement de notre habitation relève de la « pratique ».

C'est à nous qu'il revient d'inventer la science et la technologie qui nous permettront de profiter le mieux possible de notre habitation, c'est à nous qu'il revient d'aménager, tant dans les faits que sur le plan normatif, l'œkoumène de manière à pouvoir l'habiter en beauté.

Disons pour finir qu'il faut seulement mettre un minimum de réalisme dans les têtes, surtout les brûlées, afin qu'on se rende compte qu'il n'existe guère de solution miracle aux problèmes environnementaux. Nos problèmes de déforestation, de désertification, de pollution, bref, de dégradation de l'environnement sont bien réels. Or leur solution devra l'être autant. Et cela attestera que nous avons bien compris que nous habitons l'œkoumène.

6

LE NOUVEAU CODE CIVIL DU QUÉBEC ET LES DROITS DE L'HOMME : LE PARADIGME D'UN NOUVEAU « DROIT COMMUN »[1]

L'ancien Code civil du Bas-Canada (1866) était directement inspiré du Code civil français. Lorsque le Québec se donna un nouveau Code civil, en 1991, entré en vigueur en janvier 1994, beaucoup d'articles et de « matériaux » de l'ancien Code ont été repris et renouvelés. S'il y avait, dans l'ancien Code, certaines références implicites quant à la question des droits de l'homme, nous n'aurions pourtant guère pu dire que cette codification s'en inspirait. Il en est autrement avec le nouveau Code civil du Québec de 1991, qui, pour sa part, a fait des droits de l'homme l'une de ses forces « juridiques », dans lesquelles a pris naissance cette réforme et qu'il est capable d'exprimer à sa façon. Comme nous le constaterons, ces droits de l'homme imprègnent de manière substantielle plusieurs parties de ce Code et expriment, en somme, le paradigme d'un nouveau « droit commun » québécois.

L'objectif que nous poursuivons est d'analyser ce changement de perspective et le sens à attribuer à ce paradigme d'un « droit commun », devant maintenant conjuguer le droit civil et les droits de l'homme. Plus exactement, nous réfléchissons sur le sens à accorder aux « droits

1. Conférence du colloque international « Le Code civil et les droits de l'homme », Université Pierre-Mendès-France (Grenoble II), Grenoble, 3, 4 et 5 décembre 2003. À être publié dans les Actes du colloque.

de l'homme » contenu dans le nouveau Code civil du Québec et examinons le modèle civiliste qui peut se présenter tel un vecteur des droits de l'homme à l'intérieur et sur les prémisses de ce même droit civil. Subséquemment, nos propos s'approchent davantage, par le langage et la méthode, de la philosophie du droit que de la question de l'écriture doctrinale du « droit ».

Dès maintenant, il faut toutefois impérativement clarifier le choix sémantique effectué : si, dans un contexte français, la notion de « droit de l'homme » est irréductiblement associée à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 et au tracé historique (et partiellement juridique) qu'elle ouvre, dans un contexte québécois, la même notion est d'emblée mise en rapport avec la Charte [québécoise] des droits et libertés de la personne[2] de 1975. Cette dernière est une déclaration des droits de l'homme (ou, comme elle l'affirme : de « la personne ») très moderne qui combine autant l'affirmation des libertés et des égalités classiques, sur le plan « formel », que des « positionnements » (c'est-à-dire « droits ») sociaux, économiques, etc., également « formels ». Bien qu'il soit courant de parler des « droits de la personne » dans le contexte québécois, suivant ici la tradition catholique, nous avons choisi, pour notre part, d'employer la notion courante de « droits de l'homme », plus précise, neutre et portant le poids de l'histoire.

Pour atteindre les objectifs annoncés, nous procéderons comme suit. Dans un premier temps, nous analyserons la « disposition préliminaire » du Code civil du Québec et le paradigme d'un « droit commun », lequel tente d'établir une nouvelle harmonie de sens entre le dit Code et les droits de l'homme. Dans un deuxième temps, nous examinerons plus spécifiquement comment tout cela se matérialise dans la jurisprudence et ensuite, de manière plus topique en droit du travail. Mais d'abord, quelques remarques préliminaires tirées de la philosophie du droit s'imposent quant à la problématique des droits de l'homme dans un contexte « civiliste ».

2. Charte des droits et libertés de la personne, L. R. Q., c. C-12. Voir Henri Brun, Chartes des droits de la personne. *Législation, jurisprudence et doctrine*, 15e édition, Montréal, Wilson & Lafleur, coll. Alter ego, 2002. Il s'agit, comme le titre l'indique, d'un *vade mecum* donnant des références bibliographiques et de jurisprudence concernant les chartes québécoise et canadienne des « droits » et des libertés.

PRÉLIMINAIRE QUANT À UN RAPPORT TROUBLÉ

Nous insistons ici sur deux observations : d'abord sur le rapport troublé qui existe entre le paradigme du « droit civil » et celui des « droits de l'homme », aussi bien au Québec que dans la culture juridique moderne en général et, ensuite, sur le contexte à l'intérieur duquel s'inscrit la formulation québécoise d'un « droit commun » nouveau en sa qualité de médiateur entre les deux perspectives.

Affirmer, en premier lieu, qu'il existe historiquement une tension intellectuelle marquée entre le droit civil et les droits de l'homme n'étonne guère celui qui connaît, ne serait-ce que sommairement, la formation de la modernité juridique. Rappelons seulement qu'initialement (et par leur logique interne), les droits de l'homme ont trouvé leur origine dans une philosophie particulière, à savoir dans l'idée de protéger l'individu contre l'intrusion non sollicitée de l'État dans le domaine dit « privé ». Le sens moderne des droits de l'homme se trouve de cette façon profondément ancré dans l'opposition entre l'État absolutiste et ses héritages d'un côté et, de l'autre, la nécessité de protéger l'individu et ses intérêts particuliers, distincts et « autonomes » de l'État. D'où précisément l'idée moderne des droits de l'homme véhiculant une méfiance aiguë à l'égard de l'État, source d'empiétement des intérêts privés et, réciproquement, une exaltation de ces mêmes « intérêts » en tant que privilèges propres à l'individu. John Locke est certainement emblématique quant au développement de cette idéologie[3].

Se concrétisant dans le constitutionnalisme naissant, l'aboutissement de cette idéologie veut que les « droits de l'homme » deviennent une partie intégrante du « droit » public. En analysant, par exemple, la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, ce qui saute d'abord aux yeux est la séparation entre le « public » et le « privé ». Ainsi, là où la Déclaration française est la plus

3. John Locke, *Deuxième Traité du gouvernement civil*, Paris, Vrin 1977 (original : 1791). Cf. les affirmations suivantes de Locke : « des *lois civiles* des divers pays, justes seulement dans la mesure où elles se fondent sur le droit naturel » (p. 81), et « alors, les hommes ont vu la nécessité d'examiner plus soigneusement l'*origine du gouvernement* et ses droits, pour trouver un moyen de *réfréner les extravagances* et de *prévenir les abus*, que viendrait à commettre ce pouvoir, qu'ils avaient confié aux mains d'autrui uniquement dans leurs propres intérêts, mais qu'ils voyaient utiliser pour leur faire du mal » (p. 140).

proche, thématiquement, du « droit privé », soit dans le cas de l'article 17 concernant le concept de propriété, c'est pour aussitôt reconnaître ce concept à l'intérieur d'une logique entièrement et foncièrement « publiciste ». Notons simplement que, dans ladite Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen, aucun article ne touche les relations entre des acteurs privés autrement qu'à titre de « liberté négative » ; réservant ainsi la « liberté positive » au droit civil comme étant soumise, ou chapeautée, par cette même « liberté négative » constitutionnelle. Par contraste, les chartes états-uniennes renversent (dans une logique de common law) ce partage au bénéfice d'un « droit civil » garanti par un système de « liberté négative ». Nous le constatons surtout à la lecture du Bill of Rights de 1776, antérieur à la déclaration française.

Le paradigme des « droits de l'homme » se constitue de cette manière, dès le 18e et jusqu'au 21e siècle, dans le constitutionnalisme occidental naissant à l'intérieur et en dépendance d'une approche de « droit public ». C'est alors la question de la hiérarchie des normes publiques (fréquemment baptisées « droit ») qui est mise en avant dans une logique de suprématie de ces « normes publiques » comme étant au-dessus des actes et des relations « privées ». Au 20ème siècle, le succès du kelsianisme, privilégiant un « scientisme » pyramidal, ne pouvait en ce sens que confirmer cette approche[4]. Le résultat a été, rappelons-le, une idée hiérarchique des normes qui, d'un côté, donne toujours suprématie au « droit » public ou constitutionnel et, de l'autre, laisse les rapports « privés » largement non touchés parce qu'autonomes, et les protège de l'intrusion « publique ». Quant à cette dernière observation, un certain désarroi de la doctrine juridique s'observe quant à la question de préciser comment penser une éventuelle « influence » des droits de l'homme sur le droit civil. Ce qui se constate d'ailleurs dans les tentatives, souvent assez maladroites, et en règle générale pensées « par en haut », de théoriser cette « influence » éventuelle, en méditant sur l'utilisation d'étiquettes telles que « mittelbare » ou

4. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2e édition, Neuchâtel, La Baconnière, 1988. C.f. Carlos M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Paris, Kimé, 1997, ou idem, *La philosophie du droit de Hans Kelsen. Une introduction*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2004.

« unmittelbare Drittwirkung », suivant la doctrine allemande[5] (exprimant bien le legs du kelsianisme) ou civiliste, ou simplement d'un effet secondaire »[6] (plus en ligne avec une approche de common law), et qui n'est que des indices de cet embarras théorique.

Tout cela nous amène actuellement à notre deuxième interrogation quant à la culture juridique québécoise[7]. Sans nous faire historien des idées « juridiques » au Québec[8], soulignons que le point de départ du nouveau Code était, sans ambiguïté, la constatation que l'ancien Code civil du Bas Canada (1866) avait perdu son « poids », sa valeur symbolique et sa capacité de renouvellement. La common law avait priorité depuis l'Acte de Québec de 1774 et il était facile de constater que celle-ci grugeait de plus en plus, aussi bien par « logique » que par « substance », la sphère dévolue au droit civil. En fait, la mixité du droit québécois[9] avec d'un côté la common law (« droit » public, « droit » constitutionnel, « droit » pénal, etc.) et, de l'autre, la tradition civiliste, n'avait rien pour accommoder la situation. Mais la tradition civiliste était surtout affaiblie en raison de l'hégémonie inspirée au Québec dès

5. Kara Preedy, « Fundamental Rights and Private Acts – Horizontal Direct or Indirect Effect ? – A Comment », *European Review of Private Law*, 2000, no 1, p. 125-133.
6. Berverley McLachlin, Bills of rights in common law countries, ICLQ, vol 51, avril 2002, p. 197-204 : « Canadians made the choice to confine the Charter's application to laws and government action. The Charter was not to apply to the private sphere. Contracts, torts and the whole of the common law were therefore outside the ambit of the Charter » (p. 198). Au regard de la relation entre ce common law et la Charte, il est confirmé que : « …what happens in Canada in most cases where a law is found to be inconsistent with the Charter, is that it is either brought into conformity through interpretation or reading up or down ; (…) ; or the Court ensures through transitional common law guidelines that pending amendment, justice is done » (p. 202). C.f. Frances Raday, Privatising Human Rights and the Abuse of Power, dans *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. XIII, nº 1, 2000, p. 103-134.
7. Voir, B. Melkevik (dir.), *Transformation de la culture juridique québécoise*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1998.
8. C.f. B. Melkevik, « Penser le droit québécois entre culture et positivisme : Quelques considérations critiques » et « La philosophie du droit au Québec : développements récents », dans, idem, *Réflexions sur la philosophie du droit*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, et Paris, L'Harmattan, p. 177-208.
9. Voir 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 ; c.f. Robert Garron, « Le droit mixte, Notion et fonction », 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.

1970 par l'idéologie « constitutionnaliste ». La logique « paternaliste » (ou de plus en plus « maternaliste »), cherchant continuellement à intervenir « par en haut » n'avait rien pour consolider la tradition civiliste et l'insistance traditionnelle sur la volonté des parties. En somme, la conclusion des juristes était de dire que la tradition civiliste québécoise était, avant 1991, en train de péricliter en tant que cœur et sens du droit civil[10].

En bref, trois considérations semblent avoir guidé la nouvelle « formule » québécoise :

1. Rétablir, dans le contexte québécois et à l'égard d'un « common law » ambiant, le dynamisme et la vitalité d'un droit civil québécois.
2. Affirmer, à l'égard de « l'impérialisme » du constitutionnalisme canadien et en absence d'une Constitution pour le Québec[11], l'autonomie (et le sens propre) du droit civil.
3. Assurer, pour le futur marqué par les mondialisations et des turbulences aussi bien économiques, culturelles que politiques, le poids d'une stabilité nouvelle et le sens du droit civil québécois.

Or, le nouveau Code ne pouvait pas être construit simplement comme autrefois, c'est-à-dire qu'il ne pouvait plus être bâti, ou édifié exclusivement sur une logique « civiliste » restreinte, négligeant l'apport éventuel et modérateur des droits de l'homme[12]. En d'autres termes, la nouvelle codification civiliste ne pouvait être faite qu'en harmonie

10. Sylvio Normand, « Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec : la sauvegarde de l'intégrité du Droit civil », (1987), 32 *McGill L. J.* 559-601. Voir également quant au Code civil du Bas Canada, Jean-Louis. Baudouin, « Le Code civil québécois : crise de croissance ou crise de vieillesse » (1966), 44 *Can. Bar. Rev.* 391-416 ; et Jean-Baptiste Crépeau, « Le droit de la province de Québec », (1964) 24 *R. du B.*, 546-552..
11. Jacques-Yvan Morin, « Pour une nouvelle Constitution du Québec », (1985) 30 *Revue de droit de McGill*, p. 171-220 ; Marc Brière, *Pour sortir de l'impasse : un Québec républicain !*, Montréal, Varia, 2002, ou, idem, *Point de départ ! : essai sur la nation québécoise*, Montréal, Hurtubise HMH, 2000. Voir, en général, José Woehrling, *La Constitution canadienne et l'évolution des rapports entre le Québec et le Canada anglais, de 1867 à nos jours*, Edmonton, Centre d'études constitutionnelles, coll. : Points de vue no 4, 1993.
12. J.-L. Baudouin et Y. Renaud, *Code civil du Québec, Code de procédure civile*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1998, p. 20 : « à l'heure actuelle, […] le seul pays au monde à avoir réussi la recodification de sa loi civile » est le Québec. Notons que les auteurs excluent peut-être trop vite ici la reforme néerlandaise du droit civil, de même que les codes dits

et en concordance avec les exigences des droits de l'homme. Cela d'autant plus que la Charte québécoise des droits de la personne (1976) ne fait, en principe, aucune distinction entre « public » et « privé », sinon qu'elle souhaite englober les enjeux même de vivre en société[13], contrairement donc à la Charte canadienne des droits et libertés, dont le champ d'application est limité, de manière générale, à l'acte dit « gouvernemental »[14]. Tenant compte de la logique normative de la Charte québécoise, le législateur devait en conséquence trouver une solution, un *modus vivendi*, pouvant à la fois respecter les exigences propres à une charte des droits de l'homme moderne et les exigences propres à un droit civil contemporain établi comme il se doit sur le paradigme de l'autonomie de l'individu. La solution, telle que nous pouvons maintenant l'aborder, était la thèse d'un « droit commun » intégrant les deux.

LE PARADIGME D'UN NOUVEAU « DROIT COMMUN »

Examinons à présent le paradigme d'un « droit commun », tel qu'exprimé par le Code civil du Québec de 1991, en tant que symbole d'une réconciliation du droit civil avec les droits de l'homme. Commençons d'abord par l'analyse de sa formulation sémantique pour ensuite regarder de plus près le sens pratique de celui-ci.

L'une des particularités du nouveau Code civil du Québec est à coup sûr la « disposition préliminaire » qui introduit le paradigme d'un « droit commun »[15]. Bien qu'aucunement nécessaire, une « disposition préliminaire » a été effectivement introduite au début du nouveau Code

---

de la 2e génération (Italie) ou ayant subi des refontes importantes (Allemagne, France. etc.).

13. Notons que la Charte [québécoise] des droits de la personne n'est qu'une « loi ordinaire » avec un statut (reconnu par la jurisprudence) quasi-constitutionnel. Sur cette question, voir Henri Brun et Guy Tremblay, *Droit constitutionnel*, 4e édition, Cowansville, Yvon Blais, 2002, ou André Morel, *La Charte québécoise : un document unique dans l'histoire législative canadienne*, (1987) 31 R.J.T. p. 18 s.

14. Voir, Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Dolphin Delivery Ltd c. Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 580*, (1984) 2 R.C.S. 573. Notons que le Canada a suivi l'approche déjà adoptée par la Convention européenne des droits de l'homme ou encore le Bills of Rights américain.

15. Alain-François Bisson, « La Disposition préliminaire du Code civil du Québec », (1999) *Revue de droit de McGill*, vol 44, p. 539-565, nous donne un aperçu de l'avènement législatif de cette « disposition ». Notons qu'il n'existe pas véritablement de « travaux préparatoires » quant à la disposition votée. C.f. pourtant Jean Pineau, « La

civil pour symboliser, en quelque sorte, le sens que les Législateurs (c'est-à-dire le Parlement, de même que les différents individus et organismes ayant travaillé en vue de la préparation et de la rédaction du Code[16]) ont voulu attribuer au nouveau Code. Le nouveau Code civil du Québec commence par conséquent par cette « disposition préliminaire » :

Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens.

Le code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. En ces matières, il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger[17].

En y regardant de plus près, plusieurs affirmations concernant notre thèse d'une fusion de perceptives entre la logique civiliste traditionnelle et les droits de l'homme peuvent être clarifiées.

Accentuons, d'abord, l'unité déclarée entre le droit civil et les droits de l'homme. En ce sens, il faut mettre l'accent sur le deuxième alinéa de cette disposition préliminaire, car si le Code est constitué d'un ensemble de « règles » qui « en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun », il s'ensuit précisément que le « droit commun » doit en tout temps s'accorder, rationnellement, avec le premier alinéa qui annonce que le même Code régit les rapports civilistes en harmonie avec la « Charte des droits et la liberté de la personne ». Il s'agit toujours du même « droit commun », et non point d'une multitude.

Insistons, ensuite, sur la présomption d'une harmonie entre la perspective civiliste classique et les droits de l'homme. Il faut d'abord

---

philosophie générale du nouveau Code civil du Québec », (1992) *Revue du Barreau canadien*, vol 71, p. 423.

16. Voir ici les travaux de Paul-André Crépeau (avec la collaboration de Élise M. Charpentier), *Les principes d'UNIDROIT et le Code civil du Québec : valeurs partagées ?/The UNIDROIT Principles and the Civil code of Quebec : shared values ?*, Scarborough, Carswell, 1998, ou, idem, *La réforme du droit civil canadien : une certaine conception de la recodification*, 1965-1977, Montréal, Thémis, 2003.
17. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 ; « Disposition préliminaire ».

rappeler que le mot « harmonie » nous vient de la musique et se rapporte à l'ensemble des sons, ou plus précisément la combinaison de sons, accents, rythmes, etc., qui rendent une « mélodie », et donc une concrétisation musicale, agréable à l'oreille. L'analogie que nous pouvons faire ici permet d'insister simultanément sur le fait que l'harmonie entre le droit civil et les droits de l'homme se constate, dans une perspective d'aigle, par une concordance quant aux objectifs de même que, dans une perspective de fourmi, par la pratique des sujets de droit en vue de faire leur « droit ». Dans ce dernier sens, la pratique du droit se concrétise comme une combinaison d'intérêts, de « positionnement », d'interprétations et d'arguments, etc., qu'ils devront prendre en considération. Il s'agit par conséquent d'une « harmonie » qui, après avoir été « posée » dans la « disposition préliminaire », ne peut être affirmée que par la pratique du droit. La logique hiérarchique, pyramidale ou simplement kelsienne, entre les règles de droit civil et les exigences des droits de l'homme est de la sorte atténuée au profit d'une nouvelle synthèse entre l'autonomie des acteurs privés et, par exemple, la simple application de celle-ci.

Il en découle, en somme, que le « droit commun » qui résulte de la Codification civiliste québécoise est plus englobant que la simple notion de « droit civil ». Le « droit commun » en question concerne avant tout la priorité qui doit être accordée à cette codification dans l'entreprise du droit. Nous pouvons affirmer qu'il s'agit d'une certaine « publicisation » voulue du droit civil, dont l'objectif est toujours d'assurer « la portée du Code civil comme fondement du droit privé et sa position privilégiée dans l'ensemble [du système législatif québécois] »[18]. Notons même, en ce sens, que la version anglaise du Code civil du Québec a dû forger le terme « jus commune », plutôt inusité en langue anglaise (comme équivalent à « droit commun »), pour se soustraire de toute assimilation indue avec la notion (et la pratique) de « common law ».

Deux conséquences immédiates peuvent à présent être soulignées quant à ce paradigme de « droit commun » : d'abord la thèse d'une fonction organisatrice, et, ensuite, la thèse d'une fonction interprétative en faveur des droits de l'homme.

18. Ministère de la Justice du Québec, « Commentaires du ministre de la Justice, Le code civil du Québec », Tome 1, Québec, Les Publications du Québec, 1993, p. 1.

Relevons, premièrement, que la thèse d'un « droit commun » a acquis une fonction organisatrice sur le plan de notre compréhension du Code civil du Québec. Si les droits de l'homme ne peuvent plus être considérés comme des « intrus » participant à une logique publiciste, ils doivent désormais logiquement (et juridiquement) acquérir un rôle « fonctionnel » ou une « vocation » à l'intérieur de ce « droit commun ». Cela se fait d'abord ressentir sur le niveau de la doctrine du droit, où la question du « droit valide » s'exprime désormais, comme nous l'affirme Hubert Reid, dans le paradigme d'un ensemble de « règles », incluant les droits de l'homme, « qui s'appliquent en principe à un ensemble de rapports juridiques »[19]. Cette affirmation est peut-être trop tributaire d'une façon traditionnelle d'écrire la doctrine (ou « dogmatisme ») du « droit », alors qu'il serait sans doute plus avisé d'interroger l'axe argumentatif quant à cet ensemble de rapports juridiques ou civils.

Remarquons, en regard du rôle « interprétatif » du paradigme « droit commun », le fait que le Code établisse une « formalité » (un « canon ») voulant qu'une norme civile doive être interprétée comme englobant toujours les droits de l'homme, autrement dit que toute interprétation ne se limite ni au texte ni au contexte, sinon qu'elle implique toujours un moment, réel ou virtuel, de conciliation entre des dispositions de droit civil et les droits de l'homme. La raison de cette « formalité » est simplement que les règles civiles et les droits de l'homme sont considérés comme étant unis par un lien de réciprocité interprétative[20].

Or tout cela demeure inéluctablement sur le plan théorique et il faut envisager comment cela se concrétise dans le domaine judiciaire. Comme il y a déjà 13 ans de parcourus depuis la mise en vigueur du Code civil du Québec, il y lieu de préciser ce qui vient d'être dit en nous inspirant de la jurisprudence.

19. Hubert Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 194.
20. Cour suprême du Canada, l'affaire *Béliveau St-Jacques c. F.E.E.S.P.*, [1996] 2 R. C. S. p. 345.

UN DROIT COMMUN EN PRATIQUE

Pour éclairer comment la thèse d'un « droit commun » unissant droit civil et droits de l'homme prend forme dans la jurisprudence québécoise, nous nous limiterons à quelques cas qui semblent indicateurs et qui apportent « un surplus de sens » quant à nos objectifs.

Examinons tout d'abord un arrêt de la Cour suprême du Canada qui est très révélateur de la primauté nouvellement acquise par le Code civil du Québec[21]. Les faits de l'affaire étaient simples : deux citoyens poursuivent un conseiller municipal en dommages-intérêts pour atteinte à leur réputation, en raison de propos tenus lors d'une assemblée d'un conseil municipal. Or, si les élus municipaux sont régis par le droit public, les « lois » particulières qui les visent sont assez imprécises quant à l'étendue des libertés et des privilèges qu'elles leur confèrent. Afin de se prévaloir du régime général de responsabilité civile prévu aux articles 1457 et suivants du C.c.Q., les plaignants devaient donc démontrer une contravention à une règle « législative » permettant de fonder l'existence d'une faute, tel l'article 1376 C.c.Q. Celui-ci indique que *« les règles du présent livre* [des obligations] *s'appliquent à l'État, ainsi qu'à ses organismes et à toute personne morale de droit public, sous réserve des autres règles de droit qui leur sont applicables »*. Quel « droit » s'applique, le nouveau Code civil du Québec ou, comme c'était la coutume en regard des questions de « droit » public, la common law ? Dans la réponse qui nous parvient de la Cour suprême, il y est précisé :

[il] « peut paraître étonnant qu'une règle de droit public se retrouve dans le Code civil du Québec. Il importe cependant de souligner que le nouveau code n'édicte pas seulement un corps de règles de droit privé ou encore, « un droit d'exception ». Il constitue, selon sa disposition préliminaire, le « droit commun » du Québec »[22].

Il s'ensuit également, suivant la Cour suprême, que :

> le choix de l'expression « droit commun » ne résulte pas du hasard. Une version antérieure de la disposition prévoyait que le Code était constitué d'un ensemble de règles établissant le « droit privé ». Dans la foulée de la controverse doctrinale suscitée par l'arrêt Laurentide Motels [..], l'expression « droit privé » a été remplacée par celle, plus englobante, de

21. Cour suprême du Canada, dans l'affaire : *Prud'homme c. Prud'homme,* [2002] 4 R.C.S. 663 ss.
22. Idem, paragraphe 28.

> « droit commun ». La toile de fond sur laquelle ce changement a été fait ne laisse planer aucun doute sur l'intention bien arrêtée du législateur de donner la plus grande portée possible au champ opérationnel du Code civil[23].

Le « champ opérationnel » du Code civil se concrétise par conséquent par une nouvelle relation qu'il entretient avec la common law, laquelle, comme nous l'avons affirmé, avait autrefois prééminence en la matière. À présent, en revanche, la « règle » doit être que :

> même lorsqu'une règle de common law publique est jugée applicable, le cadre général d'analyse de la responsabilité demeure celui proposé par le droit civil. En conséquence, une règle de common law devra parfois être remodelée pour remédier aux contradictions ou aux difficultés résultant de la superposition de notions issues de systèmes juridiques différents[24].

Bien que le théoricien de droit civil ait en ce domaine de quoi alimenter une réflexion approfondie sur la question de l'interprétation et sur celle de la common law (dans son vis-à-vis avec la tradition civiliste), nous ne pouvons ici que rappeler nos objectifs. En ce sens, soulignons que la Cour affirme que le paradigme de « droit commun » permet désormais d'attribuer une « primauté » opérationnelle au C.c.Q. Ainsi la distinction droit civil/common law est, littéralement, « noyée » dans le nouveau paradigme de « droit commun ».

Le sens de cette « primauté » à l'égard de la common law peut être davantage clarifié quant à l'administration de la preuve, laquelle demeure primordiale pour la sanction concernant les violations des droits de l'homme. En ce sens, le juge Lebel affirme ce qui suit :

> le secret professionnel a reçu une consécration législative complète et ferme, à la fois dans l'article 9 de la Charte québécoise des droits et libertés et dans l'article 2858 du C.c.Q. Le droit de la preuve québécois conserve certes de forts liens avec la common law et les longs développements jurisprudentiels qui ont marqué cette dernière. Cependant, il demeure que l'on se trouve, dans la présente affaire, dans un dossier civil, régi par le Code civil du Québec et par la Charte québécoise qui, dans les domaines de la compétence de la législature du Québec, constituent

23. Idem, paragraphe 29. Les juges se réfèrent ici à A.-F. Bisson, « La disposition préliminaire du *Code civil du Québec*, op. cit., p. 539 et D. Lemieux, « L'impact du *Code civil du Québec* en droit administratif, (1994), 15 Admin. L. R. (2d) 275, p. 295-297.
24. Idem, paragraphe 54.

> le fond du droit, comme le reconnaît notamment la disposition préliminaire du Code civil du Québec[25].

Une autre confirmation de la « primauté » opérationnelle se rapportant directement à la question des droits de l'homme se trouve dans l'affirmation suivante de la juge Louise Otis :

> Le Code civil du Québec – un ensemble législatif structuré et hiérarchisé – consacre l'intégralité de la personne humaine comme l'un des principes généraux gouvernant la jouissance et l'exercice des droits civils, et ce, en accord avec la Charte des droits de la personne […]. La disposition préliminaire du Code, les articles 3 et 10 C.c.Q. et l'article 1 de la Charte québécoise le soulignent avec insistance[26].

Il n'y a pas lieu de s'étonner que ces décisions traduisent « la philosophie du Code » et non plus qu'elles font ainsi connaître un souci en faveur de l'intégralité de l'homme (ou, comme il est dit, de la « personne ») au premier rang quant à la portée de ce « droit commun ».

Ajoutons maintenant, également quant à la primauté opérationnelle, l'affirmation du juge Baudouin, relative au « droit » à l'égalité, à la vie privée et aux « actes non-discriminatoires », voulant que :

> le droit à l'intimité me paraît singulièrement renforcé depuis l'introduction au nouveau Code civil du Québec des articles 35 et s.. Celui-ci, […] d'après sa disposition préliminaire [……], prévoit désormais un ensemble de règles touchant la protection de la vie privée qui se caractérisent toutes par le désir de préserver la personne contre une intrusion sous quelque forme que ce soit, dans le cercle restreint de sa vie personnelle[27].

Un dernier arrêt portant sur le champ opérationnel et la nouvelle « primauté » peut être mentionné. Il concerne la question de l'accommodement raisonnable en faveur de pratiques religieuses particulières dans un rapport contractuel privé. La Cour statue que :

> Trois sources de droit régissent les rapports contractuels entre les individus : le Code civil du Québec, la Charte des droits et libertés de la

25. Cour d'appel du Québec, affaire : *St-Alban (Municipalité de) c. Récupération Portneuf inc.,* [1999] R.J.Q. 2268. Opinion du juge LeBel.
26. Cour d'appel du Québec, l'affaire : *Montréal (Ville de) c. Tarquini*, [2001] R.J.Q, 1405 (C.A.) paragraphe 174 (L. Otis) ; également dans Maurice Tancelin et Daniel Gardner (dir.), *Jurisprudence commentée sur les obligations*, 8e édition, Montréal, Wilson et Lafleur Ltée, 2003, p. 938.
27. Cour d'appel du Québec, l'affaire : *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, [1995] R.J.Q. 2561 (C.A)

personne, les principes généraux du droit. Tel est l'enseignement premier édicté par l'unique disposition préliminaire du Code civil du Québec[28].

Loin de nous pourtant l'idée de faire une quelconque énumération de l'utilisation des références au « droit commun » dans la jurisprudence québécoise. Au-delà donc de toute aspiration à l'exhaustivité, nous pouvons constater que le paradigme d'un « droit commun » nouveau n'a pas été pris à légère, et plutôt qu'il a été repris d'une façon dynamique et novatrice. L'évidence procède de l'affirmation que le paradigme est devenu opératoire pour réorienter le droit civil et les droits de l'homme dans une prise en compte plus aiguë des enjeux de « pouvoir » dans les rapports civils. Le paradigme a directement renforcé les droits de l'homme par un effet insoupçonnable : si les atteintes aux droits de l'homme dans le domaine du droit public sont sanctionnées par le biais de réparations pécuniaires, les atteintes à une position juridiquement protégée dans le domaine du droit civil s'exécutent en principe « en nature » (par opposition à l'exécution dite par « équivalent ») [29]. Cela est intéressant car cela permet de s'opposer à l'approche de common law qui favorise l'exécution par « équivalent » (c'est-à-dire dommages-intérêts) par plus grand « respect » de la liberté individuelle alors que le droit civil se veut plus contraignant sur ce point.

En effet, nous observons une osmose entre les modèles de réparation où le principe de droit civil de réparation « en nature », conjugué au caractère d'ordre public des droits de l'homme, peut servir à réclamer plus efficacement, par exemple, la réintégration d'un travail perdu,

28. Cour supérieure du Montréal, l'affaire : *Syndicat Northcrest c. Anselem*, [1998] R.J.Q. 1892 (C.S.). Confirmé en appel : Cour d'appel du Québec, *Amselem c. Syndicat Northcrest*, [2002] R. J. Q 906 Décision cassée (5 contre 4) par le Cour suprême du Canada ; *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] CSC 47, voir ici l'opinion minoritaire (Bastarache, LeBel et Deschamps) paragraphe 177.

29. C.f. l'affaire : *Godbout c. Longueuil (Ville de), op. cit.* ; l'affaire : *Syndicat Northcrest c. Amselem, op. cit.* – où il est dit : « En droit civil, l'exécution en nature constitue la règle. L'exécution par équivalent « est considérée comme une forme secondaire de l'exécution, dont le créancier n'est pas légalement tenu de se contenter ». Le juge Rochon cite ici Jean-Louis Baudouin, *Les obligations*, 4e édition, Cowansville, Les éditions Yvan Blais, no 419, p. 242. Sur la question de l'exécution en nature, consulter la décision du Cour d'appel du Québec : *Commission des droits de la personne du Québec c. Société d'électrolyse et de chimie Alcan ltée,* [1987] D.L.Q. 340 (C.A), dans Maurice Tancelin et Daniel Gardner (dir.), *Jurisprudence commentée sur les obligation*s, 8e édition, Montréal, Wilson et Lafleur Ltée, 2003, p. 676-679.

ou encore la location d'un appartement (ou celle d'un autre dont dispose la compagnie de location). Plus précisément, la possibilité de « réparation » devient plus adéquate pour une personne vulnérable, surtout dans un domaine tel que celui des « droits » sociaux. Le paradigme de « droit commun » facilite une exécution en nature dans des cas exemplaires.

LE DROIT DU TRAVAIL ET LES DROITS DE L'HOMME

Notre quête de sens concernant le paradigme de « droit commun » peut maintenant être prolongée en faisant spécifiquement appel au droit du travail. Car si l'ancien code historique du Bas-Canada de 1866 était parcimonieux en ce qui concerne la régulation des rapports de travail[30], il en est tout autre sous l'égide du Code civil du Québec, où celui-ci reçoit un traitement large et systématique aux articles 2085 à 2097[31]. De plus, ces articles doivent s'harmoniser avec les droits de l'homme, tel que le prescrit la Charte [québécoise] des droits et libertés de la personne (C.d.l.p). Vérifions maintenant, très brièvement, de quelle manière cela se fait.

Insistons sur ce fait que le paradigme d'un « droit commun » s'exprime dans le domaine du droit du travail par un partage de tâches entre les règles civilistes régissant le contrat de travail (c'est-à-dire les conditions de formation sur le plan de sa « nature », de la « volonté » exprimée par les parties, de la rémunération, des contenus obligatoires, etc.), tandis que la Charte québécoise vise la protection de l'individu, soit la « personne » susceptible de s'engager par un contrat de travail. C'est en nous déplaçant vers la dite Charte que le sens de tout cela révèle une logique de « positionnement civil ». Deux axes peuvent être distingués quant à ce « positionnement civil » : un axe général et un axe particulier.

Au regard du « positionnement civil » en général, il faut souligner que la Charte [québécoise] des droits et libertés de la personne (C.d.l.p.) favorise une égalité formelle. Dans le contexte d'une société profondément et irrémédiablement inégalitaire sur le plan factuel, comportant

30. Voir, Robert P. Gagnon, Louis LeBel et Pierre Verge, *Droit du travail*, 2ᵉ édition, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1991, p. 21-36.
31. Robert P. Gagnon, *Le droit du travail du Québec*, 5ᵉ édition, Cowansville, Yvon Blais, 2003, p. 61-134.

des différences sociales, économiques et politiques qui accentuent (et se renforcent en le cimentant) le côté inégalitaire de la société québécoise, la notion d'« égalité » représente de la sorte un soutien appréciable car ainsi se joue, et se déjoue, à son égard la question du positionnement des individus sur le marché du travail. La notion d'égalité peut ainsi, éventuellement, être mobilisée à titre de bouclier contre les pratiques discriminatoires. Si les articles 16 à 19 de la C.d.l.p. interdisent la discrimination sur le marché du travail, c'est l'article 10 qui énumère les motifs prohibés d'une telle discrimination, soit celle relative à « la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge (sauf dans la mesure prévue par la loi), la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ». Y figurent quelques exceptions, prévues à l'art. 20, liées aux exigences professionnelles justifiées ou aux distinctions, exclusions ou préférences justifiées par le caractère charitable, philanthropique, religieux, politique et éducatif d'une institution, sans but lucratif ou vouées exclusivement au bien-être d'un groupe ethnique. Hormis de telles exceptions bien circonscrites, c'est en somme le positionnement « non-discriminatoire » qui se précise ainsi par l'effet des droits de l'homme dans le domaine du droit du travail et qui fusionne avec le paradigme d'un « droit commun ».

Quant au questionnement sur l'axe « individuel » (ou simplement orienté vers la situation particulière vécue par une personne en tant que telle), nous voulons mentionner l'interdiction de harcèlement sexuel (art 10.1. C.d.l.p.), l'interdiction d'infliger une peine supplémentaire à une personne ayant un casier judiciaire (art. 18.2. C.d.l.p.), l'établissement de conditions de travail qui respectent la santé, la sécurité et l'intégrité (art. 46. C.d.l.p.), ou simplement l'interdiction de porter atteinte à la dignité, à l'honneur et à la réputation d'un employé (art. 4 C.d.l.p.). La portée des règles liées aux « positionnements » de l'individu est ici assez large et ouverte, et c'est souvent uniquement une décision judiciaire qui peut assurer la perméabilité du droit civil au paradigme d'un « droit commun ».

La Charte [québécoise] des droits et libertés de la personne (C.d.l.p.) est d'ordre public. Son respect incombe à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse en vertu des

compétences ou d'impératifs « censoriaux » qui lui sont dévolues[32]. En fait, pour rendre le régime des libertés de la « personne » le plus efficace possible, le Législateur québécois a instauré un système où la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse peut, suite à une plainte, mener une enquête et proposer un arbitrage ou un règlement du différend[33]. Si aucune entente ne peut être obtenue et si la Commission considère qu'il y a lieu de poursuivre, la victime a le choix entre s'adresser à un tribunal de droit commun ou au Tribunal des droits de la personne, s'il s'agit d'un cas de discrimination.

Là où nous voulons en venir plus spécifiquement, concernant le paradigme d'un « droit commun », c'est qu'ainsi se forge en fait une nouvelle dimension des droits de l'homme. Le contrat de travail étant régulé par le Code civil du Québec, il en ressort que tout ceci (à l'exception du pouvoir « censoriale » de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) se rapporte désormais au paradigme d'un « droit commun ». En d'autres termes, le souci concret pour l'individu en tant que tel se superpose à la question formelle de droit civil. En fait, la question de la réalité de l'homme (ou de l'individu) fusionne avec les exigences du droit du travail pour ouvrir la voie, sur le plan juridictionnel, à une nouvelle façon de penser le droit civil.

UN DERNIER MOT

Rappelons en dernier lieu que la façon de réconcilier le droit civil avec l'exigence des droits de l'homme proposée par le Québec peut servir pour d'autres pays qui jonglent avec l'idée de réformer leur Code civil. Alors que subsistent des raisons qui militent contre une « constitutionnalisation » néfaste du « droit civil » ou une importation aveugle et irréfléchie des droits de l'homme dans les rapports privés, le modèle québécois semble assez prometteur. L'essaim de décisions judiciaires a contribué, chacune à sa façon, à préciser le paradigme d'un « droit commun » et en témoigne amplement. Le recentrage « civiliste »,

32. Nous utilisons le mot « censorial » dans son sens classique en droit et faisant référence aux pouvoir, compétence, « censure », etc. C.f. Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique,* Paris, Presses universitaires de France, 1994, p. 122 « censorial, ale, aux ».

33. Lucie Lamarche, *Le régime québécois de protection et de promotion des droits de la personne*, Cowansville, Yvon Blais, 1996. Voir également, Lucie Lemonde, *Discrimination et Commission des droits de la personne*, Montréal, Éd. Saint-Martin, 1988.

entrepris par le Code civil du Québec, peut à la fois servir de modèle et inspirer le travail qui se fait sur le plan législatif dans différents pays et dans différents contextes, de même qu'il permet d'élucider notre façon de concevoir et de construire la doctrine de « droit » civil.

7

INTÉRÊTS PARTICULIERS, INTÉRÊTS GÉNÉRAUX ET CORPS INTERMÉDIAIRES[1]

Peu de thèmes en philosophie juridique, politique et social, suscitent plus de débats, de déchirements et de passions, que le statut et les relations entre intérêts particuliers, intérêts généraux et corps intermédiaires. Cela démontre que ce sont des thèmes d'actualité, car si passion rime avec engagement, les engagements de chacun indiquent qu'il y a peut-être des thèmes sous-jacents à ces interrogations primordiales pour le sens à accorder à notre modernité juridique et politique. Nous n'avons donc pas à chercher loin pour observer ces passions, pas plus pour la façon dont, par concepts interposés, tels ceux de Patrie, Loi, Constitution, Liberté, elles revendiquent souvent le « droit » (i.e. le privilège) d'avoir le dessus sur la démocratie, sinon l'atour de la nier ouvertement. Au-delà des passions qui s'agitent, les raisons pour démêler et penser adéquatement les enjeux des « intérêts particuliers, intérêts généraux et corps intermédiaires » ne peuvent que s'imposer avec davantage de rigueur.

Pour relever ce défi, nous examinerons certains des enjeux juridiques et politiques qui s'expriment par ces notions, plus spécifiquement les courants philosophiques qui accueillent et mettent de l'avant la compréhension les concernant, puisque c'est précisément au sein de ces courants que la problématique entourant nos thèmes a pris naissance et a pu s'imposer à notre pensée contemporaine. Nous avons deux courants principaux : d'abord, le républicanisme, avec Rousseau,

1. Publiée dans Josiane Boulad-Ayoub et Luc Bonneville (dir.), *Souverainetés en crise*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Mercure du Nord, 2003, p. 101-113.

puis le libéralisme, avec Locke. Nous ajouterons, en prolongement de ces deux courants, quelques remarques quant à Habermas et à son intention d'envisager ces notions démocratiquement et surtout en dehors des carcans des philosophies qui ont déjà préjugé du sens de ces notions.

LE DROIT POLITIQUE DE LA RÉVOLUTION : LE RÉPUBLICANISME

Tant la révolution anglaise de 1688 que la révolution française de 1789 ont provoqué un bouleversement dans la façon dont la société politique se pense et se représente elle-même. Si les deux révolutions se ressemblent beaucoup dans leur volonté de mettre un terme à l'absolutisme juridique et politique, de même que par la naissance embryonnaire de la modernité, la Révolution française se distingue en voulant être philosophique, là où la révolution anglaise se voulait morale et juridique[2]. De la sorte, la pensée pré-révolutionnaire a largement pour but de débloquer la société politique, la Révolution française étant le triomphe de ces idées. Lorsque Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) atteint un statut aussi éminent dans la Révolution française, au point d'être nommé, à titre posthume, philosophe de la Révolution[3], c'est sûrement en partie pour la façon dont il met en selle la dichotomie républicaine « intérêts particuliers » et « intérêts généraux » à l'égard du droit.

Intérêts particuliers selon Rousseau

Si Rousseau est beaucoup plus loquace au sujet des intérêts généraux dans son ouvrage « Du contrat social ou principes du droit politique » de 1762[4], la question de l'intérêt particulier constitue pourtant le tremplin d'où sa philosophie prend son envol. Il faut en conséquence

2. Rappel G.W.F. Hegel, *Leçons sur la philosophie de l'histoire,* traduction par J. Gibelin, Paris, Vrin, 1979, p. 339 : « On a dit que la Révolution française est sortie de la philosophie et ce n'est pas sans raison que l'on a appelé la philosophie sagesse universelle, car elle n'est pas seulement la vérité en soi et pour soi, en tant que pure essence, mais aussi vérité en tant qu'elle devient vivante dans le monde réel ».
3. L.-S. Mercier, *De J. J. Rousseau, considéré comme l'un des premiers auteurs de la Révolution*, Paris, Buisson, 1791.
4. J.-J. Rousseau, *Le contrat social ou principes du droit politique*, Paris, Gf Flammarion, 1992

souligner que cette notion d'intérêt particulier se développe sur deux axes assez différents.

D'un côté, Rousseau prend partie pour la petite bourgeoisie industrielle, commerciale et agricole, directement engagée dans la production. Il y a un côté romantique, chez Rousseau, qui s'exprime par l'appel à un retour à la nature, à la vie simple, à l'homme métamorphosant lui-même la nature. Nous aurions pourtant tort de prendre cet appel au pied de la lettre, comme uniquement romantique, car il se cache, dans les écrits de Rousseau, d'une part, la valorisation d'un « état de nature » individualiste et, d'autre part, celle de l'homme rendu libre par le travail et l'industrie. Rousseau valorise les vertus de la vie simple, caractérisant les petit bourgeois, les agriculteurs, les petits commerçants, les artisans, à l'encontre de la vie froide et calculatrice de la grande bourgeoisie et des scientifiques[5].

De l'autre côté, Rousseau souligne que ces intérêts particuliers sont le point de départ pour penser les intérêts généraux sur le plan politique. Ainsi, les intérêts particuliers qui s'expriment s'imposent aux intérêts généraux avant de se fondre en eux. Cela nous met sur la piste des intérêts particuliers comme irrémédiablement rattachés à un idéal de bien vivre sous la loi, avec cette limite, pourtant, qui caractérise si bien le républicanisme : Les intérêts particuliers sont avant tout prépolitiques et doivent, en fin de compte, s'épanouir dans un cadre plus large, c'est-à-dire à l'intérieur des intérêts généraux tels qu'exprimés par la loi.

Intérêts généraux selon Rousseau

Si les intérêts particuliers se retrouvent toujours dans un état prépolitique chez Rousseau, il ne fait nul doute que ceux-ci se réalisent politiquement dans et par la « volonté générale ». Cette volonté générale de Rousseau les subsume en leur attribuant leur sens ultime dans une soumission à la loi et à la République. La notion de volonté générale résume la façon dont Rousseau considère les intérêts généraux : différents de et plus que l'addition pure et simple des intérêts de tous. Ceux-ci se dissolvent dans la souveraineté et dans la loi, comme cadre et garantie des intérêts particuliers et généraux.

5. J.-J. Rousseau, *Discours sur les sciences et les arts*, Paris, Flammarion, coll. GF no 243, 1971.

Chez Rousseau, le fait que les intérêts généraux soient politiques se manifeste avant tout dans sa conception de la souveraineté. La souveraineté n'est plus dépendante d'un individu, mais se concrétise dans le peuple souverain : « la souveraineté n'étant que l'exercice de la volonté générale ne peut jamais s'aliéner, (…) le souverain, qui n'est qu'un être collectif, ne peut être représenté que par lui-même ; le pouvoir peut bien se transmettre, mais non pas la volonté »[6].

C'est en conséquence la loi, la législation dans la République, qui se dessine comme le moment où la souveraineté du peuple se fait corps. Chez Rousseau, la loi, comme consécration des intérêts généraux, devient en conséquence absolue. C'est le seul lieu légitime à l'égard des intérêts particuliers et également l'incarnation des limites et du sens de ces derniers. La loi de Rousseau ne se superpose pas uniquement aux intérêts particuliers, mais se substitue aussi largement à eux et les « colore » amplement. La liberté de poursuivre ses intérêts particuliers est, au bout du compte, fonction de la liberté permise par la loi. Mais comment, dans une telle situation, s'opposer à la loi, aux intérêts généraux, étant donné qu'ils sont supposés toujours englober tous les intérêts particuliers dignes de considération ?

Interdiction des corps intermédiaires selon Sieyès

Déjà, chez Rousseau, se dessine l'interdiction des corps intermédiaires, c'est-à-dire de la représentation politique des corporations, des métiers, des églises, des régions, des minorités et autres, comme ayant un statut « public ». C'est pourtant l'abbé Emmanuel Joseph Sieyès (1748-1836), un autre théoricien clef de la Révolution française, qui, avant d'autres, met en avant cette interdiction philosophique et pratique dans son livre clef *Qu'est-ce que le Tiers État ?,* en 1789[7]. Le cris de ralliement de ce livre résonne encore en écho dans nos oreilles modernes :

> Qu'est-ce le Tiers État ? - TOUT. Qu'a-t-il été jusqu'à présent dans l'ordre politique ? - RIEN. Que demande-t-il ? - À ÊTRE QUELQUE CHOSE[8].

6. Rousseau, J.-J, *Du contrat social ou principes du droit politique*, op. cit., p. 51 (livre 2, chap. 1)
7. E. Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers État ?*, Paris, Flammarion, coll. Champs no 196, 1988.
8. Ibid, p. 31-32.

Or, si nous pouvons facilement être en accord avec les reproches que Sieyès adresse à l'Ancien régime, le problème se corse lorsque l'on perçoit Sieyès comme un constructeur « constitutionnel », en particulier quant à la question des corps intermédiaires. En effet, pour Sieyès, les corps intermédiaires doivent être éradiqués :

> Qu'on ne soit donc pas étonné si l'ordre social exige avec tant de rigueur de ne point laisser les simples citoyens se disposer en *corporations* (…)[9].
>
> Les intérêts par lesquels les citoyens se ressemblent sont donc les seuls qu'ils puissent traiter en commun, les seuls par lesquels et au nom desquels ils puissent réclamer des droits politiques, c'est-à-dire une part active à la formation de la Loi sociale, les seuls par conséquent qui impriment au citoyen la qualité *représentable*[10].

La conséquence immédiate est que les corps intermédiaires (de statut public) n'ont plus aucune légitimité et se placent même dans une illégalité contraire à la fois à la République et à la liberté individuelle. Côté république, l'existence et la reconnaissance d'un quelconque corps intermédiaire pouvaient-elles être autre chose que l'usurpation de la souveraineté étatique, obscurcissant la relation entre la République et le citoyen ? Côté individuel, l'existence et la reconnaissance des intermédiaires ne portent-elles pas atteinte à la liberté de l'individu telle qu'accordée et délimitée par la loi ? Les corps intermédiaires n'ont aucune place dans le modèle républicain, qui ne peut reconnaître que le citoyen d'un côté et la souveraineté de la loi de l'autre.

Le républicain et la suprématie des intérêts généraux

Nous pouvons maintenant, de façon schématique, dire que le républicanisme juridique se déploie comme suit à l'égard des « intérêts » :

1. La loi (et la Constitution) représente et exprime les intérêts généraux. En elle s'expriment, s'accordent et se limitent les intérêts particuliers.
2. La loi encadre, enfreint et arbitre les intérêts particuliers. Les intérêts particuliers ne peuvent être légitimes que consignés par une loi.

9. Ibid, p. 170.
10. Ibid, p. 175.

3. Il ne doit pas exister d'intermédiaire entre la loi (et la souveraineté) et les individus. Tout « intermédiaire » n'est qu'une usurpation de la souveraineté de la Nation ou une atteinte à la liberté individuelle.

En conséquence, le républicanisme se forme dans l'exaltation de la loi comme seul représentant des intérêts généraux. Ainsi, les intérêts particuliers (de même que les individus) se trouvent toujours dans une position d'infériorité à l'égard de la loi. Comme le dit encore Sieyès : « les droits politiques, comme les droits civils, doivent tenir à la qualité de citoyen »[11]. En d'autres mots, les intérêts particuliers, c'est ce que permet la loi, comme expression des intérêts généraux, expressément ou par son silence.

LA MORALITÉ DES INTÉRÊTS : LE LIBÉRALISME

En abordant le libéralisme et sa façon de théoriser les intérêts généraux, les intérêts particuliers et la question des corps intermédiaires, nous devons nous déplacer vers l'Angleterre où la forme la plus poussée du libéralisme se développe philosophiquement. Nous examinerons comment le libéralisme juridique renverse l'axe des intérêts au bénéfice des intérêts particuliers. Le libéralisme se résume dans une conception morale, ou éthique, des intérêts.

La moralité et les intérêts particuliers

Ce sont avant tout les écrits du théologien, médecin et philosophe John Locke (1632-1704) qui marquent l'élaboration d'une théorie moderne de la moralité des intérêts. Une de ses définitions la décrit comme suit :

> 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 qui les a destinés à durer selon son bon plaisir et celui de nul autre[12].

11. E. Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers État ?*, op. cit., p. 70.
12. J. Locke, *Deuxième traité de gouvernement civil*, Paris, Vrin, 1977, p. 78.

En bref, Dieu a écrit dans le cœur des hommes les droits subjectifs (rights) que nul souverain ne peut altérer ou abroger. Parmi ces droits subjectifs se trouve fondamentalement chez Locke celui de faire fructifier tranquillement et sans intervention étatique ses intérêts particuliers. Cela se traduit dans l'importance primordiale qu'occupent, chez lui, les questions de « propriété » et d'intérêts « matériels ». Il s'agit en somme de la liberté de poursuivre individuellement ses propres intérêts particuliers aussi longtemps que cela ne nuit pas aux autres enfants de Dieu.

Non sans raison, le système libéral, tel que développé par Locke, a été caractérisé comme mettant de l'avant un « individualisme possessif »[13]. Les individus deviennent le fondement même de la société en utilisant leurs forces de travail et d'intelligence pour à la fois poursuivre, en toute liberté, leurs intérêts particuliers et faire fructifier toujours davantage leur propriété. La société toute entière repose, chez Locke, sur cette poursuite libre des intérêts particuliers. Il affirme que toute contrainte ou toute limitation à cette liberté et à cette morale initiale ne peut qu'être dictatoriale. À tout le moins, elle aura besoin d'une justification particulière et temporaire devant trouver l'assentiment dans des intérêts particuliers[14].

L'intérêt général de protéger les intérêts particuliers

Dans le modèle libéral, il est d'abord important de souligner que l'État, comme enjeu des intérêts généraux, est toujours pensé comme un ennemi potentiel. C'est une création artificielle, un Léviathan pouvant à tout moment se tourner contre ses concepteurs. Dans cette dichotomie entre privé et public, entre ce qui est naturellement bon et ce qui est artificiel, nécessaire, mais dangereux, se trame une conception « minimalisée » des intérêts généraux. Cela nous est révélé dans la citation de Locke retranscrite ci-dessus. En principe, les intérêts par-

13. Macpherson, C. B., *La théorie politique de l'individualisme possessif de Hobbes à Locke*, Paris, Gallimard, 1971 ; voir également, idem., « Locke on Capitalist Appropriation », dans *The Western Political Quaterly*, 1951, p. 550.

14. Voir également, Bernard Mandeville (1670-1790), *La fable des abeilles : ou les vices privés font le bien public*, Paris, GF-Flammarion, 1991, ou Adam Smith (1723-1790), *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Paris, GF-Flammarion, 1991.

ticuliers doivent s'autolimiter et assurer que nul ne lèse autrui dans sa vie, sa santé, sa liberté et ses biens.

Or, si une telle auto-limitation reste idéale, la défense même de celle-ci peut être laissée à l'État pour des raisons d'efficacité. Locke fait intervenir le défaut adamique pour justifier la nécessité d'avoir un appareil pouvant impérativement faire respecter la liberté de tous. C'est en conséquence les intérêts particuliers, comme objets de protection efficace, qui définissent les intérêts généraux. L'État et la loi n'ont pas d'autre vocation que d'aider les citoyens face aux questions de coopération, de justice judiciaire et/ou d'infrastructures nécessaires pour optimaliser le rendement des intérêts particuliers au bénéfice de tous. Idéalement, la loi, comme l'État, devrait se concentrer sur des intérêts généraux limités à la police, à l'armée, aux tribunaux, et peut-être à des questions concernant l'infrastructure matérielle, rien de plus, ceci pour la simple raison que c'est à l'avantage des intérêts particuliers que l'État leur porte une aide de « superstructure ».

Immoralité des droits collectifs

En revanche, toute référence, tout discours, sur les droits collectifs (c'est-à-dire des droits rattachés aux statuts supra-individuels) sera immoral.

Il en va de même pour les corps intermédiaires voulant se structurer autour de quelconques droits collectifs. Comme Locke nous l'indique, les seuls « vrais droits » qui existent sont ceux que Dieu a inscrits dans nos cœurs et dans notre raison. Pour Locke, il n'a sûrement pas écrit quoi que ce soit dans le « fait » d'une minorité, d'une ethnie opprimée, etc. Une conclusion s'impose : de tels discours ne peuvent être qu'immoraux ou du moins l'œuvre de personnes immorales poursuivant des objectifs malsains.

Le libéralisme et la primauté des intérêts particuliers

Le libéralisme, tel nous le connaissons aujourd'hui chez des auteurs modernes comme J. Rawls[15], R. Dworkin et d'autres, n'est qu'une des variantes de ce que nous a affirmé Locke. La spécificité de ce courant peut se résumer en quelques points succincts :

15. J. Rawls, *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 2e éd. 1997 ; idem, *Libéralisme politique*, Paris, PUF, 1995.

1. Quelques intérêts particuliers, comme la liberté et la propriété de chaque individu en tant que droits subjectifs, ont une valeur morale fondamentale qui ne peut jamais être dépassée ou altérée.
2. Une société saine se caractérise par le respect et le déploiement de ces valeurs morales fondamentales.
3. L'État ou, plus précisément, la loi et la souveraineté, peuvent représenter un danger pour les intérêts particuliers et doivent en conséquence être circonscrits aux questions de superstructures ne pouvant pas être réglées par les individus.
4. Tout conflit entre intérêts particuliers et intérêts généraux doit être réglé par des tribunaux en fonction de valeurs morales fondamentales.

De cette façon, le schéma républicain est complètement renversé, car ce qui est mis en avant, ce sont les intérêts particuliers propres à chaque individu. Ce qui compte ce sont les intérêts particuliers, tandis que les intérêts généraux ont besoin d'une justification. Dworkin synthétise cette opinion comme suit : « Le nerf de l'affirmation d'un droit (…) c'est qu'un individu a une prérogative à être protégé contre la majorité, fût-ce au préjudice de l'intérêt général »[16].

DÉMOCRATIE ET PROCÉDURALISATION DES INTÉRÊTS

Une des approches les plus fructueuses aujourd'hui nous semble être la proposition du philosophe allemand Jürgen Habermas à l'effet de redéfinir nos approches à l'égard des intérêts particuliers, des intérêts généraux et des corps intermédiaires, en mobilisant le processus démocratique[17]. Cette philosophie refuse de statuer, comme le font les républicains et les libéraux, sur ce qui est ou doit compter comme intérêts particuliers, intérêts généraux et corps intermédiaires. La philosophie d'Habermas profite aux débats démocratiques où les citoyens décident de façon autonome, dans l'espace public, comment se mettre d'accord sur ces intérêts particuliers et comment construire les intérêts généraux.

16. R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, 1995, p. 146.
17. J. Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997 ; idem, *L'intégration républicaine. Essais de théorie politique*, Paris, Fayard, 1998.

Habermas et le modèle démocratique

La querelle entre intérêts particuliers et intérêts généraux disparaît en démocratie. Il en ressort une affirmation de nous-mêmes comme auteurs. Dès que nous ne pouvons plus écrire et désigner les intérêts comme étant soit « particuliers » soit « généraux », il ne nous reste que la démocratie comme force de concertation et d'écriture quant au sens à donner à ces catégories. C'est justement la force même de la pensée de Jürgen Habermas de souligner que ce sera uniquement par le processus démocratique que nous pourrons désormais reconnaître, réconcilier et délimiter nos intérêts comme devant se structurer en intérêts particuliers ou généraux.

Habermas nous invite en effet à investir la démocratie comme processus, mettant toute situation « démocratique » entre parenthèses. Il n'y donc pas de démocratie à fêter, mais à réaliser perpétuellement[18]. En conséquence, la démocratie n'existe que dans la mesure où elle ne sert pas la domination, mais reste à la disposition des citoyens pour s'exprimer, dialoguer et décider en toute autonomie.

En tant que méthode pour nous concerter concernant nos intérêts et sélectionner ceux dignes d'être respectés comme généraux, comme lois, le processus démocratique peut être envisagé sur deux axes complémentaires : universalité et négociation.

Quant à l'exigence d'universaliser les intérêts prononcés particulièrement, il s'agit de comprendre que, dès que nous ne pouvons plus penser l'universalité que comme un idéal contrefactuel, il ne nous reste que le processus démocratique pour soumettre aux autres ce que nous considérons, à tort ou à raison, comme étant nos intérêts et pour examiner, par la discussion, leurs prétentions à l'universalité. En fait, le processus démocratique est avant tout une démarche d'apprentissage des intérêts des autres. En mettant en commun tous nos intérêts, comme nous les comprenons et les valorisons individuellement, nous apprendrons quelque chose démocratiquement sur ce qu'autrui attend de nous à titre de co-sociétaire. Nous connaîtrons d'autres côtés de la vie sociale que nous ne vivons pas, que nous ne connaissons pas, comme exprimant des intérêts légitimes et égaux à ceux que nous défendons nous-même. Les conventions modernes des droits de l'homme, pré-

18. B. Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit*, Paris, L'Harmattan & Ste-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1998, p. 133-150.

cisément parce qu'elles sont négociées et acceptées par la communauté internationale, peuvent ici servir de réservoirs d'arguments pour les individus engagés dans le processus de choix et de structure de nos intérêts, particuliers ou généraux.

Il convient ensuite de souligner que le processus démocratique doit aussi pouvoir honorer des intérêts par des négociations prenant en compte tous les points de vues. Tous les intérêts d'une société moderne ne peuvent peut-être pas prétendre à l'universalité. En revanche, les intérêts minoritaires et ceux de la majorité peuvent souvent être avantageusement négociés en vue d'un compromis politique. Ainsi peuvent être négociés les intérêts de la femme, de l'enfant, de l'étranger, du réfugie, de l'apatride, du travailleur, du chômeur, du croyant, de l'objecteur de conscience, du contribuable, des personnes âgées, etc. La modernité, tant juridique que politique, ne peut que faire siens de tels compromis, comme l'expression de la pluralité démocratique.

Ainsi les « intérêts particuliers, les intérêts généraux et les corps intermédiaires » reprennent leur place, même si ces termes ont désormais perdu toute force sémantique. Plus adéquatement nous devrions parler de la façon démocratique de rendre visible les intérêts de l'un et de l'autre, ainsi que de notre capacité toute démocratique de prendre en compte les intérêts de tous sans discrimination. Il s'agit d'assurer de façon égale le respect et la reconnaissance des intérêts revendiqués et même d'imaginer des solutions démocratiques pouvant répondre aux besoins d'intérêts marginalisés.

La politique démocratique des intérêts

L'intérêt d'utiliser désormais le processus démocratique pour nous mettre d'accord sur nos intérêts et sur la façon de les honorer soit comme particuliers, soit comme généraux, peut être davantage illustré. Nous pouvons insister sur le fait que nous n'avons plus d'accès unique au sens à accorder à ces catégories et qu'il ne nous reste qu'une politique démocratique des intérêts. Voici des exemples de la problématique :

> Le libre accès gratuit à l'enseignement universitaire relève-t-il de l'intérêt particulier de l'individu ou des intérêts généraux de la société ?
>
> L'assistance médicale gratuite relève-t-elle de l'intérêt particulier de l'individu ou, à nouveau, des intérêts généraux ?

En fait, nous pouvons multiplier les exemples à l'infini. Selon la réponse que nous voulons donner, nous pouvons aussi voir comment la question du « financement » se greffe immédiatement. En répondant qu'il s'agit d'un intérêt particulier, nous avons aussi affirmé que l'individu doit lui-même payer pour l'école, l'université, l'assurance médicale, la pension de vieillesse, etc., tandis que les intérêts généraux font l'objet d'une prise en charge commune.

Ce qui est aujourd'hui dangereux, c'est de préjuger de ces questions. Il ne faut pas croire qu'une quelconque position philosophique puisse se substituer à des dialogues ouverts et publics où les citoyens peuvent librement se concerter et faire intervenir autant de considérations et d'arguments pouvant, selon eux, éclairer la décision qu'ils doivent prendre démocratiquement.

Il n'en va pas autrement de la question des « corps intermédiaires ». En effet, il convient de se rappeler qu'aussi bien les partisans libéraux que républicains faisaient de rapides calculs : les syndicats, qui ont fait leur apparition dès le début du 19ème siècle ne sont-ils que des « corps intermédiaires » en demandant un statut public ou semi-public ? Le résultat pouvait criminaliser toute organisation ouvrière (ou syndicale) et permettre par les lois, les tribunaux, la police, une répression étatique qui se superposait à une terreur patronale aussi bête que sauvage. Par la suite, personne ne s'est beaucoup offusqué quand les syndicats ont obtenu leur statut de « corps intermédiaires », mais que de vies gaspillées, de talents emprisonnés ! Or, si la question de la « souveraineté » a aveuglé les esprits à ce moment, comment pouvons-nous croire que nous sommes plus clairvoyants aujourd'hui ? La « souveraineté nationale » n'est-elle pas devenue problématique, sinon obsolète, dans plusieurs domaines ? Or, ce qu'il ne faudrait surtout pas faire ici non plus, c'est de croire en des concepts servant à résoudre nos problèmes ; souvent, ils ne font que les augmenter. Dans la perspective d'une démocratie pluraliste, quoi de plus normal pourtant que de soumettre au processus démocratique la question des délégations ou encore des abdications de souveraineté ? En fait, ne devons-nous pas plutôt élargir le processus démocratique, des corps intermédiaires, vers les corps supranationaux ?

Le problème moderne des « intérêts particuliers, intérêts généraux et corps intermédiaires » n'est plus de l'ordre de la pureté des positions philosophiques, mais relève davantage de notre imagination à nous

forger de nouveaux outils normatifs, juridiques et institutionnels pour répondre aux forces, attentes et espoirs libérés par la modernité juridique, donc l'intérêt de regarder du côté de la procédure démocratique comme permettant aux intérêts de trouver leur place pour forger ce qui doit compter comme intérêts généraux pour nous.

Les intérêts et l'enjeu démocratique

Comme nous l'avons fait pour le républicanisme et le libéralisme, nous pouvons résumer la thèse de Habermas en quelques propositions-clefs :

1. Il incombe aux processus démocratiques de décider, de sélectionner, ce qui doivent compter comme intérêts particuliers ou généraux. Seul ces processus démocratiques peuvent obliger les sujets de droit.
2. Le processus démocratique nécessite une représentation sans borne, de même que des groupes d'intérêts variés et multiples pouvant librement exprimer leurs préférences et leurs opinions.
3. Le processus démocratique représente à la fois un processus de négociation politique perpétuelle entre différents intérêts dans la société et un processus d'apprentissage d'autrui.

En somme, il n'y a plus de place pour les préjugés conceptuels, mais bien pour un processus démocratique à investir avec nos intérêts.

UN APPEL AUX DIALOGUES DÉMOCRATIQUES

Les courants républicains et libéraux dominent encore les débats sur les « intérêts particuliers, intérêts généraux et corps intermédiaires ». Ils mettent l'accent, soit sur la question de liberté (le libéralisme), soit sur celle d'égalité (le républicanisme). Une certaine restructuration philosophique s'est produite récemment au profit des intérêts particuliers, comme nous les observons dans les courants néolibéraux (Hayek[19]) ou encore dans le communautarisme[20].

19. F. A. Hayek, *Droit, législation et liberté*, 3 tomes, PUF, 1973-79 ; voir la critique dans B. Melkevik, *Réflexions de philosophie du droit*, Paris, L'Harmattan, & Ste-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 2000.
20. A. Berten et al (dir.), *Libéraux et communautariens*, Paris, PUF, 1997.

Personne ne sera pourtant surpris si nous concluons sur les mérites de l'approche habermasienne et le processus démocratique. Selon nous, l'avantage de cette façon qu'a Habermas d'envisager les intérêts consiste dans le fait qu'il ne nie le mérite, ni du républicanisme ni du libéralisme, mais les combine au profit de la seule chose qui peut servir comme légitimité aujourd'hui, à savoir le processus démocratique. C'est désormais par le processus démocratique que nous devons nous mettre d'accord sur la place et le rôle de nos intérêts particuliers et, de même, forger les « intérêts généraux » que nous voulons construire sur le plan législatif et institutionnel. Il ne nous reste en fait que la voie du processus démocratique pour faire reconnaître nos intérêts tant particuliers que généraux.

8

VIOLENCE ET JEUNESSE : LE CONTEXTE NORD-AMÉRICAIN[1]

Dire qu'il existe un problème aigu de violence en Amérique du Nord n'apprendra rien à personne. La violence juvénile ne fait qu'accentuer un problème plus large, plus structurel et englobant, qui gangrène la société nord-américaine. Les manchettes des journaux nous ont, hélas, trop souvent mis face à des actes et des comportements choquants par leur cruauté, leur inhumanité et leur gratuité.

Avant d'analyser la violence juvénile en Amérique du Nord, il convient de souligner que cette violence n'est pas générale. Toutefois, les problèmes sociaux, psychologiques et politiques des jeunes créent, renforcent et servent de déclencheurs. Il ne faudrait pas croire *a priori* que la société nord-américaine (États-Unis, Canada, Québec) est intrinsèquement violente. La majorité de la population élève ses enfants afin qu'ils soient de bons citoyens, des individus libres et responsables. Cependant, elle le fait avec la perception individuelle d'être encerclée par la violence, d'être constamment menacée par elle. D'où les différents discours sur la « sécurité » dont l'importance apparaît omniprésente en Amérique du Nord.

En insistant sur la violence des jeunes sur le continent nord-américain, nous souhaitons en souligner avant tout les particularités. Ce faisant, nous insisterons surtout sur les facteurs aggravants qui déterminent aussi bien la façon dont la violence prend racine dans des

1. Publié sous le titre « L'exemple nord-américain » dans Catherine Samet (dir.), *Violence et délinquance des jeunes*, Paris, La Documentation française, série : Les études de la Documentation Française, 2001, p. 45 – 64.

milieux très divers, et sur le fait que cette violence est perçue comme expression existentielle d'un mal de vivre, comme un mode d'affirmation ou de négation de soi.

UNE MISE EN RELIEF

Avant d'énoncer certaines caractéristiques de la violence juvénile en Amérique du Nord, il convient d'introduire quelques informations préalables : l'une statistique, destinée à mesurer l'ampleur du phénomène ; l'autre culturelle, concernant en particulier l'individualisme prédominant et son prolongement dans le culte des armes à feu.

L'ampleur de la violence chez les jeunes

Toute forme de violence n'est pas en soi criminelle. Au-delà de toute réflexion sur l'utilisation de ce mot, il demeure que la violence est considérée comme une valeur négative, souvent criminalisée et donc objet de répression, de poursuite judiciaire et d'emprisonnement. La violence criminelle des jeunes laisse également apparaître une très grande variété dans les statistiques. D'abord, il existe des variantes entre les États-Unis, le Canada et le Québec, mais surtout entre centres urbains et périphéries rurales. À cela s'ajoutent, en les aggravant, des dimensions relatives à la race, à l'exclusion et à la pauvreté. Concentrons-nous sur les États-Unis en laissant les chiffres parler d'eux-mêmes :

- les mineurs sont responsables de près d'un acte criminel sur cinq aux États-Unis. Environ 120 000 infractions violentes sont commises annuellement par des jeunes de moins de dix-huit ans et 2 500 meurtres leur sont attribués. En proportion, c'est à l'âge de dix-huit ans que l'on commet le plus de meurtres. Il y a une surreprésentation de la violence chez les jeunes de race noire avec 60 % du total des crimes violents ;
- les délinquants débutent leur carrière de plus en plus jeune, vers six ou sept ans ;
- le comportement des jeunes délinquants devient de plus en plus violent, entraînant par de nombreuses multirécidives une manière de vivre dans et par la violence.

Au-delà des chiffres caractérisant ainsi les jeunes comme acteurs de violence, il ne faut jamais oublier que les jeunes sont également les victimes de la violence. En règle générale, un jeune délinquant a toujours été lui-même victime, ou de la violence des adultes ou bien de celles des jeunes. Dans ces cas, leur vulnérabilité et la particularité de certains crimes, telle l'exploitation sexuelle ou la vente de stupéfiants, parfois en échange d'actes criminels, aggravent le statut de la victime par la destruction même de sa personnalité et de sa sociabilité.

Un climat d'individualisme

Le second aspect sur lequel il faut insister est d'ordre culturel. En fait, toute la culture nord-américaine repose sur un climat individualiste, qu'elle propage et perpétue. La culture dominante en Amérique du Nord se fonde sur la réussite pleine et entière de chaque individu. L'individualisme nord-américain n'est pas pensé pour se conjuguer avec le « collectivisme » mais comme un Tout. L'État, ses organes, ses services et ses institutions sont soumis à cet individualisme où l'affirmation de soi consiste à être un gagnant, mettant ainsi en marche une logique néfaste de gagnants et de perdants. Des exigences ou des espérances quant à la réussite dans la vie et, plus spécifiquement pour les jeunes, la réussite scolaire, amicale ou amoureuse, prennent en conséquence une dimension particulière. Si « perdre » est également très grave pour un adulte, il a généralement son bagage émotif et social pour le protéger. Pour un jeune, tout échec devient catastrophique et peut ouvrir les voies vers l'abîme. La culture de l'individualisme américain aboutit ainsi, dans le cas des jeunes, à dramatiser et à accentuer les échecs scolaires et sentimentaux, mais aussi à rehausser et rendre autonome le « gang » comme un havre de sécurité contre une « culture adulte » ingrate et mesquine, avec un langage à deux vitesses à l'égard de jeunes issus des minorités visibles[2].

D'aucuns se demandent, en conséquence, si la jeunesse ne devrait pas être avant tout protégée contre un individualisme reflétant d'abord les prémices et la vie des adultes, dans la perspective d'un apprentissage

2. Sur cette importance du groupe et sa fonction identitaire de substitution, voir la contribution de M. Boisot dans Cathrine Samet (dir.), *Violence et délinguance des jeunes, op. cit.*

raisonnable et graduel de ce bénéfice que l'on peut attendre de l'individualisme.

Le symbole et la réalité des armes à feu

Soulignons maintenant le rôle et la symbolique des armes à feu aux États-Unis. Certes, les jeunes n'ont pas légalement accès à ces armes. Il existe même plusieurs dispositions légales qui retardent l'accès aux armes dans différents États américains. Toutefois, au-delà des dispositions légales, l'accès réel et effectif aux armes est bien différent. Il faut en outre souligner que le deuxième amendement constitutionnel donne droit à tout citoyen de posséder des armes à feu[3(2)]. Ce droit est constitutionnel, fondamental, détenu par chaque citoyen américain, et il ne pourrait être modifié que par un amendement constitutionnel. La liberté de posséder des armes à feu est donc le symbole même de l'homme libre, qui s'oppose à la conception européenne où seul le seigneur avait le droit de porter une arme. Et c'est ici que le bât blesse, car il y a environ deux cent quarante millions d'armes à feu en circulation dans un pays de deux cent soixante-dix millions d'habitants, soit près d'une arme par personne. Statistiquement, il y a donc une arme par unité familiale, le plus souvent chargée et accompagnée de munitions. Puisque, dans un esprit de sécurité, cette arme doit être rapidement accessible, le jeune n'a pas besoin de trop chercher pour se la procurer.

Cette omniprésence des armes à feu a cependant une autre dimension. En effet, elles sont souvent un butin recherché lors de cambriolages résidentiels, souvent effectués par des jeunes, et représentent par conséquent une marchandise convoitée, une valeur sûre pour le troc de la rue, spécialement pour des jeunes qui y ont accès uniquement de cette façon. Se sont donc multipliés des jeunes et des gangs de jeunes armés jusqu'aux dents.

Par ailleurs, la possession d'une arme chez un jeune homme constitue aussi un signe de « virilité ». Elle lui assure que, nonobstant

3. Amendement II (1791) : « Une milice bien organisée étant nécessaire à la sécurité d'un État libre, il ne pourra être porté atteinte au droit du peuple de détenir et de porter des armes. » Voir « Les institutions des États-Unis », documents réunis et commentés par J.-P. Lassale, *Documents d'études*, n°1-01, La Documentation française, Paris, 1997.

tous ses échecs, il a ce qu'il faut pour inspirer le respect : une arme à feu.

Bien que le problème des armes à feu aux États-Unis ne soit pas uniquement un problème de jeunes, il en ressort que tout changement concernant la législation sur les armes à feu devrait avoir une importance primordiale. C'est notamment le cas d'une législation qui, en respectant le droit constitutionnel de posséder des armes, tenterait graduellement de l'encadrer.

LA DÉTRESSE DES JEUNES

Le constat de la détresse, du désarroi et de la misère individuelle chez les jeunes a fortement retenu l'attention en Amérique du Nord ces derniers temps. Plusieurs actes de violence ayant défrayé les manchettes des journaux n'ont fait que souligner un mal de vivre qui tend à se généraliser chez les jeunes, en particulier chez les garçons.

La crise du modèle chez les jeunes garçons

Insistons d'abord sur la crise des garçons dans la société nord-américaine. En effet, ce sont avant tout les jeunes hommes qui arrêtent leur scolarité et s'engagent dans la violence. En fait, le décrochage scolaire des garçons est endémique, dépassant vraisemblablement les 40 %. L'abandon scolaire s'accompagne de la renonciation à l'idée de s'instruire et de s'insérer. Or, ces garçons savent que si la réussite sociale rime avec la réussite scolaire, le futur n'est pas à eux.

Pourquoi ce mélange explosif d'échec scolaire et de mal de vivre des garçons est-il devenu si violent en Amérique du Nord ? À cette question, on peut avancer comme réponse l'idée de la crise du modèle masculin. Il existe une crise de l'identité masculine qui touche très durement les jeunes garçons. En fait, les sociétés nord-américaines, qui sont largement féminisées, se caractérisent par l'absence d'un modèle d'homme impliqué. Nous pouvons dire, en exagérant à peine, qu'elles se fondent sur « *mom and I* » (ma mère et moi), même lorsqu'un homme est présent.

La crise de l'identité masculine se manifeste dans l'imitation de ce que doit être et faire un homme. La consommation de certains produits culturels, par exemple des films et jeux de violence, a un effet différent en Europe qu'en Amérique du Nord. Des produits culturels

qui peuvent être accueillis avec enthousiasme en Europe, sans pour autant servir de modèle d'imitation, ont un impact particulier dans le contexte nord-américain. Ils deviennent un modèle à imiter et, surtout, ils garantissent la gratification et la reconnaissance sociale. Ainsi, pour certains jeunes, la seule façon d'obtenir le respect est de pointer une arme à feu.

La violence et l'école

Sur le continent nord-américain, dans les cas extrêmement graves de violence à l'école, on assiste souvent au même schéma : les crimes et les actes de violence sont commis par des jeunes dépressifs qui se sentent inférieurs et se posent en victimes. Cela fait d'eux non seulement des « jeunes à problèmes », mais des bombes à retardement prêtes à exploser à une quelconque rebuffade, à n'importe quelle occasion. De Moses Lake, où un jeune élève de quatorze ans a tué, en 1996, trois élèves dans une classe d'algèbre, jusqu'à Littleton, en 1999, où deux adolescents ont tué treize personnes de leur lycée avant de se donner la mort, ces événements tendent à affirmer des modèles de détresse psychologique à caractère souvent suicidaire.

Ces tragédies médiatisées ne doivent pourtant pas faire oublier toutes les autres affaires. En 1997, on a ainsi enregistré 11 000 cas d'agressions armées dans les écoles. Il est estimé que 10 % des élèves du secondaire portent des armes à l'intérieur de l'enceinte scolaire. À cela s'ajoutent les autres crimes et actes de violence, du viol au racket.

LE PHÉNOMÈNE DE GANG ET LA VICTIMISATION DES JEUNES

Il existe un culte de la jeunesse tout à fait remarquable en Amérique du Nord, qui met en avant une culture caractérisée par des jeunes indépendants, consciencieux, intelligents et débrouillards. Les États-Unis sont le premier pays moderne où a émergé, dès le début du siècle, une culture propre aux jeunes. Valorisant des aspects positifs, cette culture accentue *a contrario* certains traits négatifs propres à la vie des jeunes, comme le phénomène de gangs et de l'autonomisation des jeunes dans des sous-cultures de violence.

La violence et les gangs

L'apparition des gangs reflète et accentue la misère et la détresse que vivent les jeunes individuellement. Le gang devient un havre de camaraderie et de fraternité. Il intègre le jeune dans une sous-culture de violence d'où il lui est souvent difficile de sortir. Si certains de ces « gangs » se sont donné de nobles causes, telle la protection des quartiers, la réalité est que les gangs servent d'accélérateur de violence pour les jeunes. Le phénomène des gangs rime avec violence et, le plus souvent, il s'agit d'une violence gratuite et imprévisible.

L'échec scolaire et les problèmes socio-psychologiques mentionnés plus haut caractérisent les gangs de jeunes. Leur particularité est qu'ils sont, en règle générale, divisés et construits selon des critères raciaux ou, plus précisément, ethniques. Les gangs sont ainsi « noirs », « blancs », « mexicains », « portoricains », « jamaïcains », « cubains », « vietnamiens ».

La violence des gangs de jeunes se caractérise souvent par sa gratuité. C'est aussi l'une des formes de violence les plus difficiles à appréhender et à combattre, certainement en raison de la loi du silence qui règne dans ces milieux. Mais aussi parce que les gangs sont, de façon générale, un phénomène urbain, fluide, évoluant et se confondant avec le rythme même de la ville dans ses structures de commandement et de participation insaisissables, en mouvance rapide et imprévisible. Si la plupart des gangs naissent et meurent rapidement, il en existe qui ont plus de trente ans.

Une nouvelle tendance : les gangs de filles

Si le phénomène des gangs était, jusqu'à récemment, une affaire d'hommes, une des nouvelles tendances des années quatre-vingt-dix est l'apparition des gangs de filles. Le phénomène des gangs distincts composés de filles s'accompagne d'ailleurs d'une implication de plus en plus accentuée et violente des filles au sein des gangs de garçons.

Les gangs de filles adoptent la même culture de violence que les garçons. Deux signes distincts se remarquent pourtant chez elles : d'abord, un affranchissement complet à l'égard des familles, ensuite, une détresse psychologique et un degré d'estime de soi encore plus bas que celui des garçons. Un tel isolement social et psychologique des filles tend à accélérer la spirale de la violence dans laquelle elles sont

engagées. Les gangs de filles ont aussi pour effet d'accroître la violence à l'égard des autres filles, prises en tant qu'individus.

La victimisation des autres jeunes

L'un des aspects les plus dangereux des gangs est qu'ils mettent les autres jeunes à leur merci. Ils les transforment en victimes de la violence, du racket, de la terreur vécue au quotidien. Les gangs constituent ainsi la plus grave menace pour les autres jeunes.

Nous avons tort de croire que les actes des gangs sont spontanés et instantanés. Les gangs tendent à devenir des mafias qui se partagent des territoires, des informations, de la drogue, des victimes, etc. Ils deviennent des entreprises florissantes dont les chefs sont, *de facto*, millionnaires. Or, tout s'opère au détriment des autres jeunes. La jeune fille vulnérable subira un viol collectif et sera utilisée ultérieurement dans des réseaux de prostitution. Une baisse des résultats liés au marché des stupéfiants sera compensée par la violence pour produire de nouveaux consommateurs chez les jeunes.

Les gangs sont eux-mêmes utilisés par des organisations du crime. Ils représentent le maillon idéal pour la distribution efficace de drogues dans les écoles, dans les centres récréatifs, dans la rue. Les jeunes sont pénalement irresponsables et ils sont protégés par la loi du silence qui règne entre eux. Aussi y a-t-il une tendance marquée dans certains États des États-Unis à traiter en adulte tout jeune de quatorze ans ou plus, avec tout ce que cela implique en matière de procédure criminelle et de conséquences carcérales.

LA LUTTE CONTRE LA VIOLENCE CHEZ LES JEUNES

La violence en général et la violence des jeunes constituent sûrement la préoccupation principale de l'Amérique du Nord qui les considère comme des fléaux à éradiquer au plus vite. Insistons sur le rôle primordial, central et déterminant qu'est censée jouer la « communauté » (*neighbourhood*) dans la lutte contre toutes les formes de violence, donnant en cela un sens aux acteurs traditionnels.

Les deux acteurs traditionnels contre la violence sont la famille et l'État

Si la société nord-américaine valorise certaines valeurs comme la famille et les institutions dans la lutte contre la violence, c'est pour souligner aussitôt le peu de confiance qu'on leur accorde. La famille est souvent trop faible, éclatée et dépourvue de ressources. Elle ne peut représenter une alternative là où la violence s'est enracinée comme phénomène social. L'État, par contre, n'a le choix qu'entre une répression accrue ou une coûteuse politique publique structurelle. On sait notamment que les projets de renouvellement urbain n'ont fait que déplacer les lieux de violence. Bien évidemment, certaines politiques peuvent avoir des effets positifs notamment en matière éducative et préventive, mais il est significatif que les Nord-Américains leur superposent la nécessité d'un rôle actif de la communauté à l'égard des jeunes.

La responsabilité de la communauté

La violence s'apprend. Elle est en fait intimement rattachée à un processus d'apprentissage par lequel le jeune s'approprie une forme de comportement qu'il estime normal, acceptable et désiré. Dans la société nord-américaine, c'est ainsi la responsabilité de toute la communauté (définie en tant que l'ensemble des citoyens conscients de leurs problèmes) qui doit être engagée dans cette lutte menée pour que les jeunes atteignent l'âge adulte en sécurité.

Cette forme de « communautarisme » est très spécifique au contexte nord-américain et il est donc approprié de l'évoquer brièvement. Soulignons que présenter la violence chez les jeunes comme le problème de tous constitue une approche particulière. Il s'agit d'envisager le problème de la violence dans la communauté d'un point de vue intrinsèque, non pas la violence des autres, mais « notre » violence et les actions, ressources et engagements pris par tous pour la contrer. Une des conséquences de cette particularité est de mettre l'école et la police au service des problèmes qui ont pu être identifiés.

Il convient de souligner la façon dont ce modèle a pu mobiliser les différents acteurs sociaux dans les dialogues interethniques alors même que la question raciale reste problématique. Dans la même veine, ce modèle a permis d'utiliser le sport comme vecteur d'un

apprentissage valorisant autrement l'individu, permettant même souvent de faire contrepoids aux échecs scolaires. Mentionnons également la politique du « couvre-feu » interdisant aux jeunes mineurs de se trouver la nuit dans la rue. Adoptée par plusieurs villes et municipalités, il s'agit d'une politique d'identification et de protection des jeunes en difficulté, de même que d'avertissement et de responsabilisation de leurs parents.

Insister sur la communauté veut aussi dire travailler spécifiquement sur des modèles incitatifs de personnification et de socialisation. Soulignons l'importance grandissante des associations de parents, d'enseignants, etc., qui luttent en dénonçant les films et jeux violents, par exemple. Certes, il s'agit d'inciter les jeunes à ne pas banaliser la violence. Mais, de plus, c'est un appel aux parents pour éviter que les jeunes demeurent seuls dans un univers où la violence rime avec le fait de s'amuser. Si aucune logique de cause à effet ne peut être trouvée entre la consommation de films et de jeux violents et les manifestations de violence chez les jeunes, il demeure troublant que les comportements violents sont souvent le fait d'individus livrés à eux-mêmes et vivant dans des univers artificiels de violence.

Dans le contexte nord-américain, il demeure que ce modèle communautaire possède une valeur suprême et irremplaçable, car c'est le contraire de la démission, le contraire de l'idéologie de l'immobilisme, le contraire du réflexe de se barricader dans des « villages fermés », des bâtiments à haute sécurité, etc.

LA VIOLENCE, ÇA FAIT MAL !

Les prochaines années risquent de voir augmenter en flèche la violence et la déviance des jeunes en Amérique du Nord. En fait, on nous prédit le pire, comme pour nous immuniser contre les prochaines tueries dans les écoles ou contre le choc des statistiques à venir.

Qu'il nous soit permis de conclure par une histoire fréquemment utilisée pour dénoncer la violence chez les jeunes dans le contexte nord-américain. Lorsqu'un père demande à son fils : « Que souhaites-tu devenir quand tu seras grand ? celui-ci répond "Vivant" ! ».

9

L'OBÉISSANCE, LE DROIT ET L'INSTITUTION MILITAIRE[1]

Du point de vue de la philosophie du droit, l'aspect le plus frappant de la question de l'obéissance militaire est certainement le fait que, au sein de la culture occidentale[2], elle ait toujours été posée sur le plan normatif. De fait, le concept d'obéissance militaire a toujours été accompagné de normes exigeant une telle obéissance, la justifiant et prévoyant la sanction de son défaut. Il est du reste possible d'affirmer qu'on peut difficilement se pencher sur la question de l'obéissance militaire sans référence à ce contexte normatif. Et il est jusqu'au fameux slogan « *Befehl ist befehl* » (un ordre est un ordre), figure emblématique de la culture militaire du XIX[e] siècle (plus spécifiquement dans ses versions nord-européenne et allemande), qui ne peut être compris que malaisément en dehors d'une telle référence[3]. Certes, ce slogan entravait toute velléité de questionnement normatif à l'interne, chez les militaires unis par une chaîne de commandement. Il ne se déliait pas de toute présomption de rectitude normative pour autant.

1. Conférence au Colloque « Miltary Obedience : Ethical, Law and the Military », Military Academy of Belgium, Bruxelles, 19-23 juin 2001. Publié dans les Actes du colloque, *Professional Ethics*, vol. 10, nos 2,3 &4 ; B. Melkevik, « Obedience, Law and the Military, p. 267-283 ; traduction italienne, idem, « Diritto, obbedienza ed istuzione militare », dans *Rivista Internazionele di Filosofia del diritto*, Roma, 2003, no 1, p. 31-50.
2. Nous employons ici la locution « culture occidentale » dans un sens idéel et non géographique.
3. N. Keijzer, *Military Obedience*, Alphen-aan-den-Rijn, Sijthoff and Noordhoff, 1978, p. xxix et 150-153.

La réflexion qui suit se limite ainsi, littéralement (pour parler en termes militaires), au « champ de bataille » de la philosophie du droit. Elle consiste en quelques pensées sur cet « accompagnement normatif » du concept d'obéissance militaire, et plus spécifiquement en certaines réserves à l'encontre de la thèse des prétendues « exigences spécifiques[4] », car nous ne croyons tout simplement pas que la thèse selon laquelle il existe des exigences particulières quant à l'obéissance au sein des organisations militaires soit correctement formulée[5]. En conséquence, notre propos cherche à reformuler la thèse de l'obéissance militaire, eu égard aux demandes d'un plus grand respect à la fois individuel et public des militaires, suivant le principe juridique de responsabilité. Ainsi, les remarques suivantes méritent une attention particulière :

- Premièrement, l'« accompagnement normatif » a pénétré la culture militaire occidentale en tant que processus d'apprentissage normatif, la faisant de cette façon tourner autour de la dialectique et du dialogue entre la conscience et le droit public militaire.
- Deuxièmement, un sens de la responsabilité personnelle qui a émergé depuis devrait, prioritairement, nous forcer à repenser les organisations militaires et à revoir leur configuration de manière à ne favoriser et nourrir rien d'autre qu'un esprit de responsabilité des militaires, responsabilité à la fois individuelle et publique.
- Troisièmement, même un tel esprit au sein de l'armée y laissera l'individu mal à l'aise et en proie à la solitude en l'absence d'une doctrine moderne de management militaire.

Or, avant de développer ces trois points, nous aimerons examiner la pensée politico-militaire chinoise concernant l'obéissance militaire.

4. S. Stouffer, E.A. Suchman, L.C. DeVinney, S.A. Star et R.M. Williams, *The American Soldier : Adjustment During Army Life*, vol. 1, Princeton, Princeton University Press, 1949, p. 55, où l'armée est caractérisée comme une « organisation autoritaire, exigeant une obéissance stricte », ou encore p. 362, où elle est dépeinte comme une « institution autoritaire [ ] où la responsabilité passe, depuis le haut, à travers une chaîne de commandement et qui est régie par des règles formelles qui prescrivent l'obéissance à chaque échelon ».
5. Une des conséquences malheureuses de la thèse des « exigences spécifiques » est le « surclassement » des organisations militaires en tant qu'entités « différentes », « dangereuses », « étrangères », etc.

L'OBÉISSANCE MILITAIRE SANS NORMATIVITÉ : LA PENSÉE LÉGISTE CHINOISE

Il a souvent été dit de la Chine et de la pensée chinoise qu'elles représentent cet « autre côté de l'humanité ». Bien que nous puissions aisément nous inscrire en faux contre une telle affirmation générale, il demeure qu'à certains égards quelque effet de miroir peut en effet être perçu. Et il en est certainement ainsi au sujet de l'obéissance militaire et de l'école de pensée légiste (*Fa Jia* – l'« École des lois »)[6]. Cette dernière école s'est développée du cinquième au troisième siècles avant notre ère, et c'est sa philosophie qui a conduit à la première dynastie Qin (221-207). Il s'agit d'une école de pensée politico-philosophique, axée notamment sur « la loi et le gouvernement » qui, bien qu'elle ait fini par être supplantée par la « théologie » et l'idéologie du confucianisme, continue de sous-tendre la marche des affaires gouvernementales, militaires et juridiques chinoises encore aujourd'hui.

Cela dit, il est trois éléments de la *Fa Jia*, de l'école des lois ou école légiste, qui doivent retenir notre attention : premièrement, le fait qu'elle considérait les affaires gouvernementales et militaires comme des problèmes relevant de la physique ; deuxièmement, le fait qu'ainsi la société dans son entier se devait d'être organisée en conséquence, c'est-à-dire suivant les lois de la physique, et ce, au profit de l'armée ; troisièmement, le fait que la question de l'obéissance militaire paraissait ainsi résulter des lois d'une « physique globale » des organisations sociales.

La « physique militaire »

La *Fa Jia* se veut d'abord et avant tout une question de point de vue. En qualité de conseillers des rois, des ministres, etc., les légistes étaient appelés à se pencher sur la question du « pouvoir » sous toutes ses formes, et ce, du point de vue de celui qui veut l'obtenir ou le

6. B. Melkevik, « Chinese Philosophy of Law », dans C.B. Gray (dir.), *The Philosophy of Law : An Encyclopaedia*, New York, Garland Publishing, 1999, p. 104-107, traduit en français, idem, « À propos de la philosophie chinoise du droit » dans Buletin Stiintific, Universitatea « Mihail Kogolniceanu » (Iasi), no 10, 2001, p. 60-70 ; repris dans ce volume ; C.f. également, idem, « Un regard sur la culture juridique chinoise. L'école des légistes, le confucianisme et la philosophie du droit », dans *Horizons de la philosophie du droit*, Paris/Québec, L'Harmattan/Presses de l'Université Laval, 1998 (2004), p. 179-203.

garder. Sous cette perspective, ils distinguaient deux sources de pouvoir, la puissance militaire et la richesse, ce qui soulevait la question politique suivante : comment peut-on assurer celles-ci entre les mêmes mains fermes tout en se prévenant contre toute corruption, toute division et tout partage ? La réponse était qu'il fallait connaître les hommes, ou plus exactement ce qui les motive, ainsi que la façon de tabler sur cette motivation.

Ce sur quoi il convient d'insister est le fait que la question de l'exercice du pouvoir (ou simplement de la direction par le pouvoir) n'ait jamais été formulée sur le plan normatif par les légistes, qui en faisaient au contraire une question de « physique du pouvoir ». De fait, puisque seule la motivation de l'acte devait être retenue comme facteur, le pouvoir était conçu comme devant s'inscrire, s'incorporer à la chair de celui qui est dirigé. En d'autres termes, le dirigeant se devait d'asseoir son pouvoir sur les craintes et les désirs des dirigés. À toutes fins utiles, il ne devait diriger, suivant les lois de la physique du pouvoir, qu'au moyen des deux outils que représentent la punition et la récompense. Pour autant, il lui était impérieux de toujours se rappeler que, si l'on peut punir sans encourir de frais, distribuer des récompenses est chose coûteuse, et peut subséquemment menacer de tarissement cette autre source de pouvoir qu'est la richesse du dirigeant. C'est pourquoi, dans l'exercice de son pouvoir, le dirigeant se devait de recourir dans une plus large mesure à la punition.

À n'en pas douter, toute punition d'un individu devait en conséquence être à la fois si saisissante, si effrayante et si cruelle que tous allaient obéir instinctivement par crainte et aversion. Les dirigés devaient pouvoir, par anticipation, sentir l'effet de la punition de toute leur chair avant même de songer à faire quoique ce soit qui puisse déplaire au dirigeant. Ainsi la disposition à se comporter toujours de la « bonne » manière pouvait-elle s'inscrire tant dans la chair que dans l'esprit de la personne, telle une entière soumission. Cependant, l'aspect non normatif d'un tel système se révèle avec plus d'acuité dès lors que se pose la question de savoir qui devrait ou pourrait être puni. Parce qu'il est possible, en effet, que nous soyons sans soin pour notre propre personne, cherchant à la fois notre propre perte dans quelque irrationnel sacrifice à la vérité ou à l'honneur et à priver ainsi le système pénal d'efficacité, le choix précis des personnes à punir en raison de notre désobéissance ainsi que de leur nombre doit s'étendre à toutes les

personnes dont l'existence peut nous être chère, ce qui inclut normalement l'ensemble des ascendants et descendants formant le clan familial (et même les domestiques en tant que dépositaires de la mémoire familiale). De cette façon seulement, la logique du châtiment peut prendre le caractère draconien qu'exige le légisme.

Suivant la théorie légiste, le concept d'obéissance est si étranger à toute considération normative qu'il ne peut être compris à la lumière de telles considérations ni même leur être associé. À proprement parler, l'« obéissance » ainsi conçue est une simple question d'exécution d'obligations découlant de ses statuts et fonctions au sein de la société.

L'organisation de la société au profit de l'armée

S'il est, du point de vue du dirigeant, deux sources de pouvoir – la puissance militaire et la richesse – , celui-ci ne devrait jamais tarder à organiser la société de manière à ce que ces deux sources puissent garantir effectivement l'intangibilité du pouvoir entre ses mains de même que sa victoire contre tout rival, qu'il soit actuel ou potentiel. Et s'il est vrai qu'ils considèrent la richesse tels des « physiciens », n'admettant et favorisant ainsi que les activités agricoles (et criminalisant les autres), les légistes conçoivent par ailleurs la société comme devant être tout entière organisée en fonction de l'armée, et ce, bien sûr, dans le but de permettre l'exercice d'un contrôle sur la société, voire sa maîtrise, mais aussi, et de manière plus importante encore, afin d'être toujours prêt pour la guerre, non seulement celle contre tout ennemi pouvant éventuellement se manifester de l'intérieur, mais également celle qui permet l'élargissement continu de la base géographique servant le Prince. Or, dans la pensée légiste chinoise, la guerre ne se gagne pas sur le champ de bataille, mais sur l'échiquier de la stratégie politique : la victoire se remporte à la faveur d'une subtile combinaison de forces politiques, et notamment du cumul de la puissance militaire et de la richesse, sans même devoir livrer bataille.

C'est pour ces raisons que, dans la pensée légiste, la société doit être divisée puis sub-divisée fonctionnellement au profit de la puissance militaire. Le premier mot d'ordre est l'interdiction de tout déplacement sans autorisation administrative afin que chaque famille puisse toujours être contrainte à mobiliser un soldat, puis que soit mise sur pied l'organisation militaire selon la séquence suivante : premièrement, cinq

familles donnant au total cinq soldats doivent se constituer en *gui* et nommer un officier ; deuxièmement, par dizaines, les *gui* doivent former des « villages » et nommer un officier de village ; troisièmement, quatre « villages » doivent toujours constituer une « commune » et nommer un officier de commune ; quatrièmement, un « canton » doit concentrer dix « communes » et les placer sous les ordres d'un officier communal, qui est un général. En somme, chaque « canton » mobilise 2 000 soldats sous le commandement d'un général, cinq cantons, 10 000, et ainsi de suite.

Ainsi la société n'existe que pour fins de puissance militaire, et celle-ci qu'en tant qu'instrument au service du dirigeant. Dans cette mesure, il n'y a tout simplement pas de place pour quelque société civile que ce soit.

Trois aspects de l'obéissance militaire dans la pensée légiste chinoise

Un premier aspect est que chaque officier (et même toute autre personne au sein de l'organisation militaire) constitue un élément au sens de la « physique du pouvoir ». Autrement dit, tout, du grade (et de l'avancement en grade) aux honneurs militaires, n'est tributaire que de la volonté du dirigeant. Si l'on en vient à avoir du mérite aux yeux du dirigeant, on peut passer du rang de simple soldat à celui de général, ce qui est d'ailleurs absolument scandaleux pour le confucianisme, qui insiste sur l'importance des classes et relations féodales.

Un deuxième aspect est que, au sein d'un tel système, le « pouvoir » doit avoir l'ubiquité, de sorte qu'il n'y ait aucun endroit où se cacher. Aussi l'information est-elle un élément clé du système. Et elle doit s'élever directement de la base vers le dirigeant. C'est pourquoi un système efficace de dénonciation constitue ici un appendice naturel, assurant au dirigeant d'être au fait de tout et donc de pouvoir punir tout acte (ou intention) qu'il réprouvera.

Un troisième et dernier aspect de l'obéissance militaire dans la pensée légiste chinoise est qu'elle est y est conçue comme étant rien de plus qu'une stricte question de « physique » portant sur la correspondance de l'« acte » au « nom ». L'obéissance est ainsi considérée comme une simple question de la place ou du rôle qu'occupe celui qui doit « obéir », et des attentes que celui qui commande peut avoir à son

endroit. En ce sens, échouer, c'est désobéir ; la question de la désobéissance n'est rien d'autre qu'une question de fait, celui de l'échec.

En somme, la réponse à la question de l'obéissance militaire est chaque fois absolue et se trouve dans la logique de la « physique du pouvoir ».

L'existence en tant qu'obligation

La « physique du pouvoir », telle que décrite dans la pensée légiste chinoise, a pour effet de faire de toutes les personnes des participants d'un même ensemble. Elle assigne chaque personne à sa place, elle attribue à chacun un rôle correspondant aux obligations dont on attend de lui l'exécution. Par conséquent, c'est jusqu'à l'existence même de tout individu qui en vient à constituer une obligation envers le dirigeant. Pour cette raison, l'« obéissance », dans l'armée comme ailleurs, n'est qu'accomplissement. De son côté, la « désobéissance » n'équivaut pas tant, directement, à échouer dans sa tentative d'être une personne qu'à échouer dans celle d'établir quelque correspondance entre l'« acte » et le « nom ». Dans la mesure où une telle correspondance n'a pas été démontrée, on devrait simplement en venir à la conclusion que l'existence d'aucun « nom » n'a été établie, et ainsi que la personne a échoué en tant que personne, dans sa tentative de confirmer son être, son existence, au sein du système de la *Fa Jia*. D'où cette tendance culturelle même dans la civilisation chinoise d'aujourd'hui, et dans une certaine mesure, au sein de la diaspora chinoise, à vouloir éviter d'être défini par le système du « droit », voire à chercher à l'éviter tout simplement.

L'OBÉISSANCE MILITAIRE AVEC NORMATIVITÉ : LA PENSÉE OCCIDENTALE

S'il est vrai que pour les légistes chinois la question de l'obéissance militaire relève de la « physique du pouvoir », la pensée occidentale ne saurait quant à elle l'envisager sous le même angle. Ainsi que nous l'avons vu en introduction, une instance normative s'inscrit toujours dans le sillage de la question de l'obéissance militaire, telle son « ombre », ou encore son « double ». La pensée occidentale considère la question de l'obéissance militaire comme inextricablement impliquée dans le processus de médiation entre la conscience individuelle et les

normes publiques, de manière à osciller entre ces deux pôles, telle une tension normative entre « légitimité » et « légalité ». Et dans le cours de cette médiation s'insinue la possibilité d'un humanisme élargi.

Nous ne dirons rien au sujet de la façon dont une telle tension normative s'est établie au cours de l'Histoire et de la raison pour laquelle elle est devenue si significative. Ayant le souci de demeurer au plus près de notre propos, nous nous contenterons d'un aperçu de l'importance des deux instances de la droiture normative : une insistance sur la conscience individuelle d'une part, et la confiance dans les normes édictées par le prince d'autre part.

Bonne conscience, mauvaise conscience

Le fait que nous nous reportions à Saint-Augustin afin de mieux saisir cette insistance sur la conscience individuelle ne saurait surprendre[7]. La doctrine de Saint-Augustin concernant la sainteté de la conscience humaine, et ayant pour corollaire le refus de quelque primauté de l'ordre normatif posé par le prince, se veut en effet paradigmatique, même encore aujourd'hui. Aux fins de notre propos, il convient d'examiner de plus près sa formulation :

> « [ ] l'ordre naturel, qui veut la paix entre les hommes, demande que le pouvoir de déclarer la guerre et de conduire la guerre appartienne au prince, tandis que les militaires ont, pour obligation, d'exécuter les ordres de guerre qui leur sont donnés dans l'intérêt de la paix et du salut de tous[8]. […]
>
> Comme un homme juste, s'il lui arrive, par hasard, de faire la guerre sous un roi même sacrilège, peut, sans manquer à la justice, faire la guerre sous ses ordres, afin de conserver l'ordre de la paix civique, quand il est certain que ce qui lui est commandé n'est point contre la loi de Dieu, ou du moins, quand il n'est pas certain qu'il y soit contraire, en sorte qu'il pourrait se faire que l'iniquité de l'ordre de guerre rende le roi coupable, tandis que l'ordre de guerre rende le militaire innocent [ ]. »[9]

Que dit au juste Saint-Augustin au sujet des ordres et de l'obéissance militaire ? Rien d'autre qu'il ne saurait y avoir de différence entre

7. M. Manzin, *Ordine politico e verità in Sant'Agostino. Riflessioni sulla crisi della sciencza moderna*, Padova, CEDAM, 1998.
8. Saint Augustin, *Œuvres complètes de Saint-Augustin*, Paris, Librairie Louis Vivès, 1870, tome 26, p. 223.
9. *Idem*, p. 224.

la prostituée, le voleur et le militaire (officier ou soldat), car ils vivent tous dans le péché. Et puisqu'il en est ainsi, c'est sur la seule base de leur conscience qu'ils devraient être jugés et éventuellement « sauvés ». S'il se révèle que les normes juridiques (ou simplement les normes publiques) du prince confirment une telle existence dans le péché, cela ne vaudra que pour celui-là et ne changera rien au problème essentiel. La conscience de l'homme ne relève que de la « juridiction de Dieu », plus précisément du tribunal ecclésiastique et de celui que constitue chaque personne jugeant effectivement de ses propres « intentions ». Tout le reste se rapporte aux tentations d'ici-bas, tels l'honneur, le pouvoir, l'orgueil et l'argent, qui sont autant de facteurs de corruption de la « conscience » susceptibles de provoquer la chute de l'homme.

L'originalité de la pensée augustinienne réside dans le fait qu'elle fonde le modèle, qui vaut toujours aujourd'hui (non sans avoir subi quelques modifications cependant), en fonction duquel le militaire doit être reconnu coupable si sa conscience est souillée, et innocent, si elle ne l'est pas. La question de l'obéissance militaire se rapporte donc, dans une certaine mesure, non seulement à notre condition depuis le péché originel, mais également à la venue future du Jugement dernier de nos consciences, où nous serons jugés de manière impartiale et sur la base d'une connaissance parfaite, nous étant ainsi révélé ce qu'aurait dû être notre premier jugement, n'eût été de notre orgueil et de nos illusions sur nous-mêmes. Or il demeure que, à défaut d'informations plus précises, d'aucuns peuvent de nos jours avoir quelque difficulté à se représenter de manière concrète ce Jugement dernier.

L'absolutisme juridique et l'obéissance militaire

Tandis que la pensée augustinienne concernant l'obéissance militaire fait la part trop large à la conscience individuelle et relativise les normes publiques édictées par le prince, la pensée absolutiste à l'égard du droit et de l'obéissance militaires fait exactement le contraire. Elle surestime la valeur des normes publiques en même temps qu'elle relativise la conscience individuelle. Deux noms méritent ici une attention particulière, à savoir ceux de Balthazar Ayala et de Pierino Belli.

Balthazar Ayala fut à la fois un des premiers et des plus éminents juristes militaires. Son livre intitulé *De Jure et Officiis Bellicis et*

Disciplina Militari[10] [Du droit de la guerre et des responsabilités liées à la guerre et à la discipline militaire], qui date de 1582, demeure un chef-d'œuvre de la littérature sur la question ; il fait toujours l'objet d'études et d'examens. L'auteur dit notamment ceci au sujet de l'obéissance militaire :

> « Afin d'établir la discipline militaire, il est nécessaire avant tout que ceux qui commandent l'armée de soldats soient obéis de leurs hommes. Par conséquent, la peine capitale est décrétée pour quiconque désobéit aux ordres [ ]. »[11]
>
> « [S]i stricte est la règle prescrivant l'obéissance aux décrets d'un commandant et l'observance de ses ordres que la peine capitale attend celui qui fait quoi que ce soit que son commandant a interdit ou qui ne réussit pas à exécuter les ordres de ce dernier, et ce, même si son acte est une réussite sur un autre plan ».[12]

Conformément à l'absolutisme juridique donc, l'obéissance militaire se résume à la question d'un bon et efficace ordonnancement des règles publiques destinées au personnel militaire. Quant aux questions de conscience, elles deviennent choses relevant de la sphère privée, de sorte qu'elles ne devraient jamais s'immiscer dans ce qui ne relève que du devoir public de parfaite obéissance aux ordres militaires. L'obéissance se doit d'être ainsi afin d'assurer l'efficacité de l'appareil militaire, cela à partir du présupposé absolutiste selon lequel il n'y a que l'obéissance qui puisse être « juste ».

---

10. B. Ayala, *De Jure et Officiis Bellicis et Disciplina Militari Libri*, New York, The Carnegie Institution, 1912 ; *On the Law of War and On the Duties Commenced with War and On Military Discipline*, trad. par J.P. Bate, New York, Oceana, coll. « The Classics of International Law », 1964. Voir aussi, à ce sujet, l'ouvrage de E. Nys, *Le droit de la guerre et les précurseurs de Grotius*, Bruxelles, Paris : Durand : Pedone-Lauriel, 1882. Voir, également B. Melkevik, « Ayala, Balthazar », dans Diccionario de Juristas Hispanicos, Madrid, à paraître.
11. B. Ayala, *On the Law of War and On the Duties Commenced with War and On Military Discipline*, *op. cit.*, note p. 211 : « In order to establish military discipline, it is before all necessary that those who command the army of soldiers have their men obedient to orders. Accordingly, capital punishment is decreed for him who disobeys orders, [..] ».
12. *Idem*, p. 212. « [.], so stringent is the rule requiring obedience to a commander's decrees and observance of his orders that capital punishment awaits him who does anything which his commander has forbidden or fails to carry out his commands, even though he meets with success therein »

L'italien Pierino Belli affirme cela encore plus sévèrement dans son ouvrage intitulé *De Re Militari et Bello Tractatus*[13] [Traité des affaires militaires et de la guerre], ouvrage datant originairement de 1563, lorsqu'il dit que « c'est de la révolte que de s'opposer à un officier ou au général et de ne pas se soumettre à ses commandements[14] », et qu'on punit normalement de mort celui qui s'est révolté.

Eu égard à l'influence qu'ont eue ces deux auteurs sur la façon dont ont été mises sur pied les organisations militaires modernes – car il faut savoir qu'elles l'ont été au cours des 16e et 17e siècles – , il paraît manifeste qu'ils ont placé l'obéissance militaire au seul profit du prince. Puisqu'ils ont évoqué l'idée d'un droit militaire public, constitué de normes publiques, ils ne l'ont donc pas considéré à la manière chinoise, où toutes les femmes et tous les hommes seraient placés sous la « juridiction » de la conscience.

Responsabilité publique, responsabilité individuelle

Du point de vue de la philosophie du droit, l'essentiel de ces discours sur l'obéissance militaire réside dans la dialectique changeante et rectificative placée entre la conscience individuelle et les normes publiques ainsi que dans la réalisation de celle-ci à la faveur d'un processus externe d'apprentissage humaniste, dont on pourrait dire aujourd'hui du résultat qu'il ouvre sur le domaine militaire la perspective de la responsabilité à la fois individuelle et publique. Il est possible d'affirmer qu'une telle position condense la thèse du « droit valide » en matière d'obéissance militaire[15]. Cela se vérifie du reste aisément par la consultation des instruments normatifs internationaux relatifs à l'obéissance militaire.

Une telle responsabilité se dégage bien, en effet, d'instruments normatifs modernes comme la convention de Genève de 1864, les conventions de La Haye de 1899 et 1907, le texte mieux connu

13. P. Belli, *A Treatise on Military Matters and Warfare*, trad. par H.C. Nutting, New York, Oceana, coll. « The Classics of International Law, 1964.
14. *Idem*, p. 236, , « it is revolt to oppose an officer or the general and not to obey his commands » ; cf. égalementles pages 237, 238, suiv.
15. N. Keijzer, *op. cit.*, note 3, et la bibliographie, *quid iuris*, p. 302-307. Voir aussi Y. Dinstein, *The Defence of Obedience to Superior Orders in International Law*, Leyden, Sijthoff, 1965, et M. Pentikäinen (dir.), *The Right to Refuse Military Orders*, International Peace Bureau, Geneva, 1994.

sous l'appellation de « protocole de Genève sur les gaz », les deux conventions de Genève de 1929, ainsi que les quatre conventions de Genève de 1949, avec leurs deux protocoles additionnels de 1977, et ce, sans parler de certains instruments normatifs découlant des principes des Nations Unies ou de Nuremberg, etc. Tous ces instruments attestent, derrière leur traduction en une responsabilité à la fois individuelle et publique, d'une dialectique normative entre « conscience » et « normes publiques ». Ils restituent la hiérarchie des normes publiques et de la conscience, indiquant ainsi que le droit national militaire a ou devrait avoir pour cadre le droit humanitaire qu'ils posent comme pré-requis, et que le personnel militaire doit être responsable de ses actes, et ne peut plus chercher à se couvrir en prétextant l'impératif d'« obéissance militaire ». Ce qu'on retrouve dans ces documents à partir de 1945, c'est une entorse plus ou moins importante au principe, un refus plus ou moins complet de l'excuse de l'obéissance militaire au profit d'une responsabilité individuelle, à la fois publique et « personnelle ». Toute personne est désormais pleinement responsable de ses actes, et le fait que ceux-ci aient été faits dans un contexte ou dans le cadre d'une organisation militaire n'est plus à lui seul une excuse valable. Nous ne saurions surprendre en tirant de tout cela la conclusion suivante : la perpétration d'un « crime » n'est plus qu'une question de « fait » (et d'établissement des faits) et, *grosso modo*, elle ne se différencie plus dès lors qu'elle s'applique à un militaire. Elle n'est plus qu'une question de responsabilité, en l'occurrence une responsabilité à la fois individuelle et publique.

Il ne s'agit alors certainement pas de prétendre que le droit humanitaire est maintenant parfait, qu'il n'a pas besoin d'être bonifié ou qu'il n'est aucun pays où ce droit connaisse des violations patentes, mais bien de dire que, sur le strict plan juridique, tout gravite désormais autour de la question de la responsabilité, tant individuelle que publique, telle que celle-ci se dégage des instruments juridiques internationaux que nous avons mentionnés. Ainsi que nous l'avons dit, en tant que telle, cette responsabilité est bien l'expression du résultat d'un « processus d'apprentissage ». Nous avons simplement la capacité d'apprendre par nos « désastres » et dont les deux guerres mondiales (pour ne pas parler des autres), ne constituent que des funestes symboles. En ce sens, le résultat du processus d'apprentissage prend la forme de conséquences normatives à assumer.

OBÉISSANCE OU MANAGEMENT MILITAIRES ?

Maintenant, si la question de l'obéissance militaire ne pose pas de problème et représente un « non-problème » aux yeux du droit, si sur ce plan elle se ramène à une question d'obéissance à la loi – au droit international humanitaire et au droit militaire applicables à cette question – , que peut-on dire au sujet du problème normatif initial ? Selon nous, on ne peut dire ajouter à part le fait que la question de la responsabilité individuelle au sein d'une lourde administration bureaucratique telle que l'armée moderne pose dorénavant un problème de management militaire. Autrement dit, la question est de savoir comment peuvent s'articuler le principe de l'obéissance au droit, d'une part, et l'impératif d'efficacité et de force qui caractérise l'armée moderne, d'autre part. Du point de vue de la philosophie du droit, deux aspects du problème méritent une attention particulière.

La question du caractère personnel

Nous illustrerons d'abord ce que nous venons de dire au sujet du « non-problème » que représente pour le droit l'obéissance militaire à l'aide de l'exemple du massacre de My Lai. Mais nous ferons ici l'économie des horribles détails[16] et nous nous concentrerons sur deux des principaux acteurs de l'abominable affaire, soit le lieutenant Calley et un de ses hommes, R. Grzesik. Un fait important est que, si le principal argument de la défense présentée par le premier était fondé sur les ordres de ses supérieurs, cela n'a eu finalement aucun poids sur l'issue du procès. Et une défense de même nature présentée par d'autres personnes impliquées dans cette affaire n'a pas réussi davantage, dans le contexte d'un procès où les questions ont été ramenées pour l'essentiel à des questions de fait. Le fait que la cour martiale des États-Unis ait rejeté la défense du lieutenant Calley prouve bien ce que nous avons supposé être le « droit valide » applicable en matière d'obéissance militaire. Pour autant, le fait que l'issue du procès demeure une cause de malaise, suite à la façon dont elle a finalement disposé de la question de la responsabilité du massacre, n'est pas sans indiquer l'ampleur de la tâche qu'il reste à accomplir en ce domaine.

16. À ce sujet, voir notamment S. Hersh, *My Lai 4 : A Report on the Massacre and its Aftermath*, New York, Vintage Books, 1970.

Il n'empêche qu'il convient ici de prêter une attention particulière au témoignage d'une des personnes ayant refusé d'obéir aux ordres du lieutenant Calley lors du massacre de My Lai, le soldat Ronald Grzesik. La sténographie du procès rapporte notamment l'échange suivant entre ce dernier et le procureur Daniel :

Grzesik : J'ai passé la douve. J'ai été rappelé par quelqu'un. Je ne me souviens pas qui. Je me suis entretenu avec le lieutenant Calley. Il m'a dit de revenir au village avec l'unité de tir et d'assister le deuxième peloton dans ses recherches.

Daniel : Est-ce que le lieutenant Calley a dit quoique ce soit avant de vous donner cet ordre ?

Grzesik : Il a dit : « finis-les » [« finish them off »]. J'ai refusé.

Daniel : Qu'avez-vous refusé de faire ?

Grzesik : De les finir.

Daniel : Que voulait-il dire ? Qui voulait-il voir finir ?

Grzesik : Je ne sais ni ce qu'il voulait dire ni de qui il voulait parler[17].

La raison pour laquelle il convient d'insister sur ce qui précède est double. D'abord, l'échange relate comment Grzesik a désobéi à l'ordre d'un supérieur de prendre part au massacre odieux de civils innocents. Ensuite, et de manière davantage significative, il révèle comment, avec une certaine subtilité, cette même personne a refusé d'admettre avoir désobéi à l'ordre, même absolument immoral et illicite, d'un supérieur. Il semble bien, en effet, que c'est justement parce qu'il comprenait parfaitement l'ordre qui lui était intimé que Grzesik a refusé d'y obéir. Pourquoi n'a-t-il donc pas voulu s'attribuer le mérite de son action ? Pourquoi n'a-t-il pas insisté sur le fait qu'il avait bien saisi l'ordre en question et refusé d'y obéir ?

17. Extrait provenant de R. Hammer, *The Court-martial of Lt. Calley*, New York, Coward, McCann, & Geoghegan, 1971, p. 150 :
« Grzesik : Well, Lieutenant Calley – I walked past the ditch. I was called back by someone. I don't recall who. I had a discussion with Lieutenant Calley. He said to take the fire team back into the village and help the second platoon search.
Daniel : Did Lieutenant Calley say anything before he gave you that order ?
Grzesik : He said, « Finish them off ». I refused.
Daniel : What did you refuse to do ?
Grzesik : To finish them off.
Daniel : What did he mean ? Who did he mean to finish off ?
Grzesik : I don't know what he meant or who he meant by them.".
Voir aussi, du même auteur, *One Morning in the War*, New York, Coward-McCann, 1970.

On pourrait certes conjecturer que le déni de Grzesik de sa désobéissance honorable était motivé par le désir que son témoignage ne puisse servir contre l'un de ses supérieurs, voire contre l'armée dont il était membre au complet. Or le témoignage atteste indubitablement l'importance du caractère personnel des militaires en ce qu'il peut se dresser, lors de situations extrêmes, en seul rempart possible contre les actes indésirables. En effet, il tend à démontrer qu'en pratique le seul empêchement de « crimes d'obéissance » militaires est que tout militaire n'agisse en dernière analyse que de sa propre autorité, même si cela peut exiger de lui qu'il désobéisse, ou plus précisément une désobéissance réfléchie et responsable en vertu du « droit ».

Dans une situation extrême donc, on peut penser que seul un tel caractère, une telle personnalité, une telle mentalité, partagé au sein du personnel militaire, pourra « faire la différence ». Notre apprentissage du désastre – processus dont le massacre de My Lai n'est qu'une étape – devrait nous convaincre de ce qu'en définitive tout se ramène à une question d'habilitation au jugement personnel et que cela doit être fait en présupposant une décision publique et judiciaire. En effet, la décision judiciaire dont pourraient faire l'objet les actes d'une personne devrait toujours pouvoir être présumée de manière à ouvrir sur eux un horizon normatif. À ce titre, l'horizon doit être « posé » en tant qu'univers normatif dans lequel on est toujours en droit de questionner, de demander des précisions, d'être éclairé et, en certains cas du moins, de faire des vagues. Et à cet égard, il ne saurait y avoir de raison de distinguer entre les différentes organisations bureaucratiques, qui ont toutes en commun la concentration de gens qui travaillent, assument des responsabilités et donc prennent des décisions, bref, « rendent jugement ».

En somme, tout cela montre bien que, sur le plan psychologique, tout membre du personnel militaire est en définitif seul, non pas avec la charge d'obéir ou de désobéir, mais avec la responsabilité que lui confèrent les droits militaire, civils et international humanitaires Cela exige une force considérable que d'assumer une telle responsabilité, ce qui requiert à son tour une certaine force de caractère de la part des membres de l'armée ainsi qu'un management militaire adéquat.

Une organisation militaire moderne centrée sur l'individu

Au lieu de parler d'« obéissance » donc, ne devrait-on pas axer les discours sur une formation et un management qui soient à la hauteur des responsabilités qui incombent aux militaires ? Dès lors qu'on accepte que les militaires doivent assumer la responsabilité que le « droit » leur impose, ne doit-on pas congédier le prétendu impératif d'obéissance militaire pour insister plutôt sur la place de l'individu au sein des forces armées, que cette responsabilité suppose ? Le lecteur aura deviné que notre façon de voir suggère une réponse affirmative à ces questions.

Or mettre l'accent sur la responsabilité individuelle au sein de l'armée n'implique-t-il pas la reconsidération, voire l'abandon du « paternalisme professionnel » en tant que « paradigme » cardinal de l'organisation, du management et de la « morale de groupe » militaires ? Lawrence Radine définit de la manière suivante le paternalisme professionnel :

Le paternalisme professionnel consiste en l'emploi de certaines techniques dans le but de construire l'implication des subalternes au sein d'une organisation ainsi que leur sentiment d'appartenance, leur appréciation de la valeur d'ensemble des objectifs poursuivis et leur croyance que cette organisation prend soin d'eux en tant qu'individus. Les techniques paternalistes s'appliquent à la manière dont les officiers doivent se comporter envers leurs soldats, à la construction d'une solidarité de groupe en tant que moyen de contrôle de même qu'à l'utilisation des subalternes, et elles tablent sur la communication. Or, plus qu'un ensemble de techniques de direction en soi, le paternalisme professionnel est une idéologie, une idéologie qui se manifeste aussi bien sur le plan de l'éthique personnelle et de l'identité que sous la forme d'une interprétation de l'armée comme organisation singulière. Et la morale de groupe est une idée centrale du paternalisme professionnel[18].

18. L.B. Radine, *The Taming of the Troops. Social Control in the United States Army*, Westport (Connecticut), Greenwood Press, coll. « Contributions in Sociology », no 22, 1977, p. 56 : « Professional paternalism is the use of certain techniques to build subordinates' commitment to the organisation, a sense of belonging, a sense of the overall worthiness of organisational objectives, and a belief that the organisation is taking care of the individual. Paternalistic techniques include the manner in which officers interact with their men, the building of group solidarity as a means of control, the use

Une telle « morale de groupe » ne saurait servir de soubassement solide à la responsabilité individuelle. Au contraire, elle est propre à lui nuire dans la mesure où elle conduit le « groupe » à prescrire une « responsabilité de groupe », responsabilité qui, justement, se révèle souvent indésirable dans les cas de « crimes d'obéissance », ainsi que nous l'enseigne l'affaire du massacre de My Lai. Dans le contexte de notre modernité, ne devrions-nous pas, au lieu de continuer à considérer l'organisation militaire tel un édifice reposant tout entier sur le soubassement de l'obéissance, la construire sur la base d'une meilleure prise en compte de l'individu ? La réponse peut-elle être autre qu'affirmative ?

En effet, miser sur les ressources qui lui sont propres permettrait de mieux préparer l'individu à occuper une place dans les rangs des forces armées. C'est donc qu'un management militaire centré sur l'individu permettrait une meilleure préparation de celui-ci pour qu'il s'acquitte, non seulement de tâches militaires modernes, mais de ses responsabilités en tant que membre à part entière d'une organisation. À certains égards du moins, la responsabilité qui incombe au personnel militaire devrait pouvoir être assumée sans problème par des hommes et des femmes qui, outre les compétences techniques exigées, possèdent la force d'une conscience et d'un sens des responsabilités que leur assignent les droits humanitaires et militaires. Il revient à la théorie du management militaire de voir plus en détail comment on peut le mieux prévenir les « crimes d'obéissance » chez les militaires.

C'est la responsabilité des écoles militaires de bien prendre soin des talents qui s'offrent à une telle carrière. Ce devrait être aussi leur travail de veiller notamment à la formation d'un caractère personnel d'assumant les responsabilités particulières qu'implique le service militaire. Mais ces responsabilités exigent également de celui qui les a une conscience des avantages de la responsabilité et de l'obéissance en tant que valeurs favorables au travail bien fait. Enfin, la formation des militaires doit les préparer à évaluer eux-mêmes la justesse et les conséquences de leurs actes en fonction des droits humanitaires et militaires.

---

of subordinates, and the great emphasis on communication. In addition to leadership techniques per se, professional paternalism is an ideology, viewable in terms of personal ethics and identity as well as an interpretation of the Army as a unique kind of organisation. Group morale is central to professional paternalism». Cet auteur explique le concept de paternalisme professionnel de la p. 54 à la p. 80.

La responsabilité et le management moderne

Dès lors qu'un militaire échoue et commet un acte criminel, il doit certainement faire l'objet d'une poursuite judiciaire. Or il est important de bien comprendre que de tels actes revêtent un second aspect en ce qu'ils engagent la responsabilité professionnelle de l'armée en tant qu'organisation. Sous cet angle, l'armée se trouve ainsi avoir commis ce qui est communément appelé un « crime de corps constitué » [*corporate crime*][19].

En effet, le parallèle peut être établi dans la mesure où les officiers militaires supérieurs (ainsi que l'autorité politique en matière militaire) sont responsables de ce qui se passe au sein de leur organisation, de la même manière que le sont les officiers de sociétés d'affaires. Les crimes de corps constitué montrent malheureusement trop souvent comment les sociétés d'affaires peuvent dérailler, et comment de leur disfonctionnement et de leur perte de contrôle sur elles-mêmes découlent des actes et des « cultures » indésirables. Ils montrent aussi de quelle manière une mentalité cupide et la « loi du silence » peuvent avoir pour résultats des blessures, des mutilations et même des morts. Il existe effectivement des situations où, par exemple, les officiers d'une société commerciale savent très bien que le produit que celle-ci met sur le marché peut se révéler dangereux pour le consommateur. Il faudrait être pleinement conscient du fait que cela peut arriver également dans le domaine du management militaire. Aussi, s'il faut punir sur une base individuelle les membres des forces armées ayant commis des crimes au cours de leur service, il n'en demeure pas moins que le management militaire ne doit jamais pouvoir se soustraire à l'examen. En ce sens, l'organisation militaire devrait constamment subir son « procès civique »[20].

UN DERNIER MOT

Nos premières réflexions concernant l'obéissance militaire gravitaient toutes autour des thèses des « exigences spécifiques », des « circonstances exceptionnelles », des « tâches particulières », etc. Tout

19. G. Slapper et S. Tombs, *Corporate Crime*, Harlow, Longman, 1999 ; N. Frank et M.J. Lynch, *Corporate Crime, Corporate Violence : A Primer*, New York, Harrow & Herton, 1992.

20. Voir notamment C.M.V. Madsen, *Another Kind of Justice : Canadian Military Law from Confederation to Somalia*, Vancouver, UBC Press, 1999.

comme de nombreux civils, nous nous trompions simplement au sujet du paradigme du prétendu « cas particulier », alors que la vérité est que l'organisation militaire moderne ne constitue rien de tel. Au sein des organisations modernes en effet, dont personne n'a pu démontrer que l'armée ne saurait faire partie, tout se ramène à une question de « responsabilité ». Et les forces armées se doivent d'être organisées en conséquence, ce qui implique l'abandon du paradigme de l'« obéissance ». La société doit s'assurer que tous les membres du personnel militaire aient bien conscience de leurs responsabilités, et ce, non seulement en tant que membres d'une organisation militaire moderne, mais également en tant que citoyens et parties de l'humanité. Par conséquent, sur les plans militaire, civique et humain, tout se résume à une question d'« accountability » (i.e. « rendre compte »). Et ce principe ne saurait souffrir quelque exception que ce soit.

Du point de vue de la philosophie du droit, nous en venons donc à la conclusion que le langage de l'« obéissance » devrait mourir au profit de celui de la « responsabilité », tant professionnelle que juridique. C'est pourquoi nous concluons enfin que les droits militaires et les droits internationaux humanitaires devraient adopter ce dernier langage.

10

PATRIOTISME CONSTITUTIONNEL ET SOUVERAINETÉ : LE MODÈLE NORVÉGIEN[1]

Le combat des Norvégiens pour leur indépendance a parfois été cité comme un modèle de légitimité par des auteurs québécois qui considèrent que la Norvège, où l'accession à la souveraineté en 1905 s'est faite le plus démocratiquement et le plus pacifiquement du monde, constitue un exemple à suivre pour le Québec[2]. Cela montre la profondeur démocratique de la culture politique québécoise et le souci du droit qui l'anime ; et c'est d'autant plus à l'honneur des Québécois de vouloir s'inspirer de l'exemple norvégien qu'il s'agit d'une séparation qui s'est déroulée sans qu'aucune goutte de sang ne soit versée. Toutefois, la signification de ce modèle ne pourra être comprise que si on a une connaissance exacte de ce qui est arrivé en 1905. Et il faut, pour cela, voir également ce qui s'est passé entre la Norvège et la Suède de 1814 à 1905.

La connaissance des faits, en permettant de réfléchir aux conditions précises de l'accession de la Norvège à la souveraineté, permettra en même temps d'évaluer la pertinence véritable du modèle que cette expérience peut offrir aujourd'hui aux Québécois. Je me propose donc,

1. Publié dans Michel Sarra-Bournet (dir.), *Le pays de tous les Québécois. Nouveaux essais sur l'avenir du Québec*, Montréal, VLB Éditeur, 1998, p. 163 – 175.
2. Notamment par Jacques Brossard, *L'Accession à la souveraineté et le cas du Québec. Conditions et modalités politico-juridiques*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1976, et par Jacques Dufresne, *Le Courage et la lucidité. Essai sur la constitution d'un Québec souverain*, Sillery, Septentrion, 1990.

dans cette perspective, de jeter un regard sur les événements qui ont précédé et qui ont accompagné l'accession de la Norvège à la souveraineté en 1905. Je veux certes mettre en lumière les principaux moments et le mécanisme de cette accession, mais aussi, tout en contribuant à une meilleure connaissance du processus, proposer quelques réflexions plus générales concernant les leçons à tirer de l'expérience norvégienne.

COMMENT LA NORVÈGE FUT DONNÉE AU ROI DE SUÈDE

Pour comprendre les événements de 1905, il faut d'abord remonter à 1814 et examiner la situation qui règne alors en Europe, car elle est le prélude logique à ce qui va se passer moins d'un siècle plus tard. En effet, la défaite militaire de Napoléon Bonaparte en 1814 allait provoquer une accélération de l'histoire norvégienne.

Mais il convient de rappeler d'abord quelques faits. La Norvège était formellement unie au Danemark depuis 1380, les deux pays ayant un même roi qui résidait à Copenhague, au Danemark. Cette situation (un seul roi pour deux pays) dura jusqu'en 1536, année où le roi du Danemark déclara que la Norvège avait tout simplement cessé d'exister (comme entité nationale indépendante) pour devenir partie intégrante du royaume du Danemark. Que ce soit sur le plan économique, politique, linguistique, juridique ou intellectuel, il faut dire qu'à cette époque, la Norvège ne possédait plus, en réalité, d'autres structures que celles qu'avaient implantées les Danois.

En 1807, le Danemark s'allia à la France de Napoléon dans le conflit qui opposait celle-ci à la Russie, à l'Angleterre et à la Prusse. Cette décision aura des conséquences pour les Norvégiens, car, en échange d'un soutien militaire contre Napoléon, les trois pays s'entendirent avec la Suède pour lui céder la Norvège en cas de victoire sur la France. Après la défaite des armées napoléoniennes à la bataille des Nations (entre les Français contre les Autrichiens, les Prussiens, les Russes et les Suédois), qui se déroula du 16 au 19 octobre 1813 près de Leipzig, la Suède réclama son dû. Le 14 janvier 1814, par le traité de Kiel, le roi du Danemark céda ses droits sur la Norvège au roi de Suède, Carl XIII. Celui-ci fit alors une déclaration solennelle, le 8 février 1814, pour apaiser l'agitation qui montait en Norvège,

dans laquelle il promit à la Norvège une nouvelle constitution et un Parlement avec compétences sur les taxes et les lois.

Les Norvégiens étaient révoltés car, dans toutes ces tractations, personne n'avait pris la peine de les consulter. Ils avaient cruellement souffert du blocus maritime maintenu par la flotte de guerre anglaise entre 1807 et 1813. La famine et la misère avaient durement frappé et avaient décimé la population. La volonté de prendre en main leur propre destin devenait de plus en plus forte chez les Norvégiens. Inspirés par la nouvelle pensée « républicaine » venue de France et des États-Unis, ils se soulevèrent et réclamèrent leur indépendance. L'objectif de ce soulèvement populaire, qui s'amorça dès février 1814, était de faire valoir leur droit de décider eux-mêmes de leur gouvernement et de forcer l'élaboration d'une nouvelle constitution nationale.

Le 10 avril 1814, il y eut l'élection de 112 représentants qui se réunirent à Eidsvold, près d'Oslo, pour élaborer une nouvelle constitution. Deux partis s'opposèrent : certains représentants désiraient promouvoir l'indépendance nationale, d'autres cherchaient un compromis favorisant une union avec la Suède. Le principal argument des partisans de l'union (ou fédération) avec la Suède était l'absence d'une base économique suffisante pour faire de la Norvège un pays indépendant (le même argument sera encore invoqué en 1905), mais les indépendantistes étaient majoritaires et firent prévaloir leur vision concernant l'avenir de la Norvège. Ce qui distinguait la Constitution norvégienne du 17 mai 1814 des constitutions qui apparaîtront durant la vague de révolutions que connut cette époque, c'est que, là où les autres se bornaient à statuer sur une forme de gouvernement, ainsi que sur l'étendue et la répartition des pouvoirs, elle se présentait avant tout comme une « déclaration d'indépendance ».

Entre-temps, par son abdication définitive du 6 avril 1814, Napoléon avait reconnu sa défaite. La Suède allait donc avoir tout le loisir de s'occuper des Norvégiens récalcitrants. Elle le fit d'abord en isolant la Norvège diplomatiquement, ensuite en faisant de nouveau appel au blocus maritime de la marine anglaise et, enfin, en mobilisant l'armée suédoise aux frontières de la Norvège. Toutes les tentatives de négociation se heurtèrent au refus de la Suède, qui préparait la guerre. La Norvège ne pouvait d'ailleurs opposer à la Suède aucune résistance sérieuse du point de vue militaire. L'armée suédoise était l'une des plus redoutables d'Europe : aguerrie par les batailles qu'elle avait livrées

contre Napoléon, commandée par des officiers expérimentés, elle n'eut aucune difficulté à occuper une partie de l'est de la Norvège.

Or, au moment où la victoire était à la portée des Suédois, le prince Carl Johan changea d'avis et entama plutôt des négociations. Cette soudaine volte-face demeure certes une des plus grandes énigmes non résolues de l'histoire mais, chose certaine, ces négociations offraient une planche de salut à la Norvège, qui avait maintenant la chance de sauver au moins une partie de sa Constitution. C'est ainsi que, par la Convention du 14 août 1814, le roi de Suède accepta la Constitution norvégienne du 17 mai 1814, en échange de quoi la Norvège dut accepter d'être unie à la Suède. En vertu de cette convention, la nouvelle Constitution liait le roi de Suède et donnait aux Norvégiens assez de liberté pour faire eux-mêmes les changements constitutionnels nécessaires. Le Parlement norvégien, nouvellement élu pour l'occasion, profita immédiatement de cette liberté pour apporter d'abord les changements constitutionnels souhaités par les Norvégiens et, ensuite seulement, s'occupa d'entériner l'union avec la Suède. En fait, le Parlement tenta, avec tout le doigté constitutionnel possible, de conserver pour la Norvège un statut distinct dans la nouvelle union.

Si nous regardons les événements de 1814 depuis le point d'aboutissement de 1905, nous pouvons dire maintenant que les conditions pour une véritable indépendance de la Norvège étaient réunies. Le statut de la Norvège au sein de l'union avec la Suède était celui d'une nation « distincte », avec sa propre Constitution et ses propres institutions parlementaires, gouvernementales, judiciaires et militaires. Les affaires étrangères étaient en réalité le seul domaine qui échappait à la Norvège, qui n'avait aucune liberté sur le plan diplomatique ; et nous verrons que c'est précisément sur ce plan que la rupture avec la Suède se produira au début du XX^e^ siècle.

LA ROUTE VERS L'INDÉPENDANCE ET LA RUPTURE DE 1905

L'indépendance nationale de la Norvège peut être considérée comme l'issue d'un litige portant sur la légitimité des institutions politiques norvégiennes, le parlement et le gouvernement norvégiens, mais il faut bien voir qu'elle n'a été réalisée qu'après un long cheminement. Les institutions norvégiennes évoluèrent progressivement dans le sens d'un renforcement constitutionnel au cours d'un proces-

sus qui s'étendit sur plusieurs années. Entre 1814 et 1905, les Norvégiens commencèrent par réclamer que l'union entre la Suède et la Norvège soit fondée sur le principe de l'égalité de deux « nations », puis ils firent tout leur possible pour renforcer les institutions norvégiennes au détriment des intérêts unionistes. Cependant, l'origine véritable du conflit fut la lutte acharnée que le Parlement norvégien livra au roi de Suède au sujet du gouvernement norvégien. Il s'agissait de déterminer si les membres du gouvernement étaient de simples conseillers du roi, responsables devant lui seul (principe de la monarchie absolue), ou s'ils devaient avoir la confiance du Parlement et être responsable devant lui (principe du parlementarisme). Cette lutte s'est terminée en 1884 par la victoire du Parlement norvégien. C'est alors que, par l'instauration du parlementarisme, la balance du pouvoir bascula enfin du côté des indépendantistes.

La Norvège de la fin du XIX^e^ siècle se présente donc comme un pays distinct (avec ses propres institutions politiques, sa propre administration et son armée), mais dont les affaires étrangères sont entièrement entre les mains du gouvernement unioniste. Or le fait de n'avoir aucune représentation consulaire propre à l'étranger était de plus en plus ressenti en Norvège comme un désavantage pour le pays. La Norvège cherchait à développer davantage sa flotte marchande et ses échanges économiques, et elle espérait trouver des partenaires pour des investissements industriels sur son sol. Le fait que la Norvège devait partager ses diplomates et ses consuls avec la Suède, qui était son rival direct dans tous ces domaines, était de plus en plus considéré comme préjudiciable aux intérêts du pays. Après bien des tractations, un accord fut signé en 1903 permettant à chaque « pays » de posséder son propre système consulaire. Mais la proposition de loi préparée par le Parlement suédois en 1904 stipulait que le chef de ces deux systèmes consulaires parallèles devait être le ministre des Affaires étrangères du gouvernement unioniste, c'est-à-dire un Suédois.

En mai 1905, les Norvégiens, ulcérés, firent donc promulguer une loi qui rapatriait unilatéralement les affaires consulaires en Norvège. C'est la crise provoquée par cette action qui fera éclater l'union. Mis devant le fait accompli, le roi de Suède refusa, comme le lui permettait la Constitution norvégienne, de sanctionner la nouvelle loi. Le gouvernement norvégien réagit alors en refusant de contresigner la sanction du roi et donna sa démission. Le roi refusa à son tour cette démission

et déclara qu'il était incapable de former un nouveau gouvernement ayant la confiance du Parlement norvégien. La balle était dans le camp suédois. L'impasse était totale et une vague de sentiment indépendantiste déferla sur la Norvège. C'est alors que Christian Michelsen, politicien libéral et premier ministre de la Norvège, prit tout le monde par surprise et proposa au Parlement, le 7 juin 1905, d'adopter une déclaration unilatérale d'indépendance.

> Attendu que tous les membres du gouvernement ont démissionné de leurs fonctions, attendu que Sa Majesté le roi se déclare incapable de fournir au pays un nouveau gouvernement, attendu que le pouvoir royal constitutionnel a cessé de s'exercer, le Parlement norvégien donne plein pouvoir aux membres du gouvernement sortant d'exercer provisoirement, comme gouvernement norvégien, les pouvoirs autrefois conférés au roi en conformité avec la Constitution nationale de Norvège et les lois en vigueur, cela avec les modifications rendues nécessaires par le fait que l'union avec la Suède sous un même roi est dissoute, puisque le roi a cessé d'exercer son pouvoir comme roi de Norvège[3].

Du point de vue du Parlement norvégien, l'union avec la Suède était techniquement dissoute. C'était un coup de force spectaculaire et indéniablement révolutionnaire, issu d'une résolution que rien n'allait plus pouvoir ébranler. Du point de vue de la Suède, tout cela était bien sûr totalement incompréhensible. On s'attendait à une crise que l'on allait pouvoir résoudre ultérieurement par des négociations, mais nullement à cette déclaration d'indépendance. Une telle déclaration fut considérée comme illégale, et on se prépara à riposter.

Fallait-il déclarer la guerre, imposer de nouveau l'union par la force ou accepter l'indépendance ? Le sentiment de la population suédoise était que l'union entre la Suède et la Norvège était condamnée, que toute tentative pour la maintenir contre la volonté des Norvégiens était vouée à l'échec. Quel avenir pouvait avoir une union qui ne reposait pas sur une libre adhésion et sur la confiance mutuelle ? Quelle valeur aurait eu une solution imposée par la force ? Le sentiment démocratique des Suédois s'opposa finalement à toute aventure militaire.

L'attitude des grandes puissances européennes fut déterminante. Elles ne voulaient pas d'un conflit entre Européens et exercèrent des

3. Traduction libre.

pressions sur la Suède en faveur d'une solution pacifique. Toutefois, si la cause norvégienne récoltait beaucoup de sympathie, personne n'était encore prêt à reconnaître officiellement le nouvel État. Pour apaiser la tension, la Norvège décida de tenir un référendum en août 1905. Le résultat de ce référendum ne laissa subsister aucune ambiguïté : 368 208 votes pour l'indépendance, 184 votes pour l'union avec la Suède et un taux de participation de 85,4 % des citoyens qui avaient le droit de vote. Peut-on trouver quelque part dans l'histoire un résultat plus clair et plus significatif ? Même les anciens partis unionistes (fédéralistes) se prononcèrent en faveur de l'indépendance. La Suède n'avait plus qu'à prendre acte du fait que l'union avec la Norvège était arrivée à son terme : la Suède fit donc la paix et accepta l'indépendance de la Norvège.

CONSIDÉRATIONS SUR L'EXEMPLE NORVÉGIEN

Le modèle norvégien d'accession à la souveraineté peut se résumer en quatre points. Premièrement, c'est l'existence d'un espace public qui a rendu possible et qui a assuré l'indépendance politique de la Norvège. Tout s'est joué dans l'espace public, au vu et au su de tous. L'accession à la souveraineté passe par cet espace public et l'entraîne avec elle : elle y met en scène l'élément le plus important de ce modèle, à savoir le principe de légitimité.

Deuxièmement, le modèle norvégien se réfère à ce qu'on peut appeler la « modernité juridique », car ce qui y est déterminant, c'est la légitimité avec laquelle les citoyens peuvent, dans l'espace public, décider librement et démocratiquement de leurs institutions et du cadre juridique de celles-ci. C'est pourquoi les citoyens norvégiens n'avaient pas à donner de raisons extérieures à leur volonté politique de se séparer et de mettre fin à leur union avec la Suède.

Troisièmement, l'accession à l'indépendance politique, par le fait même qu'elle pouvait être considérée (en vertu d'une Constitution interne propre à la Norvège) comme une question relative aux institutions norvégiennes, devenait une question de politique norvégienne sur laquelle les citoyens norvégiens avaient pleine souveraineté. Et c'est pourquoi leur décision ne pouvait constituer une atteinte aux libertés individuelles des citoyens, ni les menacer en aucune façon, mais ne pouvait que les confirmer.

Enfin, et quatrièmement, l'accession à la souveraineté ne fut rien d'autre pour les Norvégiens, en 1905, qu'une question de dévolution institutionnelle et politique[4], c'est-à-dire que le lendemain de la déclaration d'indépendance, comme le précisait le texte du 7 juin 1905, les institutions norvégiennes n'avaient qu'à assumer l'exercice des compétences qui avaient été jusque-là celles des institutions unionistes. Là où, avant la déclaration d'indépendance, avait existé un État démocratique, libéral et pluraliste existaient maintenant deux États démocratiques, libéraux et pluralistes. Sur ce point, même un penseur fédéraliste canadien peut être d'accord, comme l'a compris Will Kymlicka :

> Nous avons tendance à croire que « séparation » veut dire « catastrophe morale et politique » ; mais je doute qu'il y ait aujourd'hui beaucoup de monde pour condamner la séparation de la Norvège d'avec la Suède en 1905. Dans le cas norvégien, le processus de séparation a été (relativement) pacifique, et le résultat fut l'apparition de deux démocraties libérales saines à l'endroit où on n'en voyait qu'une auparavant. Il n'y a aucune raison de croire qu'une éventuelle séparation du Québec d'avec le reste du Canada serait différente. On verrait difficilement pourquoi des esprits libéraux devraient automatiquement s'opposer à une séparation qui serait pacifique et d'inspiration libérale. Après tout, le libéralisme se préoccupe fondamentalement de la liberté et du bien-être des individus, nullement du destin des États, et toute séparation n'est pas nécessairement une chose nuisible du point de vue des droits individuels[5].

Il faut donc insister sur le fait que l'établissement d'une légitimité nationale propre, telle qu'elle s'est développée en Norvège entre 1814 et 1905, se trouve au centre du modèle norvégien d'accession à l'indépendance. Or nous pouvons distinguer deux moments principaux dans ce processus d'élaboration d'une légitimité démocratique. D'abord, il fallait créer une identité démocratique proprement norvégienne. Frustrés dans leur désir d'indépendance en 1814, les Norvégiens ont dû se forger une nouvelle identité démocratique reposant sur une

4. Voir Hubert Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Cowansville, Yvon Blais, p. 184 « Dévolution », ou Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, Presses universitaire de France, 1990, p. 269 « dévolution ». Dévolution veut ici dire transfert, transmission des compétences à un degré formellement inférieur.

5. Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship, a Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 186 (dans ce texte, j'ai traduit l'anglais *secession* par « séparation »).

constitution propre. C'est ainsi que l'histoire politique de la Norvège du XIXe siècle coïncide avec celle du développement des institutions démocratiques : la population norvégienne s'est alors véritablement investie dans une appropriation collective de l'identité démocratique.

Sur le plan symbolique ensuite, la Constitution devint l'image même de la nation norvégienne. Jour de la proclamation de la Constitution, le 17 mai a été choisi pour la fête nationale norvégienne et célébré comme tel à partir de la deuxième moitié du XIXe siècle. En même temps, l'idéalisation du paysan norvégien comme homme libre et responsable de ses choix et l'image qu'on s'en fît en tant qu'incarnation des valeurs d'égalité, de dignité et de fierté démocratique vinrent renforcer l'identité politique et constitutionnelle norvégienne.

Le mot « nationalisme » peut signifier bien des choses différentes. Le nationalisme norvégien a représenté en tout cas une manière originale de se forger une identité par la voie constitutionnelle ; il a contribué, avec le protestantisme, à forger l'esprit du Norvégien d'aujourd'hui : égalitaire, démocratique et consciencieux. Et l'exemple historique donné par l'accession de la Norvège à sa souveraineté n'est pas autre chose que celui d'un État démocratique et pluraliste ayant trouvé son fondement dans une véritable légitimité plutôt que dans la simple légalité constitutionnelle, exemple incontournable dans la mesure où la légalité constitutionnelle ne peut avoir sa source que dans la légitimité exprimée par l'ensemble des individus adhérant consciemment et librement à un projet démocratique.

UN DERNIER MOT

Finalement, quel parallèle peut-on faire avec le cas du Québec ? Comme pour la Norvège autrefois, le statut politique du Québec actuel est le résultat d'un processus qui a commencé avec l'annexion d'un territoire, cédé à la fin d'une guerre et sans le consentement de la population. Mais il existe une différence importante : le Québec fut conquis militairement en 1760 et réduit à n'être qu'une province dans l'Empire britannique, tandis que la Norvège fut d'abord rétablie dans sa légitimité nationale par une Constitution interne, même si ce fut pour se voir ensuite, sur la base même de cette constitution, forcée d'entrer dans une union avec la Suède. La Norvège avait acquis par sa

Constitution de 1814 une légitimité nationale qui, nous l'avons vu, a été essentielle à la réalisation de son indépendance.

L'exemple norvégien fait ainsi apparaître, par contraste, une lacune importante dans le projet souverainiste québécois : l'absence d'une constitution interne qui puisse donner forme et fondement à la légitimité nationale du Québec. On peut certes considérer que le Québec possède déjà un genre hybride de constitution, une constitution organisatrice éparse et informe composée à la fois de lois, de conventions, de coutumes et d'arrêts judicaires d'origine britannique, canadienne ou québécoise, dans laquelle il faut inclure la *Charte des droits et libertés du Québec et la Charte de la langue française*[6]. Il demeure que le Québec n'a pas de constitution formelle qui puisse fonder son espace public, cristalliser la citoyenneté québécoise et symboliser les droits du citoyen, une constitution qui puisse canaliser la puissance symbolique des institutions et la légitimité du peuple. Un patriotisme constitutionnel comme celui de la Norvège a été le levier démocratique qui a permis de faire la souveraineté en la voyant comme la conséquence logique de la légitimité d'un État de droit.

Si l'on voulait s'inspirer jusqu'au bout de l'exemple norvégien, une constitution québécoise devrait être l'instrument indispensable pour canaliser le nationalisme québécois et le faire aboutir à l'indépendance : il faudrait par conséquent remettre ce projet à l'ordre du jour politique et tout mettre en œuvre pour le mener à bien le plus rapidement possible. Car il nous la faut, cette constitution, si l'on veut vraiment faire l'indépendance. Le Québec se condamne à une infériorité symbolique à l'égard du nationalisme pancanadien s'il ne se dote pas d'une constitution interne qui puisse être l'expression du patriotisme constitutionnel québécois et servir à l'alimenter. Comme nous le montre l'exemple de la Norvège, tout découle d'une telle constitution et devient une question politique concernant la concrétisation de la légitimité démocratique qu'elle incarne aux yeux de tous.

6. Jacques-Yvan Morin, « Pour une nouvelle Constitution du Québec », *Revue de droit de McGill*, nº 30, 1985, p. 171-220.

11

À PROPOS DE LA PHILOSOPHIE CHINOISE DU DROIT[1]

Vieille de plus de trois mille ans, la philosophie chinoise a contribué de façon significative à l'édification de la philosophie mondiale. Des idées philosophiques importantes dans les domaines de la science, de l'éthique, de la politique et de la philosophie légale ont peu à peu constitué ce qui est maintenant devenu un corpus considérable. La période classique de la philosophie légale chinoise se situe à l'époque des Royaumes Combattants (du V[e] au III[e] siècle avant J.- C. environ). Ce fut une période de guerres, de massacres, de chaos social et de troubles politiques, où la question la plus préoccupante était de savoir comment conceptualiser un ordre politique et légal adapté à la situation. S'imposent alors deux doctrines majeures de la philosophie légale qui vont déterminer l'évolution de la philosophie légale chinoise : le ju chia (confucianisme) et le fa chia (légisme). Les autres écoles philosophiques, comme le taoïsme (ou daoïsme), le moïsme, les logiciens ou plus tard le bouddhisme (importé), étaient en général moins soucieuses de philosophie légale[2].

1. Traduction de "Chinese Legal Philosopphy", publié dans Christopher B. Gray (dir.), The Philosophy of Law : An Encyclopedia, New York, Garland Publishing, 1999, vol 1, p 104-107. La 1[er] traduction en langue française fut publié dans "Bulletin Stiintific, Universitatea "Mihail Kogalniceanu", Iasi, Roumanie, no 10, 2001, p 60-70.
2. Sur la philosophie chinoise, voir Anne Cheng, *Histoire de la pensée chinoise*, Paris, Seuil, 1999 ; Max Kaltenmark, *La philosophie chinoise*, Paris, PUF, coll. Que-sais-je n° 707, 1987 ; Joseph Needham, *Science and Civilization in Chine,* tome 2 : *History of Scientific Thought*, Cambrigde, Cambrigde University Press, 1956.

Lorsqu'on étudie la philosophie légale chinoise, il faut en dégager deux caractéristiques majeures : tout d'abord, en Chine, on n'a jamais élaboré ni méthodologie juridique, ni science juridique, ni profession juridique, ni culture juridique d'adversité[3]. La raison de cette lacune vient précisément du succès de la philosophie légale chinoise.

Il convient, en deuxième lieu, de mettre en exergue la nature réaliste de la philosophie chinoise. Cette philosophie s'est en effet construite sur l'image que l'homme projette à l'intérieur de la réalité, une réalité brute, dégagée de toute forme de transcendance à vénérer. L'absence de toute métaphysique est ainsi l'une de ses principales caractéristiques. La question clef tourne autour de l'humanité et de la conception qu'elle a d'elle-même, de sa propre maîtrise et de sa consolidation en fonction de la réalité qui l'entoure. Vue de l'extérieur, la philosophie légale chinoise semble utilitariste (ou utilitarisme béhavioriste).Cela est particulièrement vrai en ce concerne le confucianisme et le légisme, les deux piliers de la philosophie légale en Chine.

CONFUCIANISME ET PHILOSOPHIE LÉGALE

Confucius (551-479 av. J.-C.) a largement modelé la civilisation chinoise en général, plus que la philosophie légale chinoise en particulier. Né dans une famille noble mais de condition assez modeste, Confucius (dont le nom est la forme latinisée du titre honorifique K'ung Fu-tzu., le nom de famille étant K'ung et le nom privé Ch'iu) a élevé la pensée chinoise vers les sommets les plus hauts. Dans sa jeunesse, Confucius officiait dans l'État de Lu comme magistrat et, plus tard, comme ministre de la Justice. Peut-être, entre-temps, fut-il aussi ministre adjoint des Travaux publics. Selon toute vraisemblance, il fut destitué en raison de son attitude conservatrice et de ses appels en faveur d'un retour aux valeurs anciennes. Confucius a alors consacré le restant de sa vie à la formation du caractère et à l'instruction de ses disciples. Ses idées majeures sont réunies dans Entretiens avec ses disciples[4].

3. D'où notre réticence à utiliser le mot occidental « philosophie du droit » pour lui préférer les mots « philosophie légale » ou « philosophie de la loi », à notre avis plus appropriés.
4. Confucius, *Entretiens du Maître avec ses disciples*, traduction de Séraphin Couvreur, repris par les Éditions Mille et Une Nuits, 1997. Comparer avec Confucius, *Entretiens avec ses disciples*, trad. André Lévy, Paris, GF-Flammarion n° 799, 1994.

Confucius était donc un penseur conservateur. Témoin d'une période particulièrement troublée de l'histoire chinoise, il lui vint à l'esprit que l'unique solution à ces problèmes était de restaurer les valeurs et les coutumes (rites) de l'ancien ordre féodal. La philosophie légale du confucianisme peut aussi se résumer à la présomption de la bonté fondamentale de l'homme : si la nature de l'homme est essentiellement bonne, il faut donc tout faire pour restaurer, puis améliorer cette bonté jusqu'à la perfection en étant vertueux, en observant les rites et en respectant la « propriété » de toutes choses (li). La notion de li est charnière dans la tradition confucéenne et elle représente une référence empirique du corpus de coutumes. Grâce à cette notion, ce corpus composé d'un amalgame d'anciens tabous, d'obligations de cérémonie et de pitié était supposé être déjà validé par les rois légendaires de la Chine et le peuple. Il faut en conséquence refuser absolument d'associer la notion de li avec la doctrine occidentale de droit naturel.

Confucius déclare dans les Entretiens avec ses disciples : « Si le prince conduit le peuple au moyen des lois et le retient dans l'unité au moyen des châtiments, le peuple s'abstient de mal faire ; mais il ne connaît pas la honte. Si le prince dirige le peuple par la Vertu et fait régner l'union grâce aux rites, le peuple a honte de mal faire et devient vertueux[5]. »

Il s'ensuit un ordre fondé sur des lois pénales, où la question des droits n'est que mots creux dans la bouche de gens corrompus et sans scrupules. Il fallait donc l'éviter absolument et lui préférer les comportements moraux selon le Li, seul véritable faisceau de relations d'honneur et de respect mutuel fondés sur la tradition. Confucius se réfère à cinq relations de base : entre le suzerain et le vassal (chef de famille), entre le père et le fils, entre le vieux et le jeune, entre l'époux et l'épouse, et entre l'ami et le compagnon. Dans le confucianisme, ces relations sont construites sur le calque de l'affection familiale, pour que la personne supérieure dans la hiérarchie aime l'inférieure et que l'inférieure vénère la supérieure. Cela se veut également une expression de l'ordre cosmique, en ce sens que le respect du li assure l'harmonie,

5. Confucius, *Entretiens du Maître avec ses disciples*,p. 13. Comparer avec la traduction de Lévy, *op. cit.*, p. 35.

la paix et l'abondance des récoltes, tandis que son non respect débouche sur le désordre, les calamités et le crime.

Le confucianisme fournit une justification philosophique au règne de l'homme sur les autres hommes par l'amour et l'honneur. Les rites sociaux, aussi désignés « rites de propriété », et les cinq relations de base mentionnées servent ainsi de fondement à la prétention à la légalité. De cette sorte, tout problème de gouvernance, d'administration, de secteur militaire ou encore de relations internationales, devient un problème de l'individu, ou, plus précisément, un problème de choix, de degré de vertu et de qualité de l'éducation de l'individu. Son idéal, comme il l'affirmait dans les Entretiens, est que « celui qui gouverne un peuple par la Vertu est comme l'étoile polaire qui demeure immobile, pendant que toutes les autres étoiles se meuvent autour d'elle »[6].

Ce sont là les fondations de la doctrine confucianiste de « l'homme supérieur ». Celui qui gouverne ne doit pas uniquement exprimer la bonté, mais être lui-même bon.

Sur le plan de la philosophie légale, le confucianisme est largement anti-juridique, car cette doctrine prône le règne de l'homme sur l'homme au moyen de contrôles subtils et d'une administration paternaliste de coutumes déjà traditionnellement acceptées comme bonnes. D'où ce mythe entretenu par les confucianistes que les lois (Fa) et les droits n'étaient que des inventions de barbares. Il en fut ainsi de la légende chinoise selon laquelle le Fa fut inventé par la tribu non-chinoise Miao au vingt-troisième siècle avant J.-C.

LES LÉGISTES (*FA JIA*)

Si nous pouvons en toute logique parler d'une école légiste avec le Fa Jia (littéralement : École des lois), il faut garder à l'esprit que cette école ne fut ni fondée par un maître ni structurée sur la base d'un enseignement unique. Le légisme était davantage un mouvement ou une forme de réaction contre la désagrégation sociale et contre ce que les légistes considéraient comme l'hypocrisie confucéenne, plutôt qu'un système philosophique fondé sur la hiérarchie. Les légistes étaient généralement des magistrats, des ministres ou des conseillers politiques

6. Confucius, *Entretiens du Maître avec ses disciples*, p. 13.

proches des rois[7]. Shang Yang (aussi connu sous le nom de Lord Shang)[8], mort en 338 avant J.-C., et Han Fei tzu, ou Maître Han Fei[9], qui a vécu de 280 à 233 avant J.-C., ont personnifié à eux deux la pensée légiste. Cette philosophie légiste était traditionnellement associée aux taoïstes (ou daoïstes).

Les légistes ne refusaient pas seulement de se fonder sur la tradition ou de restaurer l'ordre féodal, ils refusaient également de considérer la nature humaine comme entièrement bonne ; ce qui les distingue dans la civilisation chinoise. Le point de départ philosophique du légisme était de faire une analyse réaliste des situations, des problèmes et des différents choix possibles selon l'optique de celui qui gouvernait. La loi (Fa) est la solution. Elle fournit à celui qui règne les moyens de gouverner efficacement pour obtenir les résultats désirés.

Les légistes considéraient la loi (Fa) comme un ensemble de lois positives promulguées au préalable par le maître du pays pour que, à tous les niveaux de l'échelle sociale du royaume, tous y fussent soumis, du maître du pays lui-même jusqu'à l'esclave public. Et celui qui refusait cette soumission aux lois se trouvait alors sous la menace des punitions les plus dures et les plus cruelles. La loi était considérée comme quelque chose d'empirique plutôt que comme un concept : le maître du pays dirige empiriquement la société et la loi est l'expression concrète de sa volonté de pouvoir et d'omnipotence. C'est pourquoi la loi doit être absolue et ne permettre aucune forme de pouvoir qui puisse porter ombrage à cette toute-puissance.

Les légistes insistent sur le fait que le maître du pays ne peut jamais gouverner et administrer ses sujets par la vertu ou par l'indulgence, comme le prônent les confucianistes, mais plutôt par cet instrument de pouvoir qu'est la loi. En conséquence, la loi doit être promulguée publiquement, à la fois dans un souci d'information du peuple et, plus important encore, de contrôle de l'administration.

La pierre angulaire de la philosophie légiste était en conséquence la question de l'efficacité de la loi. Le légisme se caractérise en effet

7. Sur le légisme, voir Léon Vandermeersch, *La formation du légisme*, Paris, 1965 ; Jean Levi, *Les fonctionnaires divins. Politique, despotisme et mystique en Chine ancienne*, Paris, Seuil, 1989 ; Xu Zhen Zhou, *L'art de la politique chez les légistes chinois*, Paris, Economica, 1995.
8. Shang Yang, *Le livre du Prince Shang*, trad. Jean Lévi, Paris, Flammarion, 1981.
9. Han Fei, *Le Tao du Prince*, trad. Jean Lévi, Paris, Seuil,1999.

comme la « science béhavioriste », en relation directe avec son aspect utilitariste. En fait, les légistes recommandent que la loi du maître du pays soit élaborée en fonction des motivations empiriques du comportement humain. Le légisme exploite ainsi la psychologie humaine d'une façon aussi subtile que draconienne. À l'encontre de tous les intérêts individuels, le maître du pays doit user de récompenses et de punitions exemplaires pour asseoir son pouvoir. Dans cet ordre d'idées, les postes haut-placés ou honorifiques dans l'armée ou l'administration sont réservés aux personnes les plus méritantes afin de créer la dépendance de cette élite à l'égard du maître du pays. Pour contraindre le peuple à se conformer aux lois, il faut entretenir un climat généralisé de crainte par des punitions exemplaires, voire cruelles. En cas de délit, ce n'est pas uniquement le criminel qui doit être puni, mais aussi sa famille et son unité villageoise. Seule la délation peut permettre de se sauver soi-même.

L'objectif de la philosophie légiste de la loi est le wu wei (ou la non-activité). Il s'agit d'un thème emprunté au taoïsme (ou daoïsme) et qui fait référence à la gouvernance par le biais de la non-activité. Le taoïsme enseigne que le Tao (ou le Chemin) repose sur l'action spontanée de toute chose et que, en conséquence, tout peut être fait par la non-activité. Si on transcrit ce précepte à l'intérieur d'une philosophie de la loi vue par les légistes, le maître du pays, considéré comme le Tao de la nature, est confiné dans une inactivité au-dessus du Tao des hommes et se contente de donner un statut aux actions du peuple. Cette attitude est possible pour lui parce que, selon les légistes, le Tao des hommes doit demeurer au cœur des lois édictées par le maître du pays. Ainsi la loi est partout et, avec elle, le maître du pays peut en toute quiétude administrer la totalité du pays. En fait, la non-activité des légistes présuppose une politique interventionniste se résumant à l'administration et à la répression pour s'assurer que le Tao de l'homme soit en concordance avec le chemin (Tao) tracé par le maître du pays, à l'intérieur de la loi.

Si nous pouvons apprécier à juste titre le côté positif d'une loi écrite et promulguée publiquement, et le fait qu'elle le soit après une analyse minutieuse de la situation réelle et des objectifs poursuivis, c'est plutôt l'aspect draconien du système légiste de répression qui attire notre attention. En tant que philosophie légale, cette conception

légiste de la loi est entièrement bureaucratique de par ses aspects administratifs et légaux.

LA SYMBIOSE CULTURELLE ET PHILOSOPHIQUE DU CONFUCIANISME ET DU LÉGISME

Si les philosophies légistes se sont épanouies dans différents pays à l'époque des Royaumes Combattants, ce fut le légisme en vigueur dans le pays de Qin (ou Chhin) qui fut décisif dans le succès comme dans l'échec du courant. Du point de vue historique, la philosophie légiste fut appliquée en Qin, avec comme résultat que le Qin devint le pays le plus riche, le mieux administré et le plus puissant militairement. En appliquant la philosophie légiste, le maître du Qin, le roi Zheng (également connu sous le nom de Qin Shihuangdi) parvint, en 221 avant J.-C., à conquérir tous les autres royaumes, fondant ainsi le premier empire chinois. Pourtant, l'empire de Qin ne dura que de 221 à 207 avant J.-C. La dynastie Han, qui lui succéda de 206 avant J.-C. à 220 après J.-C, mit cet échec du premier empire sur le compte du légisme.

Les atrocités commises au nom de l'unification de la Chine, pour ne rien dire de celles perpétrées à l'encontre de ses propres sujets sous le régime de Qin, ont longtemps discrédité la philosophie légiste. C'est pourquoi l'empire Han et ses successeurs adoptèrent le confucianisme comme idéologie d'État (et accessoirement comme religion d'État). Plus tard, l'empereur Wu-ti, qui vécut de 140 à 187 après J.-C., bannit, sur le conseil de son ministre confucéen Tung Chung-shu, toutes les doctrines philosophiques autres que le confucianisme. Des livres philosophiques, abstraction faite de ceux traitant du confucianisme, furent alors brûlés, des « études » privées interdits, et la philosophie confucéenne imposée dans le système des examens mandarins. La philosophie légiste n'était pourtant pas morte : elle devait entrer en symbiose avec le confucianisme et définir avec lui l'esprit légal chinois jusqu'à aujourd'hui.

Les philosophes et les administrateurs se sont rapidement rendu compte que l'empire chinois ne pouvait pas être gouverné par un système de coutumes bienveillantes, par la bonté ou par la sincérité : ils furent alors obligés de gouverner par la loi (Fa), et ce fut de cette façon que la symbiose entre la philosophie légiste et le confucianisme

vit le jour. À leur façon, les légistes sont allés au-delà du confucianisme par leur insistance à instaurer une bureaucratie organisée. De cette manière, ce fut une conception strictement légiste du Fa qui accompagna la « bureaucratie céleste » (en d'autres mots, les administrateurs confucianistes) dans l'organisation et l'administration de la société chinoise. Ironiquement, les confucianistes et les légistes se retrouvèrent unis dans l'idéal d'une société bien administrée. Alors que les confucianistes croyaient gouverner le peuple par des personnes censées être « supérieures » (grâce à leur éducation confucéenne) et que les légistes croyaient à une loi bureaucratique venue d'en-haut, la symbiose fut établie dans une conception voulant gouverner le peuple par des hommes supérieurs, avec la bonté paternelle d'un côté, et les moyens d'un droit bureaucratique de l'autre.

De cette façon, nous observons, aussi bien dans les faits qu'en philosophie, une répartition du travail entre le Li et le Fa, entre, d'une part, les coutumes bienveillantes, affections personnelles, rites et, d'autre part, la loi : le Li représente l'honneur propre à l'intégrité, à la vertu et au caractère d'un honnête homme ; le Fa représente le déshonneur, la corruption, la nécessité de l'administration étatique et d'un système punitif.

La recherche sur la philosophie confucianiste qui s'ensuit nous révèle plusieurs expressions de cette symbiose, de même que les dangers de tomber entre les mains de la loi. Aux alentours de 50 avant J.-C., le Li Chi (Livre des rites) exprime clairement que le « li ne s'abaisse pas jusqu'au peuple, et que le hsing [punition selon la loi] ne s'élève pas jusqu'au dirigeants ». La loi est donc pour le peuple et le li pour les classes supérieures. Il s'agit en fait d'un parallèle avec la doctrine de « l'homme supérieur » (c'est-à-dire celui qui appartient à la classe supérieure confucianiste,) qui est censé être au-dessus de toute loi. On en trouve un autre témoignage dans le Code des Tang, au VII^{e} siècle après J.-C., qui indique clairement qu'il est dangereux, voire néfaste, de se détourner du système des relations affectives/rites sociaux ou simplement du li, parce que « celui qui se détourne du li tombera dans le hsing » [punitions par les lois].

Cette symbiose philosophique (et culturelle) a forgé le modèle suivant pour l'esprit légal chinois :

1. La loi est considérée comme quelque chose de mauvais et de déshonorant.

2. Le « droit » n'est que répression et administration bureaucratique.
3. Les lois sont faites pour être suivies et ne doivent stipuler que des obligations.
4. Les conflits juridiques ou sociaux doivent être « dissous » (jamais résolus) dans et par le rapport social approprié.

De cette façon, en suivant ce modèle, tout honnête homme aura à cœur d'éviter le recours au système légal. Ce phénomène de rejet, ou éloignement, « juridique », s'observe encore aujourd'hui en Chine, sinon également, mais à moindre degré, à l'intérieur de la diaspora chinoise.

LA SITUATION PRÉSENTE

Le confucianisme a été l'idéologie étatique incontestée (et la religion étatique chinoise) jusqu'à l'époque moderne. En fusionnant avec la philosophie légiste, le confucianisme a été déterminant dans la conception chinoise du « droit ». Là où le confucianisme était utilisé dans la propagande et l'éducation pour former des sujets uniformément obéissants et pour dissoudre les conflits sociaux, le légisme, de son côté, était utilisé pour organiser et administrer, pour mater toute opposition à l'ordre établi ou les usurpations de pouvoir. Le premier était l'idéologie, le deuxième la substance.

Ce n'est que tout récemment que ce système a été bouleversé. D'abord en 1911, avec la révolution républicaine qui établit un système moderne de législation. Puis en 1949, avec la révolution maoïste (ou le communisme oriental).

Le problème philosophique et culturel de la Chine d'aujourd'hui tourne autour de la possibilité et de la nécessité d'établir, pour la première fois dans l'histoire de la Chine, un véritable État de droit ainsi que des droits individuels et collectifs. En ce sens, les événements de la place Tiananmen, en juin 1989, ont été révélateurs de la dimension des problèmes à surmonter.

BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE

Aarnio, Aulius, *Le rationnel comme raisonnable. La justification en droit*, Bruxelles, Story et Paris, L.G.D.J., 1992.

Abel, Olivier et Pierre-François Moreau (dir.), *Pierre Bayle : La foi dans le doute*, Paris/Genève, Labor et Fides, 1995.

Ackerman, Bruce « Rooted Cosmopolitanism », dans *Ethics*, 1994, vol. 104, p. 516-535.

Adorno, Theodor W. *et al.*, *The Authoritarian Personality*, Harper, New York, 1950 (Trad. française: *Études sur la personnalité autoritaire*, Paris, Allia, 2007).

Agamben, Giorgio, *Idée de la prose*, Paris, Bourgeois, 1988 (1998).

Agamben, Giorgio, *Le langage et la Mort*, Paris, Bourgeois, 1991 (1997).

Agamben, Giorgio, *Stanze. Parole et Fantasme dans la culture occidentale*, Paris, Rivages, 1994 (1997).

Agamben, Giorgio, *Bartleby ou la Création*, Paris, Circé, 1995.

Agamben, Giorgio, *Homo Sacer, le pouvoir souverain et la vie nue*, Paris, Seuil, 1997.

Agamben, Giorgio, *Ce qui reste d'Auschwitz*, Paris, Rivages, 1999.

Agamben, Giorgio, *État d'exception. Homo Sacer, II, 1*, Paris, Seuil, coll. L'ordre philosophique, 2003.

Agamben. Giorgio : *Le temps qui reste : Un commentaire de l'Épître aux Romains*, Paris, Rivages, 2004.

Ake, Claude, « The African Context of Human Rights », dans *Africa Today*, vol. 34, nº 1- 2, 1987, p. 5-13. (Repris: dans Larry May et Shari Collins Sharratt (dir.), *Applied Ethics. A Multicultural Approach*, Englewood Cliffs, NJ., Prentice Hall, 1994, p. 35-40).

Amselek, Paul, « Brèves réflexions sur la notion de sources du droit », dans *Archives de philosophie du droit,* vol. 27 (1982), p. 251-258.

André-Vincent, Philippe I., *Bartolomé de Las Casas, prophète du Nouveau Monde*, Paris, J. Tallandier, 1980.

André-Vincent, Philippe I., *Les droits de l'homme dans l'enseignement de Jean-Paul II*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de philosophie du droit nº 28, 1983.

Apel, Karl-Otto, « Le problème du multiculturalisme dans la perspective de l'éthique de la discussion », dans Lukas K. Sosoe (dir.), *La diversité humaine. Démocratie, multiculturalisme et citoyenneté*, Paris, L'Harmattan et Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2002, p 83-99.

Archives de philosophie du droit (1982) tome 27, numéro thématique sur « *Sources du droit* », Paris, Sirey, 1982.

Arendt, Hannah, *Eichmann à Jérusalem : rapport sur la banalité du mal*, Paris, Gallimard, coll. Témoins, 1re édition 1966; 2e édition 1991 dans la coll. Folio/Histoire nº 32.

Arendt, Hannah, *Les origines du totalitarisme, Volume 3 : Le système totalitaire*, Paris, Seuil, coll. Essais. Points nº 307, 1972.

Aristote (de Stagire), *Éthique à Nicomaque*, traduction de Jules Tricot, Paris, Vrin, coll. Bibliothèque des textes philosophiques, 2e édition, 1967.

Arnaud, André-Jean, *Pour une pensée juridique européenne,* Paris, Presses universitaires de France, coll. Les voies du droit, 1991.

Atias, Christian, *Philosophie du droit*, Paris, Presses universitaire de France, 2000.

Aubenque, Pierre, *La prudence chez Aristote*, Paris, Presses universitaires de France, 1963.

Aubenque, Pierre, *Le problème de l'être chez Aristote : essai sur la problématique aristotélicienne*, Paris, Presses universitaires de France, 1re édition 1943, 2e édition 1962, [4e édition 2002].

Baker, Judith (dir.), *Group Rights*, Toronto, Toronto University Press, 1994.

Banque mondiale, *Rapport sur le développement dans le monde 1997, L'État dans un monde en mutation*, Économica, Paris, 1997.

Barber, Benjamin R., *Djihad versus McWorld : mondialisation et intégrisme contre la démocratie*, coll. Pluriel, Hachette, Paris, 2001.

Barcellona, Pietro et al., *L'uso alternativo del diritto*, Roma-Bari, Editori Laterza, 1973.

Barret-Kriegel, Blandine, *Les droits de l'homme et le droit naturel*, Paris, Presses universitaires de France, coll. Quadrige, 1989.

Baumert, Renaud, « Carl Schmitt contre le parlementarisme weimarien. Quatorze ans de rhétorique réactionnaire », dans *Revue Française de Science Politique*, Paris, volume 58, nº 1, 2008, p. 5-38.

Bauzon, Stéphane, *Le métier de juriste. Du droit politique selon Michel Villey*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2002.

Bauzon, Stéphane, *Il mestiere del giurista. Il diritto politico nella prospettiva di Michel Villey*, Milano, Giuffré editore, 2001.

Bauzon, Stéphane et Chantal Delsol (dir.), *Michel Villey. Le juste partage*, Paris, Dalloz, coll. L'esprit du droit, 2007.

Bayle, Pierre, *Ce que c'est que la France toute catholique* (1686), Paris, Vrin, 1973.

Bayle, Pierre, « Hobbes » (1730 : article du *Dictionnaire historique et critique,* reproduit en annexe) dans Thomas Hobbes, *Le Citoyen*, édition de Simone Goyard-Fabre, Paris, Flammarion, coll. GF n° 385, 1982, p. 367-378.

Bayle, Pierre, *Pensées diverses sur la comète* (1683), deux volumes, Paris, Nizet, 1984.

Bayle, Pierre, *De la tolérance : commentaire philosophique sur ces paroles de Jésus-Christ « contrains-les d'entrer »* (1686-1687), Paris, Presses-Pocket, coll. Agora-série « Les classiques » n° 113, 1992.

Béchillion, Denys de, *Hiérarchie des normes et des fonctions normatives de l'État*, Paris, Economica, 1996.

Béchillion, Denys de, *Qu'est-ce qu'une règle de droit?*, Paris, Odile Jacob, 1997.

Béchillon, Denys de, « L'ordre juridique est-il complexe », dans Denys de Béchillon (dir.), *Les défis de la complexité. Vers un nouveau paradigme de la connaissance?*, Paris, L'Harmattan, 1994, p. 33-59.

Bejczy, Istvan, « Tolerantia : A Medieval Concept », dans *Journal of the History of Ideas*, vol. 58, n° 3, 1997, p. 365-384.

Benhabib, Seyla, "Arendt *Eichmann in Jerusalem*", dans Dana R. Villa (dir.), *The Cambridge Companion to Hannah Arendt*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 65-85.

Berger, Klaus Peter, *The creeping codification of the lex mercatoria*, Kluwer, The Hague, 1999.

Bernstein, Richard J., *Hannah Arendt and the Jewish Question*, Cambridge (Mass.), The MIT Press, 1996.

Berque, Augustin, *Être humains sur la terre : principes d'éthiques de l'écoumène*, Paris, Gallimard, 1996.

Berque, Augustin, *Écoumène. Introduction à l'étude des milieux humains*, Paris, Belin, 2000.

Berten, André; Pablo da Silva et Hervé Pourtois (dir.), *Libéraux et communautariens*, Paris, Presses universitaires de France, coll. Philosophie morale, 1997.

Beyleveld, Deryck et Roger Brownsword, *Law as a Moral Judgment*, London, Sweet and Maxwell, 1986.

Billier, Jean-Cassien et Aglaé Maryioli, *Histoire de la philosophie du droit*, Paris, Armand Colin, 2001.

Bissoondath, Neil, *Le marché aux illusions : la méprise du multiculturalisme*, Montréal, Boréal, 1995.

Bissoondath, Neil, *Selling illusions: the cult of multiculturalism in Canada*, Toronto, Penguin 2002 (org. 1994).

Blankenburg, Erhard; Ekkehard Klausa et Hubert Rottleuthner, *Alternative Rechtsformen und Alternative zum Recht*, Opladen, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, 1980.

Bloch, Ernst, *Droit naturel et dignité humain*, Paris, Payot, coll. Critique de la politique, 1976.

Bloch, Ernst, *Le principe espérance*, Paris, Gallimard, 1976.

Bobbio, Norberto, *L'État et la démocratie internationale*, Bruxelles, Complexes, 1998.

Bonhoeffer, Dietrich, *Ethics*, Genève, Labor et Fides, 1965.

Bonhoeffer, Dietrich, *Résistance et soumission : lettres et notes de captivité*, Genève, Labor et Fides, 1967.

Bost, Hubert, *Pierre Bayle et la religion,* Paris, Presses universitaires de France, coll. Philosophies n° 48, 1994.

Bost, Hubert et Philippe de Robert (dir.), *Pierre Bayle, citoyen du monde. De l'enfant du Carla à l'auteur du Dictionnaire*, Paris, Honoré Champion, 1996.

Boulad-Ayoub, Josiane et Luc Bonneville (dir.), *Souverainetés en crise*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Mercure du nord, 2003.

Bourgeois, Bernard, *Le droit naturel de Hegel. Commentaire*, Paris, Presses universitaire de France, 1986.

Bourgeois, Bernard, *Philosophie et droits de l'homme de Kant à Marx*, Paris, Presses universitaires de France, coll. Questions, 1990.

Bouvier, Claude, *La question Michel Servet*, Paris, Librairie Bloud, 1908.

Braude, Benjamin et Bernard Lewis (dir.), *Christians and Jews in the Ottoman Empire: The functioning of a plural society*, New York, Holmes and Meir, 1982.

Brecht, Bertold, *Grand'peur et misère du IIIe Reich*, Paris, L'Arche éditeur, 1971.

Brecht, Bertold, *La résistible ascension d'Arturo Ui*, Paris, L'Arche éditeur, 1983.

Brimo, Albert, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'État*, Paris, Pedone, 3e édition, 1978.

Bronckers, Marco C. E.J., « Better Rules for a New Millenium : A Warning Against Undemocratic Development in the WTO », (1999) *Journal of International Economic Law*, p. 547-566.

Bruegel (i.e. Brügel), Johann Wolfgang, « A Neglected Field : The Protection of Minorities », *Revue des droits de l'homme/Human Rights Journal* (Paris), vol. 4, no 2-3 1971, p. 413-442.

Bruun, Ole et Michael Jacobsen (dir.), *Human Rights and Asian Values: Contesting National Identities and Cultural Representations in Asia*, Richmond, Curzon, 2000.

Buchanan, Georges, *De jure regni apud Scotos*, 1579.

Buchanan, James McGill Jr., *The Limits of Liberty. Between Anarchy and Leviathan*, Chicago, University of Chicago Press, 1975.

Burke, Edmund, *Betrachtungen über die Französische Revolution. Nach dem Englischen des Herrn Burke neu bearbeitet von Friedrich Gentz*, Berlin, 1793.

Burke, Edmund, *Réflexions sur la révolution en France* [org. 1790], Paris, Hachette, coll. Pluriel, 1989.

Burke, Edmund, *Recherche philosophique sur l'origine de nos idées du sublime et du beau* [org. 1757], Paris, Vrin, 1ère édition 1990, 2e édition révisée 1998.

Burnham, James, *Les machiavéliens, défenseurs de la liberté*, Paris, Calmann-Lévy, coll. Liberté de l'esprit, 1949.

Burnham, James, *The Managerial Revolution: what is happening in the world*, New York, John Day Co, 1941 (réédité plusieurs fois); traduction française: *L'ère des organisateurs*, Paris, Calmann-Lévy, coll. Liberté de l'esprit, 1948 (c. 1947).

Brutus, Etienne Junius (pseudonyme), *Vindiciae contra tyrannos*, 1579, voir: Mornay, Philippe de (ou Du Plessis-Mornay) et Hubert Languet (*Nouvel édition en langue français, Genève, Droz, Classiques de la pensée politique, 1979).*

Calhoun, Craig (dir.), *Social Theory and the Politics of Identity*, Oxford, Blackwell, 1994.

Calvo, José, « L'identité culturelle et ethnologie juridique (Les « Carceleras » et le krausisme), dans *Revue internationale de sémiotique juridique*, vol. 13, 2000, p. 407-432.

Campagna, Norbert, *Michel Villey : le droit ou les droits?,* Paris, Michalon, coll. Le bien commun, 2004.

Capotorti, Francesco, « Les développements possibles de la protection internationale des minorités », dans *Cahiers de droit*, vol. 27, 1986, p. 239-254.

Capotorti, Francesco, *Étude des droits des personnes appartenant aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques*, New York, Publication des Nations Unies, 1979.

Carson, Rachel, *Silent spring*, Boston, Houghton Mifflin, 1962 (Trad. française: *Printemps silencieux*, Éditions Wildproject, 2009 (2011).

Chabot, Jean-Luc, *Histoire de la pensée politique. Fin XVIIIe-début XXIe siècle*, Grenoble, Presses Universitaire de Grenoble, coll. Politique en plus, 2001.

Charmont, Joseph, *La renaissance du droit naturel*, Paris, Duchemin, 1927.

Chauvier, Stéphane, *Du droit d'être étranger. Essai sur le concept kantien d'un droit cosmopolitique*, Paris. L'Harmattan, 1996.

Chemillier-Gendreau, Monique et Yann Moulier-Boutang (dir.), *Le Droit dans la mondialisation : une perspective critique*, Paris, Presses universitaire de France, coll. Actuel Marx confrontation, 2000.

Cheng, Anne, *Histoire de la pensée chinoise*, Paris, Seuil, 1999.

Ciuro Caldani, Miguel Angel, *El Derecho universal (Perspectiva para la ciencia juridica de una nueva era)*, Rosario (Argentine), Fundacion para las investigaciones juridicas, 2001.

Commission européenne pour la démocratie par le droit (dir.), *Les pouvoirs d'exception*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, coll. Science et techniques de la démocratie nº 12, 1995.

Commoner, Barry, *L'encerclement*, Paris, Seuil, 1972.

Confucius (i.e. *K'ung Fu-tzu*, le nom de famille : *K'ung* et le nom personnel *Ch'iu*), *Entretiens avec ses disciples*, traduction d'André Lévy, Paris, GF-Flammarion nº 799, 1994.

Confucius, *Entretiens du Maître avec ses disciples*, traduction de Séraphin Couvreur, Paris, Éditons Mille et Une Nuits, 1997

Cortez, Bénédicte, « Les enjeux politiques d'une définition juridiques des peuples autochtones », dans *Droits et Cultures. Revue semestrielle d'anthropologie et d'histoire*, nº 25, 1993, p. 69-90.

Cotta, Sergio, *Pourquoi la violence? Une interprétation philosophique*, Québec, Les Presses de l'Université Laval. Coll. Diké, 2002.

Courtois. Stéphane, « Kant, Habermas, et l'idéal cosmopolitique », dans Bjarne Melkevik et Jean-Marc Narbonne (dir.), *Une philosophie dans histoire. Hommages à Raymond Klibansky*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2000, coll. Zêtêsis, pp. 387-408.

Crépeau, François (dir.), *Mondialisation des échanges et fonctions de l'État*, Bruylant, Bruxelles, 1997.

Cumin, David, *Carl Schmitt*, Paris, Cerf, coll. Passages, 2005.

Cusset, François, *French Theory*, Paris, La Découverte, 2007.

Da Cunha, Paulo Ferreira (dir.), *Direitos humanos. Teorias et praticas*, Coimbre, Almedia, 2003.

Da Cunha, Paulo Ferreira, *Le droit et les sens*, Paris, L'Atelier de l'Archer, 2000.

Daniel Mockle (dir.), *Mondialisation et État de droit*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

Daniel Mockle, « Mondialisation et État de droit », dans *Les Cahiers de droit*, vol. 41, nº 2, 2000, p. 237-288.

Davidson, Donald, « How is weakness of the will possible », dans Joel Feinberg (dir.), *Moral concepts*, Oxford, Oxford University Press, 1970.

Davies, Michael C. (dir.), *Human Rights and Chinese Values: Legal, Philosophical and Political Perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 1995.

de Andia, Ysabel, « Négative (Théologie) », dans Jean-Yves Lacoste (dir.), *Dictionnaire critique de théologie*, Paris, Presses universitaires de France, 1998, p. 791-795.

De Bary, William Theodore et Tu Weiming (dir.), *Confucianism and Human Rights*, New York, Columbia University Press, 1999.

De Bary, William Theodore, *Asian values and human rights: a confucian communitarian perspective*, Cambridge, Mass., Harvard University Press., 1998.

de Bernard, François (dir.), *Dictionnaire critique de la mondialisation*, Paris, Éd. le Pré aux Clercs, 2002.

de Saint Pierre, Charles Irènèe Castel, *Projet pour rendre la paix perpétuelle en Europe*, Paris, Fayard, coll. Corpus des œuvres de philosophie en langue française, 1986.

Debord, Guy, *La société du spectacle*, Paris, Gallimard, coll. Folio nº 2788, 1996.

Del Vecchio, Giorgio*, Le droit international et problème de la paix,* Paris, Dalloz, 1964.

Delhaye, Philippe, *La permanence du droit naturel*, Louvain, Éditions Nauwelaerts, Lille, Librairie Giard, Montréal, Librairie Dominicaine, 1960.

Delvolve, Jean, *Religion, critique et philosophie positive chez Pierre Bayle*, Genève, Slatkine Reprints, 1970 (1ère édition, Paris, 1906).

Denning, Alfred Thompson (Lord), *The Changing Law*, London, Stevens, 1953.

Derrida, Jacques, *Force de loi*, Paris, Galilée, 1994 (Reprise l'article : « Force de loi : Le « fondement mystique de l'autorité », dans *Cordozo Law Review*, New York, Volume 11, nº 5-6, 1990, p. 919-1045).

Deschênes, Jules, « Qu'est-ce qu'une minorités ? », dans *Cahiers de droit*, vol. 27, 1986, p. 255-291.

Detmold, Michael J., *The Unity of Law and Morality,* London, Routledge & Kegan Paul, 1984.

DeWiel, Boris, *Democracy : A History of Ideas*, Vancouver, UBC Press, et Seattle, University of Washington Press, 2000. (Trad. française: *La démocratie: histoire des idées*, Ste-Foy, Les Presses de l'Université Laval, coll. Zêtêsis, 2005).

Dezalay, Yves, *Marchands de droit. La Restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit*, Fayard, Paris, 1992.

Draetta, Ugo, Ralph B. Lake et Ved P. Nanda, *Breach and Adaption of International Contracts: An Introduction to Lex Mercatoria*, Salem, Butterworth, 1992.

Dufour, Alfred, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire*, Paris, Presses universitaire de France, coll. Léviathan, 1991.

Dufour, Sophie, « La Libéralisation des échanges mondiaux et le respect des règles fondamentales en matière sociale : un lien controversé », dans *Études internationales*, vol. 26, nº 2, 1995, p. 275-289.

Dumouchel, Paul et Bjarne Melkevik (dir.), *Tolérance, pluralisme et histoire,* Montréal et Paris, L'Harmattan, coll. *Éthiké*, 1998.

Dumouchel, Paul et Bjarne Melkevik, « Penser la tolérance aujourd'hui », dans Dumouchel, Paul et Bjarne Melkevik (dir.), *Tolérance, pluralisme et histoire,* Montréal et Paris, L'Harmattan, coll. *Éthiké*, 1998, p. 15-24.

Dunn, John, *Democracy: The Unfinished Journey*, 508 BC to AD 1993, Oxford, Oxford University Press, 1992.

Dunn, Robert, *The Possibility of Weakness of will*, Indianapolis (IN), Hackett, 2002.

Dupuis, Renée, « Des écarts majeurs entre la convention nº 169 de l'O.I.T. et le droit canadien », dans *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. 24, 1994, p. 29-36.

Durkheim. Émile, *Le suicide. Étude de sociologie*, Paris, Alcan, 1897 (réédité plusieurs fois).

Dworkin, Gerald, « The Concept of Automy », dans John Christman (dir.), *The Inner Citadel : Essays on Individual Autonomy*, New York, Oxford University Press, 1989, p. 54-62.

Dworkin, Gerald, *The Theory and Practice of Autonomie*, Cambrigde, Cambrigde University Press, 1988.

Dworkin, Ronald, *Life's dominium: an argument about aborting, euthanasia, and individual freedom*, New York, Knopf, 1993.

Dworkin, Ronald, *L'empire du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1994.

Dworkin, Ronald, *Prendre les droits aux sérieux*, Paris, Presses universitaires de France, 1995.

Dworkin, Ronald, *Une question de principe*, Paris, Presses universitaire de France, 1996.

Dworkin, Ronald, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution,* Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1996.

Dworkin, Ronald, *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2000. (Trad. française: *La Vertu souveraine*, Éditions Émile Bruylant, coll. « Penser le droit », 2008)

Dworkin, Ronald, voir le « Dossier Ronald Dworkin 1 & 2 », dans *Droit et société*, vol. 1, 1985, p. 27-92 et *Droit et société*, vol. 2, 1996, p. 7-56.

Dyzenhaus, David, *Hard Cases in Wicked Legal System: South African Law in Perspective of Legal Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1991.

Dyzenhaus, David, *Judging the Judges, Judging Ourselves. Truth, Reconciliation and the Apartheid Legal Order*, Oxford, Hart Publishing, 1998.

Dyzenhaus, David, *Legality and Legality: Hans Kelsen, Carl Schmitt and Hermann Heller in Weimar*, Oxford, Oxford University Press, 1997.

Eckhart ou Maître Eckhart (né Eckhart von Hochheim), M*aître Eckhart ou la joie errante : sermons allemands,* traduits et commentés par Reiner Schürmann, Paris, Denoël, 1972.

Ellul, Jacques, *Histoire des institutions. Tome 3. Le Moyen Âge*, Paris, Presses universitaire de France, coll. Quadrige, 1999.

Fenet, Alain (dir.), Geneviève Koubi, Isabelle Schulte-Tenckhoff et Tatjana Ansbach, *Le droit et les minorités*, Bruxelles, Bruylant, 1995.

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 », *Hermes*, n° 10, 1991, p. 125-137.

Ferry, Jean-Marc, *Les puissances de l'expérience. Essai sur l'identité contemporaine. Tome 2, Les ordres de la reconnaissance,* Paris, Cerf, 1991.

Ferry, Jean-Marc, *L'éthique reconstructive,* Paris, Cerf, coll. Humanités, 1996.

Finnis, John, « Préface », dans idem (dir.), *Natural Law*, Tome 1, Aldershot, Dartmouth, coll. The International Library of Essays in Law and Legal Theory, 1991, p. XI.

Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, (1980) 1989.

Finnis, John, voir le numéro special: The Work of John Finnis, dans *Vera Lex*, New Series, New York, Volume 6, nº 1-2, 2005, p. 1-181.

Flaubert, Gustave, *Bouvard et Pécuchet*, Paris, Pocket, 1997.

Flaubert, Gustave, *Dictionnaire des idées reçues*, Bègles, Les Castor Astral, 2005.

Foucault. Michel, *Le Gouvernement de soi et des autres. Cours du Collège de France, 1982-1983,* (édition établie par François Ewald, Alessandro Fontana et Frédéric Gros), Paris, Éditions Seuil, 2008.

Fromm, Erich, *La passion de détruire, anatomie de la destructivité humaine*, Paris, Laffont, 1975.

Fromm, Erich, *La Peur de la liberté*, Paris, Buchet-Castel, 1963.

Fukuyama, Francis, *La fin de l'histoire et le dernier homme*, Paris, Flammarion, 1992.

Gaius, *Institutes*, traduit par Julien Reinach, Paris, Les Belles Lettres, 1950.

Gardies, Jean-Louis, *L'erreur de Hume*, Paris, Presses universitaires de France, 1987.

Gauthier, David P., *Morale et contrat : recherche sur les fondements de la morale*, Liège, Mardaga, 2000.

Gauthier, David P., *The Logic of Leviathan*, Oxford, Clarendon Press, 1969.

Gentz, Friedrich von, *De la paix perpétuelle*, (org. 1800), Paris, Duchemin, 1997.

Giddens, Anthony (Lord), *Runaway world, How globalization is reshaping our lives*, New York, Routledge, 2000 (2003).

Gilson, Bernard, *L'essor de la dialectique moderne et la philosophie du droit*, Paris, Vrin, 1991.

Goethe, Johann Wolfgang von, *Faust*, (2 volumes), Paris, Flammarion, 1984.

Goldhagen, Daniel Jonah, *Les bourreaux volontaires de Hitler: les Allemands ordinaires et l'Holocauste*, Paris, Seuil, 1997.

Gordon, Milton, « Towards a General Theory of Racial and Ethnic Group Relations », dans Nathan Glazer and Daniel Patrick Moynihan (dir.),

Ethnicity: Theory and Experience, Cambridge, Harvard University Press, 1975.

Goyard-Fabre, Simone, *Kant et le problème du droit naturel*, Paris, Vrin, 1975.

Goyard-Fabre, Simone, *L'interminable querelle du contrat social*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1983.

Goyard-Fabre, Simone, *Les fondements de l'ordre juridique*, Paris, Presses universitaire de France, coll. L'interrogation, 1992.

Goyard-Fabre, Simone, *La philosophie du droit de Kant*, Paris, Vrin, 1996.

Goyon, Gérard D., « L'utopie et l'imaginaire juridique », dans *Archives de philosophie du droit*, Tome 30, 1995, p. 261-275.

Graves, Robert, *Les mythes grecs*, 2 volumes, Paris, Fayard, coll. Pluriel, 1983.

Grégoire de Rimini (i.e. Gregorii Ariminensis), *Sentences* (1346).

Gregorczyk, Christophe, *La théorie générale des valeurs et le droit*, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de philosophie du droit n° 25, 1982.

Gross, Hanns, « The Holy Roman Empire in Modern Times: Constitutional Reality and Legal Theory », dans James A. Vann et Steven W. Rowan (dir.), *The Old Reich. Essays on German Political Institutions 1495-1806*, Bruxelles, Les Éditions de la Librairie Encyclopédique, 1974, p. 1-29.

Gross, Hanns, *Empire and Sovereignty. A History of the Public Law Literature in the Holy Roman Empire, 1599-1804*, Chicago et Londres, University of Chicago Press, 1975.

Grotius, Hugo, *Le droit de la guerre et de la paix*, Paris, Presses universitaires de France, 1999.

Gurvitch, Georges, *L'expérience juridique et la philosophie du droit,* Paris, Pedone, 1935.

Haarscher, Guy, *Philosophie des droits de l'homme*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 4e édition, 1993.

Habermas, Jürgen, *Morale et communication*, Paris, Cerf, 1986.

Habermas, Jürgen, *Théorie de l'agir communicationnel, Tome 1 : Rationalité de l'agir et rationalisation de la société,* Paris, Fayard, 1987

Habermas, Jürgen*, Théorie de l'agir communicationnel, Tome 2 : Pour une critique de la raison fonctionnaliste*, Paris, Fayard, 1987.

Habermas, Jürgen, *Le discours philosophique de la modernité,* Paris, Gallimard, 1988.

Habermas, Jürgen, « Law and Morality », dans Sterling M. McMurrin (dir.), *The Tanner Lectures on Human Values,* vol. 8, 1988, University of Utah Press, Salt Lake City et Cambridge, Cambridge University Press, 1988

(Traduction française: *Droit et morale. Tanner Lectures (1986)*, Paris, Seuil, coll. Traces écrites, 1997).

Habermas, Jürgen, « Ethics, politics and history, an interview with Jürgen Habermas » (Entretien avec Jean-Marc Ferry), dans *Philosophy and Social Criticism, vol. 18, nº. 3-4, 1988.*

Habermas, Jürgen, *Écrits politiques. Culture, droit, histoire*, Paris, Cerf, 1990.

Habermas, Jürgen « L'Espace public 30 ans après », *Quaderni : La revue de la communication*, nº 18, 1992, p. 165-191.

Habermas, Jürgen, *De l'éthique de la discussion*, Paris, Cerf, 1992.

Habermas, Jürgen « Struggles for Recognition in Constitutional States », *European Journal of Philosophy*, vol. 1, nº 2, 1993, p. 128-155.

Habermas, Jürgen « Human Rights and Popular Sovereignty: The Liberal and Republican Versions », *Ratio Juris*, vol. 7, nº 1, 1994, p. 1-13.

Habermas, Jürgen « Three Normative Models of Democracy », *Constellations*, vol. 1, nº 1, 1994, p. 1-10.

Habermas, Jürgen « On the Internal Relation between the Rule of Law and Democracy », *European Journal of Philosophy*, vol. 3, nº 1, 1995, p. 12-20.

Habermas, Jürgen, *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge, Mass., The MIT Press, 1996.

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, coll. NRF Essais, 1997.

Habermas, Jürgen, *Intégration républicaine. Essais de théorie politique*, Paris, Fayard, 1998.

Habermas, Jürgen, *Une époque de transitions. Écrits politiques 1998-2003*, Paris, Fayard, 2005.

Han Fei (ou Han Fei Tzu / Han Feizie), *Le Tao du Prince*, traduction de Jean Lévi, Paris, Seuil, 1999.

Harris, Henry (dir.), *Identity,* Oxford, Clarendon Press, 1995.

Hayek, Friedrich August [von], *The Constitution of Liberty*, London, Routledge et Kegan Paul, 1951. (Trad. française: *La constitution de la liberté*, Paris, Litec, 1994).

Hayek, Friedrich August [von], *Droit, législation et liberté*, Trois tomes, Paris, Presses universitaire de France, 1973, 1976 et 1979 (Reprise en un volume, Paris, PUF, 2007).

Hayek, Friedrich August [von], *La route de la servitude*, Paris, Presses universitaires de France, 1985.

Hegel, George Wilhelm Friedrich, *Leçons sur la philosophie de l'histoire*, Paris, Vrin, 1979.

Hegel, George Wilhelm Friedrich, *Principes de la philosophie du droit ou Droit naturel et science de l'État en abrégé*, Paris, Vrin, 1982.

Held, David, « Cosmopolitan Democracy and the Global Order: A New Agenda », dans James Bohman, Matthias Lutz-Bachmann (dir.), *Perpetual Peace. Essays on Kant's Cosmopolitan Ideal*, Cambridge, Mass., MIT Press, 1997, p. 235-251.

Held, David, *Democracy and the Global Order. From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Stanford, Stanford University Press, 1995.

Heller, Agnes, *La théorie des besoins chez Marx*, Paris, Union Générale d'Éditions, coll. 10/18, 1978.

Henry, Jean-Robert, « Imaginaire juridique », dans André-Jean Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ et Bruxelles, Story-Scientia, 1re édition, 1988, p. 180-182.

Herrera, Carlos Miguel (dir.), *Le droit, le politique : autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, Paris, L'Harmattan, 1995.

Herrera, Carlos Miguel, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Paris, Kimé, 1997.

Herrera, Carlos Miguel, *La philosophie du droit de Hans Kelsen. Une introduction*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2004.

Hobbes, Thomas, *Léviathan : traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile,* trad. de F. Tricaud, Paris, Sirey. 1971. (Une autre version est accessible sur la Toile, par la Bibliothèque Paul-Émile Boulet de l'Université du Québec à Chicoutimi (Québec), dans la collection des Classique des sciences sociales, Auteurs classiques : sur le site : http://dx.doi.org/doi:10.1522/cla.hot.lev.**)**.

Hoffmann, Peter, *The History of the German resistance 1933-1945*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 3e edition, 1996.

Hohfeld, Wesley Newcomb, « Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », *Yale Law Journal*, 23, 1913, p. 16-59.

Hohfeld, Wesley Newcomb, « Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », *Yale Law Journal*, 26, 1917, p. 710-770.

Hohfeld, Wesley Newcomb, *Fundamental Legal Conceptions*, rédigé par Walter Wheeler Cook. New Haven, Yale University Press, 1919 (réédité plusieurs fois).

Hubaux, Jean et Maxime Kreov, *Le mythe du phénix*, Liège et Paris, Bibliothèque de la Faculté et lettres de l'Université de Liège, 1939.

Hugo, Victor, *Écrits sur la peine de mort*, Arles, Actes Sud, 2002.

Hugo, Victor, *Les Misérables*, Paris (innombrables éditions).

Hume, David, *Enquête sur l'entendement humain*, Paris, Nathan, 1982.

Hume, David, *Enquête sur les principes de la morale,* Paris, Flammarion, 1991.

Hume, David, *Traité de la nature humain*, t. 2, Paris, Aubier, 1946.

Hume, David, *Traité de la nature humaine*, Paris, Flammarion, 1995.

Humphrey, John P., *Human Rights and the United Nation: A Great Adventure*, New York, Transnational, 1984.

Humphrey, John P., *La grande aventure: les Nations Unies et les droits de l'homme*, Montréal, Guérin, 1989.

Huntington, Samuel P., *Le choc des civilisations*, Paris, Odile Jacob, 2000.

Jackson, John H, « The WTO 'Constitution' and Proposed Reforms: Seven Mantras Revisited », dans *Journal of International Economic Law*, vol. 4, n° 1, 2001, p. 67-78.

Jacobson, Arthur J. et Bernhard Schlink (dir.), *Weimar: a jurisprudence of crisis*, Berkeley, University of California Press, 2000.

Jaeger, Werner Wilhelm, « Éloge de la Loi », dans *Bulletin Guillaume Budé* (supplément : *Lettres d'Humanité*), Paris, tome VIII, 1949.

Jaeger, Werner Wilhelm, *Paideia : la formation de l'homme grec*, Paris, Gallimard, 1964 (1988).

Jouanjan, Oliver, « École historique du droit, pandectisme et codification en Allemagne (XIX^e siècle) », dans Alland, Denis et Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses universitaire de France, 2003, p. 571-578.

Jouanjan, Olivier (dir.), *L'esprit de l'École historique du droit*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, coll. Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, nouvelle série n° 7, 2004.

Jouanjan, Olivier, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1980-1818),* Paris, Presses universitaire de France, coll. Léviathan, 2005.

Jurieu, Pierre, *Lettres pastorales adressées aux fidèles de France qui gémissent sous la captivité de Babylone*, 1689.

Kafka, Franz, *Le Château*, Paris, GF-Flammarion, 1995.

Kafka, Franz, *Le procès*, Paris, Gallimard, (1^er édition 1933), 1972, coll. Folio n° 101.

Kalinowski, Georges, *Le problème de vérité en morale et en droit*, Paris, Édition E. Vitte, 1967.

Kaltenmark, Max, *La philosophie chinoise*, Paris, Presses universitaire de France, coll. Que-sais-je n° 707, 1987.

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, tome 1 : Fondation. Introduction*, (édition d'Alain Renaut), Paris, GF-Flammarion nº 715, 1994.

Kant, Emmanuel, *Métaphysique des mœurs, tome 2 Doctrine du droit, Doctrine de la vertu*, trad. d'Alain Renaut, Paris, GF-Flammarion nº 716, 1994.

Kassis, Antoine, *Théorie générale des usages du commerce : droit comparé, contrats et arbitrage internationaux, lex mercatoria*, Paris, L.G.D.J., 1984.

Kelsen, Hans, *Théorie pure du droit. Introduction à la science du droit*, traduction de Henri Thévenaz, Neuchâtel, La Baconnière, coll. Être et penser. nº 37, 1er édition 1953, 2e édition, 1988.

Kelsen, Hans, *Théorie pure du droit*, traduction de Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962.

Kelsen, Hans, *Théorie générale du droit et de l'État (suivi de La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*), Paris, L.G.D.J. et Bruxelles, Bruylant, coll. La pensée juridique, 1997.

Kervégan, François et Heinz Mohnhaupt (dir.), *Recht zwischen Natur und Geschichte/Le droit entre nature et histoire,* Frankfurt-am-Main, Klostermann, 1977.

Kierkegaard, Søren, *Ou bien…Ou bien…*, Paris, Gallimard, coll. Tel nº 85, 1984.

Klibansky, Raymond, « Préface », dans John Locke, *Lettre sur la tolérance*, Paris, Presses universitaires de France, coll. Quadrige, 1995, p. vii –xxxi.

Klibansky, Raymond, « Préface », dans Paul Dumouchel et Bjarne Melkevik (dir.), *Tolérance, pluralisme et histoire,* Montréal et Paris, L'Harmattan, coll. *Éthiké*, 1998, p 9 -13.

Klibansky, Raymond, *Le Philosophe et la Mémoire du siècle. Tolérance, liberté et philosophie, Entretiens avec Georges Leroux,* Paris, Les Belles Lettres, 1998 (repris en livre de poche : Boréal, Montréal, 1999).

Kohlberg, Lawrence, Charles Levine et Alexandra Hewer, *Moral stages : a current formulation and a response to critics*, Bâle et New York, Karger, 1983.

Kohlberg, Lawrence, *The Philosophy of moral development: moral stages and the idea of justice*, San Francisco, Harper & Row, 1981.

Kojève, Alexandre, *Esquisse d'une phénoménologie du droit : exposé provisoire*, Paris, Gallimard, 1981.

Krawietz, Werner, Gert Riechers et Klaus Veddeler (dir.), *Konvergenz oder Konfrontation? Transformation kultureller Identität in den Rechtssystemen an*

der Schwelle zum 21 jahrhundert, [Huntington-Sonderheft], Berlin, Duncker & Humblot, 1999.

Kymlicka, Will (dir.), *The Rights of Minority Cultures*, Oxford, Oxford University Press, 1995.

Kymlicka, Will, *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1995.

Kymlicka, Will, « Two models of pluralism and tolerance », dans Davis Heyd (dir.), *Toleration: An elusive virtue*, Princeton N.J., Princeton University Press, 1996, p. 81-105.

Kymlicka, Will, *Les théories de la justice : libéraux, utilitaristes, libertariens, marxistes, communitariens, féministes*, Montréal, Boréal, 1999 (repris : Paris, La Découverte et Syros, 1999).

Kymlicka, Will, *La citoyenneté multiculturelle : une théorie libérale du droit des minorités*, Montréal, Boréal, 2001.

Kymlicka, Will, « Droits de l'homme et justice ethnoculturelle », dans Lukas Kekeli Sosoe (dir.), *La diversité humaine. Démocratie, multiculturalisme et citoyenneté*, Paris, L'Harmattan et Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2002, p. 387-406.

Kymlicka, Will, *La voie canadienne : repenser le multiculturalisme*, Montréal, Boréal, 2002.

Labrousse, Elisabeth, *« Une foi, une loi, un roi? Essai sur la révocation de l'édit de Nantes*, Genève, Paris, Labor et Fides, 1985.

Labrousse, Elisabeth, *Pierre Bayle. Hétérodoxie et rigorisme,* Paris, Albin Michel, 1999 (1re édition, La Haye, Nijhoff).

Lambert, Roger. *La justice vécue et les théories éthiques contemporaines. Initiation aux débats contemporains sur la justice et le droit*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1994.

Lassudrie-Duchêne, Georges, *Jean-Jacques Rousseau et le droit des gens*, Paris, Henri Jouve, 1906.

Le Roy, Étienne, « Les fondements anthropologiques des droits de l'homme. Crise de l'universalisme et postmodernité », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif,* no 1, 1992, p. 139-160.

Lecler, Joseph et Marius François Valkhoff (dir.), *Les premiers défenseurs de la liberté religieuse*, Paris, Cerf, 1969 (en deux volumes).

Lecler, Joseph, *Histoire de la tolérance au siècle de la Réforme*, Paris, Albin Michel, (1955 en deux volumes), 1994 (1 volume).

Lee, Eddy, « Globalization and Labor Standards: A Review of Issues », dans *International Labour Review*, vol. 135, no 2, février 1997, p. 173-189.

Léger, Marie (dir.), *Des peuples enfin reconnus. La quête de l'autonomie dans les Amériques,* Montréal, Écosociété, 1994.

Lenoble, Jacques et André Berten, *Dire la norme. Droit, politique et énonciation*, Bruxelles, Story-Scientia et Paris, L.G.D.J., 1990.

Lenoble, Jacques, *Droit et communication*, *La transformation du droit contemporain,* Paris, Cerf, 1994.

Lenoble, Jacques, « Idéal de la raison et raison procédurale », dans 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 - Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1996, p. 257-288.

Levi, Jean, *Les fonctionnaires divins. Politique, despotisme et mystique en Chine ancienne*, Paris, Seuil, 1989.

Levinas, Emmanuel, *Entre nous, essais sur le penser-à-l'autre*, Paris, Grasset, 1991.

Levinas, Emmanuel, *Hors sujet, Saint-Clément-la-Rivière*, Fata Morgana, 1987.

Levinas, Emmanuel, *Humanisme de l'autre homme*, Montpellier, Fata Morgana, 1972.

Levinas, Emmanuel, *Le temps et l'autre*, Paris, Presses universitaires de France, 1983.

Lewis, Geoffrey*, Lord Atkin*, London, Butterworths, 1983.

Locke, John, *Essays on the Law of Nature*, dir. Wolfgang von Leyden, Oxford, Clarendon Press, 1954.

Locke, John, *Deuxième Traité du gouvernement civil* (1791), Paris, Vrin, 1977.

Locke, John, *Lettre sur la tolérance et autres textes*, Paris, Flammarion, GF nº 686, 1992.

Locke, John, *Lettre sur la tolérance,* (texte latin de 1689 et traduction française), préface Raymond Klibansky, Paris, Presses universitaires de France, coll. Quadrige nº 191, 1995.

Lönning, Per, *Cet effrayant pari : une « pensée » pascalienne » et ses critiques*, Paris, Vrin, coll. Bibliothèque d'histoire de la philosophie, 1980.

Lopez Calera, N. et al., *Sobre el uso alternativo del dercho*, Valencia, Fernando Torres Editor, 1978.

Loquin, Eric et Catherine Kessedjian (dir.), *La Mondialisation du droit*, Paris, Litec, 2000

Lossky, Vladimir, *Théologie négative et connaissance de Dieu chez Maître Eckhart*, Paris, Vrin, coll. Études de philosophie médiévale nº 48, 1960.

Losson, Christian et Joël Quinio, *Génération Seattle : les rebelles de la mondialisation*, Grasset, Paris, 2002.

Luhmann, Niklas, *La légitimation comme procédure*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2001 (repris par Cerf, Paris, coll. Passages, 2001).

Lyotard, Jean-François, *La condition postmoderne*, Paris, Minuit, 1979.

Macpherson, Crawford Brough, « Locke on Capitalist Appropriation », dans *The Western Political Quaterly*, 1951, p. 550-566.

Macpherson, Crawford Brough, *The Political Theory of Possessive Individualism, Hobbes to Locke,* Oxford, Oxford University Press, 1962.

Macpherson, Crawford Brough, *La théorie politique de l'individualisme possessif de Hobbes à Locke*, Paris, Gallimard, 1971 (repris en Folio essai, 2004).

Maesschalek, Marc, *Droit et création sociale chez Fichte. Une philosophie de l'action politique,* Louvain et Paris, Éditions Peeters, 1996.

Mahn-Lot, Marianne, *Bartolomé de la Casas et le droit des indiens*, Paris, Payot, 1982.

Malaurie, Philippe, *Droit et littérature. Une anthologie*, Paris, Éditions Cujas, 1997.

Malaurie, Philippe. *Anthologie de la pensée juridique*, Paris, Éditions Cujas, 2e édition, 2001.

Mandell, Louise, « Indian Nations: Not Minorities », dans *Cahiers de droit*, vol. 27, 1986, p 101-121.

Mandeville, Bernard, *La fable des abeilles : ou les vices privés font le bien public*, Paris, GF-Flammarion, 1991.

Mann, Klaus, *Mephisto,* Paris, Grasset, 1993.

Marantz, Denis, « Questions touchant les droits de peuples dans les instances internationales », dans *Peuples ou populations : égalité, autonomie et autodétermination : les enjeux de la Décennie des populations autochtones. Essai sur les droits et le développement démocratique,* Montréal, Centre international des droits de la personne et du développement démocratique, no 5, 1996, p. 21-25.

Margalit, Avishaï, *La société décente*, Paris, Flammarion, coll. Champs no 755, 2007.

Marx, Karl et Friedrich Engels, *Le Manifeste communiste* (1845), dans Karl Marx, *Œuvres*, T. 1, *Économie*, rédigé par Maximilien Rubel, Paris, Gallimard, coll. La Pléiade, 1965, p. 157-195.

Marx, Karl, *La question juive. Suivi de la question juive par Bruno Bauer*, Paris, Union générale d'éditions, 1968, coll. Le monde en 10-18, no 412 (Également disponible en version numérique dans la collection « Les

classiques des sciences sociales », site web : http://uqac.uquebec.ca/zone30/Classiques_des_sciences _sociales/index.html).

Marx, Karl, « La domination britannique en Inde » (1853), dans Karl Marx et Friedrich Engels, *Textes sur le colonialisme*, Moscou, Éditions en langues étrangères, 1977, p. 35 -43.

Marx, Karl, *Œuvres 3. Philosophie*, édité par Maximilien Rubel, Paris, Gallimard, coll. Bibliothèque de la Pléiade, 1982.

Mayer, Ann Elisabeth, « Current Muslim Thinking in Human Rights », dans Abdullahi An-Na'im et Francis M. Deng (dir.), *Human Rights in Africa. Cross-Cultural Perspectives*, Washington, The Brookings Institution, 1990, p. 133-156.

Mayer, Ann Elisabeth, *Islam and Human Rights: Tradition and Politics*, Boulder, Co., Westview Press, 3e edition 1998.

McDonald, Michael (dir.), *Collective Rights*, Canadian Journal of Law and Jurisprudence, vol. 4, 1991, p. 217-419.

Méchoulan, Henry (dir.), *Amsterdam au XVII siècle, marchands et philosophes: les bénéfices de la tolérance*, Paris, Autrement, coll. Mémoires no 23, 1993.

Melkevik, Bjarne, « Fondation » ou « sélection » des normes. Plaidoyer pour une modernité communicationnelle », Conférence lors du colloque « Challenges for Democracy : Rethinking Political Philosophy », Université de Guelph, Ontario, 7-9 mai 1993 (Publier (révisé) sous le titre « Fondation » ou « sélection » des normes – Plaidoyer pour une modernité communicationnelle », dans Bjarne Melkevik, *Habermas, droit et démocratie délibé*rative, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2010, p. 103-126).

Melkevik, Bjarne, « Le modèle communicationnel en science juridique : Habermas et le droit », *Cahiers de Droit*, vol. 31, 1990, p. 901-915 (Repris dans Bjarne Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit*, Paris, L'Harmattan et Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1998 (ou 2004) p. 93-106).

Melkevik, Bjarne, « Transformation du droit : le point de vue du modèle communicationnel », *Cahiers de droit*, 33, 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, 1992, p. 111-135 (Repris dans Bjarne Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit*, Paris, L'Harmattan et Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1998 (ou 2004) p. 107-132).

Melkevik, Bjarne, « L'influence de Villey au Québec et au Canada francophone », dans Jean-François Niort et Guillaume Vannier (dir.), *Michel*

Villey et le droit naturel en question, Paris, L'Harmattan, 1994, p. 130-135 (Repris dans Bjarne Melkevik, *Réflexions sur la philosophie du droit*, Paris, L'Harmattan et Québec, Les Presses de l'Université Laval. Collection « Diké », 2000, p. 124-129).

Melkevik, Bjarne, « Compte-rendu du François Terré (dir.), *Le suicide*, Paris, Dalloz, 1994 », dans *Philosophiques,* vol. 22, nº 1, 1995, p. 185-187.

Melkevik, Bjarne, « Un regard sur la culture juridique chinoise: L'école des légistes, le confucianisme et la philosophie du droit », dans *Les Cahiers de droit*, vol. 37, nº 3, septembre 1996, p. 603-627, (Repris dans Bjarne Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit*, Paris, L'Harmattan et Québec, Les Presses de l'Université Laval. Collection « Diké », 1997, p. 177-203).

Melkevik, Bjarne, « La responsabilité devant la mort? Sue Rodriguez devant la Cour suprême du Canada, dans *Revue internationale de philosophie pénale et de criminologie de l'acte*, Paris, nº 7-8, 1996, p. 87-101 (Repris dans idem, Horizons de la philosophie du droit, Québec, Les Presses de l'Université Laval, et Paris, L'Harmattan, 1998 (2004), p 77 90).

Melkevik, Bjarne, « Habermas et l'État de droit. Le modèle communicationnel du droit et la reconstruction réflexive de l'État de droit contemporain », 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, p. 370-387 (Repris dans Bjarne Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit*, Paris, L'Harmattan et Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1998 (et 2004) p. 133-150).

Melkevik, Bjarne, « Kant et Habermas. Réflexions sur 'La Doctrine de droit' et la modernité juridique », dans Evanghelos Moutsopoulus (dir.), *Droit et vertu chez Kant. Kant et la philosophie grecque et moderne*. Actes du 3e Congrès de la Société internationale d'études kantiennes de langue français, Athènes, Union Scientifique Franco-Hellénique, 1997, p. 323-330; et dans *Diotima, Revue de recherche philosophique/Review of philosophical research,* Athènes, 1999, n° 27, p. 121-128. (Repris dans *Habermas, Légalité et Légitimité*, Ste-Foy, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2012, p. 69-78).

Melkevik, Bjarne, « Discours d'application des normes en droit: méthodologie juridique et considérations de philosophie du droit », dans Lukas Kekeli Sosoe (dir.), *La vie des normes et l'esprit des lois,* Montréal/ Paris,L'Harmattan, 1998, p. 73-90. (Repris dans *Philosophie du jugement juridique*, Ste-Foy, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2010, p. 147-162).

Melkevik, Bjarne, *Horizons de la philosophie du droit*, Paris, L'Harmattan et Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1998 (Repris dans la collection Diké en 2004).

Melkevik, Bjarne, « Modernité, droit et tolérance : une reformulation communicationnel », dans Paul Dumouchel et Bjarne Melkevik (dir.), *Tolérance, pluralisme et histoire,* Montréal et Paris, L'Harmattan, coll. *Éthiké*, 1998, p. 77-93. (Repris dans *Habermas, Légalité et Légitimité*, Ste-Foy, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2012, p. 161-178).

Melkevik, Bjarne, « Pour en finir avec Carl Schmitt – Habermas devant le hobbisme juridico-politique », conférence présentée au colloque « Philosophie des droits démocratiques », Université Laval (Québec) le 11 mai 1998 (Repris dans Bjarne Melkevik, *Habermas, droit et démocratie délibérative*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2010, p. 73-102).

Melkevik, Bjarne, « Le droit cosmopolitique : la reformulation habermasienne », *Universitas Iuris, Rosario* (Argentine), n° 21, avril 1999, p. 67-77 (Repris dans *Rawls ou Habermas. Une question de philosophie du droit,* Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2002, p. 135-152).

Melkevik, Bjarne, « Le crime de Salman Rushdie. Réflexion sur *Les versets Sataniques* », dans Jaques Henri Robert et Stamatios Tzitzis (dir.), *Morale et criminalité. Essais de philosophie et de criminologie*, vol. 1, Paris, L'édition de l'Archer, 1999, p. 83-97. *(*Repris dans Bjarne Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit*, Paris, L'Harmattan et Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1998, p. 205-220).

Melkevik, Bjarne, « Légalité et légitimité : Réflexions sur les leçons de Weimar selon David Dyzenhaus », *Cahiers de droit*, vol. 40, nº 2, 1999, p. 459-477. (Repris dans*, Habermas : Droit et démocratie délibérative*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2010, p. 127-149).

Melkevik, Bjarne, « Aboriginal Legal Cultures », dans Christopher Barry Gray (dir.), *The Philosophy of Law : An Encyclopedia*, vol. 1, New York, Garland, 1999, p. 631-632. (Traduction française : « Cultures légales-coutumières autochtones : La question de philosophie du droit », dans Bjarne Melkevik, *Réflexions sur la philosophie du droit*, Paris, L'Harmattan et Québec, Les Presses de l'Université Laval, collection Diké, 2000, p. 79-87).

Melkevik, Bjarne, Chinese Legal Philosophy, dans Christopher B. Gray (dir.), *The Philosophy of Law : An Encyclopedia*, New York, Garland Publishing, 1999, vol. 1, p. 104-107.

Melkevik, Bjarne, « Application ou procéduralité : Quelques réflexions sur le projet juridique moderne », dans André Lacroix et Alain Létourneau

(dir.), *Méthode et interventions en éthique appliquée*, Montréal, Fides, 2000, p. 191-202 (Repris dans *Philosophie du jugement juridique*, Ste-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 2010, p. 163-172).

Melkevik, Bjarne, *Réflexions sur la philosophie du droit*, Paris, L'Harmattan et Québec, Les Presses de l'Université Laval, collection Diké, 2000 (Repris dans, *Philosophie du droit. Volume 1*, Ste-Foy, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2010).

Melkevik, Bjarne, « L'épistémologie hayékienne et la question de droit : analyse et critique », dans idem, *Réflexions sur la philosophie du droit*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, et Paris, L'Harmattan, 2000, p. 133-151 (Repris dans, *Philosophie du droit. Volume 1*, Ste-Foy, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2010, p. 373-391).

Melkevik, Bjarne, « La solidarité, la philosophie et notre présent », dans idem, *Réflexions sur la philosophie du droit*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, et Paris, L'Harmattan, 2000, p. 17-33. (Repris dans, *Philosophie du droit. Volume 1*, Ste-Foy, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2010, p. 257-273).

Melkevik, Bjarne, « Rendre justice à Bayle : à propos de la tolérance et de droit », dans Bjarne Melkevik et Jean-Marc Narbonne (dir.), *Une philosophie dans l'histoire. Hommages à Raymond Klibansky*, Québec, Les Presses de l'Université Laval. Coll. Zêtêsis, 2000, p. 289-305 (Repris dans Bjarne Melkevik, *Tolérance et modernité juridique*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2006, p. 29-44).

Melkevik, Bjarne, « Villey et la philosophie du droit : en lisant *Les Carnets* », dans *Bulletin Stiintific, Universitatea « Mihail Kogalniceanu »*, Iasi, Roumanie, nº 9, 2000, p. 110-129; (Repris dans, Philosophie du droit. Volume 1, Ste-Foy, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2010, p. 339-363). Ce dernier article est traduit en espagnol « Villey y la filosofia del derecho : Leyendo « Les Carnets », dans *Anuario de Filosofia Juridica y Social*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Argentine, Ano 2000, volume 20, décembre 2002, p. 179-201, et en italien, « Villey e la filosofia del diritto : leggendo *Les Carnets* », dans *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, Roma, 2006, nº 3, p. 487-514.

Melkevik, Bjarne, « El derecho cosmopolita: La reactualizacion habermasiana », dans *Derechos Humanos No 1, Cuadernos del CEIDH* « Prof. Dr. Juan Carlos Gardella » (Centro de estudios e investigaciones en derecho humanos) de la Faculdad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Rosario, Editorial Juris, 2001, p. 221-237, (Egalement dans *Anuario de Filosofia Juridico y Social*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, vol. 22, 2002, p. 203-219).

Melkevik, Bjarne, À propos de la philosophie chinoise du droit, dans *Bulletin Stiintific, Universitatea « Mihail Kogalniceanu »*, Iasi, Roumanie, nº 10, 2001, p. 60-70.

Melkevik, Bjarne, *Rawls ou Habermas. Une question de philosophie du droit*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, collection Diké, 2002 (Repris dans, *Philosophie du droit. Volume 1*, Ste-Foy, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2010).

Melkevik, Bjarne, « Obedience, Law and the Military », *Professional Ethics*, vol. 10, nos. 2, 3 et 4, 2002, p. 267-283. (Traduction française dans Bjarne Melkevik, *Considérations juridico-philosophiques,* Québec, Les Presses de l'Université Laval, collection Diké, 2005, p. 143-160).

Melkevik, Bjarne, « Legittimatà e diritto dell'umo », dans *Nuevo Sviluppo. Rivista semestrale di Scienze Umane*, 2002, nº 1, p. 67-77.

Melkevik, Bjarne, « Le droit à une identité culturelle : Réflexions sur le nouveau droit international », dans Lukas K. Sosoe (dir.), *La diversité humaine. Démocratie, multiculturalisme et citoyenneté*, Paris, L'Harmattan et Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2002, p. 277-288. (Repris Bjarne Melkevik, *Tolérance et modernité juridique*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2006, p. 77-94).

Melkevik, Bjarne, « El derecho cosmopolita : Le reactualización », dans *Anuario de Filosofia Juridica y Social*, Ano 2003, volume 23, Buenos Aires (Argentine), Abeledo-Perrot, novembre 2003, p. 203-218.

Melkevik, Bjarne, « Intérêts particuliers, intérêts généraux et corps intermédiaires », dans Josiane Boulad-Ayoub et Luc Bonneville (dir.), *Souverainetés en crise*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Mercure du nord, 2003, p. 101-113. (Repris dans Bjarne Melkevik, *Considérations juridico-philosophiques,* Québec, Les Presses de l'Université Laval, collection Diké, 2005, p. 119-131).

Melkevik, Bjarne, « Légitimité et droits de l'homme », dans Jérôme Ferrand et Hugues Petit (dir.), *Enjeux et perspectives des droits de l'homme. L'Odyssée des droits de l'homme*, Tome III, Paris, L'Harmattan, coll. La librairie des humanités, 2003, p. 213-222. (Repris dans Bjarne Melkevik, *Tolérance et modernité juridique*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2006, p. 119-132).

Melkevik, Bjarne, « A etica do homem real e a critica filosofica dos dereitos do homem », dans Paulo Ferreira Da Cunha (dir.), *Dereitos humanos. Teorias e praticas*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 125-135.

Melkevik, Bjarne, « Aînés, droit et tradition: à propos de la philosophie traditionaliste amérindienne », dans *Nuovi studi politici*, Roma, 2003, nº 3, p. 41-62.

Melkevik, Bjarne, « Cosmopolitisme contemporain : à propos du droit, guerre et terrorisme », dans Stéphane Courtois (dir.), *Guerre, pacifisme, terrorisme : perspectives philosophiques*, Les Presses de l'Université Laval, Québec, 2003, p. 121-138. (Traduction en langue italien : « Cosmopolitismo contemporaneo : a proposito di diritto, guerra e terrorismo », dans *Nuovo Sviluppo. Rivista semestrale di Scienze Umane*, Roma, nº 1, 2003, p. 76-90).

Melkevik, Bjarne, « Prolégomènes à une problématique : Mondialisations et droit », dans Henri Pallard et Stamatios Tzitzis (dir.), *La mondialisation et la question des droits fondamentaux*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2003, p. 109-127.

Melkevik, Bjarne, *Rawls si Habermas. O problemà de filozofie a dreptului*, Iasi (Roumanie), Editura Cugetarea, 2003.

Melkevik, Bjarne, « Diritto, obbedienza ed istituzione militare », dans *Rivista Internationale di Filosofia del diritto*, vol. LXXX, nº 1, 2003, p. 31-50. (Traduction française dans Bjarne Melkevik, *Considérations juridico-philosophiques,* Québec, Les Presses de l'Université Laval, collection Diké, 2005, p. 143-160).

Melkevik, Bjarne, « Les concepts de *personne* et *dignité* : la question de droit », dans Stamatios Tzitzis et Jacques-Robert Robert (dir.), *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2003, p. 77-88.

Melkevik, Bjarne, « Mondializzazioni e diritto : prolegomeni ad una problématica », *Nuovo Sviluppo. Rivista semestrale di Scienze Umane*, Roma, 2004, nº 1, p. 19-35.

Melkevik, Bjarne, *Considérations juridico-philosophiques,* Québec, Les Presses de l'Université Laval, collection Diké, 2005.

Melkevik, Bjarne, « Un poème devenu le symbole du combat contre le nazisme et l'indifférence », publié (janvier 2005) sur www.tolerance.ca. (Repris dans Bjarne Melkevik, *Tolérance et modernité juridique*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2006, p. 45-57).

Melkevik, Bjarne, « Anziani, diritto e tradizione : a proposito della filosofia tradizionalista amerindiana », dans *Nuevo Sviluppo. Rivista semestrale di Scienze Umane*, Roma, 2005, nº 1, p. 53-71.

Melkevik, Bjarne, *« Je suis le droit naturel » : critique d'un guet-apens intellectuel*, dans Paulo Ferreira da Cunha (dir.), *Direito naturel, justiça e política. II Colóquio Internacional do Instituto Juridico Interdisciplinar*, Faculdade de Diretio da Universidade do Porto, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 365-380.

Melkevik, Bjarne, «نصوص في فلسفة القانون» [Textes de philosophie du droit], traduction Georges Saad et al., Beyrouth, Édition Al Najoie et l'Association libanaise de philosophie du droit, 2005.

Melkevik, Bjarne, « Scolies sur le futur des Facultés de droit », dans *Le verdict*. Journal de la Faculté de droit de l'Université Laval, vol. 4, nº 4, 2005, p. 14-19.

Melkevik, Bjarne, *Tolérance et modernité juridique*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2006.

Melkevik, Bjarne, *Rawls y Habermas. Un debate de filosofia del derecho*, Bogota (Colombie), Universidad Externado de Colombia, coll. Serie de Teoría Jurídica y Filosofia del Derecho nº 42, 2006.

Melkevik, Bjarne et Luc Vigneault (dir.), *Droits démocratiques et identités*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2006.

Melkevik, Bjarne, « Villey et la question de la dialectique juridique », dans Stéphane Bauzon et Chantal Delsol (dir.), *Michel Villey. Le juste partage*, Paris, Dalloz, coll. L'esprit du droit, 2007, p. 23-42.

Melkevik, Bjarne, « Scolies sur l'avenir des Facultés de droit », dans *Studia Universitatis Babes-Boloyai, Jurisprudentia*, (Cluj – Roumanie) juil.-déc. 2007, nº 2, p. 3-10, et dans *Notandum Libro* (Sao Paulo, Brésil), vol. 12, 2009, p. 11-18.

Melkevik, Bjarne « Parler novdroit »! Un désarroi saisi par la philosophie du droit », dans *Revista româna de drept privat*, (Bucarest – Roumanie), 2007, nº 6, p. 214-250. (Repris sous le titre « Parlez « novdroit » ! Ou comment le politiquement correct se légitime juridiquement », dans, *Philosophie du jugement juridique*, Ste-Foy, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2010, p. 41-63).

Melkevik, Bjarne, « Vorbind pe limba « Noudreptului »! Perceptia filosoiei dreptului asupra unei situatii de criza » (Parler novdroit »! Un désarroi saisi par la philosophie du droit), dans *Revista româna de drept privat*, (Bucarest – Roumanie), 2007, nº 6, p. 214-250,

Melkevik, Bjarne, « La philosophie du droit dans le tourbillon de la modernité », dans *Travaux et jours*, Université Saint-Joseph de Beyrouth (Liban), Nouvelle série nº 78, automne 2006/printemps 2007, page 141-166. (Repris dans, *Philosophie du jugement juridique*, Ste-Foy, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2010, p. 17-40).

Melkevik, Bjarne, « L'abime et "l'exception": Schmitt, Agamben et le Schmittisme », dans *Mirandum* (Sao Paulo, Brésil), vol. 20, 2009, p. 5-22 (Repris dans, *Philosophie du jugement juridique*, Ste-Foy, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2010, p. 65-90).

Melkevik, Bjarne, *Droit, mémoire et littérature*, Ste-Foy, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2010

Melkevik, Bjarne, *Marxisme et philosophie du droit : le cas Pasukanis*, Paris, Buenos Books International, coll. Politique et philosophie du droit, 2010.

Melkevik, Bjarne, *Philosophie du droit. Volume 1*, Ste-Foy, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2010

Melkevik, Bjarne, *Habermas, droit et démocratie délibérative*, Ste-Foy, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2010

Melkevik, Bjarne, *Philosophie du jugement juridique*, Ste-Foy, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2010

Melkevik, Bjarne, *Percorsi di Filosofia del diritto*, (traduit par Silvia Visciano), Roma, Aracne edtrice, coll. Teoria del diritto e dello stato, Quaderni 4, 2011.

Melkevik, Bjarne, *Droit et agir communicationnel : Penser avec Habermas*, Paris, Buenos Books International, coll. Politique et philosophie du droit, 2012.

Melkevik, Bjarne, *Habermas, Légalité et Légitimité*, Ste-Foy, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2012.

Melville, Herman, *Moby Dick*, Paris, GF-Flammarion, 1989.

Mercier, Louis-Sébastien de, *J. J. Rousseau, considéré comme l'un des premiers auteurs de la Révolution*, Paris, Buisson, 1791.

Mercier, Louis-Sébastian de, L'An 2440, Paris, Buisson, 1791.

Mey, Wolfgang (dir.), *Genocide in the Chittagong Hill Tracts, Bangladesh*, Copenhague, International Work Group for Indigenous Affairs (IWGIA), IWGIA Documents, nº 51, 1984.

Michalet, Charles-Albert, « Les métamorphoses de la mondialisation, une approche économique », dans Eric Loquin et Cathrine Kessédjian (dir.), *La Mondialisation du droit*, Paris, Litec, 2000, p. 11-42.

Michéa, Jean-Claude, *Orwell, anarchiste tory; suivi de À propos de 1984*. Paris, Climats, 2000.

Molière, Jean-Baptiste [Poquelin de] (i.e. Jean-Baptiste Poquelin), *Le Bourgeois Gentilhomme*, Paris, Hachette, coll. Classiques Hachette, 1992.

Moor, Pierre, « Le char de l'État navigue sur un volcan » ou brève note sur les métaphores, spécialement sur celles de l'État de droit », dans *Revue européenne des sciences sociales*, tome XXXVIII, 2000, nº 117, p. 93-103.

Moor, Pierre, *Pour une théorie micropolitique du droit*, Paris, Presses universitaires de France, coll. Les voies du droit, 2005.

Morand, Charles-Albert (dir.), *Le Droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, Bruxelles, 2001.

More, Thomas, *De optimo reipublicae statu deque nova insula utopia*, Louvain, 1516. (Trad. française: *L'utopie*).

Moreau, Pierre-François, *Le récit utopique*, Paris, Presses universitaire de France, 1982.

Mornay, Philippe de (ou Du Plessis-Mornay) et Hubert Languet (utilisant le pseudonyme Etienne Junius Brutus), *Vindiciae contra tyrannos*, 1579 (1589). *(Trad. française : De la puissance légitime du prince sur le peuple et du peuple sur le texte, Genève 1581 ; nouvel édition, Genève, Droz, Classiques de la pensée politique, 1979).*

Morris, Kenneth Earl, *Bonhoeffer's ethic of discipleship: a study in social psychology, political thought, and religion,* University Park, Pennsylvania State University Press, 1986.

Morsink, Johannes, *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting and Intent*. Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1999.

Muesli, K, *Gesammelte Schriften*, Bâle - Stuttgart, Schwabe, 1979, vol. I.

Naess, Arne, *Ecology, Community, and Lifestyle : Outline of an Ecosophy*, Cambrigde, Cambrigde University Press, 1989 (Trad. française: *Écologie, communauté et style de vie*, Paris, Éditions MF, 2009)

Needham, Joseph, *Science and Civilization in Chine. Tome 2 : History of Scientific Thought*, Cambrigde, Cambrigde, University Press, 1956.

Negri, Antonio et Michael Hardt, *Multitude : guerre et démocratie à l'âge de l'empire*, Paris, La Découverte, 2004 (2006).

Negri, Antonio et Michael Hardt: *Empire*, Paris, Exils, 2000.

Netschke-Hentschke, Ana, *Platonisme politique et théorie du droit naturel, vol. 1*, Louvain et Paris, Éditions Peeters, 1995.

Niemöller, Martin, « Lorsque les nazis sont venus chercher les communistes » (Poème), voir Melkevik, Bjarne, « Un poème devenu le symbole du combat contre le nazisme et l'indifférence », publié sur www.tolerance.ca (janvier 2005).

Nozick, Robert, *Anarchie, État et Utopie*, Paris, Presses universitaires de France, 1988.

Nussbaum, Martha Craven et Jonathon Glover, *Woman, Culture and Development: A Study of Human Capabilities,* Oxford, Oxford University Press, 1996.

Ogien, Ruwen, *La faiblesse de la volonté*, Paris, Presses universitaire de France, coll. Philosophie morale, 1993.

Olsen, Henrik Palmer et Stuart Toddington, *Law in its own right*, Oxford, Hart Publishing, coll. Legal Theory Today, 1999.

Oppetit, Bruno, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1999.

Orwell, George [i.e. Eric Blair], « Second Thoughts on James Burnham », *Polemic*, mai 1946 (Repris comme pamphlet sous le titre : *James Burnham on the Managerial Revolution*, Londres, Socialist Book Centre, 1946); traduction française, George Orwell, « James Burnham et l'ère des organisateurs », dans *Essais, articles, lettres,* Paris, Éditions Ivrea et Éditions de l'Encyclopédie des nuisances, Volume IV (1945-1950), 2001, p. 198-221.

Orwell, George [i.e. Eric Blair], *1984*, Paris, Gallimard, 2006.

Orwell, George [i.e. Eric Blair], *Essais, articles, lettres, vol. IV (1945-1950)*, Paris, Éditions Ivrea et Éditions de l'Encyclopédie des nuisances, 2001.

Orwell, George [i.e. Eric Blair], *La ferme des animaux*, Paris, Gallimard, 2005.

Orwell, George [i.e. Eric Blair], *Tels, tels étaient nos plaisirs et autres essais (1944-1949),* Paris, Éditions Ivrea et Éditions de l'Encyclopédie des nuisances, Paris, 2005.

Osbone jr, Robin, *Indonesia's secret war: the guerilla struggle in Irian Jaya*, Sydney, Allen & Unwin, 1985.

Ost, François et Michel Van de Kerchove, « De la scène au balcon. D'où vient la science du droit? », dans François Chazel et Jacques Commaille (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, p. 67-80.

Otis, Ghislain et Bjarne Melkevik, *Peuples autochtones et normes internationales. Analyse et textes relatifs au régime de protection identitaire des peuples autochtones*, Cowansville, Yvon Blais, 1996.

Ouellet, Fernand, *Essais sur le relativisme et la tolérance*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2000.

Panikkar, Raimundo, « La notion des droits de l'homme est-elle un concept occidental ? », dans *Interculture*, (Montréal), vol. XVII, n° 1, cahier 82, 1982-83, p. 3-26. (L'article de Panikkar été publié initialement dans *Diogène*, n° 120,1982, p. 87-115).

Panikkar, Raimundo, voir « Dossier Panikkar » avec des commentaires de G. Baum, H. Berman, M. Chiba, D. Goulet, E. Le Roy, J. Mohawk, et une réplique de R. Panikkar, dans *Interculture*, (Montréal), vol. XVII, cahier 83, 1984, p. 49-82.

Pascal, Blaise, *Pensées*, (l'édition de L. Brunschvicg), Paris, Garnier, 1983.

Pelletier, Lucien, « Prière pour une lecture d'Ernst Bloch », dans *Arguments* (Québec), vol. 5, nº 2, 2003, p. 176-182.

Perelman, Chaïm, *Logique juridique*. Nouvelle rhétorique, Paris, Dalloz, 1979.

Perelman, Chaïm, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, Paris, L.G.D.J., 1984.

Piaget, Jean, *Le jugement et le raisonnement chez l'enfant*, Neuchâtel, Delachaux et Niestlé, 1978.

Piaget, Jean, *Le jugement moral chez l'enfant*, Paris, Les presses universitaire de France, 1973.

Pogge, Thomas W., « Rawls and Global Justice », dans *Canadian Journal of Philosophy*, vol. 18, nº 2, 1988, pp. 227-256.

Pogge, Thomas W., « The Moral Demands of Global Justice », dans *Dissent*, vol. 47, nº 4, 2000, pp. 37-43.

Pogge, Thomas W. (dir.), numéro spécial sur « Global Justice », dans *Metaphilosophy,* vol. 32, nos 1-2, 2001. (Également comme anthologie, Thomas W, Pogge (dir), *Global Justice*, Oxford, Blackwell, coll. Metaphilosophy, 2001).

Poirier, Donald, *Sources de la common law*, Cowansville, Yvon Blais, et Bruxelles, Bruylant, coll. Common law en poche, 1996.

Prera-Flores, Anaisabel et Patrice Vermeren, *Philosophie de la culture de la paix*, Paris, L'Harmattan, 2001.

Pue, W. Wesley, *Natural justice in Canada*, Vancouver, Butterworth, 1981.

Rabbi Baldi Cabanillas, (Luis) Renato, *La filosofia juridica de Michel Villey*, Pamplona, Eunsa, 1989.

Rabbi Baldi Cabanillas, (Luis) Renato, « Michel Villey (1914-1987) », dans Rafael Domingo (dir.), *Juristas universales. Tome 4, Juristas del s. XX*, Madrid, Pons, 2004, pages 634 - 637.

Rangeon, François, *Hobbes, État et droit*, Paris, J.-E. Hallier/Albin Michel, 1982.

Rawls, John (i.e. John Bordley Rawls), *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1re édition 1987, 2e édition 1997.

Rawls, John, « The Law of Peoples », dans S. Shute et S. Hurley (dir.), *On Human Rights : The Oxford Amnesty Lectures*, New York, Basic Books, 1993 (Traduit en français : *Le droit des gens*, Paris, Éditions Esprit, 1996).

Rawls, John, *Droit et démocratie*, Paris, Seuil, 1993.

Rawls, John, *Justice et démocratie,* Paris, Seuil, 1993.

Rawls, John, *Libéralisme politique*, Paris, Presses universitaires de France, 1995.

Rawls, John, *Le droit des gens*, Paris, Éditions Esprit, 1996.

Rawls, John, *The Law of People, with « The Idea of Public Reason Revisited »*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1999.

Rawls, John, *Leçons sur l'histoire de la philosophie morale*, Paris, La Découverte, 2002.

Rawls, Rawls, John, *La justice comme équité : une reformulation de théorie de la justice*, Montréal, Boréal, 2004.

Rawls, John, *Paix et démocratie – Le droit des peuples et la raison publique*, Montréal, Boréal, 2006.

Raynaud, Philippe, « Burke et la déclaration des droits », dans *Droits. Revue française de théorie juridique*, Paris, nº 8, 1988, p. 151-159.

Reed, Peter et David Rothenberg (dir.), *Wisdom in the Open Air. The Norwegian Roots of Deep Ecology*, Minneeapolis, University of Minnisota Press, 1992.

Renaut, Alain, *Le système du droit. Philosophie et droit dans la pensée de Fichte*, Paris, Presses universitaire de France, coll. Epiméthée, 1986.

Renaut, Alain, « Friedrich Gentz, une critique non romantique de la Révolution », dans *Cahiers de philosophie politique et juridique,* Université de Caen, nº 16, 1989, p. 123-139.

Renaut, Alain, « Rationalisme et historicisme juridiques. La première réception de la déclaration de 1789 en Allemagne », dans *Droits. Revue française de théorie juridique*, Paris, nº 8, 1989, p. 143-149.

Renaut, Alain, *L'ère de l'individu*, Paris, Gallimard, 1989.

Renaut, Alain et Lukas Kekeli Sosoe, *Philosophie du droit*, Paris, Presses universitaires de France, coll. Recherches politiques, 1991.

Renaut, Alain, *Qu'est-ce que le droit? Aristote, Wolff et Fichte*, Paris, Vrin, 1992.

Renaut, Alain, *L'individu. Réflexions sur la philosophie du sujet*, Paris, Hatier, coll. Optiques Philosophie nº 211, 1995.

Renaut, Alain, *Kant aujourd'hui*, Paris, Aubier, 1997.

Reymond, Bernard, *Une Église a croix gammée. Le protestantisme allemand au début du régime nazi (1932-1935),* Genève, L'Âge d'homme, 1980.

Ricardo, David, *Des Principes de l'économie politique et de l'impôt*, Paris, GF-Flammarion, 1993.

Richardson, Henry S. et Paul J. Weithman (dir.), *The Philosophy of Rawls. A Collection of Essays*, 5 volumes, New York, Garland, 1999.

Roberts, Adam et Richard Guelff (dir.), *Documents on the laws of war,* Oxford, Oxford University Press, 1982, 3e édition 2000.

Rommen, Henri, *Le droit naturel. Histoire – Doctrine*, Fribourg, Egloff et Paris, L.U.F., 1945.

Rorty, Richard, *Science et solidarité : la vérité sous le pouvoir,* Combas, Éditions de l'Éclat, 1990.

Rorty, Richard, *Objectivisme, relativisme et vérité*, Paris, Presses universitaires de France, 1994.

Rorty, Richard, *L'homme spéculaire*, Paris, Seuil, 1998.

Ross, Alf (i.e. Alf Niels Christian Ross), *On Law and Justice*, London, Stevens & Sons, 1958.

Ross, Alf, *Introduction à l'empirisme juridique : Textes théoriques*, Paris, L.G.D.J. coll. La pensée juridique, 2004.

Rouland, Norbert, *Au confins du droit,* Paris, Éditions Odile Jacob, 1991.

Rouland, Norbert, « Les utilisations de la notion de *Droits de l'homme* dans le nouvel ordre international », dans *Revue de la recherche juridique*. *Droit prospectif*, Aix-Marseille, nº 1, 1992, p. 133-138.

Rouland, Norbert, *L'État français et le pluralisme. Histoire politique des institutions publiques de 476 à 1792,* Paris, Éditions Odile Jacob, 1995.

Rouland, Norbert (dir.), Stéphane Pierre-Caps et Jacques Poumarède, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, Presses universitaires du France, 1996.

Rousseau, Félicien, *C'est la misère qui juge le monde*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2001.

Rousseau, Jean-Jacques, *Œuvres complètes, tome III*, Gallimard, coll. La Pléiade, 1964, p 561-682 (Écrits sur l'abbé de Saint-Pierre).

Rousseau, Jean-Jacques, *Les confessions* (2 volumes), Paris, Librairie Générale Française, coll. Le livre de Poche nº 1099 et 1100, 1972.

Rousseau, Jean-Jacques, *Du contrat social ou Principes du droit politique* (1762), Paris, GF-Flammarion, 1992.

Rousso-Lenoir, Fabienne, *Minorités et droits de l'homme : L'Europe et son double*, Bruxelles, Bruylant et Paris, LGDJ, coll. Axes Essais nº 9, 1994.

Roux, Louis et François Tricaud (dir.), *Le pouvoir et le droit. Hobbes et les fondements de la loi*, Saint-Étienne, Publications de l'Université Saint-Étienne, 1992.

Saada-Gendron, Julie (dir.), *La tolérance*, Paris, Flammarion, coll. Corpus, 1999.

Saint Léger, John, *The « etiamsi daremus » of Hugo Grotius: a study in the origins of international law*, Rome, Herder, coll. Pontificum athenaeum internationale « Angelicum », 1962.

Savigny, Friedrich Karl von, *The Vocation of our Age for Legislation and Jurisprudence*, London, Littlewood, 1931; reprint edition New York, Arno, 1975 (Traduction française, *De la vocation de notre temps pour la*

législation et la science du droit, Paris, Presses universitaire de France, collection: Léviathan, 2006).

Schmitt, Carl, *Légalité et légitimité*, Paris, L.G.D.J., 1936.

Schmitt, Carl, *La notion du politique,* Paris, Calmann-Lévy, 1972.

Schmitt, Carl, *Théologie politique* (original : 1922, 1969), Paris, Gallimard, coll. Bibliothèque des sciences humaines, 1988.

Schmitt, Carl, *Parlementarisme et démocratie*, Paris, Seuil, 1988.

Schmitt, Carl, « Le virage vers l'État total » (org. 1931), dans Carl Schmitt, *Parlementarisme et démocratie*, Paris, Seuil, 1988, p. 151-170.

Schmitt, Carl**,** *Du politique « Légalité et légitimité » et autres essais*, Puiseaux, Pardès, 199O.

Schmitt, Carl, *La notion de politique. Théorie du partisan*, Paris, Flammarion, coll. Champs nº 259, 1992.

Schmitt, Carl, *Théorie de la Constitution*, Paris, Presses universitaires de France, 1993.

Schmitt, Carl, *La dictature*, Paris, Seuil, 2000.

Schmitt, Carl, « L'évolution de l'État total en Allemagne », dans Enzo Traverso (dir.), *Le totalitarisme. Le XXe siècle en débat*, Paris, Seuil, 2001, p. 137-146.

Schmitt, Carl, *Le Léviathan dans la doctrine de Thomas Hobbes : sens et échec d'un système politique*, Paris, Seuil, 2002.

Schouppe, Jean-Pierre, *Le réalisme juridique*, Bruxelles, Story-Scientia, 1987.

Schulte-Tenckhoff, Isabelle, *La question des peuples autochtones*, Bruxelles, Bruylant, coll. Axes nº 21, 1997.

Sève, René, *Leibniz et l'école moderne du droit naturel*, Paris, Presses universitaire du France, coll. Questions, 1989.

Shang Yang, *Le livre du Prince Shang*, traduction de Jean Lévi, Paris, Flammarion, 1981.

Shapiro, Ian et Lea Brilmayer (dir.), *Global Justice (Nomos XLI)*, New York, New York University Press, coll. Nomos, Yearbook of the American Society for Political and Legal Philosophy, 1999.

Sièyes, Emmanuel Joseph, *Qu'est-ce que le Tiers État?*, Paris, Flammarion, coll. Champs nº. 196, 1988.

Smith, Adam, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, GF-Flammarion, Paris, 1991.

Smith, Gary (dir.), *Hannah Arendt revisited: "Eichmann in Jerusalem" und die Folgen*, Frankfurt, Suhrkamp, 2000.

Sokal, Alan D, *Pseudosciences et postmodernisme : adversaires et compagnons de route?*, Paris, Odile Jacob, 2005.

Sokal, Alan D. et Jean Bricmont, *Impostures intellectuelles*, Paris, Odile Jacob, 1997.

Sophocle (de Colone), *Théâtre complet*, rédigé par Robert Pignarre, Paris, GF-Flammarion, coll, GF nº 18, (1964) 2002.

Sosoe, Lukas Kekeli, « D'un prétendu droit de la nature : trois hypostases », dans *Cahiers de philosophie politique et juridique* (Université de Caen), nº 22, 1992, p. 181-203.

Sosoe, Lukas Kekeli, « La victime: pour une approche éthique du corps meurtri », dans Paul Dumouchel (dir.), *Comprendre pour agir : Violences, victimes et vengeances*, Paris, L'Harmattan et Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2000, p. 65-88.

Sosoe, Lukas Kekeli (dir.), *La diversité humaine. Démocratie, multiculturalisme et citoyenneté*, Paris, L'Harmattan et Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2002.

Sosoe. Lukas Kekeli, « Multiculturalisme, démocratie et diversité humaine », dans Lukas Kekeli Sosoe (dir.) *Diversité humaine. Démocratie, multiculturalisme et citoye*nneté, Paris, L'Harmattan et Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2002, p. 3-28.

Sourioux, Jean-Louis, « Sources du droit en droit privé », dans *Archives de philosophie du droit,* Paris*, vol. 27, 1982,* p. 33-41.

Stanslis, Peter J., *Edmund Burke and the Natural Law*, Lafayette, Huntington House Inc, 3e edition, 1986.

Steinauer, Paul-Henri, *La logique au service du droit. Étude de logique contemporaine pour une meilleure communication de la pensée juridique*, Fribourg, Éditions Universitaires Fribourg, 1978.

Stogre, Michael, *Pensée sociale chrétienne et droits des aborigènes*, Montréal, Éditions Paulines, 1993.

Stone, Christopher. D., « Should We Establish a Gardian to Speak for Future Generations? », dans Kim Tae-Chang et James A. Dator (dir.), *Creating a New History for Future Generations*, Kyoto, Institute for integrated study of future generations, 1994, 0 127-139.

Stone, Christopher D., *Earth and Other Ethics : the Case of Moral Pluralism*, New York, Harper & Row, 1987

Stone, Christopher D., *The Gnat is Older Than Man : Global Environment and Human Agenda*, Princeton (N.J.), Princeton University Press, 1993.

Strauss, Leo, *Droit naturel et histoire*, Paris, Plon, 1954.

Stroud, Sarah et Christine Tappolet (dir.), *Weakness of will and practical irrationality*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

Swift, Jonathan, *Gullivers' travels*, (1726).

Swift, Jonathan, *Voyages de Gulliver*, Paris, Gallimard, coll. Folio nº 597, 1984.

Tancelin, Maurice et Danielle Shelton, *Des Institutions. Branches et sources du droit*, Montréal, Adage, 2e édition, 1991.

Taube, Jacob, *La théologie politique de Paul. Schmitt, Benjamin, Nietzsche et Freud*, Paris, Seuil, coll., traces écrites, 1999.

Taube, Jacob, *En divergent accord. À propos de Carl Schmitt,* Paris, Rivages, coll. Rivages poche, 2003).

Taylor, Charles, *Sources of the Self. The Making of the Modern Identity*, Cambridge, 1989.

Taylor, Charles, *Les sources du moi: la formation de l'identité moderne,* Montréal, Boréal, 2000 (édition de poche : Boréal Compact 2003).

Terré, François (dir.), *Le suicide*, Paris, Dalloz, 1994. (Voir: Melkevik, Bjarne « Compte-rendu du François Terré (dir.), *Le suicide*, Paris, Dalloz, 1994 », dans *Philosophiques,* vol. 22, nº 1, 1995, p. 185-187).

Teubner, Günther (dir.), *Global Law without State*, Aldershot, Dartmouth, 1997.

Theron, Stephan, *Morals as founded on naturel law*, Frankfurt-am-Main, Peter Lang, 1988.

Thornberry, Patrick, "Is There a Phoenix in The Ashes? International Law and Minority Rights", dans *Texas International Law Journal*, vol. 15, nº 3, 1980, p. 227-263.

Thornberry, Patrick, *International Law and the Rights of Minorities,* Oxford, Oxford University Press, 1991.

Thual, François, *Les conflits identitaires,* Paris, Éditions Ellipses, 1995.

Tillich, Paul, « La situation religieuse actuelle en Allemagne » (1934), dans Paul Tillich, *Écrits contre les nazis (1932-1935)*, Paris, Cerf; Genève, Labor et Fides; Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1994, p. 171-183. (Original en langue anglais dans la revue *Religion in Life. A Christian Quarterly*, Cincinnati – New York – Chicago, vol. III, nº 2, 1934, p. 163-173)

Todescan, Franco, *Etiamsi daremus. Studi sinfonico sul diritto naturale*, Padoue, Cédam, 2003.

Todescan, Franco, *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico. Il problema della secolizzasione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio*, Milan, Giuffré, 1983.

Trigeaud, Jean-Marc, *Justice et tolérance*, Bordeaux, Bière, coll. Bibliothèque de philosophie comparée. Philosophie du droit nº 14, 1997.

Vallançon, François, « Compte rendu de Félicien Rousseau, *C'est la misère qui juge le monde*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2001 », dans *Archives de philosophie du droit*, Paris, tome 46, 2002, p. 529-531.

Varga, Csaba, *Codification as a Socio-historical Phenomenon*, Budapest, Akadémiai Kiado, 1991.

Vigneault, Luc, « L'universalisme des droits de l'homme après le totalitarisme », dans Bjarne Melkevik et Luc Vigneault (dir.), *Droits démocratiques et identités*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2006, p. 63-73.

Villa, Dana Richard, *Politics, Philosophy, Terror: Essays on the Thought of Hannah Arendt*, New Jersey, Princeton University Press, 1999.

Villey, Michel, « La nature des choses dans l'histoire de la philosophie du droit », dans Travaux du colloque de philosophie du droit comparé (Toulouse, 16-21 septembre 1964), *Droit et nature des choses*, Paris, Dalloz, coll. Extrait des Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse, 1965, p. 69-88.

Villey, Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Montchretien, 1975.

Villey, Michel « Sur la dialectique comme art du dialogue », dans *Archives de philosophie du droit*, vol. 21, 1976, p. 215-227.

Villey, Michel, "Philosophie du droit de Burke", dans *idem*, *Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais)*, Paris, Dalloz, coll. Philosophie du droit nº 16, 1976, p. 125-138.

Villey, Michel, « De la dialectique comme art de dialogue et sur ses relations au droit », dans *Archives de philosophie du droit,* tome 27, 1982, p. 263-272.

Villey, Michel, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2001. (Reprise des deux Précis Dalloz : *Philosophie du droit. Tome 1, Définitions et fins du droit*, quatrième édition de 1986, et *Philosophie du droit. Tome 2, Les moyens du droit*, deuxième édition de 1984.)

Voegelin, Eric, *Order and History*, vol. 4, *The Ecumenic Age*, Baton Rouge, 1974.

Voltaire (i.e. François-Marie Arouet, dite), *Traité sur la tolérance,* Paris, Flammarion, coll. GF nº 552, 1989.

Vuilliermé, Jean-Louis, « Les anastomoses du droit: Spéculation sur les sources du droit », dans *Archives de philosophie du droit*, Paris, vol. 27, 1982, p. 5-21.

Walzer, Michael, « Pluralism: A political perspective », dans Will Kymlicka (dir.), *The Rights of Minority Cultures*, Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 139-154.

Walzer, Michael, *Traité sur la tolérance*, Paris, Gallimard, coll. NRF essais, 1998.

Watson, Alan, *Failures of the Legal Imagination*, Edinburgh, Scottish Academic Press, 1988.

Watson, Alan, *Sources of Law, Legal Change, and Ambiguity*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1984.

Weber, Max, *Le savent et le politique,* traduit par Cathrine Colliot-Thélène, Paris, La Découverte, coll. Poche nº 158, 2003.

Weinberger, Ota, « Habermas on Democracy and Justice. Limits of a Sound Conception », dans *Ratio Juris*, vol. 7, nº 2, 1994, p. 239-253.

Wilmer, Franke, *The Indigenous Voice in World Politics*, Newbury Park, Sage, 1993.

Worms, Frédéric (dir.), *Droits de l'homme et philosophie. Une anthologie (1789-1914)*, Paris, Presses-Pocket, 1993 (Réimprimé en 2009).

Wróblewki, Jerzy, *The Judicial Application of Law*, Dordrecht, Kluwer, 1992.

Xu Zhen Zhou, *L'art de la politique chez les légistes chinois*, Paris, Économica, 1995.

Yacoub, Joseph, *Les Minorités dans le monde : faits et analyses*, Paris, Desclée et Brouwer, 1998.

Yasutomo, Morigiwa (dir.), *Law In a Changing World: Asian Alternatives*, Stuttgart, Franz Steiner, coll. ARSP Beiheft nº 72, 1998.

Zarka, Yves Charles, *Un détail nazi dans la pensée de Carl Schmitt,* Paris, Presses universitaires de France, coll. Intervention philosophique, 2005.

Zaw, Susan Khin, « Tolérance, relativisme et raison, Locke et multiculturalisme », dans Fernand Ouellet, *Essais sur le relativisme et la tolérance*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2000, p. 167-213.

LIVRES PARUS DANS LA COLLECTION DIKÈ

Pour l'achat en ligne : www.pulaval.com

André Bélanger, *Théorisations sur le droit des contrats : propositions exploratoires* (2014)

Françoise Michaut (dir.), Jack M. Balkin, John Leubsdorf, Martha Minow et Joseph William Singer, *Le mouvement des Critical Legal Studies. De la modernité à la postmodernité en théorie du droit* (2014)

Jean-François Thibault, *De la responsabilité de protéger les populations menacées. L'emploi de la force et la possibilité de justice* (2013)

Hugues Rabault, *Un monde sans réalité ? En compagnie de Niklas Luhmann : épistémologie, politique et droit* (2013)

Bjarne Melkevik, *Habermas, Légalité et Légitimité* (2012)

Pascal Richard, *Prolégomènes à une anthropologie du droit : une ontologie naïve* (2012)

Jean-Jacques Sueur, *Pour un droit politique. Contribution à un débat* (2011)

William E. Conklin, *Le savoir oublié de l'expérience des lois* (2011)

Bjarne Melkevik, *Habermas, droit et démocratie délibérative* (2010)

Bjarne Melkevik, *Philosophie du jugement juridique* (2010)

Nathalie Le Bouëdec, *Gustav Radbruch, Juriste de gauche sous la République de Weimar* (2010)

Françoise Michaut et Frank I. Michelman, *Le Mouvement des Critical Legal Studies* (F. Michaut), suivi de *Traces de gouvernement de soi par soi. Préface à la session 1985 de la Cour suprême* et *La république du droit (*Frank I. Michelman) (2010).

Bjarne Melkevik, *Philosophie du droit. Volume 1* (2010)

Bjarne Melkevik, *Droit, mémoire et littérature* (2010).

Agata C. Amato Mangiameli, *Dans un monde post-national* (2009).

Patrick Forest (dir.), *Géographie du droit. Épistémologie, développement et perspectives* (2009).

Gilles Lhuilier, *La loi, roman* (2008).

Norbert Campagna, *La souveraineté. De ses limites et de ses juges* (2008)

José Calvo González, *Octroi de sens. Exercices d'interprétation juridique-narratif* (2008).

Olivier Jouanjan et Friedrich Müller, *Avant dire droit. Le texte, la norme et le travail du droit* (2007).

Pascal Richard, *Le jeu de la différence. Réflexions sur l'épistémologie du droit comparé* (2007).

Bjarne Melkevik, *Tolérance et modernité juridique* (2006).

Bjarne Melkevik et Luc Vigneault (dir.), *Droits démocratiques et identités* (2006).

Pierre Rainville, *Les humeurs du droit pénal au sujet de l'humour et du rire.* Préface de Jean Pradel (2005).

Bjarne Melkevik, *Considérations juridico-philosophiques* (2005).

Francisco D'Agostino, *La bioéthique dans la perspective de la philosophie du droit* (2005).

Stamatios Tzitzis, *La personne. Criminel et victime* (2004).

Vida Amirmokri, *L'Islam et les droits de l'homme : l'islamisme, le droit international et le modernisme islamique* (2004).

Norbert Campagna, *Le droit, le politique et la guerre. Deux chapitres sur la doctrine de Carl Schmitt* (2004).

Carlos Miguel Herrera, *La philosophie du droit de Hans Kelsen. Une introduction* (2004).

Bjarne Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit* (2004).

Paulo Ferreira Da Cunha, *Droit et récit* (2003).

Henri Pallard et Stamatios Tzitzis (dir.), *La mondialisation et la question des droits fondamentaux* (2003).

Carlos M. Herrera, *Droit et gauche. Pour une identification* (2003).

Stéphane Bauzon, *Le métier de juriste. Du droit politique selon Michel Villey* (2003).

Bjarne Melkevik, *Rawls ou Habermas. Une question de philosophie du droit* (2002).

Lukas K. Sosoe (dir.), *Diversité humaine. Démocratie, multiculturalisme et citoyenneté* (2002).

Sergio Cotta, *Pourquoi la violence. Une interprétation philosophique* (2002).

Stamatios Tzitzis, *La Personne, l'humanisme, le droit* (2001).

Niklas Luhmann, *La légitimation par la procédure* (2000).

Paul Dumouchel (dir.), *Comprendre pour agir. Violences, victimes et vengeances* (2000).

Bjarne Melkevik, *Réflexions sur la philosophie du droit* (2000).

Pierre Livet (dir.), *L'argumentation. Droit, philosophie et sciences sociales* (2000).

PHILOSOPHIE DU DROIT

VOLUME 2

La philosophie du droit, c'est avant tout un lieu de réflexion, d'investigation, d'analyse et de dialogues intellectuels. C'est un acte de pensée pratique et public qui a fait ses preuves, qui a su s'imposer avec noblesse, qui a donné des textes qui ont inspiré et enrichi la culture juridique dans tous ses coins et recoins. S'engager dans la bataille du sens, dans la joute intellectuelle de notre temps, au sujet d'un topoï (lieu) comme le « droit » (ou ce qui prétend l'être), ne se fait qu'en déployant, honnêtement et en tout respect, cette bannière de réflexion, de jugement et d'engagement qu'est la philosophie du droit dans son sens moderne.

La philosophie du droit moderne se révèle aujourd'hui un acteur de première importance dans les grands débats se rapportant à l'autolégislation moderne (et démocratique) et au choix qu'il convient d'effectuer quant à ce qui doit compter pour nous mutuellement sous le mode du « bien » et du « juste », et en tant qu'assurance (textuelle et potentielle) pour nos cosociétaires qu`il existe toujours une possibilité de faire appel au « droit » devant la violence, l'oppression, la discrimination, le crime.

◆ ◆ ◆

BJARNE MELKEVIK, docteur ès droit de Paris II, est professeur titulaire à la faculté de droit de l'Université Laval (Québec). Il est l'auteur de *Philosophie du droit. Volume 1* (2010), *Droit, mémoire et littérature* (2010), *Marxisme et philosophie du droit : le cas Pasukanis* (2010), *Percorsi di Filosofia del diritto* (2011) ; *Habermas, légalité et légitimité* (2012) et *Épistémologie juridique et déjà-droit* (2014).

www.pulaval.com

ISBN 978-2-7637-2271-9

9 782763 722719

PUL

Presses de l'Université Laval

Philosophie