

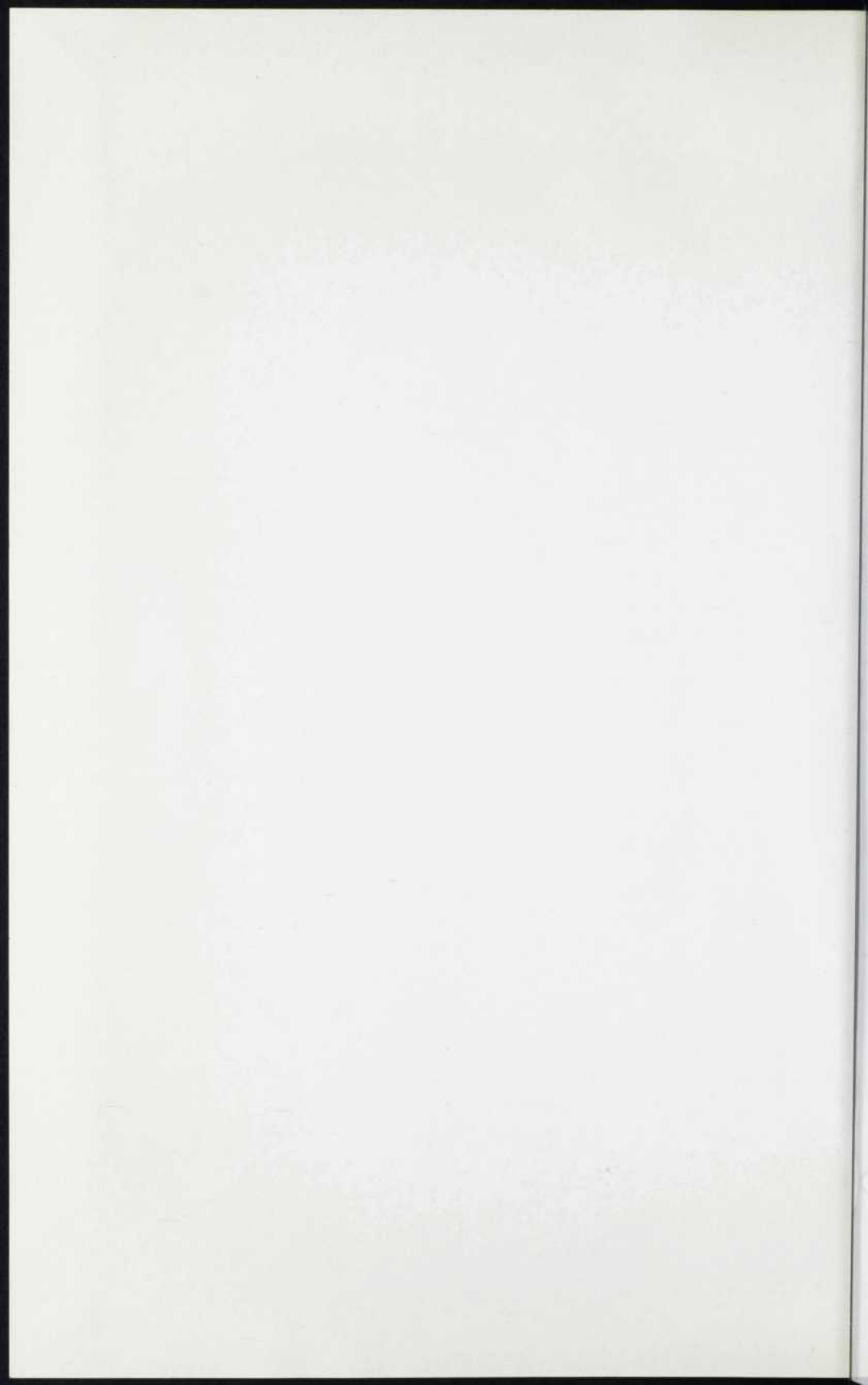
Carrefour : Philosophie et Droit
Actes du Colloque DIKÈ





Bibliothèque Nationale du Québec





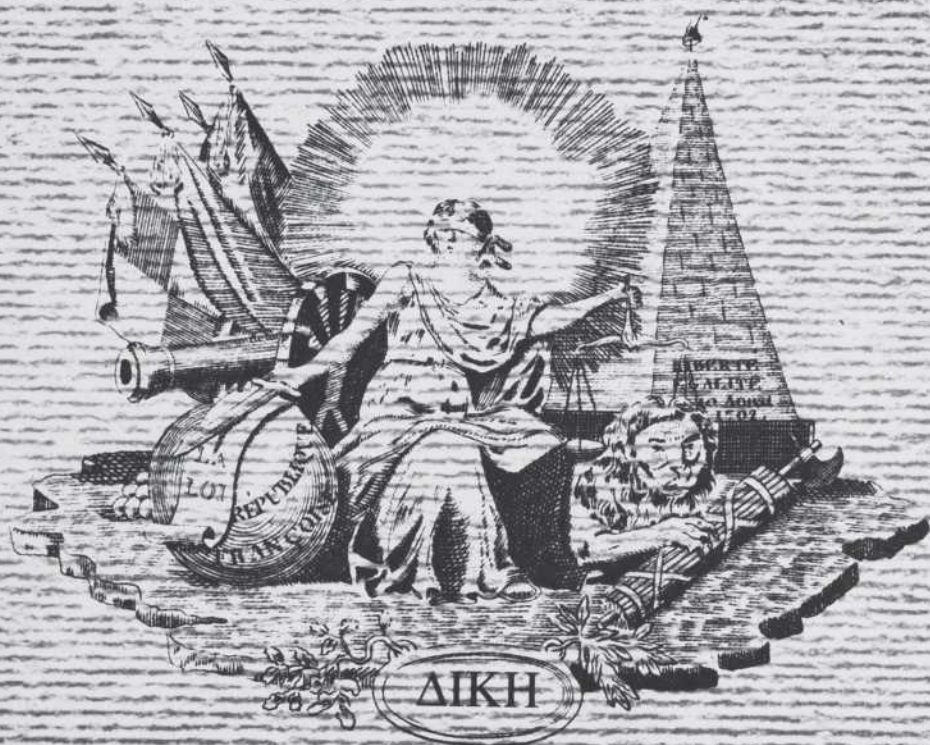




Carrefour : Philosophie et Droit

Actes du Colloque ΔΙΚΗ

*Tenu dans le cadre du 62^e congrès de l'Acfas
les 16 et 17 mai 1994 à l'UQAM*



*Sous la présidence d'honneur du juge en chef du Québec
l'Honorable Claude Bisson*

Organisé par

Josiane Boulad-Ayoub, Bjarne Melkevik, Pierre Robert

K
225
C 64
1995

Carrefour :
Philosophie et Droit

Actes du Colloque DIKÈ



PRÉSENTATION

Carrefour : Philosophie et Droit

Josiane Boulad-Ayoub

Le contexte de la publication

Les textes qui composent ce recueil sont issus du colloque interdisciplinaire, tenu à Montréal dans le cadre du 62^e congrès de l'ACFAS en mai 1994, sous l'égide de la Société canadienne de philosophie politique et juridique (DIKÈ) et sous la présidence d'honneur du juge en chef du Québec, l'honorable Claude Bisson. Intitulé *Carrefour : Philosophie et Droit*, le colloque, en combinant les ressources théoriques et méthodologiques de la théorie du droit, de la philosophie du droit et de la philosophie politique, entendait promouvoir la réflexion critique sur l'objet Droit et l'enrichir par la dynamique des interrelations disciplinaires sur les problèmes et les débats contemporains reliés à l'étude de cet objet.

Le colloque réunissait des spécialistes des principales universités du Québec et d'Ottawa qui répondaient à l'invitation conjointe des fondateurs du groupe DIKÈ-UQAM, Josiane Boulad-Ayoub, Pierre Robert, Bjarne Melkevic, les premiers, professeurs à l'Université du Québec à Montréal, aux départements de philosophie et des sciences juridiques, le dernier à la Faculté de droit de l'Université Laval. À ce trio, se sont joints comme responsables de l'organisation de deux ateliers du colloque, Luc Bégin, de la Faculté de philosophie de l'Université Laval et Dominique Leydet, du département de philosophie de l'UQAM. Il s'agissait, à leur instigation, de marquer sous cette forme publique une étape dans la

réalisation progressive des objectifs scientifiques et socio-institutionnels du groupe DIKÈ.

DIKÈ, fondé en 1992, a signalé depuis, par une série de projets concrets, cette volonté de réflexion commune dans le domaine des relations entre philosophie et droit. En attestent la collaboration dans des séminaires de doctorat au cours de l'année 1993, la mise sur pied d'un réseau interuniversitaire de chercheurs en philosophie et théorie juridique et politique, l'organisation de conférences pour un public de professeurs et d'étudiants de l'UQAM et de l'UQTR, la création de Cahiers DIKÈ, au cours de l'année 1995, l'organisation d'un colloque international (*L'amour des lois*) et l'atelier d'un an en team-teaching au niveau du baccalauréat en philosophie à l'UQAM pour l'année 1994-1995 sur le thème des fondements de la philosophie du droit. Enfin DIKÈ s'est intégré, à l'occasion précisément du colloque présenté à l'ACFAS, à la Société canadienne de philosophie politique et juridique.

Depuis sa fondation, DIKÈ s'attache ainsi à favoriser, dans l'ordre socio-institutionnel, le partage de ressources (personnes, documentations, publications, programmes, équipes, etc.) ainsi que la relève des chercheurs entre deux disciplines universitaires, le droit et la philosophie, œuvrant la plupart du temps séparément. Dans l'ordre épistémologique, l'obligation de traiter dans un même cadre théorique (philosophique et juridique) les représentations et les pratiques collectives typiques de la société contemporaine ouvre, pensons-nous, la possibilité de féconder l'une par l'autre les théories qui étudient l'activité symbolique culturelle et ses artefacts discursifs à valence idéologique-politique par celles qui étudient, sous l'angle juridique, l'organisation de la vie sociale et son environnement culturel (lois, appareils, institutions) avec ses effets sur les mœurs et les comportements collectifs.

Ce colloque de mai 1994 marque un jalon de plus. Rencontre publique en quelque sorte sur la scène de la communauté universitaire, de la philosophie et du droit, cette *réconciliation des facultés*, comme ne l'aurait pas dit Kant, ce *Carrefour* a convoqué des philosophes et des juristes, pour faire en commun l'analyse des rapports entre les citoyens, l'État, les lois, le pouvoir, les représentations et les pratiques collectives typiques de la société contemporaine et de son environnement institutionnel et culturel sans oublier d'examiner, dans le contexte de la critique du post-modernisme, les questions telles que l'acculturation, l'internationalisation, la démocratisation, la remise en question des

institutions étatiques, la redéfinition de la citoyenneté, de la nation, des droits.

Les avenues de recherche

Les contributions, présentées ici, sont regroupées sous quatre rubriques ou, à dire plus précisément, sous les avenues de recherche qu'auront empruntées les activités du colloque. Elles trouvent leur unité dans le souci heuristique et l'optique interdisciplinaire qui marquent chacune des analyses. La mise en commun de certains thèmes d'actualité, à l'horizon des relations théoriques entre philosophie et droit, renvoie à une discussion critique des problèmes qui se sont imposés de manière pressante ces dernières années dans nos démocraties libérales contemporaines. On retrouvera, précédant chacun des sous-ensembles, une présentation des problématiques particulières à chacun des ateliers, par les responsables de leur organisation.

Quatre axes spécifiques de réflexion ont structuré le débat interdisciplinaire qui faisait succéder en alternance juristes et philosophes, au fil des interventions.

Le premier axe a tourné autour de la controverse actuelle entourant *Les paradigmes de modernité et de postmodernité en droit*. Notre modernité se caractérise par la prééminence du droit. Pourtant le droit comme technique positiviste est largement déficitaire pour répondre au défi même de cette modernité. Quoi de plus normal que l'ouverture plus philosophique constatée ces dernières années quant aux questions de droit. On s'est demandé si le paradigme postmoderne est adoptable dans le droit ? Et, question plus insidieuse, si le paradigme de la modernité juridique et politique est épuisé ?

Aussi les communications dans cet atelier, placé sous la coordination de Bjarne Melkevik, se sont-elles attachées à faire la critique des paradigmes de modernité et de postmodernité en droit. Devant l'émergence d'une école postmoderniste en droit rejetant la modernité juridique, les partisans de la modernité juridique tentent de repenser, en effet, ce que signifie la modernité juridique contemporaine. Ainsi Michel Coutu, conseiller juridique à la Commission des droits de la personne, a discuté, en se plaçant dans la perspective de Max Weber, de la modernité et de la légitimité du droit. Bjarne Melkevik s'est livré à une critique étoffée de la conception postmoderne du droit alors que Lukas Sosoe, de l'Université de Montréal, s'est demandé, tout en dialoguant avec

deux *ténors* de la postmodernité, si l'on peut vraiment parler de postmodernité en philosophie du droit ?

Le deuxième axe était orienté par le problème de *l'universalité des droits de l'homme*. Les communications dans cet atelier placé sous la coordination de Pierre Robert, ont analysé la portée et la signification de l'affirmation des droits de l'homme dans la seconde moitié du XX^e siècle.

François Niort, de Paris I, a examiné ainsi, à travers deux discours contrariés, les critiques que l'on peut adresser à la prétention d'universalisme des droits de l'homme. William Schabbas, de l'UQAM, a prolongé la critique, sous l'angle du problème fort actuel que pose l'internationalisation des droits de l'homme. Guy Lafrance, de l'Université d'Ottawa, a analysé, en amont, en quelque sorte, sur le plan des fondements mêmes des droits de l'homme, cette oscillation qui lui est caractéristique entre l'universel et le particulier. Enfin Benoît Mercier a pris prétexte de la fresque du Phénix qui orne le mur de la salle du Conseil de Sécurité des Nations Unies, pour faire quelques remarques sur les fictions fondatrices du politique, cet empire pratique d'application des droits de l'homme.

Le troisième axe a été placé à l'horizon des relations entre *Philosophie politique et droit*. Les communications dans cet atelier placé sous la coordination de Dominique Leydet ont évalué la fécondité des réflexions théoriques produites par la rencontre du droit et de la philosophie politique autour du problème du pluralisme auquel doivent faire face les démocraties libérales contemporaines, ces dernières années.

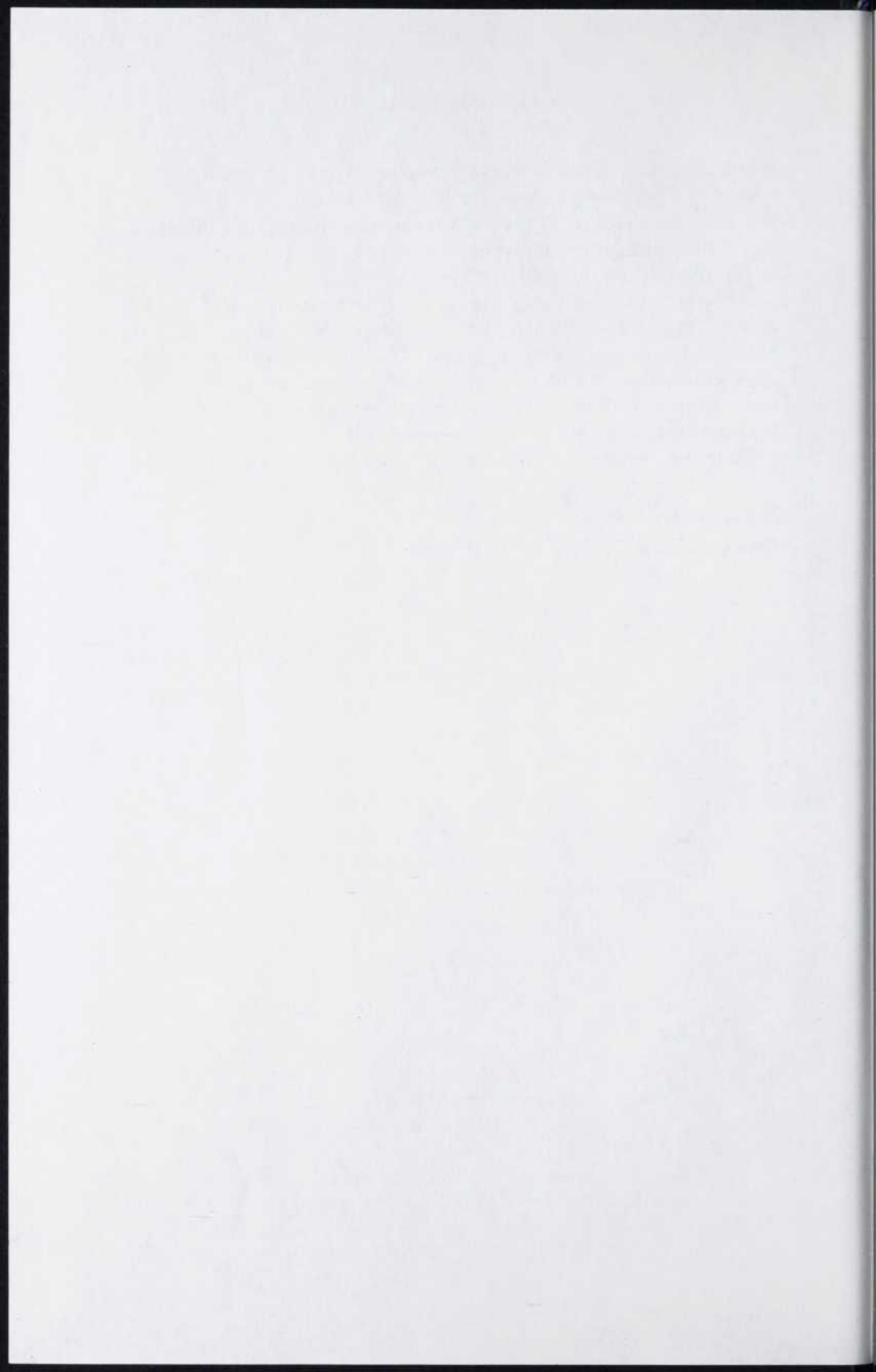
Ainsi Daniel Weinstock, de l'Université de Montréal, a montré la complexité de la notion d'égalité dans les sociétés libérales modernes. Lukas Sosoe, de l'Université de Montréal, a mis au jour, pour sa part, les difficultés que rencontre la philosophie politique et juridique féministe devant le problème du pluralisme contemporain. Et toujours sur la question du pluralisme, Victoria Meickle, de l'Université McGill, a évoqué deux réactions bien tranchées. Michael Hartney, de l'Université d'Ottawa, s'est penché sur un problème crucial pour les démocraties libérales, celui des droits collectifs, à la lumière des feux croisés du droit et de la philosophie.

Le quatrième axe s'interrogeait sur le *Langage des droits et conflits des représentations ultimes*. Les communications, dans cet atelier placé sous la coordination de Luc Bégin, ont cherché à établir comment peuvent s'harmoniser libertés et droits fondamentaux, signifiants-représentations de l'être humain et régulations des

conduites, au sein de sociétés comme la nôtre ayant enchâssé une Charte des droits et libertés dans leur constitution.

François Blais, de l'Université Laval, tout en situant le débat sur ce problème éthico-politique entre Hart et Rawls, s'est interrogé sur la priorité des libertés de base. Georges Legault, de l'Université de Sherbrooke, a livré une rigoureuse analyse de la crise actuelle des représentations en droit. Luc Tremblay, de l'Université de Sherbrooke, a tenté de caractériser le Canada de la Charte : cette démocratie libérale que nous présente la charte est-elle neutre ou perfectionniste ? Enfin, tout en s'appuyant sur l'exemple de l'arrêt Rodriguez, Luc Bégin, de l'Université Laval, a dégagé les conflits entre le discours de la Cour suprême et les représentations ultimes.

*Département de philosophie
Université du Québec à Montréal*



LES PARADIGMES DE MODERNITÉ ET DE POSTMODERNITÉ EN DROIT

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

Bjarne Melkevik

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

Dans le cadre de cette présentation, nous décrirons le fond de ce nouveau débat et insistant sur la notion de postmodernité, de loin la notion la moins familière aux juristes. Nous serons ainsi obligé de délaissier la question de savoir ce qu'est la « modernité juridique » et de nous satisfaire de l'explication générale qui pose que c'est le droit construit sur le paradigme de l'individu, sur le sujet. Dans cette optique nous voulons d'abord examiner le concept de postmodernité; notre analyse ne traitera pas de plusieurs auteurs, mais se concentrera plutôt sur la formation idéologique de ce

mouvement. Dans notre dernier point nous nous proposons de regarder de plus près la querelle entre postmodernité et modernité. Comme il s'agit d'une présentation, cet exposé succinct laissera évidemment plusieurs questions sans réponse.

1. Sur le concept de postmodernité

Notre première interrogation concerne le concept même de postmodernisme. En fait, il existe plusieurs formes de postmodernisme¹. L'ambiguïté de cette notion n'est qu'un des problèmes de ce mode de pensée. Nous pouvons dire que le questionnement du postmodernisme se fait en général soit en référence à un diagnostic culturel ou à une conception philosophique, mais l'ambiguïté de la nébuleuse postmoderne a aussi attiré des dérives psycho-sociales, psychanalytiques, écologiques. Chose certaine, nous devons toujours, parlant de postmodernisme, définir de quel postmodernisme il s'agit. Beaucoup de débats stériles pourraient être évités de cette façon.

Nous pouvons dire qu'il existe deux formes de postmodernisme dans le paysage intellectuel contemporain des philosophies du droit : le postmoderne issu d'un diagnostic porté sur la société et le postmodernisme philosophique. Avant d'aborder ces deux courants il nous semble pourtant intéressant de nous arrêter à l'origine de cette notion.

1.1 Postmodernité et esthétique

Nous pouvons en effet dire que l'utilisation contemporaine de la notion « postmoderne » voit d'abord le jour dans le domaine de l'architecture dans les années soixante et soixante-dix. C'est un cri de guerre nous invitant à donner congé à la conception moderne de l'architecture².

La notion de postmoderne est d'abord introduite comme critique de l'hégémonie fonctionnaliste en architecture, au bénéfice de la dimension esthétique de la création architecturale. L'effet esthétique obtenu par un retour vers des styles historiques, vers la

-
1. Voir A. Huyssen, « Mapping the Postmodern », *New German Critique*, n° 33, 1984, p. 5 sq.; F. Jameson, « Postmodernism, or the Cultural Logic of Capitalism », *New Left Review*, n° 146, p. 53 sq.
 2. J. Habermas, « Architecture moderne et postmoderne », dans *Écrits politiques. Culture, droit, histoire*, Paris, Cerf, 1990. Voir aussi J. Habermas, « La Modernité : un projet inachevé », *Critique*, n° 413, octobre 1981.

combinaison et la transgression de styles distincts, caractérise le postmodernisme en architecture. Ce mouvement veut rappeler que l'architecture est l'art, et est ainsi soumis à la question de l'esthétique. Or, sur le plan philosophique ce mouvement manifeste son refus absolu de poursuivre le projet moderniste et prône la séparation de la forme et de la fonction dans le domaine architectural.

À partir de cette origine en architecture, la notion de postmodernisme s'est répandue dans tous les domaines artistiques en donnant congé à l'image moderne de l'artiste comme personne poussant éternellement les limites de l'art selon le *code* de dépassement artistique et ceci, au gré du talent et de l'imagination. En fait la contre-image développée par ce postmodernisme esthétique était une esthétique « sans-règle », l'artiste ne suivant aucun *code* et travaillant en célébrant l'ère de l'indifférence. En fait libéré des codes de la modernité, comme la nouveauté, la linéarité et le temps, l'art postmoderne se veut délibérément éclectique.

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

1.2 Postmodernité et société

D'abord le postmoderne comme reposant sur un diagnostic — ou jugement — de notre contemporanéité, comme analyse du *zeitgeist*. Le postmodernisme juridique se retrouve soit comme critique culturelle soit comme critique sociologique.

Pour le postmodernisme culturel ou social, notre société contemporaine serait parvenue à un nouveau stade de son évolution, la postmodernité. Ce stade d'évolution se vérifierait en ce que la modernité aurait épuisé ses forces, en ce que l'« homme est mort » et que la rationalité instrumentale règne en maître. Notre société contemporaine n'a plus rien à révolutionner, à critiquer, car elle vit de gestion, de décisions courantes et banales. C'est une société qui accueille indifféremment tout ce que lui est présenté — normes, coutumes, etc. — sans discernement.

Le postmodernisme culturel n'a pas encore eu beaucoup d'influence dans le domaine du droit, même si nous pouvons trouver des exceptions³.

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

Ce sont avant tout différentes formes de sociologisme juridique critique qui ont repris ce diagnostic de nos sociétés modernes et qui ont opté pour le postmodernisme. Le postmodernisme est ici pris comme perspective culturelle légitimante qui, en l'absence de réflexion épistémologique, a séduit par sa saisie apparente des traits caractéristiques des sociétés modernes⁴. L'objectif du postmodernisme est ici de légitimer les thèmes développés d'abord théoriquement dans la sociologie juridique et notamment, les thèmes du pluralisme juridique, de la polyphonie ou polycentrisme en droit, le droit comme « géographie ». Le thème du pluralisme juridique acquiert une dimension normative comme sens même de notre société contemporaine jugée postmoderne.

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

1.3 La postmodernité et la pensée poststructuraliste

Dans le postmodernisme associé au poststructuralisme français nous trouvons de noms tels que Jean-François Lyotard, Jacques Derrida, Jean Baudrillard, Michel Foucault, et d'autres. Différentes personnes et courants en philosophie ont adopté cette forme de postmodernisme pour le droit. Sans vouloir être exhaustif, nous pouvons mentionner les mouvements de critique du droit avec D. Kennedy⁵, le féminisme juridique avec Drucilla Cornell⁶, et l'école dite de « Law and Literature » avec Stanley Fish⁷. Mais plus significatif encore semble l'avènement d'une école, proprement postmoderne, de droit ayant adopté cette forme de postmodernisme. Nous pouvons ici mentionner les noms de Costas Douzinas,

-
4. Voir André-Jean Arnaud, *Pour une pensée juridique européenne*, Paris, Presses Universitaires de France, 1991; Boaventura De Sousa Santos, « Towards a Postmodern Understanding of Law », dans André-Jean Arnaud (dir.), *Legal Culture and Everyday Life*, Onati, Onati Institute for the Sociology of Law, 1989, p. 113-123.
 5. D. Kennedy, « Spring Break », *Tex. L. Rev.*, 1985, p. 1355.
 6. Drucilla Cornell, *Beyond Accommodation : Ethical Feminism, Deconstruction and the Law*, New York, Routledge, 1991; *The Philosophy of the Limit*, New York, Routledge, 1992. Voir aussi, Mary Joe Frug, *Postmodern Legal Feminism*, New York, Routledge, 1992.
 7. Stanley Fish, *Is There a Text in This Class ? The Authority of Interpretive Communities*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1980; et *Doing What Comes Naturally. Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Oxford, Clarendon Press, 1989.

Ronnie Warrington, Dragan Milovanovic, et d'autres⁸. Cette nouvelle école postmoderne et poststructuraliste avec des styles, des méthodes, des perspectives diverses tente de former une nouvelle conscience juridique pour remplacer celle héritée de la modernité juridique.

En fait, c'est surtout Jean-François Lyotard qui popularise la notion de postmodernité en 1979 avec son livre « La condition postmoderne », qui était un « Rapport sur le savoir dans les sociétés les plus développées » proposé pour le gouvernement du Québec⁹. Lyotard déplace ici la notion de postmodernité vers les domaines du savoir, de la science ou de l'épistémologie, et de la philosophie :

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

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

-
8. Douzinas, Costas et Ronnie Warrington (with Shaun McVeigh), *Postmodern Jurisprudence. The Law of the Text in the Texts of Law*, New York, Routledge, 1991; Dragan Milovanovic, *Postmodern Law and Disorder. Psychoanalytic Semiotics, Chaos and Juridic Exegeses*, Liverpool, Deborah Charles Publications, 1992. Voir aussi la revue *Law and Critique*, Liverpool, qui peut être considérée comme l'organe officiel de ce courant.
9. Jean-François Lyotard, *La condition postmoderne*, Paris, Minuit, 1979.
10. Jean-François Lyotard, « Réponse à la question : Qu'est-ce que le postmoderne ? », *Critique. Revue générale des publications françaises et étrangères*, tome 37, n° 419, avril 1982, p. 366-367. Cette citation se retrouve aussi dans Jean-François Lyotard, *Le postmoderne expliqué aux enfants*, Paris, Minuit, 1986, p. 31.

2. Postmodernité ou modernité en droit ?

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

- 1) D'abord, le projet postmoderne en droit. Le projet postmoderne peut-il honorer les attentes que tous ces courants ont investies dans le postmodernisme ? Quel est le rôle exact de la raison esthétique en droit ? La philosophie postmoderne représente-t-elle une voie adéquate pour théoriser le droit ? En fait, la critique envers le logocentrisme accorde-t-elle au postmodernisme la compétence d'accéder au contenu essentiel des textes juridiques et des pratiques juridiques ? De plus, n'existe-t-il pas une différence fondamentale entre un diagnostic social ou artistique et la pratique du droit ?
- 2) Ensuite, la compréhension même de la modernité. Dans la littérature postmoderne l'avènement de la modernité juridique et politique est associée à la victoire de la rationalité instrumentale ou stratégique. Le projet moderne est décrit comme asservissement, comme manipulation, comme oppression, comme exclusion des femmes, des jeunes, des étrangers. Le postmodernisme structuraliste va jusqu'à imputer que la modernité est responsable de l'Holocauste, des guerres mondiales et des mouvements de dictature moderne comme le communisme, le nazisme et le fascisme. Dans cette perspective la modernité a été un désastre. Or, ces accusations doivent-elles être acceptées sans plus ? Et, dans l'éventualité d'un questionnement, comment pouvons nous répondre à cette critique ? Ce qui est sous-jacent à ces perspectives c'est la gestion de l'héritage de la modernité juridique. La modernité juridique a bien été développée à partir de la philosophie du sujet, mais devons-nous sauvegarder cette modernité juridique une fois la philosophie du sujet remise en question ? L'horizon métaphysique de la philosophie du sujet peut-il encore nous dire quelque chose ou devons nous défendre la modernité juridique avec d'autres moyens, par exemple avec la philosophie du langage ?

Telles sont quelques-unes des questions qui se posent relativement au programme postmoderne en droit et au projet moderne du droit.

*Faculté de droit
Université Laval*

Modernité et légitimité du droit dans la perspective de Max Weber

Michel Coutu

Au regard de la modernité, sinon de la postmodernité¹, l'une des questions les plus cruciales, les plus décisives, qui se pose à la philosophie du droit demeure celle des *fondements en légitimité* de l'ordre juridique et politique contemporain². L'interrogation soulève nécessairement le problème des rapports entre les notions de légitimité et de légalité. Le dilemme peut être *a priori* circonscrit de la manière suivante : la légitimité du droit et de l'État, dans le cadre des sociétés occidentales contemporaines, doit-elle pour l'essentiel n'être abordée qu'en référence au concept de légalité entendu dans un sens purement formel, uniquement fonction de la régularité procédurale d'édition et d'application des normes ? Ou, au contraire, la légitimité fait-elle nécessairement appel, au-delà de la légalité formelle, à des considérants rationnels en valeur, à des normes et principes fondamentaux dont le contenu revêt une portée obligatoire ?

-
1. Pour autant que l'on puisse donner un contenu sociologique précis à ce concept, qui paraît *a priori* extrêmement flou. Pour des essais précis de définitions sociologiques, voir Scott Lash, *Sociology of Postmodernism*, Londres, Routledge, 1990; Michel Freitag, « La Métamorphose. Genèse et développement d'une société postmoderne en Amérique », *Société*, hiver 1994, n^{os} 12/13, p. 1-135; Gilles Gagné, « Les transformations du droit dans la problématique de la transition à la postmodernité » dans Jean-Guy Belley et Pierre Issalys (dirs), *Aux frontières du juridique. Études interdisciplinaires sur les transformations du droit*, Québec, Groupe d'étude sur les processus de transformation du droit, 1993, p. 221-277.
 2. Voir François Ost, « La légitimité dans le discours juridique : cohérence, performance, consensus ou dissensus ? », dans *Conditions of Validity and Cognition in Modern Legal Thought*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 1985, p. 190-204.

La question paraît tout à fait capitale. Si l'on considère la forme de la pensée juridique qui a assumé un rôle prépondérant depuis la fin du XIX^e siècle, le positivisme juridique, il demeure évident que la première alternative sera retenue : il y a identité de la légalité et de la légitimité, le problème de la légitimité, sous l'angle de la théorie du droit, doit être analysé de manière axiologiquement neutre, en faisant abstraction de tout jugement et choix de valeur, sur la seule base, par voie de conséquence, du concept de la légalité formelle. Or cette appréhension purement formelle du problème de la légitimité n'est pas, loin de là, dépourvue de tout danger : nous pouvons en trouver une illustration au regard de la théorie allemande de l'État de droit, laquelle, en faisant de la neutralité axiologique l'essence même de la conception libérale de l'État, a contribué, sous la République de Weimar, à vider singulièrement de toute substance cette conception³ : la démocratie se trouva complètement prise au dépourvu devant la montée des partis totalitaires, du moment que ceux-ci respectaient les règles de la légalité formelle.

I. Le concept de légitimité chez Weber

Pour mieux cerner les enjeux tout à fait cruciaux posés par cette question des rapports entre légalité et légitimité, je crois qu'un réexamen de l'analyse initialement développée par Max Weber constitue un point de départ tout à fait essentiel. C'est en effet à Weber que nous devons la formulation première de ce problème, de même que la réintroduction du thème de la légitimité comme objet de la réflexion juridique et politique⁴.

Quoique les grandes lignes de la sociologie politique de Weber soient suffisamment connues, il paraît néanmoins utile d'en rappeler ici certains traits essentiels. Weber distingue trois types de domination légitime, suivant les fondements juridiques (*Rechtsgründe*) qui sous-tendent la revendication de légitimité mise de l'avant par les détenteurs du pouvoir⁵. Il importe de mentionner au préalable

3. Cf. Alexandre P. D'entreves, « Légalité et légitimité » dans *L'idée de légitimité, Annales de philosophie politique VII*, Paris, Presses universitaires de France, 1967, p. 35.

4. Voir Norberto Bobbio, « Sur le principe de légitimité », dans *L'idée de légitimité, op. cit.*, p. 47.

5. Max Weber, « Die drei reinen Typen der legitimen Herrschaft », dans *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 7^e édition, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1988, p. 475.

que Weber entend par domination « la chance de trouver des personnes déterminées prêtes à obéir à un ordre de contenu déterminé »⁶; et que par ailleurs la domination revêt un caractère légitime, dans les cas où la docilité ne repose pas uniquement sur des motifs rationnels en finalité, par exemple sur la menace de la contrainte, mais fait appel à l'adhésion des agents, dont la conduite s'oriente en fonction de maximes dont le contenu est perçu comme exemplaire ou obligatoire⁷. Weber oppose ainsi :

- a) La domination légitime de type traditionnel, « reposant sur la croyance en la sainteté de traditions valables de tout temps et en la légitimité de ceux qui sont appelés à exercer l'autorité par ces moyens »⁸.
- b) La domination charismatique, « reposant sur la soumission extraordinaire au caractère sacré, à la vertu héroïque ou à la valeur exemplaire d'une personne, ou encore [émanant] d'ordre révélés ou émis par celle-ci »⁹.
- c) La domination légale, « reposant sur la croyance en la légalité des règlements arrêtés et du droit de donner des directives qu'ont ceux qui sont appelés à exercer la domination par ces moyens »¹⁰.

Pour Weber c'est la domination légale, contrairement aux types traditionnels et charismatiques, historiquement antérieurs, qui demeure caractéristique de la modernité. Nous pouvons circonscrire l'essence de cette forme de domination en isolant les éléments suivants : nature impersonnelle de l'autorité, caractère objectif des compétences juridiquement délimitées, bureaucratisation de la direction administrative, et prééminence de l'ordre juridique étatique.

La domination légale revêt un caractère *impersonnel*, car l'obéissance ne s'attache pas à la personne même du détenteur du pouvoir (tel que le veut la domination charismatique ou traditionnelle), mais demeure uniquement conditionnée par le contenu obligatoire des normes juridiques valablement arrêtées, donc par le droit

6. *Ibid.*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5^e édition, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1980, p. 28 [traduction française : *Économie et société*, Paris, Plon, 1971, p. 56].

7. *Ibid.*, p. 16 [tr. fr., p. 30].

8. *Ibid.*, p. 124 [tr. fr. p. 222].

9. *Ibid.*

10. *Ibid.*

en tant que tel¹¹. Le détenteur légal du pouvoir ne peut émettre des directives que parce qu'il est lui-même subordonné à l'ordre juridique : il doit de fait obéissance à l'ordre impersonnel par lequel il oriente son activité.

Le caractère *objectif* représente par ailleurs un attribut essentiel de la domination légale. L'ordre juridique détermine des compétences objectives d'exercice de l'autorité; les membres du groupement politique orientent leur conduite à l'intérieur des limites de la compétence objective ainsi pré-déterminée. L'exercice de l'autorité fait l'objet d'une délimitation rationnelle, laquelle garantit une sphère d'autonomie aux membres du groupement. A l'opposé, les formes charismatiques ou traditionnelles de domination ne connaissent que l'exercice plus ou moins arbitraire du pouvoir, et le flou des compétences juridictionnelles.

D'autre part la domination légale implique en règle générale la *bureaucratization* formellement rationnelle de la direction administrative. Le concept de bureaucratie rationnelle chez Weber incorpore divers éléments, notamment la non-appropriation des fonctions exercées et leur attribution sur la base d'une qualification spécialisée, la nomination des fonctionnaires par l'État et non leur élection par les administrés, la rémunération fixe et en espèces par opposition à l'octroi de divers types de bénéfices, une stricte discipline et un contrôle du rendement, enfin la direction centralisée (« monocratique ») de l'administration, par opposition à toute forme de collégialité¹². La fonctionnarisation de l'administration représente pour Weber une composante tout à fait centrale de légalisation de la domination : encore que celle-ci puisse se traduire par des formes très diverses, la « bureaucratie » en constitue le type le plus pur.

Enfin, la domination légale reflète la prééminence du *droit étatique*. La domination s'exerçant par recours à l'autorité du droit présuppose le concept moderne d'État. Suivant la définition de Weber l'État constitue un groupement politique dont la direction administrative « revendique avec succès, dans l'application des règlements, le monopole de la contrainte physique légitime »¹³. L'État contemporain ne peut en effet se définir qu'en référence à ce

11. *Ibid.*, p. 125 [tr. fr. p. 223 : « ...celui qui obéit n'obéit que comme membre du groupe, et seulement "au droit" »].

12. *Ibid.*, p. 126 sq. [tr. fr. p. 226 sq.].

13. *Ibid.*, p. 29 [tr. fr. p. 57].

critère formel, et non par rapport aux finalités matérielles, extrêmement diverses, qu'il poursuit. La monopolisation de la contrainte physique légitime qui conduit au concept moderne d'État, demeure par ailleurs indissociable du procès de centralisation et d'étatisation du droit qui culmine dans le concept d'ordre juridique légitime¹⁴.

En bref, dans la perspective wébérienne, « la forme de légitimité actuellement la plus courante consiste dans la croyance en la légalité, c'est-à-dire la soumission à des statuts *formellement* corrects et établis suivant la procédure d'usage »¹⁵. Il en résulte que Weber paraît, *a priori* à tout le moins, établir une identité, au regard de la modernité, entre la légitimité et la légalité, entendue dans un sens purement formel.

II. Deux lectures opposées de la notion de domination légale chez Weber : Winckelmann et Mommsen

Pour mieux circonscrire la portée de l'analyse de la légitimité chez Weber, je crois indiqué de partir de la controverse qui a opposé à ce sujet deux grands spécialistes de l'œuvre wébérienne, soit Johannes Winckelmann et Wolfgang Mommsen. Les travaux, de très grande qualité, de ces deux auteurs demeurent en effet toujours pertinents pour clarifier les enjeux de la position wébérienne.

Quoique Winckelmann et Mommsen se situent, sur le plan idéologique, dans une perspective très voisine, qui est celle de la pensée libérale telle qu'influencée par le mouvement de renouveau du jusnaturalisme, lequel a coïncidé, en Allemagne, avec la fondation de la République fédérale, ils en arrivent pourtant à des conclusions diamétralement opposées quant à la lecture qu'il convient de faire des rapports entre légitimité et légalité chez Weber. Pour Winckelmann, il est erroné de réduire la conception de la domination légale chez Weber à une pure identité de la légitimité et de la légalité au sens formel du terme. Weber, bien au contraire, n'aurait considéré qu'il y a légitimité authentique de la domination légale, qu'à la condition que la légalité s'appuie avant tout sur une rationalité matérielle, soit sur des valeurs et principes fondamentaux reconnus comme ayant une portée obligatoire. Pour Mommsen, à l'opposé, Weber exclut toute possibilité d'une fondation rationnelle en valeur

14. *Ibid.*, p. 516 et 519.

15. *Ibid.*, p. 19 [tr. fr. p. 36].

de la domination légale : le critère de la légalité doit s'entendre d'une manière purement formelle, axiologiquement neutre, et permet d'attribuer n'importe quel contenu à une norme juridique, du moment que les règles procédurales demeurent respectées.

Par ailleurs, ce qui paraît particulièrement frappant, c'est l'analyse tout à fait divergente que font Winckelmann et Mommsen du problème central des affinités existant entre la pensée de Weber et celle de Carl Schmitt. S'intéresser ici à Carl Schmitt peut sembler un détour supplémentaire, à la limite peu utile ou superflu, pour tenter de comprendre les implications de la position de Weber. Il faut cependant tenir compte du fait que Schmitt, en particulier, est l'auteur d'un ouvrage fameux intitulé précisément *Légalité et légitimité*, qui date de 1932, ouvrage qui doit beaucoup à Max Weber et qui en même temps contient une critique vigoureuse du concept de légalité chez Weber¹⁶. Cet ouvrage, qui eut un grand retentissement, a influencé de manière durable la discussion des rapports entre légalité et légitimité; en outre, il a contribué, sur un autre plan, à poser le problème des liens existant entre les conceptions de Weber et celles de Carl Schmitt, question qui a été à l'origine de controverses fort virulentes.

Au regard de ces controverses, il semble pour le moins difficile de parler de la conception de Weber sans tenir compte de celle développée par la suite par Schmitt, et c'est pourquoi tant Winckelmann que Mommsen attachent une telle importance à la mise en parallèle des deux positions. Quelques mots d'explication sont ici nécessaires, qui devraient au demeurant convaincre du fait que l'analyse des concepts de légalité et de légitimité ne relève en rien d'un pur exercice intellectuel, mais soulève au contraire des questions déterminantes, d'importance vitale, pour toute théorie de la constitution et de la démocratie. Si, en effet, l'examen de l'influence de Weber sur Schmitt fut à l'origine de débats aussi acerbes, cela provient de ce que Schmitt, qui était l'un des théoriciens de la politique et du droit les plus réputés dans l'Allemagne de Weimar, a collaboré activement de 1933 à 1936 avec le régime national-socialiste, dans une démarche fort similaire à celle de Martin Heidegger¹⁷. En supportant les nazis Schmitt, à mon avis, a renié en partie ses propres prises de position antérieures, mais c'est là une question

16. Cf. Carl Schmitt, « Légalité et légitimité », dans *Du politique • Légalité et légitimité • et autres essais*, Puiseaux, Pardès, 1990, p. 39-79.

17. Voir Jean-Louis Schlegel, « Introduction », dans Carl Schmitt, *Théologie politique*, Paris, Gallimard, 1988, p. II.

sur laquelle je ne peux élaborer ici, et qui demeure elle-même une source inépuisable d'interrogations et de discussions¹⁸.

Poser le problème des affinités existant entre la pensée de Weber et celle de Schmitt, revenait donc à mettre en lumière — et c'est ainsi, notamment, que Wolfgang Mommsen aborde cette question — les dangers que recèle la conception formelle de la légalité chez Weber — et, par delà Weber, celle que véhicule le positivisme juridique centré sur l'idée de neutralité axiologique —, une conception qui aurait été incapable de s'opposer, en raison de son indifférence ou de son scepticisme à l'endroit de la rationalité en valeur, à la destruction de la démocratie et à la mise en place du totalitarisme. À vrai dire, la question demeure d'autant complexe que Weber, à côté de la légitimité fondée sur la croyance en la légalité, assignait une importance primordiale, dans le cadre de la démocratie contemporaine de masse, à la légitimité de type charismatique : c'est sur ce plan que l'influence de Weber sur la pensée de Schmitt paraît la plus immédiate.

L'on comprend, dans cette perspective, qu'une affirmation telle celle formulée par Habermas au Congrès sur Weber tenu à Heidelberg en 1964, suivant laquelle Carl Schmitt était le fils naturel de Max Weber, ne pouvait, compte tenu de ce qu'elle impliquait, que soulever l'indignation passionnée des partisans de Weber, lesquels, pour la plupart, voyaient à l'époque en Weber une figure emblématique du libéralisme, dont les convictions démocratiques étaient au-dessus de tout soupçon¹⁹.

III. Johannes Winckelmann : les limites inhérentes, rationnelles en valeur, de la domination légale

Dans ce contexte, l'utilisation que fait Winckelmann de la pensée de Schmitt pour tenter de clarifier celle de Weber, paraît *a priori* très étonnante. Winckelmann écrit en 1952 un ouvrage intitulé *Légitimité et légalité dans la sociologie de la domination de Max*

18. Comparer par exemple les opinions divergentes de Pasquale Pasquino, « Carl Schmitt : *Théorie de la constitution* », dans *Dictionnaire des œuvres politiques*, Paris, Presses universitaires de France, 1989, p. 943-952; Olivier Beaud, « Carl Schmitt ou le juriste engagé », dans Carl Schmitt, *Théorie de la constitution*, Paris, Presses universitaires de France, collection « Léviathan », 1993, p. 5-113; et Renato Cristi, *Le Libéralisme conservateur. Trois essais sur Schmitt, Hayek et Hegel*, Paris, Éditions Kimé, 1993.

19. Voir Wolfgang Mommsen, *Max Weber et la politique allemande*, Paris, Presses universitaires de France, 1985, p. 479n.

Weber²⁰. J'ai lu cet ouvrage, en vue de cette étude, en l'abordant toutefois avec une idée préconçue, trouvée chez Wolfgang Mommsen qui écrit en effet :

« [...] Winckelmann a tenté de prouver une fois pour toutes que Max Weber et Carl Schmitt n'avaient rien en commun, et qu'il n'y avait absolument aucune justification pour attaquer la notion webérienne de gouvernement constitutionnel comme purement technocratique et axiologiquement neutre. En fait la conclusion de Winckelmann revenait à une réinterprétation bien-intentionnée de Weber à la lumière des conceptions dominantes en Allemagne fédérale à l'époque; en substance, toutefois, cette conception était tout simplement fautive »²¹.

Je m'attendais donc à trouver chez Winckelmann une réfutation vigoureuse de toute idée d'une affinité quelconque de pensée entre Schmitt et Weber. Or c'est le contraire qui est vrai²². Winckelmann s'attache en effet à démontrer que la critique de la réduction de la légitimité à la légalité, faite par Schmitt en 1932, est non seulement justifiée, mais qu'au surplus cette critique fut implicitement anticipée par Max Weber, si bien qu'il y a en réalité une certaine identité de vue sur ce point entre Weber et Schmitt²³.

Il importe de rappeler dans ses grandes lignes le rejet formulé par Schmitt de l'idée d'une identité entre légitimité et légalité. Pour Schmitt ces deux concepts, que l'on a tendance à mettre généralement sur le même pied, représentent en fait deux notions essentiellement contraires²⁴. La réduction de la légitimité à la légalité est liée au déclin de l'État législatif parlementaire. Elle découle d'une « conception absolument neutre et formaliste de la légalité, caractérisée par l'absence de toute valeur intrinsèque, de toutes qualités

20. Johannes Winckelmann, *Legitimität und Legalität in Max Webers Herrschaftssoziologie*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1952.

21. Wolfgang J. Mommsen, « Max Weber in Modern Social Thought », dans *The Political and Social Theory of Max Weber*, Chicago, The University of Chicago Press, 1989, p. 190.

22. Non que sur le fond la remarque de Mommsen soit erronée, car il est évident que Winckelmann ne trace aucune identité entre les positions politiques de Max Weber et celles, hostiles au libéralisme, de Schmitt. Il n'en reste pas moins que Mommsen passe sous silence l'un des points essentiels de l'étude de Winckelmann, soit le rapprochement entre les vues de Weber et de Schmitt relatives au problème de la légitimité.

23. Johannes Winckelmann, *op. cit.*, p. 71 et 78.

24. Carl Schmitt, « Légalité et légitimité », *op. cit.*, p. 46. Sur l'antinomie des deux notions, voir Julien Freund, *L'Essence du politique*, Paris, Sirey, 1986, p. 259 sq.

distinctives et de tout contenu »²⁵. L'on est par suite conduit à accepter « les yeux fermés et sans réserve, tout ce que décident, dans les formes légales, les autorités compétentes »²⁶. Lorsque triomphe ainsi une notion purement formaliste de la loi, l'État législatif parlementaire devient menacé dans ses fondements mêmes. « Droit, loi et légalité se réduisent à une procédure, à un mode de scrutin neutre, se prêtant à toutes sortes d'objet »²⁷. La notion même de loi et « la légalité elle-même ne signifient plus que des calculs de majorité »²⁸. Ce fonctionnalisme sans objet et sans contenu risque d'entraîner la destruction de l'idée même de légalité : la première formation majoritaire — Schmitt anticipait très bien ici les événements qui allaient survenir dès l'année suivante — « pourrait entraîner la fin du système lui-même, en s'installant de manière durable au pouvoir et en invoquant pour cela la légalité de son état »²⁹. Ceci ne pourrait signifier que le despotisme, excluant cette fois toute neutralité et toute objectivité, « d'une majorité plus ou moins forte sur une minorité battue et réduite à merci »³⁰. Le parti gouvernemental pourra en effet, « avec l'appui de la loi, refermer derrière lui la porte de la légalité, par laquelle il s'est introduit, et traiter, comme un vulgaire malfaiteur, le parti politique adverse ... »³¹.

Winckelmann, dans son ouvrage de 1952, reprend l'analyse de Carl Schmitt et en relève la justesse³². Pour Winckelmann, la réduction du concept de légitimité à une notion purement formelle, axiologiquement neutre, de la légalité, a eu dans l'Allemagne de Weimar des conséquences tout à fait catastrophiques, en dénaturant la démocratie parlementaire en une idéologie fautive de la neutralité; en conduisant à la représentation insidieuse suivant laquelle le caractère de légalité peut être attribué à n'importe quel contenu, du moment que le mode fonctionnel d'adoption des lois est respecté; enfin, en laissant l'ennemi et le destructeur des libertés et de la

25. Carl Schmitt, « Légalité et légitimité », *op. cit.*, p. 57.

26. *Ibid.*, p. 53.

27. *Ibid.*, p. 59.

28. *Ibid.*, p. 60.

29. *Ibid.*, p. 61.

30. *Ibid.*, p. 60.

31. *Ibid.*, p. 62.

32. Johannes Winckelmann, *op. cit.*, p. 71.

constitution arriver légalement au pouvoir, et en lui permettant ainsi de rendre légale l'injustice la plus criante³³.

Winckelmann se montre cependant en désaccord avec Schmitt sur un point : c'est lorsque Schmitt, dans sa critique de l'identification progressive de la légalité et de la légitimité, attribue une part de responsabilité à Max Weber, du fait de son concept de la domination légale comme forme moderne de la croyance en la légitimité³⁴. Suivant Winckelmann, Schmitt a mal compris la position de Weber, lequel se situe en effet sur le plan de la sociologie empirique, et non de la théorie de la constitution³⁵. De ce point de vue, Weber procède à une analyse concrète de la situation contemporaine, et ne peut faire autrement que constater la prépondérance du rationalisme juridique formel, indifférent aux postulats matériels liés à la rationalité en valeur. En se livrant à une exégèse du texte wébérien, Winckelmann s'attache toutefois à démontrer que la position principielle de Weber se veut tout autre.

Je ne peux évidemment suivre ici le détail de l'analyse de Winckelmann. Je soulignerai simplement que Winckelmann part de la distinction que trace Weber, au regard de la rationalité juridique, entre un élément formel, relatif à la cohérence logique du droit, et un élément matériel, relatif aux principes et valeurs externes à la sphère du droit. Le concept de domination légale serait également fondé sur l'association d'une composante formelle, rationnelle en finalité, qui concerne la régularité procédurale d'adoption et d'application des normes, et d'une composante matérielle, rationnelle en valeur, qui renvoie au respect des principes substantifs qui sous-tendent l'ordre constitutionnel³⁶.

Suivant l'interprétation proposée par Winckelmann, Weber, tel que mentionné, n'aurait considéré la domination légale comme susceptible d'une légitimation authentique, que dans la mesure où, au-delà de la légalité formelle, il y a respect de la légalité matérielle, c'est-à-dire des limites inhérentes posées par les valeurs et principes fondamentaux qui doivent encadrer la domination. Ainsi, Weber n'aurait vu dans la réduction de l'idée de légalité à un *modus operandi* purement formel d'édiction et d'application des normes,

33. *Ibid.*, p. 84.

34. Carl Schmitt, « Légalité et légitimité », *op. cit.*, p. 46.

35. Voir Johannes Winckelmann, *op. cit.*, p. 60 sq.

36. *Ibid.*, p. 63.

qu'une forme dénaturée de domination, non susceptible de reposer sur une véritable légitimité.

Cette interprétation défendue par Winckelmann nous donne l'image d'un Max Weber attachant une importance primordiale à la rationalité en valeur comme fondement de l'ordre constitutionnel démocratique. Pour autant que je puisse toutefois en juger à partir de ma connaissance de l'oeuvre de Weber, cette interprétation est foncièrement erronée, et je crois que Wolfgang Mommsen, qui prend la position contraire, met bien davantage en lumière la pensée profonde de Weber³⁷.

IV. Wolfgang Mommsen : légalité formelle et légitimité plébiscitaire charismatique chez Weber

Si Winckelmann trace une certaine affinité de pensée entre Weber et Carl Schmitt, ceci se limite strictement, il importe de le souligner, au problème des rapports entre les concepts de légalité et de légitimité. Sur le plan de la politique concrète, Winckelmann oppose les positions de Schmitt à celles de Weber, sans s'attarder beaucoup à cette question, dont la solution lui paraît évidente : la notion de légitimité plébiscitaire, chez Weber, serait une modalité de la domination légale, d'essence démocratique; alors que lorsque Schmitt emploie les mêmes termes, il se rattache à un type très différent de domination politique, soit la domination charismatique³⁸. Par ailleurs, au regard du concept même de légitimité, l'argument de Winckelmann vise en définitive à préserver une acception de la notion de légalité qui puisse échapper à la critique schmittienne. Cette critique frappe juste, dans la mesure uniquement où la légalité se voit réduite à une exigence purement formelle, comme ce fut le cas dans l'Allemagne de Weimar. À l'encontre de cette vision réductrice, Winckelmann croit trouver chez Weber une appréhension de la légalité associant à la fois rationalité formelle et validité matérielle, susceptible par conséquent d'assurer une légitimation authentique, et s'inscrivant

37. Rejettant notamment l'argumentation de Winckelmann : Jürgen Habermas, *Legitimation Crisis*, Boston, Beacon Press, 1975, p. 100; Maria Jose Farinas Dulce, *La sociologia del derecho de Max Weber*, Madrid, Editorial Civitas, 1991, p. 379 sq.; Catherine Colliot-Thélène, *Le Désenchantement de l'État. De Hegel à Max Weber*, Paris, Éditions de Minuit, 1992, p. 234 sq.

38. Johannes Winckelmann, *op. cit.*, p. 80 sq.

sans ambiguïtés dans la tradition libérale. Ceci revient à opposer très nettement (mais non toutefois quant au diagnostic sur le contemporain) la vue de Weber à celle de Schmitt, puisque la dissociation de la légalité et de la légitimité se voit clairement sous-tendue, chez ce dernier, par un parti-pris hostile au libéralisme.

La frontière entre les idées politiques de Weber et celles de Schmitt demeure beaucoup plus floue, suivant l'analyse qu'en fait Wolfgang Mommsen dans son ouvrage *Max Weber et la politique allemande*³⁹, dont la 1^{ère} édition date de 1959. L'on peut résumer ainsi les thèses que développe Mommsen, à l'encontre de Winckelmann :

1. Le concept de légalité chez Weber revêt une portée uniquement formelle, ne concernant que la procédure formellement correcte d'édiction des normes. Carl Schmitt avait bien saisi la mise à l'écart des considérants rationnels en valeur que présuppose la notion wébérienne de légalité, et sa critique est justifiée sur ce point⁴⁰.
2. En même temps, Weber estimait que dans les conditions de l'État moderne de masse, la force légitimante de la croyance en la légalité formelle demeure beaucoup trop faible pour conférer une stabilité réelle à la domination⁴¹. Weber croyait que la domination devait reposer dans une large mesure sur la croyance, de type émotionnelle et à la limite irrationnelle, en la légitimité de l'autorité charismatique. C'est ce qui fonde, chez Weber, la notion de démocratie plébiscitaire. Contrairement à ce qu'avance Winckelmann, cette notion ne se rattache pas à l'idéal-type de la domination légale, mais très nettement à celui de la domination charismatique. Ce faisant, Weber visait à limiter le pouvoir effectif de la représentation parlementaire, au bénéfice d'un président, doté de larges pouvoirs et s'appuyant sur la confiance immédiate du peuple⁴².
3. L'analyse des rapports entre légalité et légitimité chez Weber ne peut donc être présentée, à l'encontre de ce que prétend Winckelmann, comme fonction d'une conception rationnelle en valeur des fondements de l'ordre constitutionnel démocratique. Bien au contraire, cette analyse

39. Wolfgang Mommsen, *op. cit.*

40. *Ibid.*, p. 504n.

41. *Ibid.*, p. 505.

42. *Ibid.*, p. 447.

comporte des dangers réels pour le maintien de la démocratie, dont Weber toutefois n'était pas nécessairement conscient. Si l'on compare, dans cette perspective, les positions politiques de Carl Schmitt et de Max Weber, le constat suivant peut être tracé. Weber a voulu fonder la constitution de Weimar sur deux principes de légitimation se complétant mutuellement, soit, d'une part, la légalité formelle de l'État législatif parlementaire, d'autre part, la légitimité charismatique du président du Reich élu directement par le peuple. Alors que Schmitt ne retiendra que le second principe de légitimation, la légitimité charismatique plébiscitaire, qu'il opposera directement à la légalité formelle liée au parlementarisme⁴³.

Il est clair que Weber, à la différence de Schmitt, n'a jamais défendu une telle mise en question du parlementarisme. Il n'en reste pas moins que, pour Mommsen, les thèses de Carl Schmitt représentent « un prolongement certes unilatéral, mais placé dans la mouvance des exigences wébériennes »⁴⁴. Suivant Mommsen, Weber voyait dans le développement de la légitimité charismatique un contrepoids indispensable à ce qui lui paraissait être la menace principale, soit l'ankylose bureaucratique généralisée de la société moderne de masse, sans déceler les dangers d'une dérive de cette forme de légitimation vers un État autoritaire. Et Mommsen de citer la remarque suivante du philosophe Karl Löwith, généralement fort bienveillant à l'endroit de Max Weber :

• Il a frayé la voie de l'État hégémonique autoritaire et dictatorial positivement en défendant l'hégémonie irrationnelle "charismatique" et la "domination hégémonique avec machine", et négativement par l'absence voulue de contenu, par l'aspect formel de son ethos politique dont la dernière instance n'était que le choix résolu d'une règle valorielle parmi d'autres, peu importait laquelle!⁴⁵.

43. *Ibid.*, p. 478 sq.

44. *Ibid.*, p. 479.

45. *Mass und Wort*, 3^e année, fascicule 1, 1939, p. 71 [cité dans Mommsen, *ibid.*, p. 511n.]. Il importe toutefois d'observer ici que Karl Löwith a marqué de la manière la plus nette l'opposition existant entre la pensée politique de Weber et celle de Carl Schmitt. Voir Karl Löwith, « Max Weber und seine Nachfolger » (1939/1940), dans *Sämtliche Schriften*, vol. 5, Stuttgart, J.B. Metzlersche Verlagsbuchhandlung, 1988, p. 408-418.

V. Remarques critiques

Je pense que dans ses grandes lignes l'analyse de Mommsen est fort juste, et doit prévaloir sur l'interprétation proposée par Winckelmann, laquelle, tel que mentionné, me paraît foncièrement erronée. L'on peut invoquer à cet effet les motifs suivants :

- a) Weber opte nettement pour le positivisme juridique et rejette catégoriquement toute possibilité de fonder la légitimité de la domination sur une validité rationnelle en valeur issue du droit naturel. En effet, d'une part, sur le plan de l'épistémologie du droit, la distinction entre l'être et le devoir-être, entre le fait et la valeur, exclut toute possibilité d'une déduction univoque de principes rationnels en valeur. D'autre part, du point de vue de la sociologie empirique, la rationalisation du monde moderne et ses corollaires, le désenchantement, mais aussi la différenciation des sphères d'activité, s'orientant chacune en fonction d'un ethos spécifique, empêche irrémédiablement toute reconnaissance de valeurs supposées objectives, et tout consensus à ce sujet⁴⁶. C'est plutôt la situation contraire qui prévaut : la société moderne est condamnée au polythéisme et à l'antagonisme des valeurs.
- b) La notion de domination légale rationnelle chez Weber repose sur une appréhension purement formelle du concept de légalité. Cela apparaît de manière très nette, du fait que Weber définit la direction bureaucratique comme étant le type le plus pur de la domination légale⁴⁷. Weber souligne que ce type de domination implique « la création du droit à *discretion* au moyen de statuts *formellement corrects* »⁴⁸. Weber ajoute que « N'importe quel droit peut être établi rationnellement... »⁴⁹. Il demeure manifeste, à l'encontre de la prétention de Winckelman, qu'il ne saurait être question ici de limites substantives inhérentes, qui détermineraient, dans une perspective rationnelle en valeur, le contenu admissible des normes juridiques.
- c) Au surplus, l'idéal-type de la domination légale est construit en étroite correspondance avec le concept de la

46. Sur ce point, voir Wolfgang Mommsen, *op. cit.*, p. 503.

47. Max Weber, *op. cit.*, p. 126 [tr. fr. p. 226].

48. Max Weber, « Die drei reinen Typen des legitimen Herrschaft », *supra*, note 5, p. 475.

49. Max Weber, *op. cit.*, p. 125 [tr. fr. p. 223].

rationalité juridique formelle, que Weber développe en particulier dans sa *Sociologie du droit*⁵⁰. Or Winckelmann néglige complètement le fait que Weber n'établit pas une relation de complémentarité entre les éléments formels et matériels de la rationalité juridique, mais pose au contraire une antinomie fondamentale, irréductible, entre la rationalité juridique formelle et la rationalité juridique matérielle. La rationalisation du droit se voit ramenée essentiellement, dans la perspective de Weber, au déploiement de la rationalité formelle, c'est-à-dire à la mise en cohérence logique et à la systématisation du droit, ce qui implique la mise à l'écart de la rationalité juridique matérielle, soit de toute interférence de principes et valeurs extra-juridiques, d'ordre religieux, éthique, ou politique. C'est à cette seule condition que le droit peut se développer d'une manière rationnelle en finalité, comme pur instrument technique, d'un haut niveau de prévisibilité.

La rationalisation de l'administration dans le cadre de la domination légale est envisagée exactement de la même manière. Ceci paraît évident lorsque Weber écrit par exemple :

• L'administration purement bureaucratique, donc fondée sur la conformité aux actes, l'administration bureaucratique-monocratique, par sa précision, sa permanence, sa discipline, son rigorisme et la confiance qu'elle inspire, par conséquent par son caractère de prévisibilité pour le détenteur du pouvoir comme pour les intéressés, perfectible qu'elle est du point de vue purement technique afin d'atteindre le maximum de rendement — cette administration est, de toute expérience, la forme de pratique de la domination *la plus rationnelle* du point de vue formel.⁵¹

Si Mommsen, dans son interprétation de Weber, a donc raison, pour l'essentiel, de prendre parti contre Winckelmann, je crois néanmoins important d'émettre la réserve qui suit. Au regard de la théorie du droit, la critique principale qui peut être formulée, tient à ce que Mommsen, dans la poursuite de sa démonstration des dangers de la conception de Weber du point de vue d'une théorie démocratique de la constitution, en vient à tracer un continuum entre les concepts de légalité formelle et de légitimité charismatique plébiscitaire. Weber passerait aisément d'un concept à l'autre, car

50. *Ibid.*, p. 387-513 [tr. fr. *Sociologie du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1986].

51. *Ibid.*, p. 128 [tr. fr. p. 229].

les deux participent d'une mise entre parenthèse de la rationalité en valeur comme fondement de l'ordre constitutionnel.

À mon avis, ces deux notions de la légalité formelle et de la légitimité charismatique se rattachent au contraire à deux types nettement distincts et opposés de la pensée juridique, si bien que leur présence simultanée chez Weber paraît problématique. La notion de légalité formelle (j'emprunte ici aux distinctions formulées par Carl Schmitt⁵²) se rattache à une conception normativiste du droit. Comme fondement de la domination légale, elle signifie que ce ne sont pas les hommes, mais les normes et règles juridiques qui dominent. La domination est essentiellement impersonnelle et objective; comme l'écrit Weber :

« Le détenteur légal du pouvoir, le "supérieur", lorsqu'il statue, et partant lorsqu'il ordonne, obéit pour sa part à l'ordre impersonnel par lequel il oriente ses dispositions ».

[...]

« Les membres du groupement, en obéissant au détenteur du pouvoir, n'obéissent pas à sa personne mais à des règlements impersonnels; par conséquent ils ne sont tenus de lui obéir que dans les limites de la compétence objective, rationnellement délimitée, que lesdits règlements fixent »⁵³.

La notion de légitimité charismatique correspond pour sa part à une conception décisionniste du droit. Celle-ci signifie que le fondement de la validité juridique réside dans un acte de volonté, dans une décision, qui est antérieure à la norme et dont celle-ci découle. La domination, dans cette perspective, se veut avant tout personnelle et subjective.

Nous devons parler ici, à mon avis, de la structure antinomique de la pensée juridique de Weber⁵⁴, qui s'appuie, dans son analyse du droit public et du droit constitutionnel en particulier, sur un rapport problématique entre normativisme et décisionnisme. L'identité de la légalité et de la légitimité, le concept de la domination légale comme soumission à la règle objective et impersonnelle, découlent du point de vue normativiste qui revêt une importance certaine

52. Voir Carl Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hambourg, Hanseatische Verlaganstalt, 1934.

53. Max Weber, *op. cit.*, p. 125 [tr. fr. p. 223].

54. Wolfgang Mommsen a précisément attiré l'attention sur le caractère antinomique de la pensée de Weber (« The Antinomical Structure of Weber's Thought », dans *The Political and Social Theory of Max Weber*, *op. cit.*, p. 24-43), sans en tirer toutefois de manière explicite les conséquences au regard de la conception wébérienne du droit.

chez Weber. L'on pourrait faire à ce sujet certains rapprochements entre Weber et Hans Kelsen, notamment au regard de l'ouvrage de ce dernier sur *La Démocratie. Sa nature. Sa valeur*⁵⁵.

Il ne faut pas perdre de vue toutefois que la notion de domination légale demeure chez Weber un idéaltype, une construction intellectuelle, qui n'entend mettre en lumière que certains aspects de la croyance en la légalité dans le cadre de la modernité, sans en épuiser toutes les facettes. Lorsque Weber s'attache à l'analyse de la situation politique concrète — je pense à ses écrits politiques et constitutionnels en particulier⁵⁶ — le concept de légitimité charismatique, fondé sur un point de vue décisionniste, revêt une importance primordiale.

En conséquence, le problème de la légitimité chez Weber ne se ramène pas à la simple régularité procédurale formelle de la création et de l'application des normes : la position wébérienne ne saurait être réduite à une pure identité de la légalité et de la légitimité⁵⁷, la rationalité juridique formelle ne livrant pas le critère définitif de légitimation de l'ordre juridique et politique contemporain.

Conclusion

Les travaux de Winckelmann et de Mommsen visent à mettre en garde contre les dangers d'une conception de la légitimité qui prétende faire abstraction de la rationalité en valeur comme fondement de la validité de l'ordre juridique et politique. Il me semble difficile de ne pas prendre au sérieux cet avertissement. En ce sens la conception wébérienne laquelle, comme le démontre fort bien

55. Hans Kelsen, *La Démocratie. Sa nature. Sa valeur*, [tr. fr. Charles Eisenmann, Paris, Economica, collection « Classiques », Série politique et constitutionnelle, 1988]. Sur la convergence existant sur divers points, entre la pensée de Kelsen et celle de Max Weber, voir Norberto Bobbio, « Max Weber und Hans Kelsen », dans Manfred Rehbinder et Klaus-Peter Tieck (dirs), *Max Weber als Rechtssoziologe*, Berlin, Duncker & Humblot, 1987, p. 109-126.

56. Voir notamment : « Wahlrecht und Demokratie in Deutschland » (p. 245-291); « Parlament und Regierung um neugeordneten Deutschland » (p. 306-443); « Der Reichspräsident » (p. 498-501), dans Max Weber *Gesammelte Politische Schriften* (5^e édition), Tübingen, J.C.B. Mohr, 1988. Voir aussi, dans le même recueil, « Politik als Beruf » (p. 505-560) [tr. fr. dans *Le Savant et le Politique*, Paris, Plon, 1959, p. 99-185].

57. Voir, quoique dans une perspective différente, Simona Andrini, *La practica della razionalita. Diritto e potere in Max Weber*, Milan, Franco Angeli, 1990, p. 64 sq.

Mommsen, écarte les considérants rationnels en valeur en tant que fondements de la légitimité, semble nettement insatisfaisante. Weber en particulier a grandement sous-estimé l'importance persistante (et à bien des égards la nette progression) de la rationalité en valeur, pour la théorie et la pratique contemporaines du droit. L'on se référera avant tout ici, bien entendu, au développement des normes et principes relatifs aux libertés et droits fondamentaux.

Ceci ne prive cependant pas de toute pertinence, il s'en faut de beaucoup, l'analyse wébérienne. L'identité de la légitimité et de la légalité formelle, qui sous-tend l'idéal-type de la domination légale, provient chez Weber de la conviction qu'un consensus quant aux valeurs est désormais impossible, dans les conditions de la société contemporaine de masse. Celle-ci demeure plutôt marquée, tel que souligné, par le polythéisme et par l'antagonisme des valeurs. Le diagnostic wébérien paraîtra assurément trop pessimiste. Il n'en reste pas moins que l'objection que formule Weber, à l'encontre de la possibilité d'un consensus rationnel quant aux valeurs, nous prévient contre l'illusion d'une appréciation exagérée du rôle que peuvent jouer la proclamation et la mise en oeuvre des libertés et droits de la personne comme base de la légitimité. En fait le champ des libertés et droits fondamentaux, lorsqu'objet de garanties constitutionnelles et institutionnelles, devient lui-même le lieu de conflits de valeurs, parfois exacerbés, si bien que le problème des fondements en légitimité du droit et de l'État, dans une perspective rationnelle en valeur, n'est aucunement résolu pour autant.

Je crois que l'on pourrait par ailleurs prolonger la réflexion de Weber en avançant que dans les sociétés occidentales contemporaines, plusieurs principes de légitimité sont à l'oeuvre, qui sont parfois complémentaires, mais qui souvent en fait représentent des vecteurs antagonistes. En outre de la rationalité en valeur centrée sur la figure des droits et libertés de la personne, nous retrouvons ainsi la rationalité formelle que traduit l'idée de légalité, la rationalité en finalité qui correspond à une légitimation fondée sur la performance ou l'efficacité des interventions de l'État⁵⁸, la tradition, et enfin, bien sûr, la légitimité de type charismatique.

58. Voir François Ost, *op. cit.*, p. 192 *sq.*, lequel distingue clairement la légitimité comme légalité (laquelle trouve son expression initiale dans l'idéal-type wébérien de la domination légale, et sa traduction juridique dans la théorie pure de Kelsen), et la légitimité comme efficacité (dont la formulation la plus explicite serait le fait des travaux de Niklas Luhmann).

Si l'on prend en considération cette notion de la légitimité charismatique, à laquelle Weber attachait une importance capitale — et l'on admettra que son point de vue a été en partie confirmé par l'histoire des sociétés occidentales au XX^e siècle —, il est permis d'avancer que l'intérêt de la position wébérienne réside en définitive dans le privilège attribué, comme pivot d'une théorie du politique, à la situation d'exception. Weber s'insère ici dans un courant de pensée qui remonte à Machiavel et à Hobbes, et qui trouve son prolongement, entre autres, chez Carl Schmitt⁵⁹. La situation d'exception, le cas-limite, fait appel davantage à la décision qu'à la raison : et c'est pourquoi la légitimité charismatique, quelles que soient les rationalisations présentées comme justification de la décision, demeure appelée à jouer en de telles circonstances un rôle éminent.

L'importance conférée par Weber au cas-limite explique pourquoi c'est se méprendre totalement sur sa pensée que de réduire sa position à une pure identité de la légalité formelle et de la légitimité. Une telle identité relève nettement, comme je l'ai souligné, d'une conception normativiste du droit, un point de vue que Weber ne rejetait pas *a priori* — au contraire de l'hostilité foncière que manifesterà toujours Schmitt à l'endroit du normativisme —, mais qui n'exprime certes pas le fond de sa pensée quant aux rapports entre droit et politique.

Même si nous devons considérer que cette notion de l'autorité fondée sur le charisme recèle de grave dangers, que Weber, de toute évidence, a profondément mésestimés, je crois qu'une théorie de la démocratie qui tienne compte des réalités politiques, doit être attentive à l'influence, dans une certaine mesure inévitable, de la légitimité charismatique, à condition bien sûr que cette forme de légitimation ne prétende pas se développer au détriment d'autres vecteurs de la légitimité, tels la rationalité en valeur et le principe de légalité.

Le problème des rapports entre légitimité et légalité, dans le cadre particulièrement complexe des sociétés contemporaines, ne se

59. Voir Philippe Raynaud, « Faire » et « connaître » dans la philosophie politique moderne », dans Paul Aselek, *Théorie du droit et science*, Paris, Presses universitaires de France, collection « Léviathan », 1994, p. 46 : « Depuis Machiavel jusqu'à Max Weber et Carl Schmitt, le privilège donné à l'urgence est le plus constant des problématiques "décisionnistes"... ». Voir aussi Raymond Aron, « Introduction », dans Max Weber, *Le Savant et le Politique*, *op. cit.*, p. 42.

réduit pas, par conséquent, à une alternative simple entre régularité de la forme procédurale et validité matérielle des fondements du droit. Il importe en effet de tenir compte, d'une part, de l'antinomie de la *wertrationalität* (rationalité en valeur) et de la *zweckrationalität* (rationalité en finalité), celle-ci s'identifiant bien davantage à la raison technocratique centrée sur l'efficacité et la performance, qu'à la raison juridique formelle orientée vers la cohérence logique du droit; d'autre part, de la tension toujours présente entre les modes objectifs et impersonnels de légitimation (la domination légale rationnelle au sens wébérien), et la légitimité fondée sur une adhésion avant tout subjective et émotionnelle à l'autorité, de type charismatique.

*Conseiller juridique à
la Commission des droits de la personne du Québec
— Direction de la recherche*

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

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

Aux fins de cet écrit, nous avons voulu privilégier le postmodernisme émanant du mouvement poststructuraliste français que nous considérons à la fois comme le plus radical et le plus significatif de ce mode de pensée. Nous nous proposons de nous attarder plus particulièrement à la pensée postmoderne formulée par des penseurs comme Jean-François Lyotard et Jacques Derrida, et plus spécifiquement, dans le domaine de la philosophie du droit, au livre de Costas Douzinas et Ronnie Warrington intitulé : *Postmoderne jurisprudence : The Law of Text in the Texts of Law*¹.

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

1. Costas Douzinas et Ronnie Warrington, avec Shaun McVeigh, *Postmodern Jurisprudence. The Law of Text in the Texts of Law*, Londres et New York, Routledge, 1991.

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

1. Le paradigme postmoderne

Tout d'abord, examinons le paradigme philosophique du postmodernisme tel que développé par J.-F. Lyotard et J. Derrida². Dans cette optique, nous nous concentrerons sur la critique du « logocentrisme » tel qu'ils l'ont énoncé, à savoir sur la tradition occidentale de la rationalité. Nous insisterons sur la façon dont l'image de l'« autre de la raison » évacue la question de rationalité. Dans ce sens, nous soulignerons l'enracinement du postmodernisme dans l'horizon nietzschéen. Voyons un peu cet « autre de la raison » tel que défini par Nietzsche.

1.1 Nietzsche et l'« autre de la raison »

Qu'en est-il de cette notion d'« autre de la raison » pour Nietzsche. La tradition rationaliste occidentale se bâtit sur le langage discursif. Or, chez Nietzsche, le discours et les mots sont « au service des fonctions physiologiques »³. Nietzsche prétend, d'une part, que les mots sont secondaires puisqu'ils ne reflètent que les signes de la pensée. Il soutient également que les actions sociales et humaines accompagnant les mots ne sont en réalité que des trompes l'œil. L'alternative du logocentrisme réside dans les « fonctions physiologiques », à savoir dans le corps humain. La réalité pour l'homme, de même que la « vérité » des mots, repose selon Nietzsche dans le corps physique⁴.

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

-
2. Jacques Derrida, *De la grammatologie*, Paris, Minuit, 1967; *L'Écriture et la différence*, Paris, Seuil, 1967; *La Dissémination*, Paris, Seuil, 1972. Jean-François Lyotard, *La Condition postmoderne*, Paris, Minuit, 1979; *Le Postmoderne expliqué aux enfants*, Paris, Galilée, 1988; *Moralités postmodernes*, Paris, Galilée, 1993.
 3. F. Nietzsche, *Aurore. Pensées sur les préjugés moraux*, Paris, Gallimard, ((Euvres philosophiques complètes), 1980, page 326.
 4. F. Nietzsche, *Œuvres*, Jean Lacoste et Jacques Le Rider (éds), Paris, Robert Laffont, 1993, tome 2, p. 307 et p. 1020.

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

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

Puis, le corps comme « fondement » ou origine s'entend comme source d'interprétation. Nietzsche ne croit pas que la réalité du corps est substance ou chose, mais plutôt mouvement et rapport de forces; d'où émanera l'idée de volonté de puissance comme détermination ontologique. Il s'ensuit que cette notion d'interprétation exige qu'on se rende maître des textes et des discours. Or, dans ce processus d'interprétation, le corps fonctionne selon un schème d'interprétation bien précis. Comme l'affirme Éric Blondel :

• Interpréter, c'est, face à une pluralité, choisir des possibilités de sens d'un signe ou d'un ensemble de signes polysémiques. C'est à la fois livrer le signe à sa plurivocité, *et* forcément abrégé celle-ci : c'est *libérer* et *dominer*, se rendre maître par des exclusives⁵.

La réalité comme la « vérité » du monde est un jeu interprétatif. Chaque être interprète son monde, et les textes, selon sa perspective propre. Il n'existe aucune réalité ni vérité autre que ce processus d'interprétation. Puisque nous ne partageons pas le même corps, chaque interprétation est unique en soi. Lorsque Nietzsche compare l'interprétation au jeu, il présente alors la multitude d'interprétation comme un jeu infini. Un jeu où chaque être veut voir imposer sa vision du monde.

5. Éric Blondel, *Nietzsche le corps et la culture. La Philosophie comme généalogie philosophique*, Paris, Presses universitaires de France, 1986, p. 315.

Forts de cette vision nietzschéenne, nous nous proposons maintenant de rechercher comment le postmodernisme a repris le projet nietzschéen en lui donnant une connotation radicale. Penchons-nous d'abord sur la notion de déconstruction.

1.2 Déconstruction

Le premier aspect du postmodernisme que nous désirons analyser est la notion de « déconstruction »⁶. Tel que nous le verrons, cette notion n'est pas une méthode mais une façon de mettre de côté la question de la raison. Le problème, tel que perçu par les adeptes du postmodernisme, est que Nietzsche n'est pas assez radical. Il s'emprisonne dans le logocentrisme en travaillant sur les prémisses même de ce qu'il attend critiquer.

En fait, Nietzsche prétend que ni la connaissance ni la conscience ne peuvent être juges; c'est uniquement en regardant au-dehors qu'il est possible de voir que toute connaissance est basée sur une illusion, et que la conscience, par conséquent, n'est que l'illusion de cette illusion. Or, la position généalogique, tout comme la critique faite « au-dehors », est une critique basée sur une position, laquelle permet à Nietzsche de juger la non-rationalité et la non-vérité des positions adverses. Pour ce faire, il doit cependant user d'une conception de rationalité ou de vérité; c'est la condition même pour toute critique. De cette façon, la position de Nietzsche devient plutôt ambiguë, pour ne pas dire politique. Cependant une critique qui ne peut pas rendre compte de sa propre position n'est pas critique mais relève de la poésie. Conformément à ce raisonnement, Nietzsche doit-il être considéré comme un philosophe ou comme un poète culturel ?

Intervient alors la notion de « déconstruction » comme « en dedans ». Telle une non-position, une faille dans la position qui est développée par d'autres. Le postmoderniste « déconstruit » le texte. Comme le dit Derrida :

« Les mouvements de déconstruction ne sollicitent pas les structures du dehors. Ils ne sont possibles et efficaces, ils n'ajustent leurs coups qu'en habitant ces structures. En les habitant d'une certaine manière, car on habite toujours et plus encore quand on ne s'en doute pas. Opérant nécessairement de l'intérieur, empruntant structurellement, c'est-à-dire sans pouvoir en isoler des éléments et des atomes, l'entreprise de

6. J. Derrida, *De la grammatologie*, op. cit.

déconstruction est toujours d'une certaine manière emportée par son propre travail »⁷.

En d'autres mots, la notion de déconstruction signifie habiter, d'une certaine manière, le langage, les textes et les concepts. Il ne s'agit pas simplement d'habiter ces trois aspects, car la notion de structure qu'utilise Derrida se réfère à une réécriture concernant le langage, les textes et les concepts. La réécriture habite le langage, les textes et les concepts comme une interprétation. Elle habite ainsi « à l'intérieur ». Toutefois, la réécriture, en habitant le langage, les textes et les concepts, ne peut plus servir de référent au sujet de la question de rationalité.

Nous retrouvons le thème nietzschéen de l'interprétation, bien que radicalisé. L'interprétation prévoit que la déconstruction consiste à mobiliser la réécriture dans les textes en tant que discours de l'autre de la raison. Là où le logocentrisme interprète les textes comme faisant référence à l'esprit (le sens, le message, l'intention), le postmoderne interprète les textes comme faisant référence à leur propre positivité comme signe que l'interprétation poursuit comme une telle positivité. Comme une chaîne de positivité qui passe par ce qui est posé chez l'homme, à savoir sa positivité corporelle. Même si Derrida utilise les textes, ceux-ci n'ont pas comme chez Nietzsche de statut particulier, si ce n'est qu'à titre de métaphore pour la réécriture que nous tous pourrions assimiler et faire.

1.3 L'horizon apocalyptique

Le postmodernisme de Derrida et Lyotard s'inscrit sous le signe d'un horizon apocalyptique. Il s'agit maintenant de préciser la portée de l'expression « horizon apocalyptique ».

Comme point de départ, rappelons que le rationalisme occidental est toujours appuyé sur le vecteur d'un « sens » normatif. Inutile de dire que ce vecteur a bien changé au cours de l'histoire. Or, la déconstruction d'un texte, comme le chemin emprunté par un agent double, ne peut pas partager ce vecteur du sens car ce serait une contradiction. Se pose alors la question de la survivance de la déconstruction qui pour Derrida et Lyotard s'est soldée par l'élaboration de la théorie de l'horizon apocalyptique en tant qu'horizon de la pratique déconstructiviste.

Or, que signifie l'horizon apocalyptique ? En fait, sur ce point, ni Derrida ni Lyotard ne l'ont défini explicitement, car ce faisant, il

7. J. Derrida, *De la grammatologie*, op. cit., p. 39 (souligné par l'auteur).

lui aurait donné un « sens ». Bien au contraire, l'horizon apocalyptique possède un caractère de non-dit, une destination inconnue, une enveloppe affranchie sans destinataire, etc. Citons tout d'abord Derrida dans un texte qu'il a rédigé sur Kant, et intitulé « un ton apocalyptique adopté naguère en philosophie » qui évoque que :

« C'est une des suggestions que je voulais soumettre à votre discussion : l'apocalyptique ne serait-il pas une condition transcendante de tout discours, de toute expérience, même de toute marque ou de toute trace ? Et le genre d'écrits dits "apocalyptiques" au sens strict, ne serait alors qu'un exemple, une révélation *exemplaire* de cette structure transcendante. Dans ce cas, si l'apocalypse révèle, elle est d'abord révélation de l'apocalypse, auto-présentation de la structure apocalyptique du langage, de l'écriture, de l'expérience de la présence, soit du texte ou de la marque en général : *c'est-à-dire de l'envoi divisible pour lequel il n'y a pas d'autoprésentation ni de destination assurée* »⁸.

En d'autres mots, la déconstruction devient ainsi un renversement de la question du « sens » au profit d'une destination inconnue.

Lyotard raconte une fable qui reprend cette même idée :

« La fable postmoderne raconte [...]. L'Humain, ou son cerveau, est une formation matérielle [c'est-à-dire énergétique] très improbable. Cette formation est nécessairement transitoire puisqu'elle est dépendante des conditions de la vie terrienne, qui ne sont pas éternelles. La formation nommée Humain ou Cerveau devra être dépassée par une autre plus complexe, si elle doit survivre à la disparition de ces conditions. L'Humain ou le Cerveau n'aura été qu'un épisode dans le conflit entre différenciation et entropie. La poursuite de la complexité ne demande pas le perfectionnement de l'Humain, mais sa mutation ou sa défaite au bénéfice d'un système plus performant »⁹.

Le postmoderniste travaille ainsi dans la faille du texte, avec le pressentiment qu'il y existe autre chose. Toutefois, comme il est encore prisonnier du logocentrisme, à savoir de la tradition de rationalité occidentale, il n'arrive pas à identifier cette « chose ».

8. Jacques Derrida, *D'un ton apocalyptique adopté naguère en philosophie*, Paris, Galilée, 1983, p. 77-78 (souligné par l'auteur), voir aussi p. 95 et 96.
9. Jean-François Lyotard, *Moralités postmodernes*, op. cit., p. 92. Voir, Jean-François Lyotard, « Réponse à la question : Qu'est-ce que le postmoderne ? », *Critique. Revue générale des publications françaises et étrangères*, tome 37, n° 419, avril 1982, p. 367 : « Postmoderne serait à comprendre selon le paradoxe du futur (post) antérieur (modo) ».

Même les initiés ne connaissent pas la destination, sauf qu'elle est là, devant nous.

Nous pouvons également dire, en adoptant la position moderne, que l'horizon apocalyptique est assez révélateur. En effet, le postmoderniste travaille dans une perspective religieuse; il a la foi. Il a foi en des lendemains meilleurs sans avoir aucune garantie quant à la réalisation de ses espérances.

1.4 La subversion de la norme

« Qu'est-ce que juger ? ». Cette question n'est pas issue d'une perspective postmoderne, mais, comme toute les questions usant du modèle « qu'est-ce que... », elle traduit une expression de logocentrisme, typique de la métaphysique occidentale.

Qu'est-ce donc que juger ? Il n'y a pas de jugement possible dans le postmodernisme; la subversion remplace toute question sur la faculté de juger. Nous pouvons d'abord le constater dans le rejet de toute normativité et, ensuite, dans l'alternative de cette subversion.

Tournons-nous vers la question de l'écartement de la normativité dans le postmodernisme. À cet effet, voici la constatation de Lyotard :

« C'est bien à tort que les Humains se prévalent d'être les moteurs du développement et qu'ils confondent celui-ci avec le progrès de la conscience et de la civilisation. Ils en sont les produits, les véhicules et les témoins. Même les critiques qu'ils peuvent opposer au développement, à son inégalité, à son irrégularité, à sa fatalité, à son inhumanité, même ces critiques sont des expressions du développement et y contribuent. Révolutions, guerres, crises, délibérations, inventions et découvertes ne sont pas les "œuvres de l'homme", mais des effets et des conditions de la complexité. Ceux-ci sont toujours ambivalents pour les Humains, ils leur apportent le meilleur et le pire »¹⁰.

En fait, l'homme n'est pas directement responsable des révolutions, guerres, crises, délibérations, inventions et découvertes, ce sont uniquement des événements qui apportent le meilleur et le pire. Tout ceci ne survient pas par le biais de réponses et de questions, mais témoigne comme chez Nietzsche de la vie en général. Or, ce que nous venons de constater ici est vrai en regard de toute question normative. Il n'existe toutefois aucune instance pour juger de cette vie, de ces événements. Le postmodernisme de

10. Jean-François Lyotard, *Moralités postmodernes*, op. cit., p. 92-93.

Derrida et de Lyotard dédouble l'auto-image de la modernité, comme la raison, l'autonomie, la volonté, la libération, etc., avec ses contraires, la terreur, l'asservissement, la folie, la dépendance, etc. Ce dédoublement, par ses contrastes, nous fait réaliser l'état des choses dans toute sa cruauté, sa perversité, un état des choses qu'on ne peut éviter. Dès lors, les notions de raison, d'autonomie, de volonté, de libération ne peuvent plus être utilisées parce qu'elles sont stigmatisées par la marque de leurs antonymes.

L'alternative se trouve, chez Derrida et Lyotard, dans la subversion. Celle-ci peut être structurée sur la base de deux axes distincts : pouvoir ou esthétique.

Sur l'axe du pouvoir, la description que Derrida et Lyotard font de l'état des choses ne laisse pas d'autre alternative que de se demander si nous voulons être victime ou bourreau, si nous voulons être l'objet du pouvoir ou se servir de ce pouvoir. L'absence d'une théorie normative quant au fondement du pouvoir légitime et illégitime a comme conséquence que la « question » du pouvoir se perçoit uniquement en tant que « jeu » sur la scène des états de choses. Le sadomasochisme est ainsi la « vérité » sur la société, et toutes les théories politiques et juridiques ne sont que des illusions ou des idéologies masquant ce qui se passe « vraiment » dans la société, dans la « vie ».

Sur l'axe de l'esthétique, en guise de subversion esthétique, Derrida et Lyotard tentent de mobiliser ce qui pour eux semble encore disponible pour contrecarrer, pour subvertir, la modernité comme projet normatif. C'est justement ici qu'ils vont recourir à la littérature soi-disant maudite : Marquis de Sade, Georges Bataille, Antonin Artaud, Stéphane Mallarmé, Raymond Roussel et Maurice Blanchot. En fait, ce qui les intéresse dans ces livres, ce n'est pas la dimension littéraire comme telle mais l'image de l'« autre de la raison » qui s'y trouve. Dans les fantasmes érotico-sadiques, les transgressions et les dépassements, de même que dans la folie, Derrida et Lyotard présentent l'idée d'une subversion esthétique authentique parce qu'ils sont, selon eux, le moins possible contaminés par l'état des choses ou par le logocentrisme et aussi le plus proche de la « vie » dans toute sa cruauté, et dans sa beauté. De fait, ces auteurs évoquent de façon paradigmatique la figure de l'autre de la raison de Nietzsche, et la relation avec la figure du corps ne fait pour eux aucun doute. De plus, ces derniers compareront la subversion esthétique à une écriture dans la faille de la modernité.

Précisons que le résultat de cette subversion est la déperdition de sens de l'instance de jugement et de la faculté de juger. La

phronesis d'Aristote ou l'*Urteilskraft* de Kant sont des notions qui n'ont plus leur place. Il n'y a plus de fondement au jugement. Il n'y a plus aucune instance normative permettant de juger.

Mais également, il faut insister sur le *positiviste* qui se manifeste dans le postmodernisme. En voulant éliminer le logocentrisme, et toute dualité, la théorie postmoderne s'affiche comme entièrement « *posifiée* ». Pourtant, il s'agit d'un positivisme bien particulier qui n'a rien à voir avec un positivisme juridique scientifique.

2. Postmodernité et droit

À partir de notre analyse du paradigme postmoderne, nous pouvons maintenant nous orienter vers le déploiement de ce paradigme en droit. Pour ce faire, nous pousserons notre analyse vers des théories de philosophie ou de droit qui reposent sur le paradigme. Dans cette perspective bien précise, nous avons privilégié, comme nous l'avons mentionné auparavant, le volume écrit par Costas Douzinas et Ronnie Warrington et intitulé : « *Postmodern jurisprudence. The Law of Text in the Texts of Law* »¹¹. Ces auteurs nous disent :

« Le poststructuralisme marque la fin de tous les grands récits et de toute mention, tant à Dieu, qu'à la vérité et à la forme, et met l'accent sur la fin de l'homme en tant que créateur, qu'épicentre de l'histoire et de la représentation. Le rôle de la jurisprudence postmoderne est de faire ressortir les conséquences de cette idée pour le sujet de droit, détenteur de droits et de devoirs abstraits, et pour le système juridique avec ses principes, sa forme et sa raison. La jurisprudence devient postmoderne pour réaffirmer sa vive intention de s'ouvrir à des rationalités plurielles et ouvertes, et aux communautés »¹².

-
11. Costas Douzinas et Ronnie Warrington, avec Shaun McVeigh, *Postmodern Jurisprudence. The Law of Text in the Texts of Law*, op. cit.
 12. Douzinas, Costas et Ronnie Warrington, avec Shaun McVeigh, *Postmodern Jurisprudence. The Law of Text in the Texts of Law*, op. cit., page 28. Notre traduction de : « Poststructuralism has pronounced the end of all grand narratives and references, whether of God, truth or form, and has insisted on the death of man as creative author and the centred subject of history and representation. The task of postmodern jurisprudence is to bring out the consequences of this for the legal subject, possessor of abstract rights and duties, and for the legal system of principles, forms and reason. Jurisprudence goes postmodern in order to retain and redraw its old commitment to plural and open forms of reason(s) and communities ».

Tout en conservant cette donnée comme première prémisse, nous nous interrogerons sur un premier élément de la théorie post-moderne du droit à savoir : la mort de l'homme. Puis, nous nous attarderons sur l'analyse de l'affirmation relative à la fin des grands récits juridiques, et enfin nous terminerons cet exposé par un bref regard sur le rôle du postmodernisme en droit.

2.1 Le droit, la mort de l'homme et la question de sens

Le thème de la mort de l'homme est symptomatique pour le postmodernisme. Analysons maintenant cette affirmation et sa signification pour le droit.

Douzinan et Warrington affirment, comme nous venons de le voir, la mort de l'homme en tant qu'auteur et sujet de l'histoire ainsi que toute représentation de ces deux aspects. Limitons-nous, dans le cadre de cet exposé, à l'affirmation prônant la mort de l'homme comme auteur. Il nous semble important de souligner qu'il s'agit de l'homme, auteur ou créateur, entre autres, de textes juridiques. Cette constatation nous oriente vers le langage en droit.

Si nous nous tournons vers la philosophie du langage, nous pouvons dire que l'image traditionnelle réside dans l'affirmation du langage comme possibilité de production de sens intersubjectif et dans la problématisation d'un locuteur et d'un auditeur quant à la compréhension. L'important dans cette image est que la production du sens est située tant horizontalement que verticalement. Horizontalement, la production du sens tient compte du fait que les utilisateurs d'un langage sont personnalisés et socialisés dans ce même langage. Verticalement, la production du sens prend en considération que tant le locuteur que l'auditeur peuvent, dans la limite de la raison, utiliser ce langage de façon créative.

Or, en confirmant que l'homme est mort en tant qu'auteur, Douzinan et Warrington, ne cherchent rien de plus que de remplacer la question du sens par l'affirmation des signes pour comprendre le droit. L'homme est mort; seuls les signes demeurent.

Nous pouvons comprendre le raisonnement que fait le postmoderniste en reprenant l'image de la musique. Selon le postmodernisme, la musique n'est fondée sur aucune substance ni sur aucun sens. Les signes graphiques utilisés par le soi-disant compositeur ne sont pas de la musique. Ils deviendront de la musique lors de leur interprétation. Les signes ne peuvent être interprétés qu'individuellement, mais l'interprétation n'a aucune réalité en dehors des sons. Il n'existe aucune similarité entre les sons et les signes graphiques du compositeur. De plus, les interprétations

varient à l'infini, d'un individu à l'autre. Comme le soutiennent Douzinas et Warrington :

• Les signes musicaux et linguistiques n'exigent point une présence imaginative ou conventionnelle. Ils existent en tant que répétition productive laquelle crée ce qu'ils répètent ¹³.

Or, ce paradigme interprétatif qui a sa raison d'être dans le domaine de l'esthétique, le postmodernisme le transpose vers le droit. L'interprétation du texte juridique est une œuvre d'art où l'interprétation fait vivre le texte comme l'expression esthétique.

En fait, la compréhension d'un texte juridique, pour Douzinas et Warrington, signifie ceci :

• En outre, afin qu'un signe fonctionne, il doit être répétitif. La répétitivité est un élément essentiel du signe. Toutefois, étant donné que chaque répétition émerge d'un nouveau contexte, aucun sens n'est jamais pareil, et, par conséquent, aucun signe répété n'est identique. La répétitivité, raison primordiale pour laquelle un signe ne peut recevoir une identité propre, relève également du champ de la productivité. Dans la répétition, le signe compromet toute distinction entre l'original et la copie, l'authentique et le dérivé, l'essence et l'expression, le contexte et la forme. Toutes ces antinomies entrent en jeu par la logique de la répétition incessante ¹⁴.

Ils poursuivent comme suit :

• [...] puisque la subjectivité fait partie intégrante du langage, aucun individu n'est véritablement présent à lui-même. Lorsque nous utilisons des signes pour penser, réfléchir sur nous-même et expérimenter le monde, le seul fait de suspendre le sens du langage affecte chaque aspect de notre existence ¹⁵.

13. Costas Douzinas et Ronnie Warrington, *op. cit.*, p. 132. Notre traduction : « Both musical and linguistic signs do not recollect an imaginary or contractual presence. They exist as productive repetitions that create what they repeat ». Voir, Georges Liébert, « Nietzsche et la musique », dans Friedrich Nietzsche, *Œuvres, op. cit.*, tome 2, p. 1453-1552.

14. Costas Douzinas and Ronnie Warrington, *op. cit.*; p. 47. Notre traduction : « Furthermore, for a sign to work, it must be repeatable. Repeatability is the mark of the sign. But then as each repetition occurs in a new context, no meaning is ever the same, and no sign is identically repeated. Repeatability, the cause of the sign's lack of absolute identity, is also a field of productivity. In repeating, the sign defies all distinguishing lines by original and copy, authentic and derivative, essence and expression, context and form. All these oppositions are put into play by the logic of incessant repetition ».

15. Costas Douzinas et Ronnie Warrington, *op. cit.*, p. 47-48. Notre traduction : « Even more, as the subjectivity is constructed in langage,

Par conséquent, comme dans la perspective nietzschéenne, le sens d'un texte juridique se fait dans le processus d'interprétation, et ce processus d'interprétation est le flux de signe qui s'enchaîne au rythme de la répétition interprétative que fait le corps de chaque individu. Car la subjectivité dont parlent Douzinas et Warrington n'est pas une subjectivité moderne, mais une « subjectivité » corporelle dans le sens nietzschéen. Comme la musique crée des émotions profondes chez les auditeurs, l'interprétation juridique crée également une émotion profonde chez les personnes qui se placent devant les signes linguistiques du droit. La création émotionnelle qui monte dans le corps des individus crée l'interprétation du droit d'abord dans la manifestation invisible de ces mouvements internes, puis, dans les signes du langage, et, enfin, la traduit dans un vouloir plus conscient. En effet l'interprétation du droit ne dépend que de l'instinct esthétique originaire. L'interpréter n'est pas de « penser selon des fins », comme l'enseigne la modernité juridique, mais d'« écouter » comment les signes s'enchaînent dans la réception et la narration des signes.

Selon Douzinas et Warrington l'interprétation juridique est « un fait » linguistique. L'interprétation se moule dans la factualité de l'ordre juridique en place. Plus précisément dans la factualité vue comme un jeu interprétatif du langage juridique dans lequel chaque être doit nécessairement imposer simultanément sa « place » dans le monde, à savoir sa vision, de même que les signes qui pour lui font sens dans l'interprétation. L'interprétation est idéosyncrasique.

Le sens n'est donc plus qu'une perspective que le Moi adopte pour des raisons stratégiques ou poétiques. Si seule l'interprétation que le Moi peut ajouter au texte compte, le postmodernisme débouche sur une impasse. En effet, si, comme le dit Charles Taylor, l'authenticité du Moi ne fait référence qu'à Moi, et à ma volonté de pouvoir, cette démarche « revient à éliminer tout ce qui pourrait compter »¹⁶. Ou pour le dire autrement, élimination de l'histoire, de la nature, de la société, des exigences de solidarité, ou encore de l'intersubjectivité. Des mouvements comme le féminisme postmoderne, le mouvement critique postmoderne du droit, et d'autres qui ont opté pour cette forme de postmodernité, travaillent ainsi dans

no person is ever fully present to him or herself. As we use signs to think, to search our soul and to experience the worlds, the suspension of meaning in language affect every aspect of our existence ».

16. Charles Taylor, *Grandeur et misère de la modernité*, Montréal, Bellarmin, 1992, p. 58.

une contradiction performative. Déconstruisant toute narrativité au nom d'une norme ne s'avançant pas comme telle.

2.2 La fin du grand récit juridique

Examinons maintenant cette affirmation de Douzinas et Warrington annonçant la fin du grand récit, narratif ou juridique. Par la suite, nous analyserons cette affirmation et les conséquences qui en découlent pour le droit.

Douzinas et Warrington transposent ce thème clé du paradigme postmoderne dans le droit en vue d'annoncer la fin du rationalisme juridique. En fait, suivant le postmodernisme de Derrida et de Lyotard, le logocentrisme occidental s'affirme dans différents Grands Récits concernant les notions traditionnelles de Raison, de Vérité ou de Forme¹⁷. En ce sens, le thème du Grand Récit soutient la légitimation, l'ordre, la cohérence, qui ont caractérisé la tradition rationaliste. Mais qu'est-ce que tout cela apporte au droit ?

Chez Douzinas et Warrington, il s'agit d'abord d'une critique de la philosophie du droit occidentale et, plus spécifiquement, du droit naturel rationnel, qui a véhiculé le projet moderne du droit. Le souci fondamental pour les normes s'inscrit dans ce projet. Le récit moderne recherche les normes juridiques dans la Raison, la Vérité, la Forme ou le Consensus. Dans ce contexte, les normes juridiques s'imbriquent dans un projet qui tente d'assurer une cohérence rationnelle entre ces différentes normes juridiques.

Pour le postmodernisme, il s'agit d'une illusion. Invoquant précisément la perspective de Nietzsche, Douzinas et Warrington élaborent ce qui suit :

— • Les normes sont radicalement subjectives et dépendent de la volonté de pouvoir de chaque individu. Lorsqu'aucune fondation ultime ne peut être établie ou lorsqu'il ne peut être découvert de normes s'apparentant à Dieu, à la Vérité, à la Réalité ou au Bien, toutes les valeurs s'équivalent, et tous les concepts clés de la pensée métaphysique occidentale perdent leur puissance¹⁸.

17. Jean-François Lyotard, *La condition postmoderne, op. cit.*, p. 8-9.

18. Costas Douzinas et Ronnie Warrington, *op. cit.*, p. 13. Notre traduction : « Values are radically subjective, the expression of the individual's will to power. And when no ultimate foundation can be established, or highest value discovered in God, truth, reality or the good, then all values stand in a relation of equivalence, and all key concepts of western metaphysical thought are weakened ».

Le projet moderne du droit est donc une illusion. Une illusion métaphysique à laquelle le postmodernisme s'oppose, et ce en fonction d'un souci pour la réécriture habitant la structure même des textes constitutif de la modernité juridique.

Or, comme le rejet des grands récits s'applique expressément aux concepts et aux valeurs transcendants, l'argument présenté marque également cette possibilité qu'il n'existe pas de tels concepts sinon en tant qu'expressions subjectives soumises à la volonté de pouvoir des individus.

Bien pire pour la modernité juridique, l'utilisation de tels concepts dans le procès d'adjudication n'est que l'expression d'une oppression déguisée. Étant donné que le droit est, dans cette conception, toujours impliqué dans un ordre de valeurs, le droit moderne s'affirme comme un faisceau de valeurs réalisées par les « autres », c'est-à-dire effectuées par des hommes occidentaux blancs de classe économique moyenne. Une telle réalité exclut selon le postmodernisme expressément les femmes, les jeunes, les minorités, etc. En d'autres termes les différents mouvements sociaux, religieux, ethniques, ne pourraient s'exprimer librement.

En fait, l'absence et le rejet de toute légitimation normative selon le postmodernisme juridique n'est qu'une conséquence de la vision apocalyptique que nous avons analysée auparavant. La destination inconnue que nous propose le postmodernisme ne permet pas d'opérer avec une instance normative. Mais l'incapacité de distinguer entre quelque chose de légitime ou d'illégitime se condamne dans l'univers juridique par l'incapacité de juger, et provoque l'anéantissement de toute pratique juridique.

2.3 Narrativité et littérature de droit

Passons maintenant à la question de l'alternative, ou mieux encore à cette ouverture que nous propose le postmodernisme en droit. En marge des textes juridiques, Douzinas et Warrington nous proposent deux stratégies; tout d'abord, la stratégie micro-narrative qu'ils appellent communément « narratologie critique »¹⁹, puis, celle de la « littérature » en tant que droit.

En premier lieu, voyons la stratégie micro-narrative qui a remporté un large succès dans le postmodernisme.

Le droit que présente le postmodernisme est comparé à l'exclusion, la terreur, l'oppression, l'autorité, le contrôle. Il s'agit,

19. Costas Douzinas et Ronnie Warrington, *op. cit.*, p. 109.

comme nous l'avons mentionné, d'un droit des hommes blancs de classes moyennes et victimes d'un enracinement non-questionné vis-à-vis des traditions. Le postmodernisme veut, par contre, donner la « parole » à ceux qu'ils considèrent comme exclus, victimes, opprimés, contrôlés, etc.

Or, le micro-narratif du postmodernisme juridique n'offre pas vraiment la parole aux femmes, aux exclus, etc. Cette forme de narration juridique est imprégnée par le sujet et par le logocentrisme. Par contre, le micro-narratif du postmodernisme est un jeu de séduction. Comme le décrivent si bien Douzinas et Warrington :

« L'histoire postmoderne du procès judiciaire et du droit nous les narre comme un "essaim de narrations, des narrations toutes inventées, fabriquées, écoutées, et dépassées". [...] Nous pouvons tous raconter des histoires, et ceux qui l'écoutent peuvent, à un certain moment, y changer un simple détail, et de ce fait, devenir des narrateurs d'une histoire tout à fait différente de celle racontée à l'origine à de nouveaux auditeurs, et ces derniers peuvent y changer un détail et ainsi de suite. Ces détails que nous ajoutons modifient évidemment ce qui est raconté à l'origine. Néanmoins, comme Lyotard nous le rappelle, ce type d'aménagement d'histoire manifeste une force nietzschéenne propre à oublier le passé, et ouvre la possibilité d'actions. [...] Le récit de la justice ne devient alors ni une théorie, ni une loi, mais bien une perspective »²⁰.

Autrement dit, la narration postmoderne n'est que fiction et stratégie. En comparaison avec la façon dont le narratif est conçu dans la modernité juridique où nous retrouvons la narration en tant qu'expression d'un sujet et dont l'authenticité est supposée et quelques fois contrôlée, la narration postmoderne ne demeure que fiction. Il ne s'agit pas du sujet qui se raconte, mais du récit lui-même qui se déroule par des signes que l'interprétation répète. Mais également, il n'existe pas d'authenticité ni de sincérité dans ce con-

20. Costas Douzinas et Ronnie Warrington, *op. cit.*, p. 110. Notre traduction : « The postmodern story of the trial and of the law would instead narrate them as a "swarm of narratives, narratives that are passed up, mode up, listened to, and acted out". [...] We can all tell stories, and the narratees of one moment, by changing a secondary detail in the narration, can become the narrators of a different story to their own narratees, and so on. Secondary details and turns in the act of saying will change what is being said. But then, as Lyotard reminds us, this type of local telling of short stories displays a Nietzschean strength to forget the past, and open the possibility of actions. [...] The narrative of justice then is neither a theory nor a law, but a perspective. »

texte et nous pouvons en juger à la non conformité du sujet à ses énoncés, puisqu'il y a mille façons de raconter des histoires et que tous sont libres de changer un « détail » selon leur gré. En fait, la narration postmoderne n'a d'égal qu'avec l'affect, qu'avec la réaction émotionnelle qui se produit lors de la narration. L'affect guide la narration dans son sens nietzschéen.

Or, cette narration postmoderne ne s'adresse pas au droit mais agit en tant que subversion esthétique de l'empire juridique argumentatif :

« Nous sommes tous des conteurs d'histoire et notre seul référent provient d'autres narrations qui nous ont été faites. Mais de nos jours le conteur doit reconnaître son autorité plutôt que de l'assumer »²¹.

Il n'y a donc aucune relation possible entre la narration et l'argumentation. Comme le droit moderne est structuré sur l'axe argumentatif, la narration juridique postmoderne se présente ainsi comme alternative à la conscience prônant que tout dialogue est impossible. Nous sommes donc aussi en droit de nous demander pourquoi le postmodernisme se coupe de tout dialogue : La beauté de la narration prime-t-elle toute autre considération d'ordre politique ou juridique ? La narration comme monologue peut-elle avoir un intérêt en dehors du domaine esthétique ? Comme nous sommes inclinés à répondre non à ces deux questions, nous pouvons aussi observer l'aporie théorique qui habite le paradigme postmoderne.

Notre analyse se poursuit sur cette autre affirmation postmoderne voulant que la littérature remplace le droit. Comme Douzinas et Warrington l'ont affirmé : « La postmodernité fait un modeste pari sur les chances de la littérature pour remplacer le droit »²². Il s'agit d'une conséquence directe de ce qui a été préalablement évoqué concernant la narration postmoderne. D'une autre façon, c'est l'annonce du dépérissement du droit.

Reprenons la théorie de la narration juridique et poursuivons le raisonnement que Douzinas et Warrington nous proposaient à ce sujet. Ce faisant, nous devons insister sur le fait que la narration en

21. Costas Douzinas et Ronnie Warrington, *op. cit.*, p. 109. Notre traduction : « We are all storytellers and our only reference is to other narratives. But nowadays the storyteller must learn her authority rather than assume it ».

22. *Ibid.*, p. 131, voir p. 135. Notre traduction : « Postmodernity places a modest wager on literature's chances of replacing the law ».

tant que fiction ou littérature, agit sur le monde. En racontant le droit différemment, en tant qu'interprétation esthétique, le postmodernisme se substitue à la modernité juridique, ou plus précisément, il fait miroiter un futur où la narration juridique postmoderne détrônera le soi-disant Grand Récit juridique.

Or, la narration juridique postmoderne n'est que fiction, sans aucune prétention quant à la sincérité ou à la vérité si ce n'est sa seule existence comme en témoigne sa positivité. Douzinas et Warrington le disent comme suit :

« La jurisprudence postmoderne est, [...] la fin de la jurisprudence [...]. [Elle ne fait que] reprendre toujours et encore les histoires du droit, [et, par ce fait] crée de nouvelles significations et de nouvelles identités »²³.

Ce thème de la fin du droit n'est pas absent de la culture moderne, comme en témoigne la perspective marxiste radicale. Au contraire cependant du marxisme qui a élaboré une théorie relative à la fin du droit comme émancipation et comme l'occasion de recréer des liens intersubjectifs harmonieux, le postmoderne ne conçoit la fin du droit que dans un horizon eschatologique qui pourrait survenir dans le futur. La fin du droit surviendra lorsque tous les êtres de ce monde se raconteront des histoires. Mais il nous est impossible de voir et d'appréhender ce futur, étant, hélas, beaucoup trop corrompus par le logocentrisme.

L'alternative du droit moderne proposée par la postmodernité témoigne bien d'un changement thématique vers la narrativité qui annonce une autre façon de concevoir le droit. Or, la thématization d'une narration sans dialogue comme le voudrait le postmodernisme est une impasse. Sans critère de sincérité et d'authenticité, la narration postmoderne se situe en dehors des questions essentielles, à savoir en dehors des exigences de la société et d'une situation de vie partagées. En dehors de ce qui compte pour l'individu socialisé, la narration ne peut prétendre qu'à une esthétique.

Conclusion

Arrivés à la fin de notre analyse critique de la position postmoderne en droit, nous voulons maintenant résumer notre critique comme suit :

23. *Ibid.*, p. 135. Notre traduction : « Postmodern jurisprudence is, [...] an end to jurisprudence [...]. [...] keep retelling the stories of law, [...] keep creating new meanings and selves [...] ».

- 1) Le postmoderne par son « adieu à la raison » engage la pensée juridique sur la voie d'une subversion normative du droit que nous pouvons caractériser comme anti-juridique. Il nous engage dans un nihilisme esthétique qui confond le rôle unique de l'artiste avec les rôles complexes et partagés de la pratique juridique moderne. De cette façon le postmodernisme juridique n'est que l'expression d'un nihilisme global.
- 2) Le postmoderne, en niant toute les considérations de la philosophie pratique concernant le pouvoir légitime et illégitime, justice et injustice, légalité et illégalité, normativité et facticité, nous désarme devant les exigences de la vie en commun, aussi bien sur le plan communautaire, étatique ou mondial. Comme il n'y a pas de place logique pour de telles considérations nous n'avons plus aucune instance pour lutter contre des forces portant atteinte ou ne voulant pas respecter l'humanité. Ainsi le postmodernisme juridique ouvre la porte à tous les arbitraires.
- 3) Le postmodernisme ne peut jamais occuper une position pratique en droit. Comme le postmodernisme rejette la question du sens en droit, toute pratique du droit devient inutile sinon vaine. Ne pouvant jamais assumer une responsabilité pratique dans le domaine du droit, le postmodernisme juridique ne représente qu'une retraite esthétique en dehors du monde pratique.

Nos trois thèses sur le postmodernisme juridique manifestent nos désaccords fondamentaux avec le projet postmoderne. Les apories théoriques sont insurmontables et condamnent ce projet à une « déviance » sans lendemains.

*Faculté de droit
Université Laval*

**Le déconstructivisme et les
avatars du droit et de l'éthique :
Dialoguer avec Derrida et
Drucilla Cornell**

Lukas K. Sosoe

Notre présentation s'articulera en trois étapes dont la première se concentrera sur un des textes les plus représentatifs de la déconstruction derridienne du droit et en fera autant que possible le commentaire¹. Cette présentation intitulée : « Derrida et la force du droit » sera suivie d'un chapitre où nous montrerons comment Drucilla Cornell reprend les idées maîtresses de Derrida et les met au service de la cause féministe. Réception qui, il faut le dire, ne se contente pas de répéter Derrida, mais l'intègre dans une synthèse dont l'objectif est triple : a) montrer d'abord que le droit est une violence dont le fondement demeure mythique ou même mystique²; b) que vouloir accorder une fondation³ au droit c'est, tout au plus, s'évertuer à donner un sens à ce qui échappe à l'intelligible et enfin montrer que la déconstruction peut être une redoutable arme contre

-
1. Les références se feront directement dans le texte.
 2. Sur ce point, lire : « Law dressup Up as Masquerade » dans Gary B. Madison (ed.) *Working through Derrida*, Evanston (Illinois), Northwestern University Press, 1993, 77 sq.) où l'auteur prend fait et cause pour Derrida contre ceux qui critiquent ce dernier et insiste sur la thèse derridienne selon laquelle le droit n'est que pure violence, violence sans fondement.
 3. Les auteurs se gardent bien de dire en quel sens le terme fondation est ici utilisé. Toutefois, vu que la position derridienne dénie toute justification au droit (*law*) tel que nous l'entendons communément et donne tout un sens quasi levinassien au terme, nous pouvons supposer que par « fondation » il faut comprendre toute entreprise justificative du droit, non pas tel qu'il est dans tel ou tel système juridique déterminé, mais plutôt en général.

la hiérarchie entre les sexes. De l'entreprise de Derrida et de Drucilla Cornell résulte, en résumé, la conclusion suivante : déconstruire le droit c'est faire justice, c'est-à-dire prendre ses responsabilités. En un mot : la déconstruction équivaut à un point de vue moral, dans le sens le plus fort du terme.

Étonnante conclusion, il faut le souligner, qui nous amènera à nous interroger, en une troisième étape, sur la portée philosophique d'une telle position, surtout sur son caractère défendable, dans la mesure où Derrida a, de par le passé, plusieurs fois souligné le caractère apolitique de la déconstruction⁴.

Derrida, on le sait, fait partie des penseurs dits postmodernes. Quoique la signification du terme recouvre beaucoup de choses et qu'il soit difficile de vouloir en donner une définition plus précise, nous nous autorisons de l'introduire ici. Peut-être Derrida lui-même et les dérridiens ne l'accepteront-ils pas. Ce que nous voulons entendre par ce terme est plutôt simple : une tentative de dépassement de la métaphysique, une pensée qu'il convient, à la suite de Habermas, d'appeler : post-métaphysique. Et donc parler de l'éthique et du droit dans la pensée de Derrida et dans celle d'un auteur comme Drucilla Cornell qui se réclame de lui, pose inévitablement une question : existe-il une pensée postmoderne en éthique et en philosophie du droit ? De quoi une telle pensée peut avoir l'air et quelles sont les catégories qui lui confèreraient ce caractère proprement post-moderne ?

Peut-être la question suggère t-elle tout de même une réponse positive ou même négative; ce qui suppose du moins, dans tous les cas, que son sens est aisément déchiffirable. Rien n'est cependant moins évident. Peut-être savons ce qu'est un paradigme moderne du droit, dans la mesure où nous pouvons citer quelques noms de penseurs modernes du droit. Ce qui rendra la liste éventuelle des penseurs modernes plausible, c'est moins la référence à une époque qu'un certain nombre de concepts auxquels chacun aura essayé de donner un contenu, un sens particulier. Aussi peut-on désigner par paradigme moderne du droit, un type d'argumentation instituant l'individu comme sujet de droits et de libertés, l'instituant donc comme sujet soumis à des obligations et des devoirs dans un ordre social et politique qui est perçu comme étant l'expression de

4. La façon dont Derrida définit la déconstruction donne l'impression qu'on peut s'en servir pour tout. Voir *Positions*, Paris, Minuit, 1967, p. 54-65.

son consentement, de sa volonté. Par où l'individu devient fondement moral de la justification de l'ordre juridique. S'établit du même coup son immunité face à des formes de violence ou de pouvoirs auxquelles il n'aurait pas accordé son assentiment.

Caractérisation grossière, voire très sommaire, dira-t-on, mais qui nous permet d'échapper au danger d'une compréhension chronologique du concept moderne du droit et aide à mettre en place un dispositif théorique dont on peut espérer que, malgré leur grand nombre et les nuances qui peuvent séparer un philosophe de l'autre, il est à même de discriminer une conception moderne du droit d'une conception non-moderne ou postmoderne. Si l'on accepte cette détermination d'un paradigme moderne du droit comme étant avant tout un ensemble de catégories et une façon de penser le droit commune à un ensemble de philosophes qu'entendre alors par paradigme postmoderne, si nous ne voudrions en retenir aucune acception chronologique ? Bref qu'entendre par paradigme en théorie du droit ou en philosophie du droit et surtout que devons-nous comprendre dans l'expression paradigme postmoderne ?

Plutôt que de nous étaler sur des questions de définition qui le plus souvent divisent et éloignent de la saisie ou de l'utilisation concrète des termes ou expressions, ce qui est bien évidemment le cas des tentatives de définition du postmodernisme, nous aimerions ici adopter la stratégie qui consiste en la présentation de ce à quoi, dans la littérature, le concept postmoderne peut s'appliquer. Il ne s'agit pas ici d'une option arbitraire, puisque, si l'on en accepte l'utilisation, le terme postmoderne s'applique à toutes les formes de pensée qui se veulent postmétaphysiques⁵ et qui s'inscrivent dans la trame des diverses déconstructions contemporaines de la métaphysique telle que l'époque moderne elle-même, avec Kant, l'a inaugurée. C'est donc fort de l'équation entre postmodernité et déconstructions de la modernité que s'explique la décision de dialoguer avec Derrida et Drucilla Cornell, deux représentants contemporains de la postmodernité en théorie du droit, ou deux déconstructivistes, si l'on ose parler ainsi, du moins si l'on veut faire droit à ce que les deux auteurs pensent de leur propre position.

5. Nous empruntons ici l'expression de Habermas qui a intitulé son ouvrage : « *Nachmetaphysisches Denken* ».

I. Derrida ou la force du droit

Celui qui s'intéresse à la déconstruction derridienne du droit ne trouvera pratiquement rien en langue française. Il existe certes un ouvrage intitulé *Du droit à la philosophie*, mais il ne contient rien de spécifiquement pertinent au positionnement ouvertement revendiqué par le philosophe de la déconstruction et par ses disciples proches ou lointains. Toutes les prises de position explicites, relatives au droit et à la philosophie du droit sont contenues dans des textes uniquement disponibles en langue anglaise. Le plus important à notre avis est un article écrit en 1989 paru dans un ouvrage qui en porte le titre : « *Deconstruction and the possibility of Justice* »⁶. Certes il existe d'autres textes tels que « *The Politics of Friendship* »⁷, « *Le dernier mot du racisme* »⁸, et « *The Laws of Reflection : Nelson Mandela in Admiration* »⁹. Pour notre propos toutefois le premier article est plus déterminant dans la mesure où les autres peuvent non seulement se lire en se référence à lui, mais peuvent être considérés comme ses illustrations.

Quel rapport peut-il y avoir entre la déconstruction, le droit et la justice ? Question apparemment singulière, mais qui traduit un projet explicite, du moins, le projet le plus récent, de Derrida qui consiste à montrer qu'entre la déconstruction du droit et la justice, il y a bel et bien un lien symétrique, pour ne pas dire un lien sémantiquement isomorphe. Au-delà de sa singularité, elle se présente comme un redoutable défi que doit relever la pensée déconstructiviste. Car comment comprendre que soit posée et traitée philosophiquement la question de l'anti-racisme, de l'anti-apartheid, de la justice et du droit sans aucune référence, aussi minimale soit-elle, à des critères normatifs, à la pensée du sujet par exemple ? Et si une telle référence est nécessaire, devons-nous parler d'un « chemin de Damas » non plus théorique, onto-métaphysique, mais cette fois-ci pratique du penseur qui « d'un ton apocalyptique » a brandi comme une lance et proclamé comme un défi, précisément au nom de la

6. Il s'agit d'un ouvrage édité par Drucilla Cornell, Michel Rosenfeld et David Gray Carlson. New York, Londres, Routledge, 1992.

7. *Journal of Philosophy*, 85, 1988, p. 645-648. Il faut signaler que la présente version est incomplète. L'essentiel est d'indiquer ce qu'on pourrait peut-être appeler un tournant éthico-politique dans la pensée de Derrida.

8. *Critical Inquiry*, 13, 1986, p. 140-154.

9. En collaboration avec Mustapha Tlili (ed.), *For Nelson Mandela*, New York, 1987, p. 13-42.

déconstruction, les fins de l'homme¹⁰ ? Le programme heideggerien dont se réclamait hier le déconstructiviste est-il abandonné au profit d'une autre démarche ?

Déconstruire c'est faire droit, c'est rendre justice. Telle est la thèse que Derrida défend dans « *Deconstruction and the Possibility of Justice* » et dans « *Politics of Friendship* » où la déconstruction devrait conduire au développement de valeurs démocratiques, fondées sur la l'amitié civique. Mais pour élaborer la thèse de l'équation entre la déconstruction, le droit et la justice, c'est vers Pascal que Derrida se tourne pour repérer dans les *Pensées* l'inspiration décisive :

« La force sans la justice est tyrannique. La justice sans la force est contredite, parce qu'il y a toujours des méchants; la force sans justice est accusée. Il faut donc mettre ensemble la justice et la force; et pour cela faire que ce qui est juste soit fort, ou que ce qui est fort soit juste. » (*Pensées*, 298).

Cette pensée mériterait certes d'être suffisamment commentée. Elle renferme en substance l'idée selon laquelle le droit implique un minimum de contrainte, un droit de contraindre sans lequel la justice ne serait tout au plus qu'un vain mot. La question est de savoir ce que Derrida en extrait. Plutôt que d'en tirer les conclusions qui s'imposent Derrida fait intervenir une autre pensée de Pascal :

« l'un dit que l'essence de la justice est l'autorité du législateur, l'autre la commodité du souverain, l'autre la coutume présente; et c'est le plus sûr : rien, suivant la seule raison, n'est juste de soi, tout branle avec le temps. La coutume fait toute l'équité, par cette seule raison qu'elle est reçue; c'est le fondement mystique de son autorité. Qui la ramène à son principe, l'anéantit. » (*Pensées*, 293).

« C'est le fondement mystique de son autorité. Qui la ramène à son principe, l'anéantit. » Sur la base de ces deux phrases où se lit un indéniable relent d'historicisme, Derrida assoit toute son argumentation. Loin d'adopter ici la perspective qui est celle de Pascal, il développe sa pensée du droit autour du terme mystique et de celui d'autorité en insistant particulièrement sur le moment antérieur à l'émergence du droit ou de l'autorité. Il prend soin tout d'abord de nous rappeler que Pascal aurait trouvé ces deux pensées chez Montaigne qu'il a certainement négligé de citer. L'enjeu est

10. « D'un ton apocalyptique adopté naguère en philosophie » dans Philippe Lacoue-Labarthe et Jean-Luc Nancy (dirs), *Les Fins de l'homme. À partir du travail de Jacques Derrida*, Paris, Galilée, 1981, p. 445-486.

important : car l'idée de la fondation mystique du droit, c'est-à-dire l'idée du plus important article de déconstruction du droit chez Derrida viendrait de Montaigne. Simple rappel érudit ou reprise d'une thématique qui, pour Montaigne, serait très significative ? Il est difficile de le dire. Toujours est-il qu'aux yeux de Derrida la signification en est si grande qu'il en fait le point central de sa philosophie du droit.

Parler de la fondation mystique du droit, c'est en quelque sorte refuser d'accorder au droit une fondation rationnelle, peu importe, pour lors, le sens que l'on retiendra de ce terme fondation. Pour Derrida, les passages précités peuvent servir de

« base à une philosophie critique moderne, à une critique de l'idéologie juridique, à une dé-sédimentation des superstructures du droit qui à la fois cachent et reflètent les intérêts économiques et politiques des forces dominantes de la société. »

Plus d'un marxiste, notons-le au passage, serait tenté de faire siennes ces phrases si elles n'étaient pas de Derrida; car en quoi donc se distinguent les expressions « critique de l'idéologie juridique », « superstructures du droit qui à la fois cachent et reflètent les intérêts économiques et politiques des forces dominantes de la société » de celles auxquelles la rhétorique marxiste nous a habitués ? La déconstruction derridienne, il importe de le préciser encore une fois, ne se distinguerait pas de la rhétorique marxiste ou même banalement tiers-mondiste, si l'auteur ne s'était pas empressé d'ajouter cette remarque généalogique selon laquelle :

« la véritable émergence de la justice, le moment fondateur et justicateur qui institue le droit implique une force performative qui est toujours une force interprétative. Il ne s'agit plus à présent du droit qui est au service de la force [...] mais au contraire du droit qui entretiendrait une relation avec ce que l'on appelle force, pouvoir et violence. »

Qu'est-ce que cette critique a de différent d'une approche marxiste ou même fondationnaliste ou non-fondationnaliste du droit et quel en est le sens ?

Contrairement aux marxistes selon lesquels le droit n'est que le reflet de l'idéologie dominante dont il tend à sauvegarder les intérêts, la thèse déconstructiviste est plus radicale et remet en cause toute conception du droit. Car un droit qui ne représente que l'intérêt d'une classe est susceptible d'amendements, de corrections sous la pression de revendications et des critiques diverses provenant de ceux qui se sentent lésés dans et par le système. On se référera à une idée normative ou quasi-normative du droit, à des

conceptions axiologiques, sociologiquement réparables qu'on essaiera de justifier philosophiquement. En tout cas, on tentera d'argumenter pour leur bien-fondé ou non. Mais la remise en question radicale va plus loin. D'après elle, parler d'un droit conçu comme l'ensemble des règles qui, en général, rendent possible la coexistence humaine, c'est parler le langage de la violence. Et penser à un amendement éventuel du droit reviendrait à demeurer à la surface des choses. Ce qui est en jeu, ressemble bien plutôt à un travail de sape au détriment de toute conception moderne du droit.

Aussi, pour Derrida, le droit n'est-il, dans son fondement ou dans son institution même, c'est-à-dire, « dans l'opération qui consiste à le fonder, l'inaugurer et le justifier etc... qu'un coup de force, une violence performative, par conséquent interprétative qui en elle-même n'est ni juste ni injuste parce que ultime et qu'aucune justice ni lois antérieures avec son moment antérieur fondateur ne pourrait garantir ou contredire ni invalider. Aucun discours justificateur ne pourrait ou ne devrait assurer le rôle de métalangage en relation à la performativité du langage instituant le droit ou à l'interprétation dominante » de ce langage. L'acte fondateur du droit, atteint avec son caractère performatif, les limites de tout discours. C'est ce que Derrida, à la suite de Montaigne et de Pascal appelle fondement mystique. Que le droit ne reflète pas uniquement les intérêts de la classe dominante au service de laquelle il peut être mis, que son interprétation et son application ne soient pas toujours au niveau de l'équité à laquelle il prétend, est une chose. Qu'il soit fondé sur une violence mystique en est bien une autre. Dire que cette fondation sur une violence mystique mérite une déconstruction qui correspond au point de vue de la justice elle-même, exige que soit apporté un argument supplémentaire. S'il en est ainsi quelle démarche conduit alors de la thèse du droit comme violence à celle de l'équation entre la déconstruction du droit et la justice ?

Selon Derrida la fondation du droit n'est ni légale ni illégale. Elle se situe au delà du légal et de l'illégal. Elle est nécessaire violence en elle-même, une violence sans fondation. Cela signifie que derrière les « conditions, les règles et les conventions » qui sont à l'origine du droit ainsi que l'interprétation dominante de celles-ci, l'on ne trouve rien qu'une violence qui, en toute impunité et dépourvue de toute interprétation, s'impose. De cette imposition sans justification, imposition avant toute justification plus exactement, Derrida parvient à la conclusion que la structure du droit « est essentiellement déconstructible soit parce que celui-ci est fondé, construit sur des strates interprétables et transformables », soit parce que, ultimement, il reste non fondé. Bref : là où la

tentative est menée de fonder le droit, Derrida nous dit qu'on essaie de l'asseoir sur des intérêts qu'il est censé masquer et protéger; intérêts nécessairement arbitraires qui, une fois désédimentés, perdent leur légitimité apparente. En ce sens, le droit doit être déconstruit, donc démasqué, mis à nu, puisque, pour reprendre les termes dans lesquels Drucilla Cornell entend défendre et résumer la position derridienne il s'agit d'une mascarade. Une fois ces masques jetés et ces strates sur lesquelles il se fonde désédimentées, le droit apparaît dans son état d'ultime « nudité », c'est-à-dire avant toute justification : et c'est bien là la violence. En d'autres termes, à suivre Derrida, si nous rejetons toute fondation du droit et que nous nous référons au geste qui l'institue, nous ne trouverons que pure violence performative. Mais il ne s'agit pas ici d'un jugement négatif; au contraire : le caractère déconstructible du droit offre, à la politique des chances, et ouvre les perspectives du progrès historique. À la différence de la justice, c'est-à-dire de la justice sans droit, précise Derrida, le droit (*Law*) rend la déconstruction possible, en vertu même de sa structure. Pour reprendre la formule de l'auteur : « la justice en elle-même, en dehors et au delà du droit n'est pas déconstructible. Pas plus que la déconstruction elle-même. La déconstruction est justice. »

Passages décisifs qui renferment *in nucleo* tout le développement de l'idée centrale de Derrida et qui nous indiquent jusqu'à quel point la réception de la position derridienne par les *Critical Legal Studies* restent largement tributaire d'une remarquable sous-détermination sémantique. Importante sous-détermination qui, pour quelque peu anticiper notre propos, pour ne pas dire nos conclusions, réduit la thèse derridienne à n'être qu'un problème d'indétermination du langage et une question herméneutique. D'où la surestimation du pouvoir opératoire du concept derridien de différence pour l'interprétation des textes juridiques, concept devenu le pain béni des juristes déconstructivistes américains et grâce à l'utilisation duquel une lecture des textes de droit doit être en mesure de prendre en compte des points de vue contraires, étant donné les multiples significations jamais définitives qu'ils peuvent avoir¹¹.

11. Voir à ce sujet : Michel Rosenfeld, « Deconstruction and Legal Interpretation : Conflict, Indeterminacy and the Temptations of the New Legal Formalism » dans D. Cornell, M. Rosenfeld et D. G. Carlson (ed.), *Deconstruction and the Possibility of Justice*, op. cit., p. 166; J.M. Balkin, « Deconstructive Practice and Legal Theory » dans *The Yale Law Journal*, 743 1987; D. Kennedy « A Semiotics of Legal Argument » dans R. Kevelson (ed.) *Law and Semiotics*, vol. 167, 1989. Ce qui saute aux

Faut-il véritablement un tel dispositif, un tel arsenal intellectuel pour reconnaître ce qui, d'un point de vue herméneutique, est d'une évidente clarté. Nos juristes font l'économie de la question. C'est donc pour restituer toute la portée de la pensée derridienne du droit que nous voudrions nous arrêter à ces passages, encore une fois décisifs, et montrer en quoi, malgré sa dimension apparemment critique, elle est de peu de secours pour une conception du droit compatible avec notre horizon culturel, compatible notamment avec une pensée normative, éthico-juridique et politique.

Pour peu que l'on veuille saisir la thèse derridienne dans toute sa complexité, il importe de revenir sur l'affirmation selon laquelle « L'origine de l'autorité, la fondation ou la base (*ground*) du droit (*law*) ne peuvent reposer sur rien d'autres qu'elles-mêmes, elles sont une violence sans raison. » Derrida nous précise tout de suite que cela ne veut pas dire qu'elles sont pour autant injustes dans le sens d'illégal. Car leur moment fondateur est au-delà du légal et de l'illégal. En un mot : avant l'institution du droit, le droit n'existait pas et encore moins les critères du légal et de l'illégal. Profonde intuition ou simple évidence ?

Dans un certain sens c'est une thèse triviale, si l'on veut dire par là qu'avant l'acte fondateur du droit ou même avant l'apparition du droit rien n'est légal ni illégal et que le moment de la fondation ou de l'apparition du droit est au-delà de l'opposition entre le légal et l'illégal, entre le fondé et le non-fondé¹². Mais il ne s'agit certainement pas d'une aussi grande banalité, car l'auteur nous parle de « violence without ground. » Seulement dire qu'avant son apparition il n'existe pas de légalité ni d'illégalité ne signifie pas que le droit est violence, et surtout violence sans fondement, à moins que par

aux yeux à la lumière de cette réception postmoderne déconstructiviste, c'est, du moins pour une personne qui a un minimum de connaissances en théories de l'interprétation ou même en philosophie analytique et plus généralement dans les théories sémantiques, le caractère de nouveauté dont se revêtent ces thèses qui désormais se développent sous l'étiquette de déconstruction. Relativement aux problèmes de l'interprétation, aux questions sémantiques en droit en général, on se référera à A. Berten, J. Lenoble, *Dire la norme. Droit politique et énonciation*, Bruxelles, L.G.D.J., Kluwer, 1990, et surtout à l'abondante littérature à la fin de l'ouvrage.

12. L'original anglais dit : « they exceed the opposition between founded and unfounded or between any foundationalism or anti-foundationalism », p. 14.

violence, au risque de nous répéter, l'auteur ne se réfère à l'élément de contrainte qu'implique tout ordre juridique. Là encore on parlerait uniquement de « violence » sans la faire suivre du prédicat « *without ground* », c'est-à-dire sans justification, sans fondement ou sans raison, surtout si l'on tient compte des fonctions que le droit assure dans chaque société humaine, entendre : la stabilisation de l'horizon des attentes, la résolution des conflits, pour ne nommer que celles-ci. Mais pour Derrida, ces fonctions ne sont malheureusement (et heureusement pour la déconstruction) que des strates transformables, donc déconstructibles, dont le droit insidieusement se revêt.

Même si nous admettons que la thèse de Derrida se présente comme un truisme d'une part, que cependant on peut au moins en accepter la version selon laquelle il existe bel et bien un élément de violence ou de contrainte dans le concept du droit, mais que cet élément peut se justifier, de l'autre, nous sommes loin de disposer de la totalité de la position qui nous est ici présentée. Ce qui est déconstructible, nous dit l'auteur, et nous ouvre les perspectives de la justice, ce n'est pas le fondement du droit, c'est-à-dire la violence qui l'informe. Ce qui est déconstructible, ce sont « les strates transformables et interprétables. » Et c'est dans la déconstruction de ces strates que se découvre la possibilité de la justice ou l'équation entre justice et déconstruction. De plus si par « strates transformables » on ne parle pas que des intérêts particuliers que peut cacher telle ou telle loi, telle ou telle constitution particulière, mais également de certaines fonctions vitales pour la coexistence des hommes, pourquoi insister uniquement sur ces strates et reléguer dans l'ombre les finalités du droit. Pourquoi faut-il mettre en relief le moment de la violence au détriment des finalités ? Si déconstruction veut dire dans ce contexte précis, déceler dans les interprétations diverses d'une loi ou même dans un système juridique entier des intérêts particuliers, non universalisables, là où l'on prétend tout de même à l'universalité, il est aisé de supposer que la déconstruction derridienne peut bien être porteuse d'un potentiel critique du droit, plus précisément du droit dans son fonctionnement dans tel ou tel système. Cependant, si, comme Derrida le définit à maintes reprises, déconstruire c'est désédimer, déstabiliser, renverser les concepts et schèmes de pensée dont nous avons hérité et les retourner contre leur présupposition, les décomposer, les démanteler, on voit très mal en quoi cette critique peut nous être utile au plan d'une critique normative de nos systèmes juridiques et surtout comment cette voie

peut nous conduire à la justice¹³. De plus il faut bien que la critique dispose de critères normatifs clairs au nom desquels elle puisse se déployer.

La raison en est très simple. Dire que la déconstruction est justice c'est, si nous tentons de comprendre Derrida, d'abord s'engager dans une analyse de « l'axiomatique métaphysique anthropocentrique » qui a dominé et continue de dominer la pensée occidentale, c'est-à-dire attirer l'attention sur une série de questions qui tournent autour du « carno-phallogocentrisme », un concept central qui, si nous l'amputons du « carno » occupe une place argumentative, stratégique dans la déconstruction derridienne. L'approche déconstructiviste qui dévoile l'institution des frontières du sujet humain, de façon paradigmatique, le mâle adulte à l'exclusion des femmes, des enfants et des animaux¹⁴ ne conduit pas nécessairement à l'injustice ou à une abdication quasi-nihiliste devant les questions ethico-politiques et juridiques. Elle nous enjoint, au nom d'une exigence plus pressante, « et plus insatiable » que la justice, de réinterpréter tout l'appareil des limites dans lesquelles une histoire et une culture ont confiné leur critériologie. De cette exigence découlent deux considérations, à savoir un double mouvement :

-
13. Lire à ce sujet la brillante critique de Nancy Fraser qui retrace l'itinéraire de la pensée éthico-politique déconstructiviste « The French Derridians : Politicising Deconstruction or deconstructing the Political » dans Gary B. Madison (ed.), *Working through Derrida*, Evanston (Illinois), Northwestern University Press, 1993, p. 51-76. Pour elle essentiellement la déconstruction n'aboutit tout au plus qu'à la fin du politique et donc à l'impossibilité de penser le droit et l'éthique, ce dont veulent bien se réclamer et se réclament effectivement les déconstructivistes avant la haute conjoncture de l'éthique, plus précisément de la bioéthique en Amérique.
 14. On remarquera particulièrement la force de séduction que recèlent les textes de Derrida aussi bien pour les féministes que pour les écologistes, deux grands mouvements qui dominent la scène culturelle contemporaine. Malgré ce qui peut d'ailleurs séparer les uns des autres, Peter Singer, Michel Serres et même Meyer-Bisch ainsi que les éco-féministes n'auraient aucune peine à accepter les thèses derridiennes. Voir à ce sujet notre article : « D'un prétendu droit à la nature : Trois hypostases », dans *L'homme est-il le sujet de droit ? Cahiers de philosophie politique et juridique de l'université de Caen*, vol. 21, 1992, p. 183-20; lire également : Peter Singer, *Practical Ethics*, London, 1993 *Libération animale*, Paris, Grasset, 1993 et Michel Serres, *Le Contrat naturel*, Grasset, Paris, 1990.

- 1) La déconstruction nous met devant le sens de la responsabilité sans limites et donc nécessairement excessive, incalculable, devant la mémoire, devant l'histoire. De cette façon « la tâche de rappeler l'histoire, l'origine et les directions subséquentes, donc les limites des concepts de justice, du droit et du juste, des valeurs, des normes, des prescriptions qui ont été imposés, » et ont sédimenté notre culture. Le rappel de la mémoire historique et interprétative qui constitue le coeur de la déconstruction ne se résume pas uniquement en une tâche philologique et étymologique, ni au travail de l'historien, mais elle se présente à nous comme une manière d'assumer une responsabilité envers notre héritage fait d'impératifs ou de faisceau d'injonctions. Derrida écrit que la déconstruction est déjà engagée par cette exigence infinie de justice, d'une justice qui peut prendre l'aspect d'une « mystique ». Cette justice se distingue nécessairement de celle dont il dit qu'elle est moins importante que d'autres « exigences pressantes ».

« On doit, poursuit-il, être juste avec la justice, et la première façon de le faire est d'écouter, de lire, de l'interpréter, et d'essayer de comprendre d'où elle vient, ce qu'elle veut de nous en étant conscients de ce qu'elle fait à travers des idiomes particuliers (*Dikè, Jus, justitia, justice, Gerechtigkeid*)... en étant conscients que cette justice s'adresse toujours au particulier, à la singularité, à la singularité de l'autre, malgré le fait et parce qu'elle prétend à l'universalité. »

- 2) La responsabilité devant la mémoire de l'histoire est une responsabilité devant le concept de responsabilité qui règle la justice et la justesse de notre comportement, de nos décisions théoriques, pratiques et ethico-politiques. Ce concept de responsabilité est inséparable de tout un réseau de concepts (tels que la propriété, l'intentionnalité, la volonté, la liberté, la conscience, la prise de conscience, la conscience de soi, le sujet, la personne, la communauté, la décision etc...) Toute déconstruction de ces concepts dans leur acception dominante devrait au fond ressembler à un geste irresponsable. Mais loin de là, la déconstruction appelle à plus de responsabilité, puisque, nous dit Derrida : « je ne connais rien de plus juste que la déconstruction ».

Affirmation choquante, précise Derrida lui-même, non seulement pour les ennemis de la déconstruction, mais encore pour

ceux-là même qui la pratiquent et qui pensent peut-être, ajouterions-nous, entreprendre une déconstruction dans le sens le plus radicale du terme, dans un sens nihiliste. Elle exige qu'on s'interroge ici plus précisément sur le sens de la déconstruction en général telle que Derrida la définit, dans plusieurs articles de manière tout à fait programmable. En effet, on peut retenir deux significations principales : 1) on distingue une déconstruction démonstrative, qui présente une allure ahistorique de paradoxes logico-formels d'une déconstruction 2) plus historique, plus anamnésique fondée sur une lecture de textes et leur interprétation et leur généalogies méticuleuses¹⁵. L'application de ces deux démarches déconstructivistes conduit, selon Derrida, à la découverte de nombreuses apories dans la pensée du droit, apories qu'il illustre par le rapport entre la justice et le droit. Alors que la première relève du domaine de l'infini, de l'incalculable, qu'elle est rebelle à toute règle et étrangère à la symétrie, alors qu'elle est hétérogène etc..., l'exercice de la justice comme droit (*law, right*) représente un système de légitimité ou de légalité, stabilisable, statutaire et calculable, un système codifié de prescriptions. Aussi bien une analyse logico-formelle du rapport de ces deux concepts que l'analyse de type plus historique et généalogique nous fait découvrir une aporie qui, dans la pensée du droit, peut s'énoncer, en trois parties :

1. Première aporie : l'épokè de la règle

La première aporie provient des présupposés de la justice, à savoir la liberté et la responsabilité d'actes et décisions et le fait que cette liberté et décisions dites justes sont soumises à une règle ou doivent suivre une prescription ou une loi. En un mot, « dans son autonomie, dans sa liberté, dans sa volonté de suivre ou de se donner des lois, le sujet doit disposer du pouvoir d'être de l'ordre du calculable, du programmable »; l'action ou la décision doit être de l'ordre de l'équité. Mais si l'acte consiste uniquement en l'application d'une règle, ou s'il consiste uniquement à effectuer un programme ou même faire un calcul, il est tout simplement légal. Ce à quoi référence est ici faite, mieux encore, ce qui est remise en cause c'est la spontanéité du sujet qui suit une loi. Cette spontanéité qui s'oblige à accomplir une loi qu'elle s'impose elle-même, semble, dans toute sa gratuité réinventer la loi. Il en est de même de la

15. Lire la préface à la *De la Grammatologie*, Paris, Minuit, 1967, p. 167-168 et *Positions*, Paris, Minuit, 1967, 54 sq.

décision du juge. Peut-être est-ce pourquoi Derrida s'attelle-t-il à démanteler également la nature de la décision du juge.

Aussi, poursuit-il, que, pour être juste, la décision d'un juge ne doit-elle pas seulement être conforme à la loi, mais que le juge doit, à l'instar de l'individu, l'assumer entièrement, l'approuver et confirmer sa valeur à travers un acte interprétatif de réinstitution, comme si rien n'existait au préalable de ce droit. Tout se passe comme si le juge réinventait la loi. Pour Derrida cet exercice interprétatif signifie la chose suivante :

« Pour qu'une décision soit juste et responsable, elle doit [...] réguler et être sans régulation : elle doit conserver la loi et aussi la détruire ou suffisamment la suspendre pour pouvoir l'inventer dans chaque cas, la rejustifier, du moins, l'inventer de nouveau dans la réaffirmation et dans la nouvelle confirmation de son principe. »

Ainsi l'effort de réinvention, aboutit-il, selon Derrida à une situation paradoxale où l'on ne peut jamais dire que telle ou telle décision est juste ou pas. La situation d'apparente conformité à la loi ne fait que reléguer le problème de la justice à un autre plan ou pour parler comme Derrida, elle ne fait que différer le problème de la justice, un problème qui, au fondement de la justice aurait été posé, mais violemment résolu, (...) enterré, dissimulé, reprimé. La meilleure illustration en est la fondation de l'État-nation ou l'acte institutionnel de la constitution qui établit l'État de droit. En d'autres termes : la fondation du droit, selon cette première aporie, n'est que pur décisionnisme, une catégorie qui, à tout le moins, rend impossible le point de vue de la justice en vertu même de son caractère massivement volontariste, éminemment violent.

Caractère massivement volontariste, voire violent de la justice, l'analyse de l'auteur ne parvient à cette conclusion qu'après avoir pris soin d'amalgamer deux niveaux de discours, le niveau historique et anthropologique de la naissance de l'État où l'on serait en droit de parler de violence gratuite, si à l'émergence de l'ordre juridique n'avait présidé, des coutumes et une certaine évolution et le plan de la justification hypothétique où l'on tente de trouver un sens à l'État par un processus de rationalisation philosophique en se situant à un plan purement normatif. De même que la naissance des moeurs ou coutumes qui ont conduit, avec la différenciation sociales, à la naissance de l'État moderne constitutionnel ne peut être qualifiée de violente, c'est-à-dire comme étant absolument sans raison, de même on ne saurait voir dans la perspective philosophique de la justification de l'État, qui culmine dans le concept de l'état de nature, une violence sans raison.

2. La deuxième aporie c'est ce que Derrida appelle le fantôme de l'indécidable.

Elle est liée à la première et signifie que la justice fondée sur le droit n'est jamais exercée sans une décision qui tranche, qui divise. Mais parvenir à cela présuppose un processus d'apprentissage, de lecture et de compréhension ainsi qu'une interprétation de la règle et du calcul. L'indécidabilité déconstruit le droit de l'intérieur, dans la mesure où toute certitude quant à la justice d'une loi, d'un droit nous est en quelque sorte voilée. De plus, l'idée de la justice semble irréductible à son caractère affirmatif, à son exigence sans « échange, sans gratitude, à la circularité économique ». Elle se veut sans reconnaissance ou gratitude, sans calcul et sans règles, sans raison et sans rationalité : nous avons affaire à une seconde fondation mystique. On comprend donc aisément que la déconstruction rejette toute autre conception de la justice qui s'éloigne de celle-ci ou du moins tend à rendre raison de ce qui n'est pas de l'ordre du raisonnable; car demander justice ou exiger que justice soit faite, comme on le comprend habituellement, c'est demander que soit échangées des choses. Celles-ci résident en principe au-delà de ce que l'on peut échanger. Or, le droit pénal le montre bien : demander que justice soit faite, c'est exiger une rétribution ou un dédommagement.

Subrepticement, Derrida introduit ici, il faut le relever, une notion de justice qu'il appelle mystique et qui est différente du concept habituel de la justice conçue comme rétribution. Contrairement à cette dernière, la première est pure gratuité. Elle échappe à toute considération calculatrice, utilitaire et se démarque de la notion commune de justice. Bref la justice est don. Elle ne relève pas du domaine du raisonnable. D'où son caractère mystique. Caractère mystique par lequel l'auteur pense triompher du dualisme de toute justification du droit pour, fidèle à la méthode déconstructiviste, suspendre toute apparition de dualisme. Le terme mystique n'est rien d'autre que cette suspension ou la désignation de « l'aporie ou de l'abîme ouverte par la déconstructibilité du droit¹⁶ ». Toutefois éviter d'énoncer l'aporie et la suspension du dualisme se présentent comme un biais par lequel s'introduit cette autre conception mystique de la justice qui, si elle doit être acceptée comme telle, nous

16. Richard Kearney, « Derrida's Ethical Re-turn », dans *Working through Derrida*, op. cit., p. 36. L'auteur insiste sur cette conception lévinassienne.

pose la question d'un autre dualisme. Elle se définit comme vérité et comme responsabilité pour l'autre ou ouverture à l'altérité. La question est de savoir comment peut se concrétiser cette responsabilité éthique ici et maintenant ?

3. La troisième aporie : cette urgence qui obstrue l'horizon de la connaissance

Cette troisième ne vaut pas plus pour le droit et la justice que pour toute décision. Derrida l'exprime sans ambage : La justice c'est quelque chose qui n'attend pas. Une décision juste est une décision qui doit être prise maintenant. Elle ne peut s'enrichir d'une infinité de connaissances, d'une infinité d'informations. L'instant de la décision est une folie. Derrida reprend cette sentence de Kierkegaard à laquelle il ajoute : ceci est particulièrement vrai de l'instant de la décision juste qui doit rompre le temps et défier la dialectique. C'est une folie car, comme le soutient l'auteur, quelques soient les connaissances, la prudence et la patience, une décision sera toujours structurellement finie.

De la thèse générale de Derrida selon laquelle la déconstruction est justice, il est difficile de préciser le sens. En tout cas, l'auteur ne donne pas d'argument dont on peut dire qu'il permet de comprendre le sens de cette affirmation à tout le moins radicale. Il ne nous reste donc que les apories. La première qui consiste en la distinction de droit et justice est plutôt classique, du moins semble l'être. Aussi a-t-on l'impression que Derrida joue sur les catégories de la légalité et de la légitimité pour se frayer le chemin qui conduit à la remise en question du droit. La deuxième semble obéir à une stratégie différente. Il s'agit pour l'auteur d'introduire un concept caritatif de la justice. Puisqu'elle est don, pure gratuité, la justice ainsi définie se démarque nécessairement du concept juridique habituel de la justice. Alors que celle-ci, dans le texte de Derrida, se conçoit comme rétribution, celle que revendique la déconstruction est, comme le dit l'auteur, l'infini, la gratuité, le non calculable, etc... Quant à la dernière aporie, elle recourt à un élément extérieur au droit : la finitude du sujet de la décision juridique qu'il ne faut pas confondre avec celle du sujet dont la vulnérabilité nécessite la création d'un ordre juridique.

Trois stratégies, trois types de problèmes, qui illustrent comment procède la déconstruction derridienne : faire une critique interne, logique formelle et une critique de type généalogique. Stratégies d'argumentation qui, de par leurs options, sont censées « harceler », si l'on nous permet encore le terme, toute pensée de la

justice dans un sens juridique du terme. Thématique traditionnelle aussi vieille que la réflexion philosophique sur le droit et dont la déconstruction derridienne ne saurait revendiquer la paternité. La question la plus importante pour toute personne intéressée à la pensée derridienne est la suivante : comment concilier cette critique compromettante du droit avec la critique sociale ou même l'engagement politique ? Si dans le droit sourd une violence dont on peut dire qu'elle ne repose que sur la décision gratuite et sans fondement, comment comprendre par exemple le texte que Derrida consacre à Nelson Mandela et à l'évocation d'autres problèmes comme l'avortement, l'euthanasie, et d'autres questions biomédicales ? De façon plus générale : qu'est-ce qui motive la prise en compte de la responsabilité, du souci pour autrui, de l'ouverture à lui à laquelle la déconstruction nous appelle si, comme Derrida le dit, il n'y a rien de plus démodé que l'idéal émancipatoire ?

Deux réponses peu satisfaisantes nous sont données : alors que l'une s'apparente à un argument transcendantal ou quasi-transcendantal, l'autre se fait messianique. Nous les reproduisons :

• Justice remains, is yet, to come, *à venir* [...] it is *à-venir*, the very dimension of events irreducibly to come [...] Perhaps it is for this reason that justice insofar as it is not only a juridical or political concept, opens up for l'avenir the transformation, the recasting and refounding of law and politics. [...] Justice as the experience of absolute alterity is unrepresentable, but it is the chance of the event and the condition of history. •

Pour Derrida, la nature mystique de la justice n'empêche pas l'engagement social et politique. Celui-ci doit se faire moyennant la justice calculatrice — et c'est bien là la situation paradoxale — parce que si celle-ci venait à manquer l'idée de la justice incalculable et donatrice peut être récupérée par d'autres forces. Nécessaire violence ? peut-on se demander. L'auteur nous dit que la justice donatrice, non-calculable, est toujours près du mauvais, et même du pire. En ce sens, contrairement à MacCarthy¹⁷, Derrida prône une certaine forme d'engagement, ce qui va d'ailleurs à l'encontre de l'apolitisme affirmé de la déconstruction il y a quelques années, à moins bien sûr qu'ici aussi l'engagement éthique ne soit pas sérieusement évoqué ou qu'il soit tout juste mentionné comme stratégie de subversion. Si non, pourquoi alors prendre le détour de la

17. Thomas MacCarthy, *Ideals and Illusions. On Reconstruction and Deconstruction in Contemporary Critical Theory*, Londres, Cambridge University Press, 1993, p. 110.

déconstruction du droit avec tout ce que cela comporte de problème, notamment celui de se retrouver sans aucun critère normatif d'engagement social et politique pour en arriver finalement à ce à quoi le droit peut servir ? N'est-ce pas justement de ce droit que traitent les philosophies classiques du droit ? Leurs réflexions ne se concentrent-elles pas sur ce droit, calculable peut-être, dans certaines de ses dimensions, mais non réductible au calculable et nécessaire même là où règne une paix relative ? Même si la déconstruction, même en philosophie pratique, est faite en vue d'apporter son témoignage à l'autre de la métaphysique occidentale, à ce que celle-ci a exclus, aller aussi radicalement que Derrida supprime les possibilités du témoignage que l'on veut rendre. C'est précisément là que l'on peut dire que « the deconstruction of our logocentric culture leaves Derrida with nothing substantive to say — at least not without an ironic reminder that he couldn't possibly have meant it. [...] Because

« all our political codes and terminologies still remain fundamentally metaphysical » on his account, if he wants to express himself politically at all, he has to do so in codes that are incommensurable with his intellectual project¹⁸. »

Si la justice demeure de l'ordre du calculable et se heurte à des apories de toute sorte, si elle repose sur un dualisme métaphysique qu'il faut combattre, si enfin nous devons la rejeter pour une conception mystique qui ne nous aide nullement à évaluer normativement nos positions et à justifier nos revendications, il ne reste en effet plus rien à faire en philosophie pratique. Mais si, en même temps qu'on nous appelle au nom de la déconstruction à un rejet radical de la notion habituelle de justice qui n'est faite que de violence sans raison, on nous montre la nécessité de l'engagement social et politique pour éviter le pire, il est incontestable, Derrida doit le reconnaître, que nous sommes, non pas en face d'une situation paradoxale, mais d'une terrible contradiction. Car les catégories dans lesquelles se fera la philosophie politique et/ou juridique devant conduire à l'engagement, restent tributaires de ce que Derrida appelle métaphysique dualiste ou logocentrisme. Mais alors qu'entend par déconstruction et la possibilité de la justice ? Par où apparaît de façon plus éclatante d'ailleurs l'inconséquence des juristes qui voient dans la déconstruction une arme critique du système juridique.

18. Thomas MacCarthy, *op. cit.*, p. 111.

II. Drucilla Cornell ou la philosophie des limites

Parmi les juristes qui se sont tournés vers la déconstruction pour y chercher les ingrédients d'une philosophie critique du droit, Drucilla Cornell détient une place de premier choix et illustre très largement les inconséquences endémiques à la pensée déconstructiviste du droit. La pensée du droit chez Cornell est, pour l'essentiel, une défense et illustration de la déconstruction telle qu'elle est inaugurée par Derrida, avec cette différence qu'elle trouve, dans la déconstruction, la possibilité de développer une pensée juridique féministe ou comme le précise un de ses plus récents articles : *feminist legal reform*. Raison suffisante pour elle de rejeter l'apolitisme jadis déclaré de Derrida d'après lequel la déconstruction ne peut jouer aucun rôle dans le développement d'une analyse des conditions sociales actuelles et déboucher sur un changement social¹⁹. Bref à prendre Derrida au sérieux, ses théories contiendraient un potentiel dont lui-même ignorerait la teneur critique juridique et même constructive quant à la cause des femmes. D'où il faut rejeter l'apolitisme de sa position²⁰. La thèse derridienne doit être rejetée parce que, dit-elle, sans être sociologue, Derrida insiste sur le rôle central que joue la différence sexuelle dans le discours philosophique et peut même aider à développer une critique sociale qui échappe à la hiérarchie constituée par la construction sociale du sexe.

Comment parvenir à développer une théorie critique sociale, une théorie de l'émancipation, à partir d'une pensée qui rejette

19. L'auteur écrit à ce sujet : « It is important to note at the outset that I disagree with Derrida's critics who argue that deconstruction can play no role whatsoever in providing us with a social analysis of the current conditions of society and the possibilities of social change » « Philosophy of the Limit : Systems Theory and Feminist Legal Reform » dans *Deconstruction and the Possibility of Justice*, *op. cit.*, p. 69.

20. Il faut noter que, sans qu'il ait un renoncement explicite à sa position, Derrida n'insisterait plus tellement sur cet aspect. Nous l'avions déjà souligné auparavant. Il faut toutefois se garder de parler d'une rupture radicale dans l'œuvre de Derrida, inaugurant ainsi un discours proprement éthique. Comme le dit Richard Kearney : « I should also make clear from the outset that I am not claiming that Derrida underwent some kind of Pauline conversion to particular moral system of rights and wrongs. When I speak of "ethics" I do so not in the sense of morality, but in the general sense hinted at Derrida himself when he talks about that "singular responsibility without which there would be no morality, laws or politics." dans *Working through Derrida*, *op. cit.*, p. 28 sq.

toute conception du sujet et qui trouve dans le droit une violence sans fondement ? C'est précisément cette tâche redoutable que s'impose D. Cornell dans son œuvre majeure : *The Philosophy of the Limit*²¹.

The Philosophy of the Limit tente de répondre à la question de la fécondité de la déconstruction pour la pensée du droit et la pensée de l'émancipation en générale, celle des femmes en particulier. Il fallait, pour l'auteur, adopter cette expression qui n'exprime rien d'autre que la déconstruction derridienne. L'ouvrage, un chef-d'œuvre de la pensée déconstructiviste en philosophie du droit « veut établir une relation entre la philosophie des limites et les questions d'éthique, de justice et d'interprétation du droit. » En l'intitulant ainsi Drucilla Cornell veut nous permettre ainsi d'être plus précis sur ce qu'est concrètement la déconstruction au plan philosophique et (...) articuler plus clairement sa signification pour le droit.²² Bien que l'ouvrage privilégie l'apport de la déconstruction derridienne, il combine plusieurs types de pensées. Aussi y trouve-t-on associés à Derrida, Adorno, Lacan, Levinas, toutes des figures qui, pour Cornell, représentent la « rébellion éthique » et même « post-moderne » contre la « métaphysique » et plus spécifiquement contre Hegel.²³ À cette série de penseurs s'ajoute Niklas Luhmann auquel Cornell emprunte des éléments de la théorie des systèmes pour mieux interpréter et exposer ce qu'elle appelle la reproduction de la construction sociale du sexe et sa persistance dans nos sociétés afin d'ouvrir des perspectives de changement, voire de renversement.

Entreprise ambitieuse, tant au plan de la perspective que représente chacun des auteurs ci-dessus mentionnés, perspectives en effet difficilement conciliables les unes avec les autres, qu'à celui de la signification éthique et politique dont leur pensée se revêt aux yeux de Cornell : la possibilité d'une déconstruction porteuse d'éléments capables de transformer la situation des femmes. C'est pour mieux exposer la démarche qui est la sienne et dont, à première vue, on voit mal comment elle peut s'acquitter, que nous préférons prendre une illustration concrète qu'elle en donne dans un autre article : « *Philosophy of the Limit : Systems Theory and Feminist Legal Reform.* »

21. New York, Routledge, 1992. Par la suite nous citerons (PL).

22. PL, p. 1.

23. PL, p. 170.

Si nous l'amputons de son projet proprement déconstructiviste et de l'engagement féministe, la démarche de Drucilla Cornell ressemble, aussi bien dans *Philosophy of the Limit* et dans l'article précité, à celle qu'emprunte la théorie critique de Habermas dans *Théorie de l'agir communicationnel* et qui se résume par l'expression : système et Lebenswelt (monde vécu). Alors que les théories interactionnistes ou la sociologie compréhensive, représentées par A. Schütz et d'autres thématisent la Lebenswelt, d'autres se concentrent sur l'explication du système social, en tant que système auto-référentiel. Pour Habermas une théorie sociologique doit pouvoir combiner les deux perspectives et insister sur leur interdépendance. De façon similaire Drucilla Cornell part des auteurs comme Lacan auquel elle associe très habilement Niklas Luhmann. Combinaison à tout le moins inattendue, mais dont elle tire des conclusions qui, même si elles ne sont pas acceptables, ne manquent pas d'originalité. Comme elle l'écrit elle-même il s'agit d'un essai qui combine « Jacques Derrida's deconstructive interventions into the writings of Jacques Lacan and Emmanuel Levinas with the theory of Niklas Luhmann to encompass the divergent aspects [...] necessary for a feminist narration of the gender hierarchy »²⁴. Comment une telle combinaison peut-elle aider au projet d'une meilleure compréhension du mouvement féministe et au renversement de la hiérarchie sexuelle actuelle ?

Partant de la théorie lacanienne, Cornell souligne que le complexe d'Œdipe est pour l'enfant l'entrée dans le monde de la culture, un monde doué de signification²⁵. Alors que l'identité du garçon s'y forme sur la base de l'illusion de la totalité qui réprime sa relation différentielle face à ce qu'elle n'est pas, à savoir féminine, la fille ne peut pas guérir de sa blessure narcissique parce que, contrairement au jeune garçon qui s'identifie au père, elle ne dispose pas de modèle, de fantasmes compensatoires, c'est-à-dire de l'illusion de puissance qui provient de l'identification au père. Elle ne peut sentir un manque une fois le féminin répudié en elle, comme cela se produit aussi bien chez le garçon que chez la jeune fille. « Puisqu'il n'y a rien à dire au sujet d'un manque excepté le fait que quelque chose n'existe pas, la possibilité d'une réévaluation culturelle du sexe de la femme se fait comme limite de la culture.

24. « Philosophy of the Limit : Systems Theory and Feminist Legal Reform », dans *Deconstruction and the Possibility of Justice*, op. cit., p. 69.

25. Op. cit., p. 71.

Le sexe de la femme devient ainsi victime d'une forclusion dans la culture patriarcale »²⁶.

Pour Cornell la théorie lacanienne qui décrit la construction symbolique de l'identité sexuelle éclaire sous un nouveau jour ce que bon nombre de féministes soutiennent : entendre que l'idée du contrat social est fondée sur l'exclusion radicale des femmes. Et si l'on sait que cette idée est censée expliquer et justifier le monde politique, alors la construction symbolique se complète par une analyse des structures politiques où s'inscrit la domination des femmes. Ainsi s'établit une isomorphie entre le contrat symbolique et le contrat social, isomorphie en vertu de laquelle le contrat social renforce la hiérarchie qui s'est installée au plan symbolique entre les sexes²⁷.

Situation quelque peu exaspérante pour ne pas dire désespérée, c'est ce qui découle, pour notre auteur, de cette analyse symbolique, lacanienne et celle des structures politiques quant au statut de la femme. Non seulement cette hiérarchie telle que le montre Lacan est le prix que paie la jeune fille qui veut entrer dans le monde de la culture, mais elle se renforce à un autre plan social et politique. C'est donc pour trouver une théorie qui ouvre les perspectives du changement et qui ne reste pas uniquement au plan de la description symbolique ou celle des structures politiques, que Cornell se tourne vers la théorie des systèmes de Niklas Luhmann, car, comme elle le souligne, ce n'est qu'en combinant le travail de Lacan et celui de Luhmann que nous pouvons développer une compréhension adéquate de la permanence de la hiérarchie des sexes dans nos sociétés.

Plutôt que d'exposer la théorie luhmanienne, ce qui ne nous semble pas indispensable dans la position que défend *grosso modo* Cornell, disons tout simplement que Drucilla Cornell pense que la hiérarchie entre les sexes peut se formuler dans les catégories de la théorie des systèmes. Mais comme tout système est caractérisé par une différenciation fonctionnelle et que selon Luhmann la différenciation a conduit à une conception des individus qui se perçoivent comme des sous-systèmes et jugent le monde de leur perspective, puisque, avec la différenciation les sous-systèmes individuels finissent par prendre conscience de leur unicité, Drucilla Cornell y perçoit la possibilité de se libérer de la reproduction de la

26. *Op. cit.*, p. 73.

27. *Op. cit.*, p. 75.

construction sociale hiérarchisée des sexes, ce que la position lacanienne et celle d'autres féministes ne permettent pas; car ce qui est en jeu, c'est la sortie hors du processus de reproduction de la hiérarchie sociale entre les sexes. L'espoir d'une libération possible peut se consolider par la philosophie de l'altérité développée par Levinas.

Il n'est pas très aisé de porter un regard critique sur cette réception de Derrida et cette combinaison particulière de théories les unes aussi différentes que les autres. Même si au plan esthétique, la présente combinaison de perspectives diverses peut s'apprécier différemment, au plan d'une analyse systématique on se demande s'il n'y a pas une lecture trop bienveillante et même trop constructive de la déconstruction derridienne. Qui plus est, l'abondance des perspectives donne au texte une allure encyclopédique dont on peut se demander si elle est véritablement indispensable au projet que l'auteur poursuit ici, car la première question qui vient à l'esprit quant aux conclusions auxquelles aboutit Drucilla est la suivante : le détour par tous ces auteurs vaut-il la peine ? La synthèse de toutes ces perspectives est-elle si facile à faire ? N'aboutit-elle pas à une situation plutôt éclectique qui dépossède chaque perspective théorique de son identité propre ? Comment comprendre ce qui est appelé ici interventions déconstructivistes derridiennes dans les théories de Lacan et de Levinas et la fécondité d'un tel investissement théorique pour la cause féministe ? L'idée des fins de l'homme peut-elle se faire solidaire de l'émancipation des femmes, de leurs luttes ? Il y a de quoi être quelque peu sceptique. Toutefois il faut reconnaître un mérite à Drucilla Cornell : la capacité de dialoguer avec plusieurs théories provenant de divers horizons intellectuels et l'habileté d'en faire une synthèse dont elle espère pouvoir alimenter un projet d'émancipation des femmes.

III. Conclusions

Il est difficile de ne pas partager les idées d'engagement dont aussi bien Derrida que Drucilla Cornell se font les défenseurs. Tout comme il est impossible de faire aujourd'hui la philosophie du droit sans prendre en considération ces nouvelles orientations. Mais il est tout aussi difficile de suivre la démarche argumentative des déconstructivistes. Dans le cas de Derrida, on voit mal comment les prémisses de la déconstruction n'aboutiront pas plus au nihilisme qu'à une éthique de la responsabilité ou du souci pour autrui. Et, surtout, on ne voit pas très bien comment la déconstruction pourrait se faire sans un minimum de critères normatifs là où elle tient

encore à des valeurs telles que la responsabilité et la justice. Une éthique sans aucun critère ! C'est ce que semble défendre Derrida et que nous sommes désormais appelés à imiter. Même là où la critique est juste quant au contenu, même là où l'engagement demande à être apprécié, l'horizon des valeurs au nom desquelles nous pouvons entreprendre et la critique et l'engagement est détruit par la déconstruction elle-même. Qu'on le veuille ou, qu'on reproche à Derrida de n'avoir perçu lui-même dans la déconstruction aucun potentiel critique, la déconstruction demeure une forme de nihilisme, le nihilisme de notre temps devant lequel rien ne tient. Ce n'est, pour utiliser une expression de Derrida lui-même, une sorte d'abîme où sont suspendues les « catégories métaphysiques » sauvées du dualisme des endémiques à toute forme conventionnelle de pensée, des catégories « dé-logocentrées », mais bien une fosse commune d'idées, un grand trou où tout peut se jeter. Il est d'autant plus regrettable que des juristes qui entendent soumettre le système juridique à la critique, s'engager au plan social et politique, militer pour les femmes et poser les questions qu'impliquent l'interprétation des textes juridiques ne perçoivent pas ce nihilisme. Peut-être n'en saisissent-ils pas tous les tenants et aboutissants. Cependant pour peu que l'on veuille penser la déconstruction derridienne jusque dans ces limites extrêmes, on ne peut que s'étonner de la grande cécité de ceux qui y trouvent un potentiel critique juridique. Si la fin de l'homme est vraie, ce qui détermine la coexistence des hommes et en cimente la stabilité, quitte à corriger celle-ci sans cesse, disparaît avec l'homme. À moins bien sûr qu'il ne s'agisse de thèses dont on ne réclame plus la responsabilité, une fois qu'on les a lancées. Dans ce cas nous avons affaire à une éthique d'une responsabilité plutôt étrange parce que justement elle est sans fondement. Et quand on lui en trouve un, celui-ci est pure violence. Par où l'on voit que la nouveauté des modes de pensée est appréciée au détriment des démarches rationnellement défendables. La pensée proprement critique du droit telle que l'a inaugurée le criticisme de type kantien, même si, pour certains elle semble dépassée aujourd'hui, garde encore toute son actualité et nous semble mieux armée pour articuler de façon plus cohérente les revendications qui, aujourd'hui de toutes parts se font au nom du droit.

*Département de philosophie
Université de Montréal*

L'UNIVERSALITÉ DES DROITS DE L'HOMME

Le débat sur l'universalité des droits de l'homme

Pierre Robert

Le concept moderne des droits de l'homme tire ses origines des principes du droit naturel élaborés dans la pensée européenne des XVII^e et XVIII^e siècles. La formulation même de ces droits est indissociablement liée à l'expérience juridique occidentale. L'institution des droits de l'homme présente ainsi une historicité et une spacialité incontestables.

Malgré ce particularisme, l'idée de droits de l'homme comporte dès ses origines, une revendication d'universalité.

En effet, la notion originelle des droits de l'homme implique des droits intrinsèques, extérieurs à l'ordre social, attachés essentiellement et abstraitement à l'existence humaine. Ces droits fondamentaux ne sont pas acquis ou conférés. On ne peut les aliéner ou y renoncer, a fortiori, l'homme ne peut en être privé ou du moins il peut les revendiquer en tout temps et en tout lieu.

Cette prétention à l'universalité qui peut trouver une explication culturelle dans le rôle particulier assigné à la suprématie de la loi dans les rapports des citoyens à l'État dans la pensée juridique du XVIII^e siècle, a cependant le mérite, comme l'atteste la vocation subséquente des droits de l'homme dans l'histoire, d'avoir postulé la transcendance de l'homme.

L'universalité des droits de l'homme pose comme prémisses la dignité de la personne humaine, l'égalité de tous les hommes et la primauté de ces droits.

Le débat sur l'universalité des droits de l'homme aborde tour à tour chacune de ces propositions que ce soit en regard de l'aspect transcendantal et originel des droits de l'homme, en regard du contenu et de l'interprétation de ces droits ou enfin relativement à la conception et la formulation juridiques de la dignité humaine sous la forme de « droits ».

Le postulat d'universalité fondé sur la nature humaine heurte de plein fouet la réalité sociologique et historique de l'humanité. L'homme s'inscrit dans une société, une culture qui détermine sa nature, son statut et son autonomie. À l'origine occidentale de la conception de l'homme s'oppose la diversité culturelle et les nombreuses explications philosophiques de l'homme.

Toutefois la nouvelle fondation des droits de l'homme dans le droit international de la seconde moitié du vingtième siècle ouvre de nouvelles perspectives. L'acceptation universelle de principes fondamentaux, plutôt que de sous-entendre l'adhésion à une vision particulière de l'homme, pourrait reposer, par l'entremise du droit, sur la volonté de l'homme se pensant comme irréductible.

Toutefois même un accord possible sur le sens de l'universalité n'évacue pas le débat qui porte alors sur le contenu universel des droits de l'homme.

Malgré la pluralité des systèmes juridiques, on peut constater un certain progrès dans la reconnaissance de l'universalité des droits de l'homme. Ainsi on peut identifier un noyau dur de droits intangibles : le droit à la vie, le droit de ne pas être soumis à la torture, le droit de ne pas être réduit en esclavage et le droit à ne pas être sujet de la rétroactivité de la loi pénale. Il s'agit là d'un contenu minimum qui constitue déjà un progrès bien que certains aspects de ces droits demeurent encore sujets à interprétation. Pour les autres droits, la diversité et la pluralité culturelle maintiennent les antagonismes.

Enfin la conceptualisation juridique occidentale des droits subjectifs ne peut être comprise ou admise par tous de la même façon. Les notions d'autonomie et d'égalité des individus dans une société varient selon les modèles culturels. Cependant les convergences culturelles demeurent possibles. Ainsi les droits de l'homme de la troisième génération, qui reposent sur la notion de solidarité, se rapprochent davantage des conceptions des sociétés non occidentales.

Le débat sur l'universalité des droits de l'homme n'est donc pas clos. Toutefois la considération de la relativité culturelle ne signifie pas uniquement l'exacerbation des antagonismes. D'autres voies se présentent proposant des solutions médianes dans la recherche de

l'universalité. La solidarité, la réciprocité ou la régionalisation de l'interprétation des droits de l'homme représentent à cet égard des concepts nouveaux qui sont susceptibles de concilier le pluralisme des sociétés et la vocation à l'universalité des droits de l'homme.

*Directeur, Département des sciences juridiques
Université du Québec à Montréal*



**Le discours religieux musulman et
la pensée d'Hannah Arendt :
Deux critiques de l'universalisme
des droits de l'homme**

Jean-François Niort

Face à la crise actuelle du logos dominant en matière de droit de l'homme, crise révélatrice de tensions internationales profondes car souvent fondées, au-delà des facteurs matériels, et comme l'a notamment montré la récente conférence de Vienne sur l'actualisation de la Déclaration universelle de 1948¹, sur des raisons culturelles et identitaires², il peut être utile de présenter deux critiques de la prétention à l'universalité du modèle occidental des droits de l'homme officiellement reçu. Il s'agit du discours religieux musulman et de la pensée phénoménologique d'Hannah Arendt. Dans les deux cas, on propose un modèle alternatif au modèle dominant, y compris dans son universalité.

-
1. Cf. notamment R. Mattarolo, « La conférence de Vienne sur les Droits de l'homme », *Le Monde Diplomatique*, août 1985, p. 5, et les contributions à *L'actualité de la Déclaration universelle des droits de l'homme*, Cahier des communications du colloque du 10 décembre 1993 organisé à l'UQAM par la Commission des droits de la personne du Québec, le Département des sciences juridiques de l'UQAM et la Société québécoise de droit international.
 2. Ainsi peut-on expliquer la récente floraison des déclarations non-occidentales des droits de l'homme, telles que la *Charte africaine des droits de l'homme*, adoptée à Nairobi en 1981 par les chefs d'État africains ; la *Déclaration des devoirs fondamentaux des peuples et des États asiatiques*, adoptée en 1983 par le Conseil régional des droits de l'homme en Asie, de même que la *Déclaration de Bangkok* (avril 1993), élaborée par plus de 110 O.N.G. asiatiques, (document dont se rapproche fortement le texte final de la Conférence de Vienne), sans compter les revendications des peuples autochtones, qui témoignent

En effet, ce n'est pas tant l'universalisme des déclarations que leur prétendu occidentalisme qui est remis en question dans ces critiques. Voyons brièvement comment celles-ci s'articulent...

A. C'est très actuellement du côté du discours musulman que vient une première critique. Une de ces expressions les plus paradigmatiques est sans doute la « Déclaration islamique universelle des droits de l'homme », adoptée à L'UNESCO par le Conseil islamique pour l'Europe³ en 1981⁴. Ses promoteurs ont saisi l'occasion de la conférence de Vienne de juin 1993 sur la Déclaration de 1948 pour réaffirmer leurs critiques⁵.

d'une volonté d'adaptation du discours des droits de l'homme à l'héritage socio-culturel propre des intéressés (voir G.A. Kouevi, « Les déclarations non-occidentales des droits de l'homme », Mémoire DEA de Théorie juridique, Faculté de droit d'Aix-En-Provence, 1993). Mais il s'agit d'ailleurs d'une crise également interne à l'Occident, les valeurs et représentations des droits de l'homme ayant considérablement évoluées depuis 1948, vers moins d'uniformisme, plus de reconnaissance justement des droits identitaires, culturels et collectifs, dans le cadre du développement du « pluralisme juridique » : voir la mise au point générale de Norbert Rouland, « L'archipel des droits de l'homme », dans *L'actualité de la Déclaration universelle des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 37 *sq.*

3. Organisation non gouvernementale basée à Londres.
4. On peut retrouver ce texte dans le recueil dirigé par Emmanuel Hirsch, *Islam et droits de l'homme*, Paris, Librairie des libertés, 1984, p. 220 *sq.* Il faudrait aussi évoquer deux autres textes islamiques : la *Déclaration de Koweït* de 1980 et la *Déclaration de Taïf* de 1981, élaborée par l'Organisation de la Conférence islamique (*cf.* G.A. Kouevi, *op. cit.*).
5. Il faut peut-être ici souligner le fait que si l'actualité nous présente souvent l'Islam contemporain sous un visage inquiétant, bien d'autres courants islamiques, au-delà des mouvements intégristes et/ou terroristes, tentent d'apporter des réponses *pacifiques* et *argumentatives* à la question de l'attitude de l'Islam face au monde occidental et face à lui-même, tel qu'au travers justement de cette déclaration islamique. Il serait injuste de réduire aujourd'hui l'Islam à l'intégrisme, tout comme il aurait été injuste par exemple de considérer que rien de bon n'existait dans la tradition démocratique libérale américaine à cause de son incapacité à résoudre juridiquement la question noire jusqu'aux années 1960. Face à des attitudes d'intransigeance absolue et, n'hésitons pas à le dire, violentes, telles qu'elles apparaissent dans les discours iraniens ou soudanais (*cf.* par exemple les incidents survenus récemment à la Commission des droits de l'homme des Nations-Unies à Genève, rapportés par Paul Lewis, « UN faces dilemma over Islamic Law », *The Globe and Mail* du 10 mars 1994), et afin que ces derniers ne s'imposent pas comme ayant le monopole de l'expression de la pensée islamique sur la scène internationale, il est urgent d'accueillir

- 1) Ici, comme ailleurs dans les textes catholiques par exemple⁶, le principal reproche est d'occulter la dimension spirituelle et religieuse d'un homme par trop « naturalisé ». Face au matérialisme philosophique qui sous-tendrait les déclarations occidentales, on rappelle notamment que la spiritualisation de la personne humaine, la reconnaissance de son caractère transcendant, offre de sérieuses garanties de protection de l'individu contre les empiètements du pouvoir à l'égard de son intégrité et de ses droits.
- 2) On stigmatise également l'individualisme des déclarations occidentales, en insistant d'une part sur la *socialité* de l'homme, notamment au travers de la mise en valeur de la OUMMA (ou « Hummah ») musulmane (communauté des croyants)⁷ ; d'autre part sur la *sociabilité* de l'homme, c'est-à-dire son aptitude naturelle à la fraternité et à la coopération sociale⁸.
- 3) D'autre part, et face au laïcisme des déclarations occidentales, on insiste aussi sur le caractère irénique, fraternel et tolérant, du message religieux, en d'autres termes sur la possibilité d'affirmer une anthropologie spiritualiste sans risquer le conflit et/ou l'oppression en raison des croyances. La déclaration islamique abonde dans ce sens,

favorablement toute tentative d'ouverture et de discussion réelles émanant du monde islamique, telle cette déclaration islamique universelle, même si c'est pour finalement en reconnaître les limites. Le seul fait d'ailleurs de recourir à une forme juridique telle que la déclaration des droits et devoirs est déjà d'ailleurs en soi une preuve d'ouverture, puisqu'en Islam, comme dans nombre d'autres cultures non-occidentales, l'idée même de déclaration n'est pas évidente, tant les droits sont censés être garantis autrement (cf. notamment Norbert Rouland, *Aux confins du droit*, Paris, Odile Jacob, 1991, p. 199 sq.).

6. Cf. entre autres les encycliques *Rerum Novarum* (1891), *Centesimus Annus et Splendor Veritatis*, plus spécialement l'encyclique *Mater et Magistra* de Jean XXIII en 1961 (Montréal et Paris, Fides, nouvelle édition, 1968), à laquelle on se référera quelques fois par la suite. Voir de manière générale Philippe de la Chapelle, *La Déclaration universelle des droits de l'homme et le catholicisme*, avec une Lettre liminaire de René Cassin, Préface de Jean-Yves Calvez, Paris, Pichon et Durand-Auzias, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 1967, spécialement p. 405 sq.).
7. Qui s'entend pour les rédacteurs comme d'une « fraternité universelle de l'Islam » (Préambule *in fine*. Cf. aussi art. XI ; XIV ; XV, e et g ; XXIII et Notes d'explication n° 3).
8. Cf. aussi *Mater et Magistra*, *op. cit.*, p. 111 sq.

en garantissant tout spécialement la liberté religieuse (art. X et XIII).

On peut mettre en perspective les critiques ainsi portées, au travers de quelques observations, reprenant respectivement les trois points soulevés plus haut.

- 1) Certains diront peut-être que l'existence actuelle, non seulement hors de l'Occident, mais aussi en son sein, d'un vaste mouvement de retour au sacré, au religieux, parfois véhiculé ou justifié par la rationalité scientifique elle-même⁹, ou tout au moins d'un retour des visions « globales », holistiques, de l'homme et de son environnement¹⁰, constituent le plus net démenti à l'individualisme abstrait rationaliste et au matérialisme philosophique¹¹ qui sous-tend le logos occidental des droits de l'homme. À refuser de prendre en compte cette évolution, on risquerait peut-être d'aggraver le déficit de crédibilité dont souffre déjà le logos dominant en matière

9. Outre le spiritualisme d'Albert Einstein (voir son *Comment je vois le monde*, Paris, Flammarion), cf. par exemple la « conception religieuse » de la conscience de soi sur laquelle débouchent les travaux d'un des plus grands neurologues du XX^e siècle, John C. Eccles (*Évolution du cerveau et création de la conscience*, Paris, Fayard). Cf. aussi le *Symposium mondial Limites et libertés de l'homme*, tenu à Tours en 1988, où nombre des plus prestigieux scientifiques (B. Benson, J. Benveniste, R. Metzner, L. Pliouchtch, K. Pribam) ont envisagées le plus naturellement du monde les liens entre science et spiritualité. Voir aussi du côté de l'ouverture des scientifiques à la spiritualité asiatique, Fritjof Capra, *Le Tao de la physique* [1975], Paris, Sand, 1985. Ces conceptions spiritualistes ne sont certes pas majoritaires dans le monde scientifique, mais elles gagnent rapidement du terrain. L'idée centrale est que la raison est de moins en moins incompatible avec la pensée religieuse, ainsi que René Girard par exemple nous l'avait montré notamment depuis *La violence et le sacré*.
10. Voir les travaux de Ruppert Sheldrake (théorie des champs morphogénétiques), de James Lovelock (hypothèse « Gaïa »), de Yves Christen (l'homme « bioculturel »), de Henryk Skolimovski (l'« éco-philosophie ») et de Serge Mongeau (« écosophie »).
11. Cf. sur le matérialisme des Lumières le dossier de la revue *Dix-huitième siècle*, n° 24, 1992, p. 5-236, sous la direction d'O. Bloch et C. Porset. Plus spécifiquement, voir les travaux de Léon Poliakov sur l'anthropologie des Lumières, spécialement dans *Le mythe aryen. Essai sur les sources du racisme et des nationalismes* [1971], Bruxelles, éd. Complexe, 1987, p. 177 sq.

de droits de l'homme¹². Et dans le cadre des interrogations occidentales actuelles sur l'ontologie de la modernité et l'éventuelle post-modernité que nous inaugurons, l'Islam peut d'ailleurs apparaître d'une certaine manière, notamment dans la conciliation et l'harmonisation qu'il propose entre raison et spiritualité, individu et environnement¹³, non comme archaïque, mais au contraire comme futuriste¹⁴.

D'autre part, et moins spéculativement, le caractère divin, transcendantal, de la personne humaine *et de ses droits* sont a même, selon les promoteurs de la déclaration islamique, de garantir au mieux l'inviolabilité de ces droits : « Étant donné leur origine divine », explique Salem Azzam, secrétaire général du Conseil islamique pour l'Europe, « aucun dirigeant ni gouvernement, aucune assemblée ni autorité ne peut restreindre, abroger ni violer en

-
12. À bien des égards d'ailleurs, le discours des droits de l'homme lui-même, spécialement en France dans le cadre de l'école républicaine, présente les caractéristiques d'une religion (civile). D'autre part, on a récemment encore bien montré comment depuis 1789 l'État n'avait fait que se substituer à Dieu dans les représentations sociales et juridiques (M. Alliot, « Droits de l'homme et anthropologie du droit », *Bulletin de liaison du Laboratoire d'anthropologie du droit*, n° 11, 1986, p. 27 sq. ; Étienne Le Roy, « Les fondements anthropologiques des Droits de l'homme », *Revue de la Recherche juridique*, 1992, n° 1, p. 133 sq.
 13. Cf. notamment art. XIV par exemple pour la dimension socio-culturelle et communautaire, et Préambule, in limine + art. XV pour l'environnement écologique et économique. Sur ces derniers thèmes voir aussi Mater et Magistra, *op. cit.*, p. 69 sq.
 14. Sur l'Islam et la modernité, au sens de la recherche d'une modernité spécifiquement islamique, il faut s'orienter vers l'étude du réformisme musulman, avec des auteurs comme le persan Jamal al-Din al-Afghâni (1839-1897), l'égyptien Muhammad Abduh (1849-1905) et le syro-libanais Rashid Ridha. Cf. aussi Bertrand Badie, *Les deux États. Pouvoir et sociétés en Occident et en terre d'Islam*, Paris, Fayard, 1987 ; Jean-François Thuot, « Modernité et Islam : lecture de Jacques Berque », *Société*, n° 6. Sur les rapports entre Islam et modernité occidentale (spécialement la philosophie des Lumières), cf. Hichem Djait, « La pensée arabo-musulmane et les Lumières », dans *Islam et politique au Proche-Orient aujourd'hui*, Paris, Gallimard, 1991, p. 32-52 ; et l'intéressant travail de Bernard Messier et Yaël Wojcik, *Les fondements de la pensée arabo-musulmane et ses corrélations avec la philosophie des Lumières*, travail de session (été 1993), Département de philosophie, cours PHI 4253 (« Philosophie du XVIII^e siècle », par Josiane Ayoub), UQAM (un article pour la revue *Philosophiques* est en préparation par les auteurs).

aucune manière les droits de l'homme conférés par Dieu ¹⁵. En ce sens le droit de résistance à l'oppression trouve ici un fondement sûr et est plusieurs fois affirmé par la déclaration (art. II ; IV, b et e ; XII, c).

- 2) L'accent mis par la déclaration islamique sur la socialité de l'homme répond à la critique traditionnelle à l'égard des déclarations occidentales, selon laquelle ces dernières ne feraient pas une place assez large aux droits économiques et sociaux, auraient une anthropologie individualiste abstraite qui coupe l'être humain de sa réalité. Dans la déclaration islamique de 1981, sont notamment expressément reconnus en ce sens, les droits de « libre association » (art. XIV), de revenu minimum pour les pauvres (art. XV, d), le droit des travailleurs au repos, aux loisirs, à la sécurité sociale, le droit à l'enseignement (art. XVI *sq.*), et le droit à la vie familiale (art. XIX *sq.*). De plus,

« Collectivement, la communauté est tenue de créer des conditions dans lesquelles ses membres puissent pleinement développer leur personnalité » (art. XIV, b).

Il est indéniable que les déclarations des droits de « première génération », telle la *Déclaration de 1789*, peuvent supporter ce genre de critiques, et le préambule de la constitution de 1946 en France par exemple, ainsi que la *Déclaration universelle* de 1948 ou le second *Pacte international* de 1966 tendaient bien à y répondre en reconnaissant des droits de la « deuxième génération », ou dits « économiques et sociaux » ¹⁶.

On retrouve de surcroît dans la Déclaration islamique un net écho des droits dits de « solidarité » ou de « troisième génération » ¹⁷, au rang desquels les droits au développement, à la paix, à l'environnement, à la répartition équitable des ressources mondiales (Préambule et art. XV).

En outre, la déclaration islamique, en plus de proclamer le droit « inaliénable » de tout individu « à la liberté sous toutes ses formes — physique, *culturelle*, économique et politique » — reconnaît ce même droit à « tout peuple », et dans les deux cas consacre le droit

15. *Introduction à la Déclaration islamique, loc. cit.*, p. 218. Voir effectivement le préambule et les art. IV, e ; XII, c.

16. Voir l'analyse de Lucie Lamarche sur l'opérationnalité des droits économiques et sociaux contenus aux art. 22 *sq.* de la déclaration de 1948 dans « Le droit international des droits économiques de la personne et le Quart monde occidental : a-t-on parlé pour ne rien dire ? », dans *L'actualité de la Déclaration universelle des droits de l'homme, op. cit.*, p. 26 *sq.*

17. *Cf. Lucie Lamarche, loc. cit.*, p. 30 (avec les références qu'elle donne).

de résistance à l'oppression (art. II). Là aussi cette reconnaissance correspond à des critiques sur les lacunes des déclarations occidentales en matière de droit des peuples, ou de droits collectifs, et plus généralement en matière de droit culturels¹⁸.

Enfin, bien sûr, au titre de la sociabilité de l'homme, la déclaration islamique insiste sur les devoirs religieux et sociaux

- 3) Par ailleurs, il faut reconnaître d'autre part l'indéniable réussite historique de certaines expériences civilisationnelles islamiques en matière de respect des droits de l'homme et spécialement de liberté de croyance, même minoritaire. Des auteurs, invoquant l'Islam, son absence de clergé et de dogme absolu et uniformisé par une autorité terrestre tel un pape, dressent d'ailleurs des parallèles entre cette religion et la religion protestante¹⁹.

Et au-delà de la protection spéciale accordée aux minorités religieuses, qui bénéficient quasiment d'une autonomie normative interne²⁰, la déclaration islamique consacre un droit à l'égalité de traitement et à l'absence de discrimination très développé²¹.

18. Ainsi récemment voit-on se développer les références à ces droits dans les textes internationaux, tels la *Déclaration sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales, ethniques, religieuses et linguistiques* (adoptée par l'O.N.U. en décembre 1992), ou, sur un plan régional, le projet de *Convention européenne pour la protection des minorités*, proposé en 1991 par la Commission européenne pour la démocratie par le droit, alors que de plus en plus la composante culturelle du droit au développement est reconnue (cf. N. Rouland, « L'archipel des droits de l'homme », *loc. cit.*, p. 47 sq.

19. Cf. Amr Helmy Ibrahim, « Laïcité, religiosité et politiques islamistes », *Esprit*, mai-juin 1983, p. 176 sq. Max Weber lui-même s'est intéressé à l'Islam (cf. Bryan S. Turner, *Weber and Islam : A critical study*, London, Henley and Boston, Routledge and Keagan Paul, 1978).

20. Art. X : a) Le principe coranique « Il n'y a pas de contrainte en religion doit régir les droits religieux des minorités non musulmanes. b) Dans un pays musulman, les minorités religieuses doivent avoir le choix, pour la conduite de leurs affaires civiles et personnelles, entre la Loi islamique et leurs propres lois ». Art XIII : « Toute personne a droit à la liberté de conscience et de culte conformément à ses convictions religieuses ». Art XIV : « a) Toute personne a le droit de participer à titre individuel ou collectif à la vie religieuse, sociale, culturelle et politique de sa communauté [...] ».

21. Cf. par exemple art. III, c : « personne ne doit se voir refuser une possibilité de travailler ni subir une discrimination quelconque ni être exposé à un plus grand risque physique du seul fait d'une différence de croyance religieuse, de couleur, de race, d'origine, de sexe ou de langue » (voir aussi préambule).

S'il fallait établir un parallèle avec la pensée politique occidentale, on pourrait peut-être dire qu'on se trouve ici face à un modèle d'État libéral dans le sens de celui que conçoit Charles Taylor par exemple : un État qui, tout en prônant un modèle de vie bonne, par le biais en l'espèce d'une religion d'État, tolère les minorités²². On peut citer en ce sens les constitutions marocaine, tunisienne et algérienne²³.

Si on ajoute que la déclaration ne fait pas référence à un système de démocratie formelle et parlementaire²⁴, le modèle musulman semble se rapprocher de certains modèles communautariens²⁵, mais tout en paraissant bien armé pour relever le « défi du pluralisme »²⁶, auquel les démocraties libérales occidentales sont actuellement confrontées. D'autant plus que dans la réalité, la religion coranique s'est adaptée avec beaucoup de souplesse aux

-
22. Cf. Charles Taylor, « The Politics of Recognition », dans Amy Gutman (ed.), *Multiculturalism and the « Politics of Recognition »*, Princeton, Princeton University Press, 1992, p. 61n., et la discussion qu'en propose Dominique Leydet dans « Reconnaissance, identité, pluralité : les limites du projet de Taylor », *Lekton*, vol. IV, printemps 1994.
23. Respectivement art. 6 et 9 ; art. 1^{er} et 5 ; art. 2, 35 et 39 (mais ces constitutions contiennent également bien sûr des modèles politiques de type parlementaire et une notion de citoyenneté unique). Voir dans le sens de la possibilité d'un Islam comme religion d'État mais éventuellement minoritaire et assurément tolérante, Hichem Djaït, *La personnalité et le devenir arabo-islamique*, Paris, Seuil, p. 148-151.
24. Ce qui ne veut pas dire qu'aucun processus « démocratique » n'y soit prévu. Voir en effet *Préambule*, G-xix ; et art. XI : « Le processus de libre consultation (*Shura*) est le fondement des rapports administratifs entre le gouvernement et le peuple. Le peuple a également le droit de choisir et de révoquer ses gouvernants conformément à ce principe ». Sur les rapports entre Islam et démocratie, cf. Jean-François Clément, « Islam et démocratie », *Esprit*, mai-juin 1983, p. 191 sq. ; Bertrand Badie, *op. cit.* ; Camille Mansour, *L'autorité dans la pensée musulmane : le concept d'Ijmâ (consensus) et la problématique de l'autorité*, Paris, Vrin, 1975 ; Michel Camau, *La notion de démocratie dans la pensée des dirigeants maghrébins*, préface C. Debbasch, Paris, CNRS, 1971. La constitution algérienne de 1989 combine d'ailleurs démocratie parlementaire, démocratie économique et sociale et Islam.
25. La déclaration ne semble pas en effet envisager la création d'un réel espace public de citoyenneté abstraite transcendant les appartenances communautaires, ou au moins elle n'en fait pas un objectif important.
26. En référence au titre du numéro double de la revue *Lekton* citée plus haut (vol. III n° 2 et vol. IV n° 1), et dirigé par Daniel M. Weinstock. L'idée d'égalité n'est en effet pas réservée aux seuls membres de la Oumma islamique comme on l'a vu (cf. encore *Préambule*, g-i ; et art. III, a : « Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit à des possibilités égales et à une protection égale de la loi »).

particularités culturelles, historiques, politiques et idéologiques des pays où elle s'est implantée (cf. art. II)²⁷. Il suffit de penser à l'écart qui oppose la conception de l'Islam qui domine en Arabie Saoudite ou au Pakistan, par rapport à l'« Islam révolutionnaire » et progressiste tunisien ou algérien par exemple²⁸.

Néanmoins, il faut souligner que ce système de tolérance est fondé sur un *commandement divin* plus que sur une raison proprement humaine et « temporelle », à la manière de Locke²⁹. C'est une différence philosophique considérable, même si le modèle islamique peut *en pratique* se révéler somme toute aussi efficace que le modèle lockéen pour les raisons invoquées plus haut.

Mais l'autonomie individuelle est aussi fortement tempérée par cette référence divine, même si l'Islam est compatible en général avec les droits de l'homme³⁰. Ainsi la déclaration islamique

27. Cf. sur cette diversité islamique Bernard Botiveau, *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes. Mutations des systèmes juridiques du Moyen-Orient*, préface de J. Berque, Paris/Aix-En-Provence, Khartala/IREMAM, 1993.

28. Ou encore égyptien. Sur ce conflit entre Islam traditionaliste et Islam révolutionnaire, qui se conjugue souvent avec nationalisme et socialisme, cf. par exemple Lucine Champenois et Jean-Louis Soulié, *Le royaume d'Arabie saoudite face à l'Islam révolutionnaire (1953-1964)*, Paris, Cahiers de la FNSP, Armand Colin, 1966. Cf. une édifiante illustration de cet Islam révolutionnaire dans la Charte nationale algérienne de 1976 (cf. *La Documentation française*, collection « Notes et études documentaires », 1976, n^{os} 4.348 à 4.350).

29. Cf. notamment le préambule de la déclaration islamique : « [nous] qui croyons que la rationalité en soi, sans la lumière de la révélation de Dieu, ne peut constituer un guide infaillible dans les affaires de l'humanité... ». Comparer avec John Locke, *Lettre sur la tolérance* (1689), éd. et trad. par R. Klibansky et R. Polin, Paris, Presses universitaires de France, 1965.

30. Cf. la discussion entre plusieurs auteurs dans Emmanuel Hirsch, *Islam et droits de l'homme*, op. cit. (et voir aussi dans la même collection *Judaïsme et droits de l'homme* et *Christianisme et droits de l'homme*). Salem Azzam fait d'ailleurs remarquer que, comme en Occident, il ne faut pas juger de la capacité de l'Islam à reconnaître les droits de l'homme à l'aune des politiques effectivement suivies, car il concède qu'il « est malheureux que les droits de l'homme soient impunément foulés aux pieds dans de nombreux pays du monde, y compris dans les pays musulmans » (je souligne) (*Introduction à la Déclaration islamique*, loc. cit., p. 219). Voir aussi G. Conac et A. Amor (dir.), *Islam et droits de l'homme*, Paris, Economica, 1994 ; Marcel Boisard, *L'humanisme de l'Islam*, Paris, Albin Michel, 1993 ; Mohammed-Chérif Ferjani, *Islamisme, laïcité et droits de l'homme*, Paris, L'Harmattan, 1991 ; M. Arkoun, « Les origines islamiques des droits de l'homme », *Revue des sciences morales et politiques*, 1989, p. 25 sq. ; S.H. Sauder (dir.), *Islamic Concept of Human Rights*, Lahore, 1978.

reconnaît-elle la liberté de croyance et de parole du musulman, mais seulement « dans les limites prescrites par la Loi » (art. XII, a). En l'espèce, il faut entendre bien sûr « Loi » comme la « Sharia, c'est-à-dire la totalité des ordonnances tirées du Coran et de la Sunna et toute autre loi déduite de ces deux sources par des méthodes jugées valables en jurisprudence islamique »³¹.

D'autre part et par conséquent, face au reproche d'occidentalisme, il faut constater ainsi que le modèle musulman présente lui aussi une prétention à l'universalisme substantif, c'est-à-dire qu'il est chargé d'un contenu qui est bien sûr très déterminé socio-culturellement, comme celui des déclarations occidentales. Et ceci est accentué par le fait que souvent prévaut en Islam un traditionalisme et un respect littéral des textes originels³².

Il faut toutefois rappeler que bien d'autres dimensions et interprétations de la religion et de ses préceptes existent dans l'Islam³³, qui par exemple nient l'importance du respect des rites, mettent au contraire l'accent sur l'unité divine et du genre humain³⁴, sur les droits et le rôle social, politique et religieux de la femme³⁵, ou encore sur la raison et non pas le dogme comme critère du juste³⁶.

Mais c'est l'Islam strict et normatif qui domine actuellement, y compris dans la déclaration islamique de 1981, bien que celle-ci soit

31. « Notes d'explication » *in fine* de la *Déclaration islamique*, *loc. cit.*, p. 231.
32. Rappelons que l'Occident connaît encore ce genre d'attitude, comme c'est le cas des juristes américains, dont le juge Bork, partisans d'une interprétation littérale et non-évolutive de la constitution de 1787 (voir par exemple sur ce débat Denis Lacorne, *L'invention de la république. Le modèle américain*, Paris, Hachette, collection « Pluriel », 1991).
33. Cf. par exemple Jean-François Clément, « Les trois dimensions de l'Islam », *Esprit*, mai-juin 1983, p. 199 *sq.* Pour un tableau d'ensemble de la philosophie islamique, si riche et diversifiée, cf. Henry Corbin, *Histoire de la philosophie islamique*, Paris, Gallimard, collection « Folio-Essais », 1986.
34. Voir spécialement toute la littérature sur le soufisme et l'école philosophique d'Ibn Arabi, dont la pensée est en pleine renaissance actuellement (cf. Michel Chodkiewicz, préface à Emir Abd-el-Kader, *Écrits spirituels*, Paris, Seuil, 1982, p. 37).
35. Voir spécialement sur l'Islam primitif à l'égard des femmes, Fatima Mernissi, *Le barem politique. Le Prophète et les femmes*, Paris, Albin Michel, 1987 ; et aussi *Sexe, idéologie et Islam*, Paris, Tierce, 1983. Cf. également Nelly et Laroussi Amri, *Les femmes soufies ou la passion de Dieu*, Saint-Jean de Braye, Dangles, 1992.
36. C'est le cas de la tradition des Mutazilites, héritiers des grecs, et qui, face aux volontaristes et partisans du caractère atemporel et rigide du

tout de même assez « progressiste », spécialement à l'égard de la femme³⁷. Ainsi par exemple est autorisée la peine de mort dans le cadre de la Sharia (art. I, a), et donc éventuellement pour apostasie ; la redistribution des richesses doit suivre le modèle et les barèmes coraniques³⁸, et le droit d'héritage de la femme est maintenu tel que fixé par le Coran (art. XX, d).

En effet, les rédacteurs affirment que « les enseignements de l'Islam représentent la quintessence du commandement divin dans sa forme *définitive et parfaite* » (je souligne) (Préambule, d)³⁹. Et dans une perspective prosélytique, les fidèles sont conviés à inviter « toute l'humanité à partager le message de l'Islam » (Préambule, c).

Il s'agit donc de la volonté d'exporter un modèle tout aussi socio-culturellement marqué que celui des occidentaux, et par conséquent la principale critique des musulmans à l'égard de ce

Coran (notamment les Asharites), proclament le rôle éminent de la raison humaine comme source du droit (Sharia) et interprétation des textes sacrés (Ijtihad), (cf. Henry Corbin, *op. cit.*, p. 155 sq.). On retrouve aujourd'hui nombre de musulmans pour prôner la libre interprétation des textes. Voir spécialement autour de la Mosquée de Paris et les recteurs Cheikh Abbas et Boubakeur, ainsi que de jeunes et dynamiques immans réformateurs comme Soheib Bencheikh, qui se battent contre l'intégrisme et dont l'action est évoquée dans Martine Gozlan, *L'Islam et la République*, Paris, Belfond. Sur le rôle du principe de raison en Islam, cf. notamment Jacques Berque, *Andalousies*, Paris, Sindbad, 1981 (cf. la discussion qu'en fait Jean-François Clément, *loc. cit.*) et *Relire le Coran*, Paris, Albin Michel. Voir aussi Mohammed Arkoun, qui plaide pour une vision historique, évolutive et donc « démystificatrice » du Coran (cf. son introduction au Coran dans l'édition GF-Flammarion (trad. Kasimirski), Paris, 1970. Cf. du même, « L'Islam humaniste », *Troisième Millénaire*, juillet 1991, p. 26 sq.

37. Lui sont reconnus en effet dans la déclaration islamique une égalité avec le mari dans le ménage (art. XIX, h), le droit de divorce et de dissolution du mariage, le droit à une allocation financière en cas de divorce (art. XX).
38. Par le « Zaka », l'aumône légale coranique (art. XV, d, et préambule, G-VIII).
39. Cf. dans le même sens Salem Azzam, dans son Introduction à la *Déclaration islamique*, *loc. cit.*, p. 218 : « L'Islam a donné à l'humanité un code idéal des droits de l'homme il y a quinze siècles » (je souligne). On retrouve ici la même ambition d'universalité et d'atemporalité que dans la déclaration de 1789 ou de 1948. Comparer avec le Préambule de la constitution française de 1946 qui affirme, au contraire, que les droits qu'il consacre sont « particulièrement nécessaires à notre temps ».

dernier tombe⁴⁰. Il reste que vis-à-vis des musulmans eux-mêmes, et malgré son discours légaliste, la déclaration islamique consacre sans doute des progrès⁴¹. Outre ce qui a été noté plus, ainsi par exemple,

« Compte tenu du fait que le Monde de l'Islam est véritablement *Ummab Islamia*, tout musulman doit avoir le droit d'entrer librement dans tout pays musulman et d'en sortir librement » (art. XXIII).

Que penser finalement de cette Déclaration islamique ? Mohammed Arkoun en critique la représentativité et la fonction :

« une telle déclaration n'est pas faite dans un pays musulman, car elle ne résulte pas d'un travail de soi sur soi de la société, à l'instar de la société française de 1789. Elle est une sorte d'apologie défensive à l'intention d'une opinion occidentale qui accuse l'Islam actuel de totalitarisme, de tyrannie, d'ignorance des Droits de l'homme. Il s'agit d'une annexion faite à l'extérieur et pour l'extérieur, même si une certaine intelligentsia musulmane voudrait l'introduire dans les nouveaux États »⁴².

Norbert Rouland est plus positif : il remarque de nombreux traits de la Déclaration islamique « s'accordent avec les déclarations occidentales modernes »⁴³ ; « non moins importants, certains

40. En réalité, par bien des aspects, la Déclaration islamique semble avoir été surtout rédigée à l'intention des musulmans eux-mêmes, afin de leur prouver (?) que l'Occident n'a pas le monopole du discours sur les droits de l'homme, tout en offrant une vision adaptée à la culture islamique. Voir dans ce sens l'Introduction à la *Déclaration islamique*, *loc. cit.*, p. 219 : « Je souhaite que cette déclaration des Droits de l'homme donne une puissante impulsion aux populations musulmanes pour rester fermes et défendre avec courage et résolution les droits qui leur ont été conférés par Dieu ». Mais tel n'est pas l'avis de Mohammed Arkoun cité plus bas.

41. Notons d'ailleurs qu'au-delà du discours traditionnaliste de ces auteurs, cette déclaration, notamment par le fait qu'elle consacre la disparition de l'esclavage, pourtant seulement déconseillé et non pas interdit par le Coran, ou encore par son égalitarisme conjugal — certes modéré (art. XX, h), représente une évolution positive indéniable de l'Islam.

42. Mohammed Arkoun, « Les Droits de l'homme en Islam », *Recherches et documents du Centre Thomas More*, 1984, n° 44, p. 22-23, cité par N. Rouland, « L'archipel des droits de l'homme », *loc. cit.*, p. 59.

43. Tels selon Rouland la reconnaissance de l'égalité entre tous les êtres humains, des libertés de conscience et de culte, la condamnation de la torture... on pourrait rajouter la liberté de parole (art. XII), la protection de la propriété et de la vie privée (art. XVI et XXII), notamment pour la femme mariée (art. XX, e).

articles reprennent des conceptions auxquelles adhèreraient sans difficultés bien des sociétés traditionnelles non islamisées⁴⁴ ; Enfin, poursuit Rouland,

• La Déclaration islamique contient des dispositions dont pourraient avec profit s'inspirer les sociétés de la post-modernité : affirmation de caractère sacré et inviolable de la vie humaine⁴⁵, sacralité également attachée au corps, y compris celui de la personne décédée ; droit inaltérable à la liberté, notamment culturelle, de tout individu et de tout peuple⁴⁶ ; droit et devoir de résistance à l'oppression, allant jusqu'à la contestation de la plus haute autorité de l'État⁴⁷.

• Cependant, conclut l'auteur, la compatibilité de la déclaration avec les droits fondamentaux n'est pas clairement prouvée. Celle-ci ne dit rien des inégalités entre l'homme et la femme (polygamie, répudiation, droit des successions)⁴⁸ ; les châtements

44. À savoir le caractère relatif de la raison humaine évoqué plus haut, accentuation sur les devoirs de l'homme, sur la définition de la famille comme fondement de la vie sociale, valorisation de la maternité (art. XIX), reconnaissance de la division sexuelle du travail, définition de la liberté d'association en termes communautaires.
45. Cf. en effet art. I, a et b : « la vie humaine est sacrée et inviolable et tous les efforts doivent être accomplis pour la protéger. En particulier, personne ne doit être exposé à des blessures ni à la mort, sauf sous l'autorité de la loi. A près la mort comme dans la vie, le caractère sacré du corps d'une personne doit être inviolable... »
46. Cf. art. II cité *supra*. Relevons également, à titre de post-modernité dans la *Déclaration islamique*, la discrétion du rôle de l'État, largement impliqué par le renouveau (cf. Jean-François Niort, « La naissance du concept de droit social en France : une problématique de la liberté et de la solidarité », à paraître dans la *Revue de la recherche juridique*, n° 3, 1994), en Occident du « pluralisme juridique » (cf. de manière synthétique l'article de ce titre signé Jean-Guy Belley dans le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, et tout récemment J. Vanderlinden, « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », *Revue de la recherche juridique*, n° 2, 1993, p. 573 sq.).
47. Cf. art. II, IV et XII, c. Voir aussi l'art. IX a sur le droit d'asile : « Toute personne persécutée ou opprimée a le droit de chercher refuge et asile. Ce droit est garanti à tout être humain, quels que soient sa race, sa religion, sa couleur ou son sexe ».
48. Rappelons à nouveau que des progrès sont quand même accomplis, et que d'autre part les armes juridiques traditionnellement à la disposition de la femme, comme le droit de divorce et le droit de demander la dissolution du mariage (Khul'a), droit reconnu uniquement à la femme, sont nettement affirmés (art. XX, b et c). Voir sur la relative équité, au moins théorique — car comme partout la pratique coutumière ne l'a pas toujours suivie — des dispositions de la Sharia en la matière, ainsi qu'un tableau de la situation des femmes à cet égard au

corporels ne sont pas expressément visés ; rien ne concerne les droits politiques des non-musulmans⁴⁹.

Et surtout, « l'existence des droits Dieu est ce qui sépare le plus nettement les déclarations islamiques des déclarations occidentales »⁵⁰. C'est là en effet, on l'a vu, un obstacle sérieux. Mais comme dit Rouland, « Cependant, l'Islam est multiple, et les interprétations des textes sacrés plurielles »⁵¹. D'autre part, malgré les béances symboliques culturelles que révèlent la confrontation des discours occidentaux et non occidentaux des droits de l'homme,

« les déclarations croisées sont plus que jamais nécessaire. D'une part, le monde moderne accentue les contacts entre les cultures. Celles-ci ne pourront construire des valeurs communes que si elles se connaissent mieux. D'autre part, la société internationale est composée d'États ; ceux-ci sont une réalité, et l'expérience montre suffisamment que les déclarations de droits peuvent constituer une arme efficace contre les régimes autoritaires et dictatoriaux⁵². Enfin, la confrontation entre les systèmes de valeurs ne vise pas que l'Occident et les non-occidentaux. Ces derniers sont également divers, et ont un égal besoin de communiquer entre eux »⁵³.

Ainsi de cette confrontation pourrait naître une meilleure compréhension mutuelle, et même des progrès réels vers un consensus minimal en faveur de droits universels uniformes⁵⁴, par la

Maghreb, dans Cemal Yalimpala, Un travail comparatif sur le divorce dans des pays occidentaux et des pays islamiques, et Salima Taha, Madeleine Hervey, Valentine Goddard, « Étude comparée sur les effets du mariage », travaux de session (hiver 1994), cours Jur-5585 (« Droit comparé », par Jean-François Niort), Département des sciences juridiques, UQAM. Il n'y a certes pas égalité totale (interchangeabilité), mais cette notion n'est pas reconnue dans l'ensemble des cultures non-occidentales...

49. Les droit politiques des non-musulmans sont néanmoins envisagés selon moi par les art. II, X et XIV, mais ils ne sont pas certes expressément prévus à l'égard de la participation d'un non-musulman à une fonction publique de la communauté musulmane (art. XI).

50. N. Rouland, *Ibid.*

51. *Ibid.*, p. 60, et *cf. supra*, notes 33 *sq.*

52. *Cf.*, pour la *Déclaration islamique*, *supra*, note 30, et encore Introduction : « Les droits de l'homme, en Islam, font partie intégrante de l'ensemble de l'ordre islamique et tous les gouvernements et organismes musulmans sont tenus de les appliquer selon la lettre et l'esprit dans le cadre de cet ordre ».

53. *Ibid.*, p. 65.

54. N. Rouland constate « une certaine convergence entre les différentes traditions : la dignité de la personne humaine, les droits individuels

discussion et le dialogue : ainsi, pour s'en tenir à l'Islam, une déclaration plus récente reconnaît le droit pour toute personne d'abandonner sa religion⁵⁵, rejoignant la conception d'une appartenance communautaire fondée sur la volonté, en conformité avec la logique occidentale des droits culturels et collectifs⁵⁶. D'un autre côté, l'Occident, nouvellement conquis au pluralisme culturel et juridique après les quelques décennies d'utopie unitariste et uniformisante d'après-guerre⁵⁷, dorénavant en quête de sens, et qui doit s'orienter vers une conception de l'universalité des droits de l'homme qui laisse place au pluriel et à l'évolutif⁵⁸, peut s'enrichir des représentations non-occidentales des droits de l'homme... Comme le dit Rouland,

• L'humanité pourrait sortir grandie de sa propre découverte.⁵⁹

Mais justement, face à ce défi de recherche d'universalité dans le respect de la diversité socio-culturelle humaine, Hannah Arendt propose un autre modèle, peut-être plus universalisable que les modèles occidentaux et islamiques (ou encore africains ou asiatiques), car moins substantifié.

sont partout proclamés même si leur limites sont différentes • (*ibid.*, p. 64). Sur cette vaste question, cf. notamment P. Meyer-Bisch (dir.), *Le noyau intangible des droits de l'homme*, Fribourg, Éditions Universitaires, 1991 ; et *Universalité des droits de l'homme et diversité des cultures*, Fribourg, Éditions Universitaires, 1982.

55. *Déclaration de Ryad*, élaborée par l'Organisation de la conférence islamique en 1989 (cf. *ibid.* et G.A. Kouevi précité).

56. Rouland, *loc. cit.*, p. 50 sq.

57. • La pensée occidentale paraît hantée par l'idée d'unité, au point qu'elle a souvent tendance à la confondre avec l'uniformité. Dérive qui, à notre sens, condamne tout projet d'authentique universalité des droits de l'homme • (*ibid.*, p. 66).

58. *Ibid.*, *passim.*, et Alain Touraine, *Critique de la modernité*, Paris, Fayard, 1992. Voir aussi toute la littérature sur la « post-modernité », notamment A.-J. Arnaud, « repenser un droit pour l'époque postmoderne », *Le Courier du CNRS*, n° 75, 1990, p. 81 sq. Voir aussi de Norbert Rouland, *Anthropologie juridique*, Paris, Presses universitaires de France, coll. Droit fondamental, 1990.

59. Rouland, *loc. cit.*, p. 65. On peut citer en ce sens dans le Coran, le verset 13 de la sourate 49, et le verset 53 de la sourate 5 : « Si Dieu l'avait voulu, il aurait fait de vous un seul peuple ; mais il a voulu éprouver votre fidélité à observer ce qu'il vous a donné. Courez à l'envi les uns des autres vers les bonnes actions ; vous retrouverez tous à Dieu ; il vous éclaircira lui-même l'objet de vos différends » (cité dans la traduction Kasimirski référencée note 36).

B. L'intérêt des critiques portées par Hannah Arendt aux déclarations occidentales des droits est qu'elles font écho aux principales objections adressées au logos dominant des droits de l'homme au sein même de la modernité, spécialement le caractère trop abstrait de l'« homme » dont il s'agit (Burke, Marx), tout en rejetant d'autre part les solutions du romantisme politique, de l'historicisme (Hegel, Marx) et d'une certaine phénoménologie antisubjective (Heidegger).

On peut reconstituer la démarche générale de Arendt, comme le proposent Alain Renaut et Lukas Sosoe, en trois moments⁶⁰ :

- 1) La critique du jusrationalisme moderne, c'est-à-dire du discours des droits de l'homme et de la « loi d'égalité » aux potentialités dangereuses autour de laquelle il est centré.
- 2) Le refus de l'alternative susceptible d'être fournie à cette « loi d'égalité » par un retour aux modèles antiques, notamment au modèle grec, et ceci notamment au nom de l'irréductibilité de l'héritage de la modernité, qui met l'accent sur la liberté et la volonté humaines.
- 3) La tentative, enfin, de trouver une alternative ancrée dans la modernité tout en évitant les dangers, en proposant une nouvelle compréhension, plus phénoménologique, du concept de droits de l'homme.

Reprenons ces trois étapes successivement :

1) C'est dans la perspective de son analyse du phénomène totalitaire⁶¹ que Arendt va en arriver à sa critique du discours occidental des droits de l'homme. À partir de la démonstration (sur laquelle nous ne reviendrons pas) selon laquelle le totalitarisme s'accommode fort bien de l'individualisme abstrait des Lumières et peut même s'en servir pour légitimer sa politique d'atomisation du social et de disparition de toutes les communautés infra-étatiques, ce que Tocqueville avait déjà d'ailleurs fait remarquer, Arendt en arrive, dans son étude sur l'impérialisme⁶², à dénoncer les

60. Alain Renaut et Lukas Sosoe, *Philosophie du droit*, Paris, Presses universitaires de France, collection « Recherches politiques », 1991, p. 187-188. Voir aussi le bel article de Robert Legros, « Hannah Arendt : une compréhension phénoménologique des droits de l'homme », *Études phénoménologiques*, n° 2, 1985, p. 27 sq., qui nous a largement inspiré.

61. *Le système totalitaire*, trad. fr., Paris, Seuil, collection « Points », 1972.

62. *L'impérialisme*, trad. fr., Paris, Seuil, collection « Points », 1984. Les références se feront dorénavant directement au numéro de page de cette édition.

pré-supposés et postulats implicites et surtout les paradoxes tant de la Déclaration d'indépendance américaine que de la Déclaration française de 1789.

Sans s'arrêter à l'analyse de ceux-ci, rappelons seulement qu'Arendt endosse ici aussi bien les critiques marxiste que burkienne du caractère « abstrait » de l'homme des déclarations que les critiques romantiques selon lesquelles c'est par l'appartenance à une communauté politique que la dimension éthique de l'humanité est atteinte⁶³.

Arendt s'attache surtout au paradoxe suivant : les déclarations supposent que les droits de l'homme sont « naturels », c'est-à-dire antérieurs à toute institution politique, donc se veulent indépendants de la citoyenneté, alors que les hommes en sont néanmoins privés s'ils n'ont pas atteint une forme politique qui permette effectivement l'expression de ces droits (p. 272).

Il s'ensuit que c'est le politique qui détermine l'existence et la réalité des droits de l'homme ; les droits de l'homme impliquent la reconnaissance de la citoyenneté. C'est l'existence d'une communauté politique réelle, dans laquelle les individus partagent une histoire commune et se reconnaissent comme membres égaux, qui conditionne l'existence et l'exercice des « droits de l'homme ».

Arendt fonde notamment sa démonstration sur l'exemple des juifs à travers l'holocauste nazi et leur situation juridique d'apatrides. Les seuls droits « naturels » de l'homme n'ont pas pu en effet, dans leur « abstraite nudité », constituer une protection suffisante à leur extermination dans les camps, dès lors qu'ils furent envisagés comme non-citoyens, non-membres de la collectivité nationale, en France sous le régime de Vichy et en Allemagne hitlérienne, et par ailleurs non ressortissants d'un autre État quelconque. Ainsi, après la défaite nazie, on a remarqué que les survivants juifs des camps ont insisté, comme les sionistes l'avaient fait depuis le début du XX^e siècle, sur leur dimension communautaire, nationale et raciale, donc sur leurs droits historiques (et non pas universels-naturels-abstraites), pour retrouver leur dignité. Leur humanité fut en réalité réinstaurée à travers leur nationalité, par le biais de la création de l'État d'Israël

63. Voir une synthèse de ces critiques dans Bertrand Binoche, *Critiques des droits de l'homme*, Paris, Presses universitaires de France, collection « Philosophies », 1989.

(p. 270-287)⁶⁴. De même, Arendt montre, étendant l'analyse à l'ensemble des apatrides ou réfugiés⁶⁵ et aux difficultés de reconnaissance et de protection internationales auxquelles ils sont confrontés, que

« Les droit de l'homme, en principe inaliénables, se sont révélés impossibles à faire respecter, même dans les pays dont la Constitution se fondaient sur eux, chaque fois qu'y sont apparus des gens qui n'étaient plus citoyens d'un État souverain » (p. 276).

Selon Arendt, c'est en ce sens que tout organisme qui se donne pour objectif la défense des « droits de l'homme » des apatrides ou réfugiés mais sans envisager leur réintégration au sein d'un État ne peut que se transformer en un « organisme de charité particulièrement inefficace » (p. 342).

2) Mais il ne s'agit pas pour Arendt de faire l'apologie du nationalisme, ni d'une vision où le Politique est le tout, comme dans le romantisme. Rappelons ici qu'Arendt reste attaché à l'idéal individualiste et aux principes irréductible de liberté et de volonté proposés par la modernité philosophique. C'est à ce titre que, soulignant l'irréversible déclin des idées de cosmologie normative et de loi naturelle, elle rejette la référence à une conception organiciste ou naturaliste du Politique, à la manière des anciens. Ainsi Arendt insiste sur l'importance de la sphère privée individuelle face à l'espace social et public⁶⁶. De même Arendt n'adhère pas à des visions « historicistes », hégéliennes ou marxistes, ou encore à

64. Cf. aussi Hannah Arendt, *La tradition cachée. Le juif comme paria*, textes réunis par S. Courtine-Denamy, Paris, Bourgois, 1987. On pourrait proposer la même analyse des tensions ou conflits en Europe de l'Est, où nationalité, identité, droits de l'homme et citoyenneté sont entremêlés. Voir spécialement en ce moment en Moldova et au Kazakhstan.

65. On sait que l'augmentation du nombre de réfugiés est un des problèmes les plus cruciaux du moment. Selon le Haut commissariat de l'ONU pour les réfugiés, dans son premier rapport annuel sur la question, de 2,5 millions en 1970 et 11 millions en 1983, les réfugiés sont maintenant plus de 46 millions (un être humain sur 130) (Cf. *Le Devoir* du 9 novembre 1993, p. A5).

66. Ceci transparait notamment dans sa défense de la révolution américaine vis-à-vis de son homologue française, dans *Essai sur la révolution* (1963), trad. fr., Paris, Gallimard, 1967.

l'antisubjectivisme de Heidegger⁶⁷, autant de traditions intellectuelles qui rendent problématique toute référence à un « droit de l'homme »⁶⁸.

Mais Arendt rejette aussi la référence faite par les déclarations occidentales à une « Nature », abstraite et universelle celle-là, qui à bien y réfléchir fait perdre « toute signification » à l'individualité de l'homme (p. 292). L'homme qui n'est qu'un « être humain en général » n'apparaît plus comme un être proprement humain, mais au contraire comme un « certain spécimen d'une espèce animale appelée homme », puisque ce qui constitue sa spécificité humaine est justement l'insertion dans une contextualité historique et dans une communauté politique particulière⁶⁹ : « Dépolitisé, l'homme est déshumanisé »⁷⁰.

En ce sens, la tentative d'Arendt est celle d'une nouvelle compréhension des droits de l'homme, compréhension « phénoménologique »⁷¹, mais qui ne renie pas un « minimum » d'universalisme et d'individualisme.

67. Malgré les soupçons de Luc Ferry et d'Alain Renaut (voir notamment *Philosophie politique*, tome III, Paris, Presses universitaires de France, 1985, p. 65), il semble clair qu'Arendt n'a pas suivi sur ce point la pensée anti-humaniste de celui qui fut son professeur à Marbourg. Voir en ce sens Robert Legros, *loc. cit.* ; et Jacques Taminiaux, « Arendt, disciple de Heidegger ? », *Études phénoménologiques*, *op. cit.*, p. 111 sq. (ainsi que les textes d'Arendt auxquels l'auteur fait référence). Cf. aussi Hannah Arendt, *La vie de l'esprit*, trad. fr., 2 tomes, Paris, Presses universitaires de France, 1981 ; et *Essai sur la révolution*, *op. cit.*
68. Cf. sur ce point la démonstration de Luc Ferry et Alain Renaut, « Penser les droits de l'homme », *Esprit*, mars 1983, p. 67 sq.
69. Dans la déclaration des droits de 1795, les républicains français n'envisagent d'ailleurs plus que les droits de l'homme « en société ». Voir aussi sur la notion d'humanité comme à la fois déracinement et enracinement culturels, notamment chez Arendt, Robert Legros, *L'idée d'humanité. Introduction à la phénoménologie*, Paris, Grasset, collection « Le collège de philosophie », 1990.
70. Robert Legros, *loc. cit.*, p. 48.
71. Voir aussi dans le sens d'une compréhension phénoménologique des droits de l'homme, Claude Lefort, *Sur une colonne absente*, Paris, Gallimard ; et *L'invention démocratique*, Paris, Fayard, 1981. Luc Ferry et Alain Renaut (*loc. cit.*), Alain Renaut et Lukas Sosoe (*op. cit.*), défenseurs d'un point de vue « humaniste » lui aussi à la recherche d'une compréhension et d'un fondement des droits de l'homme, mais sur la base d'un héritage kantien, critiquent la démarche phénoménologique (les derniers moins nettement que les premiers). Paul Thibaut propose une intéressante conciliation de ces deux points de vue dans « Droit et société », *Esprit*, mars 1983, p. 85 sq.

3. C'est dans ce cadre, et j'en reviens au troisième « moment » de la démarche d'Arendt, où l'auteur va tenter de reconceptualiser les droits de l'homme, en évitant deux séries d'écueils :

primo, pallier les tendances à l'uniformisation et à l'atomisation sociale de la notion démocratique d'égalité, en revendiquant un droit à la pluralité, à la différence et en insistant sur les droits nationaux, sur le statut politique comme condition des droits de l'homme

secundo, contourner les risques d'une trop grande différenciation, en rappelant que les droits de l'homme politiques ne peuvent s'exercer que si leurs sujets participent à un même « monde commun », c'est-à-dire un ensemble de références au quel les perspectives individuelles peuvent se référer, se mesurer, se confronter et dialoguer avec d'autres, c'est-à-dire un espace public démocratique. Car l'appartenance à une même communauté publique, est en soi un facteur de nivellement des différences, tout en étant aussi le lieu d'expression de ces différences. La condition institutionnelle est ici que soit prise par les citoyens la décision de se reconnaître et de se garantir mutuellement des droits égaux.

Il s'agit donc d'une tentative de conciliation entre la pluralité (droit à la différence) et l'appartenance à un monde commun, dans le cadre d'un espace public égalitaire. Pour Arendt, ainsi que nous l'avons très schématiquement résumé, les droits de l'homme ne se conçoivent que dans la perspective d'une citoyenneté et de la participation à un espace politique (lui-même distinct et protégé d'une « socialisation » ou d'une « privatisation »), dans le sens d'individus singuliers mais égaux, vivant dans la pluralité tout en partageant un « monde commun »⁷².

72. On pourrait ici établir un parallèle entre les analyses et conceptions de Arendt et de Tocqueville, pour lequel la liberté politique, entendu non pas tant comme préservation de l'indépendance individuelle « privée » que comme la participation à la vie publique et la volonté de cultiver et de préserver un monde commun de référence, est le meilleur moyen de pallier les dangers anarchisants, atomisants et totalitaires de la démocratie (Cf. par exemple Alexis de Tocqueville, *L'ancien régime et la Révolution*, Paris, Gallimard, 1967, p. 52 ; *De la démocratie en Amérique*, tome II, Paris, Garnier-Flammarion, 1981, p. 15-16). Comme le dit Jean-Luc Cossette, Pour Tocqueville, la vraie grandeur humaine « réside dans le politique, et elle est attachée à la capacité et à la volonté d'être responsable d'un monde commun et partagé » (« Tocqueville. Tristesse démocratique, tristesse révolutionnaire », *Société*, n° 7, été 1990, p. 150). Voir aussi Robert Legros, *op. cit.*, p. 141 sq.

Délaissant toute référence à un modèle anthropologique, ethnique, culturel ou religieux, qui prétendrait sous couvert du discours des droits de l'homme atteindre à l'universalité, la proposition arendtienne séduit paradoxalement par sa définition des droits de l'homme, minimale mais pourtant si concrète et si essentielle, c'est-à-dire compris comme le droit d'exercer des facultés proprement humaines, au rang desquels il faut simplement placer, comme Robert Legros l'exprime,

• la capacité de commencer, d'agir, de parler, de communiquer les uns avec les autres, de dialoguer, de se singulariser, de se manifester en tant qu'individu, de juger. Privé de la possibilité d'exercer ces facultés, l'homme est privé des droits les plus proprement humains⁷³.

Bref, l'homme se définit en ce qu'il a la capacité de commencer, d'initier, de se raconter et de juger, et surtout de fabriquer un espace public égalitaire qui lui en offre et garantisse la possibilité. En cela réside la dimension démocratique de la démarche arendtienne. Et l'insistance précoce de la philosophe sur l'inter-subjectivité et l'altérité⁷⁴ constituent, au travers de la notion de monde commun et de celle d'espace public, un appel pertinent semble-t-il à une vision plus « communicationnelle » ou « relationnelle » de l'homme, d'ailleurs aujourd'hui en vogue⁷⁵.

La pertinence de la thèse arendtienne, qui s'inscrit d'ailleurs dans l'idéologie contemporaine post-coloniale et post-impérialiste du droit à la différence culturelle et politique dans un objectif d'émancipation et d'épanouissement des peuples et des individus⁷⁶, amène à penser que, pour de multiples raisons, dont certaines sont

73. Robert Legros, *loc. cit.*, p. 52. Voir aussi l'inédit de Hannah Arendt dans le même numéro d'*Études phénoménologiques*, n° 2 1985, « Travail, œuvres, action ».

74. Cf. notamment un article de Arendt intitulé « What is Existenz Philosophy? », *Partisan Review*, XIII, 1946, p. 34-56, et spécialement ces mots : « l'existence ne peut se développer que dans l'être-ensemble des hommes au sein du monde commun donné. Dans le concept de communication se trouve impliqué, quoique non pleinement développé, un nouveau concept d'humanité (je souligne), en tant que condition pour l'existence de l'homme » (p. 55-56).

75. Outre la tradition herméneutique, voir bien sûr les œuvres de J. Habermas, de K.O. Apel.

76. Remarquons avec Luc Ferry et Alain Renaut (*loc. cit.*) que jusqu'aux années 1980, ces mouvements se construisaient plus sur la base d'un soubassement historiciste (spécialement marxiste) de « dépassement du droit » que proprement juridique et « humaniste », ce qui conférerait

peut-être purement « *stratégiques* » (ne pas attaquer de front des représentations idéologiques et socio-culturelles d'autant plus susceptibles qu'elles sont politiquement minoritaires sur la scène internationale) ; mais dont d'autres sont hautement *morales* (le nécessaire respect de la diversité culturelle et de la manière spécifique dont l'idée des droits de l'homme est comprise au sein de chaque « monde commun », y compris quand cette compréhension s'articule autour d'un discours religieux — le modèle de la déclaration islamique ci-haut par exemple)⁷⁷ ; et d'autres encore, *philosophiques, politiques et juridiques* (la conciliation originale entre droits collectifs et droits individuels, droits de l'homme et droit des peuples, par le lien établi entre humanité et citoyenneté)⁷⁸ ; la théorie arendtienne serait sans doute mieux à même que le logos actuel d'emporter une adhésion véritablement internationale à la notion de droits de l'homme ainsi entendue.

Et on peut même ajouter que la dimension nécessairement « complexe », relative, et inachevée de cette compréhension arendtienne des droits de l'homme et de ses modalités d'exercice implique justement un respect des expressions différentes (Afrique noire, Asie, Islam) qui s'en manifestent dans le monde, et peut d'ailleurs inspirer les organisations internationales dans un sens d'ouverture et d'échange, vers la fabrication d'un nouvel (et réel) « espace public mondial ».

Département de science politique
Université Paris I Panthéon-Sorbonne
Département des sciences juridiques
Université du Québec à Montréal

bien peu de force au concept de droit de l'homme (envisagé dans un contexte relativiste et sceptique sur l'« homme ». La pensée phénoménologique d'Arendt nous semble revaloriser l'homme et ses droits, même si elle y procède d'une autre manière que le « criticisme juridique » (cf. Alain Renaut et Lukas Sosoe, *op. cit.*, p. 367 sq.).

77. Qui par bien des aspects reste compatible avec le modèle arendtien.
 78. On sait que cette articulation est au cœur de la philosophie politique anglo-saxonne (spécialement le débat « libéraux-communautariens ») et continentale-européenne contemporaines (spécialement en Europe de l'Est). Cf. notamment à ce sujet la synthèse de Will Kymlicka et Wayne Norman, « Return of the Citizen : A Survey of Recent Work on Citizenship Theory », *Ethics*, vol. 104, 1994, p. 352 sq. Sur le droit des peuples au delà de l'État, cf. notamment F. Rigaux, *Pour une déclaration universelle des droits des peuples*, Lyon, Chronique sociale, 1990.

L'universalité des droits de la personne : le bilan des instruments canadien et québécois

William A. Schabas

Introduction

La question de l'universalité des droits de la personne a été au cœur des débats de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme, tenue à Vienne en juin 1993. Pour les critiques de l'universalité, les droits de l'homme qui sont protégés par les instruments universels traduisent une conception du droit essentiellement occidentale. On a signalé, par exemple, le rôle secondaire des droits économiques, sociaux et culturels, qui sont particulièrement importants pour les pays en voie de développement. De même, la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*¹ est attaquée pour sa vision féministe européenne, une approche qui ne laisse pas de place pour le port du foulard islamique ou la pratique d'excision génitale. La *Déclaration de la Conférence de Vienne* tient compte de ces critiques, sans pour autant abandonner l'universalisme. Elle insiste notamment sur le fait que les droits de l'homme sont universels, indivisibles, interdépendants et reliés. En revanche, les États peuvent tenir compte, dans leur promotion des droits et libertés de la personne, des particularités nationales et régionales ainsi que de leurs origines historiques, culturelles et religieuses².

Le problème de l'universalité est souvent présenté comme un conflit entre des conceptions occidentale, « socialiste » et

-
1. *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, G.A.O.R., (1982) R.T. Can. n° 31, R.E.I.Q. (1984-89), n° 12 (1981), p. 850.
 2. *Déclaration de Vienne et programme d'action*, Doc. N.-U., 25 juin 1993, § 6.

tiersmondiste des droits de l'homme. Sur ce point, il n'y a rien de nouveau, car ces conceptions et ces débats étaient présents dès la rédaction de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*³, en 1947 et 1948. La *Déclaration* reconnaît non seulement les droits civils et politiques, mais également des droits économiques et sociaux. Elle comporte une liste impressionnante de droits individuels, mais, en même temps, reconnaît l'existence de devoirs de l'homme envers la collectivité⁴. Dans un examen du problème de l'universalité, il ne suffit pas de simplement mettre en lumière des visions différentes des droits de l'homme. Au sein même des systèmes internes (ou nationaux) de protection des droits de l'homme, nous retrouvons des éléments de cet important débat. Nous tenterons donc d'analyser les contradictions des régimes de protection des droits de l'homme en droit canadien et québécois, et plus particulièrement dans les deux chartes, la *Charte canadienne des droits et libertés*⁵ et la *Charte des droits et libertés de la personne*⁶. Certains thèmes, souvent examinés sur le plan international, méritent, à ce propos, une attention particulière. Premièrement, nous examinerons la dichotomie entre droits civils et politiques, d'une part, et droits économiques, sociaux et culturels, d'autre part. Nous aborderons ensuite les rapports entre droits individuels et droits collectifs. Finalement, nous évoquerons le relativisme culturel dans la définition et le respect des droits de l'homme.

I. Droits civils/droits économiques

La *Déclaration universelle des droits de l'homme* proclame une liste de droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels. Lorsque vint le temps de traduire les droits de la *Déclaration* en obligations conventionnelles, les pays occidentaux, et plus particulièrement les États-Unis et le Royaume-Uni, s'opposèrent à l'inclusion des droits économiques, sociaux et culturels dans le projet du *Pacte international*. Selon ces États, de tels droits ne devaient pas être justiciables. Mais cette opinion était loin de faire l'unanimité, et le compromis arrêté fut la mise au point et l'adoption de deux *Pactes* : le *Pacte international relatif aux droits civils et*

3. Rés. A.G. 217 A (III), Doc. N.U. A/810, 10/12/48.

4. Art. 29 §1. Voir aussi, *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme*, Doc. OEA/Ser.L./V/I.4.

5. R.S.C. (1985), App.

6. L.R.Q. c. C-12.

politiques et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

Mais cette distinction est quelque peu artificielle, et la classification est loin d'être évidente. Par exemple, le droit à la vie, qui est le droit primordial du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*⁷, est également un droit comportant un contenu économique et social. Le droit à la vie comprend le droit de vivre, c'est à dire le droit à un minimum essentiel⁸. Ceci, à tout le moins, est la position adoptée par le Comité des droits de l'homme⁹, dans ses observations générales sur l'article 6 du *Pacte*, ainsi que par le Canada qui, dans ses rapports périodiques au Comité des droits de l'homme en vertu du *Pacte*, souligne volontiers ses programmes d'allocations familiales et d'assistance publique afin de démontrer son respect du droit à la vie¹⁰. Nous pouvons également examiner le cas du droit à la propriété, un droit qui se trouve dans la *Déclaration universelle* mais qui a été omis dans les deux *Pactes*. Les rédacteurs ne savaient pas où le placer¹¹.

Aucune distinction entre ces catégories de droits ne se retrouve dans la *Charte canadienne*, qui est avant tout un instrument de droits civils et politiques. Elle comporte toutefois, au moins de façon incidente, un certain contenu économique, social et culturel. La *Charte des droits et libertés de la personne* est plus fidèle au modèle de la *Déclaration universelle*. Dans une section distincte, elle prévoit certains droits économiques et sociaux, même si la portée de ces droits est moins importante que celle des droits dits civils et politiques. De plus, la liste en est très restreinte, par rapport à l'énumération qui se trouve dans le *Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels*¹².

-
7. (1976) 999 R.T.N.U. 171, [1976] R.T. Can. n° 47, R.E.I.Q. (1984-89), n° 1976 (5), p. 817.
 8. Espiell, Hector Gros, « The Right to Life and the Right to Live », dans Daniel Prémont (ed.), *Essais sur le concept de « droit de vivre » en mémoire de Yougindra Khushalani*, Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 45-53.
 9. *Commentaire général 6(16)*, Doc. N.-U. CCPR/C/21/Add.1, aussi publié comme Doc. N.-U. A/37/40, Annexe V, Doc. N.-U. CCPR/3/Add.1, aux p. 382-3.
 10. « Rapport initial du Canada », Doc. N.U. CCPR/C/1/Add.43.
 11. William A. Schabas, « The Omission of the Right to Property in the International Covenants », *Hague Yearbook of International Law* 4, 1991, p. 135.
 12. (1976) 993 R.T.N.U. 3, [1976] R.T. Can. n° 46, R.E.I.Q. (1984-89), n° 1976 (3), p. 808.

A. La Charte canadienne

Dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, la seule référence non équivoque aux droits économiques et sociaux se trouve à l'article 6, qui traite de la liberté de circulation et d'établissement¹³. Tout citoyen ou résidant permanent a le droit de gagner sa vie dans toute province¹⁴, sous réserve notamment des « lois prévoyant de justes conditions de résidence en vue de l'obtention des services sociaux »¹⁵. Comme la Cour suprême l'a signalé dans l'affaire *Skapinker*, il serait erroné de confondre cette disposition, qui ne vise que la discrimination fondée sur la province d'origine, avec un véritable droit au travail¹⁶. Des questions d'interprétation plus intéressantes se posent par rapport à la reconnaissance des droits économiques et sociaux dans les articles 7, 15 et 2d)¹⁷.

1. Le droit à la vie, la liberté et la sécurité de la personne : article 7.

L'article 7 protège l'individu contre une atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. Manifestement, une interprétation large de cette disposition peut inclure certains droits économiques et sociaux. Mais de nombreux arrêts indiquent la réticence avec laquelle nos tribunaux abordent la question du contenu économique et social des droits contenus à l'article 7. Les tribunaux refusent de fermer la porte à une telle interprétation, même si en pratique on a de la difficulté à en trouver des cas d'application. Voici les propos de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Irwin Toy* :

Cela ne signifie pas cependant qu'aucun droit comportant un élément économique ne peut être visé par l'expression « sécurité de la personne ». Les tribunaux d'instance inférieure ont conclu que la rubrique des « droits économiques » couvre un vaste éventail d'intérêts qui comprennent tant certains droits reconnus dans diverses conventions internationales — tels la sécurité sociale, l'égalité du salaire pour un travail égal, le droit à une alimentation, un

13. Voir : Pierre Blache, « Liberté de circulation et d'établissement », dans G.-A. Beaudoin, E. Ratushny (eds.), *Charte canadienne des droits et libertés*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, p. 349.

14. *Charte canadienne*, art. 6 § 2b).

15. *Charte canadienne*, art. 6 § 3b)

16. *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357.

17. Pour une discussion détaillée de cette question, voir Robert Vandycke, « La Charte constitutionnelle et les droits économiques, sociaux et culturels », [1989-90] *A.C.D.P.* 166.

habillement et un logement adéquats — que les droits traditionnels relatifs aux biens et aux contrats. Ce serait agir avec précipitation, à notre avis, que d'exclure tous ces droits alors que nous en sommes au début de l'interprétation de la charte¹⁸.

Force est de constater que, depuis l'arrêt *Irwin Toy*, les tribunaux canadiens n'ont pas été particulièrement empressés d'élaborer un contenu économique et social à l'article 7.

2. Le droit à l'égalité : article 15.

L'article 15, qui protège le droit à l'égalité, permet la protection de certains droits économiques et sociaux. L'énumération des motifs illégaux de discrimination qui se trouve dans la disposition ne vise pas expressément cette catégorie de droits. Toutefois, l'énumération est ouverte¹⁹, laissant ainsi la place à une interprétation favorable aux droits économiques et sociaux. De plus, cette disposition est applicable dans des cas où il y a une application discriminatoire de l'accès au droit au travail²⁰, aux prestations sociales²¹, etc.

3. La liberté d'association : article 2d.

C'est sous la rubrique « liberté d'association », prévue à l'article 2d) de la *Charte*, que le constituant a laissé la plus grande place à certains droits économiques et sociaux, et plus particulièrement au droit de grève. La confrontation entre droits civils et politiques, d'une part, et droits économiques et sociaux, d'autre part, se fait ouvertement, vu les différences de formulation des droits syndicaux dans les deux *pactes*. En effet, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* garantit, à l'article 22, « le droit de s'associer librement avec d'autres, y compris le droit de constituer des syndicats et d'y adhérer pour la protection de ses intérêts », mais demeure muet quant au droit de grève. Le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* protège, à l'article 8, « [l]e droit de grève, exercé conformément aux lois de chaque pays ». Dans l'affaire *Re Public Service Employee Relations Act*²², la Cour

18. *Irwin Toy c. Quebec (A.G.)*, [1989] 1 R.C.S. 927, 39 c.R.R. 193, 25 C.P.R. (3d) 417, 58 D.L.R. (4th) 577, 94 N.R. 167, 24 Q.A.C. 2, aux p. 1003-1004 (R.C.S.).
19. *Law Society of British Columbia c. Andrews*, [1989] 1 R.C.S. 143, 56 D.L.R. (4th) 1, [1989] 2 W.W.R. 289, 36 C.R.R. 193, 25 C.C.E.L. 255, 10 C.H.R.R. D/3719, 34 B.C.L.R. (2d) 273, 91 N.R. 255.
20. *McKinney c. University of Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, 2 C.R.R. (2d) 1.
21. *Tétrault-Gadoury c. Canada (C.E.I.)*, [1991] 2 R.C.S. 22.
22. [1987] 1 R.C.S. 313, 51 Alta L.R. (2d) 97, [1987] 3 W.W.R. 577, 28 C.R.R. 305, 38 D.L.R. (4th) 161, 74 N.R. 99, 78 A.R. 1, [1987] D.L.Q. 225, 87 C.L.L.C. § 14,021.

suprême du Canada se réfère majoritairement au *Pacte civil et politique* pour conclure que le droit de grève n'est pas protégé par l'article 2d) de la *charte*, tandis que la minorité, sous la plume du juge en chef Dickson, en arrive à la conclusion contraire en se basant sur les deux *pactes* ainsi que sur la *Convention de l'O.I.T. (n° 87) concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical*²³. Il faut convenir que l'approche de la minorité de la Cour est plus conforme à l'indivisibilité des droits fondamentaux, tel que confirmé par le *Document de Vienne*.

De façon générale, on peut affirmer que la portée de la liberté d'association accordée par les tribunaux canadiens en ce qui concerne les droits syndicaux s'est révélée très décevante²⁴.

B. La Charte québécoise

1. Les droits économiques et sociaux : les articles 39 à 48.

La protection des droits économiques et sociaux est prévue aux articles 39 à 48 de la *Charte des droits et libertés de la personne*. Au nombre des droits énumérés se trouvent la protection de l'enfant, la gratuité de l'instruction publique, le droit à l'enseignement religieux ou moral, le droit aux institutions d'enseignement privées, la protection de la vie culturelle des minorités, le droit à l'information, le droit à l'assistance financière pour toute personne dans le besoin, le droit aux conditions de travail justes et raisonnables, l'égalité des époux et la protection des personnes âgées et de la famille.

La difficulté de la distinction devient claire lorsque nous essayons de comparer cette liste avec les *Pactes*. La protection de la famille, droit économique et social selon la *Charte québécoise*, est un droit civil et politique selon les *Pactes*²⁵. Il en est ainsi pour la protection de l'enfant²⁶ et de la vie culturelle des minorités²⁷. La distinction n'est pas sans importance en ce qui concerne la mise en œuvre du droit : un droit civil et politique doit être garanti

23. (1950) 68 R.T.N.U. 17, [1973] R.T.Can. n° 14. Mise en œuvre législative : *Code canadien du travail*, L.R.C. (1988), ch. L-2, préambule.

24. Voir aussi : *RWDSU c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460, 38 D.L.R. (4th) 277, [1987] 3 W.W.R. 673, 87 C.L.L.C. § 14,023, 74 N.R. 321, 56 Sask. R. 277; *Institut professionnel de la fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367.

25. Art. 23.

26. Art. 24.

27. Art. 27.

immédiatement, tandis qu'un droit économique et social est réalisé graduellement, en tenant compte des ressources de l'État.

La distinction réelle se situe sur deux plans. Dans un premier temps, certains de ces droits dits « économiques et sociaux » sont assortis de la phrase « prévue par la loi », ce qui a comme conséquence de diminuer considérablement la portée de la garantie. Mais c'est l'article 52 de la *Charte québécoise* qui impose la distinction d'importance. Comme aucune dérogation n'est permise aux articles 1 à 38 sans déclaration législative expresse, *a contrario*, une loi subséquente à la *charte* qui est en contradiction avec les articles 39 à 48 a préséance sur ces derniers. Les tribunaux sont donc libres d'employer les règles d'interprétation traditionnelles afin d'écartier les droits économiques et sociaux prévus par la *charte*. À ce titre, ils peuvent prendre comme modèle le traitement jurisprudentiel notoire donné à un instrument comparable, la *Déclaration canadienne des droits*, par la Cour suprême du Canada²⁸.

Il importe de souligner que l'énumération des droits dits « économiques et sociaux » est incomplète, si on la compare avec les deux *Pactes*. De plus, comme nous l'avons mentionné, certains des droits correspondent aux droits protégés par le *Pacte civil et politique*. Le Québec est donc en violation du *Pacte*, qu'il a ratifié par décret à la même époque que celle de la proclamation de sa *charte*, parce qu'il n'accorde pas à ces droits une primauté sur toute loi contraire.

II. Droits individuels/droits collectifs

L'insistance sur les droit collectifs en parallèle avec les droits individuels caractérise principalement l'approche de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples²⁹. Ce document reconnaît les droits des peuples, le droit au développement, le droit à la paix et à la sécurité, le droit à un environnement satisfaisant, ainsi que les devoirs de l'individu. Ces devoirs comprennent les devoirs envers autrui, envers la famille, envers la société, envers l'État et les autres collectivités légalement reconnues, et envers la communauté internationale. Mais cette notion se trouve également à l'article 29 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*.

28. *P.G. Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349; *Bliss c. P.G. Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183.

29. Fatsah Ougurgouz, *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, Genève, Presses universitaires de France, 1993.

Les instruments canadiens et québécois de protection des droits fondamentaux sont fortement orientés sur les droits individuels, tout en permettant la prise en compte des droits collectifs, notamment dans l'application de leurs clauses limitatives, à savoir l'article premier de la *Charte canadienne* et l'article 9.1 de la *Charte québécoise*.

A. La Charte canadienne

1. Les principes de justice fondamentale : article 7.

La Cour suprême du Canada n'est pas unanime en ce qui concerne le rôle des droits collectifs dans l'interprétation de l'article 7. Pour Mme la juge L'Heureux-Dubé, la détermination du sens de l'expression « justice fondamentale » implique la considération des droits collectifs. Par exemple, dans l'affaire *Martineau*, elle considère que dans le cadre de l'article 7, le droit pénal doit réconcilier des « impératifs contradictoires ». « La protection de la société doit être évaluée au regard de la mesure de justice envers un individu qui est accusé. »³⁰ Plus récemment, dans l'affaire *Wholesale Travel*, le juge Cory invoque les droits collectifs dans le cadre d'une analyse de l'article 7 :

« Les infractions réglementaires sont prévues pour assurer la protection du public. Les intérêts sociaux en jeu revêtent une importance fondamentale. Il est absolument essentiel que les gouvernements aient la capacité de faire appliquer une norme de diligence raisonnable dans les activités qui ont une incidence sur le bien-être public. Les objectifs louables auxquels servent les lois ne devraient pas être contrecarrés [...] »³¹

Il n'est pas sans intérêt de mentionner que dans l'affaire *Wholesale Travel*, on invoque la protection de l'environnement comme un facteur pertinent dans l'interprétation de l'article 7.

Les mêmes considérations se retrouvent dans plusieurs autres arrêts de la Cour suprême du Canada. Ainsi, dans l'affaire *Cunningham* e 1993, le juge McLachlin écrit :

« [Les principes de justice fondamentale] touchent non seulement au droit de la personne qui soutient que sa liberté est

30. *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, 58 C.C.C. (3d) 353, 79 76 Alta. L.R. (2d) 1, 112 N.R. 83, 11 W.C.B. (2d) 3, à la p. 674 (R.C.S.).

31. *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, 8 C.R. (4th) 145, 67 C.C.C. (3d) 193, 84 D.L.R. (4th) 161, 38 C.P.R. (3d) 451, 7 C.R.R. (2d) 36, 49 O.A.C. 161, 130 N.R. 1, 4 O.R. (3d) 799n, 30 A.C.W.S. (3d) 660, 14 W.C.B. (2d) 208, à la p. 239 (R.C.S.).

limitée, mais également à la protection de la société. La justice fondamentale exige un juste équilibre entre ces droits [...] ³².

L'article 7 permet donc, dans certaines circonstances, d'invoquer les droits collectifs et de les confronter aux droits individuels, même si l'économie générale de la *charte* suggère que cette question ne se pose qu'en vertu de l'article premier.

2. Les limites raisonnables : article 1.

En autorisant des limites aux droits consacrés par la *charte*, l'article premier de la *Charte canadienne* donne effet, en réalité, aux intérêts de la collectivité. Par exemple, dans l'affaire *Keegstra*, concernant la liberté d'expression, la Cour suprême accepte que ce droit individuel cède la place devant l'intérêt qu'a la collectivité à être à l'abri de la propagande haineuse. Ce principe se trouve reconnu dans plusieurs instruments internationaux, notamment à l'article 20 du *Pacte civil et politique* et à l'article 4a) de la *Convention internationale pour l'élimination de toutes formes de discrimination raciale*.

B. La Charte québécoise

1. La clause limitative : article 9.1.

Même si son libellé est assez différent de l'article premier de la *Charte canadienne*, la clause limitative de la *Charte québécoise*, l'article 9.1, joue un rôle comparable dans l'interprétation de cet instrument³³. Le législateur a fait œuvre d'innovation et n'a pas suivi les modèles européens et onusiens de telles clauses. Le texte de la disposition se lit comme suit :

• Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec ³⁴.

La jurisprudence sur cet article est toutefois très restreinte, et pour les principes d'interprétation il faut se référer à l'article premier de la *Charte canadienne*³⁵.

32. *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143, 80 C.C.C. (3d) 492, 11 Admin L.R. (2d) 1, aux p.151-152 (R.C.S.). Aussi : *Rodriguez c. A.-G.*, [1994], R.C.S., 85 C.C.C. (3d) 15 (C.S.C.), aux p. 67-68.

33. *Ford c. Québec (A.-G.)*, [1988] 2 R.C.S. 712, 54 D.L.R. (4th) 577, 19 Q.A.C. 69, 36 C.R.R. 1, 90 N.R. 84, 10 C.H.R.R. D/5559.

34. *Charte des droits et libertés de la personne*, R.S.Q. c. C-12, art. 9.1.

35. Voir François Chevrete, « La disposition limitative de la *Charte des droits et libertés de la personne* », (1987) 21 *R.J.T.* 461.

III. Relativisme culturel

Une autre attaque contre l'universalisme se fonde sur l'affirmation que la *Déclaration universelle des droits de l'homme* et les nombreux instruments qu'elle a engendrés sont des manifestations de la culture « européenne », sans pertinence à des cultures orientales ou sudistes. Selon les tenants de cette critique, l'imposition de cette vision occidentale des droits de l'homme est imprégnée de nostalgie colonialiste et de racisme. La dernière session de la Commission des droits de l'homme, tenue à Genève en février et mars de 1994, fournit un exemple terrifiant de cette idéologie. Le rapporteur spécial de la Commission sur le Soudan, le professeur Gaspar Biro, a condamné l'utilisation de certaines peines qui sont toutefois prévues en droit musulman, comme par exemple l'amputation et le droit, pour les parents de la victime, d'imposer la peine de mort de la même façon que le meurtre a été commis. Mais lorsque le rapporteur spécial a suggéré que ces peines étaient contraires à l'article 7 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, il a été dénoncé par le représentant soudanais, Abdelaziz Shiddo. Selon M. Shiddo, le rapporteur avait « insulté des valeurs religieuses » dans « un paragraphe satanique » et pour cela « il devait assumer la responsabilité »³⁶. Son rapport était « un blasphème flagrant et une insulte délibérée envers la religion islamique ». Le professeur Biro dut quitter Genève sous escorte policière.

Mais, même si nous reconnaissons des limites au relativisme culturel, il faut constater que la mise en œuvre des droits de l'homme doit tenir compte des différences culturelles et des particularités de chaque société. Une telle conclusion se trouve, d'ailleurs, dans le Document de Vienne. Au Canada même, l'existence de plusieurs cultures — canadienne anglaise, québécoise, autochtone — suggère le relativisme. Ce relativisme doit toutefois trouver son équilibre avec l'universalisme. Nos chartes des droits résolvent-elles ce dilemme ? On peut certes affirmer que l'existence même de deux chartes au Canada, une *Charte canadienne* et une *Charte québécoise*, témoigne de cette réalité. En

36. « Statement by H.E. Mr Abdelaziz Shiddo, Minister of Justice and Attorney-General of the Republic of the Sudan and Leader of Sudan Delegation to the 50th Session of the Commission on Human Rights, Commenting on the report of Dr. Gaspar Biro, Special Rapporteur on Human Rights situation in the Sudan under agenda item (12) », Genève, le 25 février 1994.

pratique, la question se pose surtout dans le contexte de la *Charte canadienne*, sur laquelle nous nous attarderons.

A. Le multiculturalisme

L'article 27 de la *Charte canadienne* déclare qu'elle sera interprétée en concordance avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens. Cette disposition a été citée, en matière de liberté religieuse, afin de promouvoir le pluralisme, notamment dans ce litige éminemment canadien au sujet de la fermeture des magasins le dimanche³⁷. Il s'agit d'une disposition qui a eu peu d'impact dans la jurisprudence. Les critiques de la clause « multiculturelle » de la *charte* plaident qu'elle a surtout pour effet de réduire l'importance du Québec et de sa spécificité à celle d'une communauté culturelle.

B. La clause de la « société distincte »

Dans l'accord du Lac Meech, une remise en question plus significative de l'universalisme quant à l'application de la *Charte canadienne* était en jeu. L'article 2.(1) de la *Modification Constitutionnelle de 1987* se lisait comme suit :

2. (1) Toute interprétation de la Constitution du Canada doit concorder avec :

[...]

(b) la reconnaissance de ce que le Québec forme au sein du Canada une société distincte.

Sans aucun doute, ce texte était applicable à la *charte*, soulevant la possibilité que la *charte* soit interprétée différemment au Québec que dans les autres provinces. Le professeur André Morel a remarqué que plusieurs juristes du Canada anglais, notamment chez les groupes féministes, avaient évoqué la possibilité que cette clause permette des atteintes à la liberté de religion, la persécution des témoins de Jéhovah, l'interdiction d'avortement, et la réduction de l'accès des femmes à l'enseignement supérieur³⁸. Il n'y a cependant

37. *R. c. Big M Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S., 18 D.L.R. (4th) 321, 18 C.C.C. (3d) 385; *Edwards Books and Art Ltd. c. R.*, [1986] 2 R.C.S. 713, 35 D.L.R. 1, 55 C.R. 193, 30 C.C.C. 385, 28 C.R.R. 1, 18 C.L.L.C. § 14,001, 71 N.R. 161, 19, O.A.C. 239.

38. André Morel, « La reconnaissance du Québec comme société distincte dans le respect de la Charte », dans Association du barreau canadien, *L'adhésion du Québec à l'Accord du Lac Meech*, Montréal, Thémis, 1988, p. 55-56. Voir L. Smith, « The distinct society clause in the Meech Lake Accord : could it affect equality rights for women ? », dans K.E. Swinton, C. J. Rogerson (eds), *Competing Constitutional Visions*, Toronto, Carswell, 1988, p. 35.

rien de choquant dans une telle clause. La Cour européenne des droits de l'homme a développé la théorie de la marge d'appréciation afin de tenir compte des différences dans les vingt-neuf États parties à la *Convention européenne des droits de l'homme*. La cour n'a aucune difficulté à admettre que les droits, qui sont théoriquement universels, soient interprétés selon des variations culturelles et régionales.

Conclusion

L'analyse de ces trois thèmes de la critique de l'universalité des droits de la personne démontre que même à l'intérieur d'un système de droit interne, les débats qui animent les forums internationaux demeurent très présents. Même dans ce microcosme de droit canadien et de droit québécois, nous ne pouvons pas éviter les dialectiques qui opposent les droits civils et politiques aux droits économiques et sociaux, les droits individuels aux droits collectifs, et la vision des droits d'une culture dominante à celle d'une culture minoritaire. Dans l'aménagement de ces conflits, il y a des leçons importantes que nous pouvons tirer des débats internationaux. Mais il y a aussi une pratique interne valable qui peut être exportée, et qui peut enrichir, sur la scène internationale, un débat qui vise à trouver un juste milieu entre un universalisme teinté de passé impérialiste et un relativisme qui, dans sa forme la plus extrême, risque de vider complètement les droits fondamentaux de toute signification.

*Département des sciences juridiques
Université du Québec à Montréal*

Les droits de l'homme et l'identité culturelle

Guy Lafrance

Le discours actuel sur les droits de l'homme exige, quand on le soumet à l'examen suscité par le changement des contextes historiques et socio-culturels, un rappel des postulats philosophiques qui ont présidé à leur fondation principielle. L'idée même des droits de l'homme est une invention de la modernité et plus précisément de la modernité des Lumières. Bien qu'elle ait germée dans les écrits de Locke et de Spinoza, cette idée trouve sa formulation précise dans les écrits de Rousseau, dans la Déclaration de 1789 manifestement inspirée de Rousseau, et dans les écrits de Kant pour ne mentionner que les références les plus évidentes.

Dans ce processus qui a conduit à l'avènement historique de l'idée même des droits de l'homme, il importe de souligner la rupture épistémologique profonde avec la conception classique du monde, commandée par une vision téléologique et même théologique de l'homme et du monde; rupture aussi avec la tradition jusnaturaliste classique qui devait faire place à une conception nouvelle du droit centrée sur l'homme et fondée essentiellement dans la subjectivité; conception nouvelle aussi de l'autorité, de la souveraineté et de la légitimité politique elle-même. Cette rupture avec le monde ancien et les idées politiques nouvelles tient essentiellement à l'idée nouvelle que l'on se fait de l'homme; idée sur laquelle vont reposer les principes fondateurs des droits de l'homme. Mais cette idée nouvelle de l'homme suppose une remise en question de certains concepts qui lui sont rattachés, dont celui de *nature humaine* qui se trouve vidée de son contenu traditionnel et de sa charge déterministe, pour faire place à l'idée de perfectibilité, d'indéterminisme, voir d'anti-nature. Le concept de nature n'est pas tout à fait évacué, mais son contenu est complètement transformé en faveur de l'indéterminisme et de la liberté. D'où cette *construction de l'idée d'homme*, à partir des caractéristiques de la *liberté* et de la *volonté*, et non plus à partir des idées ou de la raison. Il s'agit de la

création de l'idée métaphysique d'*homme* ou d'*humanité* comme pouvoir de volonté et de liberté; idée érigée en absolu, d'où son caractère sacré et inviolable. La liberté est désormais liée directement au titre d'homme et aux droits et devoirs qui y sont rattachés. C'est en ce sens que Rousseau, dans le *Contrat social*, affirme que « renoncer à sa liberté, c'est renoncer à sa qualité d'homme, aux droits de l'humanité, même à ses devoirs »¹. Mais cette liberté, tout comme cette qualité d'homme sont des dons de la nature, aux yeux de Rousseau : « ils naissent hommes et libres »².

La liberté devient ainsi la caractéristique fondamentale de l'homme qui le fait passer d'un état de dépendance à un statut de parfaite autonomie et qui va modifier sa condition morale et juridique. L'anthropologie des Lumières a ainsi rendu possible la subjectivité juridique fondée sur l'humanisme. L'homme devient le sujet juridique par excellence. À partir de Hobbes, l'homme apparaît déjà comme l'auteur et le sujet du droit. C'est la fin d'une conception du droit fondée dans l'hétéronomie, dans la nature objective et extérieure à l'homme, dans la transcendance. C'est la création du *sujet de droit* et de la « *persona civilis* » moderne.

À titre d'exemple, le dessein anthropologique de Rousseau, dans le *Discours sur l'inégalité*, est celui d'une construction ou plus précisément d'une reconstruction de l'homme comme sujet; et dans le *Contrat social*, celui d'une construction de l'homme comme sujet éthique et comme sujet juridique. Pour atteindre cet objectif, l'idée de l'homme chez Rousseau doit se soustraire à l'histoire, à la société et à la politique, c'est-à-dire à la situation de fait de la domination de l'homme par l'homme. C'est à partir de cette idée abstraite de toute référence contextuelle et historique que sont construites, dès le premier Livre du *Contrat social* et simultanément, la subjectivité éthique et la subjectivité juridique. L'homme abstrait de toute contingence apparaît ainsi dans sa pureté éthique et juridique, dans une autonomie parfaite qui ne laisse place à aucune forme d'aliénation ou d'hétéronomie qui puisse entraver son accession à l'universel. Toute cette démarche repose sur une fiction construite, qui suppose d'abord une déconstruction, mais aussi une reconstruction de l'homme comme sujet; un sujet qui pense, qui se laisse

1. « Du Contrat social », livre I, chapitre IV, dans *Œuvres complètes*, Bibliothèque de la Pléiade, Gallimard, tome III, p. 356.

2. *Ibidem*. Dans le *Discours sur l'inégalité*, Rousseau affirmait dans le même sens : « la liberté étant un don qu'ils (les hommes) tiennent de la Nature en qualité d'hommes », *op. cit.*, seconde partie, p. 184.

guider par sa raison, qui agit et surtout qui se détermine par sa volonté. Le sujet de droit est un produit de la volonté générale alors que le sujet éthique est un produit de la volonté individuelle et intérieure, de l'intention et de la conscience³. Dans la perspective de Rousseau, la subjectivité éthique et la subjectivité juridique, sans être identifiées l'une à l'autre, sont néanmoins intimement liées, en ce sens que le sujet de droit ne peut naître que du sujet moral.

Un autre exemple semblable de cette démarche pourrait être pris chez Kant dans sa recherche du fondement ultime de la morale et de l'idée de droit dans sa pureté, « le concept de droit, en tant que pur »⁴. Il y a, dans cette démarche caractéristique de la philosophie des Lumières, un souci évident d'aller au fond des choses, de fonder d'abord les principes pour qu'ils puissent servir de règles universelles. Et c'est à partir de ces principes que s'est élaboré l'idéal humaniste des Lumières; un idéal fondé sur la reconnaissance *a priori* de la liberté et de l'égalité qui caractérisent le titre d'homme. Et cet humanisme fondé dans l'universel a rendu possible les aspirations universalistes du droit et de l'ordre politique, à travers le républicanisme et les premières déclarations des droits de l'homme. C'est en vertu de cette nouvelle conception de l'homme que Rousseau a pu parler des « droits de l'humanité »⁵, et que Kant a pu invoquer « ces droits innés, nécessairement inhérents à l'humanité et imprescriptibles »⁶; rejoignant ainsi la pensée des Lumières voulant que les hommes « naissent libres et égaux ». Liberté et égalité affirmées en droit et qui permettent l'ouverture sur l'universalité humaine.

Les Lumières, dans leur souci d'évacuer l'histoire, le contingent, la culture, la civilisation avec son cortège de déterminismes sociaux et d'aliénation, tentent désespérément de retrouver l'universel au niveau du *droit* et de l'*éthique*. La rationalité universelle se substitue progressivement à la raison personnelle. L'idée même du droit est posée dans toute sa pureté, sans référence au fait ni à l'histoire. C'est la dissociation totale du fait et du droit effectuée dans l'intention très

3. Voir *Émile*, la « Profession de foi du Vicaire Savoyard », dans Rousseau, *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, tome IV, p. 600-607.

4. Kant, « Métaphysique des mœurs », dans *Œuvres philosophiques*, tome III, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, p. 449.

5. *Du Contrat social*, *op. cit.*, p. 356.

6. Kant, *Vers la paix perpétuelle*, [trad. Jean Darbellay], Paris, Presses universitaires de France, p. 91.

nette de redonner à ce dernier toute sa dimension et sa puissance universalisante dans la direction du devoir-être, du « *Sollen* ».

Mais le droit ainsi rétabli dans son idée première ne peut rester cantonné dans la raison théorique; il doit pouvoir rejoindre la raison pratique dans son effectivité au niveau social et politique. De là cet intérêt des penseurs des Lumières pour le droit politique; car il s'agit pour eux de repenser le lien social en fonction du droit et de la légitimité universels. Le droit de l'homme, fondé dans l'anthropologie, doit trouver son complément nécessaire dans la *totalité* sociale qui va lui procurer sa véritable assise juridique.

Or, la totalité sociale passe par les idées de *peuple*, de *nation*, de *patrie*, et par une redéfinition du *pouvoir*, de l'*autorité* et de la vraie *souveraineté*. En ce sens, le droit de l'homme fondé dans l'anthropologie semble devoir trouver son écho nécessaire au niveau de la *citoyenneté* réinventée, et de la *souveraineté* fondée sur la *volonté générale* et la loi de raison. *Souveraineté* et *citoyenneté* forment ainsi les concepts clefs de la légitimation politique et juridique des droits de l'homme. Ce sont ces concepts qui servent à garantir, au plan politique et juridique, la *liberté* et l'*égalité* fondées dans l'anthropologie. Les droits de l'homme et ceux du citoyens deviennent par là-même confondus.

Sans doute peut-on aussi comprendre, par ceci, l'artifice sans précédent imaginé par les premiers théoriciens des droits de l'homme, et en premier lieu par les philosophes des Lumières (Rousseau, Kant), pour dissiper le paradoxe au départ manifeste de l'identification de l'homme et du citoyen, de l'identification de la volonté générale et de la volonté des individus, de l'intérêt général et de l'intérêt particulier, l'identification du législateur et du sujet. Paradoxe dissipé par la fusion de l'universel et du particulier, ou plus exactement par la découverte de l'universel dans le particulier, par la voie de la raison, de la volonté et des lois. Ainsi comprise, la souveraineté nouvelle, assurée par l'autorité collective, prend sa source dans la volonté et le pouvoir de l'individu.

Les figures de cette légitimité, par laquelle les droits de l'homme semblent recevoir une certaine garantie juridique, passent par les idées réinventées d'*homme*, de *peuple*, et de *citoyenneté*, protégées par les *lois fondamentales*. Il s'agit très manifestement d'une légitimation fondée dans la subjectivité qui a rendu possible la genèse de la *citoyenneté* et de la *souveraineté* de l'homme comme législateur et surtout comme sujet inviolable de droit.

Or, ces principes humanistes sont essentiellement des principes régulateurs en raison même de leur visée universaliste; en ce sens aussi, ils appartiennent à l'ordre idéal. Ils introduisent une

distinction nette entre le niveau des faits et le niveau des valeurs, entre ce qui est et ce qui doit être. D'où ces dichotomies inévitables, autant dans la pensée de Rousseau que dans celle de Kant, quand il s'agit de relier l'ordre théorique avec l'ordre pratique. L'ordre théorique ne souffre pas de compromis, il est abstrait de la contingence, hors du temps et de l'histoire. Or, la réalité pratique à laquelle ces principes s'adressent est justement marquée par la contingence et la coexistence socio-culturelle des hommes. C'est ce que le romantisme va affirmer avec vigueur, en prenant ses distances des Lumières tout en dénonçant son esprit d'abstraction, pour valoriser davantage l'histoire et la culture, dans le prolongement des idées de Montesquieu et de Burke.

Fichte qui s'est livré à une critique sévère des Lumières, sans peut-être partager pleinement les thèses du romantisme, de A. W. Schlegel et de Novalis en particulier, illustre bien la thèse de l'enracinement culturel en valorisant l'esprit de la nation (*Volksgeist*) et une conception de la liberté-en-situation, c'est-à-dire de la liberté qui prend sa signification dans une tradition et une culture. Si, pour lui, « l'homme, seul, originairement n'est absolument rien »⁷, il a néanmoins la capacité d'être éduqué au sein d'une culture et d'une tradition. C'est la communauté nationale et les valeurs de l'esprit qu'elle communique qui donnent un sens à cette liberté enracinée et inscrite dans une culture, au lieu de cette liberté métaphysique, transcendante et intemporelle, dépourvue de toute signification réelle et vécue⁸. Dans cette perspective, les valeurs du droit, de la loi et de la vie politique, prennent une signification comparable à celle de la liberté, c'est-à-dire une signification enracinée dans la communauté nationale exprimée par la langue et la culture. La nation devient le fondement de l'État. Contrairement aux Lumières qui ont défendu les principes de l'État de droit à travers le modèle de l'État-Nation fondé sur le contrat, les romantiques ont valorisé la Nation-État et même, comme ce fût le cas pour certains d'entre eux, la nation-génie⁹.

-
7. Fichte, *Fondement du droit naturel selon les principes de la doctrine de la science*, [trad. Alain Renaut], Paris, Presses universitaires de France, 1984, p. 95.
 8. Voir à ce sujet, la présentation d'Alain Renaut des *Discours à la nation allemande* de Fichte, Paris, Imprimerie Nationale, 1992, p. 40-44.
 9. Dans son interprétation de Fichte, Alain Renaut le situe entre Lumières et romantisme. « Si Fichte n'est plus un *Aufklärer*, il n'a jamais été un romantique », soutient-il [*Discours à la nation allemande*, op. cit., p. 40].

Lumières et romantisme illustrent bien, dans leur manière de fonder l'État de droit, le rôle accordé à l'universel et au particulier. D'un côté, l'universel abstrait qui pose a priori les principes transcendants de l'humanisme avec ses valeurs de droits, de liberté et d'égalité; de l'autre, une valorisation du particulier qui aspire à l'universel pour autant qu'il émerge des valeurs concrètes de la culture et de la tradition. D'un côté, une raison abstraite et universelle qui pose les conditions et les critères *a priori* de l'humanisme; de l'autre, un communautarisme culturel et historique qui cherche la voie de la raison dans son effectivité. Tel fût, en particulier pour Hegel, héritier des Lumières et du romantisme, le dilemme à résoudre.

Mais le passage de l'esprit des Lumières à celui du romantisme est à la fois intéressant et significatif pour comprendre le statut des droits de l'homme. Déjà, la difficulté de relier les droits de l'homme, d'inspiration jusnaturaliste, rationaliste et théorique, à un ordre pratique et historique, a été vivement ressentie par certains kantien, par Gentz en particulier, qui sans cesser d'être *Aufklärer* et défenseur de la raison, n'en a pas moins, après un premier mouvement d'enthousiasme, pris ses distances par rapport à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Voyant dans ceux-ci une erreur théorique, non pas qu'il ait mis en cause l'idée même des droits de l'homme ni la possibilité qu'ils puissent avoir une fonction politique éventuelle et par conséquent pratique; mais il considérait la Déclaration non conforme aux exigences de la raison dans son énumération de droits qui ne sont pas déduits directement du principe de la liberté. Cette énumération désordonnée trahit également la vocation première des droits de l'homme comme droits naturels déduits en faisant abstraction du lien social, alors que la Déclaration vise à en faire des droits sociaux et politiques¹⁰. Gentz a posé ainsi très clairement la question du statut des droits de l'homme comme droits naturels et valeurs morales ou comme droits civils comportant des exigences politiques. Son rationalisme juridique le conduisait à trouver la vérité des droits de l'homme en tant que droits naturels et valeurs morales; alors qu'ils lui apparaissaient dangereux et vains quand ils sont étaient comme des droits politiques ou civiques.

10. Voir au sujet de Gentz, l'étude d'Alain Renaut « Gents : une critique non romantique des droits de l'homme », dans *La Révolution française entre Lumières et Romantisme*, Cahiers de philosophie politique et juridique, n° 16, Caen, 1989, p. 125-139.

Le débat actuel sur les droits de l'homme et le respect de l'identité culturelle ou sur l'enracinement des droits de l'homme dans les multiples traditions culturelles et historiques, rappelle singulièrement les éléments du débat entre le rationalisme juridique des Lumières et la critique romantique de ces droits. La question fondamentale porte toujours sur le statut que l'on entend bien donner à ces droits; statut qui détermine, par la suite, la limite ou de l'étendue de ces droits et la fonction qu'on veut leur accorder.

Cette question du statut des droits de l'homme tient aussi, en grande partie, à la dimension théorique de ces droits et à la dimension pratique et concrète de la vie politique et juridique qui ne peut se réduire à l'ordre des principes abstraits et des règles universelles. Doit-on, pour autant, considérer que l'ordre politique et juridique se réduit au niveau des faits, des traditions et de la culture historique ? Telles sont les questions qui se posent, non seulement à la nature des droits de l'homme, mais à l'État de droit lui-même, devant la résurgence des particularismes et leur valorisation normative. Les risques de l'universel sont bien connus et ils ont reçu leur démenti de la tradition romantique dans ce que celui-ci pouvait contenir d'irréel et même d'inhumain tout en prêchant les valeurs du cosmopolitisme et l'amour du genre humain. Danger que Rousseau avait aussi perçu et dénoncé dans ceux qu'il appelait : « ces prétendus Cosmopolites, qui [...] se vantent d'aimer tout le monde pour avoir droit de n'aimer personne »¹¹. Les risques du particulier ne sont pas moins grands, surtout lorsqu'il se traduit par le refus de l'universel et, pire encore, lorsqu'il érige le particulier en valeur universelle. La réduction des valeurs à leur temporalité et à leur historicité mène au scepticisme, tout comme la réduction du droit au fait culturel et à son histoire conduit presque inévitablement à la négation même du droit. Les exemples en ce sens ne manquent pas. Rappelons simplement le refus même du principe des droits de l'homme, à l'intérieur des conceptions culturelles et historiques des droits, sous prétexte qu'il n'y a pas de paradigme universel de la culture ni, par conséquent, de l'homme. Valorisation extrême des particularismes qui peut conduire aussi bien au totalitarisme qu'à l'individualisme le plus radical¹².

11. Rousseau, « Du Contrat social » (1^{ère} version), *op. cit.*, p. 287.

12. Voir au sujet des dérives de l'identité culturelle, l'ouvrage d'Alain Finkielkraut, *La défaite de la pensée*, Paris, Gallimard, 1987.

À moins d'adopter l'attitude que Julien Benda qualifiait de « trahison des clercs »; attitude des savants, philosophes et penseurs qui « exaltent l'attachement au particulier, [et] flétrissent le sentiment de l'universel »¹³, l'exigence de l'État de droit commande le recours à l'universel, à la règle du droit et des lois qui créent l'égalité, au moins comme idée directrice et comme principe régulateur. Sans quoi, l'État de droit, lorsqu'il suit la dérive des individualismes et met entre parenthèses la construction de l'égalité, risque de n'être qu'une étiquette vide.

Que faire alors des valeurs culturelles et de tous ces particularismes auxquels on attache un si haut prix, au point de revendiquer pour eux un statut juridique comparable à celui des droits de l'homme ou des droits fondamentaux ? De la même manière, peut-on encore parler de droits de l'homme devant la panoplie sans cesse grandissante des droits-créances ? Si on s'en tient aux principes du rationalisme juridique qui ont présidé à l'idée même des droits de l'homme et à leur déduction à partir de la liberté de l'individu considérée comme autonomie de la volonté et comme pouvoir de la personne, les particularismes culturels et les attentes des individus sous forme de créance exigée de l'État ne peuvent être déduits directement des droits de l'homme. Ces réalités, pour lesquelles des garanties juridiques sont exigées, relèvent davantage des droits civiques, fondamentaux si on veut, et qui sont définis à l'intérieur des constitutions politiques particulières avec toute la signification idéologique que celles-ci peuvent comporter.

Dans cette perspective, les droits de l'homme ont un statut bien particulier qui n'en fait pas pour autant de pures chimères. Ils font partie des idées de la raison et constituent des principes régulateurs qui ne doivent pas prétendre à l'efficacité immédiate.

*Département de philosophie
Université d'Ottawa*

13. Julien Benda, *La trahison des clercs*, Paris, J.-J. Pauvert, 1965, p. 68.

« **Nous, peuples des Nations Unies, ...** »

**Remarques sur une fiction
fondatrice du politique**

Benoît Mercier

En 1945, à San Francisco était adoptée à l'unanimité et signée par les 50 pays fondateurs la *Charte des Nations Unies*. Près de 50 ans après cet événement, l'Organisation des Nations Unies (O.N.U.) compte plus de 170 États membres. Depuis quelque temps, ce nombre ne cesse d'augmenter. N'est-ce pas là la preuve d'un succès indéniable ? À mesurer la réussite en nombre d'adhérents et à compter le succès en années, peut-être bien. Mais nous savons tous que les résolutions fermes des fondateurs, le maintien de la paix et le règlement pacifique des conflits, le respect des droits de l'homme et l'instauration de meilleures conditions de vie pour tous, n'ont été globalement que des vœux pieux.

Nous aimerions dans cette communication rappeler les origines et les fondements de cette institution internationale en examinant deux artefacts datant de cette époque : le préambule de la *Charte des Nations Unies* et l'imposante murale intitulée *Phénix*¹ qui occupe, dans la salle du Conseil de Sécurité à New York, la majeure partie du mur du fond et domine, depuis cet endroit, un hémicycle où siègent des représentants de l'O.N.U.

Tout spécialement, nous allons porter notre attention sur un problème qui a miné l'O.N.U. et cela, dès ses débuts. Comme nous le verrons, les fondateurs des Nations Unies ont proclamé leur foi dans les droits fondamentaux de l'homme et cette proclamation, ils l'ont faite, à la fois, au nom de l'humanité et au nom de tous les peuples. Mais la réalisation de ce grand dessein, ils l'ont confiée aux États membres en reconnaissant le principe de l'égalité de droits des

1. Per Krohg, (1889-1965), *Le Phénix*, 1952, huile sur toile, 8,23 x 5,49 m, New York, Organisation des Nations Unies (Conseil de Sécurité).

États ainsi que le principe du droit à l'auto-détermination des peuples dans le respect mutuel des compétences nationales de chacun des États membres de l'O.N.U. Moutl exemples confirment chaque jour depuis lors que l'affirmation et le respect des droits de l'homme ne peuvent se réaliser dans ce cadre juridico-politique.

Ce problème est représenté dans toute son intensité dans la salle du Conseil de Sécurité. Un spectateur attentif qui écoute les débats animant cette enceinte et qui refait les liens unissant l'iconographie de l'événement fondateur réalisé par le *Phénix* aux mots du préambule de la *Charte* saura, pour une bonne part, mesurer l'étendue et la portée de ce problème.

* * *

La *Charte des Nations Unies* trouve son origine dans ce vaste effort de guerre des Alliés contre les pays de l'Axe pendant la Deuxième Guerre mondiale.

La *Déclaration interalliée*² de juin 1941, puis la *Charte de l'Atlantique*³ signée en août 1941 affirmaient déjà qu'après « la destruction définitive de la tyrannie nazie », seule « la collaboration spontanée des peuples libres » pouvait mettre un terme aux guerres successives et assurer le développement économique ainsi que l'amélioration des conditions sociales de tous les peuples.

Le 1^{er} janvier 1942, en signant la *Déclaration des Nations Unies*⁴, 26 États dont la Chine, les États-Unis, le Royaume-Uni et l'U.R.S.S., proclameront les buts et les principes devant guider leurs actions communes contre les membres du Pacte tripartite (Allemagne, Italie, Japon). Le préambule de la Déclaration de 1942 annonce déjà celui de la Charte de 1945 :

« Étant convaincus qu'une victoire complète sur leurs ennemis est indispensable pour défendre la vie, la liberté, l'indépendance et la liberté religieuse, aussi bien que pour conserver les droits

-
2. La *Déclaration interalliée* a été signée à Londres le 12 juin 1941 par les représentants de 14 pays parmi lesquels on retrouvait la Grande-Bretagne, l'Afrique du Sud, l'Australie, le Canada, etc., des gouvernements en exil (Norvège, Pologne, Tchécoslovaquie, Yougoslavie, etc.) et par le représentant de la France libre.
 3. La *Charte de l'Atlantique* a été signée le 14 août 1941 « Quelque part en mer » par le président américain Roosevelt et le premier ministre britannique Churchill.
 4. La *Déclaration des Nations Unies* a été signée à Washington le 1^{er} janvier 1942 par les représentants de 26 États (Chine, États-Unis, Royaume-Uni, U.R.S.S., etc.) auxquels s'ajouteront 21 autres pays de l'Amérique du Sud, du Moyen-Orient et de l'Asie.

humains et la justice dans leurs propres pays ainsi que dans les autres pays, et conscients du fait qu'ils sont actuellement engagés dans une lutte en commun contre les forces sauvages et brutales qui cherchent à subjuguer le monde, déclarent : [...] »

En octobre 1943, la *Conférence de Moscou*⁶ reconnaîtra formellement la nécessité d'établir aussi tôt que possible une nouvelle organisation internationale. À la *Conférence de Dumbarton Oaks*⁷, en octobre 1944, le projet de la Charte de l'Organisation internationale sera élaboré. Finalement, à Yalta⁸, en février 1945, les États-Unis, le Royaume-Uni et l'U.R.S.S en viendront à une entente de principe et convoqueront la *Conférence des Nations Unies sur l'Organisation internationale*⁹. Le 24 octobre 1945, la charte entrera en vigueur.

Les 51 membres fondateurs ont-ils créé à partir de tout cela le meilleur des mondes possibles ? Certainement pas. Mais compte tenu des différences énormes entre ces nations et compte tenu de la possibilité réelle d'une destruction universelle, ils ont opté non pas pour une union fédérative, mais pour une association volontaire d'États souverains.

Venons en maintenant au préambule de la charte.

Habituellement, le préambule d'un texte de loi exprime les motifs, les buts et les principes généraux sur lesquels sont basés les différents articles. Sans doute afin d'éviter des débats idéologiques que l'on savait pouvoir être à la source de divergences profondes, la proposition de Dumbarton Oaks ne comprenait pas de

5. Ruth B. Russell, et Jeanette E. Muther, *A History of the United Nations Charter: the Role of the United States (1940-1945)*, Washington DC, Brookings Institution, 1958.
6. La *Conférence de Moscou* s'est tenue du 19 octobre au 30 octobre 1943. La Chine, les États-Unis, le Royaume-Uni et l'U.R.S.S participaient à cette réunion.
7. La 1^{ère} phase de la *Conférence de Dumbarton Oaks* a eu lieu à Washington du 21 août au 28 septembre 1944. Les États-Unis, le Royaume-Uni et l'U.R.S.S étaient présents à cette série de rencontres. La 2^e phase de la conférence, du 29 septembre au 7 octobre 1944, s'est aussi tenu à Washington mais cette fois-ci la Chine prit part aux délibérations avec les États-Unis et le Royaume-Uni alors que l'U.R.S.S était absente.
8. La *Conférence de Yalta*, du 4 au 11 février 1945, réunissait les États-Unis, le Royaume-Uni et l'U.R.S.S.
9. La *Conférence des Nations Unies sur l'Organisation internationale* a eu lieu à San Francisco du 25 avril au 26 juin 1945. La conférence a réuni les représentants de 51 pays.

préambule et commençait par une énumération stricte des buts, puis des principes de la charte.

Néanmoins, de très nombreux pays sentirent la nécessité d'ajouter un préambule qui serait écrit, pour reprendre les mots du maréchal Smuts :

« [...] dans un langage qui devrait s'adresser aussi bien au coeur qu'à l'esprit des hommes, un préambule qui met de l'avant les buts que les Nations Unies se sont données à atteindre ainsi que les nobles intentions des fondateurs¹⁰. »

Ou, pour reprendre les mots d'un représentant américain (le commandant Strassen), un préambule qui serait :

« bref, émouvant et beau, quelque chose que chaque écolier pourrait apprendre par coeur et qui pourrait être encadré et suspendu dans chaque chaumière du monde¹¹. »

À la conférence de San Francisco, il fut convenu d'ajouter un préambule tout en le distinguant des buts et des principes de la charte. Tout au long de sa rédaction, on rencontra d'énormes difficultés, car il fallait :

1. exprimer les intentions communes et les aspirations futures de l'ensemble des nations malgré des conceptions économiques et socio-politiques fort divergentes;
2. élaborer un texte qui puisse susciter l'enthousiasme des habitants de plus de 50 nations de cultures, de religions et de langues différentes;
3. rédiger en comité un texte simple et concis qui respecte les grands principes juridico-politiques de la charte et cela, sans pour autant compromettre la valeur littéraire du document.

Malgré des débats houleux et passionnés, le texte qui sortit de ces délibérations rencontrait toutes les exigences des divers participants siégeant sur le comité, mais aucun d'entre eux n'y trouva son compte quant au style littéraire du document.

Voici le résultat auquel on aboutit :

10. New Zealand Department of External Affairs, United Nations Conference on International Organization, p. 10, 20. Tiré de : Ruth B. Russell, et Jeanette E. Muther, *op. cit.*, 1958, p. 912.

11. Virginia C. Gildersleeve, *Many a Good Crusade*, 1954, p. 344. Tiré de : *Ibid.*, p. 913.

• NOUS, PEUPLES DES NATIONS UNIES

RÉSOLUS

à préserver les générations futures du fléau de la guerre qui deux fois en l'espace d'une vie a infligé à l'humanité d'indicibles souffrances,

à proclamer à nouveau notre foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité de droits des hommes et des femmes, ainsi que des nations, grandes et petites,

à créer les conditions nécessaires au maintien de la justice et du respect des obligations nées des traités et autres sources du droit international,

à favoriser le progrès social et instaurer de meilleures conditions de vie dans une liberté plus grande,

ET À CES FINS

à pratiquer la tolérance, à vivre en paix l'un avec l'autre dans un esprit de bon voisinage,

à unir nos forces pour maintenir la paix et la sécurité internationales,

à accepter des principes et instituer des méthodes garantissant qu'il ne sera pas fait usage de la force des armes, sauf dans l'intérêt commun,

à recourir aux institutions internationales pour favoriser le progrès économique et social de tous les peuples,

AVONS DÉCIDÉ D'ASSOCIER NOS FORCES POUR RÉALISER CES DESSEINS

En conséquence, nos Gouvernements respectifs, par l'intermédiaire de leurs représentants, réunis en la ville de San Francisco, et munis de pleins pouvoirs reconnus en bonne et due forme, ont adopté la présente Charte des Nations Unies et établissent par les présentes une organisation internationale qui prendra le nom de Nations Unies. •

Dès l'adoption de cette charte, il fut décidé que l'organisation internationale siègerait à New York. Lors de la construction de l'édifice, on commanda une murale pour orner la salle du Conseil de Sécurité.

Le *Phénix*, du peintre norvégien Per Krohg, représente l'humanité renaissant des ruines de l'après-guerre et entend célébrer l'union fraternelle de tous les peuples sous l'étendard des Nations Unies. Le cycle immuable des vies et des morts successives du phénix ne semblait pourtant pas vouloir s'interrompre : l'œuvre fut inaugurée le 22 septembre 1952, soit pendant la guerre froide, au moment où le conflit coréen faisait rage et quelques jours à peine

avant que les États-Unis ne fassent exploser la première bombe thermonucléaire à hydrogène.

Le *Phénix* est plus qu'un simple objet décoratif. Outre ses qualités ornementales, on lui reconnaîtra d'emblée son caractère emblématique. La disposition des divers éléments de cette salle en fait foi. Ce tableau illustre de façon métaphorique et symbolique les espoirs et les engagements de l'après-guerre. Le peintre, lors de la présentation de son œuvre, rappelait ce fait : « L'humanité se presse dans le nouveau monde pour retrouver le phénix. Tous se rencontrent les mains ouvertes et les bras tendus. Aucun poing n'est serré. L'égalité est symbolisée par un groupe de gens qui pèsent du grain, de sorte que tous en aient la même part¹² ». Mais le tableau, en commémorant les événements qui entourent la naissance de cette institution internationale de même que les préoccupations de cette époque, ne servirait-il pas aussi à d'autres fins ?

Pour répondre à cette question, il nous faut rappeler les mots de l'Ingénu de Voltaire.

« Pourquoi toutes les autres nations [à l'exception de la Chine] se sont-elles donné des origines fabuleuses ? [...] Ce sont partout des apparitions, des oracles, des prodiges, des sortilèges, des métamorphoses, des songes expliqués, et qui font la destinée des plus grands empires et des plus petits États : ici des bêtes qui parlent, là des bêtes qu'on adore, des dieux transformés en hommes, et des hommes transformés en dieux. Ah ! s'il nous faut des fables, que ces fables soient au moins l'emblème de la vérité ! J'aime les fables des philosophes, je ris de celles des enfants, et je hais celles des imposteurs¹³. »

La question de notre bon huron est en fait celle-ci : pourquoi expliquer les origines et les fondements des nations et des États par des fictions, c'est-à-dire par quelque chose qui n'est qu'une pure invention, qu'une création imaginaire à laquelle ne correspond aucune réalité concrète ? L'Ingénu ne su répondre à sa propre question. Mais sans doute eut-il constaté que le tableau de Krogh était de cette mouture.

« Ah ! s'il nous faut des fables... qu'elles soient au moins l'emblème de la vérité ! » Pour l'Ingénu, si dans toutes les nations et États, qu'ils soient grands ou petits, il existe des fictions nous représentant, par des montages symboliques complexes, les origines et

12. Organisation des Nations Unies, *Communiqué de presse n° 3078*, 4 mars 1965.

13. Voltaire, *L'Ingénu. Histoire véritable, tirée des manuscrits du P. Quesnel*, Gallimard, Paris, 1961 [1767], p. 284.

les fondements du lien social existant dans ces sociétés, alors il faut que ces fictions fondatrices soient propres à donner figure à la vérité. *Fictio figura veritatis*. L'Ingénu connaissait donc Saint Augustin, son éducation a été bien faite, car il avait en tête ces mots :

• Tout ce que nous feignons ne constitue pas un mensonge; il n'y a mensonge que lorsque nous feignons une chose qui n'a aucune signification; une fiction qui a un but réel et utile, est une figure de vérité, et non un mensonge¹⁴. •

L'orateur politique, le juriste, le philosophe tout comme l'homme ordinaire savent qu'il n'existe pas d'œuvres politiques qui n'usent des pouvoirs de la fiction. Nous connaissons tous les potentiels heuristique, exemplatif et critique des fictions et nous faisons appel sans cesse à ces pouvoirs pour représenter l'inexprimable et rendre concevable ce qui était demeuré incompréhensible. Mais nous savons aussi que la puissance de dire et de montrer d'une fiction est capable de changer un monde imaginaire en une réalité concrète, de convaincre, de persuader et de susciter l'admiration enthousiaste. Nous le savons et les fondateurs des Nations Unies qui eurent à lutter contre la menace fasciste le savaient eux aussi.

Voilà pourquoi l'Ingénu déteste les imposteurs qui s'emparent des fables pour créer les institutions de la servitude. L'Ingénu sait que les pouvoirs de la fiction sont tels qu'ils rendent cette servitude volontaire.

Par l'évocation d'un mythe — celui du phénix —, le peintre aura voulu rappeler avec force les dangers inhérents à toute politique qui ne serait pas profondément inspirée par les mots du préambule de la *charte*. Semblable à un ornement héraldique, le *Phénix* a pour fonction de montrer une toute nouvelle conception du monde. Tout comme le préambule de la charte, il fut créé pour figurer la vérité archétypale de l'O.N.U.

Mais pourquoi retrouve-t-on, précisément dans cette salle, un phénix ?

Le mythe du phénix est largement répandu dans toutes les traditions occidentales¹⁵. Vous connaissez sans doute cette version du mythe. Le phénix se présente sous la forme d'un aigle au

14. Cité par Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, trad. François Lachat, III, q. 55, art. 4, ad. 1, Vivhs, Paris, p. 613.

15. Pour avoir un aperçu général des différents récits entourant la légende du phénix, leurs sources mythologiques et symboliques, voir : Jean Hubaux et Maxime Leroy, *Le mythe du phénix*, Biblio. de la Faculté de philosophie et lettres de l'Université de Liège, Liège-Paris, 1939; Louis

plumage rouge, à la huppe éclatante et ayant des reflets dorés autour du cou. Au terme d'une existence de plus de 500 ans, l'oiseau rassemble autour de lui des plantes aromatiques pour en former un nid. Le phénix enflamme alors celui-ci par la chaleur du soleil et en attise le feu de ses ailes. Au moment même où il se consume, l'oiseau fabuleux renaît de nouveau de ses cendres.

Mais le peintre s'est plutôt inspiré de cette autre version. Dans celle-ci, la physionomie du phénix est celle d'un héron de couleur bleu-gris. Sa vie est également très longue et le nid est aussi fait d'herbes aromatiques. Toutefois, l'oiseau n'enflamme pas son nid, mais il attend plutôt que vienne le moment de sa mort. Peu après celle-ci, un ver sort de son cadavre et se transforme en un nouveau phénix. Le fils naissant transporte alors les restes du père en Égypte. Tout au long de son voyage, il est accompagné par une imposante escorte d'oiseaux. Arrivé dans la ville d'Héliopolis, il se dirige vers l'autel du temple dédié au Soleil où la dépouille mortelle est incinérée.

Entre ces deux versions, le choix de Krohg ne fut certainement pas difficile. L'aigle, emblème nazi, ne pouvait certainement pas annoncer un nouveau monde et l'incinération être synonyme de paix. La tradition égyptienne, celle du *bennou*, l'a donc emportée.

La riche trame symbolique de ce mythe avait tout pour satisfaire les désirs d'un peintre qui devait figurer la vérité archétypale de cette institution. Évoquons, à titre d'exemple, les deux aspects suivants :

1. La palingénésie et l'eschatologie

La légende met toujours en corrélation la très longue vie de l'oiseau et un temps cyclique. Par cette relation, l'existence du phénix symbolise le renouvellement nécessaire de toutes choses et l'éternel recommencement. Il n'est donc pas surprenant que chez bien des auteurs, la durée prétendue du cycle vie/mort du phénix concorde avec la « grande année », c'est-à-dire avec un temps commun à tous les êtres, quelle que soit leur nature, et par rapport auquel leur existence devient mesurable. Par ailleurs, dans de

Charbonneau-Lassay, *La mytérieuse emblématique de Jésus-Christ. Le bestiaire du Christ*, Archè-Milano, Milan, 1940; A.-J. Festugière, « Le symbolisme du phénix et le mysticisme hermétique », *Monuments Piot*, Paris, 1941 et R. Van Den Broek, *The Myth of the Phoenix According to Classical and Early Christian Traditions*, Leiden E. J. Brill, Leiden, 1972.

nombreux textes, le cycle de vie de cet oiseau correspond aussi à une période déterminée entre deux grandes catastrophes que met en évidence sa mort répétée. Le récit légendaire, qui est essentiellement palingénésique, est alors étroitement lié à un discours eschatologique. Mais l'annonce de la fin inévitable d'un monde ou d'une domination est aussi, et en même temps, la promesse d'un monde nouveau.

Le tableau de Krohg fait écho à cet aspect du mythe et au premier alinéa du préambule où il est affirmé que « deux fois en l'espace d'une vie », le fléau de la guerre aura « infligé à l'humanité d'indicibles souffrances ». Si la Société des Nations put, au sortir de la Première Guerre mondiale et cela, pour un court laps de temps, être le gage d'une paix durable, l'humanité qui s'assemble aux pieds de l'oiseau régénéré et s'élève vers un monde lumineux participe de nouveau à une communauté des nations.

2. Le panégyrisme

Le phénix est aussi une figure panégyrique que l'on retrouve très souvent sur des médailles commémoratives faisant l'éloge de nombreux empereurs romains (Hadrien, Constantin le Grand, Théodose 1^{er}, etc.) et aussi sur celles de rois des XVI^e et XVII^e siècles (Élisabeth I^{ère}, Charles I^{er} et Charles II, Louis XIV, etc.). Toutes ces évocations ont eu pour fonction de célébrer la fondation d'une autorité politique suprême.

Le tableau du Conseil de Sécurité nous représente une fête fraternelle réunissant l'humanité entière, un serment d'égalité de droits qui lie l'homme et la femme, et toutes les autres « intentions nobles » du préambule. En fait, il y a là tous les espoirs d'un monde nouveau que seule une communauté recréée autour du drapeau de l'O.N.U. pourra réaliser.

Cette humanité renaissante et triomphant sous nos yeux est-elle vraiment celle dont nous parle le préambule de la charte ?

Comme vous le savez, la charte est un traité, c'est-à-dire un acte juridique par lequel des partis dûment reconnus ont convenu entre eux de la constitution d'une organisation.

Le premier secrétaire général, Trygve Lie, affirmait en 1949 que la charte est la loi suprême des membres contractants, mais aussi celle du monde entier¹⁶. C'est en fait l'interprétation qu'il proposait

16. Trygve Lie, « The Charter », *Peace on Earth*, chap. 1, Hermitage House, New York, 1949. Tiré de Andrew W. Cordier et Wilder Foote (dir.), *Public Papers of the Secretaries-General of the United Nations. 1. Trygve Lie (1946-1953)*, Columbia University Press, New York et Londres, 1949, p. 242.

en se référant au chapitre 1, article 2, 6^e alinéa de la charte : « L'Organisation fait en sorte que les États qui ne sont pas membres des Nations Unies agissent conformément à ces principes (ceux énoncés au chapitre 1 de la charte) dans la mesure nécessaire au maintien de la paix et de la sécurité internationale. ». Mais qui sont les contractants réels de cet acte : ceux que l'on évoque au début du préambule — « Nous, peuples des Nations Unies... » — ou ceux évoqués au dernier alinéa du préambule — « En conséquence, nos Gouvernements respectifs, par l'intermédiaire de leurs représentants... » ?

Les premiers mots de la Charte, ou ce qu'il faut bien appeler « l'ouverture américaine », car ils font directement référence à la *Déclaration d'Indépendance des États-Unis*, en appellent aux peuples des Nations Unies eux-mêmes, c'est-à-dire aux habitants d'un État-nation dûment reconnu. Il faut bien rappeler ici que lorsque l'on entreprit la rédaction du préambule, « l'ouverture américaine » posait d'importants problèmes. Pour les Pays-Bas, par exemple, les traités ne pouvaient être conclus que par la couronne et non par le peuple, qui n'avait aucun statut juridique. Dans les faits, les derniers mots du préambule se sont imposés d'eux-mêmes.

Mais alors, si le tableau met en scène l'humanité ou encore le « Nous » des peuples des Nations Unies comme seule fiction juridique pouvant réaliser les desseins de l'O.N.U., la charte, elle, affirme très clairement que ce sont les représentants des gouvernements des États membres qui doivent être considérés comme exprimant la réalité juridico-politique du traité et, par voie de conséquence, de l'O.N.U. La charte proclame, bel et bien, sa foi dans les droits de l'homme, mais cette proclamation n'est en fait qu'une affirmation visant à développer et à encourager le respect des droits de l'homme. Les articles 55^c¹⁷ et 56¹⁸ ont beau engager formellement les membres à respecter ces droits, il n'y a là aucune

17. Article 55 : « En vue de créer les conditions de stabilité et de bien-être nécessaires pour assurer entre les nations des relations pacifiques et amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité des droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, les Nations Unies favoriseront :

c. *le respect universel et effectif* (souligné par nous) des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion. »

18. Article 56 : « Les Membres s'engagent, en vue d'atteindre les buts et principes énoncés à l'article 55, à agir, tant conjointement que séparément, en coopération avec l'Organisation. »

obligation légale. Les peuples des Nations Unies ont eu beau proclamer leur foi, ce sont les gouvernements, par leurs représentants, qui jugeront des droits à reconnaître et à faire respecter. Cela est d'autant plus vrai qu'aux États membres, il est reconnu formellement : 1) l'égalité de droits des peuples, ici synonyme d'États et, 2) le droit à l'autodétermination et le respect des compétences nationales respectives.

Au regard de la salle du Conseil de Sécurité, en connaissant maintenant les mots du mythe et ceux du préambule et ayant été témoin de l'histoire des peuples et des gouvernements des États membres et non-membres, nous avons le souvenir de ces mots de J. L. Borges tirés de *La secte du Phénix* écrit en 1944 :

« [...] il n'y a guère de groupe humain où ne figurent pas de partisans du phénix, il est sûr également qu'il n'y a pas de persécutions ou de cruautés dont ils n'aient été les victimes ou les agents. Dans les guerres occidentales et dans les guerres lointaines d'Asie, ils ont répandu séculairement leur sang sous des drapeaux ennemis; leur identification avec tous les pays du globe ne leur sert pas à grand-chose. »

Département de philosophie
Université du Québec à Montréal



PHILOSOPHIE POLITIQUE ET DROIT

Droit, philosophie politique et le problème du pluralisme

Dominique Leydet

Le fait du pluralisme constitue sans doute un des défis les plus importants auquel doivent se confronter aujourd'hui tant la philosophie politique que la théorie normative du droit. Si toutes deux se rejoignent, en effet, dans leur préoccupation commune de penser une théorie de la justice, c'est précisément la possibilité d'élaborer une telle théorie à l'intérieur du libéralisme qui est aujourd'hui remise en cause à travers ce qu'il est convenu d'appeler le problème du pluralisme.

Depuis les années'70, les nombreuses actions revendicatrices de groupes divers visant un traitement différencié de l'État, — pensons aux revendications de certains groupes de femmes, d'Afro-américains, etc. — ont fait de la question du pluralisme dans ses diverses variantes : morale, culturelle, etc., un des problèmes clefs auxquels sont aujourd'hui confrontées les démocraties libérales¹. Celles-ci ne peuvent plus, en effet, se fermer les yeux sur la pluralité des formes de vie aux orientations axiologiques distinctes qui les constituent, mais doivent au contraire tenter de répondre aux questions que pose cette pluralité à leurs propres fondements.

1. Sur l'évolution des revendications des groupes minoritaires — de l'intégration au droit à la différence — voir Will Kymlicka, « The Politicization of Ethnicity », *Canadian Journal for Law and Jurisprudence*, 1991.

Ce constat est au cœur de la philosophie politique actuelle dans la mesure même où la reconnaissance du pluralisme peut sembler entraîner la mise en cause de la façon dont on a voulu, dans la tradition libérale prise dans son sens le plus large, concevoir les réponses appropriées à la question de la justice. Que l'on se réclame, en effet, de Kant ou de Mill, la réponse au problème de la justice passe par la conception d'un certain cadre au sein duquel les individus apparaissent égaux en droits et en dignité, dans lequel, par conséquent, on considère que les individus, quels qu'ils soient par ailleurs, ont droit à une égale considération. Or, c'est bien l'*universalisme abstrait* auquel est associé cette politique de la dignité égale, pour reprendre l'expression de Charles Taylor², qui est aujourd'hui en cause dans la mesure où il aurait pour conséquence de gommer ces différences dont la reconnaissance est exigée. Comment, donc, repenser le problème de la justice à partir de cette réalité du pluralisme ? Telle apparaît maintenant la question à laquelle la philosophie politique contemporaine doit tenter de trouver réponse.

Cette question du pluralisme a pris également une très grande importance chez les juristes. On le comprend aisément, d'abord dans la mesure où les tribunaux exercent dans nos sociétés un rôle essentiel dans l'adjudication des revendications formulées par les différents groupes intéressés. Les juristes se sont donc retrouvés sur la ligne de feu des débats actuels et les groupes eux-mêmes ont adopté un vocabulaire juridique ou quasi tel pour exprimer leurs revendications. Mais, plus encore, la reconnaissance d'un pluralisme axiologique a poussé la réflexion juridique au-delà de ce premier ordre de questions concernant l'adjudication vers une interrogation du droit lui-même ou, plutôt, de notre tradition juridique. Pensons au développement d'une critique féministe du droit et de ce que l'on appelle les *critical legal studies*.

Ainsi, le fait du pluralisme a conduit juristes et philosophes politiques à s'interroger tant sur la capacité de notre tradition libérale de lui faire droit que sur l'opportunité d'un tel exercice, mais aussi sur la façon dont il convient de penser la nécessaire coexistence de diverses formes de vie. Nul doute alors de l'intérêt qu'il y a à confronter les réflexions sur le pluralisme issues de ces deux

2. Charles Taylor, « The Politics of Recognition », dans *Multiculturalism and the Politics of Recognition*, Princeton, Princeton University Press, 1992, p. 25-75

disciplines; et c'est précisément à cette tâche qu'ont bien voulu s'atteler les quatre participants à cet atelier.

Daniel Weinstock et Lukas Sosoe se sont tous deux intéressés, à partir d'une perspective philosophique libérale, à des critiques récentes du discours juridique moderne, Martha Minnow, d'une part, et les déconstructions féministes pratiquées par des auteurs tels que Andrea Dworkin et Catharine McKinnon, d'autre part. Victoria Meickle, quant à elle, a voulu mettre en évidence la façon dont les juristes peuvent contribuer à la compréhension de la théorie de la justice proposée par Rawls, notamment en ce qui concerne les implications de cette théorie pour le pluralisme. Enfin, Michael Hartney s'est proposé de critiquer la notion de droit moral collectif et de montrer comment les aspects discutables de cette notion viennent précisément de son origine juridique.

*Département de philosophie
Université du Québec à Montréal*



Justice et différence : la critique du paradigme libéral des droits

Daniel M. Weinstock

Une nouvelle problématique domine depuis quelques années la philosophie politique et juridique anglo-américaine. Elle tourne autour de la question suivante : quelle forme devrait prendre une théorie de la justice qui se soucierait véritablement des différences entre individus, et entre les divers groupes auxquels ces individus s'identifient ? La question de savoir quels principes de justice sociale pourraient faire l'objet d'un consensus social stable parmi une multitude d'agents cherchant tous à maximiser leur bien-être donne-t-elle lieu à une réponse complètement nouvelle une fois pris en compte le fait que les individus vivant dans les sociétés occidentales modernes perçoivent leur bien-être comme étant intimement lié à la survie et à l'épanouissement de groupes, plutôt que simplement, comme la philosophie politique antérieure l'aurait supposé, de manière matérielle et individualiste ?

Dans la mesure où il constitue la théorie dominante dans les débats philosophiques, ainsi que l'idéologie la plus répandue dans la vie civile des sociétés occidentales, c'est le libéralisme qui a été le plus visé par ces nouvelles questions. Il est bien certain que les penseurs classiques du libéralisme (Hobbes, Locke, Kant) se sont fort peu préoccupés de la question des identités religieuses, ethniques, sexuelles, etc., des citoyens de leurs républiques libérales idéales. Locke écrit, il est vrai, un opuscule sur la tolérance religieuse qui demeure encore aujourd'hui d'un intérêt plus que simplement historique; et les écrits de Kant sur la liberté d'expression sont encore cités par les théoriciens contemporains prônant l'importance pour les démocraties libérales aux populations composés de groupes définis selon de multiples axes (religion, langue, ethnie, culture, etc.) d'une sphère publique ouverte et pluraliste. Mais ces écrits ont tout de même dans l'œuvre de ces philosophes une place relativement marginale, au moins en ce sens qu'ils n'ont pas d'échos dans les textes où ils tentent de mettre à jour les

fondements rationnels et contractuels de la république libérale. On a sans doute raison d'affirmer, comme le font de nombreux critiques féministes et communautariens du libéralisme, que dans l'esprit des fondateurs de la pensée libérale au XVII^e et au XVIII^e siècles, les agents, hypothétiques ou non, parmi lesquels devait s'élaborer le pacte social étaient des hommes blancs, chrétiens, propriétaires terriens, etc¹. Il ne leur serait pas venu à l'esprit que les principes de justice sociale auxquels le contrat social devait mener allaient devoir pouvoir être justifiés auprès de membres de groupes ethniques, religieux, culturels ou d'orientations sexuelles aux perspectives fort différentes. Le problème de la diversité sociale apparaît peut-être davantage au XIX^e siècle parmi les penseurs libéraux, mais il ne donna pas véritablement lieu à une reconstruction théorique du libéralisme. Mill par exemple y voyait un obstacle plutôt que l'occasion d'un renouveau théorique; une véritable démocratie représentative ne pourrait exister selon lui que dans une société culturellement homogène².

Certains philosophes contemporains estiment que ce n'est qu'en vertu de la cécité des philosophes du libéralisme, plutôt qu'à cause d'une limitation des concepts qu'ils mettent à notre disposition, qu'il a parfois pu sembler que le libéralisme n'est pas en mesure de répondre aux revendications politiques provenant d'individus s'identifiant étroitement à des groupes. L'impartialité, l'abstraction et l'universalité prônées par le libéralisme feraient de sorte qu'il ne peut pas y avoir de restrictions *a priori* aux types d'agents auprès desquels les principes libéraux auraient à être justifiés. C'est ainsi que Susan Moller Okin et Will Kymlicka ont tenté de démontrer que la pensée libérale pouvait facilement accommoder les revendications légitimes, respectivement, des femmes et des membres de minorités culturelles³.

D'autres estiment au contraire qu'une pleine appréciation de la diversité constitutive des sociétés occidentales modernes, et des revendications qui en émanent, doit nous amener à rejeter

-
1. Voir, par exemple, le livre de Carole Pateman, *The Problem of Political Obligation. A Critique of Liberal Theory*, 2nd edition, Oxford, Polity Press, 1985.
 2. John Stuart Mill, *On Representative Government*, dans J. Robson (ed.), *The Complete Works of John Stuart Mill*, vol. XIX, Toronto, University of Toronto Press, 1977.
 3. Voir Susan Moller Okin, *Justice, Gender and the Family*, New York, Basic Books, 1989; Will Kymlicka, *Liberalism, Community and Culture*, Oxford, Oxford University Press, 1989.

entièrement le paradigme libéral. Critiques « post-modernes », féministes et communautariens sont d'accord pour dire que l'individu autonome et isolé qui figure au cœur du contractualisme représente un idéal que ne partagent que certains membres des sociétés contemporaines⁴. Nous ferions violence aux autres membres d'une telle société lorsque nous évaluons leurs intérêts et leurs besoins à l'aune d'un tel idéal. De plus, la conception de la raison pratique que véhiculent les philosophes du libéralisme (abstraction, universalisation, mise au rancart de toute dimension affective), loin de représenter la manière de raisonner de tout être humain, quel qu'il soit, correspondrait à des normes de rationalité spécifiques aux hommes blancs, par rapport auxquelles femmes et « Autres » auraient raison de se sentir aliénés. Selon cette deuxième manière de réagir au défi du pluralisme social, il n'est pas purement fortuit et accidentel que le déploiement du libéralisme en tant qu'idéologie sociale ait donné lieu à l'hégémonie politique de l'homme blanc. Le libéralisme en serait le fidèle reflet.

Je voudrais dans cet exposé explorer un volet de la littérature philosophique et juridique qui correspond à cette deuxième réaction. Pour les besoins limités de mon exposé, je traiterai surtout des écrits de la juriste américaine Martha Minow. Son récent livre, *Making all the difference : inclusion, exclusion and American law*, ainsi qu'une multitude d'articles⁵, tentent de développer un cadre théorique qui ne privilégierait pas automatiquement la perspective dominante, et qui rendrait leurs voix politiques et juridiques à des groupes qui, à cause de leurs « différences » par rapport à l'homme blanc moyen, n'ont pas pu historiquement obtenir la représentation de leurs intérêts et de leurs besoins auprès du pouvoir politique et

-
4. Pour un bon compte-rendu des diverses tendances de la critique post-moderniste, voir Stephen K. White, *Political Theory and Postmodernism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991. L'énonciation paradigmatique de la position communautarienne demeure Michael Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1981. Pour un inventaire assez complet des positions féministes, voir E. Kittay et D. Meyers, *Women and Moral Theory*, Savage, MD, Rowman and Littlefield, 1987.
 5. Les principaux textes de Minow qui ont été consultés dans la préparation de cet essai sont : Martha Minow, *Making all the Difference*, Ithaca, Cornell University Press, 1990; « Interpreting Rights : An Essay for Robert Cover », *Yale Law Journal*, 96, 1987; « Equalities », *The Journal of Philosophy*, 88, 1991; « Partial Justice : Law and Minorities », dans Austin Sarat and Thomas R. Kearns (eds.), *The Fate of Law*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1993.

juridique. Elle rejette l'idée selon laquelle le rôle d'une théorie de la justice sociale devrait être de faire abstraction des différences et des particularités des individus et des groupes afin de traiter tous les citoyens de manière scrupuleusement identique; l'égalité exigerait parfois que l'on tienne compte des différences entre individus, puisque des mesures identiques auront souvent des impacts fort différents sur des groupes différemment situés. Elle prône donc une version de ce que l'on pourrait appeler l'« égalité complexe ».

Le point de départ de Minow est ce qu'elle appelle le « dilemme de la différence »⁶. Ce dilemme se fait selon elle sentir dès que l'on essaie, de l'intérieur du cadre théorique sous-jacent à la pensée libérale, de répondre aux besoins de membres de groupes qui, d'une manière ou d'une autre, sont distincts de la norme sociale. Si l'on s'en tient à la version de l'égalité que fait valoir le libéralisme, l'on peut selon Minow soit tenter de les assimiler à la norme, en quel cas l'on risque de ne pas répondre à leurs besoins particuliers; ou bien l'on peut s'attacher à les traiter comme des cas particuliers, en quel cas l'on risque de les marginaliser. Spécialiste du domaine du droit de la famille, Minow donne à titre d'exemples les cas d'enfants qui, en vertu soit de leurs appartenances linguistiques et culturelles minoritaires, soit en vertu de handicaps physiques tels que la surdité totale ou partielle, « perdent » quelle que soit la stratégie adoptée. Ils demeurent stigmatisés par leurs différences, et ne peuvent donc pas pleinement accéder à l'égalité. « Neither separation nor integration can eradicate the meaning of difference in a minority group that does not fit the world designed for the majority »⁷.

Nous ne pourrions selon Minow commencer à nous extraire de ce dilemme qu'au moment où nous aurons rejeté un présupposé fallacieux qui le sous-tend, à savoir, que la « différence » est une propriété d'individus ou de groupes, plutôt qu'une propriété de la relation entre individus ou entre groupes. La tendance qu'a la pensée libérale de localiser la différence *dans* des individus ou des groupes minoritaires est d e au privilège qu'elle accorde au point de vue de groupes majoritaires, d'individus dont les intérêts sont conformes à une norme sociale. En effet, si nous accordons une sorte d'autorité épistémique *a priori* au point de vue d'un groupe dominant, les traits caractéristiques spécifiques de ses membres n'apparaîtront pas comme tels. C'est-à-dire qu'ils n'apparaîtront pas comme des

6. Ce dilemme est exposé dans *Making all the Difference*, *op. cit.*, p. 19-48.

7. *Ibid.*, p. 25.

particularités au même titre que celles de membres de groupes minoritaires. Ils constitueront plutôt la norme neutre et invisible par rapport à laquelle les autres différeront. Par conséquent, la différence serait selon cette vision des choses inhérente aux autres, plutôt qu'une propriété de la relation entre individus.

Mais nous n'avons selon Minow aucune raison d'accorder une telle priorité épistémique au point de vue dominant : l'enfant qui parle la langue majoritaire ou qui a une ouïe normale est tout aussi différent de l'enfant parlant une langue minoritaire ou ayant une ouïe faible que ce dernier l'est du premier. Membres de groupes majoritaires et dominants, nous aurions tendance à nous voir comme constituant l'origine sur un axe par rapport à laquelle ce serait les autres qui adopteraient des positions distinctes identifiables, alors qu'en réalité, nous serions tous rangés le long d'un axe qui n'aurait pas de point d'origine. Il convient de citer Minow sur cette question :

• Difference can be understood not as intrinsic but as a function of relationships, as a comparison drawn between an individual and a norm that can be stated and evaluated. Instead of assuming that their own experiences provide the proper benchmarks for judgment, the people who assign difference can take into account the alternative perspectives of those who have been called "different"; their perspectives highlight the process by which some people's traits are made compatible with social arrangements while others are made not to fit in ⁸.

Les membres d'un groupe dominant auraient tendance à ériger leur point de vue en norme épistémique universellement applicable. Il ne reposerait pas selon eux sur des valeurs particulières, mais correspondrait plutôt à l'objectivité même; il ne s'agirait en définitive même pas d'un point de vue particulier, mais plutôt d'un « point de vue de nulle part », pour reprendre l'expression de Nagel, à partir duquel il serait possible de constater que les points de vue des *autres* représentent des points de vue particuliers, déterminés par des ensembles de valeurs contingents.

Dès que ce coup de force épistémique a été reconnu comme tel, cependant, il devient possible selon Minow d'éviter le dilemme de la différence. Celui-ci présuppose que les membres du groupe dominant représentent un point fixe auquel les membres de groupes minoritaires auront soit à se conformer, soit à se marginaliser. Mais le point de vue dominant ne mérite aucunement d'exercer cette force de gravitation morale, politique et juridique.

8. *Ibid.*, p. 80.

Nous pouvons donc dès lors envisager des solutions pratiques aux problèmes que pose la différence *entre* groupes (par opposition à la différence *de* certains groupes) qui évitent le dilemme de l'assimilation et de la marginalisation. Elles exigeront que des accommodements et des compromis soient effectués aussi bien du côté du groupe dominant, majoritaire que du groupe minoritaire, puisque plus rien ne permet aux membres du premier d'attribuer un poids moral plus important à leurs intérêts.

Dans le cas des enfants souffrant de carences auditives, par exemple, la solution qu'envisage Minow (et qui aurait été adoptée par une école primaire à Santa Monica, en Californie) est que l'enseignement dans une classe composée d'étudiants de compétences auditives variables se fasse aussi bien dans la langue de la majorité que dans le langage des sourds-muets. Cette solution aurait l'avantage selon Minow de ne privilégier aucun ensemble d'intérêts particuliers, comme s'il s'agissait d'une norme à laquelle ceux qui diffèrent auraient à se conformer. Elle met plutôt l'accent sur la relation de différence entre deux groupes, et évite de ce fait le dilemme de la différence.⁹

L'on peut trouver admirable le compromis particulier envisagé par Minow dans ce cas particulier tout en doutant qu'il puisse être érigé en modèle juridique d'application générale. En effet, Minow semble vouloir accorder le même statut moral à toute revendication provenant de groupes qui diffèrent, d'une manière ou d'une autre, de la norme sociale en vigueur, quels que soient les mécanismes sociaux ayant donné lieu à leur statut minoritaire. La présence dans un contexte institutionnel ou autre d'un groupe minoritaire dont les intérêts ne peuvent pas être satisfaits par les mêmes mesures que ceux des membres du groupe dominant créerait d'emblée une présomption favorable aux éventuelles revendications des membres de ce groupe, et une obligation correspondante des membres du groupe majoritaire d'envisager des compromis analogues à ceux que prônent Minow dans le cas de l'école.

Mais il me semble que la catégorie générale de « différence » sur laquelle elle insiste, et la stratégie égalitariste qui s'ensuit, aplanissent une distinction qui me paraît tout à fait capitale pour toute éthique sociale acceptable. En effet, il y a une différence morale non-négligeable entre les deux types de situations suivants : d'une part, une situation dans laquelle un Etat, ou tout autre institution qui

9. *Ibid.*, p. 81-86.

a à distribuer de manière équitable des ressources limitées, cherche à maximiser par sa distribution la proportion d'intérêts légitimes satisfaits et crée, ce faisant, une majorité qui, en vertu de la conformité des intérêts de ses membres à une norme statistique, est relativement satisfaite de la distribution des ressources et une minorité qui, en vertu de l'écart entre les intérêts de ses membres et cette même norme, l'est relativement moins; et, d'autre part, une situation où une institution identifie d'entrée de jeu une minorité comme ne méritant pas que leurs intérêts soient pris en ligne de compte dans la formulation d'une politique, notamment parce que ses membres ne se conformeraient pas à une norme *morale* en vigueur parmi la majorité. Les revendications qui pourraient éventuellement être mises de l'avant par les groupes minoritaires dans ces deux cas n'auront de toute évidence pas le même poids moral : dans le premier cas, un membre de la minorité pourrait prétendre que la distribution en question donne lieu à des différences de traitement entre ses pairs et les membres de la majorité, mais il ne pourra pas dire, comme le pourra un membre du groupe minoritaire du deuxième cas, que ses intérêts n'auront pas été comptabilisés au même titre que ceux des autres membres de la société.

Cette distinction a été tracée pour les besoins de mon argument à très gros traits. Une discussion sérieuse des principes de justice distributive devra forcément apporter plus de nuances : par exemple, certains groupes sociaux pourront avec justification faire valoir que bien que leur position désavantagée ne résulte pas d'attitudes discriminatoires actuelles comme dans le deuxième cas type susmentionné, elle résulte néanmoins de forces sociales systémiques qui peuvent être retracées à des attitudes discriminatoires *historiques*. Les mesures de discrimination positive favorisant dans les institutions sociales des sociétés occidentales libérales modernes les femmes, les noirs d'Amérique, les autochtones, etc., cherchent à répondre à ce type de revendication légitime qui ne cadre pas parfaitement avec le schéma simple que je viens de tracer¹⁰. De manière générale, l'on peut affirmer qu'une bonne partie des débats politiques qui sévissent dans nos sociétés contemporaines ont trait à la manière la plus équitable de définir la ligne de partage entre ces deux types de cas, et donc, à distinguer entre les situations où l'État

10. Pour une excellente discussion critique du principe de redressement d'injustices historiques, voir Jeremy Waldron, « Superseding Historical Injustice », *Ethics* 103, 1992.

peut et doit procéder à la distribution de ressources politiques et matérielles en fonction d'un impératif de type conséquentialiste, et les situations où ce type de considération d'efficacité doit céder le pas devant des considérations relevant plutôt de *droits* individuels ou collectifs. Une théorie qui gomme systématiquement cette distinction n'apporte rien à notre capacité, en tant que société, à débattre cette question essentielle. De la même manière que nous devons rejeter une théorie qui nous empêche de rendre compte de la distinction centrale autour de laquelle tourne cette question en refusant de reconnaître autre chose que des simples considérations d'utilité et d'efficacité sociale, nous devons également rejeter une théorie de l'équité sociale qui gomme cette distinction à partir du point de vue opposé, c'est à dire qui ne reconnaît *que* des droits en accordant un poids moral *a priori* aux revendications de toute minorité, quels que soient les processus qui ont donné lieu à leur statut minoritaire.

Je voudrais maintenant me tourner vers un autre aspect de la critique adressée au libéralisme par les adeptes de l'égalité complexe, qui porte cette fois-ci non plus sur la notion d'équité distributive comme telle, mais sur la notion de droit individuel. Une partie de la critique qu'adresse Minow à cette notion centrale de la pensée libérale ressort directement de sa conception de l'égalité : dans la mesure où la notion de droit est axée sur l'individu plutôt que sur les relations entre individus, elle ne pourra répondre de manière adéquate aux revendications de membres de groupes marginalisés, puisqu'elle ne fera que reproduire la logique du dilemme de la différence. Elle estime que ceux et celles qui ont milité aux Etats-Unis en faveur des intérêts de membres de groupes défavorisés en adoptant la stratégie de la revendication de droits ont été amenés à prétendre que ceux qu'ils représentaient bénéficieraient de « droits spéciaux », aux contenus différents de ceux des membres de la majorité. Ce faisant, ils se seraient placés, selon Minow, dans une position défensive contre-productive en se réclamant d'un vocabulaire juridique issu d'une manière de penser aux problèmes sociaux mettant l'accent sur les *similarités* entre individus, mais afin de faire valoir l'importance que devraient avoir dans la formulation des politiques sociales les *différences* entre individus¹¹.

Mais la critique de la notion de droit individuel nous renvoie, dans les écrits de Minow et d'un nombre d'autres penseurs qui

11. Minow, *Making all the Difference*, *op. cit.*, p. 107-110.

veulent mettre l'accent sur l'importance pour la philosophie politique et juridique de la catégorie de la différence¹², à une critique beaucoup plus fondamentale de la philosophie libérale. Pour ces penseurs, la conception des droits individuels que véhicule la pensée libérale, ainsi que la place centrale qu'elle leur accorde, n'est que la partie la plus visible d'une structure théorique qui comprend également une conception de l'agent humain, de la société et de la raison pratique, qu'il conviendrait de remettre en question.

Selon Minow, Young, et d'autres, une philosophie politique construite autour de la notion de droit individuel présuppose l'idéal de l'agent autonome, sans attaches constitutives à ses semblables. Celui-ci brandirait son arsenal de droits comme des armes, afin de s'opposer de manière agressive à toute autre personne ou institution qu'il trouverait sur son chemin. Il n'aurait ni besoins ni obligations, et serait totalement dépourvu de tout côté affectif. Dans la mesure où c'est cette figure prométhéenne qui habite l'univers conceptuel du libéralisme, il n'est pas étonnant, soutiennent ses critiques, que ses normes soient complètement inappropriées aux besoins des nombreuses personnes qui ne correspondent pas à ce portrait-robot. « Rights help those who can analogize themselves to independent persons but provide little assistance to those who remain dependent and to those who can achieve independence only through the aid of others¹³. » La conception de la communauté qui en émerge est par ailleurs tout aussi suspecte : en effet, un agent conçu sur ce modèle ne saurait avoir avec les autres que des rapports instrumentaux : s'il entre en relation avec les autres, c'est simplement parce qu'il peut de cette manière mieux servir son intérêt souverain. La communauté qu'il habite ne peut donc avoir qu'une base contractuelle. Encore une fois, une multitude de personnes qui conçoivent autrement leurs liens avec leurs semblables, en mettant l'accent par exemple sur leurs rapports affectifs ou sur les obligations qui les unissent aux autres en vertu des rôles sociaux qu'elles occupent, se trouveront aliénées par la structure théorique qui correspondra à cette conception de la communauté. Selon Iris Young, « [the] ethic of rights corresponds poorly to the social relations typical of family and personal life, whose moral orientation

12. Un autre exemple important, et qui recoupe les analyses de Minow sur de nombreux points, est celui de Iris Marion Young, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, Princeton University Press, 1990.

13. Minow, *Making all the Difference*, *op. cit.*, p. 216.

requires not detachment from but engagement in and sympathy with the particular parties in a situation¹⁴. » Et finalement, les exigences d'abstraction et d'universalisation que la philosophie libérale aurait imposé à la raison pratique, du moins en ce qui a trait aux questions de justice sociale, aurait comme réelle fonction de niveler toutes les différences entre individus pour essayer de réduire leurs intérêts et besoins particuliers à un même dénominateur commun qui se trouve à être la figure du sujet autonome, isolé et souverain¹⁵.

Par opposition à certains critiques du libéralisme juridique plus radicaux qui se situent dans le courant des « Critical Legal Studies », Minow ne cherche cependant pas à rejeter le langage des droits, mais plutôt à l'intégrer à une vision plus plausible de l'individu et de sa nature sociale. Plutôt que de concevoir un droit individuel comme une sorte de possession individuelle, un atout que l'individu pourrait faire valoir contre la communauté qui l'entoure afin d'affirmer son indépendance, elle nous invite à concevoir les droits individuels comme des propriétés de relations entre individus. Elle revendique une approche « interprétative » aux droits individuels : plutôt que d'être basés sur une conception atomique et asociale de l'individu, il faudrait y voir une ressource nous permettant d'interpréter les rapports sociaux. Son approche « grounds rights in the process of communication and meaning-making, rather than in abstract or enduring foundations »¹⁶.

En évaluant un régime particulier de droits individuels, il ne faudrait donc jamais selon elle perdre de vue la fonction sociale que ceux-ci sont appelés à jouer. La revendication d'un droit ne doit pas être perçue comme mettant un terme à un débat ou à un conflit social, comme le modèle du droit comme atout porterait à le croire. Il ne serait jamais superflu, devant une telle revendication de droit individuel, de se demander si elle donne lieu à des relations moralement désirables, ou si au contraire elle inhibe la capacité de certains à satisfaire leurs besoins et leurs intérêts légitimes.

C'est Martha Minow qui a développé dans le plus de détail cette nouvelle conception « relationnelle » des droits individuels. Dans un essai intitulé « Interpreting Rights », dont l'essentiel est repris dans le chapitre 9 de son livre, elle nous invite à concevoir la notion de droit

14. Young, *op. cit.*, p. 96.

15. Sur ce point, voir Young, *op. cit.*, chapitre 4

16. Minow, « Interpreting Rights », *op. cit.*, p. 1862.

individuel comme une ressource conceptuelle nous permettant d'interpréter les rapports conflictuels qui caractérisent parfois nos sociétés. Minow répond aux objections républicaines, mises de l'avant dans le domaine de la philosophie du droit anglo-saxonne contemporaine par des juristes comme Mary Ann Glendon¹⁷, selon lesquelles le langage des droits nous incite à représenter nos liens sociaux comme intrinsèquement conflictuels, en affirmant qu'il est préférable de penser à la revendication d'un droit comme signalant la volonté de l'individu ou du groupe en question de continuer le dialogue et le débat avec les autres membres de la société, plutôt que de tourner le dos au dialogue et donc, à la communauté, en optant pour le retrait, ou, pire encore, pour la violence. Loin de déchirer la fibre sociale, la revendication de droits la renforce selon Minow en donnant aux différents groupes et individus les moyens de gérer le conflit social sans que celui ne dégénère en dialogue de sourds ou en guerre civile¹⁸.

Contre la tendance rationaliste et objectiviste du libéralisme, cette manière de concevoir les droits nous permet selon Minow d'en apprécier la réalité tout en nous refusant à toute exigence de fondation objective. Plutôt que de tenter de définir les droits individuels en abstraction de toute expérience concrète de la société où ces droits s'appliqueront, nous pouvons laisser à l'histoire vécue de telle ou telle société le soin de spécifier les droits qu'elle reconnaîtra, à mesure qu'émergent des nouvelles tensions et des nouveaux conflits, que nous ne saurions de toutes façons prévoir dans une perspective détachée et soi-disant objective. Une vision substantielle des droits serait donc possible sans qu'un recours soit nécessaire à une quelconque entreprise de fondement rationnel asocial et ahistorique.

La fonction première de la notion de droit individuel, revue et corrigée par Minow, est donc avant tout communicative, voir même rhétorique. « By invoking rights, an individual or group claims the attention of the larger community and its authorities... The equality registered by rights claims is an equality of attention »¹⁹. En revendiquant des droits, nous affirmons notre volonté de résoudre nos conflits de manière pacifique et raisonnée avec nos prochains, et, dans la mesure où nous nous sentons défavorisés d'une manière ou

17. Voir Mary-Ann Glendon, *Rights Talk*, New York, The Free Press, 1993.

18. Minow, « Interpreting Rights », *op. cit.*, p. 1870-76.

19. *Ibid.*, p. 1874, 1879.

d'une autre par un aspect du régime dans lequel nous nous trouvons, nous attirons l'attention de nos semblables sur nos griefs. La revendication d'un droit ne représenterait donc pas la conclusion d'un argument moral, énonçant le résultat d'un processus de réflexion auquel un agent individuel isolé aurait pu se livrer, mais plutôt l'amorce d'un débat de nature publique. « Legal rights... should be understood as the language of a continuing process rather than the fixed rules. Rights discourse reaches temporary resting points from which new claims can be made »²⁰. Les droits individuels deviennent en quelque sorte pour Minow (et Young la rejoindrait probablement sur ce point²¹) la *lingua franca* d'une éthique sociale de la discussion.

Il y a quelque chose d'attrayant dans cette vision « dialogique » du langage des droits. Elle n'est par ailleurs pas sans échos dans l'histoire du développement de la doctrine des droits. En réponse à la critique de la doctrine des droits chez des penseurs comme Locke que formula Charles Taylor dans *Sources of the Self*, Richard Tuck a par exemple montré dans un récent article que la fonction première que les premiers théoriciens des droits naturels, notamment Grotius, assignèrent aux droits fut celle de permettre à différentes communautés religieuses et culturelles de façonner entre elles un *modus vivendi* leur permettant de préserver et de faire respecter leurs autres valeurs religieuses ou culturelles particulières²². Mais elle donne tout de même lieu à des problèmes de taille : le problème principal que soulève cette vision relationnelle et dialogique du droit est que, puisqu'aucune contrainte rationnelle ne peut être imposée d'entrée de jeu sur ce qui pourra compter comme une légitime revendication de droit individuel ou collectif, de telles revendications sont réduites à l'insignifiance. Dans la mesure où aucune règle sémantique ne semble contraindre l'énonciation de revendications de droits, et où, par conséquent, nous ne saurions distinguer entre emplois justes et abusifs du terme, les revendications de droit ne peuvent en définitive être différenciées que par leurs conséquences. L'analyse que fait Minow des énoncés de droits ressemble étrangement à l'analyse que firent des émotivistes comme

20. *Ibid.*, p. 1867.

21. Young, *Justice and the Politics of Difference*, *op. cit.*, p. 111-112.

22. Richard Tuck, « Rights and Pluralism » dans J. Tully and D. Weinstock (eds.), *Philosophy in an Age of Pluralism : Perspectives on the Philosophy of Charles Taylor*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994.

Stevenson et Ayer des énoncés moraux. Aucune contrainte n'est imposée quant aux actions, évènements, agents auxquels il convient d'appliquer les prédicats « bien » et « mal », « juste » et « injuste ». Ce n'est pas le sens d'un énoncé qui rend conceptuellement obligatoire l'emploi de tel ou tel terme d'évaluation morale; les énoncés moraux expriment plutôt les attitudes subjectives, émotives d'agents. Leur fonction première serait prescriptive, c'est-à-dire qu'ils chercheraient à amener un interlocuteur à partager l'attitude subjective qu'elles expriment. Ils seraient donc dépourvus de tout sens qui ne se réduiraient pas à leurs simples effets causaux.

De manière analogue, Minow n'impose aucune condition à la légitimité *prima facie* d'une revendication de droit. La perception subjective qu'un membre d'un groupe minoritaire aurait de l'injustice de sa situation suffirait selon l'analyse de Minow pour la parer de toute la légitimité morale dont elle est susceptible. Sa fonction principale devient alors, non pas de mettre de l'avant une position morale dont il serait possible d'évaluer le bien-fondé, mais plutôt d'exercer une force causale sur les attitudes d'un auditoire, afin d'amener les gens à modifier leur point de vue sur une question sociale litigieuse.

Je pense que cette manière quasi-émotiviste de rendre compte du discours des droits viole la compréhension commune que nous avons de l'emploi de cette notion. La « phénoménologie » (pour reprendre une expression à la mode) du discours des droits reconnaît comme composante centrale des revendications de droits un appel à la *justification*. Lorsque nous faisons valoir nos droits à autrui, nous ne cherchons pas simplement à l'amener à partager notre position dans un débat; nous voulons le faire en le convainquant du bien-fondé des arguments qui fondent notre revendication. Pour y parvenir, nous devons pouvoir faire appel à ce que j'appellerais une perspective commune de jugement, qui présuppose qu'il y ait un accord minimal sur le type de considérations qu'il convient d'invoquer dans le débat. Il faut donc que nous puissions tabler sur une définition minimale de la notion de droit qui soit suffisamment substantielle pour que la discussion ne devienne pas un dialogue de sourds, mais également suffisamment neutre pour ne pas exclure d'entrée de jeu de revendications sociales légitimes.

Il y a une tension assez évidente entre les deux ensembles d'arguments que j'ai tenté de faire ressortir des arguments de Minow. En effet, sa vision relationnelle et dialogique des droits individuels nous porte à croire que rien n'est jamais acquis par une simple revendication de droit, que celle-ci provienne d'un membre

d'un groupe social majoritaire ou minoritaire. Il ne s'agirait en effet que d'une sorte de mise qui nous permettrait de commencer à « jouer » au jeu de la délibération sociale, dont l'issue serait par ailleurs toujours ouverte. Mais sa conception de l'égalité complexe dont j'ai fait état tout à l'heure implique plutôt que les revendications émanant de groupes minoritaires, quels qu'ils soient, jouissent toujours d'une sorte de présomption morale favorable, alors que la perspective majoritaire doit toujours être soupçonnée d'intentions tacitement hégémoniques et iniques. Ces deux positions, dont nous avons déjà signalé les faiblesses, sont par ailleurs contradictoires.

Minow part d'une dichotomie qu'il conviendrait peut-être de remettre en question. Soit nous pensons aux droits individuels comme faisant partie intégrante d'un édifice théorique bâti autour de la notion de l'agent moral autonome et autarcique, d'une vision purement contractuelle de la communauté, et d'une conception abstraite et universalisante de la raison pratique; soit, nous adoptons une conception « relationnelle » des droits qui fait l'économie de toute prétention de justification rationnelle (celle-ci étant perçue comme faisant partie de l'univers conceptuel ennemi), le contenu des droits que l'on reconnaîtra dans une société donnée étant dicté par l'histoire des conflits et des débats qui s'y seront déroulés. D'une part, donc, une conception prométhéenne des droits définis en abstraction de toute considération d'ordre social ainsi que de la nature sociale et affective de l'agent; et d'autre part, une sorte de relativisme mou où toute revendication bénéficie d'emblée d'une sorte de statut moral *prima facie*, sans qu'il soit possible de déceler de manière rationnelle la façon de gérer les conflits qui, forcément étant donné la quantité de droits qu'une telle approche est susceptible de générer, ne pourront que se faire sentir.

Une telle dichotomie n'est cependant recevable que si l'on assume que la seule justification rationaliste possible de la notion de droit individuel en est une qui se représente la personne humaine comme asociale et autarcique. La conception libérale du droit à laquelle s'opposent les adeptes d'une philosophie politique de la « différence » est en effet une sorte de caricature d'une vision lockéenne des droits, dont on retrouve une version dans les écrits de libertariens contemporains comme Robert Nozick. Cette conception du droit part de l'axiome lockéen de la possession de soi, axiome qui est à la base des arguments lockéens et néo-lockéens visant à établir le caractère fondamental et paradigmatique du droit

à la propriété privée²³. Et effectivement, il est difficile de voir comment une conception des droits qui partirait d'un axiome d'autarcie individuelle, et qui verrait la propriété privée comme l'objet premier de la protection des droits, pourrait donner lieu à une théorie générale susceptible de rendre compte de la nature sociale de l'agent. Il est sans doute exact de prétendre que des fondements de ce type ne peuvent donner lieu qu'à une théorie correspondant à peu près à la vision qu'ont les défenseurs de l'égalité complexe et des droits relationnels de la théorie libérale des droits.

L'axiome lockéen de la possession de soi (*self-ownership*), si important pour la théorie libertarienne contemporaine, a été depuis quelques années au centre de nombreux débats²⁴. L'exposition du détail de ce débat déborderait de loin le cadre limité du présent exposé. Je voudrais simplement noter que bien qu'on le retrouve à la base des théories par ailleurs fort différentes de libertariens comme Robert Nozick (« je me possède moi-même, je possède donc les fruits de mon travail, et personne n'a le droit de me les ôter, même s'il s'agit de l'Etat qui compterait s'en servir pour venir en aide aux moins bien lotis de la société ») et de néo-marxistes comme Jerry Cohen (« je me possède moi-même, je possède donc le fruit de mon travail, et le capitaliste n'a pas le droit de me le soutirer pour son propre profit »), la théorie libérale, elle, la rejette systématiquement. Pour ne citer que l'exemple le plus connu de ce rejet, rappelons que John Rawls nie aux partenaires dans la position originelle tout accès épistémique à leurs talents et à leurs handicaps particuliers, justement parce que l'impartialité libérale exige que nul ne puisse dans la détermination des principes de justice distributive bénéficier de ses traits « moralement arbitraires », c'est-à-dire ne relevant pas de ses propres activités, mais plutôt de l'effet des divers contextes sociaux dans lesquels il a évolué et qui ont donné naissance à ses traits distinctifs²⁵. Cela équivaut à un rejet sans

-
23. Voir John Locke, *Two Treatises of Government* (ed. Peter Laslett), Cambridge, Cambridge University Press, 1960, p. 328-329. Pour l'usage qu'en fait Nozick, voir Robert Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, New York, Basic Books, 1974, p. 174-178.
 24. Voir en particulier les articles de G.A. Cohen, « Self-Ownership, World Ownership, and Equality », dans F. Lucash (ed.), *Justice and Equality Here and Now*, Ithaca, Cornell University Press, 1986 et « Self-Ownership, World Ownership, and Equality : Part II », dans *Social Philosophy and Policy* 3, 1986.
 25. John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971.

équivoque de l'axiome lockéen de la possession de soi. Des arguments similaires pourraient être tirés des écrits des autres principaux philosophes libéraux contemporains. Je voulais simplement faire remarquer que la justification *libérale* des droits individuels ne se fait pas sur la base du type de postulat qui semble particulièrement apte à générer le type de théorie des droits qui se trouve notamment visé par les arguments de penseurs comme Minow.

Je voudrais pour terminer cet exposé effectuer un très bref survol d'arguments qui ont été développés par des philosophes libéraux contemporains afin de fonder une théorie des droits. Mon intention est simplement de montrer qu'il est tout à fait possible d'imaginer une doctrine libérale des droits qui réponde aux principaux *desiderata* invoqués par Minow (caractère relationnel, prise en compte de la nature sociale de l'agent, une certaine relativité historique des contenus des droits) tout en évitant le principal problème que j'ai relevé tout à l'heure, c'est-à-dire, son caractère exclusivement prescriptif.

Le penseur qui a sans doute le plus contribué au renouveau de la théorie des droits dans la tradition libérale est Ronald Dworkin. Dans un recueil d'articles devenu célèbre intitulé *Taking rights seriously*, Dworkin développe une théorie des droits qui s'inscrit en faux par rapport à l'image que donne Minow des théories libérales. L'argument de Dworkin, réduit à l'essentiel est le suivant²⁶ : le droit le plus fondamental que toute éthique sociale satisfaisante doit reconnaître est le droit dont dispose tout citoyen à être traité par l'Etat avec le même égard et avec la même considération que tout autre citoyen. Cela ne veut pas dire que chaque individu a droit à des parts scrupuleusement égales dans toute décision distributive à laquelle doit se livrer un gouvernement, mais simplement que dans un tel processus décisionnel, ses intérêts et besoins devront avoir le même poids que ceux de ses concitoyens. Ce qui nous empêche selon Dworkin de conclure qu'une éthique utilitariste, qui ne ferait que comptabiliser les préférences de tous pour en arriver à une distribution maximisant le bien-être collectif, découle naturellement de ce postulat de base : les individus n'ont pas uniquement des préférences « internes », c'est-à-dire n'ayant trait qu'à leur propre bien-être; ils ont également des préférences « externes », c'est-à-dire des préférences quant à la place que les préférences de leurs

26. Ce qui suit reprend Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 2nd edition, Cambridge, Cambridge University Press, 1978, p. 272-278.

concitoyens devraient occuper dans la distribution de ressources et d'opportunités. Si un nombre suffisamment important de citoyens estime que les membres d'une minorité (ethnique, raciale, linguistique, sexuelle ou autre) ne devraient pas, en vertu de leur identité de groupe, bénéficier du même égard que les membres de la majorité, le calcul utilitariste reflètera simplement la prépondérance de ces préférences « externes », et niera aux membres de la minorité une place égale dans la distribution de ressources et d'opportunités. Mais cela revient à dire que l'utilitarisme élevé au statut de théorie de l'éthique sociale ne respectera pas nécessairement le postulat égalitariste que doit respecter, par hypothèse, toute éthique sociale acceptable.

La seule manière de remédier à cette lacune est selon Dworkin d'assigner aux individus des droits spécifiques de manière que leur race, leur appartenance culturelle, leurs préférences sexuelles, etc., ne soient pas invoqués pour justifier qu'ils soient traités différemment de leurs concitoyens.

Je veux simplement faire ressortir deux aspects de cette dérivation des droits individuels fondamentaux que propose Dworkin. Premièrement, elle nous permet de donner raison aux revendications formulées par des membres de minorités victimes de discrimination, tout en nous permettant de traiter différemment les revendications issues de groupes dont le statut minoritaire résulte de mécanismes sociaux ne présentant pas les mêmes problèmes moraux, chose que la catégorie passe-partout de « différence » autour de laquelle était bâtie la théorie de Minow ne nous avait pas permis de faire. Deuxièmement, elle introduit une certaine sensibilité sociale et historique à la spécification précise des droits que l'on reconnaîtra dans une société donnée, dans la mesure où cette spécification sera au moins en partie fonction de la nature précise des conflits *causés par les préjugés des membres de la majorité* qui sévissent dans cette société²⁷.

Dworkin ne prétend dériver de cet argument qu'un nombre limité de droits fondamentaux. Ces droits ont par ailleurs un caractère essentiellement *négatif*, en ce qu'ils donnent aux citoyens d'une république libérale des armes *contre* les abus éventuels auxquels pourraient vouloir se livrer les membres d'une majorité. Mais une doctrine libérale des droits devra faire davantage : elle devra

27. Un tel relativisme partiel est suggéré dans Dworkin, *Taking Rights Seriously*, p. 364-365.

également nous donner les moyens de définir un certain nombre de droits *positifs*, c'est-à-dire des droits à certaines opportunités et ressources.

Des philosophes libéraux comme Joseph Raz et Amartya Sen ont cherché à combler cette lacune en tentant de rendre plus explicite la fonction que remplissent les droits individuels pour le bien-être et l'épanouissement de l'agent²⁸. Si nous insistons sur l'importance des droits, c'est en grande partie parce que nous avons en tant qu'êtres humains des intérêts fondamentaux que nous cherchons à satisfaire, et que l'une des raisons d'être de l'État est de nous fournir les conditions essentielles afin que nous puissions les satisfaire. Les droits seraient des outils politiques et juridiques nous permettant de promouvoir de tels intérêts. Mais ils reconnaissent que le bien-être humain est complexe et pluriel : complexe en ce que les capacités que doit développer un agent afin de pouvoir prétendre à un épanouissement humain minimalement acceptable sont multiples, et impliquent des conditions aussi bien individuelles que sociales, matérielles que psychologiques; pluriel en ce que les formes que peuvent prendre le bien-être humain sont multiples, et varieront en partie en fonction de la situation historique et culturelle de l'agent.

Une théorie des droits individuels fondée sur une conception du bien-être humain (plutôt que, comme c'était le cas pour la dérivation lockéenne, sur l'idée de possession de soi) répondra à un nombre des *desiderata* mis de l'avant par Minow : elle reconnaîtrait la variabilité historique des conceptions du bien-être, ainsi que l'importance qu'a l'enracinement social de l'agent autant comme *composante* de sa conception du bien-être que comme *condition* nécessaire de sa capacité de formuler une telle conception. Un droit ne serait plus une arme agressive brandie par un agent autonome et autarcique, mais plutôt une ressource mise à la disposition d'un individu en chair et en os, historiquement et socialement situé, pour lui permettre d'atteindre un bien-être acceptable.

En même temps, la relation qu'entretiendrait la notion de droit à la notion de bien-être nous permettrait d'inclure une théorie de l'erreur à une théorie des droits. La notion de bien-être nous fournirait une base à partir de laquelle différentes revendications de

28. Ce qui suit évoque de manière malheureusement fort sommaire et générale des thèmes que l'on retrouve dans Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1986, chapitre 7; et Amartya Sen, « Rights and Agency », *Philosophy and Public Affairs* 11, 1981.

droit pourraient être évaluées rationnellement. La variabilité historique et culturelle de cette notion rendrait bien sûr impossible que cette évaluation se fasse à l'aide d'un algorithme appliqué de manière mécanique. Mais il est permis de penser que toute conception du bien-être humain devra tout de même satisfaire à certaines contraintes générales. Une théorie pluraliste du bien-être et de l'épanouissement humains nous donnerait donc un moyen d'éviter le relativisme dans lequel échoue ultimement l'entreprise de Minow tout en rendant compte des plus importantes objections qu'elle adresse à l'abstraction et à l'universalisme qu'elle identifie à tort à la tradition libérale.

Département de philosophie
Université de Montréal



Sur les déconstructions féministes de la démocratie libérale

Lukas K. Sosoe

La démocratie c'est l'exclusion des femmes et son corrélat fondamental, le contrat social, est un contrat sexuel, non pas un contrat entre les deux sexes, mais entre des personnes du même sexe : les hommes. L'idée du contrat coïncide avec la fondation, si l'on ose dire, d'une confrérie et lui est identique. Et si le contrat social nous permet de voir le monde social comme étant la résultante de notre volonté, les théories politiques féministes soutiennent que la sphère publique démocratique est, non seulement dans son fonctionnement, mais dans ses fondements même, partielle. Derrière la naissance du projet démocratique se profile le silence des femmes qui en détermine la possibilité, pour reprendre une expression de Annemarie Pieper¹, et leur exclusion de la sphère publique démocratique. Qui plus est, dans sa volonté d'universalité, la démocratie a oublié une chose : la différence et la spécificité des sexes dans la détermination de ses valeurs et de son concept de sujet.

Grave remise en question des valeurs et des prétentions universalistes de la démocratie. Ces prétentions apparaissent dès lors aux yeux des féministes comme une sorte de fausse conscience que la pensée démocratique aurait d'elle-même. Pourtant, loin d'être des boutades, ces propos résument ce que les théories politiques et juridiques féministes ont en commun. Notons qu'il ne s'agit pas encore des tendances les plus radicales, mais surtout de celles qui, parce qu'elles sont modérées, cherchent et croient encore au dialogue avec les théoriciens qui s'arment du courage de défendre encore aujourd'hui les valeurs de la modernité, les valeurs démocratiques.

1. Annemarie Pieper, *Aufstand des stillgelegten Geschlechtes*, Bâle/Munich, Pieper Verlag, 1993.

Raison suffisante pour reconstruire un certain nombre de thèses féministes et montrer en quoi elles sont d'abord porteuses d'une critique de la démocratie que la philosophie moderne du droit, si elle veut se déployer sans dogmatisme, doit nécessairement prendre en considération. Cette prise en considération s'impose à deux plans : 1) les théories féministes, toutes tendances confondues, représentent un potentiel critique de la philosophie en général; celle-ci ne peut continuer à les ignorer, 2) les théories féministes constituent, en éthique et en philosophie politique et juridique anglo-américaine et même allemande, une des plus importantes critiques radicales de la pensée démocratique. On voit mal comment une philosophie du droit peut vouloir s'interroger sur la démocratie, sur l'héritage des Modernes, sans se positionner par rapport à une telle critique. D'un autre côté, les théories politiques féministes adoptent pour la plupart, une perspective démocratique et font valoir leur revendication au nom des valeurs démocratiques; il semble ici également qu'aucune interrogation sur le sujet de droit et l'espace public démocratique ne peut sérieusement se faire comme telle sans entrer en dialogue avec les théories qui semblent remettre en question l'universalité dont se réclame cet espace. Toutefois, tenter de dialoguer avec les différentes théories féministes, critiques de la démocratie, c'est réaffirmer non seulement la compétence critique de la philosophie du droit elle-même et partant de ce qui reste de la philosophie tout court, mais encore souligner le potentiel émancipatoire que recèle le régime démocratique, malgré ses limites. Cette émancipation est l'objectif que poursuivent les théories féministes elles-mêmes.

Mais tout d'abord qu'entendre par pensée féministe ou déconstruction féministe ? En quoi cette pensée engage-t-elle une réévaluation des fondements de la démocratie par le biais de la pensée du sujet et de l'espace public démocratique ?

Remarquons-le d'emblée : qui dit féminisme ne désigne pas une tendance homogène. Même dans le domaine de la philosophie politique et juridique, les tendances féministes sont multiples et divergent les unes des autres. Seuls quelques concepts les regroupent : la critique du régime démocratique, la critique de la production du savoir et quelquefois de la psychanalyse avec laquelle, elles entretiennent un rapport pour le moins assez peu clair.

Dans ce qui suit, je présenterai, en une première étape, les tendances les plus représentatives de la pensée féministe. Ne seront retenues que celles qui sont critiques de la démocratie et intéressent directement la philosophie politique et juridique contemporaine et

qui font signe vers le marxisme, la pensée communautarienne avec la critique du sujet abstrait et la neutralité axiologique de l'espace public démocratique pour ne pas dire son universalité. La discussion de ces théories constituera la seconde étape de ma démarche. Seront analysées dans une dernière partie les tensions endémiques aux différentes théories féministes, tensions dont la résolution remettrait gravement en question le ou les projets politiques et juridiques que tente d'articuler le féminisme. Trois étapes qui, du moins nous le supposons, soulignerons en quoi les diverses tentatives de dépassement de l'horizon démocratique entreprises par les différentes pensées féministes, tout en se faisant au nom des valeurs démocratiques, se heurtent aux difficultés suivantes qui se cristallisent toutes autour de la question du sujet et de l'espace public : 1) La reconstruction du sujet revendiquée par les féministes comporte le risque d'encombrement, par des identités particulières, de l'espace public démocratique; que celles-ci soient fondées sur l'appartenance sexuelle, religieuse ou ethnique, ce qui est en jeu, c'est la disparition de la neutralité axiologique de l'espace public au profit de la prise en compte des différences dont il est sensé faire abstraction pour la définition de droits égaux et de libertés égales pour tous. (Iris Young; Seyla Benhabib) 2) Les revendications féministes se trouvent devant deux difficultés majeures : a) chaque identité concrète étant particulière, dans la mesure où elle renvoie aux données biographiques de chacun, on voit mal au nom de quoi les revendications féministes peuvent désormais se faire sans succomber à une critique éventuelle d'impérialisme; b) le sujet de droit, une fois rejeté à cause de son caractère abstrait, nous nous trouvons en face d'identités individuelles particulières faites de données biographiques. La pensée féministe devra-t-elle alors développer une théorie des identités historiques, fondée sur des déterminations particulières ? Que restera-t-il d'un féminisme qui reposerait sur une multiplicité de conceptions de la subjectivité fondée sur des données biographiques particulières et même sur l'adhésion à des communautés concrètes, conceptions où ce n'est plus uniquement le fait d'être femme, mais d'appartenir à tel ou tel groupe, telle ou telle communauté, d'avoir telle ou telle histoire individuelle qui importe ? Que faire alors d'une des thèses fondamentales, caractéristiques de la quasi totalité des théories féministes, d'après laquelle il n'y a pas d'essence féminine, c'est-à-dire qu'on ne naît pas femme; on le devient.

I. Les tendances féministes

Même si l'on s'en tient uniquement à la philosophie anglo-américaine, les tendances féministes sont nombreuses. Aussi allons-

nous nous inspirer de deux typologies, l'une faite en 1983 par Allison Jaggar et l'autre en 1988 par Rosemary Tong². Malgré leur diversité et au-delà de leur divergence, ces deux typologies du féminisme distinguent au moins quatre grandes tendances qui sont, comme on le verra, de très inégale importance philosophique en général et en particulier pour notre propos :

- 1) premièrement, le féminisme libéral se veut un engagement pour les femmes au nom même des principes de la démocratie libérale. Il s'agit pour les défenseurs de la tendance libérale de revendiquer l'extension, aux femmes, des principes d'égalité et de liberté, bref des droits démocratiquement reconnus, mais qui, sous l'effet des déterminations historiques, culturelles et même philosophiques, excluaient les femmes, comme le montre d'ailleurs un bon nombre de travaux, notamment ceux de Geneviève Fraisse et d'autres en France³. Faisaient partie de ces revendications, le droit de vote, le droit d'accéder à la propriété et à des formations qui, jusqu'alors, étaient dans les faits réservées aux hommes. Dans ce sens, le féminisme libéral reconnaît la démocratie libérale et en accepte les valeurs. Ses revendications peuvent se comprendre, à première vue, comme étant une exigence de cohérence du régime démocratique lui-même. En plus de Mary Wollstonecraft, Harriett Taylor et John Stuart Mill en étaient les figures représentatives. Si tel est le cas, on peut se demander ce que la présente tendance a de typiquement féministe ou de critique de la démocratie, puisque les revendications peuvent, théoriquement, s'étendre à toutes les personnes et les groupes que la démocratie libérale tend, dans son fonctionnement, à exclure ?
- 2) Les féministes de tendance marxiste constituent numériquement le second groupe dans la typologie de Jaggar. Comme on peut déjà le deviner, la particularité de ce groupe vient de ce qu'elle amalgame toutes les formes de domination et en rend responsable la division de la société en classes. Tout comme l'oppression du prolétariat,

2. Il s'agit de deux typologies bien connues et assez répandues que reproduit également Christina Sommers dans un article intitulé : « The Feminist Revelation » dans Ellen Frankel Paul, Fred D. Miller Jr., et Jeffrey Paul (ed.), *Ethics, Politics, and Human Nature*, New York, Blackwell, 1991.

3. Geneviève Fraisse, *Muse de la raison. La démocratie exclusive et la différence des sexes*, Aix-en-Provence, Alinéa, 1989 et plus récemment, *La Raison des femmes*, Paris, Plon collection « Essais », 1992.

l'objectif de cette tendance est d'organiser et de continuer la lutte des classes. La société sans classe mettra fin à l'oppression des femmes.

Cette position a été, pendant longtemps, dominante. Il convient toutefois de souligner que, pour des raisons évidemment liées à la faillite du marxisme et à la nature même des revendications féministes, elle est devenue tout à fait minoritaire, même si certains de ses principaux représentants sont considérés, à l'instar de MacKinnon, comme des figures importantes de la philosophie politique. Tout au plus est-elle devenue une philosophie politique et juridique sous les feux nourris de la critique d'autres tendances féministes qui y trouvent une récupération en même temps qu'une dilution de la cause particulière des femmes dans un universalisme révolutionnaire hypothétique.

- 3) Le troisième type de féminisme est le « radical feminism », le féminisme radical dont les ténors développent des pensées dont il est quasiment impossible de discuter. Issu des mouvements de libération des années soixante, le féminisme radical part de la thèse que les femmes constituent le groupe le plus opprimé de l'histoire de l'humanité. Et comme tout être qui se sent en danger développe des réflexes extrêmes, et même des réflexes de légitime défense, on ne s'étonnera pas de la violence des propos de ce troisième groupe de féministes. Les femmes où qu'elles soient sont opprimées par les hommes. La reconnaissance de ce fait confère [à ce type de féminisme] le point de départ de sa philosophie⁴. D'où l'agressivité du féminisme radical dont il n'est pas superflu d'apprécier certaines des thèses principales. Elles coupent le souffle et rendent impossible toute discussion. Selon Mary Daly et Andrea Dworkin les hommes sont par nature des « bellicistes et des violeurs qui sèment la mort. » Andrea Dworkin précise : « Les hommes aiment la mort. Dans tout ce qu'ils font ils créent une place centrale à la mort [...] dans la culture masculine le meurtre sourd dans le cœur d'Éros, la mort rapide est le cœur de l'action et le meurtre systématique est le cœur de l'histoire⁵. » Des propos aussi

4. Christina Sommers, « The Feminist Revelation », *op. cit.*, p. 143.

5. Andrea Dworkin, « Why So-called Radical Men Love and Need Pornography », Laura Lederer (ed.), *Take Back the Night : Women on Pornography*, New York, W. Morrow, 1980, p. 139, cité par Christina Sommers, *Ibid.*

violents que celui-ci sont pléthores dans le féminisme radical. Ils ne se limitent pas non plus seulement à la littérature féministe américaine, mais se retrouvent également dans la littérature allemande. Toutefois, il serait injuste de s'arrêter uniquement à la présentation de cet aspect qui, à vouloir trop le souligner, banaliserait et discréditerait les thèses les plus importantes du féminisme. De plus, le féminisme radical partage avec d'autres formes de féminisme la volonté de faire valoir ce qui est profondément féminin. Affirmation de féminité donc qui contraste tout comme chez les libéraux, avec celle de l'indétermination de la nature humaine selon laquelle on ne naît pas femme, on le devient. Savoir ce qu'est cette nature profondément féministe ne pose aucun problème, car il s'agit tout juste de nier les attributs dits masculins. Aussi affirme-t-on que la femme est essentiellement un être qui dit oui à la vie, « *Life-affirming* » ; qualité qui s'oppose au « *Death-affirming* », le propre de l'homme. Elle est toute sollicitude, nourrit et éduque. Le féminisme radical, comme d'autres tendances, veut rendre visible et exprimer l'expérience des femmes à travers le développement d'une nouvelle épistémologie (?) spécifiquement féminine qui mette en exergue les aspects qui, dans l'épistémologie classique masculine, ont contribué à dénigrer la façon typiquement féministe de connaître⁶. Nouvelle épistémologie, dont les principes sont très diversement formulés, mais qui se résume globalement en l'adoption d'un point de vue féministe sur le monde. Une théorie spécifiquement féministe, écrit MacKinnon dans un numéro de la revue *Ethics* spécialement consacré au féminisme en philosophie politique, conceptualise la réalité sociale, y compris la réalité sexuelle en ses propres termes. La question est de savoir quelles sont ces réalités ? Si les femmes ont été substantiellement spoliées, non seulement de leurs propres expériences, mais des termes qui leur sont propres pour percevoir et thématiser elles-mêmes cette expérience, alors une théorie féministe de la sexualité par exemple qui cherche à comprendre la situation des femmes en vue de la changer identifie d'abord et critique la construction « sexualité » comme étant une construction qui a délimité et défini aussi bien l'expérience que la théorie. Cela requiert

6. Christina Sommers, *ibid.*, p. 144.

qu'elle (cette réalité) soit saisie *dans le monde*, dans ses significations sociales situées, et que l'on questionne comment elle est construite dans la vie quotidiennement. Elle doit être étudiée telle qu'elle est expérimentée dans son existence empirique et non seulement dans les textes historiques (comme Foucault) ou dans le psychisme social comme (Lacan) ou dans le langage (comme Derrida)⁷.

Nouvelle épistémologie ou approche typiquement féministe qui permet à MacKinnon d'affirmer que s'interroger sur l'essence du sexe, c'est chercher à savoir ce qui donne à l'homme son érection. Par où se découvre la signification proprement culturelle du sexe. Tout cela signifie, poursuit-elle, que ce que l'on appelle sexualité n'est que la dynamique d'un contrôle opéré par le mâle soit dans la forme de l'intimité ou sous le couvert des institutions, et ceci s'accomplit du simple regard jusqu'au viol; la sexualité construit et érotise comme femme ou homme, comme identité et plaisir⁸.

L'évocation de cette trinité intellectuelle toute française est significative. Elle explique, d'une part, pourquoi l'idée de vouloir dresser une typologie du féminisme qui corresponde exactement à des contenus précis est une tâche ardue et qu'on ne peut que parler de tendances qui sont au fond des amalgames; elle éclaire quelque peu les enjeux théoriques qui travaillent le mouvement féministe lui-même et révèle, par ce fait même, non seulement les alliances d'idées, mais également les contradictions internes à l'ensemble des tendances. Toujours est-il que beaucoup de féministes voient dans leur mouvement un virage paradigmatique au plan épistémologique dont il est quasiment impossible d'apprécier l'exacte teneur tant les prétentions relatives à une nouvelle épistémologie se font grandes, insistantes et impérieuses qu'on ne saurait les accepter sans fondement, car non seulement on fait du féminisme un nouveau paradigme, mais encore « une révolution comparable à celle accomplie par Copernic et même Darwin, et un renversement de

7. Catherine A. MacKinnon, « Sexuality, Pornography, and Method » *Ethics*, Vol. 99, 1989, p. 317. MacKinnon sous-estime quelque peu le projet de Derrida dont la méthodologie et le positionnement philosophique, s'il y en a, permettent d'aboutir à des positions qu'elle défend ici. Voir à ce sujet : Drucilla Cornell, Michel Rosenfeld et David Gray Carlson (ed.), *Deconstruction and the possibility of Justice*, Londres/New York, Routledge, 1992 et aussi Gary B. Madison (ed.), *Working through Derrida*, Evanston (Illinois), Northwestern University Press, 1993.

8. Catherine MacKinnon, *op. cit.*, p. 325 sq.

l'andro-centrisme qui constituerait un changement aussi fondamental que dangereux et excitant⁹. »

- 4) Reste une quatrième et dernière tendance que l'on peut appeler socialiste qui serait une synthèse entre le féminisme marxiste et le féminisme radical. Son but est d'abolir aussi bien les privilèges de classe que du sexe. Tout comme la tendance libérale dans le féminisme, la socialiste pense qu'il faut trouver une alternative à la famille nucléaire qui est la pierre angulaire de l'oppression des femmes, dans la mesure où la famille renforce l'oppression des femmes par les hommes et des attitudes hétérosexuelles.

Typologie incomplète, dira-t-on, car au-delà des groupes indiqués ici on retrouve un grand nombre de sous-orientations théoriques dans le féminisme qui regroupent les lesbiennes qui prônent la séparation radicale entre hommes et femmes, les anarcho-féministes, les féministes freudiennes, les éco-féministes qui se distribuent sur les courants endémiques au féminisme lui-même, le féminisme post-structuraliste français. Un point commun les relie cependant : articuler une expérience particulière, celle d'être femmes et opprimées par une culture fondée en priorité sur des valeurs démocratiques, donc masculines¹⁰.

À réfléchir sur les différentes tendances, on peut bien se demander ce qu'elles ont en commun, ce en quoi elles sont porteuses d'une critique de la démocratie libérale. Qu'est-ce qui, dans ces théories dont la radicalité des thèses dépasse quelquefois les limites d'une argumentation habituelle — ce en quoi plus d'une féministe perçoit évidemment une révolution épistémologique —, engage la philosophie politique et juridique, par delà le projet déclaré d'émancipation de la cause des femmes ?

II. Les thèses

Aussi radicales et divergentes, pour ne pas dire disparates, que puissent nous paraître certaines thèses féministes, un concept les relie toutes et qui se retrouvent même dans le féminisme libéral. Comme ces thèses sont plus pertinentes pour notre propos, nous essaierons d'en dégager les grandes articulations. Deux thèmes

9. Elisabeth Minnich, « Friends and Critics », cité par Gloria Bowles and Renatè Duelli Klein, dans *Theories of Women Studies*, Londres, Routledge, 1983, p. 4.

10. Chritina Sommers, *op. cit.*, p. 145.

intimement liés seront discutés : 1) Le problème de la définition essentielle de la femme qui sous-tend le différentialisme féminin; 2) la reconstruction, que propose le féminisme, du sujet abstrait, indispensable au déploiement d'une conception du droit démocratique, donc individualiste.

La première génération de féministes libéraux restait uniquement attachée aux principes démocratiques et à leur extension aux femmes. La nouvelle génération de féministes, celle qui a commencé à partir des années 70, va plus loin. Les principes démocratiques ont, pour cette tendance, valeur de symbole. Valeur de symbole, puisque, au plan proprement philosophique, la reconnaissance des droits égaux et des libertés égales suppose une certaine cécité sur nos déterminations particulières, une abstraction de celles-ci. Établir l'égalité de tous sans prendre en compte nos déterminations particulières, telle est également la norme qui doit s'appliquer aux rapports entre les sexes. Mais, se demandera-t-on, comment donc parvenir à concevoir un rapport de justice et d'égalité entre l'homme et la femme sans tenir compte des déterminations empiriques, sexuelles en l'occurrence ?

À la suite de plusieurs penseurs féministes, la tendance libérale féministe, représentée aujourd'hui par Carole Pateman, Richard Wasserstrom et Susan Moller Okin et ceux ou celles qui se réclament implicitement ou explicitement de Simone de Beauvoir, soutient que le sexe est une construction sociale. On ne naît pas femme. On le devient. On le devient en acceptant et en s'identifiant aux rôles que la société nous octroie et nous impose. Position largement répandue dans les milieux féministes, même les milieux non libéraux, déconstructionnistes, qui entendent poursuivre les thèses foucaaldiennes, nietzschéennes en particulier, selon lesquelles il n'y a pas de faits en tant que tels, il n'y a que des interprétations. Ce qui permet, à ce plan, de dire que chaque théorie remplit la thèse de l'indétermination de la nature humaine, là où elle est ouvertement soutenue, d'un contenu tout à fait différent.

Pour Susan Moller Okin, par exemple, qui reste résolument libérale, la théorie politique de Rawls échappe aux écueils sexistes dans la mesure où le voile d'ignorance neutralise la connaissance que les individus, dans la position originelle, pouvaient avoir de leur sexe. Qui plus est, si les individus dans la société démocratique se considéraient du point de vue de la position originelle, ils opteraient pour une société sans attribution sociale sexuelle spécifique. Par attribution sexuelle spécifique nous voulons rendre le terme anglais « *gender* » qui présuppose, nous le verrons bientôt dans la

discussion des théories, que le sexe est une construction sociale, une attribution. Prisonnière de la construction et de l'attribution sociales des rôles sexuels, telle est du moins la critique interne qu'opère Susan Okin, la démocratie libérale ne réserve, malgré ses prétentions à l'universalité, aucune place à la femme. Bien qu'elle soit l'exemple emblématique de l'universalisme, non seulement la pensée kantienne éthique et politique néglige certains aspects indispensables au développement moral de l'être humain, mais elle néglige précisément ces aspects proprement féminins, constitutifs de la moralité. La *Doctrine de la vertu* représente une analyse incomplète de la variété de l'amour humain, analyse incomplète, faite par Kant, et qui provient du fait que

« les femmes ne jouent qu'un rôle périphérique dans sa philosophie. Tout au plus pourrait-on parler de la *Doctrine du droit* en ce qui concerne le traitement que Kant réserve aux femmes, car, à vrai dire, la *Doctrine de la vertu* ne contient pas de passages très pertinents, relatifs aux relations entre les sexes. La réduction kantienne de l'amour à deux types, le sentiment moral et la bienveillance, qui découlent de la reconnaissance du devoir et de l'amour affectif qu'il appelle "simple inclination", exclut au moins une importante sorte d'amour. Celui qui est typifié par la relation parents-enfants dans des situations favorables¹¹. »

L'amour parental, symbole allégorique d'une partie importante de la pensée féministe qui désormais se définit en opposition à une éthique fondée uniquement en raison, contient certes de l'affection et de la bienveillance; mais cette affection est plus qu'une simple inclination et la bienveillance, plus qu'une simple reconnaissance du devoir. Dans la mesure où il s'est constitué par une identification « psychologique complète de l'enfant », identification nourrie « d'attachement, d'intimité continue et d'interdépendance », l'amour parental est « fondamental pour la vie et les relations humaines. Cette première expérience relationnelle, est, en très grande partie, plus une expérience des femmes que celle des hommes¹². »

Pour être fidèles à ces prétentions, les théories libérales démocratiques se doivent d'intégrer cette dimension féminine dans leur construction. La théorie de la justice de Rawls serait à ce point de vue un modèle. Se penser dans la perspective de la position originelle, c'est éviter d'être le sujet désincarné, d'être le sujet abstrait et dépouillé de tous les attributs. La position originelle

11. Susan Moller Okin, « Reason and Feeling » dans Symposium on Feminism and Political Theory, *Ethics*, Vol. 99, 1989, p. 232-233.

12. Susan Moller Okin, *ibid.*, p. 233.

n'étant que cette contrainte que nous nous imposons chaque fois que nous cherchons à adopter le point de vue de la justice, présuppose qu'ait été bien cultivées, en nous, les capacités d'empathie, de l'éthique de la sollicitude et la charité (*care* qui ne signifie pas uniquement des soins, mais renvoie au terme latin charité) qui sont des qualités profondément féminines, mais certainement pas l'intérêt personnel et la rationalité instrumentale¹³, qui elles seraient masculines. Acquérir le sens de la justice, en un mot, présuppose que l'on soit élevé dans un environnement où ces qualités féminines sont présentes.

Insensible au glissement qui se produit de la thèse de l'indétermination de la nature humaine et de l'inexistence *in re* d'une identité sexuelle, Okin affirme tout de même l'existence de déterminations spécifiquement féminines. La théorie rawlsienne offrirait l'occasion de rompre avec le rationalisme kantien dont la démocratie libérale doit nécessairement se distancer. Inquiétante contradiction si tant est que l'identité des sexes n'est en tout et pour tout qu'une construction que reproduit la famille nucléaire, ce pour quoi, les féministes réclament sa suppression. Sous-détermination de la position originelle qui justement met entre parenthèses nos identités particulières¹⁴. Thématique fort répandue non seulement chez les libéraux, mais fortement représentée dans bien d'autres tendances féministes. Certes Susan Okin, on l'a souligné¹⁵, ne propose pas de solution, de substitut, pour la famille. D'autres en proposent. Dans une vision qui est loin d'être futuriste, Richard Wasserstrom soutient par exemple qu'on ne doit pas s'attendre à ce

• que la famille se compose d'un seul homme adulte et d'une seule femme adulte, que de deux adultes uniquement, si deux adultes semblent être le nombre approprié. Des gens ne seraient pas éduqués à se percevoir ou à comprendre eux-mêmes ou les autres comme étant essentiellement et de façon significative ce

13. Susan Moller Okin, *op. cit.*, p. 248.

14. Susan Moller Okin, *Justice, Gender and Family*, New York, Basic Books, 1989, p. 70-71. Dans son ouvrage devenu classique de la position féministe libérale, Susan Okin soutient : « La famille est le pivot de la construction sociale du sexe, la reproduisant d'une génération à l'autre. Telle qu'elle est typiquement pratiquée dans nos sociétés, la vie familiale n'est pas juste ni pour les femmes ni pour les enfants. De plus, elle ne favorise pas l'éducation de citoyens doués d'un sens fort de la justice [...] Un avenir juste serait sans construction sociale du sexe. »

15. Christina Sommers, « The feminist Revelation », dans *op. cit.*

qu'ils étaient, à savoir qu'ils étaient hommes ou femmes [...] la bisexualité et non pas l'hétérosexualité ou l'homosexualité serait la relation sexuelle intime typique dans la société idéale qui serait assimilationniste en ce qui concerne le sexe¹⁶.

Les problèmes que soulève la tendance libérale, représentée ici par Susan Okin, ne sont pas aisés à résumer, non pas parce qu'ils sont compliqués à saisir, mais parce que le positionnement lui-même n'est pas exempt de difficultés. D'une part, les principes démocratiques ne sont pas remis en question. C'est en leur nom que les revendications se font entendre. D'autre part, les revendications, féministes en particulier, en viennent à rejeter ce sur quoi elles se fondent et qui leur confère un sens : à savoir le sujet abstrait, sans détermination concrète. Une des thèses fondamentales des féministes demeure pourtant le caractère conventionnel de l'identité sexuelle sédimenté dans des formes de vie traditionnelle, l'indétermination de la nature humaine. Ou alors il existe bel et bien une identité féminine incompatible avec l'abstraction que présupposent, pour leur déploiement, les théories libérales démocratiques, comme le soutiennent les féministes, identité qui se cristallise autour des valeurs de la charité, de la douceur, de l'amour, l'éducation, les soins prodigués aux enfants et aux vieillards, etc... et la critique pourra ainsi se défendre de façon cohérente, ou alors, radicalement, il y a indétermination. Dans ce cas, la thèse du sexe comme pure construction sociale ou simple attribution sociale d'identité spécifique au sexe se défend. Ne reste qu'à s'interroger sur l'origine d'une telle contradiction, à réfléchir sur sa nature.

III. Gilligan — Kohlberg : de la psychologie génétique à la fondation d'une éthique féministe

Le projet de fondation d'une éthique proprement féministe coïncide avec la contradiction dont nous venons de parler et en explique également la nature. Dans un ouvrage intitulé : *In A Different Voice*¹⁷, devenu depuis la référence principale des féministes, l'auteur reconstruit les théories de Freud, de Piaget et de Kohlberg sur le développement moral et les soumet à ce qu'il convient d'appeler une critique idéologique. On sait que pour Freud ce qui est moralement normal pour les femmes est différent

16. Richard Wasserstrom, « Racism and Sexism », dans *Philosophy and Social Issues*, Notre Dame University Press, Notre Dame, 1980, p. 26.

17. Carol Gilligan, *In A Different Voice : Psychological Theory and Women's Development*, Harvard University Press, Cambridge, 1982.

de ce qui l'est pour les hommes et que de cela Freud conclut que les femmes sont moins portées à se soumettre aux grandes exigences de la vie et que, dans leur jugement, elles sont le plus souvent influencées par des sentiments d'affection et d'hostilité. S'inspirant des travaux de Chodorow, Gilligan affirme que la différence qui caractérise le jugement moral féminin comparé à celui de l'homme provient du fait que, universellement, les femmes s'occupent des enfants. Puisque l'environnement dans lequel évolue la jeune fille et le jeune garçon n'est pas le même, puisque c'est la mère qui s'occupe le plus de l'enfant, « la dynamique de la formation de l'identité est différente selon que l'on soit garçon ou fille¹⁸. » Le résultat en est que

« pour les hommes et les garçons, la séparation [de la mère] et l'individuation sont [...] liées à l'identité sociale sexuelle, étant donné que la séparation de la mère est essentielle pour le développement de la masculinité. En revanche, pour les filles et les femmes, les questions féminines ou l'identité féminine ne dépend pas de la réalisation de la séparation de la mère, ni d'une progression dans l'individuation. Puisque la masculinité est définie par la séparation, la féminité se définit par l'attachement. L'identité sociale masculine est menacée par l'intimité, alors que l'identité sociale féminine est menacée par la séparation¹⁹. »

Cette différence importante dans la formation de la personnalité, poursuit Gilligan, se remarque aussi, comme les recherches de Piaget et de Kohlberg l'ont montré, dans l'attitude des deux sexes face aux règles dont l'apprentissage est indispensable au développement moral et aussi à la prise de rôles. Tous ces auteurs ont soit travaillé uniquement sur des échantillons formés de garçons, ce qui, dans leurs recherches, réduit la perspective développementale de l'enfant à celle du garçon — c'est le cas de Piaget — soit tiré des conclusions hâtives quant aux différences observées dans le développement moral. Aussi pour Kohlberg, les femmes démontrent-elles une déficience morale, dans la mesure où la plupart d'entre elles ne dépasse pas le niveau de la morale, soit le niveau trois des six étapes du développement du jugement moral. D'après le niveau trois de l'échelle de Kohlberg qui prétend à l'universalité : « la moralité est conçue en termes de relations interpersonnelles et le bien moral est assimilé au fait d'aider et de

18. Carol Gilligan, *op. cit.*, p. 8. traduit par nous. Garçons ou filles sont au pluriel dans le texte original : [for boys and girls].

19. Carol Gilligan, *ibid.*, p. 9.

plaire aux autres ». Le bien ainsi conçu est considéré par Kohlberg comme

« étant fonctionnel dans la vie des femmes matures dans la mesure où leur vie se déroule à la maison. Ce n'est que quand elles entrent dans l'arène traditionnelle des activités réservées aux hommes, conclut Kohlberg, que les femmes remarquent l'inadéquation de cette perspective et qu'elles progressent comme des hommes vers les stades plus évolués où les relations sont subordonnées aux règles (stade quatre) et les règles soumises à des principes universels de la justice (stades cinq et six). »²⁰

Gilligan accepte le résultat des expériences, mais elle remet en cause l'interprétation des données. Parce que les traits qui définissent le bien moral pour les femmes tels que prendre soin des autres et être sensibles aux besoins des autres sont ceux qui font d'elles des déficientes au plan moral, y compris dans les questions de justice, elle entreprend des recherches comparatives qui sont sensées conduire à une « distinction entre deux modes de pensée »²¹, une conception « plus contextuelle de la moralité, une compréhension morale différente »²². Il s'agit plus, pour elle, d'attirer l'attention sur un problème d'interprétation que d'entreprendre une « génération relative aux deux sexes. » Les théories dont on disait auparavant qu'elles étaient neutres relativement aux deux sexes, dit-elle en substance, ne le sont pas²³. La thèse qu'elle soutient, on le devine aisément, est la suivante :

« Quand on commence l'étude des femmes et qu'on déduit des constructions développementales à partir de leur vie, les lignes forces d'une conception morale différente de celle décrite par Freud, Piaget et Kohlberg commence d'émerger et informe une description différente du développement. D'après cette conception, le problème [bien entendu pour les femmes] émerge des responsabilités conflictuelles plutôt que des droits qui entrent en conflits et demande, pour sa résolution, un mode de pensée qui est contextuel et narratif plutôt que formel et abstrait. Dans la mesure où cette conception de la moralité est relative à la sollicitude [care], elle articule le développement moral autour d'une compréhension de la responsabilité et des relations, tout comme la conception de la moralité comme équité relie le développement moral à des considérations de droits et à des règles »²⁴.

20. Carol Gilligan, *ibid.*, p. 18.

21. *Ibid.*, p. 2.

22. *Ibid.*, p. 22.

23. *Ibid.*, p. 6.

24. *Ibid.*, p. 19.

Dans une autre recherche menée avec Murphy, Gilligan parvient à la conclusion suivante :

« Alors que les concepts logiques d'égalité et de réciprocité peuvent soutenir une morale — guidée par des principes de droits universels et de responsabilité, les expériences du choix et du conflit moral semblent en appeler à un type spécial d'obligation et de responsabilité vis-à-vis des conséquences qui ne peuvent être anticipées et comprises que dans un cadre de référence plus contextuel. C'est l'équilibre entre ces deux points de vue qui nous apparaît être la clé du comportement moral adulte. Cela à nos yeux, requerrait une restructuration de la pensée morale qui incluerait, tout en la dépassant, la compréhension réglée par des principes que propose Kohlberg pour des stades supérieurs. »²⁵

Conception morale en termes de sollicitude, de responsabilité pour les autres et éthique des relations humaines, caractéristique d'un mode contextuel et narratif de pensée, typique aux femmes, d'une part, conception de la moralité en termes de droits et de règles formelles et abstraites, caractéristique de la pensée masculine, de l'autre, nous avons là déjà mis en place le dispositif critique idéologique de la pensée féministe. Contre une philosophie du droit et une philosophie politique à prétention universaliste, Gilligan écrit :

« alors que la conception de la moralité en termes de droits qui informe le niveau (cinq et six) des principes de Kohlberg est censée conduire à une résolution objectivement équitable et juste des dilemmes moraux, résolution sur laquelle toute personne rationnelle pourrait s'accorder, la conception de la moralité en termes de responsabilité est centrée sur les limitations de toute résolution et décrit les conflits qui demeurent »²⁶.

Différence notoire entre les deux sexes qui explique pourquoi Gilligan dit que

« la moralité fondée sur les droits et sur la non-interférence peut apparaître inquiétante pour les femmes en vertu de son potentiel de justification de l'indifférence et le manque de sollicitude pour les autres. Il apparaît également clairement que, d'une perspective des hommes, la moralité de la responsabilité semble non concluante et diffuse en vertu de son relativisme contextuel [...] Vu les différences qui existent dans les conceptions que les femmes ont de la subjectivité et de la moralité, elles apportent

25. Carol Gilligan, J. M. Murphy « Moral Development in Late adolescence and Adulthood. A Critique and Reconstruction of Kohlberg's Theory » dans *Human Development*, Vol. 2, p. 159 sq.

26. Carol Gilligan, *op. cit.*, p. 22.

dans le cycle de la vie un différent point de vue et ordonnent l'expérience humaine en termes de différentes priorités²⁷. »

Mais la question que l'on doit se poser est de savoir comment tenir compte des attributs du sujet moral féminin ? Dans quelle mesure pouvons-nous encore parler de sujet de droit ?

Malgré son importance Gilligan demeure plutôt vague sur ce sujet. Elle parle certes de droits des femmes et en explique les raisons. Pour elle, la redécouverte de la pensée du droit chez les femmes intervient pour dynamiser la subjectivité déterminée par la sollicitude et la responsabilité pour les autres. Il s'agit pour les femmes de réaliser que ce qui caractérise leur pensée en l'absence du droit peut donner lieu à une sorte d'abnégation, de sacrifice sans un concept de droit. La découverte du concept du droit intervient donc comme complément qui découle du fait que les intérêts du sujet féminin peuvent se considérer comme étant légitime. « Le concept des droits, écrit-elle, change les conceptions que les femmes ont de leur subjectivité et leur permet de se considérer plus fortes afin de s'occuper de leur besoin. » Plus loin, elle ajoute que la demande que font les femmes des droits « change le jugement moral des femmes en ajoutant à la justice le pardon et en permettant aux femmes de considérer comme étant moral de s'occuper, non seulement des autres, mais d'elles-mêmes²⁸. »

Étrange conclusion que celle-ci ! Car, à bien prendre en considération la théorie de Gilligan, la preuve empirique faite de l'existence de valeurs spécifiquement féminines fait du sujet de droit un être doté d'attributs masculins. L'auteur le souligne :

« Les théories psychologiques sont innocemment tombées dans (des) préjugés. Dans leur adoption de la vie de l'homme comme la norme, elles ont essayé de faire des femmes à partir de vêtements masculins²⁹. »

De cela, Gilligan conclut à une nature spécifiquement féminine au plan moral. Une fois ces préjugés découverts, une fois la neutralité du sujet de droit remis en cause, il ne nous reste que deux identités, celle de la femme faite de sollicitude, de responsabilité pour les autres, identité dont le contenu est moralement déterminé et celle de l'homme. Cette dernière est abstraite. La critique démasquante, opérée par le féminisme du sujet de droit, nous révèle bien

27. *Ibid.*

28. *Ibid.*, p. 149.

29. *Ibid.*, p. 6.

l'existence de deux concepts de subjectivité. Là également l'auteur est clair. Écoutons-la :

« Le jugement moral des femmes procède d'un intérêt [...] à la survie impliquant une mise en évidence du bien [goodness] et [...] une compréhension réflexive d'une éthique de la sollicitude comme étant les voies les plus adéquates pour la résolution de conflits dans les relations humaines³⁰. »

Théorie plus élargie du domaine moral qui veut intégrer d'autres perspectives, notamment féminines du sujet moral contre les préjugés universalistes des théories modernes de la subjectivité. Tel semble, à première vue, le projet de notre auteur, projet d'après lequel il existerait bel et bien une différence dont n'auraient pas tenu compte les théories morales, plus particulièrement modernes. Il s'agit avant tout ici de restituer au sujet sa diversité, voire sa différence, en redonnant aux femmes la possibilité d'articuler leur expérience, une expérience qui, en principe doit compléter une morale fondée sur des droits et libertés par une autre fondée sur l'éthique de la sollicitude et de la responsabilité. C'est du moins ce qui se dégage aussi bien de l'analyse de Susan Moller Okin que de celle de Gilligan dont elle s'inspire. Seulement contre toute attente ce qui semble être la défense d'un différentialisme féministe se double d'une revendication des droits rejetés auparavant comme étant ce qui, profondément, caractérise une pensée masculine de la morale³¹.

Pourtant, c'est également le projet des modernes de faire précéder une doctrine de la vertu d'une doctrine du droit qui assure d'abord la protection de l'individu et l'élève à la dignité de sujet de droit. Sujet de droit, dont Gilligan reconnaît, mais un peu tard, le

30. *Ibid.*, p. 104.

31. *Ibid.*, p. 63. C'est du moins ce qui se déduit de ces passages où il est dit que :

« L'interprétation de l'expérience des femmes en termes de leur propre image des relations jette un éclairage sur cette expérience et fournit également une vision non-hiérarchique des liens humains. Puisque les relations paraissent [...] instables et moralement problématiques quand elles se situent dans un ordre hiérarchique, leur transposition dans un réseau change un ordre d'inégalité en une structure d'interconnexion. [...] Les expériences d'inégalité et d'interconnexion inhérentes aux relations parents-enfants donnent lieu à une éthique de la justice et des soins, l'idéal même des relations humaines — la vision selon laquelle le sujet lui-même et les autres seront traités comme étant d'une égale valeur. »

caractère indispensable. Un peu tard, disons-le, parce que ayant fait du sujet de la vertu une femme, l'installant ainsi dans une posture d'opposition au sujet de droit qui est nécessairement masculin, la justice ne peut que s'opposer à la morale. Par où l'on voit comment, à vouloir remplir le sujet de déterminations concrètes, on se heurte, aisément, à deux problèmes qui invalident le potentiel critique dont la théorie de Gilligan voudrait bien être porteuse :

- 1) Pour peu que l'on veuille penser l'espace public, les déterminations particulières dont on remplit le sujet deviennent encombrantes. À vouloir les affirmer à tout prix, elles se détruisent. Gilligan ne réussit qu'au prix de la découverte d'une tension qui au fond n'est qu'apparence.
- 2) L'affirmation d'une différence essentielle ne s'effectue que par le biais de sa propre négation. Expliquons-nous. Une fois assurée l'hypothétique différence entre l'homme et la femme, entre le sujet moral masculin et le sujet moral féminin, la revendication d'une subjectivité juridique pour la femme passe nécessairement par la négation de la particularité féminine.

On comprend qu'une telle théorie n'est pas demeurée sans critique venant aussi bien du camp de ceux qui défendent un point de vue plus universaliste dans l'éthique comme Kohlberg et Habermas qui, dans l'élaboration de son éthique de la discussion, se sert de la théorie kohlbergienne qu'il entend en même temps dépasser. D'autres critiques et tentatives de reconstruction de Gilligan proviennent des féministes elles-même. Nous voudrions d'abord présenter les réponses de Kohlberg lui-même et ensuite de Habermas. Du côté féministe nous retiendrons pour l'essentiel la reconstruction faite par Seyla Benhabib de Gilligan et de la pensée féministe en général.

IV. Kohlberg et Habermas

Kohlberg reprend les trois paliers de la théorie de Gilligan, paliers que l'on comprend aisément quand on entreprend une analyse des thèses essentielles qu'elle développe. Le premier palier concerne les données; le deuxième est une tentative de Kohlberg d'intégrer ce que Gilligan prend pour un nouvel aspect dans une théorie de type universaliste; ce qui revient à dire que le modèle universaliste peut s'accommoder des différences dont Gilligan tire sa théorie morale différentialiste. Et enfin le troisième palier qui concerne spécifiquement l'objet même de la théorie génétique de la morale.

Kohlberg soutient qu'il n'existe pas de différence entre les adolescents et les adolescentes quant aux données empiriques. Les seules enquêtes qui révèlent une différence entre les sexes relativement aux opinions sur la justice concernent les adultes. Dans la mesure où les femmes concernées sont la plupart du temps des femmes mariées, ménagères, Kohlberg conclut que ce n'est pas la théorie qui est remise en cause. Atteindre le stade cinq et six présuppose la participation aux structures et institutions formelles de la société comme par exemple les structures gouvernementales et professionnelles, des domaines où les femmes sont la plupart du temps exclues³². Il est par conséquent nécessaire, en vue de corriger les inégalités, de contrôler les facteurs tels que l'éducation et l'emploi.

Kohlberg est d'accord avec Gilligan sur l'importance d'inclure les soins et l'éthique de la sollicitude dans une théorie morale. Dans cette perspective, la justice, les droits et l'éthique de la sollicitude et de la responsabilité ne s'opposent pas; ils ne sont pas pour ainsi dire deux voies différentes dans le développement de la vie morale, mais deux orientations qui loin de s'opposer se complètent. Orientations d'une éthique de la sollicitude et de la responsabilité qui concernent les relations informelles, la famille, les amis et les membres d'un même groupe après des relations où la justice et l'équité sont déjà présupposées. Les deux orientations n'ont, en tant que telles, rien à voir avec la différence entre les sexes³³.

Kohlberg dispose de la troisième critique en affirmant que, malgré l'intérêt qu'elle présente, la théorie de Gilligan n'est pas très utile pour une étude spécifique du raisonnement moral; il s'agit pour lui et son équipe, à la suite de Piaget, d'étudier les structures formelles du raisonnement moral et non pas tellement les questions sur la nature de la vie bonne.

Réinterprétant le problème du différentialisme moral en termes de *Moralität* et de *Sittlichkeit*, c'est-à-dire en termes d'éthique et de moralité sociale, Habermas soutient contre Gilligan qu'il n'est nullement nécessaire de conclure à une différence quelconque entre les sexes au plan du raisonnement moral. Pour Habermas, l'éthique

32. Lawrence Kohlberg, « Synopses and Detailed Replies to Critics », dans L. Kohlberg et al. (eds), *Essays on Moral Development*, Harper & Row, San Francisco, 1984, p. 347.

33. *Ibid.*, p. 350.

« *relativiste de la responsabilité* se règle sur des dilemmes réels et non sur des dilemmes examinés à titre hypothétique. Elle prend en considération la complexité des situations vécues, elle relie l'aspect de la justice à ceux de la sollicitude et de la responsabilité vis-à-vis des personnes qui témoignent leur confiance, elle exige enfin, au-delà du concept abstrait d'autonomie, un concept plus large, celui de la personnalité mature³⁴. »

Contre la thèse relativiste, Habermas fait remarquer que Gilligan a pris des représentations relatives à la vie bonne, c'est-à-dire aux modèles culturellement déterminés, pour des questions morales rationnelles. Cependant

« les idées qui ont trait à la "vie bonne" ne sont nullement des représentations que l'on évoque comme un devoir abstrait; elles imprègnent l'identité des groupes et des individus au point qu'elles font partie de la culture ou de la personnalité de chacun³⁵. »

Puisque les personnes interrogées l'ont été dans des périodes de décisions concrètes pour ne pas dire des moments de crise personnelle face à des choix difficiles, Habermas conclut que la distance que l'on instaure lorsque l'on vit de telles crises est d'un autre genre que « le recul pris par rapport à la factualité des institutions existantes par celui qui, participant à la discussion, teste les normes. »³⁶ Il s'ensuit donc que, du point de vue de l'éthique de la discussion qui se veut universaliste, les recherches dont Gilligan entend déduire une différence fondamentale entre la pensée morale féminine et la pensée masculine commet une grave erreur de catégorie. Elle prend les formes concrètes de vie et des choix moraux dans des situations extrêmes pour des questions de justification normative. Cette dernière entreprise suppose une prise de distance qui se traduit par une attitude discursive. D'où la nécessité de faire la différence entre les

« *questions morales* qui peuvent, en principe, être tranchées rationnellement [...] du point de vue de l'universalisation des intérêts [...] du point de vue de la justice des *questions d'évaluation* qui, du point de vue le plus général, se présentent comme des questions relatives à la "vie bonne" [...] et qui ne sont accessibles à un débat rationnel que *dans le seul cadre* de l'horizon sans problème à une forme de vie concrète ou à une conduite individuelle³⁷. »

34. Jürgen Habermas, *Morale et Communication. Conscience morale et activité communicationnelle*, Cerf, Paris, 1986.

35. *Ibid.*, p. 193.

36. *Ibid.*

37. *Ibid.*, en italique dans le texte.

Ce que veut dire Habermas peut se comprendre dans les termes suivants : vouloir partir de réponses en contexte pour affirmer une hypothétique nature féminine, c'est faire de nos contextes concrets de choix où s'exprime toujours le type de personne que nous sommes, c'est-à-dire notre identité, des problèmes de justification éthique. Il y a certes un problème de perte de moralité au plan de la justification des normes puisque les valeurs qui président au choix doivent être décontextualisées en vue d'établir le point de vue universalisable qu'est le point de vue proprement moral. Ce n'est qu'en référence à ce point de vue universalisable que nous pouvons d'ailleurs établir la validité morale de nos choix individuels. Ce qui n'exclut nullement que, pour avoir une effectivité dans la réalité,

« l'abstraction vis-à-vis des contextes d'action, tout comme la disjonction du discernement motivé rationnellement par rapport aux attitudes empiriques, soient annulées puisque toute morale cognitive présuppose que le sujet sera confronté à l'*application spécifique à la situation* et à celle de l'ancrage motivationnel³⁸. »

C'est en somme trois arguments que Habermas oppose à ce qu'il convient d'appeler un différentialisme moral sexuel ou si l'on veut l'appeler autrement un relativisme contextuel. Il s'agit donc pour lui de montrer que ce dernier se fonde sur la « méconnaissance du problème fondamental que constitue l'éthique et la moralité sociale », méconnaissance qui se traduit 1) par le manque de distinction entre le problème *cognitif de l'application* et le problème motivationnel de l'ancrage de l'intelligence morale; 2) Gilligan ne tient pas compte de la différence entre la question philosophique fondamentale de la « justifiabilité des normes » en raison et celle de « l'application spécifique à un contexte » qui, elle, fait intervenir, en termes kantien, la faculté de juger réfléchissante; ce qui ne signifie pas un désaveu de l'importance du relativisme contextuel pour la moralité car 3) celui-ci est appelé « à compenser des insuffisances qui apparaissent au plan postconventionnel du jugement moral » lorsque la moralité abstraite n'est pas immédiatement ramenée à des situations concrètes³⁹.

Sauver l'universalité de l'éthique et défendre celle-ci contre un relativisme moral sexuel qui ne doit sa réussite qu'à une confusion des deux plans de la justification et de l'application, telle est la position de l'éthique de la discussion pour laquelle l'apport de la psychologie sociale semble être un élément important. Une telle

38. *Ibid.*, p. 194.

39. *Ibid.*, p. 196.

position, on le devine assez aisément, est loin d'être celle des féministes qui pourfendent la théorie de Gilligan.

Alors que certaines femmes historiennes telles Kerber critiquent Gilligan pour avoir donné des femmes une image statique qui exclut les déterminations historiques de la différence entre l'homme et la femme, d'autres comme McKinnon et Card trouvent que la thèse d'une morale de sollicitude et de responsabilité pour autrui conduit directement à une apologie de la morale de l'esclave. Alors que Card plaide pour une généalogie des dites valeurs féminines, McKinnon écrit :

« Ce qu'il y a d'exaspérant dans cet ouvrage qui est si tendre, gracieux et gentil, c'est que sa touche émotionnelle, qui est politiquement gênante, néglige tout l'aspect explicatif. Elle [Gilligan] aussi a découvert la voix de la victime — des femmes qui sont un groupe victimisé. L'articulation de la voix de la victime est cruciale parce que les lois sur la victimisation sont typiquement faites par les gens dotés de pouvoir et vient de la perspective des détenteurs de pouvoir [...] Mais je suis très inquiétée par le fait que les femmes s'identifient à ce qui est positivement valorisé comme stéréotype féminin. C'est le féminin⁴⁰. »

Remise en cause, de l'extérieur, de la perspective universaliste de l'éthique reconstruite à l'aide des schèmes de Kohlberg, contestée, de l'intérieur, par des féministes nietzschéennes et marxistes, et même des derridiennes et lacaniennes, la critique féministe de la démocratie, telle qu'elle a été élaborée quelque peu trop hâtivement par Gilligan, se doit donc de trouver de nouveaux éléments sans lesquels il lui est pratiquement impossible de se défendre. Bref, elle a besoin d'un nouveau souffle que lui a apporté très récemment un ouvrage intitulé : *Situating the Self* de Seyla Benhabib.

Loin d'être une simple défense des critiques féministes de la démocratie, *Situating the Self* est une grande tentative de synthèse entre la théorie critique de Habermas, les théories de la construction sociale du sexe, la pensée communautarienne et le postmodernisme en théorie éthique. Impossible synthèse, dira-t-on, mais dont la valeur se décide aisément par le biais de la reconstruction qu'elle entreprend de la critique féministe de la démocratie. Ici également le dispositif principal mis en place pour cette défense c'est la question du sujet et de l'espace public.

40. Carol Gilligan *et al.*, « Feminist Discourse, Moral values and the Law — A Conversation », The James MacCormick Mitchell Lecture, *Buffalo Law Review*, 34, 1985, p. 39.

V. Seyla Benhabib et la critique révisée de la démocratie

Partant des thèses de Gilligan, Benhabib soutient que

« la contextualité, la narrativité et la spécificité du jugement moral des femmes n'est pas un signe de faiblesse ou une déficience mais la manifestation de la vision de la maturité morale selon laquelle le sujet est immergé dans un réseau de relations avec les autres. D'après cette vision, le respect des besoins de chacun et le caractère mutuel de l'effort pour les satisfaire soutiennent la croissance et le développement moral⁴¹. »

Contrairement à un nombre significatif de féministes qui soutiennent que la philosophie du droit, l'éthique et la philosophie politique ne peuvent désormais se faire que dans le cadre d'une déconstruction, c'est-à-dire dans le sens de la poursuite de l'héritage de Lacan, de Derrida, que fait Drucilla Cornell, Benhabib se tourne plutôt vers la théorie critique. Elle en accepte les catégories fondamentales qu'elle entend critiquer par les apports de la pensée féministe dont elle précise l'objet en ces termes : 1) « Pour la pensée féministe la différence sexuelle n'est pas contingente, mais le mode d'organisation fondamental de la réalité sociale », savoir comment celle-ci est symboliquement divisée et concrètement vécue. La différence sexuelle est avant tout pour Benhabib « la constitution socio-historique et symbolique et l'interprétation des différences anatomiques. » Cette constitution et interprétation des différences anatomiques a grandement contribué à l'oppression et à l'exploitation des femmes. Par conséquent — 2) la tâche d'une théorie critique féministe « est de découvrir ce fait et de développer une théorie émancipatoire et réflexive qui peut aider les femmes dans leurs luttes contre l'oppression et l'exploitation⁴². » Tâche ambitieuse qui présuppose entre autres choses,

« le développement d'une théorie normative philosophique qui consiste pour Benhabib en la "clarification des principes moraux et politiques" tenant à la foi de la nécessité d'une logique de la justification et d'un niveau normatif substantiel fait de normes concrètes⁴³. »

Pour Benhabib, une théorie féministe politique se doit d'abord de franchir deux redoutables obstacles. 1) Elle doit d'abord sérieusement

41. Seyla Benhabib, *Situating the Self, Gender, Community and Postmodernism in contemporary Ethics*, New York, Routledge, p. 199.

42. *Ibid.*, p. 152.

43. *Ibid.*

s'interroger, à partir de son programme d'émancipation sur ses alliances avec le discours postmoderniste dont les objectifs peuvent être confondus avec les siens. 2) Elle doit aussi sérieusement examiner ses liens avec ce qu'il convient d'appeler la pensée communautarienne avec laquelle elle a des points communs.

Vu de l'intérieur de la culture académique des démocraties occidentales, nous dit en substance Benhabib, le féminisme et le postmodernisme ont émergé comme deux courants contemporains dominants qui sont, chacun à sa manière, profondément critiques des méta-discours des Lumières et de la modernité⁴⁴. Toutefois, poursuit Benhabib, ce qui constitue ces méta-discours des Lumières qu'on veut bien congédier n'est absolument pas clair. C'est pourquoi, il importe de chercher à savoir ce au nom de quoi le rapprochement se fait pour enfin choisir son camp, c'est-à-dire choisir entre le féminisme ou le postmodernisme ? Question décisive pour l'auteur, parce qu'il ne s'agit nullement de casse-tête terminologique, loin s'en faut, mais surtout parce que

* aussi bien le féminisme que le postmodernisme ne sont pas seulement des catégories descriptives. Ils sont constitutifs de termes évaluatifs qui informent et aident à définir les pratiques qu'elles tentent de décrire⁴⁵. *

S'inspirant de Jane Flax, Benhabib soutient que le postmodernisme se constitue de trois thèmes : la mort de l'homme, la mort de l'histoire et la mort de la métaphysique. Qu'est-ce donc que le féminisme peut bien avoir avec ces trois thèmes ? Mais avant tout que signifie ces trois thèmes ?

Par la mort de l'homme le discours postmoderne

* veut détruire toutes les conceptions essentialistes de l'être humain et de la nature. [...] L'homme est un artefact, et non pas un être nouménal, transcendantal [...] L'homme est pris pour toujours dans un tissu de signification fictive où le sujet n'est qu'une position dans le langage⁴⁶. *

Le féminisme a créé également sa propre version de la mort de l'homme. Il s'agit, pour le féminisme, d'une

* démythification du sujet masculin de la raison. Alors que les postmodernistes mettent à la place de l'homme, ou du sujet souverain de la raison pratique et théorique de la tradition, l'étude des pratiques linguistiques et discursives, contingentes,

44. *Ibid.*, p. 203.

45. *Ibid.*

46. *Ibid.*, p. 211.

historiquement changeantes et socialement variables, les féministes affirment que la construction sociale du sexe et les diverses pratiques qui contribuent à sa constitution sont les contextes les plus cruciaux dans lesquels il faut désormais repérer le sujet prétendument neutre et universel de la raison⁴⁷.

La raison occidentale se pose comme le discours du sujet unique identique à lui-même et nous rend ainsi aveugle à la différence; ce par quoi tout ce qui ne lui ressemble pas est rendu illégitime. La raison occidentale, conclut Benhabib, est le sujet masculin de la raison (*Male subject of reason*). Et si la guerre qui lui est déclarée par les postmodernes doit conduire à sa destruction, du moins, est-ce la conclusion qui s'impose, le féminisme peut se permettre une alliance ne serait-ce que provisoire, avec la pensée postmoderne.

C'est la nécessité d'en finir avec le sujet phallique de la raison qui constitue la fin de l'histoire pour la pensée féministe. Selon Benhabib ce ne peut être que la « *construction sexuelle du récit historique*⁴⁸ ». Cela signifie que si le sujet de l'histoire intellectuelle occidentale a été habituellement « l'homme blanc, chef de famille, propriétaire et chrétien alors l'histoire telle que nous la connaissons est là son histoire. Il n'est pas étonnant que la philosophie, moderne en particulier, se soit constituée comme un récit qui recherche avant tout l'unité, l'homogénéité et la linéarité, avec cette conséquence que tout ce qui n'y est pas conforme est exclu de l'histoire. Sur ce point également, féminisme et postmodernisme sont engagés dans le même combat. Qu'en est-il, peut-on se demander de la fin de la métaphysique ?

Benhabib soutient que c'est le « scepticisme féminin envers les affirmations de la raison transcendantale ». Cela veut dire que

« si le sujet de la raison n'est pas un être supra-historique et ne transcende pas les contextes, mais que les créations théoriques et pratiques de ce sujet porte toujours la marque du contexte dont elles émergent, alors le sujet de la philosophie est toujours dans des intérêts qui dirigent la connaissance »

dont ses activités portent le signe. Benhabib en déduit qu'en termes habermasiens les intérêts qui gouvernent la théorie féministe ou en termes foucaaldiens, la matrice de la vérité et du pouvoir sont la construction sociale du sexe, et la construction sociale,

47. *Ibid.*, p. 211.

48. *Ibid.*

économique, politique et symbolique des différences sexuelles entre les êtres humains⁴⁹.

Le féminisme partage avec les théories postmodernes les trois éléments ci-dessus exposés. Mais il ne peut entièrement endosser toutes les interprétations de ces éléments constitutifs du postmodernisme. Plus précisément et dans la mesure où il est possible de leur accorder une version faible et une version forte, le féminisme ne peut adopter que la dernière, entendre la version faible du postmodernisme qui est à même de fournir des prémisses « autour desquelles la théorie critique, ainsi que les théories postmodernistes, les démocrates libéraux et même les communautariens peuvent s'unir. » En adopter la version forte, telle est la thèse de Benhabib, c'est « prendre le risque d'une incohérence et de l'auto-contradiction », c'est condamner le féminisme à perdre son identité et rendre impossible le projet d'émancipation qu'il poursuit⁵⁰.

D'après la version plus faible de la mort de l'homme compatible avec la théorie revisitée que défend Benhabib, les concepts métaphysiques du sujet, tels l'Ego cartésien, l'Ego transcendantal, « l'unité transcendantale de l'aperception », le « Geist » ou la « Conscience » ou même le « On » doivent être abandonnés au profit d'un concept situé de la subjectivité dans le contexte des pratiques, sociales, linguistiques et discursives. Le rejet du sujet métaphysique n'entraîne pas le rejet de tout concept de la subjectivité, mais exige que soient reconstruits et retenus certains

« attributs traditionnels du sujet [...] comme l'auto-réflexivité, la capacité d'agir selon des principes, bref une certaine forme d'autonomie et de rationalité doit être reformulée en prenant en compte le fait que le sujet est radicalement situé⁵¹. »

Remplacer le sujet métaphysique de la tradition par le sujet situé, c'est-à-dire un sujet dont on reconnaît qu'il a bel et bien des déterminations concrètes, telle est la version faible de la mort de l'homme et l'élément qui fait le pont entre le féminisme et le postmodernisme. Seule cette version peut être retenue, la forte rejetant tout concept de subjectivité ou défendant une théorie selon laquelle l'identité socialement construite est constituée par des faits, c'est-à-dire des interprétations sans interprètes ou « par des performances sans sujet », thèse qui ne peut que miner la vision normative de la

49. *Ibid.*, p. 213.

50. *Ibid.*

51. *Ibid.*, p. 214.

politique et de la théorie féministe⁵². Si le sujet n'existe pas, du moins est-ce ainsi que se résume le plaidoyer de Benhabib pour une théorie révisée de la subjectivité, il n'y a plus de cause féministe à défendre.

À la fin de l'histoire correspond, dans le féminisme, un appel pour en finir, au plan théorique, avec les grands récits essentialistes et les discours monocausaux. Dans cette perspective, il est, par exemple, futile de chercher à savoir ce qu'est l'essence de la maternité en tant que phénomène universel tout comme il est futile de vouloir produire une grande théorie de l'oppression des femmes, théorie qui se fonderait sur une analyse trans-culturelle, sur la psychanalyse et la biologie. Politiquement, la fin des grands récits signifie le rejet de l'hégémonie de tel ou tel groupe ou organisation ou la prétention à se proclamer le moteur de l'histoire⁵³. Une théorie féministe a, par conséquent, beaucoup à apprendre, de critiques, faites par Foucault, Lyotard et Derrida, des mouvements totalitaires. Ici également, la théorie féministe qui se veut critique ne peut adopter que cette version faible et là s'arrête l'alliance avec le postmodernisme. La raison en est très simple : adopter le point de vue postmoderniste de la mort de l'histoire plus particulièrement sa version forte, c'est faire sienne la position de Foucault et des féministes qui s'inspirent de lui, position selon laquelle la victime est également une construction qui s'effectue à travers des mécanismes de contrôle social et discursif. Il ne peut pas en être autrement puisque, d'après Foucault et les féministes postmodernistes, tout acte de résistance est une autre manifestation du discours et du pouvoir. Aussi a-t-on pu dire que les femmes qui négocient le pouvoir ou lui résistent n'existent pas; les seules luttes dans l'histoire sont celles qui ont lieu entre les paradigmes du discours et du complexe pouvoir-savoir⁵⁴. L'argument que Benhabib oppose ici aux féministes qui trouvent, dans le postmodernisme, un terrain de fécondité argumentative nécessaire à leur cause, se présente comme une reprise de la première objection : si le féminisme veut se déployer comme une théorie critique et une théorie de l'émancipation, osons le formuler ainsi, ce n'est qu'à travers un concept situé du sujet dont, une fois les déterminations reconnues, la stratégie d'auto-libération pourrait se mettre en place.

52. *Ibid.*, p. 215.

53. *Ibid.*, p. 219.

54. *Ibid.*, p. 222.

Reste un dernier élément que le féminisme critique partage avec le postmodernisme : la mort de la métaphysique. La version forte de l'interprétation que Benhabib donne de la mort de la métaphysique s'apparente à une critique virulente qui démasque la véritable nature de la critique postmoderniste. Après avoir fait remarquer que la critique de la métaphysique elle-même prend la forme de la métaphysique qu'elle est censée remettre en question, Benhabib souligne que la critique heideggerienne, reprise par Derrida et les derridiens dans nos Amériques, est homogénéisante et ne reflète pas la réalité de la tradition philosophique occidentale. Benhabib rejoint de cette façon les philosophes qui, critiques des diverses entreprises déconstructivistes, insistent sur la diversité des philosophies modernes. Elle attire l'attention sur les différences qui séparent, pour ce qui concerne la conception, d'un Hobbes, d'un Kant et ce dernier de Hegel sur la question du réel et de la vérité. Tout le problème est ici de savoir ce que vaut cette tentative de réfutation de Heidegger s'il s'avère que la question proprement philosophique pour ce dernier réside dans la différenciation de la pensée qui n'admet pas le passage du mythe au logos comme l'indiquent les cours donnés sur la technique en 1924 et dans l'ouvrage sur les sophistes et d'une certaine manière la critique faite de la technique en 1953. Peu importe cependant la valeur de la contre-critique même si son importance est décisive pour une réévaluation de l'histoire de la métaphysique occidentale. Ce qu'il convient de retenir c'est plus la version faible de la mort de la métaphysique que son origine. Toujours est-il qu'en retenir une version faible relative au devenir de la philosophie elle-même qui désormais doit s'obliger à reconstruire les apports des sciences, pour peu qu'elle veuille se maintenir dans les limites du contexte culturel, contemporain, nous aide à nous interroger sur le sens d'une philosophie féministe qui se déploie alors qu'on parle de la fin de la philosophie ou de sa transformation. Telle est en tout cas la question que se pose Benhabib. Sans vraiment argumenter, elle décide quasi dogmatiquement :

• Ma réponse, dit-elle, est que nous ne pouvons pas [...] en tant que féministes adopter le postmodernisme comme allié. La critique sociale n'est pas possible sans une certaine forme de philosophie et sans une critique sociale, le projet d'une théorie féministe engagée [...] est inconcevable⁵⁵. •

55. *Ibid.*, p. 225.

Trois éléments communs au féminisme et au postmodernisme qui font plutôt penser à une analogie qu'à un programme commun, puisque, à y voir de près, le recours aux différentes versions faibles sous-déterminent le projet des postmodernes. Ce qui n'empêche pas que beaucoup de féministes trouvent dans le potentiel critique du postmodernisme un moyen privilégié de déconstruction, même si elles ne sont pas prêtes à endosser tout le programme de la déconstruction dans son entier. Sans une reconstruction de la pensée du sujet, le projet d'émancipation de la pensée féministe reste un vain mot. C'est également la question du sujet qui oriente les féministes vers la pensée communautarienne et lui accorde une série d'éléments critiques contre la démocratie libérale et plus particulièrement contre la pensée contractuelle. Là également, l'analyse de Benhabib, même si elle n'est pas la seule du genre, présente un grand intérêt.

VI. Le sujet autonome et les théories contractuelles ou les fondements de l'espace public démocratique

Tout comme la pensée communautarienne, le féminisme critique ce qu'il appelle le point de vue épistémique des Lumières en s'attaquant à la pensée démocratique libérale. On lui reproche de présupposer, pour son déploiement, un concept appauvri de la nature humaine. Pour percevoir le monde comme l'exige de nous le régime démocratique, nous devons correspondre à un type d'homme. Tout comme la pensée communautarienne, le féminisme affirme que nous ne sommes pas ce qu'on exige de nous c'est-à-dire des personnes qui sont appelées à se défaire d'eux-mêmes et à regarder d'abord le monde du point de vue de la justice avant de définir les fins qui nous caractérisent comme des personnes individuelles.

À première vue la critique, si tant est qu'elle en est une, paraît banale. Elle paraît banale, parce que du point de vue logique, c'est comme si on critiquait le fait que si nous ne sommes pas ce que nous sommes appelés à être, nous ne sommes pas ce que nous devons être. Et l'on aura bien raison. C'est donc pour lui ôter ce caractère banal qu'il importe de la détailler quelque peu afin qu'elle garde tout son sens et en général — ne serait-ce que rhétorique — et pour le féminisme.

Il convient de rappeler que la pensée communautarienne reprend pour l'essentiel des critiques que Burke opposait déjà à la Révolution française. Excepté, bien évidemment, tout ce qui est historiquement lié à la Révolution, les communautariens rejettent

l'individualisme, l'abstraction, la neutralité axiologique de l'État moderne. Leur insistance sur une conception quasi descriptive de l'individu les conduit à privilégier un discours des vertus par rapport aux droits subjectifs tels qu'ils sont conçus en régime démocratique. Cette pensée du droit subjectif accorde une priorité au juste sur le bien, le sujet de droit ayant préséance sur les fins qu'il poursuit, au point que le sujet de droit se trouve hors d'atteinte et n'est nullement affecté par les contingences historiques ou les changements qui s'opèrent dans son existence⁵⁶. Le sujet de droit n'est pas seulement désincarné, mais également dépouillé de ses fins qui sont considérées du point de vue moral comme contingentes et même arbitraires. Ses liens sociaux ne comptent pas dans la définition de ce qu'il est. Les communautariens mettent par conséquent l'accent sur cette dimension de l'individu immergé dans un réseau social et dans ses traditions culturelles.

Pour la pensée féministe, la conception moderne du sujet de droit a conduit à la division de la vie sociale et politique en sphère privée et en sphère publique, division à laquelle incombe la domination des femmes. La sphère publique repose sur un contrat qui, loin d'être social, ressemble plus à un arrangement entre des hommes pour des hommes. Quand la démocratie parle des hommes, il faut entendre le mâle, et là où il est question d'État moderne, une confrérie. La pensée féministe soutient à ce sujet une thèse à deux plans : 1) au plan historique : où l'on cherche à documenter dans les œuvres des classiques comment progressivement s'opère la domination des femmes depuis Platon, même si on épargne les philosophes de l'Antiquité, fort injustement d'ailleurs. Il y a une raison à cela : étant moderne, la pensée de l'égalité leur est tout à fait étrangère. 2) Au plan systématique, on parle d'une erreur épistémologique qui se traduit par le fait que les théories universalistes ont négligé « l'émotion morale et les

56. Voir M. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, Basil Blackwell, Oxford, 1984; A. MacIntyre, *After Virtue : a study in moral theory*, Notre-Dame (Ind.), Notre-Dame University Press, 2nd (ed.), 1984; et *Whose Justice Which rationality*, Notre-Dame (Ind.), Notre-Dame University Press, 1988; et Charles Taylor, « Le juste et le bien », *Revue de Métaphysique et de Morale*, Vol. 93, n° 1, 1988, p. 33-56; sur MacIntyre, lire Alain Renaut et Lukas Sosoe, *Philosophie du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1991 et Lukas K. Sosoe, « La pensée communautarienne : généalogie ou subversion des Modernes », dans *Tradition et argumentation. Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen*, Caen, 1991.

interactions morales quotidiennes avec autrui concret par opposition à abstrait. « La division sexuelle du travail fondée sur une construction sociale du sexe, issue de la modernité, serait à l'origine de cette négligence. Toutes les féministes sont critiques à l'égard de cette division de la vie sociale, pourtant capitale pour la démocratie, en sphère privée et publique. C'est donc pour montrer et souligner davantage ce pour quoi cette division serait une erreur épistémologique que nous voudrions écouter pour lors les thèses relatives à l'interprétation des classiques pour nous concentrer sur le sens qu'accorde la pensée féministe à cette séparation. Pour ce faire, nous prendrons encore une fois les travaux de Benhabib dont les propos, tout en gardant leur caractère polémique, présentent un intérêt critique de la démocratie, un intérêt autour duquel se cristalliseraient volontiers plusieurs tendances féministes.

La modernité, affirme Benhabib, n'a pas uniquement privatisé la relation du sujet au cosmos, et aux questions ultimes de la religion et de l'être. La privatisation s'est étendue à la « sphère domestique familiale » à un point tel que « les relations de parenté, d'amitié, d'amour et du sexe » sont perçues comme les domaines de la décision personnelle. Cependant, au commencement de la théorie morale et politique moderne, « le caractère subjectif de ces sphères ne signifie pas l'égale reconnaissance de l'autonomie de la femme, mais une évacuation, de la sphère de la justice, des relations fondées sur la constitution des sexes⁵⁷. » En un mot le domaine familial est resté dans l'ombre et la femme en elle, alors que les hommes célébraient leur entrée solennelle dans la sphère publique. De Hobbes à Kant en passant par bien d'autres, ce qui est considéré comme un domaine public s'est privatisé à son tour, il s'est constitué sur le modèle d'un club, où

« les chefs de famille, indépendants effectuent des transactions les uns avec les autres alors que le domaine de la sphère domestique intime est placé au-delà du voile de la justice et réservé aux besoins reproductifs et affectifs du père de la famille bourgeoise⁵⁸. »

Tout un domaine de l'activité humaine tel que la nutrition, la reproduction, l'amour et la sollicitude, devenu le lot de la femme, échappe ainsi « aux considérations morales et politiques ».

Cette analyse dont l'intérêt est qu'elle se retrouve chez toutes les féministes mérite qu'on s'y arrête. On notera tout d'abord son

57. Seyla Benhabib, *op. cit.*, p. 155.

58. *Ibid.*

caractère critique de la démocratie, critique dont il convient tout de même d'apprécier la particularité. Comme le dit très lucidement Benhabib, s'il y a quelque chose qui unit les postmodernistes de Foucault à Derrida et Lyotard à la cause des féministes, c'est la critique de la rationalité venant de la perspective des exclus, de ceux qui sont en marge, du point de vue de ce qui ou de celui qui est exclu⁵⁹. Toutefois, en dehors de quelques rares féministes, la démocratie n'est critiquée que pour avoir exclu, bref pour n'avoir pas tenu ses promesses. Il ne s'agit donc pas d'un rejet, mais d'une critique destinée à corriger.

Benhabib développe ensuite, pour reprendre ses propres termes, une sorte de *généalogie* des théories du contrat social qui nous renvoie aux thèses fondamentales du communautarisme sur le sujet de droit et dont l'objectif est de montrer comment la priorité du juste, du droit sur le bien, c'est-à-dire du juridique sur la vie bonne, traduit la séparation du domaine public du domaine privé et la soumission de ce dernier au premier.

C'est dans cette optique que Benhabib interprète l'état de nature aussi bien chez Kant que chez Hobbes. Le concept d'état de nature chez Kant n'aurait pour tout autre contenu qu'une simple idée : le droit privé. La description que Hobbes nous donne de l'état de nature ne réussit, en fait, qu'au prix de la combinaison d'une fiction avec des faits. Quelqu'en soit la coloration particulière que chaque classique lui donne, l'état de nature est, pour la pensée féministe, révélateur, puisqu'il est le truchement par lequel le penseur bourgeois et sa société sont « magnifiés, purifiés et réfléchis dans leur vérité nue et originelle⁶⁰. » Pour notre auteur, ce n'est pas tant cet état de cauchemar selon Hobbes ou d'utopie d'après Rousseau qui importe, que sa signification profonde pour la cause féministe. Celle-ci veut qu'au-delà de la métaphore l'homme soit seul. Là encore Hobbes nous en donne une image des plus éloquentes. Les hommes sortent de terre comme des champignons. Benhabib conclut que l'allégorie ultime de l'autonomie :

« La femme, la mère dont chaque individu est né est remplacée par la terre. Le refus d'être mis au monde par une femme libère l'ego du mâle du lien le plus naturel et le plus fondamental de dépendance⁶¹. »

59. *Ibid.*, p. 14.

60. *Ibid.*, p. 155.

61. *Ibid.*, p. 156.

Même le noble sauvage de Rousseau n'y échappe pas, écrit Benhabib. Sauf que, plus sympathique que d'autres dans l'état de nature, il lui arrive d'entretenir un minimum de rapport humain parce qu'au hasard de ses errances, il s'arrête, ne serait-ce qu'un moment, pour copuler occasionnellement avec une femme avant de chercher ensuite son repos. S'inspirant de Hegel, Benhabib voit dans la métaphore de l'état de nature, le lieu légitime même du sujet de droit qui, pour se faire reconnaître, a besoin de droit et, pour ce faire, entre en lutte, en confrontation avec les autres. C'est à cette conception narcissique du sujet qui veut un monde à sa propre image, un monde qui réponde à ses passions individuelles, que recourt la démocratie libérale.

• L'histoire du mâle autonome, c'est la saga de la perte de ce sens initial de confrontation avec l'autre et la guérison progressive des blessures narcissiques originaires à travers [...] l'expérience de la guerre, de la peur, de la domination, de l'anxiété et de la mort. La dernière étape de tout ce drame sera le contrat social, l'établissement du droit pour gouverner tout le monde •,

un droit par lequel l'autorité du père se trouve rétablie, vu que l'insécurité ne venait que des frères⁶². Le sujet autonome est déraciné et désincarné.

• Être moralement impartial revient à dire se substituer à l'autre qui n'est qu'un autre moi. L'équité est la justice publique; laquelle exige un système public de droits et de devoirs la meilleure voie de régler les conflits, de distribuer des récompenses et de faire des revendications. •

Benhabib conclut :

• Ce n'est pas les préjugés misogynes des premières théories morales et politiques seulement qui ont conduit à l'exclusion. C'est la constitution de la sphère de discours qui a exclu la femme du domaine de l'histoire pour le domaine de la nature, de la lumière du public vers l'intérieur du ménage, de l'effet civilisateur de la culture à la répétition de la charge de nutrition et de reproduction. La sphère publique se meut vers l'historicité, alors que la sphère privée, celle de la sollicitude et de l'intimité, demeure sans changement, exclue de la temporalité⁶³. •

Non seulement à travers cela la femme n'est rien, elle ne devient pas comme l'homme, mais son opposée.

62. *Ibid.* Lire à ce sujet l'interprétation que donne Hegel de la Révolution française.

63. *Ibid.*, p. 157.

« Ne participant pas comme les hommes à la sphère où se distribuent les moyens de l'autonomie, la femme est négativement définie comme manque d'autonomie, d'indépendance, manque de phallus. [...] Étrange monde d'hommes, plus précisément d'individus, où l'on grandit avant de venir au monde, où les garçons sont des hommes avant d'être enfants, un monde où il n'existe ni la mère, ni la sœur, ni l'épouse. L'essentiel de ce monde c'est qu'il est un univers négativement défini, un monde où la femme n'a pas sa place⁶⁴. »

Subjectivité dépouillée et désincarnée parce que abstraite, division de la vie sociale en deux sphères dont une seule est privilégiée, celle de la justice, la fin du sujet métaphysique, celle du grand récit et de l'histoire, tels sont les thèmes qui constituent le féminisme contemporain, thèmes à travers lesquels s'expriment tant bien que mal les aspirations du mouvement féministe. Ils justifient à leurs yeux la revendication d'un certain différentialisme qui varie au gré des différentes accentuations que l'on retrouve dans le mouvement féministe. Dans la plupart des cas la démocratie n'est pas réfutée. On souhaite toutefois certains aménagements qui, pour les féministes, sauraient conduire à l'appréciation de la sphère privée avec les valeurs d'éducation, de sollicitude, de responsabilité pour les autres. On peut cependant se demander comment ces aménagements de fond, tels que la réorganisation de l'espace démocratique et la réinstallation d'un concept de subjectivité située au cœur du dispositif de justification de la démocratie peuvent se faire tout en gardant les valeurs qui sont celles de la démocratie ?

Problème capital, puisqu'il ne touche pas au fonctionnement de la démocratie, mais son fondement même. Comment remplir le concept abstrait de la démocratie par des contenus nouveaux, des déterminations nouvelles, sans radicalement en transformer le sens et s'interdire les revendications que l'on pose au nom des droits et libertés démocratiques ? Si le sujet est indispensable à la justification des droits et libertés démocratiques, si ceux-ci sont nécessaires à la pensée d'une commune humanité, comment donc les particulariser sans en occulter l'indétermination ? Par où se découvre encore une fois, qu'au-delà de leurs diverses articulations, les différentialismes peuvent aller jusqu'à rendre impossible ce au nom de quoi s'effectue éventuellement la différence à un plan de fondements de l'ordre démocratique.

64. *Ibid.*

Mais il y a plus : pour la pensée féministe et contrairement à la critique communautarienne, abstraction devient synonyme de masculin par opposition au féminin. Elle est idéologie en ce qu'elle cache derrière elle de prétendues valeurs d'universalité, une redoutable particularité, une partialité hypocrite : le sujet masculin est dépouillé, il ne tient pas compte des émotions, c'est un mâle solitaire pour qui seule la raison importe. Son éthique est une éthique des droits et libertés fondés sur un esprit de partenariat, de confrérie, qui fait dire qu'on n'a pas affaire à un contrat social, mais à un contrat sexuel ou fraternel. À supposer que tout cela soit vrai, l'éthique féministe ne se définit que par opposition à ces dites valeurs masculines. Définition ou opposition censée définir une identité féminine que doit prendre en compte toute philosophie pratique qui veut éviter la partialité et l'exclusion. Mais l'opposition est trop juste pour qu'on ne s'y attarde pas. À y voir de près, elle correspond exactement à ce que certains philosophes africains prennent pour leur propre pensée africaine⁶⁵. Ils sont pléthores les articles qui justifient toutes les aberrations de la Charte africaine des droits de l'homme pour défendre la position selon laquelle cette charte doit à tout prix éviter l'individualisme tel qu'il est répandu dans les pays occidentaux. Ici également la démocratie libérale est hâtivement associée à la culture occidentale en bloc, tout comme les théories contractualistes sont associées. La question à laquelle a voulu répondre la démocratie libérale n'a jamais été posée. Or c'est précisément cette question qui décide des raisons pour lesquelles on a recouru à un concept abstrait du sujet ou à un sujet sans détermination. Tout comme est facilement reléguée au second plan la stabilité relative dont jouissent les États où la démocratie libérale s'est constituée en un horizon indépassable du discours politique. Bref, au-delà de l'allégorie purement descriptive de l'état de nature et du contrat social, la signification proprement philosophique de ce concept où faits et fictions se mêlent n'est pas en considération. Elle est hâtivement mise de côté au profit de la question de notre identité. Tout se passe comme si la question de nos identités était celle à laquelle la démocratie libérale a cherché une réponse. Toutefois, pour peu que l'on interroge les théories libérales démocratiques, les reproches féministes sont porteurs de questions qui ne

65. Lire à ce sujet l'intéressant article de Sandra Harding, « The curious Coincidence of Feminine and African Moralities », dans Kittay Eva Feder (ed.), *Women and Moral Theory*, Totowa, Rowman Littlefield, 1989, p. 296-315.

sont pas directement liées à la fondation même de la démocratie libérale, mais peut-être tout au plus à son fonctionnement. Car la réalisation du projet démocratique peut se trouver en face d'obstacles d'ordre culturel et historique qui ne sont que des formes de vie sédimentées ayant échappé à la critique rationnelle.

La remise en cause de la démocratie par le féminisme oublie et écarte très souvent la question de savoir pourquoi le concept de sujet de droit est tel qu'il est. Pourquoi abstraction est faite de nos identités particulières, de nos convictions particulières et s'il y a de bonnes raisons de ne point prendre en considération nos déterminations socio-historiques ? Pour peu que l'on veuille prendre au sérieux la préoccupation des théoriciens de la démocratie, on s'aperçoit très vite que le problème n'était pas la description de ce que nous sommes. On voit mal d'ailleurs comment on peut répondre à la question de notre identité de manière satisfaisante et une fois pour toute. Et si la critique qui est adressée à la démocratie revient à la reconnaître coupable de n'avoir pas su énoncer notre identité, il faut avouer qu'on l'accuse de ce dont elle ne s'est jamais prévalu. La préoccupation fondamentale se réduit à la recherche de conditions dans lesquelles des êtres humains doués de liberté peuvent cohabiter dans un espace limité et dans un respect mutuel. Tel est le problème que les théories démocratiques cherchent à résoudre, on se rend bien vite compte que la réponse n'est pas qui nous sommes, mais plutôt comment nous voir au-delà de ce que nous sommes historiquement, concrètement, pour que l'espace public soit celui de la liberté capable de rendre compatible nos différences spécifiques.

*Département de philosophie
Université de Montréal*

Deux réactions face au pluralisme

Victoria Meickle

Introduction

Cette communication comporte trois parties. Je vais esquisser, en premier lieu, deux réactions des juristes face au pluralisme. La première, exemplifiée par l'œuvre de Rawls, consiste à tenter de formuler des principes de justice auxquels tous pourraient adhérer en dépit de la diversité des individus et de leurs situations concrètes. La deuxième réaction consiste à démontrer le pluralisme des institutions juridiques elles-mêmes. Je donnerai ensuite un exemple de l'apport des juristes quant à la transition entre le niveau de la théorie idéale de Rawls et la situation non-idéale des sociétés existantes. Pour conclure, je ferai l'ébauche d'une compréhension rawlsienne de la révision judiciaire en droit administratif comme point de rencontre entre principes de justice et principe de la diversité des citoyens.

Deux réactions des juristes face au pluralisme

Le sens que je vais donner au mot pluralisme, c'est celui qu'emploie John Rawls dans l'élaboration de sa théorie de la justice : que les citoyens et citoyennes d'une société moderne poursuivront des fins multiples et variées, qui seront parfois en conflit les uns avec les autres, et qui, du moins, donneront lieu à des réclamations incompatibles quant à la distribution des ressources de leur société¹. Pour Rawls, cette constatation du « fait du pluralisme² » pose un problème de justification. Étant donnée la diversité des fins des citoyens, nous ne pouvons justifier la répartition inégale des avantages qui découlent de l'existence de la

-
1. John Rawls, *Théorie de la justice*, Paris, Éditions du Seuil, 1987, p. 30.
 2. « The Idea of an Overlapping Consensus », 7 *Oxford Journal of Legal Studies* 1, 1987, p. 5; et *Political Liberalism*, New York, Presses de l'Université Columbia, 1993, p. 36-37.

collectivité en faisant appel à la valeur de fins particulières³. Des principes qui justifieraient la répartition des ressources d'une société — des principes de justice — doivent donc se fonder sur la reconnaissance de ce fait du pluralisme, et sur le respect de la part de chacune des fins particulières des autres⁴. Dans une perspective rawlsienne, cette reconnaissance et ce respect sont exprimés au niveau social par l'adoption de lois et de politiques économiques qui répondent aux exigences institutionnelles des deux principes de justice⁵.

La justification, selon Rawls, est un raisonnement qui s'adresse à ceux et à celles qui ne partagent pas notre point de vue⁶. Pour qualifier de justification, un raisonnement doit se fonder sur des présomptions, des principes ou des jugements qu'on pourrait partager; sinon, le raisonnement ne sert pas de justification. Dans la mesure où les principes de justice de Rawls seraient justifiés⁷, tous pourraient y adhérer en dépit de la diversité de leurs conceptions de ce qui constitue une vie valable et des différences dans leurs situations concrètes. L'étude et l'élaboration de lois et de politiques qui puissent réaliser des institutions compatibles avec ces principes de justice constitueraient donc une tentative d'exprimer, de façon plus concrète, des principes de justice que pourraient partager les citoyens d'une société pluraliste.

L'étude par le juriste de la théorie de Rawls, et de ses implications pour les institutions actuelles, représente une réaction possible face à la diversité des fins que poursuivent les citoyennes d'une société moderne : la tentative d'élaborer des principes de droit que nous pourrions tous partager. Je voudrais cependant

-
3. John Rawls, *Théorie de la justice*, *op. cit.*, n. 1, p. 45; *Political Liberalism*, *op. cit.*, n. 2, p. 12-13.
 4. Ces fins doivent toutefois être compatibles avec les principes de justice : John Rawls, *Théorie de la justice*, *op. cit.*, n. 1, p. 57; « Kantian Constructivism in Moral Theory », 77 *Journal of Philosophy* 515, 1980, p. 530; *Political Liberalism*, *op. cit.*, n. 2 p. 174-75.
 5. En premier lieu : chaque personne doit avoir un droit égal à un système adéquat de libertés de base égales, qui soit compatible avec le même système pour les autres.
En second lieu : les inégalités sociales et économiques doivent être organisées de façon à ce que (a) l'on puisse raisonnablement s'attendre à ce qu'elles soient à l'avantage de chacun et (b) qu'elles soient attachées à des positions et à des fonctions ouvertes à tous.
 6. John Rawls, *Théorie de la justice*, *op. cit.*, n. 1, p. 621.
 7. Par leur dérivation dans la situation originelle et leur conformité aux exigences de la stabilité.

signaler que l'on retrouve parmi mes collègues juristes une autre réaction au pluralisme, qu'on qualifie de pluralisme juridique.

Je connais deux sens à cette idée de pluralisme juridique. Tout d'abord, les pluralistes juridiques au premier sens du mot voudraient attirer l'attention des juristes sur la diversité des structures normatives étatiques, et aussi sur l'existence de structures normatives, et donc de « droits », à part celles promulguées par l'État⁸. Cette étude de la normativité engloberait à la limite les institutions de la famille, du milieu de travail, et d'autres groupes et organisations auxquels l'individu participe.

On retrouve également une deuxième notion de pluralisme juridique, qui souligne la pluralité des « stratégies d'interprétation » chez les juges, c'est-à-dire l'existence de diverses positions sur la relation juste entre les « valeurs juridiques » qui entrent en jeu dans tout arrêt controversé⁹.

La transition de la théorie idéale à la société non-idéale

Je reviens maintenant à la réaction rawlsienne à propos de la diversité des fins des citoyennes, et à la tentative d'élaborer des principes de justice qui régleraient les institutions politiques et économiques de base d'une société. Rawls élabore ces principes de justice au niveau de ce qu'il appelle la « théorie idéale », c'est-à-dire sous certaines conditions relatives à l'adhésion des citoyens à ces principes, et à la conformité de leur conduite avec ceux-ci, qu'on ne s'attendrait pas à retrouver dans une société réelle. Il est néanmoins clair dans ses écrits que Rawls envisage ces principes de justice, et la société idéale, dite « bien-ordonnée », comme critères d'une société juste, à laquelle chaque citoyenne pourrait mesurer la

-
8. Voir par exemple J.-G. Belley, *Conflit social et pluralisme juridique en sociologie du droit*, Paris, Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris (Paris II), 1977 (thèse doctorale). On pourrait aussi qualifier de pluralisme juridique l'œuvre de Jeremy Webber, *Reimagining Canada*, Montréal, Presses des Universités McGill et Queens', 1994, dans lequel il constate l'adhésion de l'individu à plusieurs communautés au sein d'une société. Il souligne le fait que l'organisation fédérale présume l'existence de liens entre citoyens à deux niveaux, et donc par définition le fractionnement des liens de citoyenneté.
 9. Voir par exemple Natalie Stoljar, « Un argument en faveur du pluralisme juridique » dans *Lekton*, vol. IV, n° 1, Le défi du pluralisme, tome II, 1994.

sienne. C'est surtout au niveau de la transition entre la théorie idéale élaborée par Rawls, et la situation de sociétés actuelles comme la nôtre, dites « non-idéales », que les juristes peuvent contribuer à la compréhension de la théorie de la justice et de ses implications pour le pluralisme.

À mon avis, deux aspects de la formation et de l'expérience des juristes nous permettent de contribuer à l'élaboration et à l'évaluation de la théorie de Rawls. Premièrement, nous sommes spécialistes des institutions. Je ne veux pas laisser entendre que tous les juristes connaissent à fond toutes les institutions d'une société, mais la plupart connaissent bien une ou quelques-unes de ces institutions. Parmi nous, nous connaissons les lois qui constituent les institutions politiques, ainsi que celles qui règlent le fonctionnement des institutions économiques et sociales. Deuxièmement, nous avons beaucoup d'expérience quant à l'interprétation et à l'application de règles et de définitions plus ou moins abstraites aux circonstances particulières.

Citons en exemple la notion rawlsienne de la « structure de base¹⁰ » d'une société, l'idée que les citoyennes et les associations poursuivent leurs fins diverses dans le cadre d'un ensemble d'institutions politiques, économiques et sociales qui garantissent les droits des citoyennes et qui distribuent parmi elles les avantages de la vie collective. La structure de base est l'ensemble des institutions qui encadrent les activités des particuliers et de leurs associations, et qui déterminent, entre autre, la portion des avantages de la vie collective accordés aux citoyennes occupant les différentes positions des hiérarchies sociales et économiques d'une société. Les principes de justice de Rawls s'appliquent, du moins en premier lieu, à la structure de base d'une société.

Certains philosophes ont constaté qu'il serait impossible d'en arriver à des conclusions sur les conséquences des principes de justice de Rawls pour les sociétés existantes sans une définition plus exacte ou plus élaborée ou détaillée de ce que Rawls entend par cette notion de « structure de base ». Le problème spécifique de ces philosophes c'est de savoir quelles institutions seraient sujettes aux

10. John Rawls, *Théorie de la justice*, *op. cit.*, n. 1 p. 33-34; « The Basic Structure as Subject » dans A. I. Goldman et J. Kim (dir.), *Values and Morals*, Dordrecht, Hollande, D. Reidel, 1978, 47-71, p. 47; *Political Liberalism*, *op. cit.*, n. 2 p. 257-58.

principes de justice de Rawls¹¹. Rawls nous propose les institutions centrales de cette structure, et énumère leurs fonctions dans la société. À nous maintenant, qui connaissons le contexte d'une loi ou d'une institution spécifique, de décider, le cas échéant, si elle fait partie de la structure de base de notre société.

Il me semble que les juristes se trouvent dans une situation privilégiée pour réfléchir aux problèmes de l'élaboration de la structure de base d'une société particulière. Le raisonnement des juges en décidant des cas individuels procède non seulement par déduction à partir de règles ou de définitions abstraites, mais aussi par analogie avec d'autres cas spécifiques jugés semblables ou très similaires. Ce raisonnement par analogie permet aux juges de trancher des questions relatives à la justice de lois et aux institutions spécifiques dans le contexte d'une société existante, sans nécessiter l'établissement *a priori* de la portée exacte de notions développées au niveau d'une théorie idéale. La possibilité de procéder à l'élaboration des exigences de principes de justice dans des cas particuliers pourrait éventuellement avancer notre compréhension de la portée de ces principes dans les circonstances où les principes de justice seuls sous-déterminent les exigences de la justice dans une société actuelle.

-
11. Stephen Mapel conclut que l'indétermination des principes rawlsiens de justice, quant aux institutions sociales et économiques requises, est une des raisons pour lesquelles nous devons abandonner la notion de la structure de base : *Social Justice Reconsidered*, Urbana, Presses de l'Université d'Illinois, 1989 p. 119-124. Tom Beauchamp constate que les principes de justice de Rawls ne s'appliquent pas aux problèmes de gouvernement et de réglementation sociale « de tous les jours » à cause de l'entremise de la structure de base entre les principes de justice et telle réglementation : « Distributive Justice and the Difference Principle », dans H. Gene Blocker et Elizabeth Smith (dir.), *John Rawls' Theory of Justice*, Athens, Presses de l'Université d'Ohio, p. 156. Rawls inclut les lois promulguées par la législature de la société idéale dans la notion de la structure de base : « The Basic Structure as Subject », *ibid.* p. 64-65; *Political Liberalism*, *op. cit.*, n. 2, p. 282-83. Beauchamp a raison de souligner que les principes de justice de Rawls ne sont pas aptes à l'application directe à une loi ou une politique particulière prise seule, en abstraction des autres institutions de la structure de base de la société. Il me semble néanmoins conforme à la théorie de Rawls qu'on évalue en fonction des deux principes de justice une réglementation qui aurait un impact sur les attentes légitimes des citoyennes, du moment qu'on évalue les effets de cette réglementation dans le contexte des autres institutions politiques, économiques et sociales de la structure de base dont elle fait partie.

Toute décision quant aux institutions, lois et politiques qui constituent une structure de base doit se prendre en fonction du rapprochement entre les institutions centrales de cette structure de base et une loi ou une institution quelconque, et selon le rôle que joue celle-ci pour assurer les libertés civiques ou répartir les avantages de la vie collective. Ainsi, les connaissances spécialisées des juristes des institutions de leur société, et une fonction proprement juridique, celle d'interpréter une définition abstraite et de déterminer, ce faisant, son application dans un contexte institutionnel particulier, pourraient ensemble avancer notre compréhension de la portée des principes de justice dans une société actuelle.

La révision judiciaire et le respect de la diversité

Les juristes québécois et canadiens, entre autres, ont longtemps débattu le rôle de la révision judiciaire en droit administratif. Il s'agit d'une question apparemment insoluble : d'une part, il semble impossible d'écarter de façon définitive l'intervention judiciaire auprès du citoyen qui subit un traitement arbitraire de la part de l'administration; de l'autre, il faut restreindre cette intervention aux cas d'iniquité manifeste, question d'assurer aux administrateurs la possibilité de poursuivre l'intérêt public en exerçant les pouvoirs que le législateur leur a délégués.

Les avocats spécialisés en droit administratif appuient leurs plaidoyers en faveur de la « retenue judiciaire » en citant les raisons pour lesquelles le législateur aurait pu octroyer le pouvoir de statuer sur certaines questions au tribunal administratif plutôt qu'aux cours supérieures. Premièrement, les membres d'un tribunal se spécialisent et développent une connaissance plus élaborée des enjeux du milieu réglementé que ne peut en avoir une cour¹². Deuxièmement, parce que les décisions du tribunal n'ont souvent pas la même valeur de précédent qu'ont les décisions d'une cour supérieure, le tribunal administratif est en mesure d'accorder un poids accru aux circonstances particulières jugées pertinentes dans chaque cas individuel. Troisièmement, le tribunal peut promouvoir, de la manière qu'il juge la meilleure dans chaque contexte, les politiques du gouvernement. Bref, certaines raisons qu'on cite pour préférer la décision du tribunal à celle de la cour supérieure relèvent de la

12. Voir par exemple P. P. Craig, *Administrative Law*, 2^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1989, p. 272-74.

diversité des situations et des individus qui seront affectés par les dispositions législatives en question¹³.

Rawls saisit bien la relation entre la cour et l'administrateur lorsqu'il explique les notions de « justice procédurale imparfaite », et de « justice procédurale pure ». La notion de justice procédurale imparfaite exprime le problème auquel nous faisons face lorsqu'il s'agit d'établir des institutions gouvernementales justes dans une société actuelle¹⁴. Même si nous acceptons des principes abstraits de justice sociale, qu'elles soient celles de Rawls ou d'autres, nous ne pouvons savoir *a priori* ce que ces principes impliquent dans les circonstances particulières de notre société. Nous pouvons écarter certains résultats dont l'injustice est flagrante, mais il reste néanmoins une gamme de résolutions possibles à l'égard des différends au niveau du droit administratif, qu'on pourrait considérer justes. De plus, il n'existe aucune procédure qui puisse garantir que les décisions au niveau administratif tombent dans cette gamme de résultats justes. Étant donnée notre situation de justice procédurale imparfaite, il n'est pas évident que nous puissions justifier une décision administrative au citoyen qui se trouve défavorisé par le résultat. Comment le citoyen « perdant » peut-il s'assurer qu'une décision contre ses intérêts particuliers sert à promouvoir l'intérêt public, et non simplement celui de ses adversaires ?

Il existe donc une double indétermination dans une situation de justice procédurale imparfaite, tant à l'égard de la procédure qui donnerait des résultats justes qu'à l'égard des conséquences de principes abstraits de la justice dans des circonstances concrètes. À cause de cette double indétermination, la justice procédurale pure doit jouer un rôle dans la formulation de lois et de politiques

13. Il me semble que l'adoption d'une réglementation spécifique pour une catégorie de relations entre citoyens, tel qu'employeur-employé ou propriétaire-locataire, et l'établissement d'un tribunal administratif auquel on octroie le pouvoir de trancher les questions en litige dans ces relations, peut constituer une reconnaissance de la diversité des citoyens à deux niveaux. En adoptant une loi spéciale pour régir, par exemple, les relations de travail, le législateur reconnaît la diversité des relations contractuelles. En établissant un tribunal administratif dont la procédure favorise l'attribution d'une importance accrue aux circonstances particulières de chaque situation en litige, il reconnaît la diversité parmi les situations des employeurs et employés eux-mêmes.

14. John Rawls, *Théorie de la justice*, *op. cit.*, note 1, p. 233.

justes¹⁵. À mon avis, le rôle limité de la justice procédurale pure dans une situation de justice procédurale imparfaite nous fournit la base théorique de la révision judiciaire. Puisque nous ne pouvons pas déterminer d'avance les exigences de la justice dans toutes les circonstances possibles, nous devons établir une procédure et accepter que, si le résultat de cette procédure tombe dans la gamme de résultats justes, il est juste. Mais, puisque nous savons aussi que nous ne pouvons pas, par la voie de l'adoption d'une procédure, écarter de façon définitive la possibilité d'un résultat injuste, nous nous réservons la possibilité de questionner la justice touchant certains résultats devant les cours. L'institution de révision judiciaire fournit l'occasion d'« ajuster » les résultats de l'opération d'une procédure administrative et, ce faisant, d'assurer qu'un résultat particulier tombe dans la gamme de résultats justes.

Si l'on envisage de cette façon le rôle de la cour qui casse la décision d'un tribunal administratif, on voit très nettement le problème créé par la Cour suprême du Canada lors de sa récente intervention dans une décision du Tribunal canadien des droits de la personne¹⁶. La Cour suprême a statué qu'il appartient à la cour supérieure, et non au tribunal, de décider des questions de droit soulevées devant celui-ci, même si la question porte sur l'interprétation de la loi habilitante du tribunal. Dorénavant, toute « erreur » de droit, c'est-à-dire toute interprétation du tribunal avec laquelle la cour ne sera pas d'accord sera susceptible de cassation. En prônant que la Cour supérieure doit établir la portée des dispositions législatives, la Cour suprême réduit la possibilité pour le tribunal d'adapter l'application de la loi afin de reconnaître la diversité des situations particulières. Nous devons nous demander si la position

15. Rawls qualifie de situation de justice procédurale imparfaite le régime constitutionnel d'un État. Sa discussion se situe donc au niveau de l'exercice du pouvoir législatif. Il me semble cependant qu'une situation analogue d'indétermination existe au niveau des décisions des administrateurs. Voir, par exemple, les motifs de Madame la juge L'Heureux-Dubé, dissidente, dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Mossop*, qui interprète la *Loi canadienne sur les droits de la personne* comme réservant au tribunal le pouvoir de statuer sur la portée de l'expression « situation de la famille » : [1993] 1 R.C.S. 554, p. 620.

16. *Procureur général du Canada c. Mossop*, *ibid.* Cette décision est commentée par Alison Harvison Young, « Human Rights Tribunals and the Supreme Court of Canada : Reformulating Deference », 13, *Rec. de droit administratif*, p. 206.

de la Cour suprême respecte les fins du législateur qui a procédé à l'établissement d'un tribunal des droits de la personne, avec le désir, semble-t-il, de permettre l'application nuancée d'une loi en fonction de la diversité des situations particulières des personnes affectées.

*Faculté de droit
Université McGill*



Droit, philosophie et droits collectifs

Michael Hartney

On m'a proposé de vous entretenir aujourd'hui de l'influence du Droit¹ ou de la philosophie du Droit sur la réflexion philosophique concernant le pluralisme. En philosophie politique contemporaine, le terme « pluralisme » peut désigner deux phénomènes différents (mais non sans rapports entre eux).

D'une part, il y a le pluralisme idéologique, c'est-à-dire l'existence au sein d'une même société de plusieurs visions morales souvent incompatibles. Ce genre de pluralisme soulève la question de l'attitude de l'État face à ces visions morales incompatibles : doit-il adopter une position de neutralité, comme le voudrait le libéralisme moderne dont Rawls est le champion à l'heure actuelle ?

Mais il y a aussi le pluralisme que j'appellerai — faute d'un meilleur terme — « culturel » : l'existence au sein d'une même société politique de plusieurs groupes ayant chacun une langue ou un mode de vie propre. Evidemment une différence de mode de vie peut reposer sur une différence idéologique, mais ce qui caractérise le pluralisme culturel c'est que les différences entre les groupes ne sont pas uniquement idéologiques, mais impliquent des pratiques différentes. Ce genre de pluralisme soulève une question politique différente : jusqu'à quel point l'État doit-il intervenir pour protéger la spécificité et même la survivance de ces groupes ? Cette question ne se pose pas pour le pluralisme idéologique, du moins dans une société respectueuse de la liberté des personnes : le débat idéologique doit être tout à fait libre, et si une idéologie gagne des adeptes aux dépens d'une autre, cela n'intéresse tout simplement pas l'État (sauf peut-être dans le cas d'une idéologie qui menace l'ordre

1. J'adopte la convention selon laquelle le Droit (avec la majuscule) désigne l'institution (le droit « objectif » des juristes), et le droit (sans majuscule) la prérogative des individus (le droit « subjectif »).

public). Mais lorsque les groupes se distinguent, non seulement par leurs idées, mais aussi par leur langue ou leur mode de vie, on peut se demander si la justice exige que l'État protège les groupes plus faibles ou moins nombreux de l'influence des plus forts ou des plus nombreux.

L'une des solutions que l'on a proposées au problème du pluralisme culturel est la thèse de l'existence de droits collectifs : les groupes ou les collectivités posséderaient des droits qui sont irréductibles à ceux de leurs membres et qui protégeraient l'existence ou la spécificité du groupe. Lorsqu'on parle de droits collectifs, on peut avoir en vue soit des droits juridiques, c'est-à-dire accordés par le Droit en vigueur, soit des droits moraux. Je m'intéresserai uniquement aux droits moraux supposément collectifs. Et je me propose dans cette communication (1) de critiquer la notion de droit [moral] collectif, et (2) de montrer comment les aspects discutables de cette notion viennent notamment de son origine juridique. Pour ce faire, je devrai aussi critiquer certains aspects de la notion d'un droit, aspects que je rattache aussi à l'origine juridique de cette notion.

1. La notion d'un droit

Il est bien connu que la notion d'un droit est étrangère à la pensée antique. Le concept fait son apparition au Moyen-Âge et tout d'abord dans le domaine juridique². Puis la philosophie s'en mêle. Tout d'abord la philosophie politique élabore la notion de droits naturels de l'individu contre l'État ou la collectivité, thème central de la pensée politique aux XVII^e et XVIII^e siècles. Puis, la philosophie morale, et par la suite le discours moral en général, s'approprient le terme de droit pour en faire un concept central de la pensée morale.

Les droits juridiques. Dans son analyse maintenant célèbre de la notion d'un droit juridique³, Hohfeld a cru distinguer quatre sens du mot, dont deux seuls m'intéressent ici⁴. Tout d'abord, on emploie le terme « droit » pour désigner tout ce qui est juridiquement permis. Ainsi, s'il est juridiquement permis de marcher sur

2. Pour un compte rendu utile de l'évolution de la notion d'un droit, voir les premiers chapitres du livre de Richard Tuck, *Natural Rights Theories*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979.

3. Wesley N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions*, New Haven, Yale University Press, 1919.

4. Les deux autres sont le droit comme capacité juridique, et le droit comme immunité.

le trottoir, on dira qu'on a le droit de marcher sur le trottoir. Inversement, lorsqu'on veut indiquer qu'un acte est illégal, on dira « On n'a pas le droit d'agir ainsi ». C'est ce qu'on peut appeler le « droit-liberté » : le droit comme absence d'obligation. Mais on emploie aussi le terme « droit » pour désigner le pendant d'une obligation : si je dois une somme à quelqu'un, alors on dira qu'il a droit à cette somme. C'est ce qu'on peut appeler le « droit-créance ». Mon droit-liberté a pour objet mon propre comportement, alors que mon droit-créance a pour objet le comportement d'autrui.

Notons deux conséquences de cette terminologie.

- (1) Tout d'abord, il est relativement aisé de découvrir si nous possédons tel ou tel droit juridique. Le Droit a des sources formelles, comme la législation et la jurisprudence. On n'a qu'à consulter ces sources pour découvrir les libertés et les devoirs qui y sont énumérés. Si, en vertu de la loi ou la jurisprudence, A est tenu d'agir d'une certaine façon envers B, alors B a droit à ce comportement — c'est un droit-créance — et si A n'y est pas tenu, alors il a le droit de s'abstenir d'agir ainsi — c'est un droit-liberté.
- (2) Ensuite, les droits juridiques seront très nombreux et les chances de conflits sont élevées. Partout où le Droit impose une obligation qui est due à quelqu'un, il y a un droit-créance, et partout où le Droit laisse les gens libres d'agir, il y a un droit-liberté. Comme le droit-liberté c'est l'absence d'obligation, et le droit-créance c'est l'obligation d'autrui, droits-libertés et droits-créances risquent de se heurter. Si la chaîne stéréo de B dérange son voisin A, alors il est impossible pour B d'avoir le droit de faire jouer son stéréo (un droit-liberté) et pour son voisin d'avoir droit à la paix (un droit-créance). Forcément, les deux droits sont en conflit et le Droit devra résoudre le conflit en stipulant que l'un des deux droits l'emporte sur l'autre.

Les droits moraux. La terminologie dont je viens de parler et qui est celle du Droit a déteint sur la philosophie morale et le discours moral quotidien. Ainsi, au lieu de dire que tel comportement est moralement permmissible ou répréhensible, aujourd'hui nous disons plutôt « J'ai le droit d'agir ainsi » ou « Tu n'as pas le droit de faire cela ». De même, les débats moraux se font toujours en termes de droits : par exemple, la question de l'avortement tourne autour des droits respectifs de la mère et du fœtus (voir même de la possibilité pour un fœtus d'être sujet de droits). La notion d'un droit a ainsi supplanté celle d'obligation comme notion centrale de la philosophie morale et du discours moral de tous les jours.

Il en résulte une prolifération de droits (tout comme dans le domaine juridique) : au lieu de dire qu'un tel a le devoir d'agir d'une certaine façon, on dit que l'autre a droit à ce comportement, et au lieu de dire qu'un tel est libre de faire quelque chose, on dit plutôt qu'il a le droit de le faire. Il en résulte également de nombreux conflits de droits (ou de présumés droits). Par exemple, les employés d'un hôpital veulent faire la grève et la bataille des droits est aussitôt engagée : les uns invoquent le droit des employés de faire la grève, et les autres le droit des malades à des soins adéquats. Mais à la différence du Droit, la morale n'a pas de sources formelles : il n'existe pas de textes officiels que l'on puisse consulter pour savoir qui a raison. D'où une nouvelle prolifération de droits : chaque fois que l'on veut défendre les intérêts de quelqu'un, on postule un nouveau droit qui vient se joindre aux autres dans cette lutte incessante des droits qu'est le discours moral contemporain. En résumé donc, cet état de choses résulte en premier lieu de l'adoption par le discours moral de la conception juridique d'un droit, mais également de l'absence de sources formelles qui puissent imposer une limite au nombre de droits dont on veut postuler l'existence.

Plusieurs philosophes modernes, notamment Ronald Dworkin, trouvent cet état de choses déplorable : ils jugent que la terminologie « juridique », selon laquelle tout ce qui est moralement permis est l'objet d'un droit et toutes les obligations morales impliquent un droit correspondant, banalise la notion de droit moral. Ils veulent une notion plus « robuste » d'un droit. Ces philosophes défendent généralement une conception anti-utilitariste de la morale, mais une conception qui partage avec l'utilitarisme l'idée que la morale a pour fonction de protéger les intérêts des individus et que cette protection prend la forme d'obligations morales imposées aux individus. Ce qui caractérise ces morales anti-utilitaristes, c'est l'idée que les intérêts se divisent en deux classes, les intérêts « ordinaires » et les intérêts « privilégiés », ces derniers jouissant d'une priorité morale par rapport aux premiers en ce sens qu'ils sont à l'abri du calcul utilitariste des intérêts qui règne dans le domaine des intérêts ordinaires : il est donc illégitime de sacrifier un intérêt privilégié pour sauver un ou plusieurs intérêts ordinaires. Ce sont ces intérêts privilégiés qui constituent nos droits moraux. Leur importance justifie l'imposition d'obligations morales aux membres de la société dans le but de les protéger. Il faut donc qu'un intérêt atteigne un certain degré d'importance morale avant qu'il ne devienne un droit. On a proposé différents critères pour identifier ce degré d'importance morale. J'en donne trois exemples.

Pour les uns, un intérêt acquiert le statut d'un droit si son importance est telle qu'il serait moralement justifiable d'utiliser la contrainte pour le protéger, soit de la part des particuliers, soit par la création d'un droit juridique impliquant le pouvoir de contrainte de l'État⁵.

Pour Raz⁶, un intérêt constitue un droit si l'intérêt d'un seul individu suffit pour imposer des obligations morales aux autres membres de la société. Imposer une obligation à autrui c'est lui imposer un fardeau : ce fardeau ne se justifie que s'il revêt une importance moindre que l'intérêt que l'on protège en imposant l'obligation. Dans bien des cas (c'est-à-dire les intérêts « ordinaires », la justification d'une obligation dépend du nombre de gens affectés de part et d'autre : ainsi, une obligation qui n'affecte que peu de gens tout en protégeant l'intérêt d'un grand nombre peut se justifier moralement, et réciproquement une obligation qui grève une foule de gens ne pourra se justifier si elle ne sert qu'à protéger l'intérêt d'un petit nombre. Mais tel n'est pas le cas de ces intérêts qui constituent des droits : dans ce cas, l'intérêt d'un seul justifie l'imposition d'une obligation à la collectivité toute entière.

Enfin, il y a la conception de Dworkin selon laquelle les droits sont des « atouts » qui l'emportent sur le calcul utilitariste des intérêts⁷. Il appuie sa conception d'un droit moral sur l'histoire politique des sociétés occidentales depuis trois siècles et sur la philosophie politique qui a animé cette histoire, c'est-à-dire le libéralisme. Ainsi, il fait remarquer que dans la tradition libérale il existe des droits politiques qu'il est impossible de justifier de façon strictement utilitariste. Par exemple, la présomption d'innocence et le droit au silence reconnus à toute personne accusée d'une infraction ne peuvent se justifier au nom de l'intérêt général (conçu comme la somme nette des intérêts des individus) puisque le calcul utilitariste des intérêts permettrait sans doute de sacrifier l'intérêt de l'accusé dans certains cas; si nous récusons un tel sacrifice c'est que nous reconnaissons que les individus possèdent des prérogatives qu'ils peuvent faire valoir même à l'encontre de l'intérêt général.

-
5. Par exemple Jan Narveson, « Violence and War », dans Tom Regan (ed.) *Matters of Life and Death*, Random House, 1980, p. 109-126.
 6. Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1986, p. 166.
 7. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1977, p. xi.

Ainsi, selon cette conception plus « robuste » d'un droit moral, que partagent (avec des différences) des auteurs tels que Narveson, Raz et Dworkin, ce ne sont pas toutes les choses désirables qui génèrent des droits : seules celles qui sont d'une importance fondamentale pour le bien-être des personnes méritent d'être protégées par cette prérogative qui s'appelle un droit. Dans cette perspective, les droits moraux sont relativement peu nombreux, et les conflits entre droits sont relativement rares. Par contre, selon la conception plus « banale » caractéristique du langage juridique, où tout ce qui est désirable fait l'objet d'un droit, les droits sont fort nombreux et sont constamment en conflit les uns avec les autres.

Illustrons ce phénomène au moyen d'un exemple pris chez Dworkin. On entend souvent parler du conflit entre le droit d'un accusé à une défense pleine et entière et le « droit » d'un journaliste de protéger ses sources. (Les tribunaux eux-mêmes utilisent ce langage.) Le conflit surgit lorsque, pour bénéficier d'une défense pleine et entière, un accusé a besoin de connaître la source d'une information à son sujet. Mais selon Dworkin⁸, il n'existe aucun conflit de droits, puisqu'il n'y a qu'un seul droit en cause. La prérogative accordée au journaliste de préserver l'anonymat de ses sources ne constitue pas un droit; c'est l'avantage social qui justifie une telle prérogative et non l'intérêt des individus. Par contre, le droit à une défense pleine et entière est bien un droit : l'intérêt de l'individu est à ce point fondamental qu'il prime sur des considérations d'avantage social, dont l'anonymat des sources du journaliste.

Les chartes des droits constituent un autre exemple de la différence entre les deux concepts d'un droit. Comme les droits qui y sont contenus sont censés représenter les droits « fondamentaux » de la personne, on pourrait s'attendre à ce que la notion d'un droit implicite dans une charte se rapproche de celle défendue par les philosophes contemporains comme Dworkin. Mais tel n'est pas le cas. Voici deux illustrations tirées de la Charte canadienne.

- (1) L'article premier de la charte affirme que les droits qui y sont énoncés sont sujets à des « limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Rien n'indique que ces limites doivent avoir le statut d'un droit, et d'ailleurs les tribunaux ont permis que les droits reconnus

8. Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, 1985, chapitre 18.

par la charte soient assujettis à des limitations de toutes sortes, dont certaines sont loin de constituer un droit selon la conception dworkinienne du terme.

- (2) L'article 7 de la charte canadienne prévoit que « chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne ». L'interprétation très large que les tribunaux canadiens sont en train de donner des termes « liberté » et « sécurité de sa personne » font de cet article une espèce de fourre-tout où l'on retrouve les valeurs que les juges veulent défendre mais qu'ils sont incapables de trouver dans les autres articles de la charte. De cette façon, la charte devient une charte, non des droits de la personne, mais des intérêts que les tribunaux veulent protéger, que ces intérêts aient le statut philosophique de droits ou pas.

C'est à la lumière de ces deux conceptions d'un droit que je veux maintenant aborder la question des droits collectifs.

2. La notion d'un droit collectif :

Le terme de droit collectif est probablement issu des tentatives élaborées par le Droit international après la Première Guerre mondiale pour assurer une certaine protection juridique aux ethnies minoritaires au sein de l'État dont ils étaient citoyens. Du moins ce sont les droits juridiques des minorités ethniques qui semblent avoir été les premiers à recevoir ce nom de « droits collectifs »⁹. Puis la philosophie s'est approprié le terme; et c'est ainsi qu'on discute aujourd'hui de l'existence des droits moraux des collectivités. Cette appropriation est toute nouvelle, puisqu'il existe des œuvres récentes traitant de la notion d'un droit qui ignorent totalement le concept d'un droit collectif¹⁰. Ainsi, comme la notion d'un droit, celle de droit collectif a une origine juridique.

La notion de droit collectif peut servir à deux fins différentes¹¹. Certains juristes se sont servi de cette notion pour expliquer l'état actuel du Droit international ou du Droit interne d'un pays : certains droits juridiques reconnus par le Droit seraient des droits collectifs

9. Voir par exemple : Yoram Dinstein, « Collective Human Rights of Peoples and Minorities », 25 *International and Comparative Law Quarterly*, 1976, p. 102-120.

10. Par exemple Jeremy Waldron, *Theories of Rights*, Oxford University Press, 1984; James Nickel, *Making Sense of Human Rights*, University of California Press, 1987; Judith Jarvis Thomson, *The Realm of Rights*, Harvard University Press, 1980.

et non des droits individuels, et cet état de choses aurait alors des conséquences importantes, par exemple, pour le mode d'exercice du droit en question ou pour le recours en justice qu'il permet. Une telle explication est donc *ex post facto* : le Droit crée des droits sans trop se préoccuper des questions théoriques que soulève son activité, et le juriste arrive après coup et élabore une théorie qui est censée expliquer ce qui s'est passé. La notion de droit collectif dont il est question dans de telles explications est donc une notion juridique.

Mais la notion de droit collectif sert non seulement en Droit, mais aussi en philosophie politique, non pas pour décrire ou expliquer, mais pour justifier, soit l'état actuel du Droit, soit l'état idéal du Droit. Les droits collectifs dont il est alors question sont moraux et non juridiques : on prétend qu'il existe certains droits moraux que l'on qualifie de collectifs, et on cherche ainsi soit à justifier certains changements politiques ou juridiques, soit à les prévenir. Dans les débats où l'on fait appel à la notion de droit collectif, on néglige habituellement de faire la distinction entre droit juridique et droit moral, mais dans la plupart des cas ces débats ont une fonction justificatrice plutôt qu'explicative, et on peut donc dire qu'il s'agit de la notion de droit moral. C'est certainement le cas dans les débats linguistiques au Québec, où la notion de droit collectif sert à justifier les restrictions que la loi impose à l'usage de l'anglais, ou même à réclamer des restrictions supplémentaires.

Il existe une utilisation stricte et une utilisation large du terme « droit collectif ». Il nous arrive souvent d'utiliser des locutions qui semblent attribuer des droits à une collectivité, alors qu'il s'agit seulement d'une façon commode de parler des droits des individus qui constituent cette collectivité. Par exemple, l'expression « droits de la minorité linguistique » est souvent synonyme de « droits des membres de la minorité linguistique ». Si l'expression « droit collectif » ou « droit d'une collectivité » ne devait signifier que la somme des droits des membres de la collectivité, il s'agirait alors d'un terme sans intérêt. Pour que la notion de « droit d'une collectivité » ait du mordant et mérite qu'on s'y attarde, il doit s'agir de droits que possède la collectivité en tant que telle, de droits distincts de ceux des individus qui composent la collectivité et qui

11. Quelques-uns des paragraphes qui suivent sont tirés de mon texte *Existe-t-il des droits collectifs ?*, UQAM, Cahiers d'épistémologie #9211, 1992.

soient irréductibles aux droits des membres. C'est dans ce sens que je comprendrai la notion d'un droit collectif.

Cependant, il est bon de se rendre compte que dans la littérature juridique (et la littérature philosophique qui s'en inspire) le terme de « droit collectif » a connu des définitions fort différentes. Voici trois arguments juridiques visant le même objectif, mais faisant appel à trois notions différentes d'un droit collectif.

1. À la prétention que la législation québécoise en matière de langue viole les droits de la minorité anglophone, la réplique habituelle est à l'effet que la majorité francophone possède également des droits, que ces droits sont collectifs, et que ces droits collectifs de la majorité l'emportent sur les droits individuels de la minorité. Dans cette espèce de raisonnement, on ne voit pas toujours très bien si la priorité du droit collectif de la majorité dépend de son caractère collectif ou du fait qu'il s'agit du droit d'une majorité (c'est-à-dire du plus grand nombre). En résumé donc, (1) c'est la majorité qui est censée posséder des droits collectifs, (2) ce sont des droits contre la minorité, et (3) les droits collectifs de la majorité priment sur les droits individuels de la minorité.
2. Selon un deuxième argument, c'est leur statut de minoritaires au sein du Canada qui vaut aux Québécois francophones d'être titulaires de droits collectifs, dont celui de survivre : ces droits justifient un statut particulier pour le Québec, et des mesures législatives limitant l'usage de l'anglais. Ainsi, (1) les droits collectifs appartiennent à une minorité; (2) ce sont des droits contre la majorité canadienne; et (3) ces droits l'emportent sur les droits individuels des Anglo-québécois.
3. Le troisième argument est fort original, et se trouve dans l'argumentation du procureur du gouvernement québécois dans la cause *Procureur-général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards*¹². En vertu de l'article 23 de la Charte canadienne des droits et libertés, un parent a droit à ce que ses enfants reçoivent l'instruction dans la langue minoritaire de la province où ils demeurent, à condition que ce parent ait reçu l'instruction primaire ou secondaire dans cette langue au Canada. Par contre, la Charte québécoise de la langue française

12. [1982] R.C.S. 673.

(connue sous le nom de loi 101) n'accorde ce droit qu'à ceux qui ont reçu leur instruction primaire ou secondaire en anglais au Québec. Il existe donc une catégorie de personnes — c'est-à-dire, les Anglophones qui demeurent au Québec mais qui ont été éduqués en anglais ailleurs au Canada — à qui la loi 101 refuse un droit reconnu par la charte canadienne. Lorsqu'on a plaidé l'inconstitutionnalité de la loi 101 du fait qu'elle portait atteinte aux droits constitutionnels de cette catégorie de personnes, le procureur du gouvernement québécois a avancé l'argument suivant dans le but de montrer qu'aucun droit constitutionnel n'avait été violé.

L'article 23 de la Charte canadienne protégeant le droit à l'instruction dans la langue minoritaire a pour but d'assurer la survie du groupe minoritaire dans chaque province. Par conséquent, on doit comprendre qu'il accorde un droit collectif plutôt qu'individuel : non pas le droit pour chaque membre du groupe minoritaire de faire instruire ses enfants dans sa langue, mais le droit de la minorité prise collectivement à un nombre suffisant d'établissements scolaire pour assurer sa survie. Certains membres de la minorité linguistique peuvent se voir privés de l'avantage désiré (c'est-à-dire l'instruction dans sa langue) sans que l'existence du groupe n'en soit menacé. C'est dire qu'on peut refuser à certains membres du groupe l'avantage désiré — et c'est ce que fait la loi 101 — sans que le droit en question ne soit violé, puisque le droit en question, c'est le droit de la minorité à la survie. Donc, la loi 101 ne viole pas le droit protégé par l'article 23 de la Charte canadienne. Ainsi, selon cet argument, (1) le droit collectif appartient à la minorité anglophone du Québec et non aux Franco-québécois, et (2) il accorde une protection moins grande que ne le ferait un droit individuel, ce qui a pour effet que la majorité francophone peut refuser l'accès à l'école anglaise à certains Anglophones.

L'incompatibilité de ces trois utilisations du terme « droit collectif » — qui servent toutes, rappelons-le, à défendre la même thèse politique — donne à penser que les « justifications » que l'on échafaude au moyen de ce concept relèvent davantage de la rationalisation que de la réflexion systématique. Si on accepte la distinction que j'ai tracée tout à l'heure entre les intérêts « ordinaires » sujets au marchandage typique de la vie politique, et les intérêts privilégiés protégés par des droits et donc soustraits aux aléas du marchandage politique, alors on comprend les motifs qui président à cet effort pour accorder à certains intérêts supposément collectifs la dignité de droits.

Il existe deux moyens d'attaquer la thèse que les groupes ou collectivités possèdent des droits moraux : (1) on peut prétendre que les droits collectifs sont dangereux et donc moralement indésirables; (2) on peut aussi prétendre que la notion de droit collectif est un non-sens, c'est-à-dire qu'il est impossible pour une collectivité d'être titulaire de droits. Cette deuxième stratégie peut elle-même prendre deux formes : (2a) la forme ontologique, où l'on refuse toute existence indépendante aux collectivités, et (2b) la forme morale, où l'on prétend que les collectivités n'ont pas les qualités morales pour pouvoir être titulaires de droits. La question ontologique ne m'intéresse pas ici. Par contre, j'ai défendu ailleurs la thèse de l'impossibilité morale pour une collectivité d'être titulaire de droits moraux¹³, et je résumerai mes conclusions à ce sujet au prochain paragraphe. Dans les dernières pages de cette communication j'aborderai la première question ci-dessus, celle de savoir s'il est désirable de reconnaître aux collectivités des droits moraux.

Je résume donc tout d'abord mes conclusions au sujet de la possibilité de l'existence de droits collectifs¹⁴.

1. La seule réalité qui possède une valeur ultime ou intrinsèque, c'est le bien-être des individus. Aucune autre réalité ne possède de valeur morale sinon dans la mesure où elle contribue au bien-être des individus.
2. Les seuls êtres à posséder des intérêts qui ont un poids moral sont des personnes humaines. Il est peut-être possible de dire qu'il est dans l'intérêt d'une plante qu'on l'arrose, mais cet intérêt (s'il s'agit bien d'un intérêt) ne compte nullement dans nos délibérations morales, à moins qu'on ne le mette en rapport avec le bien-être d'une personne humaine.
3. Les collectivités ont généralement de la valeur et méritent d'être protégées. Mais toute leur valeur réside dans leur contribution au bien-être des individus.
4. Ainsi, une collectivité comme telle n'a pas d'intérêts qui soient irréductibles à ceux de ses membres. (Parler de l'intérêt d'une collectivité est un façon abrégée de parler de l'intérêt de ses membres en tant que membres du groupe.)

13. « Some Confusions concerning Collective Rights », 4 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 1991, p. 293-314; *Existe-t-il des droits collectifs ?*, UQAM, Cahiers d'épistémologie, #9211, 1992.

14. Voir les textes cités à la note précédente.

5. Un droit moral existe lorsqu'un intérêt est d'une importance fondamentale pour le bien-être de la personne en question. Le titulaire du droit est la personne dont l'intérêt est ainsi protégé.
6. Si l'épanouissement ou la survie d'une communauté sont d'une importance fondamentale pour le bien-être de ses membres, alors la survie de ce groupe peut faire l'objet d'un droit moral. Mais comme la communauté n'a pas d'intérêts propres, et comme sa valeur réside dans sa contribution au bien-être de ses membres, ce sont ceux-ci qui sont les titulaires du droit en question (et non la communauté).
7. Donc, les collectivités ne sont jamais titulaires de droits moraux.
8. Par contre, en raison de la toute-puissance du Droit, celui-ci peut accorder des droits juridiques à des collectivités.

Telles sont mes conclusions concernant la possibilité de l'existence de droits moraux collectifs. Mais supposons que j'aie tort lorsque j'affirme que les collectivités ne peuvent avoir de droits moraux. Il resterait alors la question de savoir s'il est désirable de leur reconnaître des droits. Dans les deux dernières parties de mon exposé, je voudrais présenter quelques réflexions portant sur deux de ces prétendus droits moraux : le droit d'une société à protéger son mode de vie et le droit d'un peuple à l'autodétermination.

3. Le droit pour une société de protéger son mode de vie

Les défenseurs de ce droit pensent généralement à un droit à l'encontre de ceux qui sont extérieurs au groupe, un droit qui protégerait le groupe contre les attaques de l'extérieur. Mais si une société possède le droit de protéger son mode de vie, elle le possède également à l'encontre de ses propres membres, c'est-à-dire contre les dissidents et les originaux dans son propre sein. Dworkin, le principal défenseur aujourd'hui de la conception « robuste » d'un droit, selon laquelle les droits protègent les intérêts fondamentaux de la personne humaine, refuse expressément à la société le droit de protéger son mode de vie puisqu'un tel droit annihilerait les droits individuels des membres de cette société¹⁵. Comme les principaux droits individuels (liberté d'expression, etc.) sont

15. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 194.

précisément des droits contre la société et l'État, c'est-à-dire des droits qui limitent la liberté d'action de la société ou de l'État à l'égard des individus, ces droits ne pourraient survivre si la société dans son ensemble possédait des droits contre les individus.

Voici trois cas qui peuvent servir de matière à réflexion.

1. *Le statut des femmes autochtones au Canada.* Jusqu'à récemment, le Loi fédérale sur les Indiens prévoyait qu'en cas de mariage entre un autochtone et un non-autochtone, la femme prenait le statut de son mari. Donc, une Indienne qui épousait un blanc perdait son statut d'autochtone. Cette disposition de la loi correspondait aux traditions des sociétés autochtones, et avait l'appui d'un grand nombre de leurs membres. Lorsque des groupes de femmes se mirent à critiquer cette disposition au nom de l'égalité des sexes, plusieurs leaders autochtones leur firent la réponse suivante :

• Vous fondez votre revendication sur un droit individuel, celui de l'égalité des individus. Notre façon de faire représente une autre conception des droits fondamentaux, c'est-à-dire les droits collectifs, dont le droit pour une société de protéger son mode de vie. Comme les droits collectifs l'emportent sur les droits individuels, c'est notre façon de faire qui doit prévaloir. •

Comme on le sait, c'est l'égalité des sexes qui a prévalu et cette disposition de la Loi sur les Indiens est maintenant abrogée. Sans doute, la grande majorité des gens qui m'écoutent appuient la position des femmes autochtones plutôt que celles des chefs dont je viens de parler. Mais comment justifier cette prise de position si l'on accepte qu'une société ou une culture a le droit d'utiliser la contrainte de la loi pour protéger son mode de vie ?

2. *Le Québec d'il y a 40 ans.* Il y a quarante ans le catholicisme faisait partie intégrante de la société franco-québécoise. Comme le disait Maurice Duplessis : « Le Québec est le seul État catholique d'Amérique du Nord ». Pour la presque totalité des Franco-québécois, la vie au Québec était inconcevable sans cette présence religieuse constante, tant au niveau des idées que des manifestations publiques.

Si l'on accepte que chaque société a le droit d'utiliser la force de l'appareil juridique pour défendre son mode de vie, alors le Québec catholique d'alors avait le droit d'utiliser les moyens juridiques à sa disposition pour empêcher que des idées et des pratiques contraires à l'enseignement de l'Église ne viennent

contaminer l'esprit et la vie des Franco-québécois, et ainsi modifier profondément leur culture et leur mode de vie. Si vous récusiez cette conclusion, vous devez également récuser la prémisse sur laquelle elle se fonde, à savoir le droit pour une société d'utiliser la loi pour défendre et protéger son mode de vie. Si l'on y pense attentivement, l'existence d'un tel droit aurait permis aux sociétés du passé de bloquer toutes les mutations sociales et intellectuelles qui nous semblent aujourd'hui des progrès incontestables pour l'humanité.

On me répondra peut-être que cet exemple montre qu'une société ne peut avoir le droit d'utiliser les moyens politiques et juridiques qu'elle possède pour empêcher l'évolution des idées, mais qu'une thèse plus limitée demeure défendable, c'est-à-dire qu'une société ou un groupe à l'intérieur d'une société plus vaste a le droit de défendre les aspects non-idéologiques de son mode de vie, comme sa langue. (Rappelons la distinction que j'ai tracée au début de cette communication entre le pluralisme idéologique et le pluralisme culturel.) Mais peu de sociétés ont une seule langue et la thèse qu'une société a le droit d'utiliser l'appareil de l'État pour défendre sa langue veut généralement dire que l'État a le droit de prendre parti pour une langue contre une autre. Considérons un dernier exemple.

3. *La Belgique.* Au milieu du XIX^e siècle, la Belgique se trouvait partagée entre deux groupes linguistiques, les Flamands et les Wallons, ceux-ci étant majoritaires. L'industrialisation et l'urbanisation de la Wallonie ont fait chuter le taux de natalité chez les francophones, alors que le pays flamand demeurait majoritairement rural et que le taux de natalité y était encore élevé. Un démographe aurait pu prédire que dans tant d'années les Flamands seraient majoritaires au pays, si la différence entre les taux de natalité se maintenait. Et c'est effectivement ce qui est arrivé : les Flamands sont présentement majoritaires en Belgique.

À l'époque où les Wallons contrôlaient l'appareil de l'État du fait de leur statut majoritaire, était-il légitime pour eux d'utiliser cet appareil pour éviter de perdre leur position majoritaire (par exemple, par l'adoption de lois visant à freiner la progression numérique des Flamands) ? Manifestement, il était de l'intérêt des Wallons qu'ils demeurent majoritaires, et de l'intérêt des Flamands qu'ils le deviennent. Si le gouvernement belge devait adopter de telles mesures, il prendrait parti pour un groupe linguistique contre l'autre. Et on ne voit pas comment une telle démarche pourrait se justifier. Les mesures prévues seraient justifiées si elles visaient à

enrayer une injustice, mais la chute démographique des Wallons et les suites politiques de cette chute ne constituent pas une injustice puisqu'elles sont la conséquence de décisions personnelles prises par des milliers de couples wallons. Dans un tel contexte, toute préférence pour un groupe est donc inadmissible, et donc toute mesure visant à freiner la chute démographique des Wallons serait illégitime.

Ces trois exemples donnent à penser que la reconnaissance d'un droit collectif à préserver son mode de vie équivaut à nier aux membres d'un groupe certains des droits individuels les plus fondamentaux. Cela ne veut pas dire que toutes les mesures pour préserver les aspects non-idéologiques d'un mode de vie sont illégitimes. Mais ces mesures sont limitées par les droits individuels des membres de cette société (et notamment des récalcitrants) et ne peuvent prévaloir contre eux. C'est pourquoi il est dangereux de dire qu'une société a le droit collectif de préserver son mode de vie, puisque cela suggère fortement que la protection du mode de vie d'une société l'emporte sur les droits de ses membres.

4. Le droit à l'autodétermination

Je termine par quelques réflexions sur le prétendu droit à l'autodétermination, c'est à dire, le droit pour un « peuple » — terme qui reste à définir — de former une société politique souveraine¹⁶. L'existence de ce droit fait l'unanimité parmi les commentateurs, sans doute en raison des déclarations contenues dans certains textes internationaux comme la Charte de l'ONU. Mais ces déclarations ne peuvent fonder que l'existence d'un droit juridique à l'autodétermination¹⁷, alors que je m'intéresse ici au droit moral pour un peuple de faire sécession.

Il existe deux versions de la thèse qu'un peuple a le droit de former une société politique indépendante. Selon la version la plus

16. À ce sujet, voir le livre utile d'Allen Buchanan, *Secession*, Westview Press, 1991.

17. Il est même permis d'émettre des doutes quant à l'existence en Droit international d'un droit juridique à la sécession, malgré les textes juridiques que l'on sait. (1) La raison principale en est bien simple : c'est qu'un tel droit serait en conflit avec un des principes fondamentaux du Droit international : la non-ingérence dans les affaires internes d'un État. Car tant qu'une tentative de sécession n'a pas réussi, le groupe sécessionniste fait partie d'un État existant, et tout appui à ce groupe constituerait une ingérence dans les affaires internes de l'État en question. (2) De plus, la pratique de l'ONU confirme cette

courante, le droit à l'autodétermination n'est sujet qu'à une condition « subjective », c'est-à-dire un acte de volonté de la part de la collectivité en question. Il suffit qu'une majorité des membres du groupe optent pour l'indépendance — par exemple, par référendum — pour que le droit à l'indépendance soit acquis. Selon l'autre version, cette condition subjective ne suffit pas : il faut en plus des conditions « objectives », c'est-à-dire indépendantes de la volonté des membres du groupe. Par exemple, il faut qu'ils soient victimes d'injustice de la part du régime en place et qu'il n'existe aucun autre remède à cette injustice que l'indépendance. Considérons ces deux versions de la thèse.

Selon la théorie des conditions « subjectives », un simple choix suffit à donner le droit à la souveraineté. En d'autres mots, les raisons qui motivent le groupe à choisir l'indépendance sont sans importance. Mais pourquoi le seul fait de vouloir se séparer donnerait-il le droit de le faire ? La raison ne peut être que le droit à la liberté ou l'autonomie personnelle : si chaque individu a le droit de s'autodéterminer, chaque groupe d'individus possède le même droit.

Mais si telle est la raison d'être du droit à l'autodétermination, alors il n'y aurait aucune raison de limiter ce droit aux seuls « peuples ». Si un peuple a le droit de faire sécession uniquement

absence d'un droit à la sécession. S'il existait, on verrait l'ONU accorder son appui à des groupes sécessionnistes (par exemple sous la forme d'une reconnaissance explicite de leur droit à la sécession ou de la reconnaissance formelle du nouvel État qu'ils tentent de former). Or cela ne s'est jamais produit. Sauf dans la cas de la décolonisation, un groupe qui réclame son indépendance de l'État dont il fait partie n'a jamais reçu d'appui de l'ONU. L'ONU n'est jamais intervenue pour appuyer un groupe sécessionniste au cours d'une guerre de sécession; on n'a qu'à voir ce qui se passe présentement en Yougoslavie, et ce qui s'est passé pendant de nombreuses années entre l'Éthiopie et l'Éritrée. Une fois qu'un groupe sécessionniste réussit à acquérir son indépendance *de facto* (c'est-à-dire que l'ancien gouvernement ne réussit plus à maintenir son emprise sur le territoire sécessionniste), alors la communauté internationale lui reconnaît l'indépendance *de jure* (par exemple le Bengla Desh). Mais si la tentative de sécession échoue, alors la communauté internationale se comporte comme si la tentative n'avait jamais eu lieu (par exemple le Biafra). Un droit qui n'existe que si l'on est le plus fort n'est pas un droit. (3) Enfin, s'il existait un droit à la sécession, on devrait pouvoir en obtenir la reconnaissance par un tribunal international dans un cas concret (par exemple le Québec) : or cela ne se produit jamais.

parce qu'il le désire, alors on ne voit pas pourquoi un groupe qui ne constitue pas un peuple n'aurait pas le même droit : si le Québec — admettons pour les besoins de la cause qu'il constitue un « peuple » — a le droit de se séparer du Canada, alors l'Abitibi a le droit de se séparer du Québec. Toute tentative de limiter le droit aux seuls « peuples » équivaut à abandonner la théorie des seules conditions « subjectives » en faveur de la théorie que le droit à l'autodétermination est sujet à des conditions « objectives », c'est-à-dire qui ne dépendent pas de la seule volonté du groupe.

Si la théorie des conditions subjectives a pour conséquence que tout territoire a le droit d'accéder à l'indépendance du moment que ceux qui y habitent le désirent, alors elle mène à certaine anarchie politique. La vie politique dans une société démocratique est un processus de marchandage continu entre les divers groupes sociaux, économiques et ethniques qui la composent, et ce marchandage est ponctué de décisions politiques où il y a des gagnants et des perdants. La stabilité sociale n'est possible que si les perdants acceptent de se plier à la décision majoritaire. Or, l'existence d'un droit de sécession à toute fins pratiques inconditionnel donne à chaque groupe dans une société politique donnée la possibilité de fausser le marchandage (et l'acceptation des décisions majoritaires qui en est le corollaire) en menaçant à tout moment de faire sécession s'il n'obtient pas gain de cause. Ce chantage dont peut se prévaloir tout groupe qui occupe une partie du territoire national finit par détruire la volonté d'en arriver à un compromis, et par rendre impossible la vie en société.

En résumé donc : (1) si certains groupes (c'est-à-dire les « peuples ») ont le droit à l'indépendance simplement parce qu'ils le veulent, alors tous les groupes ont ce droit. (c'est-à-dire on ne voit pas quel principe moral acceptable permettrait de départager les groupes qui ont ce droit de ceux qui ne l'ont pas.) (2) Si tous les groupes ont ce droit, alors la stabilité politique est impossible. (3) Donc, la théorie des seules conditions subjectives est inacceptable.

S'il existe un droit à l'autodétermination, il doit être sujet à des conditions objectives (c'est-à-dire qui ne dépendent pas de la seule volonté du groupe en question). Par exemple, un groupe aurait le droit de faire sécession si sa culture était menacée au sein du grand ensemble, ou s'il était victime d'injustice économique. Mais il ne s'en suit pas qu'un groupe a le droit de faire sécession simplement parce qu'il croit qu'une de ces deux conditions existe. Car la sécession équivaudrait à se faire justice soi-même, et il s'agit là d'une

solution dangereuse. Comme l'explique Locke¹⁸, chacun a le droit de se faire justice soi-même dans l'état de nature, mais le principal inconvénient de cet état de choses est la partialité des être humains : chacun est porté à ignorer les injustices dont il est responsable et à grossir les injustices dont il se croit victime (ou même à les inventer). D'où la nécessité d'institutions politiques et judiciaires pour régler les litiges de façon impartiale, et dont un des mandats est de constater l'existence de l'injustice avant de décréter le remède qui convient. Pendant des siècles, ces instances politiques et judiciaires n'ont existé qu'à l'intérieur des États et les relations inter-étatiques en sont restées à ce stade primitif de l'évolution du Droit où chacun se fait justice soi-même. Mais le besoin d'un arbitre impartial est tout aussi pressant dans les relations entre États ou entre groupes que dans le domaine des relations entre individus.

Il en est de même pour le droit à l'autodétermination : si celui-ci se fonde sur des conditions objectives, qui doivent être constatées avant que le droit ne puissent s'exercer, il est évident qu'on ne peut laisser cette constatation aux parties en cause, c'est-à-dire au groupe qui se prétend lésé ou à l'État qui serait la cause de cette injustice. Ainsi, le groupe qui se prétend lésé ne peut prendre de mesures conduisant à l'autonomie que s'il a préalablement obtenu une décision d'une instance impartiale constatant l'existence des conditions donnant lieu au droit à l'indépendance¹⁹. Par conséquent, le droit à l'autodétermination n'est pas aussi simple qu'on le croit habituellement.

Enfin, s'il existe un droit moral à la sécession, est-ce bien un droit collectif ? Si les principes que j'ai posés dans la deuxième partie de cette communication sont justes, alors le titulaire d'un droit moral est la personne dont l'intérêt a besoin d'être protégé, et une communauté n'a pas d'intérêts irréductibles à ceux de ses membres. Par conséquent, la sécession se justifie seulement si une telle démarche est dans l'intérêt des membres de la communauté en question, et ce sont les individus qui sont titulaires du droit en

18. Locke, *Second Treatise of Government*, sections 124-5.

19. On n'a qu'à penser au divorce : si le divorce ne peut s'obtenir que si certaines conditions objectives sont remplies (par exemple l'infidélité de l'un des époux), alors il faut une décision à cet effet de la part d'un tribunal impartial; et même si le divorce ne dépend que de la volonté des parties, une tierce partie doit rendre une décision concernant le partage des biens.

question : ce sont eux qui, en optant individuellement pour ou contre la sécession, exercent le droit.

*Département de philosophie
Université d'Ottawa*



LANGAGE DES DROITS ET CONFLITS DES REPRÉSENTATIONS ULTIMES

Langage des droits et conflit des représentations ultimes

Luc Bégin

Dans les sociétés qui, comme la nôtre, ont enchâssé une *Charte* des droits et libertés dans leur Constitution, on peut s'attendre à ce qu'un ensemble de questions sociales controversées ayant une forte composante morale (par exemple, les questions relatives à l'avortement, l'euthanasie, aux nouvelles technologies de reproduction, etc.) s'expriment et soient débattues dans le langage des droits fondamentaux. Ainsi, on attendra des juges qu'ils veillent à ce que les lois relatives à ces questions, lorsqu'elles sont contestées, se conforment aux droits et libertés énoncés dans la *Charte*, le contrôle de la constitutionnalité des lois s'exprimant ainsi inévitablement dans un tel langage.

Par ailleurs, et pour des raisons qui mériteraient d'être explorées, ce recours au langage des droits occupe l'avant-scène dans bon nombre de revendications de groupes d'intérêt. À écouter les débats publics sur les questions morales controversées, il peut parfois sembler que les désaccords qu'expriment ces controverses se ramènent ultimement à des conflits de droits, plus précisément à des désaccords quant à (1) l'*extension* des droits (exemple : jusqu'où suis-je libre de disposer de mon corps ?), (2) la *caractérisation* des sujets de droits (exemple : le fœtus doit-il être considéré comme ayant des droits ?), (3) la *hiérarchisation* des droits et libertés (exemple : quels droits doivent être considérés prioritaires et en

vertu de quels critères ?). Mais est-ce bien le cas ? On ne saurait nier qu'entrent également en conflits, lors de telles controverses, des *représentations ultimes* (des signifiants fondamentaux ou encore des convictions profondes) ayant trait à ce que signifie *être un humain* : or, la rhétorique des droits et libertés parvient-elle toujours à exprimer adéquatement ces conflits de représentations ultimes ? Rien n'est moins certain. On pourra prendre ici pour exemple l'argumentation développée par Ronald Dworkin à l'effet que les controverses autour de l'avortement et de l'euthanasie — lorsqu'elles sont menées dans le langage des droits fondamentaux — en viendraient à masquer l'enjeu véritable sous-jacent à ces questions : comment respecter adéquatement la conviction fondamentale, communément partagée sous diverses formes par les camps qui s'opposent, selon laquelle la vie humaine possède une valeur intrinsèque¹. Ne pourrait-on pas d'ailleurs aller jusqu'à reconnaître que la présence envahissante du langage des droits entraîne un appauvrissement des débats publics et, en fin de compte, du réservoir de ces représentations porteuses de sens ? Ce langage ne serait-il pas réducteur au point d'empêcher que puissent être exprimées adéquatement la profondeur et la richesse de nos expériences donnant sens à notre agir² ?

On rencontre ces craintes et récriminations à l'endroit du langage des droits dans l'abondante littérature américaine, où se sont exprimés les débats bien connus opposant les penseurs du libéralisme (Rawls, Dworkin, Ackerman, etc.) aux communautariens (Sandel, Taylor, Walzer, etc.) et au courant des « Critical Legal Studies » (Tushnet, Unger, D. Kennedy, etc.). Ces critiques apparaissent-elles, pour qui a observé attentivement notre scène juridique depuis l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés*, comme pouvant également être formulées à l'égard de notre réalité juridique et sociale ? N'est-il pas par ailleurs inévitable que dans une société qui, comme la nôtre, se déclare libre, démocratique et pluraliste, les conflits entre les représentations ultimes se voient traduits ou encore remplacés, mis entre parenthèses, au

-
1. R. Dworkin, *Life's Dominion. An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, New York, A. Knopf, 1993. On trouvera de plus amples détails concernant la position de Dworkin dans les contributions de G.A. Legault et L. Bégin du présent recueil.
 2. De telles critiques sont développées notamment par Mark Tushnet «An Essay on Rights», *Texas Law Review*, vol. 62, n° 8, 1984 et par Mary Ann Glendon, *Rights Talk. The Impoverishment Of Political Discourse*, New York, Free Press, 1991.

profit de la rhétorique conflictuelle des droits et libertés ? Si tel est le cas, comment alors établir des régulations des conduites qui soient suffisamment respectueuses de ces convictions profondes pour pouvoir prétendre être *signifiantes* et susciter une large adhésion ? Comment doit être pensé le rôle de la Cour suprême du Canada en regard de ces conflits de représentations ultimes ? Sur quel(s) principe(s) et sur la base de quelle(s) conception(s) de la légitimation des restrictions des droits cette dernière peut-elle ou devrait-elle faire reposer ses interventions ?

C'est à ces questions, évidemment trop nombreuses et variées pour être toutes discutées lors d'un même atelier, que les participants à cette séance sur le langage des droits et les conflits de représentations ultimes ont été invités à réfléchir. Les textes qui suivent font état de ces réflexions qui contribuent à éclairer certains des enjeux de nos démocraties si profondément marquées du sceau du langage des droits.

*Département de philosophie
Université Laval*



De la priorité des libertés de base :

Le débat Hart-Rawls

François Blais

1. Introduction

L'une des questions récurrentes de la philosophie politique moderne est de savoir si nous possédons des droits fondamentaux antérieurs à la légitimité de l'État et si oui, comment peut-on en arriver à en dresser les contours et les limites¹. Tout juriste s'est interrogé un jour sur ces délicates questions de la justification des droits et de leur nécessaire limitation. Personnellement, je considère qu'une philosophie politique qui se présente comme une réponse aux problèmes normatifs de notre époque ne peut faire l'économie du sujet sans perdre de sa pertinence pratique.

Ce texte s'inspire de la rencontre de deux grands philosophes contemporains : Herbert Hart et John Rawls². Tous les deux se vouent mutuellement un grand respect mais entretiennent toutefois des points de vue différents sur la problématique générale de la fondation des droits et sur les règles qui devraient favoriser leur ajustement. Mon travail prendra comme point de départ les remarques critiques de Hart à l'égard de l'analyse déficiente des libertés de base dans la *Théorie de la justice comme équité* de Rawls³. Après un bref survol de ces remarques, je tenterai d'évaluer

-
1. Les textes sur la nature des droits fondamentaux abondent. Pour une introduction, on pourra lire le texte désormais célèbre de H. L. A. Hart : « Are There Any Natural Rights ? », *Philosophical Review*, 64, 1955, p. 175-91. Pour un traitement un peu plus récent, on lira Ronald Dworkin : « Taking Rights Seriously » dans *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, p. 184-205.
 2. Le travail que je présente aujourd'hui constitue un fragment d'un travail plus long que je poursuis à l'heure actuelle sur la philosophie politique et morale de Hart.
 3. John Rawls : *Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971, 605 p. [traduction française de C. Audard : *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1987, 666p.].

si les modifications apportées par Rawls à sa théorie au début des années 1980, modifications qui visaient entre autres à répondre aux réticences de Hart, s'avèrent satisfaisantes. Mon attention se tournera alors surtout vers la règle de priorité qui encadre les libertés de base dans la théorie rawlsienne de la justice. J'élaborerai quelques arguments qui, je crois, me permettent de mettre en doute l'obtention, sous le voile d'ignorance et malgré les nouvelles contraintes du raisonnable et du rationnel, de cette règle de priorité qui reste pourtant un élément essentiel de sa théorie de la justice et de la conception politique du libéralisme défendu par Rawls aujourd'hui.

2. Les objections de Hart

À l'intérieur d'un article paru pour la première fois en 1973 et qui s'intitule « Rawls on Liberty and its Priority »⁴, Hart s'en est pris à l'analyse, insatisfaisante à ses yeux, des libertés de base et de la règle de priorité qui chapeaute ces libertés dans la *Théorie de la justice* de Rawls. Comme on sait, cette règle de priorité est fort importante pour l'économie générale des deux principes de justice : elle représente le coeur du libéralisme rawlsien. Elle détermine que certaines libertés fondamentales ont un statut tel que leur exercice ne devrait jamais être diminué pour le bénéfice d'autres objectifs (exemple : le bien public ou les valeurs perfectionnistes), en particulier les objectifs du second principe de justice (l'accès équitable aux postes et privilèges et la répartition des avantages de la coopération selon le principe du maximin)⁵. En d'autres mots, Rawls fait non seulement des libertés de base quelque chose de désirable, mais il en fait, par sa règle de priorité absolue, un bien plus désirable que tous les autres biens sociaux. Cependant, le traitement des libertés de base tout comme le statut de la règle de priorité rattachée à ces libertés font défaut dans la *Théorie de la justice* et véhiculent des ambiguïtés et des difficultés fondamentales. Je compte dans cette section résumer brièvement ces difficultés soulevées par Hart dans son texte de 1973. J'examinerai dans la section suivante la réplique de Rawls à ces objections et les modifications apportées à sa théorie en guise de réponse.

4. Première édition dans *University of Chicago Law Review*, 40, 3, 1973. Repris par la suite dans Norman Daniels (éd.) : *Reading Rawls*, Stanford, Stanford University Press, 1975/1989, p. 230-52.

5. Les sections les plus pertinentes de *Theory of Justice* sur le sujet de la priorité des libertés de base sont les sections 26, 39, 46 et 82.

La *première objection* soulevée par Hart consiste à demander si Rawls défend la liberté « en tant que telle » et indépendamment d'autres objectifs politiques ou moraux. Certains passages de *Théorie de la justice* le laissent croire, particulièrement lorsque Rawls avance que « la liberté ne peut être limitée qu'au nom de la liberté elle-même⁶ » et que les ajustements lors de conflits entre les libertés doivent se faire en respectant cette règle. Pourtant, une telle interprétation n'est pas souhaitable pour Rawls puisqu'elle risquerait d'entraîner sa théorie directement dans le camp des libéraux⁷. Ces derniers, en effet, voient justement dans « la liberté » l'idéal politique par excellence, celui qui a préséance sur tous les autres idéaux, en particulier ceux d'égalité et de réciprocité qui comptent tant dans la *Théorie de la justice comme équité*. De plus, Rawls serait alors confronté aux multiples objections des libéraux qui prétendent, c'est le cas de Dworkin ou Kymlicka aujourd'hui, qu'il ne fait aucunement sens d'accorder à une notion aussi vague que « la liberté » une quelconque utilité pour une argumentation politique⁸. Il ne peut y avoir de doute pour Hart : Rawls, s'il veut demeurer cohérent, ne peut vouloir protéger et maximiser une valeur aussi ambiguë que la liberté. Il doit plutôt se rabattre sur la protection de certaines libertés de base spécifiques. Rawls reconnaît d'ailleurs le bien fondé de cette stratégie et il y adhère à plusieurs endroits dans *Théorie de la justice*. Malheureusement, comme le souligne Hart, il demeure plutôt vague sur la liste des libertés de base qu'il convient de protéger adéquatement par sa règle de priorité.

La *seconde objection* de Hart s'adresse au problème plus général et combien plus difficile de l'ajustement du système des libertés de base. Le principe voulant que « la liberté ne peut être limitée qu'au nom de la liberté elle-même » servait en fait de règle d'ajustement et d'organisation des libertés et des droits lors de conflits, du reste inévitables dans tout régime constitutionnel. Si Rawls insiste sur ce principe, c'est qu'il veut laisser le message clair que dans sa *Théorie de la justice*, et contrairement par exemple à l'utilitarisme ou même à l'intuitionnisme, les libertés de base jouissent d'un statut particulier qui ne justifie à aucun moment que l'on en restreigne l'exercice, sauf si un ajustement était rendu nécessaire

6. *Théorie de la justice*, op. cit., p. 280.

7. Hart dans son texte mentionne à titre d'exemple la théorie de H. Spencer.

8. Cf. à ce sujet en particulier Ronald Dworkin : « What Rights Do We Have ? » dans *Taking Rights Seriously*, op. cit., p. 266-278.

pour sauver une autre liberté de base et ainsi maximiser le système total des libertés. La première formulation du premier principe de justice était à ce propos fort clair : « Chaque personne doit avoir un droit égal au système total *le plus étendu* de libertés de base égales pour tous, compatible avec un même système pour tous⁹. » Ce qui fait problème dans cette formulation du premier principe, aux yeux de Hart, est l'expression « système total le plus étendu », puisqu'elle introduit un critère purement quantitatif dans la pondération, inévitable par ailleurs, des libertés. Mais il n'est pas certain qu'un tel critère soit désirable ou même cohérent. En effet, l'idée de « maximisation » ou de « renforcement » du système total de libertés suppose qu'aucune valeur, autre que les libertés et ce qui en relève (leur étendue, leur importance, leur force, etc.), ne devrait être mise en balance pour résoudre des conflits fondamentaux. Cette idée implique en quelque sorte que les libertés de base sont à elles seules en mesure de s'autodéterminer et qu'il est possible, tout en demeurant « neutre » sur leur valeur respective, de les « soupeser » et de les « comparer » entre elles¹⁰. Mais il s'agit là d'une erreur. Il peut bien entendu exister des cas simples où un tel critère fonctionne correctement : Rawls en fournit lui-même des exemples en renvoyant aux restrictions imposées au nom de l'ordre et de la sécurité. Mais la plupart du temps nos contentieux ne sont pas si simples et ce qu'ils révèlent en bout de ligne, ce sont des conflits fondamentaux sur la valeur respective que nous accordons à chacune des libertés en cause. Pour en sortir, il faut alors en arriver à s'entendre sur des libertés plus importantes que d'autres. Dans ces cas, nombreux selon Hart, l'objectif d'en arriver au plus grand *quantum* de libertés (à un système de libertés optimal) reste équivoque et sans réelle portée discriminatoire¹¹. Il faut accepter que des individus rationnels, placés sous les contraintes du voile d'ignorance, continueraient d'entretenir des différends sur la valeur propre de chacune des libertés de base. Rawls doit donc trouver un critère d'ajustement plus efficace.

La *troisième et dernière objection* que je retiendrai du texte de Hart a trait à la justification du premier principe sous les contraintes du voile d'ignorance imposé par Rawls aux partenaires dans la situation initiale. Hart se demande comment des individus, dans un

9. *Théorie de la justice*, *op. cit.*, p. 287.

10. « Rawls on Liberty and its Priority », *loc. cit.*, p. 239-40.

11. Sur cette critique, on pourra aussi lire Thomas Scanlon, « Rawls' Theory of Justice », dans N. Daniels (éd.), *op. cit.*, p. 169-205.

contexte d'impartialité certes mais mus uniquement par un désir rationnel (et non par un idéal commun), finiraient par s'entendre sur une liste de biens premiers assujettis de surcroît à une règle de priorité aussi contraignante. Pourquoi par exemple ne leur viendraient-ils pas à l'esprit d'accorder plus d'importance à une liberté comme la propriété privée, au détriment de la liberté de mouvement ? Ce choix serait-il moins rationnel ? Comment peut-on en juger ? Rawls prétend que les avantages qu'accordent les libertés de base sont *rationnellement* enviables par les partenaires dans la position initiale, mais il n'en fournit jamais la démonstration. Hart croit pour sa part que le mécanisme du voile d'ignorance et la rationalité instrumentale ne sont pas en mesure de générer le principe d'un système de liberté le plus grand qui soit, surtout pour les cas où cela se ferait au détriment de l'amélioration du bien-être et des conditions de vie. Bien sûr, la protection de libertés fondamentales demeure un objectif très noble, mais on ne peut prétendre qu'elle découle uniquement d'un désir rationnel. Il manque encore à la *Théorie de la justice* et au mécanisme de la position originelle d'autres ingrédients nous permettant de croire en la légitimité de ces libertés.

On peut en dire autant de la règle de priorité. Ne serait-il pas plus rationnel de préférer dans plusieurs situations une diminution de la protection de certaines libertés (par exemple les libertés politiques) en ayant comme garantie l'amélioration du niveau de bien-être général ou l'amélioration du niveau de vie des plus désavantagés de la société ? Rawls reconnaît d'ailleurs que ce choix soit possible et justifiable pour des sociétés ayant un développement économique et social peu avancé. Pour de telles sociétés, il peut être raisonnable d'accepter une diminution dans la protection de certaines libertés si c'est pour améliorer le niveau de bien-être de ses membres¹². Mais Rawls assume que cette alternative ne se présente plus pour nos sociétés développées¹³. Est-ce bien certain ? Ne serait-il pas rationnel pour un Américain ou un Québécois de la classe moyenne de désirer plus de richesses et un peu moins de libertés politiques ? Quel est le citoyen qui n'a pas rêvé un jour d'un gouvernement autoritaire lui assurant de meilleures conditions de

12. Cf. la section 82 de *Théorie de la justice* à ce sujet.

13. « Mais une fois atteints les conditions sociales et le niveau nécessaires de satisfaction des besoins matériels, comme c'est le cas dans une société bien ordonnée, dans un contexte favorable, les intérêts d'ordre plus élevé deviennent dès lors déterminants. » *Théorie de la justice, op. cit.* p. 585.

vie ? Hart s'interroge avec raison sur la possibilité pour le système philosophique mis en place par Rawls de répondre à ces questions.

3. La réplique de Rawls

La réponse de Rawls s'inscrit à l'intérieur d'une réforme globale de sa théorie de la justice. Ce virage, Rawls le commence comme on sait dès 1980 et il l'a pour ainsi dire achevé lors de la parution au printemps de l'an dernier de *Political Liberalism*¹⁴. Mon attention portera sur un texte publié en 1982 intitulé « The Basic Liberties and their Priority », texte qui clôture incidemment *Political Liberalism*¹⁵. Dans cet article fort important, Rawls tente de corriger le tir et de répondre à la fois aux faiblesses de son analyse des libertés et aux objections concernant le premier principe de justice. Hart reste à ce moment son principal interlocuteur.

Rawls reconnaît dès le départ que la plupart des critiques de Hart à l'égard du premier principe de justice sont justifiées. La liste des libertés de base doit être précisée et la *Théorie de la justice* doit éviter de donner l'impression qu'elle valorise la liberté en tant que telle, ce qui n'est pas le cas.

Voici tout d'abord la liste des libertés de base que reconnaît désormais Rawls. Il s'agit de « la liberté de pensée et la liberté de conscience, les libertés politiques et la liberté d'association, ainsi que les libertés incluses dans la notion de liberté et d'intégrité de la personne, et, finalement, les droits et libertés protégés par l'État de droit¹⁶ ». Seules ces libertés se voient désormais protégées par la règle de priorité absolue et, ainsi, elles ne peuvent plus être marchandées au bénéfice d'autres valeurs.

Pour ce qui est de l'ajustement de ces droits lors de conflits, Rawls abandonne l'idée de maximisation du système total des libertés qu'il considère maintenant incohérente. Suite aux critiques de Hart et de Norman Daniels¹⁷, Rawls croit aujourd'hui nécessaire de modifier légèrement la formulation du premier principe de justice et de remplacer « le droit égal à un système total le plus étendu de libertés de base » par « le droit égal à un système *pleinement*

14. John Rawls, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993, 401 p.

15. Cf. p. 289-371. La traduction en français de ce texte est maintenant disponible dans John Rawls : *Justice et démocratie*, [traduction de C. Audard], Paris, Seuil, 1993, p. 153-201.

16. *Justice et démocratie*, *op. cit.*, p. 157.

17. Norman Daniels : « Equal Liberty and Unequal Worth of Liberty » dans N. Daniels (éd.), *op. cit.*, p. 253-281.

adéquat de libertés de base ». Il met ainsi de côté toute prétention à la valorisation de la liberté en tant que telle ainsi que son corollaire : la maximisation du système total des libertés. Quel est le sens profond de ce changement ?

Rawls convient aujourd'hui que Hart avait tout à fait raison : il manquait à la *Théorie de la justice* un principe philosophique directeur et relié aux libertés de base. Ce principe directeur est celui d'une conception particulière de la personne vis-à-vis de laquelle le système des libertés pourrait s'ajuster lors de conflits. Comme l'idée de maximisation du système total de libertés ne peut jouer ce rôle, Rawls lui substitue un nouveau critère, celui du « développement adéquat et [du] plein exercice des deux facultés morales de la personnalité morale au cours d'une vie complète »¹⁸. Chaque liberté de base devrait donc maintenant se justifier vis-à-vis de sa propension à favoriser cet objectif. Le droit de propriété des biens personnels par exemple est légitime parce qu'il procure « une base matérielle suffisante pour créer le sens de l'indépendance personnelle et celui du respect de soi »¹⁹. Ce critère exclut par ailleurs de la liste des libertés de base l'appropriation collective des moyens de production (si cher aux socialistes) ainsi que le droit d'acquisition et d'héritage (vital aux yeux des libertariens). Rawls considère que ces idéaux n'ont tout simplement pas les caractéristiques pour être des libertés de base, car on ne peut pas démontrer qu'ils participent nécessairement à la formation et à l'entretien des deux facultés morales du citoyen d'une société juste. La protection que nous devrions accorder à de telles libertés devrait donc être évaluée dans les étapes ultérieures d'application des principes de justice (étapes constitutionnelle, législative et judiciaire) selon leur propension à réaliser ou non les deux principes de justice. Leur protection reste donc contingente et n'est pas assurée par la *Théorie de la justice*.

Pour en arriver à ces modifications, Rawls doit revenir sur l'ensemble de la démarche des partenaires sous le voile d'ignorance. Le point le plus important de la critique de Hart consistait à dire que les agents rationnels ne pouvaient en arriver au premier principe de justice. L'erreur de Rawls, il le reconnaît maintenant, est d'avoir tablé trop fortement pour sa démonstration sur la théorie du choix rationnel. Le maximin n'est-il pas une stratégie rationnelle de choix dans un contexte de haute incertitude, comme c'est le cas des

18. *Justice et démocratie, op. cit.*, p. 158.

19. *Ibid.*, p. 164.

partenaires dans la situation initiale ? Mais Rawls avoue avoir erré à ce propos. Il le dit maintenant sans ambages : la théorie morale n'est pas une extension de la théorie du choix rationnel; elle repose sur des bases et des objectifs différents. « [L]es libertés de base et leur priorité reposent sur une conception de la personne qui relève du libéralisme et non [...] d'une prise en compte des seuls intérêts rationnels »²⁰. Mais quelle est au fait cette conception de la personne libérale latente dans la *Théorie de la justice comme équité* ?

Je considère ces idées de Rawls aujourd'hui assez connues. Je m'efforcerai donc dans ce qui suit de reprendre les éléments les plus utiles à mon argumentation.

Cette conception de la personne ou du citoyen a deux traits principaux :

- (I) Tout d'abord, il s'agit d'une conception politique plutôt que philosophique ou métaphysique²¹. Rawls confirme encore une fois le choix pragmatique dans sa philosophie politique : « Le but de la théorie de la justice comme équité est d'élaborer une conception de la justice politique et sociale, en harmonie avec les convictions et les traditions les plus ancrées d'un État démocratique moderne²². » C'est la fameuse thèse de la réconciliation.
- (II) Deuxième trait, la personnalité morale que Rawls retient, et qui d'après lui émerge des sociétés modernes à tradition démocratique, détient deux facultés morales que les principes de justice ont aujourd'hui pour mandat de soutenir. Ces facultés sont nécessaires afin que chaque citoyen participe à part entière à la société, pour qu'il bénéficie des avantages et qu'il partage les charges de la coopération (les termes équitables de la coopération). Ces facultés sont : (I) la capacité d'avoir une conception de notre bien, de notre avantage rationnel (le rationnel) et (II) la capacité d'avoir un sens de la justice, c'est-à-dire une capacité à comprendre et à appliquer des principes de justice (le raisonnable). Le raisonnable (sens de la justice) présuppose et conditionne désormais le rationnel (calcul des avantages individuels), ce qui n'était pas le cas dans la théorie initiale.

20. *Ibid.*, p. 156.

21. Voir à ce sujet « Justice as Fairness : Political, not Metaphysical », *Philosophy and Public Affairs*, 14, 3, 1985, p. 223-51.

22. *Justice et démocratie, op. cit.*, p. 166.

Voilà la dernière pièce du puzzle qui manquait à Rawls pour répliquer, à son avis correctement, au scepticisme de Hart concernant les chances de la rationalité instrumentale de justifier à elle seule les libertés de base et leur priorité. Elle précise le niveau de contrainte de la position originelle qui a pour rôle désormais de représenter les deux facultés morales qui complètent dorénavant la conception de la personne qui manquait antérieurement à l'économie générale de la *Théorie de la justice*. La position originelle représente ces deux facultés morales de la personne comme citoyens libres et égaux, alors que les partenaires restent mus par un désir rationnel mais désormais orienté dans ses choix.

4. Mes remarques critiques

Il n'est jamais facile de rendre justice à une philosophie aussi complexe et aussi brillamment articulée que celle de John Rawls. Sa réponse aux objections de Hart fait plus de 80 pages et il m'est impossible de rapporter ici les nombreuses nuances de son propos. Il est certain que plusieurs éléments de cette réponse constituent une nette amélioration sur la version initiale de la *Théorie de la justice*. Les libertés de base sont aujourd'hui mieux définies qu'elles ne l'étaient. Leur fonction et les fins qu'elles servent sont maintenant explicitées, et Rawls abandonne toute prétention à faire dépendre leur arrangement d'un critère quantitatif de maximisation du système total des libertés. Il y a là certainement de quoi contenter plusieurs des objections de Hart.

Mais peut-on croire que Rawls ait pu satisfaire entièrement ce dernier et le convaincre que son analyse du système des libertés et de sa priorité reste la meilleure ? J'en doute encore. Pour illustrer ma thèse, je reviendrai uniquement sur la justification de la règle de priorité. La question que je pose est la suivante : les éclaircissements fournis par Rawls, notamment les nouvelles contraintes liées aux deux facultés morales des citoyens considérés comme libres et égaux, permettent-ils maintenant de rendre plus justifiable la priorité absolue des libertés de base ? Doit-on par exemple protéger les libertés politiques ou le droit de propriété personnelle au détriment de l'amélioration du bien-être ? Rawls croit que oui et il postule que cette exigence reste plutôt faible. Pourtant, il est le premier à admettre que les libertés de base et la règle de priorité sont justifiées pour des contextes où sont réunies certaines conditions culturelles et socio-économiques. Rawls demeure silencieux sur les conditions

nécessaires et suffisantes de ces contextes. Il se contente plutôt d'une formule laconique :

« Je suppose qu'il est suffisamment évident, pour notre propos, que, dans notre pays aujourd'hui, des conditions relativement favorables sont effectivement réunies, de telle sorte que, pour nous, la priorité des libertés de base est exigible²³. »

Doit-on le croire ? Est-ce que l'insistance qu'il porte maintenant sur la promotion, par les partenaires, des deux facultés morales du citoyen dans une communauté politique libérale, nous permet d'adhérer plus facilement à la priorité des libertés de base ?

J'aimerais le penser, mais je ne réussis pas encore à m'en convaincre. Je crois en outre qu'il demeure possible que des partenaires, mus par un désir rationnel et se considérant égaux et libres, en arrivent à accepter tout de même une règle justifiant la diminution de l'exercice de certaines libertés dans le but d'améliorer le bien-être collectif ou encore, ce qui devrait faire réfléchir Rawls, le bien-être des plus désavantagés de la société. Cela n'apparaît pas toujours être un obstacle à la promotion des deux facultés morales et pourrait même être interprété, par des partenaires incertains de ce qu'ils seront dans la société, comme favorisant les bases matérielles de la réalisation de leur personnalité morale.

L'argument de Rawls en faveur de la règle de priorité repose dans sa conviction que dès que les sociétés franchissent un certain seuil de développement économique et social, il leur est facile et souhaitable d'accepter une règle de ce type. Mais est-ce bien le cas ? Rawls n'en fournit pas plus la démonstration aujourd'hui qu'hier. Je ne crois pas non plus que nos concitoyens nous offrent des occasions de croire qu'ils vibrent au plus profond d'eux-mêmes pour l'idéal libéral d'autonomie. Les libertés de base sont-elles toutes à ce point enviables et indispensables à leurs yeux ?

Je crois que l'erreur de Rawls est de ne pas suffisamment mettre en balance les avantages et les inconvénients impliqués par la règle de priorité absolue et par la distribution générale des libertés à tous les membres de la société. Car la liberté qu'obtient un individu sous le voile d'ignorance est au prix, si je puis dire, de la distribution généralisée de cette liberté dans l'ensemble de la société. Il y a donc un coût d'opportunité que les partenaires doivent être au moins prêts à considérer dans le calcul menant à leur décision. Peut-être choisiront-ils de protéger par une règle de priorité certaines libertés

23. *Ibid.*, p. 163.

de base. Pour des libertés comme la liberté de conscience, le coût n'est pas nécessairement trop élevé. La liberté de conscience est de toute façon impliquée *de facto* par la reconnaissance de la capacité de se former une conception du bien. Mais peut-on dire la même chose des autres libertés comme le droit de propriété personnelle, alors que la situation environnementale se détériore à chaque jour et que s'accroît l'épuisement des ressources; ou les libertés politiques, alors que les couches sociales les plus pauvres se retrouvent de plus en plus marginalisées et sans aucun moyen réel d'influencer les décideurs politiques ?

Je crois que mes doutes, s'ils sont partagés, nous ramènent au cœur de l'entreprise rawlsienne et qu'ils devraient nous rappeler que la tension entre le premier principe de justice et le second n'est pas facile à résoudre. La règle de priorité tente d'y apporter une réponse fort élégante certes. Elle reste peut-être sur le plan pratique une solution avantageuse, certainement plus souhaitable pour Rawls que l'utilitarisme moyen ou l'intuitionnisme. Il reste à définir cependant les conditions intellectuelles et morales qui permettraient de la justifier correctement. Je ne veux pas réfléchir sur ces conditions pour le moment. Cela pourrait être un libéralisme moins politique et plus perfectionniste à la J. Raz ou à la R. Dworkin, cela pourrait être aussi un retour à certaines formes remaniées de l'utilitarisme. La première de ces solutions, un libéralisme encore plus perfectionniste, donnerait bien sûr raison à Hart et à plusieurs autres comme T. Nagel qui avaient bien compris que la priorité des libertés de base cachait, en fait, une conception substantielle de la personne libérale. Mais ne nous empressons pas de conclure : encore faut-il que j'aie un tant soit peu raison et que la philosophie de Rawls soit sans recours.

*Département de science politique
Université Laval*



La crise des représentations

en droit

Georges Legault

Les commentaires et les critiques qui ont suivi le jugement de Madame la juge Verreault dans une affaire d'abus sexuel ont été tels que le Barreau du Québec a formulé une plainte au Conseil de la Magistrature pour manquements à la déontologie. Certes les abus sexuels et surtout de jeunes enfants ne sont pas sans provoquer, depuis quelques années, des réactions vives dans la société. Prétendre que la vivacité des critiques ne résulte que de la nature de l'infraction ou de la faible sentence imposée, soit 23 mois de prison, risque de nous faire oublier une dimension plus profonde : le refus des motifs du jugement.

M. Roch Bilodeau qui signe l'éditorial du journal *La Tribune* de Sherbrooke souligne clairement la portée des réactions à ce jugement :

• Mais le scandale tient surtout aujourd'hui dans les arguments que la Juge Raymonde Verreault a invoqués à titre de "facteurs atténuants". Ils sont simplement renversants¹. •

Ces arguments renversants sont inacceptables au yeux de l'éditorialiste ainsi que pour bon nombre de personnes qui se sont prononcées sur le sujet. Autrement dit, elles refusent de reconnaître comme valides les facteurs atténuants que Madame la juge a retenus dans l'élaboration de son jugement.

Parmi les différents arguments dont la valeur est contestée, il y en a un qui illustre, à mon avis, ce que j'entends par la crise des représentations en droit. Pour en saisir la portée, il est nécessaire de rappeler les éléments plus sordides de cette affaire. Un homme a sodomisé la jeune fille de sa conjointe à quelques reprises durant la

1. Roch Bilodeau, « Les "facteurs atténuants" de Madame la juge », *La Tribune*, Sherbrooke, le samedi 15 janvier 1994.

période de vie commune. Il y a un abus sexuel, mais contrairement à ce que l'on retrouve habituellement, la relation sexuelle vaginale, nous sommes en présence d'une relation anale. La différence dans la forme d'abus sexuel peut-elle constituer un facteur atténuant quant à la gravité de l'acte ?

Il est impossible de se prononcer sur cette question sans faire intervenir une autre donnée permettant d'évaluer la gravité de l'acte en cause. C'est le critère permettant cette évaluation qui est au cœur du débat. « La virginité est une valeur très importante dans la religion de l'accusé et de la victime », dit le juge dans son verdict. Comme il n'y a pas eu de relation vaginale, « on peut donc dire que d'une certaine façon et à cet égard, l'accusé a ménagé la victime », conclut-elle le plus sérieusement du monde. « Plus loin, M. Bilodeau ajoute

« D'abord, la religion des personnes en cause n'a absolument rien à voir avec le crime. Bien sûr, il est essentiel que nos juges aient une compréhension minimale des particularités religieuses ou culturelles; nous vivons dans une société de plus en plus multi-ethnique et pluraliste. Mais nos tribunaux doivent appliquer la loi du pays, pas trouver quelque forme de justifications dans les croyances ou les coutumes des accusés et de leurs victimes. »

Que retenir de cette situation ? À première vue, nous sommes en présence d'une question classique d'interprétation judiciaire. Puisque la loi reconnaît qu'il puisse y avoir des facteurs atténuants lors de la détermination de la sentence, le juge doit préciser dans quelle mesure certains facteurs particuliers à la situation peuvent ou non être considérés comme atténuants. Dans la justification apportée à une décision, les juges doivent habituellement procéder à cette opération qui consiste à reconnaître dans une situation particulière, les caractéristiques qui permettent d'y rattacher une notion plus générale. Sommes-nous devant un contrat ou un quasi-contrat, sommes-nous devant un meuble ou un immeuble, s'agit-il d'un meurtre avec préméditation ou non ? Pour guider cette opération, les juges s'appuient habituellement sur des précédents. Dans la mesure où les tribunaux ont reconnu, dans des circonstances analogues, certains éléments comme facteurs atténuants, le juge se sent alors autorisé à procéder de la même façon. La situation ici semble un simple cas de savoir si la juge a « erré » en droit en considérant que le type de rapport sexuel reproché, compte tenu des croyances personnelles de la victime, pouvait être considéré comme un « facteur atténuant ». Poser le problème ainsi, nous conduit à une analyse de la jurisprudence, à trouver des précédents explicites sur le sujet et à défaut, des précédents qui se rapprochent analogiquement de cette situation et enfin à considérer jusqu'à quel point le rapprochement analogique est suffisamment crédible pour être

utilisé dans le présent cas. En traitant ce jugement, comme n'importe quelle autre situation de la pratique de l'argumentation par le précédent, il perd son aspect « révoltant ».

Ce qui trouble plusieurs personnes dans cette situation se situe à un autre niveau, celui du rapport entre les systèmes de croyances et de représentations des personnes et la loi. Comment le droit canadien tient-il compte de la multiplicité des croyances et des religions ? Comment le droit canadien peut-il concilier des normes juridiques et des systèmes de croyances et de représentations divergents ? Le droit peut-il se couper de tout système de représentation ?

Un survol rapide de cette question nous conduit dans un premier temps à clarifier le sens de « système de représentation » afin d'en cerner les deux composantes : la notion de « valeur » et ce qui la sous-tend « la représentation de l'humain » (section 1 : Le système de représentation). Ces définitions permettent de situer la problématique actuelle des droits dits fondamentaux accordés aux personnes notamment à l'interprétation de la liberté de croyance et de religion face à la justification des lois. Le problème d'une législation sur l'avortement peut ici nous servir d'exemple pour en mesurer l'ampleur en droit pénal canadien (section 2 : Le problème des représentations en droit pénal). La problématique de l'euthanasie, problème que soulève les décisions comme celles de Nancy B. ou Sue Rodriguez, questionne cette fois les législations portant sur la fin de notre existence. Les discussions plus philosophiques que techniques sur la légitimité de telles législations font apparaître un autre volet de la crise des représentations, l'enjeu d'une rationalité pratique (section 3 : La crise des représentations et la légitimation des lois).

1. Le système de représentation

Parler de représentations ultimes en droit ne signifie pas nécessairement la même chose pour tous compte tenu que le mot « représentation » possède des sens différents selon les disciplines par exemple, le droit, les mathématiques et la philosophie. Comme le souligne à juste titre Lalande, « On peut supposer que le sens philosophique actuel du mot représentation vient, d'une part, de l'usage du verbe "se représenter", très classique en français comme synonyme d'"imaginer"... ». C'est pourquoi le système de représentation se comprend comme « ... faculté de penser une matière concrète en l'organisant sous des catégories »².

2. André Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, Presses universitaires de France, 1960, p. 921.

Pour comprendre la question du système de représentation en droit, il faut, au départ, regarder le droit comme un mode de régulation sociale qui détermine des règles de conduite pour les membres de la société. Une telle définition, il faut le reconnaître, s'inspire davantage du modèle du droit pénal que du modèle civiliste. Pas étonnant, non plus, que ce soit au niveau du droit pénal que se pose la crise des représentations. Dans la mesure où nous considérons ainsi que le droit détermine la conduite à suivre et celle qu'il faut éviter, nous sommes alors confrontés à la question de la justification de cette obligation juridique.

Le Comité Fraser, nom attribué au comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution au Canada, soulève explicitement cette problématique dans son document de travail. La pornographie et la prostitution ont toujours soulevé des questions morales et la justification de lois dans ce domaine peut être interprétée comme découlant de la représentation que l'on se fait des rapports entre le droit et la morale. Le comité propose trois définitions différentes de la morale pour clarifier les liens entre eux.

Pour certains, la "morale" signifie la morale sexuelle ou la pureté sexuelle. Dans cette optique, la question de savoir si le droit devrait être au service de la morale devient celle de savoir si le droit devrait servir à imposer un code donné de comportement sexuel³.

Cet exemple nous renvoie à tous les systèmes de représentation qui justifient l'obligation juridique à partir d'une obligation morale qui elle-même possède un caractère obligatoire généré d'une représentation des valeurs morales et une représentation de l'être humain qui les sous-tend. Cette approche regroupe plusieurs des mouvements à caractère religieux pour lesquels le droit pénal est le reflet de la morale religieuse.

La deuxième approche retenue par ce comité renvoie à une conception de valeurs morales devant inspirer l'élaboration des lois. La formulation comporte quelques ambiguïtés quant au statut des valeurs morales :

* Ils font valoir que des valeurs morales comme la non-violence, la vérité, la dignité personnelle et l'égalité, sans être tout à fait essentielles à une société saine, rendent au moins la société mieux adaptée aux besoins humains⁴. *

3. Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution, *Pornographie et prostitution. Document de travail*, Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services au Canada, 1983, p. 9.

4. *Ibid.*, p. 10

Cette citation permet de distinguer deux manières de formuler les rapports entre le droit et les valeurs. Le droit est au service des valeurs morales qui sont jugées essentielles à la société saine. Mais le droit pourrait être aussi au service de valeurs morales qui favorisent le bien-être social sans toutefois qu'elles puissent être qualifiées d'essentielles.

Dans cette deuxième approche, la détermination des valeurs morales dépend de la représentation de la vie sociale elle-même et de ce que l'on se représente comme y étant essentiel. Le document n'est pas explicite sur les tenants de cette conception. Par contre, lorsqu'on compare celle-ci avec la troisième approche, on peut soutenir qu'on se rapproche d'une conception sociologique des valeurs en société. Les valeurs dominantes qui rallient de fait la majorité sociale servent de guide à l'élaboration des lois.

Pour le comité, la troisième approche se caractérise essentiellement par l'enjeu de la justification morale du droit.

Pour plusieurs, le droit lui-même doit en dernière analyse se justifier d'après des raisons morales. Même lorsque le droit ne vise qu'à interdire un comportement qui cause directement un préjudice aux autres, il y a une décision morale à prendre quant à savoir quel préjudice il faut tolérer et lequel il faut supprimer⁵.

Le droit est ici perçu à partir d'un modèle décisionnel. Chaque décision appelle une justification, même celle qui semble évidente comme d'interdire les comportements préjudiciables. Cette approche est plus près d'une conception philosophique qui exige une discussion des raisons d'agir.

L'analyse de ces exemples permet de clarifier l'expression « système de représentation en droit ». Cette expression renvoie à l'ensemble des catégories ou notions utilisées pour se représenter la légitimité du droit. Une loi sur la pornographie et la prostitution ne sera légitime que si elle s'appuie sur l'une ou l'autre des trois conceptions énoncées. Le système de représentation apparaît nécessaire lorsqu'on essaie de répondre exhaustivement à la question « Pourquoi obéir au droit ? ». À partir du moment où cette question de la légitimité du droit n'est pas considérée comme une question pertinente, alors disparaît tout problème des représentations⁶.

5. *Ibid.*, p. 10.

6. Il ne s'agit pas de réouvrir ici le problème philosophique entre les partisans du positivisme et ceux du droit naturel, ni celui entre une perspective kelsennienne ou rossienne. Le point de départ n'est pas de l'ordre des débats philosophiques mais des discussions pratiques telles que vécues dans notre expérience juridique.

2. Le problème des représentations en droit pénal

Qu'il s'agisse de l'arrêt Morgentaler mettant en cause les dispositions du droit pénal sur l'avortement ou le jugement Rodriguez portant sur l'aide au suicide, il s'agit toujours d'une contestation de la légitimité des limites imposées par droit pénal au nom des droits et libertés. Le changement apporté par l'enchâssement d'une Charte des droits et libertés est important car les tribunaux doivent maintenant se prononcer sur la légitimité de la loi dans une société démocratique⁷. Ce contrôle judiciaire de la légitimité des lois ouvre ainsi la voie au système de représentation. Comment les tribunaux peuvent-ils déterminer si les limites sont raisonnables et si elle peuvent être justifiées dans une société libre et démocratique sans se référer à un système de représentation ?

Dans un document de travail, la Commission de réforme du droit du Canada s'est prononcée sur la question de l'avortement et les problématiques connexes concernant le fœtus. Pour justifier ses recommandations elle n'hésite pas à expliciter les principes qui guident l'élaboration du droit pénal⁸. La conception du droit pénal retenue est celle que le Comité Fraser présentait comme deuxième approche.

Comme nous l'avons déjà fait remarquer, il est impossible de dégager des principes généraux à partir d'une doctrine religieuse ou d'un simple sondage d'opinion. Pour la commission, la seule voie possible consiste à s'inspirer des valeurs fondamentales de notre société. Ces valeurs, comme nous le disions dans *Notre droit pénal*, se répartissent en deux catégories. Certaines sont nécessaires à l'existence même de toute société, alors que les autres sont propres au type de société qu'est la nôtre⁹.

-
7. L'article 1 de la *Charte canadienne de droits et libertés* est explicite sur ce point : « La Charte canadienne de droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. »
 8. Commission de réforme du droit du Canada, *Les crimes contre le fœtus*, Document de travail 58, Ottawa, 1989. Dans ce document, la commission reprend essentiellement les points qu'elle avait déjà développés sur le droit pénal en 1976 et le document du Gouvernement du Canada, *Le droit pénal dans la société canadienne*, 1982.
 9. *Ibid.*, p. 32.

Le système de représentation en cause ici fait dépendre le droit pénal des valeurs fondamentales de la société, telles qu'elles sont véhiculées par la société. Certaines de ces valeurs sont essentielles au fonctionnement social dont le respect de la vie et l'inviolabilité de la personne. D'autres, comme le mentionne le document, « font la fierté de la société canadienne » ces valeurs sont la justice, l'égalité, la dignité et la liberté individuelle. Cette distinction entre les valeurs essentielles et les valeurs reconnues comme importantes dans notre société échappent ainsi à tout questionnement sur le statut de la valeur elle-même ou sur la présence de cette valeur dans une autre dans la société.

Ces principes permettent de préciser quatre critères pour évaluer la légitimité d'une législation en droit pénal. Deux d'entre eux permettent d'évaluer la légitimité du contenu de la règle de droit, deux autres celle de ses conséquences sociales. Un comportement pourra faire l'objet d'une infraction s'il cause un tort soit aux individus, soit à la société : « l'action cause un préjudice grave à autrui », « elle viole de quelque façon nos valeurs fondamentales, à tel point qu'elle cause un tort à la société ». Mais toute législation pénale sur un comportement qui cause du tort selon les deux premiers critères n'est pas automatiquement légitimée parce qu'il faut se demander « si nous sommes sûrs que les mesures nécessaires pour mettre en œuvre le droit pénal contre cette action ne violeront pas elles-mêmes nos valeurs fondamentales ». Il est possible en effet que pour restreindre la pornographie on empiète sur la liberté d'expression, liberté reconnue dans la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le comité ajoute un quatrième critère, celui de savoir « si, après réponse affirmative à ces trois questions [les trois premiers critères], nous croyons que le droit pénal est d'un apport substantiel à la solution du problème »¹⁰

La Commission de réforme du droit privilégie ainsi un système de représentation rattachant le droit aux valeurs essentielles de la vie sociale. En procédant ainsi elle cherche à s'opposer directement à une conception déductive des modèles religieux et à une conception du droit comme pur reflet de la perception des individus. Elle pense éviter les débats sur les représentations ultimes de l'être humain qui pourraient sous-tendre toute législation.

Ce problème apparaît d'une manière particulière avec la question du « statut du fœtus » dans une législation sur l'avortement.

10. *Ibid.*, p. 33.

Les partisans du mouvement pro-vie soutiennent que la personne humaine existe dès le moment de la fécondation. À leurs yeux, l'avortement n'est alors rien d'autre qu'un meurtre. Dans une telle conception, c'est la représentation de l'être humain qui est la source de la valeur accordée au fœtus et qui légitime l'interdiction d'avorter. On comprend dès lors l'importance du débat sur la représentation ultime. Cette position sur l'avortement rejoint celle véhiculée dans la première approche présentée par le Comité Fraser sur la morale sexuelle. Le droit est au service d'une morale précise.

Une telle approche est incompatible pour la Commission de réforme du droit avec « notre démocratie pluraliste »¹¹ et ce pour deux raisons principales. La représentation de l'être humain qui permet d'accorder ou non de la valeur au fœtus n'est pas une question scientifique mais une question dite « morale »¹². Nos connaissances sur la gestation et le développement du fœtus nous permettent de mieux en comprendre les étapes et les processus, mais ce n'est pas elles qui peuvent statuer qu'à partir de telle phase de développement biologique apparaît un être humain. La ligne de démarcation permettant de préciser la frontière du pré-humain à l'humain provient d'une représentation de l'humain admise au préalable. Puisqu'il est impossible de trancher scientifiquement entre ces représentations, nous sommes en présence d'une pluralité de conceptions qui peuvent toutes prétendre à la même validité.

« Un groupe de personnes retient telle ligne de démarcation pour des motifs d'ordre religieux par exemple, un deuxième en choisit une autre pour des raisons d'ordre scientifique et un troisième en retient une dernière en se fondant sur ce qui à ses yeux caractérise le genre humain¹³. »

Cette pluralité des représentations, propre à notre société démocratique, rend impossible le consensus.

Cette pluralité de représentation de l'être humain crée une seconde difficulté. Comment l'État pourrait-il imposer une représentation de l'être humain et de sa place dans la nature ? Le problème est formulé en ces termes par la commission :

11. *Ibid.*, p. 12.

12. Selon une conception sociologique, les valeurs et les croyances qui les sous-tendent font partie de la morale entendue comme mœurs, éthos d'une société., Guy Rocher, *Introduction à la sociologie générale*, vol. 1, L'action sociale, Montréal, Hurtubise HMH, 1969.

13. *Ibid.*, p. 13.

« Or, l'existence de ce second niveau d'incertitude [comment résoudre le problème] montre bien la gravité de l'atteinte à la liberté de conscience individuelle qui se produirait si la loi imposait telle ou telle ligne de démarcation aux tenants d'une autre thèse¹⁴. »

Imposer une représentation de l'humain plutôt qu'une autre est ainsi interprété comme une atteinte à « la liberté de conscience et de religion », droit fondamental reconnu par notre *Charte canadienne des droits et libertés*. Le point de vue développé ici considère que tout système de représentation qui permet de cerner la valeur d'une réalité ou d'une conduite fait partie du système de croyance de la personne. C'est pourquoi la Commission peut conclure :

« Tous ces points de vue sont sincères, logiques, et s'accordent avec les principes fondamentaux de notre société. Mais ils sont pourtant irréconciliables dans une large mesure, parce qu'ils reposent sur des définitions différentes de la personne et de sa place dans la nature¹⁵. »

La réaction au jugement de la juge Verreault qui nous a servi de point de départ à cette analyse, illustre bien le talon d'Achille de cette conception. Ce jugement tient compte, en effet, de la liberté de conscience et de religion de l'abuseur. Lorsqu'on analyse son intention, on le fait à la lumière de ses croyances et des valeurs et représentations qui s'y déploient. Pour l'abuseur, les conséquences de pénétration anale sont moins grandes que celles d'une pénétration vaginale. Ce facteur peut alors être considéré comme un facteur atténuant. La réaction à ce jugement, si on reprend la ligne de pensée de l'éditorialiste, consiste à dire qu'il y a une loi du pays auquel on doit se soumettre malgré notre liberté de croyance et de religion. Autrement dit, le droit ne peut pas faire l'économie d'un système de représentation.

Il est difficile d'admettre qu'une législation en matière d'avortement, d'euthanasie par exemple ne véhicule pas de représentations de l'être humain et de sa place dans la nature. Même si on adopte une législation protégeant le fœtus selon les stades de développement, comme le souhaite la commission, au nom de la valeur accordée par la société à sa protection, il n'en demeure pas moins qu'on pourra toujours y déceler que le fœtus n'est pas considéré comme un être humain avant une période déterminée.

14. *Ibid.*, p. 13.

15. *Ibid.*, p. 13.

Est-il possible de faire des lois qui respectent tous les systèmes de représentation ? Est-il possible de faire une loi pénale sans *ipso facto* proposer une conception de l'être humain et de son rapport à la nature ?

3. La crise des représentations et la légitimation des lois

La crise des représentations en droit apparaît ainsi dans la confrontation entre deux modes de légitimation du droit. Le premier postulant la nécessité d'opter pour un système de représentation permettant d'en déduire un ensemble de lois, le second, renvoyant tout système de représentation dans la sphère privée (conscience, croyance) et proposant d'assurer la légitimité des lois à partir des valeurs admises et reconnues historiquement dans la vie sociale elle-même. Il est possible alors d'affirmer que l'enjeu des représentations n'a de sens que pour une personne qui compare les deux premières approches en les considérant toutes deux comme des justifications morales du droit. La crise des représentations n'apparaît alors que pour les personnes qui se situent dans la troisième approche présentée par le Comité Fraser. Toute décision de légiférer sur une conduite exige une justification permettant de légitimer la législation. Le débat sur les représentations se déplace alors vers la théorie du processus de légitimation. Comment peut-on légitimer le processus de légitimation qui sous-tend la création législative ?

La troisième approche cadre différemment la problématique de la justification des lois principalement en mettant en doute le recours à l'évidence. Malgré leurs oppositions, les deux premières approches partagent un même critère de légitimation des lois, l'évidence. Dans le premier cas, la connaissance de la réalité métaphysique sert de justification fondamentale des lois alors que le second s'appuie sur la reconnaissance des « principes fondamentaux » à l'œuvre dans la société, principes qui n'ont pas besoin de justification. Comme l'illustre bien l'exemple donné par le Comité Fraser : « Même lorsque le droit ne vise qu'à interdire un comportement qui cause directement un préjudice aux autres, il y a une décision morale à prendre [...] »¹⁶. Le recours à l'évidence n'est plus considéré comme recours suffisant de justification des lois, il devient un type d'argumentation parmi d'autres pour légitimer le droit. La

16. Comité Fraser, *op. cit.* p. 10.

critique du rôle des fondements absolus en droit et le recours à des fondements suffisants que propose Chaïm Perelman¹⁷ s'inscrit bien dans la foulée de la troisième approche.

En considérant ainsi tout discours sur le droit comme élément du processus global de légitimation du droit, la troisième approche ne peut admettre l'économie des représentations ultimes du processus de la justification. Elle n'attribue pas cependant aux représentations la force de légitimation que leur attribuent les systèmes axés sur la croyance. L'approche de Ronald Dworkin dans *Life's Dominion* nous permet de mieux comprendre comment peuvent s'articuler les représentations ultimes selon la troisième approche¹⁸.

L'ensemble de l'argumentation de Dworkin repose sur la distinction entre deux formes de responsabilité du gouvernement. La « derivative responsibility » octroie au parlement la responsabilité de faire des lois qui sont « dérivées » des intérêts et des droits que toute personne dans la société, incluant le fœtus, peut avoir. La « detached responsibility »¹⁹ octroie au parlement la responsabilité de faire des lois, indépendamment des intérêts des personnes mais en fonction d'une valeur intrinsèque reconnue à toute forme de vie. Les remarques formulées par la Commission de réforme du droit pourraient ainsi être interprétées comme revendiquant une position de la « derivative responsibility » en opposition à l'autre au nom de la tradition de la liberté de conscience dans une société pluraliste et démocratique²⁰.

La comparaison entre la conception de Dworkin et celle de la commission s'arrête là car pour Dworkin, la question centrale de la justification des lois dépend de la réponse aux questions suivantes : « Quand une créature humaine acquière-t-elle des intérêts et des droits ? Quand est-ce que la vie d'une créature humaine commence-t-elle à avoir une valeur intrinsèque et quelles en sont les

17. Chaïm Perelman, « Peut-on fonder les droits de l'homme », *Droit, morale et philosophie*, Bruxelles, L.G.D.J., Kluwer, p. 67-73.

18. Une analyse en profondeur de Dworkin est impensable dans le contexte de cette présentation. Nous nous limiterons à illustrer certains thèmes à l'aide de distinctions tracées dans les quatre premiers chapitres de son ouvrage. Ronald Dworkin, *Life's Dominion*, New York, Alfred A. Knopf, 1994.

19. *Ibid.*, p.11.

20. Dworkin adopte le point de vue de la « derivative responsibility » pour ces raisons, *op. cit.* p.15.

conséquences²¹ ? » Pour trancher une telle question en matière d'avortement, on devra alors faire appel à nos connaissances actuelles en embryologie. La ligne de démarcation de l'acquisition des intérêts et des droits ne peut se faire sans référence à une représentation du fœtus, représentation qui n'est pas synonyme ici de représentation vraie fondant le droit.

La légitimité de la législation en matière d'avortement ne dépend pas de la vérité de la représentation utilisée mais de la valeur attribuée au fœtus. La position de Dworkin s'inscrit dans la reconnaissance de la valeur intrinsèque de la vie humaine. Contrairement à ceux qui soutiennent que la valeur intrinsèque dépend du statut de la représentation, Dworkin distingue la reconnaissance de la valeur intrinsèque des représentations qui servent de support à l'application de la loi. De même, Dworkin s'oppose à la tradition humienne qui postule que rien ne peut avoir de valeur intrinsèque puisque la valeur est toujours une valeur pour quelqu'un, une valeur d'usage.

Cette notion de valeur intrinsèque se comprend chez Dworkin à partir de ce que je qualifie d'« expérience du regrettable ». Il l'énonce ainsi : « Nous croyons qu'il est intrinsèquement regrettable que la vie humaine cesse prématurément²². » Dworkin illustre la présence de cette expérience notamment en considérant les réactions devant la destruction d'œuvres d'art de même que celles face à la destruction des espèces d'animaux dans la nature. La valeur intrinsèque de quoique ce soit est en dernière instance rattachée à la perte d'une activité de création. « Nous regrettons le gaspillage de l'investissement dans une création, non pas seulement pour ce que nous n'avons pas mais parce qu'il y a quelque chose de mal dans un grand effort frustré²³. »

La position de Dworkin montre bien comment peut s'articuler une justification d'une législation selon la troisième approche. Elle

21. « When does a human creature acquire interests and rights? When does the life of a human creature begin to embody intrinsic value, and with what consequences? », *Ibid.*, p. 22.

22. « We believe that it is intrinsically regrettable when human life, once begun, ends prematurely. We believe, in other words, that a premature death is bad in itself, even when it is not bad for any particular person. », *Ibid.*, p. 668-69.

23. « We regret the waste of a creative investment not just for what we do not have, but because of the special badness of great effort frustrated. », *Ibid.*, p. 79.

permet ainsi de voir que les représentations ultimes ne doivent pas être écartées du débat concernant la légitimation d'une loi mais elles ne doivent pas non plus être considérées comme fondements de la reconnaissance de la valeur des personnes et des objets.

Le cas de la juge Verreault a fait les manchettes, un cas parmi tant d'autres. Pourtant il peut être vu comme un symptôme d'un malaise plus profond de notre société qui a choisi d'enchâsser les droits fondamentaux dans sa constitution. Comment légiférer en droit pénal dans des matières concernant la vie et la mort ou la sexualité tout en cherchant à éviter l'enjeu des représentations ? La crise des représentations nous est apparue au plus profond des réactions à l'égard de la juge Verreault. Les rapports du droit à la morale sont au cœur de cette crise car ils ne peuvent être occultés dans un processus de légitimation des lois.

L'approche de Ronald Dworkin nous a permis de voir comment les représentations conservent leur importance dans le processus de légitimation sans qu'elles en soient le fondement. Mais une telle conception fait plus que de réinscrire l'importance des représentations et la clarification du processus d'attribution des valeurs en droit, elle nous propose aussi une forme de rationalité pratique s'inspirant de la tradition herméneutique. De ce fait elle nous invite à faire de la philosophie comme « philosophie pratique ». Comme le précise Dworkin, la philosophie peut se faire selon le modèle « *outside in* » où la théorie générale est élaborée et validée sur des postulats de la nature humaine et ensuite « appliquée » aux problèmes concrets. Ou la philosophie se fait selon le modèle « *inside out* » en partant des problèmes concrets, dans des circonstances particulières, en cherchant à résoudre ces problèmes et en s'interrogeant sur les enjeux philosophiques qui doivent être éclairés pour les résoudre. Comme nous avons pu le constater, les représentations sont en crise pour ceux et celles qui s'inscrivent dans le modèle « *inside out* » et qui s'interrogent sur le processus de légitimation des lois.

Secteur éthique appliquée
Université de Sherbrooke



Une démocratie libérale neutre ou perfectionniste¹ ?

Luc B. Tremblay

1. En philosophie politique contemporaine, le libéralisme est généralement conçu comme prescrivant que l'État, dans une société libre, démocratique et pluraliste, devrait rester neutre entre les « conceptions concurrentes de la vie bonne » ou « conceptions du bien » qui reposent sur des idéaux moraux et représentations ultimes controversées comme l'essence ou la nature de l'être humain, le sens et la valeur de la vie, le but de la création, etc.². Je qualifierai de *perfectionniste* un État qui cherche à promouvoir une conception du bien ou les idéaux moraux controversés d'un groupe en particulier ou qui justifie ses actions sur la base de valeurs qui présupposent la supériorité d'une conception du bien³. En

-
1. Professeur de droit à l'Université de Sherbrooke. Je dois remercier le professeur Pierre Blache de la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke d'avoir lu et commenté pertinemment les versions antérieures de ce texte.
 2. Cette conception du libéralisme contemporain est généralement associée aux travaux de John Rawls, Bruce Ackerman et Ronald Dworkin. Voir, par exemple, Rawls, J., *A Theory of Justice*, 1971; Dworkin, R., « Liberalism », dans *A Matter of Principle*, 1985; Ackerman, B., *Social Justice in the Liberal State*, 1980. Cette conception est cependant contestée. Voir, par exemple, Gardbaum, « Why The Liberal State Can Promote Moral Ideals After All », 104 *Harvard Law Review* 1350, 1991; Barry, « How not to Defend Liberal Institutions », dans R.B. Douglass, G.M. Mara, et H.S. Richardson (dirs.), *Liberalism and the Good*, 1990; Raz, J., *The Morality of Freedom*, 1986; Galston, « Defending Liberalism », 76 *American Political Science Review* 621, 1982.
 3. Par État perfectionniste, je n'entends pas nécessairement un État totalitaire ou un État qui cherche à promouvoir une conception du bien que John Rawls a qualifié de « générale ». Voir Rawls, J., « La priorité du juste et les conceptions du bien », 1988, 33 *A.P.D.* 39, p.40-41. Il suffit que l'État ne soit pas neutre.

prescrivant la neutralité de l'État, le libéralisme contemporain procurerait *une* solution aux conflits des représentations ultimes concurrentes et controversées des individus dans un État pluraliste et, par le fait même, au problème de la légitimité du droit.

2. Au moins depuis l'affaire *R. c. Oakes*⁴, la Cour suprême du Canada a clairement affirmé que l'objectif fondamental de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁵ est de garantir le caractère libre et démocratique de la société canadienne⁶. Je postulerai donc que la *charte* constitue un document qui incorpore un ensemble de valeurs et de principes dont la signification doit être déterminée à la lumière d'une interprétation du sens que possède ce qu'on pourrait appeler la « tradition libérale », tant au Canada que dans le monde occidental, elle-même comprise en fonction de notre compréhension du droit, de la morale politique, de l'histoire des idées, et de l'ensemble des théories et métathéories d'arrière-plan. Ce postulat est controversé en théorie constitutionnelle canadienne : d'une part, il présuppose une conception particulière de la méthode d'interprétation constitutionnelle que les constitutionnalistes qualifient de « téléologique » ainsi qu'une réponse à la question de la légitimité du processus d'interprétation constitutionnelle et, d'autre part, il présuppose que les paramètres généraux du débat juridique, notamment l'objectif de préserver le caractère libre et démocratique de la société canadienne, sont suffisamment justifiés⁷.

J'ai donc voulu vérifier si et, dans l'affirmative, dans quelle mesure les juges de la Cour suprême du Canada reconnaissent le caractère normatif du principe de neutralité en droit constitutionnel canadien. Alors que ce principe constitue l'un des thèmes centraux de la philosophie politique contemporaine, la théorie

4. [1986] 1 R.C.S. 103 [ci-après *Oakes*].

5. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.U.), 1982, c. 11 [ci-après la *Charte*].

6. Le texte pertinent est le suivant : « L'inclusion de ces mots ["société libre et démocratique"] à titre de norme finale de justification de la restriction des droits et libertés rappelle aux tribunaux l'objet même de l'enchâssement de la *charte* dans la constitution : la société canadienne doit être libre et démocratique », *supra*, note 3, p. 136.

7. Ce n'est pas le moment d'exposer et de justifier le bienfondé de ces assertions. Néanmoins, j'ai approfondi et défendu cette conception de la méthode d'interprétation téléologique dans Tremblay, « L'interprétation téléologique des droits constitutionnels », à paraître dans 29 *Thémis*, 1995.

constitutionnelle canadienne dominante l'ignore⁸. Le texte même de la *charte* n'indique pas si le principe doit jouer un rôle quelconque en droit constitutionnel canadien⁹ et, à consulter les ouvrages doctrinaux classiques, il faudrait en déduire qu'il n'en fait pas partie. Or, je soumets que le principe de neutralité pourrait recevoir au moins deux significations juridiques distinctes. Dans une première partie, je présenterai les deux principes qui correspondent à ces deux significations. Ensuite, dans les parties II et III, je vérifierai si ces deux principes de neutralité font partie du droit constitutionnel canadien¹⁰.

-
8. Par « théorie constitutionnelle dominante », je pense à la théorie constitutionnelle générale et descriptive qui soutend les ouvrages (monographies, « casesbooks ») qui sont généralement utilisés dans les facultés de droit pour *décrire* l'état du droit constitutionnel canadien. Pour une clarification des postulats fondamentaux de cette théorie, voir Tremblay, « La théorie constitutionnelle canadienne et la primauté du droit », 39 *Revue de droit de McGill* 101, 1994, p. 103-114. Traditionnellement, le principe de neutralité a pu être ignoré des juristes canadiens puisqu'ils étaient formés dans le cadre de la doctrine constitutionnelle positiviste de la souveraineté du parlement selon laquelle le parlement pouvait juridiquement tout faire. Par contre, la théorie critique du droit au Canada et l'analyse féministe, par exemple, font état du principe.
 9. La *charte* garantit des droits et des libertés aux articles 2 à 23 mais autorise le législateur, par l'article premier, à restreindre ces droits et libertés dans des limites justifiables ou raisonnables dans le cadre d'une société libre et démocratique. La *charte* mentionne aussi l'attachement du Canada au patrimoine multiculturel. Sans plus d'indice, ces dispositions peuvent se comprendre aussi bien comme un élément de la neutralité libérale que comme un ingrédient indispensable au bonheur de chacun ou au bien-être de la société. Par conséquent, une référence au texte pour *fonder* l'une ou l'autre thèse, la neutralité ou le perfectionnisme, présumerait la question résolue ou nous engagerait dans une circularité vicieuse.
 10. La question de savoir à quelles conditions un principe donné fait partie du droit est controversée en théorie générale du droit. Néanmoins, pour les fins de ce texte, je considérerai comme « juridique » un principe qui exerce une contrainte véritable dans le processus d'interprétation constitutionnelle, soit pour l'interprétation proprement dite de la Constitution, soit pour déterminer la validité d'une conduite gouvernementale. Il se peut, cependant, qu'un principe qui rencontre cette condition ne soit pas expressément énoncé. Cela implique que nous devons nous-même nous engager dans un processus d'interprétation du discours juridique relatif à la *charte* (les arguments et raisonnements tels qu'ils se manifestent dans la jurisprudence). Si la meilleure interprétation du discours de la Cour suprême du Canada

Ma thèse générale est la suivante. La Cour semble fonder la *charte* sur une théorie constitutionnelle perfectionniste qui pourrait, à certaines conditions, être acceptable dans le cadre d'une société libre et démocratique. Cependant, elle a récemment introduit un principe qui, s'il était maintenu, pourrait autoriser les différents législateurs et gouvernements à contrecarrer l'objectif même d'une charte constitutionnelle des droits et à perfectionner la société et les individus qui la composent bien au-delà de ce que pourrait tolérer le libéralisme. Enfin, je soumettrai que certaines décisions récentes de la Cour suprême ne peuvent être bien comprises que sur la base de ce dernier principe.

I. Le principe de neutralité

1. Je propose de distinguer entre deux principes de neutralité pour les fins d'une analyse du droit constitutionnel canadien. J'appellerai le premier principe « *le principe de la neutralité constitutionnelle* » et le second « *le principe de la neutralité de l'action gouvernementale* »¹¹.

2. Le *principe de la neutralité constitutionnelle* exprime l'idée que la *justification* de la *charte* elle-même ou, plus précisément, la *justification* des principes qui sous-tendent les droits et libertés garantis¹² et la *justification* des principes qui justifient les règles de droit qui restreignent les droits et libertés garantis¹³, doivent être *neutres* entre les diverses conceptions du bien, c'est-à-dire affirmer ou reposer sur des *valeurs neutres*.

révèle que le principe de neutralité contraint véritablement le processus de décision constitutionnelle, alors je supposerai que le principe de neutralité est un principe juridique, c'est-à-dire qu'il fait partie du droit constitutionnel canadien.

11. Il est entendu que d'autres interprétations et applications possibles du principe de neutralité en droit canadien comme, par exemple, le principe de la neutralité des effets ou des conséquences, pourraient être envisagées. Cependant, je n'en traiterai pas ici. D'une part, ces autres conceptions semblent constituer un aspect marginal de la théorie libérale, s'il en est. Voir, par exemple, l'argument de Rawls, *supra*, note 2, p. 49 *sq.* De plus, il y a des raisons de croire qu'en droit constitutionnel canadien cette version de la neutralité se raccrocherait au principe d'antidiscrimination.
12. Les droits et libertés garantis se retrouvent aux articles 2 à 23 de la *charte*.
13. Ces principes constituent, formellement, la signification de l'article premier de la *charte*.

L'idée de « valeurs neutres » n'est pas facile à cerner. Néanmoins, on pourrait les regrouper en deux catégories.

- 1 Dans la première, nous pouvons regrouper des valeurs purement *procédurales* ou *formelles* comme, par exemple, la valeur de l'impartialité, les règles du dialogue rationnel, la justice formelle, le principe de la généralité et de l'universalité des normes, etc.¹⁴
- 2 Dans la seconde, nous pouvons regrouper des valeurs *matérielles* qui, de par leur nature ou fonction, sont acceptables à chacun indépendamment de sa conception particulière du bien. Par exemple, nous pourrions inclure la valeur d'un ou plusieurs intérêts essentiels ou nécessaires à chaque personne (déterminée par la nature, la raison ou autrement) que nul n'oserait sincèrement contester¹⁵.

S'il existait en droit canadien, le principe de la neutralité constitutionnelle constituerait l'un des principes les plus fondamentaux de tout l'ordre juridique. Il porterait ultimement sur la justification ou le fondement des *principes* qui, au Canada, établissent l'importance de protéger et de promouvoir certains intérêts

-
14. Voir, par exemple, Larmore, C., *Patterns of Moral Complexity*, 1987; l'idée du contrat social et du « voile de l'ignorance » de Rawls, *supra*, note 1 et *infra*, note 14.
 15. Par exemple, l'idée des *biens premiers* utilisée par John Rawls, *ibid.*, p. 92 *sq.*, semblait indiquer que la protection universelle de certains biens ou intérêts était nécessaire pour l'obtention de tous les autres biens qu'une personne pourrait désirer dans sa vie et, conséquemment, que toute personne rationnelle placée sous le « voile de l'ignorance » y consentirait. *Id.*, p. 142 *sq.* La théorie de Rawls de 1971 est bien connue. Rawls a construit une *procédure contractuelle* soumise à un certain nombre de contraintes qui postulaient des valeurs (procédurales et matérielles) apparemment neutres : par exemple, 1. la coopération humaine est nécessaire et possible; 2. les parties sont des personnes rationnelles mutuellement intéressées, mais non égoïstes; 3. elles désirent toutes le plus de « *biens premiers* » possibles nécessaires à la réalisation de leur plan de vie rationnel ou conception du bien; 4 les principes choisis doivent être généraux, universels, publics, etc; 5. les parties sont capables d'un sens de la justice et d'agir en conséquence; 6. les parties sont capables d'une conception du bien mais ignorent celle qu'elles adopteront dans la vie réelle (le « voile de l'ignorance »). Les *biens premiers* pouvaient alors être conçus comme des biens *universels* instrumentaux neutres. La question de savoir si les *biens premiers* peuvent encore être conçus comme affirmant des valeurs neutres universelles demeure discutable depuis que Rawls a précisé le caractère politique et herméneutique de sa théorie. Voir Rawls, *supra*, note 2, p. 40.

individuels fondamentaux et la nature des raisons valables qui peuvent justifier les actes gouvernementaux qui portent atteinte à ces intérêts. Il rejoint, en quelque sorte, le principe de neutralité qui, en philosophie politique, exige que la *justification* des principes (libéraux) de justice, notamment de ceux qui affirment l'importance de protéger et promouvoir certains droits et libertés et de ceux qui autorisent une dérogation à ces mêmes principes, soit indépendante d'une conception du bien¹⁶.

Étant donné l'ordre constitutionnel canadien, le principe de la neutralité constitutionnelle, s'il existait, exercerait une contrainte sur le *pouvoir judiciaire* puisque c'est à lui qu'est conféré le pouvoir d'élaborer, d'interpréter et de justifier les principes constitutionnels qui soutiennent la *charte*. Il devrait donc se manifester dans le processus d'interprétation constitutionnelle lors de l'élaboration de la théorie constitutionnelle qui soutient la *charte*.

3. Le « *principe de la neutralité de l'action gouvernementale* » exprime l'idée négative qu'une institution gouvernementale ne peut pas restreindre un droit ou une liberté garanti uniquement pour des motifs qui cherchent à promouvoir ou favoriser une conception particulière du bien. Si ce principe existait en droit constitutionnel canadien, il concernerait la *justification* (les motifs, le but visé) des lois et des autres règles de droit qui portent atteinte, restreignent ou limitent les droits et libertés garantis. Techniquement, le principe de la neutralité de l'action gouvernementale devrait, au moins lors de l'application de l'article premier de la *charte*¹⁷, exercer une contrainte sur l'exercice du pouvoir législatif et gouvernemental. Pour cette raison, il devrait aussi se manifester dans le processus de décision judiciaire puisqu'il appartient aux tribunaux de vérifier et décider si, et à quelles conditions, une règle de droit qui restreint les droits fondamentaux garantis est légitime.

16. Les principes libéraux de justice se rapportent à la juste distribution des ressources disponibles comme, par exemple, l'argent, la richesse, les opportunités (choix de la carrière, l'éducation, la liberté de circulation), les pouvoirs, les droits juridiques non-fondamentaux (contracter, ne pas être importuné) et, dans le contexte du libéralisme contemporain, les libertés et les droits fondamentaux. C'est ici que les thèses de Rawls, Dworkin et Ackerman, *supra*, note 1, constituent les paradigmes d'un libéralisme neutre.

17. L'article premier se lit ainsi : « La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ».

4. La relation entre les deux principes de neutralité est complexe. D'une part, alors que le principe de la neutralité constitutionnelle se rapporterait à la justification des *principes* qui sous-tendent la *charte* elle-même, le principe de la neutralité de l'action gouvernementale constituerait *l'un* de ces principes. D'autre part, si la reconnaissance du principe de la neutralité constitutionnelle pouvait, à certaines conditions, ne pas impliquer le principe de la neutralité de l'action gouvernementale, une justification morale et perfectionniste des principes de la *charte* pourrait, à certaines conditions, entraîner le principe de la neutralité de l'action gouvernementale¹⁸.

II. Le principe de la neutralité constitutionnelle

1. Le principe de la neutralité constitutionnelle pose donc la question de savoir si, pour la Cour suprême du Canada, la *justification* des principes qui sous-tendent les droits fondamentaux garantis et la *justification* des principes qui permettent d'évaluer si les limites apportées à ces mêmes droits sont légitimes reposent sur des valeurs qui sont *neutres* entre les différentes conceptions particulières du bien. La réponse à cette question doit reposer sur une reconstruction du discours judiciaire (arguments et raisonnements juridiques) par lequel la Cour justifie l'*interprétation* et le *sens* des dispositions constitutionnelles¹⁹. Si ce discours affirmait des valeurs neutres, alors la *charte* se fonderait sur une théorie constitutionnelle

18. Cette deuxième hypothèse pourrait être illustrée par la théorie de John Stuart Mill dans *De la liberté*, 1990, chap. III, où il justifie une forme de « neutralité » de l'État sur la base d'une théorie morale perfectionniste.

19. On pourrait penser que la question de la neutralité constitutionnelle ne dépend pas d'une reconstruction du processus d'interprétation constitutionnelle mais des valeurs qui seraient *objectivement* enchâssés dans la *charte*. Par exemple, on pourrait soutenir que la théorie constitutionnelle qui sous-tend la *charte* est neutre ou perfectionniste selon les choix politiques qu'a posés le constituant. Notre question de base se réduirait donc à déterminer l'intention du constituant. Le problème, ici, est que la méthode d'interprétation adoptée par la Cour rejette, à bon droit, les conceptions « fondationnalistes » de l'interprétation constitutionnelle. La Cour suprême a établi que l'interprétation de la *charte* devait procéder conformément à la méthode d'interprétation téléologique ce qui signifie que les droits et libertés garantis doivent être interprétés en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger. Cela implique, à mon avis, la matérialisation ou concrétisation des *principes* (constitutionnels non-écrits) qui affirment que tel ou tel intérêt est digne d'une protection constitutionnelle. Voir Tremblay, *supra*, note 6.

neutre. Par contre, s'il exprimait des valeurs qui affirment la supériorité d'une conception du bien, alors la *charte* serait fondée sur une théorie constitutionnelle *perfectionniste*²⁰.

2. Bien qu'il y ait certains passages équivoques²¹, la justification des principes qui sous tendent la *charte* n'est pas neutre. Elle s'inscrit dans le cadre d'une théorie constitutionnelle *perfectionniste*. Il n'est pas possible, ici, d'énumérer l'ensemble des *valeurs morales substanti ves* auxquelles les juges réfèrent dans le processus d'interprétation constitutionnelle. Quelques exemples suffiront.

L'interprétation de la liberté d'expression garantie à l'article 2(b) de la *charte*, par exemple, a été justifiée sur la base de valeurs qui affirment une conception du bien controversée que nous pourrions associer à la théorie libérale perfectionniste de John Stuart Mill²². La Cour fait grand état des valeurs que constituent la diversité, la libre recherche de la vérité, l'épanouissement personnel et l'autonomie. Par exemple, elle écrit que la protection de la liberté d'expression est justifiée car « nous attachons une grande valeur à la *diversité* des idées et des opinions qui est *intrinsèquement salutaire* tant pour la collectivité que pour l'individu »²³. La justification du droit à la liberté d'expression *commerciale* énonce deux valeurs morales controversées : « elle favorise l'autonomie personnelle et l'épanouissement individuel en permettant aux individus de faire des choix économiques éclairés »²⁴. Nous pourrions croire que ce passage est compatible avec une interprétation du principe de la neutralité puisque la liberté semble simplement offrir une structure qui

20. Par exemple, si le discours judiciaire révélait que la raison d'être de la liberté d'expression est uniquement de garantir une sphère dans laquelle les individus peuvent former leurs opinions et choisir leur propres fins, indépendamment des raisons fondées sur la croyance que cette liberté contribue au bonheur individuel et au bien de la société, alors les principes constitutionnels qui justifient cette liberté pourraient peut-être, à certaines conditions, être qualifiés de *neutres*.

21. Certains passages pourraient être interprétés autant comme affirmant des valeurs neutres que des valeurs morales controversées. Par exemple, dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, la majorité des juges de la Cour suprême a énoncé que la liberté d'association reposait sur une proposition assez simple : « pour l'individu, la réalisation de certains objectifs par l'exercice de ses droits individuels est généralement impossible sans l'aide et la coopération d'autrui », p. 395.

22. Mill, *supra*, note 17.

23. *Québec (P.G.) c. Irwin Toy Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 968.

24. *Québec (P.G.) c. Ford*, [1988] 2 R.C.S. 712, p. 767.

permet à chacun de faire des choix éclairés en fonction de sa conception du bien sans dire aux citoyens ce qu'ils doivent choisir. Cependant, la question est de savoir si les valeurs de *l'autonomie* et de *l'épanouissement personnel* qui justifient la liberté peuvent elles-mêmes être conçues comme neutres. Or, à mon avis, la réponse est négative. Pour la Cour, agir d'une façon autonome et conformément à ses propres aspirations est un ingrédient essentiel du bonheur²⁵. Le caractère perfectionniste de la théorie constitutionnelle, qui sous-tend la doctrine de la liberté d'expression, est rendu manifeste par l'approbation par la Cour de l'extrait suivant d'un texte classique de Thomas Emerson, publié en 1963, sur la liberté d'expression aux États-Unis :

« la théorie de la liberté d'expression [...] englobe une vision de la société, une foi et tout un mode de vie. [...] Elle envisage un mode de vie qui permettra à l'homme d'exploiter tout son potentiel en favorisant la tolérance, le scepticisme, la raison et l'initiative²⁶. »

Pour justifier le droit à la liberté garanti à l'article 7, le juge Wilson, dans une opinion minoritaire (mais non contredite par une majorité de juges), a référé à la théorie de Neil MacCormick pour qui la liberté est « une condition du respect de soi et de la satisfaction que procure la capacité de réaliser sa propre conception d'une vie bien remplie, qui vaille la peine d'être vécue »²⁷. Pour MacCormick,

« [le respect de soi et cette satisfaction sont, à mon avis, des biens fondamentaux (*fundamental goods*) pour l'être humain, la vie elle-même ne valant la peine d'être vécue qu'à la condition de les éprouver ou de les rechercher. L'individu auquel on refuserait délibérément la possibilité de parvenir au respect de lui-même et à cette satisfaction se verrait privé de l'essence de son humanité²⁸. »

Certains juges sont parfois plus spécifiques. Par exemple, dans *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*²⁹, où

25. Nous pourrions ajouter que la Cour juge qu'une vie dans laquelle un individu exprime librement ses opinions, participe aux délibérations communautaires, s'informe, persuade, etc., ou qu'une communauté qui favorise cette liberté sont désirables intrinsèquement.

26. *Supra*, note 22, p. 970-71. L'extrait est tiré de Emerson, « Toward a General Theory of the First Amendment », 1963, 72 Yale L.J. 877, p. 886.

27. *Morgentaler c. R.*, [1988] 1 R.C.S. 30, p. 164. L'extrait est tiré de MacCormick, N., *Legal Right and Social Democracy*, 1982, p. 39.

28. MacCormick, *ibid.*, p. 41.

29. *Supra*, note 20.

il s'agissait de décider si le droit de négocier collectivement et le droit de grève étaient inclus dans la liberté d'association³⁰, deux juges dissidents ont répondu par l'affirmative en se fondant sur des arguments qui postulent la supériorité de certaines conceptions ultimes controversées. Par exemple, ils écrivent qu'en tant « qu'êtres sociaux, notre liberté d'agir collectivement est une condition première de la vie communautaire, du progrès humain et d'une société civilisée »³¹. La liberté d'association est un bien car elle favorise le civisme, les sentiments généreux et la véritable justice et égalité³². Puis, abordant la question spécifique que soulevait le litige, ils expriment une conception de la vie bonne (*protestante* ou *socialiste* ?) qui affirme la valeur du travail dans la vie humaine. Pour eux, la liberté d'association devait comprendre le droit de s'associer pour défendre les « conditions de vie » et la « dignité des individus au travail ».

« Le travail est l'un des aspects les plus fondamentaux de la vie d'une personne, un moyen de subvenir à ses besoins financiers et, ce qui est tout aussi important, de jouer un rôle utile dans la société. L'emploi est une composante essentielle du sens de l'identité d'une personne, de sa valorisation et de son bien-être sur le plan émotionnel³³. »

Ce bien explique,

« pourquoi, les conditions dans lesquelles une personne travaille sont très importantes pour ce qui est de façonner l'ensemble des aspects psychologiques, émotionnels et physiques de sa dignité et du respect qu'elle a d'elle-même³⁴. »

Les juges approuvent la thèse de Paul Weiler selon laquelle la « négociation collective », en matière de droit du travail, rehausse la dignité du travailleur en tant que personne humaine; elle est « intrinsèquement valable comme expérience en matière d'autonomie »³⁵. Or, puisque le droit de grève est nécessaire à

30. Il s'agissait de décider si certaines activités collectives à des fins économiques étaient incluses dans la notion de liberté d'association.

31. *Supra*, note 20, p. 365.

32. *Ibid.* Ils s'appuient sur Mill, J.S., *Principles of Political Economy*, 1893, vol. 2, p. 352.

33. *Ibid.*, p. 368. Ils approuvent l'opinion d'un juriste, David Beatty, pour qui l'emploi est « le moyen par lequel la plupart des membres de notre collectivité peuvent prétendre à un droit égal au respect et à la considération des autres ». Beatty, « Labour is not a Commodity », *Studies in Contract Law*, 1980, p. 324.

34. *Ibid.*

35. *Ibid.*, p. 369.

l'efficacité du système de négociation collective, la liberté d'association doit inclure le droit de grève. Le droit fondamental à la grève est donc justifié sur la base d'une conception qui affirme qu'une vie où l'individu travaille et participe aux discussions et décisions sociales qui concernent ses conditions de vie, est désirable : elle permet de réaliser certaines fins (la dignité humaine, l'identité, le bien-être, l'autonomie, par exemple).

3. Je ne multiplierai pas les exemples. Pour les juges, la théorie constitutionnelle qui soutend la *charte* postule la supériorité de certains biens humains et sociaux et ils essaient de les promouvoir et de les réaliser en conséquence. La constitution est donc conçue comme un agent de perfection pour la société et les individus.

Il ne faudrait pas déduire de cela, cependant, que les juges ont réussi, à ce jour, en tant que corps collégial, à élaborer une conception cohérente du bien. Des passages tirés de la jurisprudence de la Cour pourraient indiquer que la *charte* repose sur une pluralité de valeurs et de conceptions ultimes, dont la compatibilité n'est pas évidente *a priori*. Par exemple, si nous tentions aujourd'hui de comprendre la conception de l'*être humain* qui guide les juges dans le processus de détermination des biens humains fondamentaux, nous découvririons des arguments qui militeraient en faveur d'au moins trois conceptions ultimes. D'abord, en mettant l'accent sur la valeur de l'autonomie et de l'épanouissement personnel, la Cour semble s'inscrire dans le cadre d'une conception libérale de l'individu (quel que soit, par ailleurs, le contenu précis de cette conception). Ensuite, pour justifier le droit à la liberté d'association, garanti à l'article 2(d) de la *charte*, la Cour a cité le célèbre passage d'Aristote selon lequel l'homme est un « animal social façonné par la nature pour vivre en groupe »³⁶. Bien qu'il ne soit pas facile d'évaluer le poids réel que joue la philosophie d'Aristote en théorie constitutionnelle canadienne, ce passage constitue un argument en faveur d'une conception communautariste de l'individu (quelle que soit la signification plus précise de cette conception). Enfin, d'autres passages pourraient justifier la thèse selon laquelle l'individu doit être conçu dans la cadre d'une théorie communautariste à « saveur » ethnique. Dans l'affaire *R. c. Keegstra*³⁷, discutant de l'article 27 de la *charte* qui porte sur le multiculturalisme, la Cour a semblé

36. *Ibid.*, p. 395. La théorie d'Aristote, s'il en est une, constitue certainement l'archétype d'une théorie perfectionniste selon laquelle l'État doit promouvoir la vie bonne et un bien commun moral.

37. [1990] 3 R.C.S. 697.

approuver la thèse de Joseph Magnet selon laquelle il faut « prévenir les attaques contre les liens qu'un individu entretient avec sa culture »³⁸ car l'épanouissement de chacune des personnes qui composent une communauté ethnique passe par la protection du patrimoine culturel qui permet l'identification volontaire du sujet (le moi individuel) aux traditions et à l'histoire de son groupe. L'identité de la personnalité individuelle est incomplète tant que le sujet ne s'intègre pas à son groupe ethnique³⁹.

Bien entendu, le pluralisme de la théorie constitutionnelle qui soutient la *charte* n'est peut-être qu'un phénomène apparent ou provisoire qui pourrait cacher une cohérence plus profonde qui s'expliquerait par notre manque de recul (la *charte* n'a pas encore 15 ans). Par contre, certains pourraient aussi croire que ce pluralisme est inévitable voire même souhaitable dans le contexte de la société canadienne. Je reviendrai sur *un* aspect de cette question plus bas.

4. On pourrait critiquer l'approche judiciaire qui consiste à élaborer une théorie constitutionnelle perfectionniste sur la base d'au moins deux stratégies. La première est fondée sur la *thèse de la neutralité* proprement dite. Elle soutient qu'une théorie constitutionnelle perfectionniste dans une société pluraliste est fondamentalement *illégitime* puisqu'elle ne peut être acceptée par tous les citoyens. La seconde stratégie constitue ce qu'on pourrait appeler la *critique perfectionniste*. Elle accepte l'idée qu'il est nécessaire ou désirable d'élaborer une théorie constitutionnelle perfectionniste mais rejette ou critique la conception particulière (ou plurielle) du bien que la Cour suprême cherche à promouvoir par le biais du processus de décision constitutionnelle.

Mon objectif n'est pas de démontrer que la première stratégie est mal-fondée. Je vais uniquement me limiter à énoncer sommairement deux raisons que j'ai de croire qu'elle risque d'échouer. Mon objectif est plutôt de suggérer, conformément à la seconde stratégie, qu'une théorie constitutionnelle perfectionniste pourrait, à certaines conditions, être acceptable en droit canadien.

5. La première stratégie pourrait énoncer une raison valable militant à l'encontre d'une théorie perfectionniste si, et seulement

38. *Ibid.*, p. 757.

39. La thèse de Magnet est exposée dans « Multiculturalisme et droits collectifs : vers une interprétation de l'article 27 », dans G.A. Beaudoin et E. Ratushny (dirs), *Charte canadienne des droits et libertés* (2^e éd., 1989), 819, p. 840 sq.

si, le principe de neutralité pouvait lui-même être justifié par des arguments *neutres*. Autrement, la *thèse de la neutralité* serait elle-même *illégitime* puisqu'elle ne pourrait être acceptée par tous les citoyens. Or, quelle que soit la forme que devrait prendre de tels arguments neutres, le fait même d'être attiré par l'idée de « neutralité entre les conceptions concurrentes du bien » révèle (et ne peut être adéquatement compris que si l'on accepte) l'existence d'un présupposé implicite qui affirme le bien-fondé d'une conception particulière de la légitimité morale du droit et des arrangements sociaux. Or, à mon avis, cette conception n'est pas neutre. Elle présuppose, ultimement, une représentation controversée de l'être humain, notamment la conception selon laquelle il est un être *autonome*, doté de raison, capable de déterminer et réviser sa conception du bien et d'agir conformément à son plan de vie ainsi qu'aux normes qu'il se donne à lui-même et qui, en tant que tel, mérite le respect. Cette théorie, que nous pouvons certainement associer à la théorie *libérale* de la légitimité⁴⁰, fait du respect de l'autonomie individuelle un impératif moral fondamental qui, dans un certain sens, précède l'interprétation même de la Constitution⁴¹. Elle permet donc de comprendre les raisons fondamentales pour lesquelles, devant le « fait du pluralisme », l'incommensurabilité des valeurs, le scepticisme moral, ou autres phénomènes auxquels la thèse de la neutralité propose d'apporter une solution, on voudrait que la justification des principes qui soutiennent la *charte* repose sur des valeurs neutres. Bien entendu, si tous les citoyens reconnaissaient le bien-fondé de cette théorie de la légitimité, la première stratégie pourrait être acceptable. Cependant, dans une société radicalement pluraliste et multiculturelle comme le Canada, il est raisonnable de croire qu'elle est elle-même fondamentalement controversée⁴².

Ma seconde raison de croire que la première stratégie est vouée à l'échec vient de la difficulté de concevoir des valeurs *neutres* qui

40. Waldron, « Theoretical Foundations of Liberalism », 37 *Philosophical Quarterly* 127, 1987.

41. La théorie de Kant pourrait illustrer ce point. Pour Kant, la *perfection* de l'être humain consiste à déterminer soi-même ses fins conformément à sa conception de la vie bonne. L'autonomie est érigée en valeur suprême et la légitimité de l'État dépend de sa conformité avec elle, d'où la neutralité de l'État. La justification de la neutralité n'est donc pas neutre. Voir Galston, *supra*, note 1, p. 622-23.

42. Il est raisonnable de croire que, dans une société radicalement pluraliste comme la nôtre, certaines personnes (par exemple, un intégriste religieux) n'accepteront jamais la théorie de la légitimité qui

soient suffisamment *pratiques* pour guider concrètement le processus d'interprétation constitutionnelle. D'une part, il devrait être admis que des valeurs *procédurales* ou *formelles* ne sauraient constituer, par elles-mêmes, des contraintes suffisamment pratiques pour guider l'interprétation concrète des dispositions constitutionnelles. Ces valeurs peuvent certainement fournir une structure rationnelle par laquelle le processus de décision judiciaire peut évoluer formellement mais elles ne sauraient guider l'aspect *matériel* de cette décision. Or, la justification rationnelle d'une interprétation judiciaire donnée a besoin de s'appuyer sur des valeurs *substantives* contraignantes.

D'autre part, on peut se demander si des *valeurs matérielles neutres*, c'est-à-dire acceptables à chacun indépendamment de sa conception substantielle du bien, pourraient constituer des contraintes suffisamment pratiques pour guider l'interprétation constitutionnelle. D'abord, rappelons que la *charte* elle-même n'est pas acceptée par tous comme un instrument légitime de régulation sociale et politique⁴³ et que si les partisans de la *charte* s'entendent sur certaines propositions abstraites et générales comme, par exemple, l'importance de protéger la liberté d'expression, les valeurs substantives qui devraient fondamentalement justifier ces propositions « neutres » sont controversées. Ainsi, il est difficile de voir comment les juges, engagés dans le processus pratique

sous-tend la thèse de la neutralité. Une telle acceptation contredirait leurs convictions les plus profondes et leurs représentations ultimes. Bien entendu, il ne suffit pas de dire que ceux qui n'acceptent pas notre point de vue ne sont pas rationnels ou raisonnables; nous risquerions alors de définir la personne rationnelle ou raisonnable en fonction de son adhésion ou pas aux valeurs morales et politiques controversées que nous postulons comme vraies.

43. Pour un exemple récent, voir Legault, « Les dangers d'une charte des droits enchâssée pour un Québec indépendant », *XIX Philosophiques* 1992, p. 145. On pourrait soutenir que le désaccord qui porte sur l'enchâssement d'une charte des droits ne constitue pas une raison suffisante pour soutenir qu'il existe un désaccord réel sur les valeurs qui justifient ses principes fondamentaux puisque celui-là pourrait porter sur autre chose comme, par exemple, sur le fait qu'une telle charte, en constitutionnalisant le contrôle judiciaire des lois, est antidémocratique. Néanmoins, il n'est pas déraisonnable de penser que ces autres objets de désaccords révèlent un désaccord raisonnable plus profond sur les valeurs fondamentales qui sous-tendent les chartes des droits, notamment la valeur qui affirme la prépondérance des droits fondamentaux sur l'action législative.

d'interprétation constitutionnelle, pourraient se fonder sur des *valeurs matérielles neutres*. Le « fait du pluralisme » semble justifier l'idée que de telles valeurs, le cas échéant, ne pourraient être formulées qu'à un niveau très élevé de généralisation et d'abstraction qui risquerait de les vider de tout contenu matériel significatif au plan pratique. Par exemple, la justification de la liberté d'expression, fondée sur l'idée qu'elle vise à garantir à chacun une sphère dans laquelle les individus peuvent agir librement, pourrait, à certaines conditions, être conçue comme « neutre ». Cependant, pour cette même raison, elle ne pourrait constituer une raison pratique suffisante contraignant la décision judiciaire relativement au sens de cette liberté dans un cas concret et de son poids par rapport à la réputation d'autrui, au caractère public des procès, à l'humiliation, à l'offense à autrui ou au droit à l'égalité, par exemple. Le processus de décision judiciaire a besoin de se fonder sur des raisons pratiques plus raffinées ou plus substantielles. Or, je ne vois pas comment on pourrait déterminer le sens de ces raisons pratiques sans faire appel à des arguments, conceptions ou valeurs controversées comme le but, la raison d'être et les intérêts que cherchent à promouvoir la *charte* qui, à leur tour, ne peuvent être bien conçus que dans le cadre d'une théorie constitutionnelle qui postule que certaines *fins* particulières controversées sont désirables (ou bonnes) pour les individus et la société. Les tribunaux ne peuvent échapper à l'élaboration d'une conception du bien⁴⁴.

6. La seconde stratégie, que j'ai nommée la *critique perfectionniste*, accepte l'approche qui consiste à élaborer une théorie constitutionnelle perfectionniste mais rejette ou critique la conception particulière du bien reconnue par la Cour suprême. Cette stratégie, qui pourrait soustendre un spectre très large de

44. Il est intéressant de noter que pour John Rawls la théorie de la justice ne permet pas de définir et d'ajuster *en détail* les diverses libertés de base. La théorie constitue la première étape seulement d'un processus de raffinement qui devrait impliquer la rédaction d'une constitution, de lois et de décisions judiciaires. Or, Rawls a abandonné l'idée selon laquelle, aux étapes ultérieures, la définition et l'ajustement des libertés de base les unes aux autres doivent procéder conformément au critère qui consiste à maximiser les libertés. Dans Rawls, « Les libertés de base et leur priorité », (1989) *Critique* 423, il propose le critère plus substantiel qui consiste à définir et ajuster les libertés de base « de façon à permettre le développement adéquat et l'exercice complet et informé des deux facultés morales » de la personne (la

capacité d'avoir un sens de la justice et la capacité d'avoir une conception du bien) critiques (s'inscrivant dans le cadre de diverses idéologies : marxisme, socialisme, féminisme, égalitarisme, libertarisme, et même libéralisme), nous propose en fait de participer à un dialogue constructif et rationnel par lequel diverses théories constitutionnelles perfectionnistes sont mesurées, comparées et évaluées⁴⁵.

Je soumets qu'une théorie constitutionnelle perfectionniste pourrait être acceptable dans le cadre du processus d'interprétation de la *charte*, à la condition que les idéaux moraux et conceptions du bien qu'elle cherche à promouvoir reposent sur une conception *libérale* du bien. Plusieurs philosophes ont tenté de cerner quelques-uns des aspects centraux ou fondamentaux de cette conception et leurs travaux devraient, pour cette raison, constituer des sources pertinentes⁴⁶. Pour les fins de ce texte, il est suffisant de noter que, quelle que soit la conception particulière du bien que les tribunaux élaboreraient, elle devrait être articulée autour d'une

dans le contexte social pertinent. *Ibid.*, p. 45556. Ainsi, pour Rawls, « une liberté est plus ou moins importante selon qu'elle est plus ou moins essentiellement impliquée dans l'exercice complet, informé et efficace des facultés morales dans l'une des deux applications fondamentales (ou dans les deux), ou qu'elle est un moyen institutionnel plus ou moins nécessaire pour protéger cet exercice », *ibid.*, p. 458. Ce critère exprime une valeur *substantive* qui pourrait peut-être guider pratiquement les tribunaux dans le processus d'interprétation constitutionnelle. Néanmoins, contrairement à ce que certains pourraient croire, je doute que cette valeur « politique » soit « neutre ». À mon avis, le fait que cette valeur soit une reconstruction de certaines intuitions et idéaux fondamentaux latents au sein de la culture politique d'une société démocratique et qui seraient implicitement partagés par tous les citoyens qui accepteraient cette culture constitue une raison de croire qu'elle serait fondamentalement controversée. Voir l'argument de da Silveira, « Quel avenir pour le principe de la neutralité ? », 3, *Lekton* 64, 1993, p. 88. En tout état de cause, Rawls a souligné que « la théorie de la justice comme équité ne s'adresse pas tant aux spécialistes du droit constitutionnel qu'aux citoyens d'une démocratie constitutionnelle », *ibid.*, p. 463.

45. Cette assertion présuppose que, *d'une certaine manière*, les conceptions du bien puissent être, à certaines fins, mesurables et comparables. Voir Gardrum, *supra*, note 1.
46. Parmi ces libéraux, il faut inclure Mill, *supra*, note 17; Dworkin, « Foundations of Liberal Equality », dans *The Tanner Lectures on Human Values XI*, 1990; Kymlicka, W., *Liberalism, Community and Culture*, 1989, chap. 2; et Galston, *supra*, note 1.

interprétation des valeurs substantives controversées qui, dans notre culture politique, sont traditionnellement associées au libéralisme. Parmi ces dernières, on devrait retrouver les valeurs suivantes :

- 1 La dignité humaine, c'est-à-dire, le respect des capacités humaines « essentielles » comme l'autonomie et la capacité d'agir en tant qu'agent moral responsable, le respect de l'intégrité physique et psychologique des êtres humains, et le respect de la liberté individuelle;
- 2 L'épanouissement personnel;
- 3 La diversité;
- 4 La tolérance;
- 5 La libre recherche de la vérité;
- 6 Une certaine forme d'égalité (certainement l'égalité devant et dans le droit et l'égalité d'opportunité) et de justice sociale;
- 7 La paix sociale (des institutions politiques et juridiques qui permettent la délibération rationnelle au sujet des désaccords et revendications légitimes de chacun);
- 8 La primauté du droit⁴⁷.

À mon avis, si la Cour se fondait sur ces valeurs libérales pour interpréter la *charte*, elle devrait élaborer une conception du bien substantielle et morale que nous pourrions qualifier, à défaut d'autres termes, de *minimaliste* et ce, pour au moins deux raisons. D'abord, une conception libérale du bien ne proposerait pas de normes, standards ou valeurs qui procureraient une réponse uniforme à toutes les questions morales fondamentales que soulève la vie quotidienne⁴⁸. Elle proposerait une réponse uniquement à l'égard de certaines questions morales comme, par exemple, que doit-on faire devant une expression ou une conduite excentrique ou

47. Dans l'affaire *Oakes*, la Cour suprême a énuméré quelques valeurs et principes « essentiels » à une société libre et démocratique qui recourent cette liste non-exhaustive : « le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société », *supra*, note 3, p. 136. Voir aussi la liste proposée par Galston, *ibid.*, p. 628.

48. Elle ne constitue pas une conception « générale » au sens employé par Rawls, *supra*, note 2, p. 40.

marginale ? Comment doit-on régler les conflits avec autrui ? Mais ensuite, et surtout, la conception libérale du bien serait fondamentalement incompatible avec l'idée que l'État pourrait imposer aux citoyens ses propres vues sur une multitude de questions morales. Les valeurs de l'autonomie, de la liberté, de la responsabilité morale, de la diversité, de la tolérance, de l'épanouissement personnel, etc., se conjuguent pour exiger une retenue gouvernementale relativement à l'idée d'inclure dans la sphère publique une grande variété de sujets relatifs à la vie bonne, à la vertu et au caractère. Cette conception requiert la reconnaissance et l'existence d'une sphère *privée* dans laquelle l'individu peut agir en tant qu'agent moral autonome et responsable de sa vie. Pour cette raison, une constitution libérale perfectionniste devrait reconnaître ce que j'ai appelé le *principe de la neutralité de l'action gouvernementale*.

Par conséquent, dans la mesure où la signification des principes qui soutiennent la *charte* est conçue à la lumière d'une conception libérale du bien, les tribunaux ont le devoir de reconnaître, au moins à l'article premier de la *charte*, le *principe de la neutralité de l'action gouvernementale*. Ce dernier principe serait plus étroit que le principe contemporain de la neutralité libérale selon lequel le gouvernement ne peut jamais restreindre la *liberté* individuelle uniquement pour des motifs qui postulent la supériorité d'une conception du bien. Il ne concernerait que les restrictions aux droits et libertés fondamentaux garantis. En outre, sa justification morale fondamentale n'aurait rien de neutre ni de « purement » politique au sens proposé par Rawls (en supposant que ce dernier type de justifications puisse se concevoir indépendamment d'une conception du bien implicitement présupposée).

7. Ce qui précède peut attirer diverses critiques. Néanmoins, je voudrais formuler trois commentaires. *Premièrement*, une interprétation de la tradition politique canadienne telle qu'elle se manifestait avant 1982, dans la mesure où cette dernière constitue une source pertinente pour l'interprétation des valeurs qui soutiennent la *charte*, ne justifierait pas un argument en faveur du principe de la neutralité constitutionnelle. D'une part, cette tradition révèle que la justification des principes, qui soutiennent les droits et libertés fondamentaux et des principes qui justifient les restrictions à ces mêmes droits, semble avoir été généralement conçue comme reposant sur des valeurs et des idéaux moraux controversés traditionnellement associés au libéralisme et tels qu'interprétés dans le cadre

spécifique de la société canadienne. D'autre part, il est difficile de démontrer que les théories libérales contemporaines « neutralistes » ont été, à quelque moment, dominantes au Canada⁴⁹.

Deuxièmement, si le caractère perfectionniste de la *charte* semble poser un problème pour sa *légitimité*, j'estime aussi que si les juges articulaient clairement la conception du bien qui, selon eux, soutient la *charte*, celle-ci pourrait éventuellement gagner l'adhésion des récalcitrants. Les décisions judiciaires pourraient devenir un *corpus*, exprimant une conception du bien de l'être humain et de la société, à propos duquel tous les citoyens pourraient discuter et évaluer le caractère acceptable des représentations et valeurs morales ultimes qui le constituent. En attendant, pour tous ceux qui ne partagent pas les postulats libéraux de la *charte*, cette dernière semble condamnée à exprimer ce que Rawls a qualifié de « doctrine sectaire parmi d'autres »⁵⁰. Par ailleurs, il n'est pas acquis qu'une *charte* interprétée conformément au principe de la neutralité constitutionnelle résoudrait le problème de la légitimité. Car, pour celui qui n'adhère pas au libéralisme, une *charte* qui ne favoriserait aucun idéal moral ou conception du bien ne pourrait fournir aucune raison morale de l'accepter.

49. Le libéralisme associé à Rawls, Ackerman et Dworkin, par exemple, n'était pas dominant au Canada en 1982. Charles Taylor a soutenu que le libéralisme « neutraliste » ou « procédural » semble caractériser le Canada anglais d'aujourd'hui alors qu'un libéralisme plus perfectionniste caractériserait le Québec contemporain. Voir Taylor, « Shared and Divergent Values », dans R.L. Watts, D.M. Brown (dirs.), *Options for a New Canada*, 53, 1991, p. 68 sq. J'ai quelques raisons de douter de la validité d'une telle opposition entre le Québec et le « reste du Canada », d'une part, et de l'adhésion du Canada anglais au libéralisme procédural contemporain, d'autre part. Ce n'est toutefois pas le moment de débattre à fond de la validité de cette interprétation des conceptions libérales qui soutiennent les cultures politiques canadienne et québécoise. Mais voir, par exemple, Elkins, « Facing Our Destiny : Rights and Canadian Distinctiveness », 1989, 22 *Revue canadienne de science politique* p. 699; et Monahan, P., *Politics and the constitution* 1987, p. 91-96. Pour une discussion de la tradition libérale au Canada, voir, par exemple, Grant, G., *Lament For a Nation* 1965; Horowitz, « Conservatism, Liberalism and Socialism in Canada : An Interpretation », (1966), 32 *Canadian Journal of Economical and Political Science* p. 148, et les débats que ces textes ont suscités.

50. Voir Rawls, « La théorie de la justice comme équité : une théorie politique et non pas métaphysique », dans C. Audard et al., *Individu et justice sociale. Autour de John Rawls*, 1988, 279, p. 303.

Troisièmement, il faut tout de même admettre qu'une conception libérale du bien (quelle que soit son contenu particulier) demeure la seule idéologie qui soit compatible avec un nombre aussi important et aussi diversifié de conceptions du bien. Le caractère « minimaliste » de cette conception ne peut pas justifier les interventions de l'État qui s'insinueraient dans toutes les sphères de l'activité humaine, cherchant à imposer une conception détaillée du bien, une façon de vivre, de penser, de concevoir et de représenter le monde, organisées autour d'une ou plusieurs valeurs morales postulées comme vraies. La cohérence interne d'une conception libérale du bien, je le répète, exige le respect du *principe de la neutralité de l'action gouvernementale* au nom du respect de l'autonomie, la liberté, la tolérance, etc. L'État libéral se distinguerait donc, il est vrai, de toutes les autres formes d'État en ce qu'il demeurerait le seul qui peut et qui doit tolérer les activités et les idéologies non-libérales qui ne le menacent pas d'une façon sérieuse et probable⁵¹.

III. Le principe de la neutralité de l'action gouvernementale

1. Le principe de la neutralité de l'action gouvernementale, je le rappelle, exprime l'idée qu'une action gouvernementale (une *règle de droit*, une loi, un règlement⁵²) qui restreint un droit fondamental garanti par la *charte* doit, autant que possible, rester neutre entre les diverses conceptions du bien. Techniquement, la question que pose ce principe est de savoir si une *règle de droit* qui restreint les droits et libertés garantis aux articles 2 à 23 de la *charte* constitue une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *charte*, lorsque, pour des *motifs* qui postulent la supériorité d'une conception du bien, elle cherche à la promouvoir et à l'imposer aux citoyens qui ne la partagent pas. La question n'est pas

51. Un État nazi ou communiste ne pourrait pas tolérer la propagande libérale. En principe, l'État libéral peut tolérer la propagande communiste ou nazie. Le libéralisme se distinguerait de toutes les autres idéologies sur ce point et non pas, comme on l'a cru, par la neutralité de sa justification ultime.

52. Ce pourrait aussi inclure une règle de common law. Voir *R.c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640. Dans ce cas, les juges devraient aussi agir conformément au principe de la neutralité de l'action gouvernementale.

de savoir si les droits fondamentaux sont absolus. Elle est uniquement de savoir si certaines *raisons* invoquées pour restreindre les droits fondamentaux garantis devraient être exclues du processus de justification législative et, en conséquence, considérées *illégitimes*.

2. La méthode analytique élaborée par la Cour suprême pour déterminer si une loi est compatible avec la *charte* est constituée de deux étapes. D'abord, la Cour vérifie si une règle de droit porte atteinte à l'un des droits ou libertés garantis aux articles 2 à 23. Ensuite, le cas échéant, elle doit se demander si cette restriction constitue une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier. À cette fin, la Cour a établi deux critères formels fondamentaux que l'on nomme généralement le « test de *Oakes* »⁵³. Le premier critère se rapporte à la légitimité de l'*objectif* de la règle de droit : l'objectif doit être « suffisamment important » et ne pas être contraire « aux principes qui constituent l'essence même d'une société libre et démocratique »⁵⁴. Le second critère se rapporte aux *moyens* choisis pour réaliser l'objectif : les moyens doivent être proportionnés à l'objectif visé, c'est-à-dire, premièrement, qu'ils doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif, deuxièmement, qu'ils doivent être de nature à porter atteinte le moins possible aux droits ou libertés garantis et, troisièmement, qu'ils ne doivent pas restreindre les droits ou les libertés à un degré qui ne saurait être compensé par le bénéfice obtenu par la loi⁵⁵.

53. Ce test porte le nom de l'affaire dans laquelle il a été établi. Voir, *supra*, note 3.

54. *Ibid.*, p. 138. La Cour parle de préoccupations « urgentes et réelles », p. 139, et d'« objectifs sociaux fondamentalement importants », p. 136.

55. *Ibid.*, p. 139-40. Ce dernier aspect du second critère est le plus difficile à justifier du point de vue de la légitimité du processus de décision constitutionnelle. On voit mal comment la Cour peut mesurer ou évaluer l'importance suffisante d'un objectif législatif par rapport à l'effet de la loi sur un droit autrement qu'en fonction de critères *ad hoc* imprévisibles qui ne manquent pas de transformer les préférences personnelles et subjectives des juges en normes constitutionnelles. À mon avis, ce dernier aspect du critère ne permet pas l'élaboration de principes suffisamment abstraits, significatifs et cohérents avec le droit dans son ensemble qui permettraient à la décision judiciaire d'être fondée sur des considérations qui s'élèveraient au-dessus des conceptions personnelles des juges sur le bien.

En principe, le principe de la neutralité de l'action gouvernementale pourrait exercer une contrainte aux deux étapes du processus de contrôle judiciaire⁵⁶. Néanmoins, on ne peut être véritablement fixé sur la question de savoir si les juges reconnaissent le caractère normatif de ce principe dans la *charte* que si nous analysons l'article premier et, en particulier, le premier aspect du « test de *Oakes* » selon lequel *l'objectif* même de la loi doit être compatible avec les « principes qui constituent l'essence même d'une société libre et démocratique ».

3. Dans quelques décisions, la Cour suprême du Canada a semblé reconnaître le caractère normatif du principe de la neutralité de l'action gouvernementale. Je n'analyserai pas en détail ces décisions. Deux exemples, se rapportant à deux sphères d'activités humaines, suffiront.

Dans l'affaire *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*⁵⁷, la Cour devait décider si la *Loi sur le dimanche* qui prohibait le travail et le commerce le dimanche était compatible avec la liberté de religion garantie à l'article 2(a) de la *charte*. Cette loi fut édictée par le Parlement fédéral en 1906 mais s'inspirait directement de la loi anglaise sur le Dimanche (*Sunday Observance Act*) édictée en 1677. Conformément à la première étape de la méthode analytique, la Cour conclut que la *Loi* portait atteinte à la liberté de religion puisque son objet prépondérant (son but principal) était d'imposer à tous l'observance du sabbat chrétien. La *Loi* « fait appel à des valeurs religieuses enracinées dans la moralité chrétienne et les transforme, grâce au pouvoir de l'État, en droit positif applicable aux croyants comme aux incroyants ». Or, la liberté de religion implique qu'« [u]ne majorité religieuse, ou l'État à sa demande, ne peut, pour des motifs religieux, imposer sa conception de ce qui est bon et vrai aux citoyens qui ne partagent pas le même point de vue »⁵⁸. Il s'ensuit que la liberté de religion signifie, non seulement

56. Par exemple, une règle de droit qui se fonderait sur une conception religieuse du bien ou qui aurait pour objet d'en promouvoir une pourrait, pour ce motif, dès la première étape, constituer une violation du droit de chacun à la *liberté de religion* garantie à l'art. 2(a). Voir, par exemple, *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295. De même, une loi qui prohiberait une expression sur la base du fait que son contenu est moralement mauvais pourrait contrevenir à la *liberté d'expression* dès la première étape. Voir, par exemple, *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, *supra*, note 22.

57. *Ibid.* [ci-après *Big M*].

58. *Ibid.*, p. 337.

que chacun a la possibilité de croire, pratiquer et propager sa religion *sans contrainte* mais que la religion, en tant que sphère où s'affrontent plusieurs doctrines concurrentes, ne constitue pas une source appropriée pour aller puiser les *motifs* qui justifient les politiques sociales et les actions gouvernementales.

Une règle de droit peut néanmoins restreindre la liberté de religion si elle se conforme aux critères de l'article premier. En l'espèce, le procureur général du Canada a soutenu, entre autres motifs, que la *Loi* était justifiable dans le cadre d'une société libre et démocratique puisqu'elle favorisait un congé hebdomadaire com-mode fondé sur le jour de majorité. Pour la Cour cet argument est répugnant : il tente de justifier la *loi* par le motif même pour lequel elle affirme qu'elle viole la liberté de religion⁵⁹. Il s'ensuit que la sphère religieuse est exclue, (écartée ou mise entre parenthèses) du champ des motifs légitimes qui justifient les actions gouvernementales⁶⁰.

Dans l'affaire *R. c. Butler*⁶¹, rendue en 1992, l'une des questions posées à la Cour suprême était de savoir si l'État pouvait chercher à imposer une norme conventionnelle de moralité sexuelle. Le litige portait sur l'article 163 du *Code criminel* qui prohibait, sous peine de sanction criminelle, la production, la publication, la diffusion et la vente de matériel obscène⁶². Conformément à la première étape de la méthode analytique, la Cour juge que l'article 163 porte atteinte à la liberté d'expression garantie à l'article 2(b), puisqu'il n'observe pas la « neutralité » relativement au contenu (le matériel était prohibé précisément à cause de son contenu).

La question essentielle était donc de savoir si cette restriction à la liberté d'expression est néanmoins justifiable dans le cadre d'une société libre et démocratique. Le gouvernement a soutenu que la loi visait deux objectifs, dont l'un était de « maintenir, dans l'intérêt du

59. *Ibid.*, p. 352.

60. La reconnaissance du principe de la neutralité de l'action gouvernementale relativement à la sphère religieuse n'est pas étonnante. Le principe même de la « neutralité libérale », tel qu'on le conçoit aujourd'hui, constitue une généralisation de l'idée de tolérance religieuse qui, au moins depuis les écrits de John Locke, constitue l'une des valeurs centrales du libéralisme.

61. [1992] 1 R.C.S. 452 [ci-après *Butler*].

62. L'obscénité est définie comme tout matériel dont « une caractéristique dominante est l'exploitation indue des choses sexuelles, ou de choses sexuelles et de l'un ou plusieurs des sujets suivants, savoir : le crime, l'horreur, la cruauté et la violence ».

public, une société décente⁶³. Pour la Cour, cet objectif est illégitime.

« Imposer une certaine norme de moralité publique et sexuelle, seulement parce qu'elle reflète les conventions d'une société donnée, va à l'encontre de l'exercice et de la jouissance des libertés individuelles qui forment la base de notre contrat social [...]»⁶⁴.

Il s'agit d'une forme de *moralisme juridique* (*legal moralism*) « d'une majorité qui décide quelles sont les valeurs qui devraient guider la vie de chacun, pour ensuite imposer ces valeurs aux minorités »⁶⁵. Il s'ensuit, qu'au moins un aspect de la sphère relative à la moralité sexuelle est exclu (écarté ou mis entre parenthèses) du champ des motifs légitimes qui justifient les politiques gouvernementales⁶⁶.

4. Il serait aisé de déduire de ces affaires que la Cour suprême a reconnu le principe de la neutralité de l'action gouvernementale⁶⁷. Cependant, ce serait se méprendre sur la portée de l'affaire *Butler*. Dans cette affaire, la Cour a aussi énoncé un principe (sous forme d'*obiter*) qui, si on le comprend bien, ne peut pas être justifié sur la base d'une conception libérale du bien. La Cour propose de faire une distinction entre, d'une part, une conception *particulière* et, d'autre part, une conception *fondamentale* de la moralité. La

63. *Supra*, note 60, p. 491-92.

64. *Ibid.*, p. 492.

65. *Ibid.*

66. Tout comme pour la neutralité religieuse de l'État, la reconnaissance du principe de la neutralité de l'action gouvernementale appliqué à la sphère de la moralité sexuelle n'est pas tout à fait étonnante. Elle constitue un aspect central du libéralisme, au moins depuis les conclusions du rapport *Wolfenden*, en 1957, en Grande-Bretagne, sur la décriminalisation de l'homosexualité et de la prostitution et le célèbre débat Hart Devlin qui s'ensuivit. Voir Devlin, P., *The Enforcement of Morals*, 1965; Hart, H.L.A., *Law, Liberty and Morality*, 1966. Le principe sous-tend de plus l'évolution du droit criminel canadien depuis une trentaine d'années. Voir, par exemple, Commission de réforme du droit du Canada, *Notre droit pénal*, Rapport n° 3, Ottawa, Information Canada, 1976; Gouvernement du Canada, *Le droit pénal dans la société canadienne*, Ottawa, 1982.

67. La Cour a certes reconnu, à l'article premier, le principe autonome selon lequel l'État doit rester neutre entre les diverses conceptions religieuses et conceptions de la moralité sexuelle *indépendamment* du droit à la liberté d'expression. Cela a eu pour effet de reconnaître, à l'article premier, une sphère de liberté individuelle ou d'un droit à l'indépendance individuelle relativement à la religion et à la sexualité.

conception *particulière* de la moralité inclurait des valeurs particulières ou individuelles comme celles relatives à la moralité sexuelle. La conception *fondamentale* de la morale comprendrait les valeurs fondamentales de la société canadienne, celles qui font partie intégrante d'une société libre et démocratique, c'est-à-dire, *grosso modo*, les valeurs de la *charte*. Selon la Cour, l'État ne pourrait pas imposer les valeurs d'une conception particulière de la moralité à ceux qui ne la partagent pas mais il pourrait, légitimement, restreindre un droit fondamental si son action se fondait « sur une certaine conception fondamentale de la moralité aux fins de protéger les valeurs qui font partie intégrante d'une société libre et démocratique »⁶⁸. Approuvant une thèse de David Dyzenhaus, la Cour énonce que la « désapprobation morale est reconnue comme appropriée lorsqu'elle repose sur les valeurs de la *charte* »⁶⁹. D'ailleurs, « une bonne partie du droit criminel repose sur des conceptions morales de ce qui est bon et de ce qui est mauvais »⁷⁰.

5. D'une façon générale, et sans plus de raffinement, les libéraux devraient admettre qu'il puisse être légitime pour le gouvernement de promouvoir les valeurs qui soutiennent la *charte*. Comment pourrait-on, abstraitement, s'opposer à une loi qui viserait à protéger le droit à la vie, à promouvoir le droit à l'avocat ou l'égalité ? De même, ils devraient admettre le pouvoir du gouvernement d'aménager l'exercice des droits fondamentaux garantis (et, dans certaines limites, les restreindre) afin que soit protégé un autre droit garanti qui, dans certains contextes, pourrait être bafoué⁷¹, ou que soit exercé ou distribué plus équitablement ou plus également un même droit⁷².

68. *Butler, supra*, note 60, p. 493.

69. *Ibid.*, p. 493. Le texte de Dyzenhaus est « Obscenity and The Charter : Autonomy and Equality », (1991) 1 C.R. (4th) 367, p. 376.

70. *Ibid.*

71. C'est d'ailleurs l'une des interprétations possibles du passage suivant tiré de l'affaire *Butler* : « criminaliser la prolifération du matériel qui porte atteinte à un autre droit fondamental garanti par la *charte* peut bien constituer un objectif légitime », p. 493. Par exemple, le législateur pourrait aménager la liberté d'expression si, dans certains contextes, son exercice portait atteinte au droit à un procès impartial, juste et équitable.

72. Par exemple, une loi pourrait légitimement limiter les temps d'antenne dans les médias pendant les périodes électorales ou référendaires de façon à permettre à tous les points de vues et idéologies de diffuser et d'expliquer leur option.

6. Cependant, le principe énoncé par la Cour va beaucoup plus loin. Il énonce la proposition selon laquelle le seul fait qu'une conduite, publique ou privée, soit jugée immorale du point de vue des valeurs qui constituent la conception fondamentale de la moralité pourrait être suffisant pour justifier une loi qui, pour la prohiber, restreint les droits fondamentaux garantis. Il ne serait donc pas nécessaire pour l'Etat de démontrer que la conduite prohibée cause ou risquerait de causer un préjudice sérieux à d'autres individus ou à la société dans son ensemble. Il suffirait qu'elle soit immorale du point de vue des valeurs propres à une société libre et démocratique⁷³.

Cette proposition est inacceptable dans le cadre d'une société libre et démocratique qui a enchâssé une *charte* des droits afin de *garantir* des droits fondamentaux. Elle consacre le principe (juridique) selon lequel l'Etat peut radicalement *perfectionner* tous les citoyens qui agissent d'une façon qu'il n'approuve pas en se fondant sur une interprétation, susceptible d'être profondément controversée, de la conception fondamentale de la moralité. Cela pourrait conduire à un perfectionnisme total et général, c'est-à-dire, à une forme de tyrannie que le libéralisme ne saurait accepter.

7. Trois aspects caractérisent les valeurs de la société libre et démocratique canadienne. D'abord, du moins à ce moment-ci de l'histoire de la *charte*, elles sont conçues à un *degré très élevé d'abstraction et de généralité*. Ensuite, et, dans un large mesure, en conséquence de ce qui précède, les valeurs de la *charte* sont

73. Certains pourraient soutenir que le seul fait qu'une conduite heurte les valeurs fondamentales de la société canadienne constitue, *ipso facto*, un préjudice à la société. Cette thèse intuitive pose cependant de difficiles questions. Qu'entendons-nous, dans ce contexte, par « société » ? Une communauté intégrée qui constitue une personne morale distincte de ses membres ou un agrégat d'individus ? Dans la première hypothèse, l'argument se réduit à une version du *moralisme juridique* défendue par Lord Devlin, *supra*, note 65. L'argument est peut-être cohérent mais n'est certes pas libéral. Dans la seconde hypothèse, l'argument ne tient pas. Il n'y a de préjudice que si les individus subissent un dommage sérieux et réel à certains intérêts individuels importants. Il faut donc maintenir la distinction entre une conduite immorale qui heurte une valeur fondamentale *sans causer* de préjudice réel, sérieux et direct à un nombre suffisant d'individus et une conduite immorale qui *cause* un tel préjudice. Quoiqu'il en soit, la Cour a semblé faire cette distinction. Voir *Butler, supra*, note 60, p. 493.

contestées. Enfin, comme je l'ai mentionné plus haut, la Cour tend à fonder la *charte* sur une *pluralité de valeurs* qui, à ce jour et à leur face, ne semblent pas pouvoir se réduire à une conception cohérente du bien⁷⁴. Cette pluralité de valeurs s'infère généralement des fondements distincts des diverses dispositions constitutionnelles et, quelquefois, des diverses conceptions des fondements d'une même disposition.

8. Deux conséquences s'ensuivent. *Premièrement*, pour deux raisons, les valeurs de la *charte* peuvent justifier, sur ce qu'on pourrait appeler un plan *horizontal*, à peu près tous les objectifs législatifs possibles et contradictoires, dont certains pourraient être incompatibles avec les postulats libéraux⁷⁵. D'une part, leur caractère abstrait et général en font des objectifs lointains et ultimes auxquels toute sorte d'objectifs législatifs plus spécifiques peuvent se raccrocher. En ce sens et de ce point de vue, elles ne sont pas distinctes d'autres objectifs lointains et ultimes plus traditionnels, comme le « bien commun », « l'intérêt général », le « bien être », etc. D'autre part, leur caractère contesté et pluriel permet au législateur de restreindre les droits et libertés garantis en se fondant soit sur une conception (ou interprétation) particulière d'une valeur fondamentale soit sur l'une ou l'autre des valeurs concurrentes (voire contradictoires) qui soustendent la *charte*.

Deuxièmement, les valeurs de la *charte* peuvent aussi justifier, sur ce qu'on pourrait appeler un plan *vertical*, des règles de droit qui s'insinuent dans la vie privée des citoyens de façon à leur imposer les vues de l'Etat à propos de leur façon de vivre et de penser. Dans un texte célèbre, Isaiah Berlin avait bien montré que le concept abstrait de la liberté avait autorisé deux conceptions, la liberté négative et la liberté positive, qui, à première vue, semblaient complémentaires. Cependant, pour diverses raisons, elles ont fini

74. Cela ne veut pas dire que ce soit quelque chose d'impossible, bien que plusieurs auteurs exprimeraient des réserves sur la légitimité ou la possibilité d'une approche qui consisterait à élaborer *une* conception cohérente du bien pour les fins d'une interprétation de la *charte*. Voir, par exemple, Elkins, *supra*, note 48; Morton, « Group Rights Versus Individual Rights in the Charter: The Special Cases of Natives and the Quebecois », dans N. Nevitte, A. Kornberg (dir.), *Minorities and the Canadian State*, 1985.

75. Bien entendu, tous les objectifs ne pourraient pas être justifiés. Voir *supra*, la discussion sur l'imposition d'une conduite sexuelle et d'une conduite religieuse. Mais les lois pourraient toujours trouver un objectif qui se raccroche aux valeurs de la *charte*.

pas entrer en conflit au point que, aux mains de démagogues (dictatures, Etats totalitaires), la liberté positive a pu justifier la destruction de la liberté négative et s'insinuer dans la vie privée des citoyens⁷⁶. La valeur de la liberté, en tant que notion abstraite et contestée sur laquelle tous les libéraux s'accordent, a justifié des propositions aussi étonnantes que celle selon laquelle un Etat pourrait légitimement « forcer quelqu'un à être libre ». Il pourrait en être de même avec d'autres valeurs comme le droit à la vie, l'égalité et le multiculturalisme.

La valeur abstraite de l'égalité illustre bien les deux conséquences que nous venons d'énoncer. La première conséquence est particulièrement manifeste dans les décisions de la Cour suprême qui, à ce jour, oscillent entre diverses conceptions de la valeur de l'égalité. On y trouve, par exemple, les justifications suivantes :

1. L'égalité vise « l'égalité quant à la jouissance des libertés fondamentales »⁷⁷;
2. Le droit à l'égalité énoncé à l'article 15 de la *charte* « a pour objet de garantir l'égalité dans la formulation et l'application de la *loi*. Favoriser l'égalité comporte favoriser l'existence d'une société où tous ont la certitude que *la loi* les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération »⁷⁸.
3. L'objectif du droit à l'égalité est de « corriger ou empêcher la discrimination contre des groupes victimes de stéréotypes, de désavantages historiques ou de préjugés politiques ou sociaux dans la société canadienne »⁷⁹.
4. Le droit à l'égalité vise « l'égalité sociale ou « l'égalité de tous dans la société canadienne »⁸⁰ (égalité d'opportunités ou de résultats ?)⁸¹.

76. Berlin, « Deux conceptions de la liberté », dans Berlin, I., *Éloge de la liberté*, 1988, p. 179-182.

77. *Big M, supra*, note 55, p. 336.

78. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 171 [nos italiques].

79. *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, p. 922.

80. *Keegstra, supra*, note 36, p. 756.

81. De plus, alors que l'article 15(1) semble considérer *illégitimes* les lois qui se fondent sur la race, le sexe, la religion, etc... pour distribuer les ressources, l'art. 15(2) admet l'action positive et, de ce fait, *légitime* exactement les lois qui, pour distribuer les ressources, se fondent sur les motifs prohibés à l'article 15(1).

Toutes ces propositions ne sont peut-être pas incompatibles et je n'ai pas pour objectif de proposer une critique du droit à l'égalité. Néanmoins, il est suffisant de réaliser, qu'elles peuvent justifier, sur un plan horizontal, une gamme très étendue d'objectifs législatifs dont la compatibilité avec le libéralisme pourrait ne pas être évidente.

La seconde conséquence pourrait être illustrée par l'argument féministe qui affirme que l'État pourrait censurer la pornographie afin de promouvoir l'égalité. La pornographie, soutient-on, contribue à maintenir (et institutionnaliser) une culture patriarcale dans laquelle les femmes sont *représentées* comme des êtres subordonnés et inférieurs qui prennent plaisir à être violentés, subordonnés, exploités et humiliés. La pornographie exprime l'idée politique (l'infériorité des femmes) qui constitue l'essence d'une pratique sociale sexiste⁸². Une loi qui censure ce type d'expression est donc légitime puisqu'elle contribue à réaliser l'objectif qu'est l'égalité⁸³. Nous pouvons admettre qu'une telle loi vise l'égalité. Néanmoins, cet objectif louable est lointain et ultime. Les objectifs plus immédiats (le but et les effets de la loi) sont radicalement *perfectionnistes*. Ils cherchent à transformer les aspects de la culture et les représentations de la femme et de la sexualité jugées moralement mauvaises ou inacceptables qu'ils favorisent, reproduisent et « institutionnalisent ». Ils ont donc tout à voir avec la façon de penser et de vivre correctement. Puisque la transformation étatique de la culture ne peut se réaliser en pratique que par un contrôle de tout ce qui se voit, se lit, circule ou s'entend, en public comme en privé, et qui est susceptible de nuire à l'objectif lointain qu'est la construction d'un ordre social non sexiste, la distinction entre le domaine public et privé n'a plus de pertinence.

82. Voir, par exemple, MacKinnon, « Not a Moral Issue », 2 Yale Law and Policy Review 321, 1984, p. 335.

83. Cet argument féministe prend plusieurs formes. En particulier, on a tenté d'identifier la notion de « préjudice » que peut causer la pornographie. Certains types de préjudices semblent compatibles avec le libéralisme comme, par exemple, le préjudice bien *réel* que la pornographie peut causer aux femmes (violence physique, cruauté mentale, discrimination, harcèlement sexuel, etc.). D'autres sont plus difficiles à réconcilier : par exemple, le caractère offensant et insultant de l'expression pornographique, le caractère discriminatoire de l'expression elle-même ou des représentations constitutives de la pratique sociale et culturelle qu'elle contribue à perpétuer, le fait qu'elle réduit les femmes au *silence*, le simple fait que son contenu heurte l'égalité, etc.

Plusieurs personnes, d'accord avec cet argument, voudraient peut-être en limiter la portée à la promotion de l'égalité entre les hommes et les femmes. Pourtant, les principes qui l'animent s'appliquent avec autant de cohérence à la promotion de l'égalité entre tous les groupes victimes de stéréotypes, de désavantages historiques ou de préjugés politiques ou sociaux dans la société canadienne : l'argument est donc aussi valable pour justifier la transformation, d'une façon coercitive, des aspects de la culture qui institutionnalisent la « suprématie blanche » ou qui sont autrement incompatibles avec l'idéal d'égalité que l'Etat préconise⁸⁴. Le point fondamental, cependant, est que la promotion des valeurs abstraites, contestées et plurielles de la société libre et démocratique canadienne pourrait justifier autant de lois perfectionnistes. Par exemple, le droit à la sécurité physique pourrait justifier des lois dont l'objet est de censurer tous les films et les romans qui exploitent de façon indue la violence et qui, de ce fait, contribuent au maintien d'une culture violente⁸⁵. Le droit à la vie (ou la valeur de la vie) pourrait justifier des lois coercitives interdisant le suicide ou l'aide au suicide de personnes autonomes et responsables puisque de tels actes dévalorisent la vie et peuvent, en conséquence, servir de modèle, appuyer la croyance selon laquelle le suicide ou l'aide au suicide est moralement acceptable et, de ce fait, l'encourager⁸⁶.

Le terrain est glissant. Revenons à l'égalité. Serait-il légitime d'interdire à un commerçant ou à un individu d'afficher le drapeau

84. Voir *Keegstra, supra*, note 36.

85. Ce même droit pourrait-il justifier la prohibition du hockey ou la modification de ses règles (ce sport est devenu violent, ces dernières années, et pourrait encourager, chez les jeunes, une culture violente) ?

86. Dans l'affaire *Rodriguez c. C.B. (P.G.)*, [1993] 3 R.C.S. 519, le juge Sopinka, pour la majorité, écrit un passage qui semble rejoindre cette proposition : « S'il se dégage un consensus, c'est celui que la vie humaine doit être respectée et nous devons nous garder de miner les institutions qui la protègent. Ce consensus trouve son expression dans notre système juridique, qui interdit la peine capitale. Cette prohibition est fondée en partie sur le fait que permettre à l'État de tuer dévaloriserait la vie humaine et qu'ainsi l'État sert d'une certaine façon de modèle pour les individus de la société. L'interdiction de l'aide au suicide sert un objectif semblable. En maintenant le respect de la vie, elle est susceptible de dissuader du suicide ceux qui, à un moment particulier, considèrent que la vie est intolérable, ou se perçoivent comme un fardeau pour les autres. Permettre à un médecin de participer légalement à la suppression de la vie indiquerait qu'il existe des cas où l'État approuve le suicide. », p. 608.

nazi dans sa fenêtre pour le motif que cet objet symbolise une idéologie que la majorité ou l'État désapprouve conformément aux valeurs fondamentales de la *charte*⁸⁷ ? Si la réponse est affirmative, l'État peut-il légitimement prohiber la publication ou la diffusion du *Mein Kampf* d'Hitler ? La publication de l'ancienne Constitution d'Afrique du Sud ? La représentation du *Marchand de Venise* de Shakespeare ? La vente des *Versets Sataniques* ? La diffusion de certains vidéos de Madonna ? Où tirer la ligne de démarcation entre les lois légitimes et illégitimes ? Et en vertu de quels principes ? L'État peut-il légitimement interdire les expressions qui associent les problèmes sociaux et économiques à l'immigration ? Celles qui insistent pour promouvoir l'immigration francophone ou judéo chrétienne ? Ou l'intégration des immigrants par le biais d'un contrat social ? Que dire des expressions qui impliquent que les femmes ne devraient pas être admises dans l'armée ? Ou occuper un poste élevé dans une compagnie ? Ou rester à la maison à s'occuper des enfants ? Que dire des expressions qui proposeraient un amendement constitutionnel pour abroger l'article 15 ?

9. La proposition de la Cour suprême dans *Butler* est incohérente et inacceptable. *Premièrement*, elle postule la possibilité de distinguer entre une conception *particulière* et une conception *fondamentale* de la moralité. Or, pour les raisons qui précèdent, cette distinction est artificielle. L'objectif de promouvoir une valeur de la *charte* peut justifier, en pratique, des règles de droit qui se préoccupent plus de la façon de vivre et de penser des citoyens, c'est-à-dire, de leur conception *particulière* de la moralité, que de la valeur ultime et lointaine sur laquelle elles reposent.

Deuxièmement, la question de savoir si le fait qu'une conduite porte atteinte aux valeurs fondamentales de la *charte* est suffisant pour justifier une loi qui restreint des droits fondamentaux *est* une question qui relève de la conception *fondamentale* de la moralité. S'il est vrai, comme je l'ai suggéré plus haut, que l'objectif de la *charte* (faire du Canada une société libre et démocratique)

87. La question s'est posée cette année à Sherbrooke. Un commerçant affichait le drapeau nazi dans la vitrine de son magasin. Pouvait-on le lui interdire sur la base du droit à l'égalité (le drapeau nazi, en symbolisant une idéologie raciste, heurte ou menace une valeur fondamentale de la société) indépendamment de la question de savoir si l'affichage causait ou pouvait causer un préjudice à des individus ou à la société (le fondement législatif étant, en l'occurrence, l'article 11 de la *charte* québécoise) ?

présuppose l'élaboration d'une conception libérale du bien, alors le droit constitutionnel doit inclure le principe de la neutralité de l'action gouvernementale. Or, ce principe est incompatible avec la proposition de la Cour : il exprime l'idée que le fait qu'une majorité ou une législature, à sa demande, juge qu'une conduite est immorale ou inacceptable en vertu des standards d'une conception particulière ou fondamentale de la moralité est *insuffisant* pour justifier une loi qui, pour la prohiber, restreint un droit fondamental garanti. Il faut autre chose comme, par exemple, la prévention d'un préjudice sérieux, direct et réel à autrui ou à la société dans son ensemble. Ce principe n'a rien d'arbitraire : il est requis par les valeurs constitutives du libéralisme : l'autonomie, la responsabilité morale, la tolérance, la diversité, etc.

Troisièmement, la proposition de la Cour implique qu'à peu près toutes les restrictions juridiques aux droits fondamentaux peuvent se rattacher et être ultimement justifiées par un objectif qui constitue l'une des interprétations possibles des valeurs d'une société libre et démocratique. En conséquence, à peu près toutes les restrictions juridiques peuvent passer le test de l'article premier de la *charte*. Or, si tous (ou presque tous) les objectifs législatifs peuvent (potentiellement) se raccrocher à un objectif légitime plus lointain, alors les droits et les libertés fondamentaux énoncés dans la *charte* ne sont plus *garantis*. Au-delà de sa forme, le contrôle judiciaire ne consiste plus qu'à mesurer si les *moyens* choisis par le législateur pour rencontrer l'objectif visé sont *proportionnels* à cet objectif⁸⁸. Or, si le contrôle judiciaire des moyens législatifs peut effectivement invalider une disposition législative, il ne produit, généralement qu'une invalidité *provisoire* : le législateur demeure toujours libre de mieux cibler son objectif (en fonction d'une interprétation d'une valeur abstraite et contestée de la *charte*) et atteindre, d'une façon proportionnelle, la conduite antérieurement protégée. Par ailleurs, lorsque la Cour suprême juge que certains objectifs législatifs précis sont illégitimes (comme chercher à imposer une conduite religieuse ou un comportement sexuel), le

88. Lorsque la Cour juge que les moyens législatifs ne sont pas proportionnels à l'objectif visé, elle invalide la disposition législative. Par exemple, une loi, dont l'objectif est *X*, pourrait avoir une portée excessive et atteindre une conduite (protégée par un droit fondamental) dont la prohibition n'est pas nécessaire pour rencontrer cet objectif *X*. Dans ce cas, la Cour pourrait invalider la loi.

législateur peut toujours recibler son objectif en fonction d'une des interprétations d'une valeur de la *charte* et atteindre exactement la même conduite que celle qui fut provisoirement protégée⁸⁹.

Cette conséquence est incompatible avec le sens que possède l'acte politique d'enchâsser une charte des droits fondamentaux dans la constitution *supralégislative* d'un pays, lorsqu'on l'interprète à la lumière de la tradition politique et juridique libérale. En outre, elle est incompatible avec l'idée que nous avons des droits fondamentaux *garantis*. La proposition de la Cour dans *Butler* transforme le processus de contrôle judiciaire en une étape purement formelle qui complexifie le processus législatif et le rend indûment onéreux⁹⁰.

Quatrièmement, il y a quelque chose de pervers dans l'idée de reconnaître une proposition qui pourrait amener les tribunaux à

89. Par exemple, dans l'affaire *R. c. Zundel* [1992] 2 R.C.S. 731, la majorité des juges de la Cour suprême invalidait la disposition du *Code criminel*, édictée en 1892 mais dont le fondement historique remontait au Statut de Westminster de 1275, qui prohibait la diffusion délibérée de fausses nouvelles susceptibles de causer un tort à l'intérêt public, pour le motif qu'elle restreignait la liberté d'expression sans viser un objectif suffisamment important aujourd'hui (l'objectif était de « prévenir les déclarations diffamatoires délibérées contre la haute noblesse du royaume », *ibid.*, p. 761). Pour les juges de la minorité, l'objectif était maintenant de prévenir les « atteintes contre les minorités religieuses, raciales ou ethniques [...] susceptibles de menacer l'intégrité du tissu social. », *Ibid.*, p. 820. Les désaccords entre les juges de la majorité et de la minorité, bien que nombreux du point de vue de la technique juridique, pourraient bien finalement ne porter que sur la question de savoir si, au moment de l'adoption d'une disposition qui prohibe la publication de fausses nouvelles, le législateur voulait protéger la noblesse, auquel cas l'objectif se fonderait sur une conception fondamentale inacceptable de la moralité (les valeurs aristocratiques), ou protéger les minorités raciales, religieuses ou ethniques, auquel cas l'objectif se fonderait sur une conception fondamentale acceptable de la moralité, notamment la démocratie, l'égalité et le multiculturalisme. *Ibid.*, voir l'opinion des juges de la minorité, p. 807-24. Il s'ensuit que le législateur pourrait prohiber exactement la même conduite, la publication délibérée de fausses nouvelles, à la condition de mieux cibler son objectif ultime. Si cette interprétation est correcte, la protection de la liberté d'expression offerte par l'affaire *Zundel* est provisoire.

90. Une commission parlementaire ou tout autre forum créé par les diverses législatures pourrait tout aussi bien évaluer, et à meilleur coût pour les parties, la rationalité et la proportionnalité des moyens utilisés par le législateur pour rencontrer les objectifs visés.

soutenir que des lois tyranniques, selon les standards libéraux, sont néanmoins justifiables dans le cadre d'une société libre et démocratique. Lorsque la théorie constitutionnelle canadienne était fondée sur le principe de la souveraineté parlementaire, les tribunaux devaient déclarer que les lois « déraisonnables » ou « injustes » étaient valides⁹¹. Désormais, ils peuvent *décréter* qu'elles sont *légitimes*. Ils peuvent ainsi devenir des agents de légitimation des lois contre lesquelles la *charte* devait pourtant nous prémunir. Nous aurions tort de négliger la force symbolique des décisions judiciaires fondées sur la *charte*.

10. La proposition de la Cour suprême dans *Butler* permet enfin de mieux comprendre un certain nombre de décisions récentes qui pourraient, autrement, demeurer difficilement expliquables⁹². J'ai mentionné plus haut que, dans l'affaire *Butler*, le gouvernement avait soutenu que la règle de droit sur l'obscénité visait deux objectifs distincts dont l'un fut jugé illégitime. L'autre objectif, selon la Cour, visait « non pas à susciter la désapprobation morale, mais à éviter qu'un préjudice soit causé à la société »⁹³. Cet objectif est légitime : « le préjudice causé par la prolifération de matériel qui va sérieusement à l'encontre de valeurs fondamentales de notre société constitue une préoccupation réelle qui justifie la restriction du plein exercice de la liberté d'expression »⁹⁴.

Rappelons que le fait qu'une conduite risque de causer un préjudice sérieux, direct et défini aux intérêts importants (fondamentaux ou non) d'autrui ou de la société est, dans la tradition libérale, généralement considéré comme *suffisant* pour justifier une règle de droit qui la prohibe. Il n'est donc pas nécessaire de prouver que le matériel ou la conduite porte atteinte à l'une des valeurs fondamentales d'une société libre et démocratique. Cependant, la juxtaposition des deux critères (la prévention d'un préjudice et le fait que la conduite porte atteinte aux valeurs de la *charte*) a pour effet de banaliser (et corrompre) le sens que donnent généralement les libéraux au principe du « préjudice » à autrui ou à la société.

91. C'était du moins la théorie dominante au Canada. Je laisse aussi de côté la question de l'interprétation des lois injustes ou déraisonnables.

92. Elle permet de comprendre les affaires *Butler*, *supra*, note 60; *Keegstra*, *supra*, note 36; *Rodriguez*, *supra*, note 85; *Zundel*, *supra*, note 88 (l'opinion minoritaire). Pour les fins de ce texte, je ne discuterai que de l'affaire *Butler*.

93. *Ibid.*, p. 493.

94. *Ibid.*, p. 496.

Dans l'affaire *Butler*, le « préjudice à la société » réfère au préjudice causé (principalement) aux femmes à la suite des « changements d'attitude » des individus (principalement des hommes)⁹⁵, changements qui sont eux-mêmes causés par le « changement subtil des opinions »⁹⁶, lui-même causé par la « corruption morale »⁹⁷, qui est elle-même causée par le fait d'être exposé aux matériels pornographiques. Si le préjudice causé ou qui risque d'être causé aux individus résulte de la violence, la discrimination ou le harcèlement sexuel, par exemple, il serait assurément légitime de tout mettre en oeuvre pour le prévenir. Cependant, le lien de causalité entre la consommation de la pornographie et ce type de préjudice demeure très indirect. Il rappelle le préjudice que John Stuart Mill qualifiait de « purement contingent ou, pour ainsi dire, constructif qu'une personne cause à la société par une conduite qui ne viole aucun devoir spécifique envers le public, ni n'occasionne de dommage perceptible à nul autre qu'à elle-même »⁹⁸ et qui ne saurait justifier une restriction à la liberté individuelle qu'au prix d'abandonner l'idée même d'une sphère de liberté protégée.

Cependant, étant donné la proposition de la Cour critiquée plus haut, la prévention du préjudice n'est pas une condition nécessaire à la légitimité d'une loi qui restreint les droits fondamentaux énoncés dans la *charte*. Il suffit que l'expression que l'on cherche à censurer porte atteinte aux valeurs d'une société libre et démocratique. Par conséquent, le préjudice n'a pas besoin d'être une conséquence *directe* de l'expression prohibée ni d'être sérieux ou probable. La simple appréhension qu'un dommage quelconque pourrait découler du fait d'être exposé à une telle expression est suffisante.

Par ailleurs, la Cour a tenté de formuler la notion du préjudice qui découle et pourrait découler de l'exposition au matériel obscène. Le préjudice heurterait le principe de l'égalité :

• l'exploitation des femmes et des enfants, dans les publications et les films [pourrait] conduire à une "victimisation abjecte et

95. *Ibid.*, p. 491, 493 (les « tendances malsaines ») et 496.

96. *Ibid.*, p. 496.

97. *Ibid.*, p. 494 : « les notions de corruption morale et de préjudice causé à la société constituent non pas des notions distinctes, comme le prétend l'appelant, mais plutôt des notions inextricablement liées. C'est la corruption morale d'un certain type qui entraîne l'effet nocif sur la société. »

98. Mill, *supra*, note 17, p. 187-88.

servile" [et pourrait avoir] une incidence négative sur "la valorisation personnelle et l'acceptation de soi"⁹⁹.

Il n'est pas facile d'évaluer la suffisance de ces préjudices. Dans une certaine mesure, ils se rapprochent de l'offense, causée par le dégoût, la sensibilité personnelle ou les convictions morales particulières des personnes. Il est clair que certaines personnes croient que la prévention d'une offense à autrui est une raison suffisante pour prohiber une expression¹⁰⁰. La question, cependant, est de savoir si une telle raison pour interdire une forme d'expression garantie est compatible avec les valeurs du libéralisme. Elle pourrait peut-être, à certaines conditions, justifier une mesure législative restreignant l'exposition non désirée de matériel offensant en public¹⁰¹. Mais elle ne saurait justifier la prohibition de matériel jugé offensant par une majorité de la population mais qui ne choque ni ne répugne à ceux qui s'y exposent volontairement en privé¹⁰². Quoiqu'il en soit, comme je l'ai dit, en vertu de la proposition de la Cour, la nature et la suffisance du préjudice sont secondaires. Si l'État peut légitimement prohiber une conduite qui porte atteinte aux valeurs de la *charte*, il peut légitimement prohiber une telle conduite, qui de surcroît, est offensante, choquante ou insultante.

De plus, puisque la prévention d'un préjudice n'est pas une condition nécessaire à la légitimité de la loi, la *preuve* que l'exposition aux matériels pornographiques cause ou risque de causer un préjudice (sérieux ou pas, direct ou pas, défini ou pas) n'a pas à répondre à une norme sévère. Dans *Butler*, en effet, la Cour admet que la preuve d'un lien de causalité entre le fait d'être exposé à la

99. *Supra*, note 60, p. 497.

100. Voir, par exemple, Feinberg, J., *Offense to Others*, 1985.

101. Je ne suis pas convaincu que le seul fait qu'une conduite posée en public soit offensante ou choquante pour la majorité puisse justifier une restriction à un droit considéré comme fondamental.

102. Comme le soutenait H.L.A. Hart, « the fundamental objection surely is that a right to be protected from the distress which is inseparable from the bare knowledge that others are acting in ways you think wrong, cannot be acknowledged by anyone who recognises individual liberty as a value. [...] If distress incident to the belief that others are doing wrong is harm, so also is the distress incident to the belief that others are doing what you do not want them to do. To punish people for causing this form of distress would be tantamount to punishing them simply because others object to what they do; and the only liberty that could coexist with this extension of the utilitarian principle is liberty to do those things to which no one seriously objects. Such liberty plainly is quite nugatory. » Hart, *supra*, note 65, p. 46-47.

pornographie et certaines attitudes malsaines est « non concluante »¹⁰³. Qu'à cela ne tienne, pour la Cour il demeure « raisonnable de supposer qu'il existe un lien causal entre le fait d'être exposé à des images et les changements d'attitude et de croyance »¹⁰⁴. Il est suffisant que le « choix du mode d'intervention du parlement soit raisonnablement fondé »¹⁰⁵. L'absence de preuve d'un lien causal « ne constitue pas un facteur déterminant »¹⁰⁶. En conséquence, selon la Cour,

« il existe un lien suffisamment rationnel entre l'objectif et la sanction pénale, qui, d'une part, montre la désapprobation de notre société à l'égard de la diffusion de matériel qui risque de victimiser les femmes et, d'autre part, restreint l'influence négative que ce genre de matériel risque d'avoir sur les changements d'attitude et de comportement »¹⁰⁷.

Cette position de la Cour est clairement incompatible avec certaines propositions centrales de l'affaire *Oakes* où, à l'unanimité, elle avait établie que la norme de preuve devait être très sévère :

« Compte tenu du fait que l'article premier est invoqué afin de justifier une violation des droits et libertés constitutionnels que la *charte* vise à protéger, un degré très élevé de probabilité sera [...] "proportionné aux circonstances" ». Lorsqu'une preuve est nécessaire pour établir les éléments constitutifs d'une analyse en vertu de l'article premier, ce qui est généralement le cas, elle doit être *forte et persuasive* et faire ressortir nettement à la cour les conséquences d'une décision d'imposer ou de ne pas imposer la restriction »¹⁰⁸.

Cette discussion montre que la théorie constitutionnelle qui, de l'avis des juges, soutient la *charte* pourrait reconnaître la légitimité de lois dont l'objectif est de perfectionner la société et les individus qui la composent en s'attaquant aux idées, documents, publications, films, et conduites qui heurtent les valeurs de la conception fondamentale de la moralité et qui sont susceptibles de modifier les opinions et les attitudes des gens, indépendamment de la question de savoir si ces opinions ou attitudes produisent des *comportements* qui eux causent un dommage aux intérêts d'autrui ou de la société.

103. *Supra*, note 60, p. 502.

104. *Ibid.*

105. *Ibid.*

106. *Ibid.*

107. *Ibid.*, p. 504.

108. *Supra*, note 3, p. 138 [nos italiques].

Conclusion

La théorie constitutionnelle qui sous-tend la *charte* semble actuellement être construite sur la base de principes incohérents. D'une part, la Cour suprême du Canada affirme que la *charte* a pour objectif fondamental la promotion du caractère libre et démocratique du Canada. Cette proposition, si elle n'entraîne pas nécessairement la reconnaissance du principe de la neutralité constitutionnelle, devrait au moins entraîner la reconnaissance du principe de la neutralité de l'action gouvernementale. D'autre part, la Cour suprême ne reconnaît pas le caractère normatif de ce dernier principe (sauf, à l'égard de la religion et de la morale sexuelle). Le législateur est donc constitutionnellement autorisé à perfectionner les individus en fonction des valeurs abstraites, contestées et plurielles de la *charte*. Il s'ensuit que la *charte* peut constituer une source de légitimation de lois que les libéraux, en général, jugeraient illégitimes. Le Canada de la *charte* est donc un État perfectionniste et il est à craindre que ses principes de perfection, tels que conçus par la Cour suprême du Canada, au lieu de justifier le maintien du caractère libre et démocratique de la société canadienne, puissent « justifier », le cas échéant, l'établissement d'une tyrannie.

Faculté de droit
Université de Sherbrooke

NDRI Une version remaniée de ce texte a paru ensuite dans la *Revue de droit de McGill Inc.* : (1995) 40 R.D. McGill 487.

La Cour suprême et les conflits de représentations ultimes : l'exemple de l'arrêt Rodriguez¹

Luc Bégin

L'autorisation de pratiques jusque-là interdites par la loi constitue l'un des enjeux des requêtes adressées à la Cour suprême du Canada en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés* enchâssée dans notre Constitution depuis 1982. La Cour suprême est ainsi appelée à interpréter les droits et libertés inscrits dans la Charte de façon à déterminer si certaines des restrictions imposées par le législateur sont justifiées en regard du sens même de ces droits et libertés (donc, y a-t-il ou non violation de ces droits ?). Si de telles violations s'avèrent, la Cour devra alors — en vertu de l'article 1 de la Charte — déterminer si les droits ainsi restreints le sont dans des limites qui, comme le précise cet article, « soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ».

On concevra aisément que depuis l'entrée en vigueur de la Charte, la protection des droits et libertés et, par le fait même, les requêtes d'autorisation de pratiques défendues occupent une place dominante dans l'espace public canadien. Tout laisse croire d'ailleurs que ce mouvement continuera de croître. Nous sommes entrés dans le groupe des nations s'étant donnés des moyens non équivoques d'affirmation de la suprématie des droits individuels. Nous nous inscrivons depuis dans une logique de revendication faisant en sorte que c'est au nom de droits fondamentaux déjà reconnus que l'on devrait autoriser de nouvelles pratiques et reconnaître de la sorte de nouveaux droits. Le langage des droits constitue dès

1. Ce texte s'inscrit dans le cadre d'un projet de recherche sur les droits fondamentaux soutenu financièrement par le Conseil de recherche en Sciences humaines du Canada et le Fonds FCAR.

lors le langage privilégié de nos revendications d'autorisation de comportements que l'on justifie par ailleurs bien souvent à partir de nos convictions morales.

Or, et c'est le point de départ des réflexions qui suivent, quel traitement réserve-t-on à ces convictions morales lorsque la revendication qui en découle est traduite dans le langage des droits et entendue en Cour suprême ? La question peut, à prime abord, sembler étrange. Voyons cela de plus près. On sait que certaines questions sociales controversées ont une composante morale particulièrement forte. On pensera notamment aux questions d'avortement, d'euthanasie et d'aide au suicide. Ces questions mettent en jeu ce que j'appelle ici des *représentations ultimes* ou encore — et j'y reviendrai — des *convictions morales fondamentales* conflictuelles ayant trait à ce que signifient la vie, la mort, l'existence humaine. Dans le contexte juridique canadien actuel, on ne s'étonnera pas que ces convictions conflictuelles donnent lieu à un déplacement de ces questions morales dans la sphère juridique afin d'évaluer la légitimité des restrictions imposées. S'il semble inévitable que, dans une société libre, démocratique et pluraliste, les questions mettant en jeu ces conflits de représentations ultimes se traduisent dans la rhétorique des droits et libertés, on est en droit d'interroger la *façon* dont se règlent juridiquement ces requêtes adressées à la Cour. Autrement dit, on se demandera, à partir d'un cas particulier, comment les débats moraux fondamentaux sont abordés par la Cour suprême du Canada et nous interrogerons plus particulièrement les positions de la Cour quant à l'étendue du pouvoir de régulation du législateur en matière de conflits de représentations ultimes. Pour cela il faudra d'abord préciser ce qui distingue les conflits de représentations ultimes des conflits faisant intervenir d'autres valeurs inscrites dans la charte.

Je mènerai ces interrogations à partir de l'arrêt *Rodriguez*, arrêt dans lequel les juges de la Cour suprême se sont prononcés sur la disposition du Code criminel interdisant l'aide au suicide (art. 241b). Il va de soi qu'on ne peut arrêter un jugement d'ensemble sur les activités de la Cour en matière de débats moraux fondamentaux sur la base de l'analyse d'un seul arrêt. Les réflexions qui suivent et les conclusions qui en sont tirées ont essentiellement un statut programmatique : elles se limitent à poser les premiers jalons d'une réflexion en cours sur le rôle du pouvoir judiciaire en matière de moralité. Je précise par ailleurs que ma préoccupation actuelle n'est pas à l'égard du bien-fondé des jugements rendus : je n'entend pas ici prendre position en faveur ou à l'encontre d'une légalisation de

l'aide au suicide. Je ne suis pas non plus prioritairement intéressé par les options politiques des juges — à savoir par exemple si certains sont davantage conservateurs ou libéraux dans leur attitude à l'égard de l'aide au suicide. Cette question n'occupe, pour le moment, qu'une place secondaire dans mon analyse.

1. Du problème moral au problème juridique

Avant d'aborder l'arrêt *Rodriguez* qui me servira à illustrer mon propos, il m'apparaît nécessaire d'introduire quelques réflexions générales sur la charte et la fonction judiciaire ainsi que certaines clarifications ayant trait aux concepts fondamentaux de mon analyse. Je débute par ce dernier point.

En parlant il y a quelques instants des représentations ultimes, j'ai donné pour exemple les questions d'avortement, d'euthanasie et d'aide au suicide. Or qu'y a-t-il de commun entre ces questions et que faut-il comprendre ici par « représentations ultimes » ? Les questions d'avortement, d'euthanasie et d'aide au suicide sont, fondamentalement, des questions *existentielles*. Il s'agit de questions qui, lorsqu'adressées à un individu, font appel au *sens* profond qu'il accorde à la vie humaine mais surtout, au départ, à sa propre vie. Qu'est-ce que la vie humaine ? Quelle en est la valeur ? Quelle est la valeur de *ma* vie ? D'où tient-elle cette valeur ? Jusqu'à quel point — et pourquoi — faut-il la respecter ? Sont donc suscitées, à l'occasion de ces questions, certains des signifiants les plus fondamentaux de l'individu, signifiants à partir desquels l'individu construit sa personnalité morale et son rapport à l'autre. Parler, dans ce contexte, de *représentations ultimes*, c'est faire référence à l'expression — ou l'articulation — consciente de ces signifiants fondamentaux. On pourrait tout aussi bien parler de *convictions profondes* pour exprimer cette idée.

Ces convictions — ou représentations ultimes — pourront entraîner des conflits entre des personnes dans les cas où, lors de choix d'actions en matière de vie et de mort, ces personnes seront guidées par des convictions divergentes sur la valeur de la vie humaine et sur les actes qui respectent le mieux cette valeur. Dans son récent ouvrage intitulé *Life's Dominion*², Ronald Dworkin développe la thèse suivante : la plupart des gens partagent l'idée

2. Ronald Dworkin, *Life's Dominion. An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, Alfred A. Knopf, New York, 1993.

selon laquelle notre vie a une valeur intrinsèque, inviolable. Ce qui diviserait les gens, c'est la conception de ce que *signifie* cette idée. Les désaccords profonds concerneraient l'importance morale relative des contributions humaine et naturelle à l'inviolabilité des vies humaines individuelles. Pour le dire rapidement, certains considéreront la vie humaine comme résultant essentiellement d'un investissement *naturel* alors que d'autres insisteront plutôt sur l'investissement *humain* réalisé dans chaque vie particulière. Face à une question comme celle de l'avortement, les premiers jugeront inadmissible, pour des raisons religieuses ou autres, la frustration de l'investissement naturel — biologique — déjà réalisé dans l'embryon ou le fœtus, les seconds jugeront inacceptable la frustration de l'investissement humain réalisé dans la vie de la mère, frustration pouvant résulter de l'obligation de mener une grossesse à terme. Entre les positions les plus extrêmes de part et d'autre, il y a place pour des options plus modérées. Ces divergences se manifestent de façon semblable à l'autre extrémité de la vie, lorsqu'il est question d'euthanasie et d'aide au suicide. Comme nous le verrons, elles sont présentes dans les motifs rédigés à l'occasion de la cause *Rodriguez*.

Retenons pour l'instant le caractère existentiel et fondamental des conflits de représentations ultimes. C'est d'ailleurs ce qui les distingue d'autres conflits d'ordre moral également appelés à être débattus sur la place publique et dont la Cour suprême peut être saisie. Faute de mieux, je parlerai ici de conflits de valeurs sociales en référence à ce second type de conflits. Il s'agit dans ce cas de questions ayant trait aux idées que l'on se fait, par exemple, de la justice, de l'équité, de l'égalité. Bien entendu, ces conflits divisent : une décision judiciaire sur la liberté d'expression en matière de pornographie, sur l'équité de programmes d'action positive ou encore sur l'imposition des pensions versées au parent ayant la garde des enfants ne manqueront pas de susciter d'importants débats et de vives réactions. Ce sont là des questions dont l'importance sociale ne fait aucun doute. Mais à la différence des conflits de représentations ultimes, les conflits de valeurs sociales ne mettent pas *directement* en jeu les signifiants fondamentaux de l'individu. Cette distinction sur laquelle nous reviendrons est importante pour la suite de notre propos puisqu'il faudra se demander s'il est adéquat que la Cour traite les problèmes de représentations ultimes de façon analogue aux conflits de valeurs sociales.

Mais cette interrogation viendra plus tard. Considérons pour l'instant le fait que ces divers types de problèmes sont transportés

dans une arène juridique modifiée depuis l'avènement de la charte en 1982. Sous le régime de la Charte des droits et libertés, quelle est la fonction du judiciaire en regard des multiples revendications de droits prenant appui sur ce document de morale politique ? Comment les juges envisagent-ils leur propre rôle ? Disons tout de suite que l'on semble assez loin d'une conception largement partagée des fonctions et du pouvoir du judiciaire.

On peut du moins soutenir que les deux affirmations suivantes ne sont guère sujettes à contestation. D'une part, l'affirmation suivante du juge Dickson — alors Juge en chef — dans l'arrêt *Oakes* :

• L'inclusion de ces mots [société libre et démocratique] à titre de norme finale de justification de la restriction des droits et libertés rappelle aux tribunaux l'objet même de l'enchâssement de la *Charte* dans la Constitution : la société canadienne doit être libre et démocratique. Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique [...].³ »

D'autre part cette autre affirmation, cette fois du juge Gonthier à l'occasion d'une récente conférence publique :

• [...] the courts could be called upon to determine if [a] legislation violated those fundamental principles and values outlined in the Constitution. If such a violation were to be found, the law would be of no force or effect.

I should stress that the purpose of the Court is not to substitute its value judgments for those of the democratically elected legislatures when making such determinations⁴. »

Ainsi, la Cour doit être guidée par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique mais elle ne doit pas par ailleurs substituer ses jugements de valeur à ceux du législateur. S'il s'agit là de règles entraînant un certain consensus, il en va autrement du sens qui leur est attribué. Quels sont, en effet, ces valeurs et principes essentiels et dans quel ordre les faire valoir ? À partir de quel moment l'intervention de la Cour devient-elle une substitution de ses jugements de valeur à ceux du législateur ? Quand l'intervention en regard des droits et libertés de la charte devient-elle de l'interventionnisme ? Il revient aux juges eux-mêmes de répondre à

3. R. c. *Oakes*, [1986] 1 R.C.S., p.136.

4. Charles D. Gonthier, « Law and Morality : Is There a Need for a Moral Order to Support Legal Decisions ? », p. 15. Texte non publié d'une communication présentée à l'Université Concordia, à Montréal, le 26 octobre 1993.

ces questions. Eux seuls sont habilités à préciser la nature exacte de leur fonction, l'étendue de leur pouvoir et, bien entendu, l'étendue des droits garantis par la charte⁵. Comme l'écrivait le juge Wilson dans l'arrêt *Morgentaler*,

« [...] les droits garantis par la *Charte* érigent autour de chaque individu, pour parler métaphoriquement, une barrière invisible que l'État ne sera pas autorisé à franchir. Le rôle des tribunaux consiste à délimiter, petit à petit, les dimensions de cette barrière⁶. »

Or cette tâche est en constante évolution et les désaccords ne manquent pas quant aux « dimensions de cette barrière » et quant aux règles à suivre afin de la délimiter. C'est dans cet espace aux frontières imprécises que sont transportés les conflits de représentations ultimes, tout comme les conflits de valeurs sociales. On peut alors s'attendre à ce que le traitement leur étant réservé puisse varier considérablement d'un juge à l'autre. C'est ce qui se constate à la lecture de l'arrêt *Rodriguez*.

2. Premières considérations sur l'arrêt *Rodriguez* : la décision de la majorité

Tout d'abord, un bref rappel de la requête de l'appelante. Sue Rodriguez, décédée quelques mois après le jugement de la Cour suprême dans les circonstances que l'on connaît⁷, était atteinte de sclérose latérale amyotrophique. Son expectative de survie étant bref — tout au plus une dizaine de mois — elle demandait qu'un médecin qualifié ait l'autorisation de mettre en place des moyens technologiques qu'elle pourrait utiliser pour se donner elle-même la mort au moment qu'elle aurait choisi. D'où la demande de l'appelante — d'abord à la Cour suprême de la Colombie-britannique, ensuite à la Cour d'appel de cette même province puis à la Cour suprême du Canada — à l'effet de déclarer que l'al. 241b) du *Code criminel*, qui interdit l'aide au suicide⁸, est invalide pour le

5. Pour une réflexion stimulante sur la fonction de la Cour suprême et sur le rôle que celle-ci se reconnaît, voir : Georges A. Legault, « La fonction éthique des juges de la Cour suprême du Canada », *Ethica*, n° 1, 1989, p. 95-109.

6. R. c. *Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S., p. 164.

7. Sue Rodriguez est décédée à son domicile après qu'un médecin l'ait assistée dans son suicide. Au moment d'écrire ce texte, aucune accusation au criminel n'avait été portée dans cette affaire.

8. L'article 241 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 : « 241. Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de quatorze ans quiconque, selon le cas : a) conseille à une personne de se donner la mort; b) aide ou encourage quelqu'un à se donner la mort, que le suicide s'ensuive ou non. »

motif qu'il porte atteinte à ses droits garantis par les articles 7, 12 et 15(1) de la charte⁹. L'appel adressé à la Cour suprême subit le même sort que les requêtes précédentes. C'est par une faible majorité de 5 contre 4 que le pourvoi est rejeté.

Je limiterai mes propos aux motifs de la majorité — rédigés par le juge Sopinka — ainsi qu'à la dissidence rédigée par le juge McLachlin, appuyée par le juge L'Heureux-Dubé. Ce choix s'explique en regard du fait que tous deux construisent l'essentiel de leur argumentation autour du même article de la Charte, soit l'article 7, ce qui rend plus aisé l'analyse et la comparaison des argumentations développées de part et d'autre¹⁰. La démarche suivie dans chacune des opinions est en effet la même : il s'agit d'abord d'établir s'il y a violation ou non d'au moins un des droits spécifiés dans cet article. Si on conclut qu'il y a violation, il faut déterminer si l'atteinte est en conformité avec les principes de justice fondamentale puisque l'article 7 est ainsi rédigé qu'il reconnaît la validité de certaines atteintes aux droits qui y sont mentionnés. Enfin, advenant une réponse négative à la seconde question, il restera à établir si la violation est justifiée en vertu de l'article 1 de la Charte¹¹.

Je n'entend pas reprendre ici le fil de l'argumentation développée de part et d'autre. Je signale du moins qu'il y a accord sur le fait que l'al 241b) du *Code criminel* porte atteinte à un droit protégé par l'article 7, soit le droit à la sécurité de sa personne, droit

9. • 7. Chacun a droit à la vie, la liberté et la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. •
 • 12. Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités. •
 • 15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques. •
10. La dissidence du juge en chef Lamer est construite en fonction du droit à l'égalité prévu au par. 15(1) de la charte. La prise en compte de cette dissidence — par ailleurs fort intéressante quant à l'interprétation qu'on y fait du droit à l'égalité — obligerait à des développements qui excéderaient de beaucoup les limites du présent article.
11. • 1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. •

qui, depuis l'arrêt Morgentaler, est interprété comme englobant les notions d'autonomie personnelle (au sens du droit de faire des choix concernant sa propre personne), de contrôle sur son intégrité physique et mentale sans ingérence de l'État, et de dignité fondamentale. Par ailleurs, le désaccord est profond lorsque vient le moment de déterminer si l'atteinte est en conformité avec les principes de justice fondamentale. Alors que cette atteinte est jugée conforme aux principes de justice fondamentale par la majorité, il en va autrement dans les motifs de dissidence du juge McLachlin. C'est dans ces considérations sur les principes de justice fondamentale qu'intervient avec le plus de vigueur la question des représentations ultimes. Voyons d'abord la position de la majorité.

Très tôt dans ses motifs, le juge Sopinka affirme le principe du caractère sacré de la vie, principe devant être entendu ici en termes d'investissement *naturel* : rappelons-nous qu'il s'agit là de la perspective selon laquelle la valeur de la vie humaine est mesurée à l'aune de l'investissement naturel — ou biologique — duquel résulte cette vie. Ce principe du caractère sacré de la vie signifie, selon lui, « [...] l'exclusion du libre choix de s'infliger la mort et certainement l'exclusion de la participation d'autrui à l'exercice d'un tel choix »¹². D'ailleurs présentera-t-il la demande de l'appelante comme étant « [...] de choisir la mort au lieu de laisser la nature suivre son cours »¹³. La formule « choisir la mort plutôt que la vie » revient à quelques reprises dans l'opinion majoritaire, si bien que la requête de décriminalisation de l'aide au suicide ne paraît pas pouvoir s'inscrire dans une conception positive de la vie : *la décision de recourir à l'aide au suicide ne serait pas, autrement dit, un véritable choix existentiel exprimant le sens profond et le type de respect accordés par la personne à la vie humaine.*

Ce dernier point vaut d'être souligné puisqu'il s'inscrit dans une argumentation générale qui tend à nier le fait que l'on soit en présence, dans cette cause, d'un véritable problème de moralité publique : il s'agirait tout au plus d'une requête individuelle isolée n'ayant peut-être pas d'ailleurs à entraîner de grands débats publics. L'affirmation peut paraître excessive, mais je crois qu'elle traduit bien l'esprit du jugement. Cela se vérifie dans la plus longue section du jugement, celle portant sur les principes de justice fondamentale

12. Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général), [1993] 3 R.C.S., p. 585.

13. *Ibid.*, p. 586.

(pp.589-608). Selon le juge Sopinka, établir ces principes de justice requiert de pondérer les intérêts de l'État et ceux de l'individu. Afin de déterminer si l'atteinte au droit à la sécurité de la personne est en conformité avec les principes de justice fondamentale, il faudra donc voir « [...] si l'interdiction générale du suicide assisté est arbitraire ou injuste parce qu'elle n'a aucun lien avec l'intérêt de l'État à protéger la personne vulnérable et parce qu'elle n'a aucun fondement dans la tradition juridique et les croyances de la société que, soutient-on, elle représente »¹⁴. Ces deux aspects se rejoignent puisque manifestement, s'empresse d'affirmer le juge Sopinka à la même page, l'État a un intérêt à la protection de la vie et il ne s'agit pas là seulement d'une *politique* de l'État mais également d'un élément de notre *conception fondamentale* du caractère sacré de la vie humaine. Tout le développement qui suit vise donc à montrer l'intérêt de l'État à la protection de la vie, intérêt qui s'inscrirait à la fois dans notre tradition juridique (canadienne mais également occidentale en général) et dans nos croyances. À l'occasion de cette démonstration, le juge Sopinka réitère une position de la défunte Commission de réforme du droit du Canada à l'effet que « [...] la participation active d'une personne dans la mort d'une autre est intrinsèquement blâmable sur les plans moral et juridique [...] »¹⁵, il relève par ailleurs que le présent pourvoi n'est apparemment que le deuxième de son espèce dans les pays occidentaux, et soutient également que « [c]ontrairement à la décriminalisation partielle de l'avortement, on ne peut dire que la décriminalisation de la tentative de suicide traduit un consensus, chez le législateur ou au sein de la population canadienne en général [...] »¹⁶.

Je crois qu'il y aurait beaucoup à dire sur la justesse de certaines de ces affirmations, spécialement la dernière. Je me contenterai toutefois d'en commenter la teneur générale. En référant comme elle le fait à *nos* croyances et présumés consensus en matière de conception de la vie — croyances identifiées par quels moyens et quels indices ? — et par son recours très sélectif aux législations étrangères, l'opinion majoritaire *marginalise l'opposition morale manifestée par l'appelante* au nom, pour l'essentiel, d'une autre option morale dont la légitimité supérieure prendrait assise dans notre

14. *Ibid.*, p. 595.

15. *Ibid.*, p. 601.

16. *Ibid.*, p. 597.

tradition juridique, nos croyances communes et les pratiques ayant actuellement cours dans la plupart des pays occidentaux.

On peut critiquer la valeur de ces références ainsi que les moyens utilisés pour les établir : on s'engage alors dans un débat de moralité politique où s'affrontent, le long d'un continuum, une variété de thèses plus ou moins libérales et de thèses plus ou moins conservatrices. Ce qui m'intéresse plutôt ici, c'est l'apparent refus d'admettre qu'il s'agit bien d'un problème de moralité publique mettant en scène des convictions profondes divergentes, des conflits de représentations ultimes ayant trait à la façon de concevoir la vie humaine et ce qui lui donne son sens. Par ce refus — ou, si l'on trouve cette affirmation trop forte, par cette négligence à voir la position de l'appelante comme un véritable choix existentiel — il devient possible d'esquiver une question importante, cruciale même à mon avis, lorsqu'une requête adressée en vertu de la Charte met directement en cause des convictions profondes : *l'État est-il justifié de s'ingérer dans les décisions personnelles fondamentales concernant dans ce cas-ci les dernières étapes de la vie ? Pour le dire d'une façon plus directe, l'État est-il justifié d'imposer à ses citoyens des restrictions de conduite en vertu d'une conviction morale profonde ?*

Certes, l'ensemble des motifs et de l'argumentation de la majorité converge en direction d'une réponse positive à ces questions. Même que les intérêts de l'État y sont pondérés en regard de ceux de l'individu, ce qui indique bien qu'est prise en compte la question plus générale de la signification de la régulation des comportements par le législateur (c'est-à-dire : qu'elle est la rationalité d'une interdiction particulière). Mais, encore une fois, qu'en est-il plus particulièrement de la régulation des comportements qui mettent directement en cause des décisions personnelles fondamentales ? En n'abordant pas le problème tel qu'il est posé par l'appelante, c'est-à-dire comme problème de convictions personnelles profondes, la question de la pondération des intérêts de l'État et de ceux de l'individu est traitée comme s'il s'agissait d'une cause ne mettant en jeu que des conflits de valeurs sociales. Or convient-il d'aborder les problèmes mettant directement en jeu des représentations ultimes comme toute autre question conflictuelle de valeurs sociales ? Il me semble, et c'est en ce sens que je vais maintenant argumenter, qu'une distinction s'impose dans le traitement de ces questions. Je profiterai de cet argument pour commenter quelque peu les motifs de dissidence du juge McLachlin.

3. Faire justice aux conflits de représentations ultimes

À quelle différence pourrait-on être en droit de s'attendre entre un jugement faisant suite à une contestation qui met directement en jeu des représentations ultimes et un jugement mettant plutôt en jeu, par exemple, des questions de libertés d'expression ou d'égalité ? Dans le premier cas, contrairement au second, il est essentiel d'établir si oui ou non l'État est justifié d'imposer *quelque ligne de conduite que ce soit* à ses citoyens et, le cas échéant, en vertu de quoi et dans quelle mesure il peut en être ainsi. Bien entendu l'État a dans chacun de ces cas la responsabilité de protéger ses citoyens, de veiller à ce que soient respectés leurs droits et libertés, ce qui l'amènera à imposer une ligne de conduite en bien des domaines. On comprendra mieux la différence que je viens de mentionner si on prend la peine de distinguer, comme le fait Dworkin dans *Life's Dominion*¹⁷, entre deux types de responsabilité que peut avoir l'État quant à la protection de la vie de ses citoyens.

Dans le cas des conflits de représentations ultimes — telles les causes *Rodriguez* et *Morgentaler* — on peut soutenir soit que l'État a une responsabilité *détachée* à l'égard de la protection de la vie des citoyens, soit une responsabilité *dérivée*¹⁸. On parlera de responsabilité dérivée lorsque la protection de la vie des citoyens n'est envisagée qu'en vertu de l'obligation qu'a l'État de respecter et protéger les droits et libertés enchâssés dans la constitution. La responsabilité de l'État est donc dérivée de cette obligation qui lui est faite. Par ailleurs on parlera de responsabilité détachée si on croit que l'État a non seulement la responsabilité de protéger les droits et libertés *parce qu'ils* sont inscrits dans la charte mais qu'il a également — et même surtout — la responsabilité de protéger la vie *pour elle-même*, cette dernière étant considérée comme quelque chose de sacré (au sens de l'investissement naturel), comme ayant une valeur propre, *indépendamment* de la valeur pouvant lui être accordée par les individus. Envisagée de cette seconde façon, la responsabilité de l'État en matière de protection de la vie n'est alors

17. Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 108-109.

18. Dworkin utilise les expressions « detached responsibility » et « derivative responsibility ». On pourrait également parler respectivement de responsabilité *indépendante* des droits positifs et de responsabilité *dépendante* des droits positifs pour exprimer le sens de ces expressions.

pas tributaire de sa responsabilité à l'égard de ce qui a valeur constitutionnelle.

On peut, dans les affaires juridiques courantes, ne pas trop se préoccuper de cette distinction et même aller jusqu'à concevoir que la responsabilité de l'État est à la fois dérivée et détachée. De toute façon, aussi longtemps que la manière dont est conçue la responsabilité de l'État n'entraîne pas de différence notable dans la protection assurée au citoyen, il importe davantage à ce dernier de savoir sa vie protégée par des mesures pénales adéquates que de savoir en vertu de quelle conception de la responsabilité de l'État ces mesures de protection furent instaurées. Il faut bien voir par contre qu'un choix s'impose dans certaines circonstances. C'est notamment le cas dans la cause *Rodriguez* alors que la requête est à l'effet de reconnaître à quelqu'un le droit de soustraire une autre personne — au moment qu'elle jugera opportun — de l'interdiction lui étant faite d'aider la demanderesse à mettre fin à sa vie. La personne demande ainsi que sa vie ne soit pas protégée au-delà de sa propre volonté. Elle indique donc par là que la valeur de la protection de la vie est subordonnée à d'autres aspects de la signification profonde qu'elle accorde à sa propre vie.

Dans une telle situation, la question de la conception de la responsabilité de l'État devient cruciale. En effet, si on reconnaît que l'État a une responsabilité détachée à l'égard de la protection de la vie (donc, comme on le voit chez Sopinka, que cette responsabilité fait appel à une conception de la vie comme sacrée et antécédente à toute question de droits — positifs — des personnes), on ne sera guère enclin à reconnaître le droit revendiqué; on pourra même à la limite trouver tout à fait odieuse la demande adressée. Une telle situation de conflits entre d'une part les représentations ultimes de la demanderesse et d'autre part celles qui alimentent la conception selon laquelle l'État aurait une responsabilité détachée en regard de la protection de la vie nous fait voir l'importance d'établir clairement de quel ordre est cette responsabilité en ces matières de vie et de mort. Si on retient l'idée d'une responsabilité détachée de l'État, on doit alors être prêt à répondre de la *légitimité que l'on reconnaît à l'État d'imposer à ses citoyens des conduites au nom d'une conception de la vie et du sacré*.

L'enjeu n'est pas le même dans les situations de conflits de valeurs sociales. Il y a en effet quelque chose d'étrange — bien que cela ne soit pas insensé — à parler d'une responsabilité détachée de l'État en regard, par exemple, du droit des citoyens « à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute

discrimination [...] » (art. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*) ou encore, en regard du « droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives [...] » (art. 8). On pourrait probablement imaginer une thèse selon laquelle la reconnaissance de tels droits serait une exigence, par exemple, de la loi naturelle. Mais outre la singularité d'une telle thèse, il n'est pas évident qu'elle entraînerait des conséquences particulières lorsque viendrait le temps d'interpréter ces droits et de pondérer les intérêts qu'ils représentent en regard d'autres intérêts.

De même il serait plutôt étrange de parler de l'égalité devant la loi ou même de la liberté d'expression comme étant quelque chose de sacré et dont les atteintes seraient « intrinsèquement blâmables ». Ce vocabulaire, qui est celui utilisé en parlant de la protection de la vie à partir de l'idée d'une responsabilité détachée de l'État, sied mal aux concepts centraux des conflits de valeurs sociales. Aussi importantes que soient les valeurs qu'expriment ces droits et libertés, il ne s'agit toujours, en fin de compte, que de règles du « vivre ensemble ». Ces règles s'inscrivent sur fond de croyances fondamentales, de représentations ultimes. Mais tant la convergence que la divergence entre individus au plan des représentations ultimes n'impliquent pas une convergence ou une divergence analogue au plan des règles du « vivre ensemble ». On peut d'ailleurs discourir des modalités des droits à l'égalité et en pondérer l'importance à l'égard d'autres droits dans une situation précise sans faire intervenir les convictions profondes qui font que ces droits sont d'un intérêt particulier. On mesure dès lors l'importance de la distinction qu'il y a entre un jugement mettant *directement* en jeu des représentations ultimes et un autre où ces représentations ne peuvent être qu'*indirectement* impliquées.

Compte tenu de ces différences entre conflits de représentations ultimes et conflits de valeurs sociales, le fait de retenir une conception ou l'autre de la responsabilité de l'État apparaît comme ayant beaucoup moins d'incidence en matière de conflits de valeurs sociales. Par le fait même, *il est moins pertinent de discourir sur la légitimité de l'État à imposer, en ces matières, quelque ligne de conduite que ce soit à ses citoyens*. L'enjeu majeur consistera plutôt à évaluer le caractère raisonnable de la restriction du droit ou de la liberté, ce qui pourra se faire par la pondération des intérêts et droits en présence de façon à dire la rationalité des lois et de la charte. Cet enjeu est évidemment aussi celui des conflits de représentations ultimes, mais *la discussion de la légitimité de l'imposition de conduites (ou de la restriction du droit) apparaît un préalable*

essentiel à une évaluation adéquate du caractère raisonnable de cette imposition ou restriction.

Les débats sur les droits en matière de vie et de mort sont inévitablement des débats de représentations ultimes et devraient être abordés en conséquence même si, pour des raisons de prudence¹⁹, de neutralité du judiciaire ou encore de formalisme des procédures, il arrivera parfois que l'on refuse de s'engager ouvertement dans le débat de fond. Ce refus est encore davantage manifeste dans la dissidence du juge McLachlin que dans l'opinion majoritaire. Soulignons d'abord qu'il est avancé dans ces motifs de dissidence une conception de la vie mettant l'emphase sur l'investissement humain plutôt que naturel. Dans un passage très explicite sur cette question, le juge réplique de la façon suivante aux intervenants qui invoquent la crainte que l'annulation de l'al.241b) puisse amoindrir la valeur de la vie :

« Mais, peut-on répondre, quelle valeur y a-t-il à une vie sans choix de faire ce qu'on veut faire de sa propre vie ? *La vie d'une personne inclut sa mort.* Différentes personnes ont des opinions différentes sur la vie et ce qui la dévalorise. Pour certains, la possibilité de choisir de mettre fin à sa vie avec dignité est infiniment préférable aux douleurs et à l'amoindrissement inévitable d'un déclin long et lent²⁰. »

Compte tenu de cette conception de la vie, on peut présumer que les motifs du juge McLachlin mettent à l'oeuvre une conception selon laquelle l'État aurait une responsabilité *dérivée* à l'égard de la protection de la vie²¹.

Il demeure néanmoins que le problème de l'étendue du pouvoir de l'État en ces matières est escamoté par le juge McLachlin. Ce qui serait en cause dans ce pourvoi selon elle, « c'est la *façon* dont l'État peut restreindre le droit d'un individu de prendre des

19. « En général, la Cour suprême s'abstient de dire plus que nécessaire au sujet de la charte, à moins qu'il lui apparaisse utile d'orienter le processus constitutionnel et la société canadienne par des opinions incidentes. »; Henri Brun, *Chartes des droits et libertés de la personne*, Montréal, Wilson & Lafleur, collection « Alter ego », 5^e édition, 1992, p. 45.

20. Rodriguez c. Colombie-Britannique [Procureur général], *op. cit.*, p. 624. C'est moi qui met en italique.

21. On aurait tort toutefois de conclure que la reconnaissance d'une responsabilité dérivée implique un acquiescement à la requête de décriminalisation de l'aide au suicide. Cette reconnaissance ouvre un espace de délibération sur l'étendue du pouvoir de régulation du législateur et appelle à la pondération des droits.

décisions sur sa personne en vertu de l'art. 7 [...] »²². Afin d'établir si l'atteinte au droit de la personne est en conformité avec les principes de justice fondamentale, il conviendra non pas de pondérer les intérêts de l'État et ceux de l'individu mais plutôt de déterminer si la restriction imposée est arbitraire, c'est-à-dire n'ayant aucun lien ou étant incompatible avec l'objectif visé par la loi. Elle rappelle d'ailleurs à la fin de sa dissidence que « La *seule* question est de savoir si, ayant décidé d'agir dans ce domaine délicat qui touche l'autonomie des gens sur leur personne, le législateur a agi d'une manière fondamentalement équitable pour tous. L'important n'est pas la *raison* pour laquelle le législateur a agi, mais la *façon* dont il a agi. »²³. Ce qui doit donc être évalué selon le juge, c'est la rationalité des moyens mis en oeuvre pour restreindre ce droit de l'individu. Il n'est donc pas question pour elle que la Cour se prononce sur, selon la formulation de l'appelante reprise par le juge Sopinka, « le droit [pour l'appelante] d'être libre de toute ingérence gouvernementale dans ses décisions personnelles concernant les dernières étapes de sa vie »²⁴. Autrement dit, il ne revient pas ici à la Cour de se prononcer sur ce qui apparaît clairement comme étant le véritable problème de fond. Le juge McLachlin esquive de la sorte l'évaluation de la rationalité des *fins* visées : si le cas est résolu au plan de l'évaluation des *moyens*, le problème de fond demeure quant à lui entier.

4. Conclusion

En adoptant cette position, le juge McLachlin ne permet pas à dégager la cohérence d'ensemble de notre droit en matière de droits et libertés; tout au plus peut-on évaluer à la pièce la cohérence interne à certaines législations. Dans le cas présent, on obtient une résolution d'orientation libérale, mais qui n'engage pas une conception de l'étendue du pouvoir législatif. Autement dit, cette dissidence accrédite le résultat recherché par ceux et celles qui militent en faveur de la reconnaissance d'une plus grande autonomie de la personne en ce qui concerne les décisions relatives à son corps mais, par le formalisme de la démarche retenue, elle se contente de dire la norme sans un engagement envers le *sens* de cette norme.

Par ailleurs, la position du juge Sopinka n'est guère plus concluante quant à la discussion et à la précision de l'étendue du

22. *Ibid.*, p. 616 [nos italiques].

23. *Ibid.*, p. 629 [nos italiques].

24. *Ibid.*, p. 583.

pouvoir de régulation du législateur en matière de conflits de représentations ultimes. Comme nous l'avons longuement souligné, l'argumentation de l'opinion majoritaire tend à marginaliser l'opposition morale manifestée par l'appelante en refusant même d'y voir l'expression d'un véritable choix existentiel. Ce faisant, il devient possible d'esquiver la question de la légitimité qu'aurait l'État d'imposer des conduites lorsque sont directement impliquées les convictions morales profondes des citoyens.

Mais, ne serait-ce pas aller trop loin, n'y aurait-il pas un certain abus de pouvoir si la Cour suprême s'engageait ouvertement envers le sens de la norme ? N'empièterait-elle pas de façon inacceptable sur les prérogatives du pouvoir législatif si, à l'encontre des démarches privilégiées par les juges Sopinka et McLachlin, la Cour s'avisait de se prononcer clairement quant à l'étendue du pouvoir de régulation du législateur lorsque se présentent des requêtes mettant directement en cause des représentations ultimes ?

Il n'est guère possible de répondre ici de façon satisfaisante à ces questions qui impliquent de multiples considérations ayant trait d'une part aux rapports entre le politique et le juridique et d'autre part à une théorie de la décision judiciaire. Je me limiterai à deux brefs commentaires faisant partiellement écho aux propos suivants tenus par Bertha Wilson, ex-juge de la Cour suprême, lors d'un colloque faisant le point sur les dix premières années d'existence de la charte :

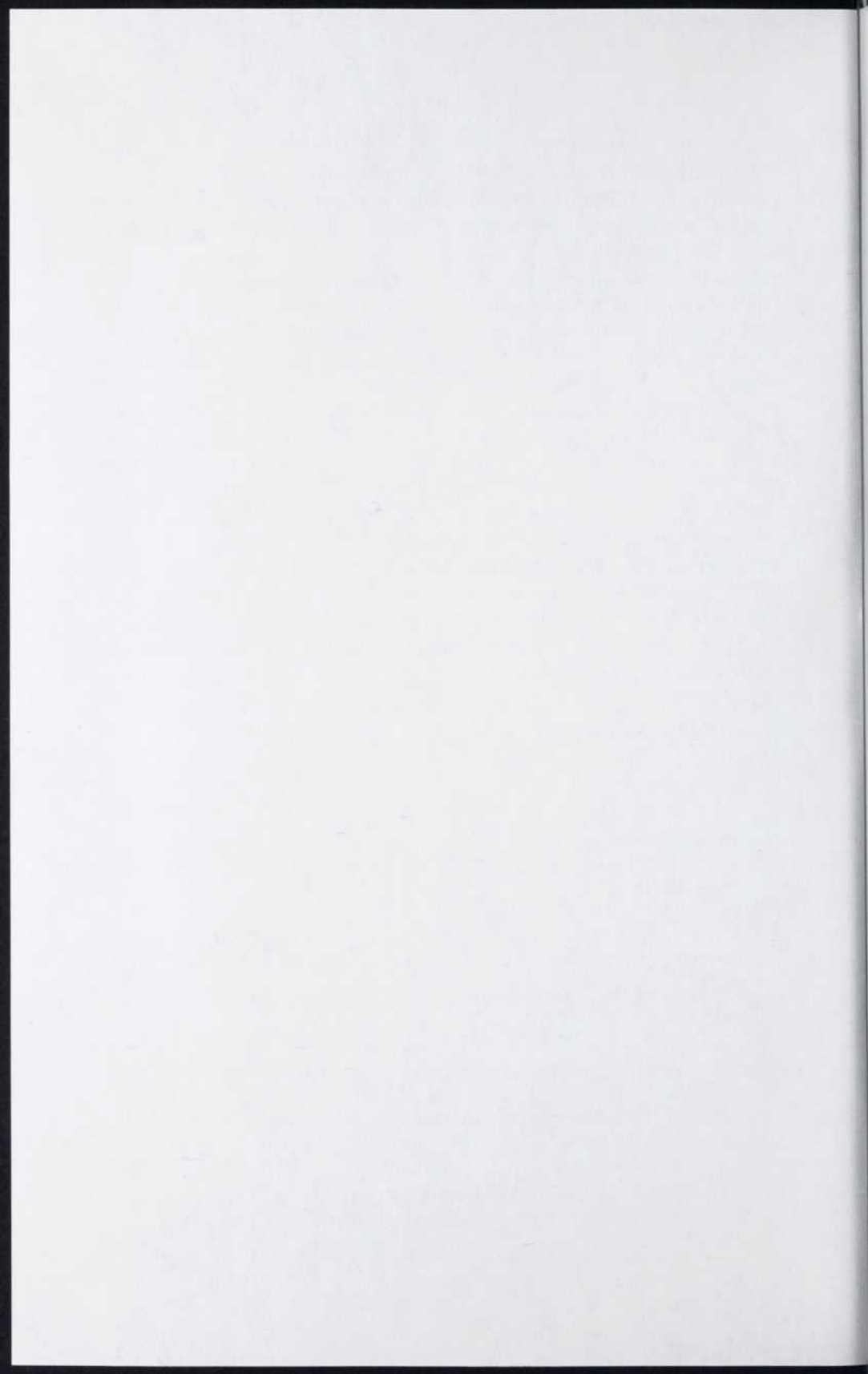
« The doubt about the legitimacy of judicial review [...] persists and finds expression by different members of the Court in different ways — in terms of a distinction made between law and policy, law being for the Courts and policy for legislatures, or in terms of the courts not getting into the wisdom as opposed to the *vires* of legislation (a perfectly legitimate pre-*Charter* concern of Bora Laskin) [...]. I must confess that to me judicial review and deference to the legislature are an ill-matched pair and I fear that our attempt to combine them has simply resulted in a weakening of *Charter* protection and a muddying of the jurisprudential waters !

Let me say in closing that I find the alleged dichotomy between law and policy quite insupportable. Policy considerations have always to a greater or lesser degree been an essential component of judicial decision-making²⁵. »

25. Bertha Wilson, « Building the Charter Edifice : the First Ten Years », p. 97-98, dans Gérald-A. Beaudoin (dir.), *The Charter : Ten Years After / La Charte : dix ans après*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais inc, 1992.

Tout d'abord, comme le laissent entendre ces propos, le rôle du pouvoir judiciaire en matière de droits et libertés doit être envisagé de façon différente depuis l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le fait d'avoir constitutionnalisé un ensemble de droits et libertés vient à tout le moins tempérer la suprématie législative. Le judiciaire étant appelé à exercer un contrôle de la constitutionnalité des lois en matière de droits et libertés, la frontière entre le politique et le juridique perd immanquablement de son étanchéité. Du même coup, il devient futile de se bercer de l'illusion de la neutralité du judiciaire. Dans ce contexte — et c'est là mon deuxième commentaire — il m'apparaît préférable que cette fonction renouvelée du pouvoir judiciaire soit clairement assumée par la Cour suprême ce qui, du moins dans l'arrêt *Rodriguez*, ne me semble guère être le cas. Encore faut-il, toutefois, que la Cour dispose de conceptions cohérentes, articulées, de la décision judiciaire qui lui permettent de débattre — autrement que dans ses généralités — de la question du *sens* que cela fait, pour la société canadienne, de s'être doté d'un tel document de morale politique. Ce que nous avons vu de l'arrêt *Rodriguez* permet de croire que nous sommes loin d'avoir épuisé cette question.

*Faculté de philosophie
Université Laval*



Carrefour : Philosophie et Droit

ACTES DU COLLOQUE DIKÈ — ACFAS 1994

PRÉSENTATION

<i>Carrefour : Philosophie et droit</i> Josiane Boulad-Ayoub	9
---	---

LES PARADIGMES DE MODERNITÉ ET DE POSTMODERNITÉ EN DROIT

<i>La nouvelle querelle des postmodernes et des modernes dans le domaine juridique</i> Bjarne Melkevik	15
---	----

<i>Modernité et légitimité du droit dans la perspective de Max Weber</i> Michel Coutu	21
--	----

<i>Postmodernisme, droit et « adieu à la raison ». Critique de la conception postmoderne du droit</i> Bjarne Melkevik	41
--	----

<i>Le déconstructivisme et les avatars du droit et de l'éthique : Dialoguer avec Derrida et Drucilla Cornell</i> Lukas K. Sosoe	59
--	----

L'UNIVERSALITÉ DES DROITS DE L'HOMME

<i>Le débat sur l'universalité des droits de l'homme</i> Pierre Robert	83
---	----

<i>Le discours religieux musulman et la pensée d'Hanna Arendt : Deux critiques de l'universalisme des droits de l'homme</i> Jean-François Niort	87
--	----

<i>L'universalité des droits de la personne : le bilan des instruments canadien et québécois</i> William A. Schabas	109
--	-----

<i>Les droits de l'homme et l'identité culturelle</i> Guy Lafrance	121
« <i>Nous, peuples des Nations Unies, ...</i> » <i>Remarques sur une fiction fondatrice du politique</i> Benoît Mercier	129

PHILOSOPHIE POLITIQUE ET DROIT

<i>Droit, philosophie politique et le problème du pluralisme</i> Dominique Leydet	141
<i>Justice et différence : la critique du paradigme libéral des droits</i> Daniel M. Weinstock	145
<i>Sur les déconstructions féministes de la démocratie libérale</i> Lukas K. Sosoe	165
<i>Deux réactions face au pluralisme</i> Victoria Meickle	201
<i>Droit, philosophie et droits collectifs</i> Michael Hartney	211

LANGAGE DES DROITS ET
CONFLITS DES REPRÉSENTATIONS ULTIMES

<i>Langage des droits et conflits des représentations ultimes</i> Luc Bégin	231
<i>De la priorité des libertés de base : le débat Hart-Rawls</i> François Blais	235
<i>La crise des représentations en droit</i> Georges Legault	247
<i>Une démocratie libérale neutre ou perfectionniste ?</i> Luc B. Tremblay	261
<i>La Cour suprême et les conflits de représentations ultimes : l'exemple de l'arrêt Rodriguez</i> Luc Bégin	299





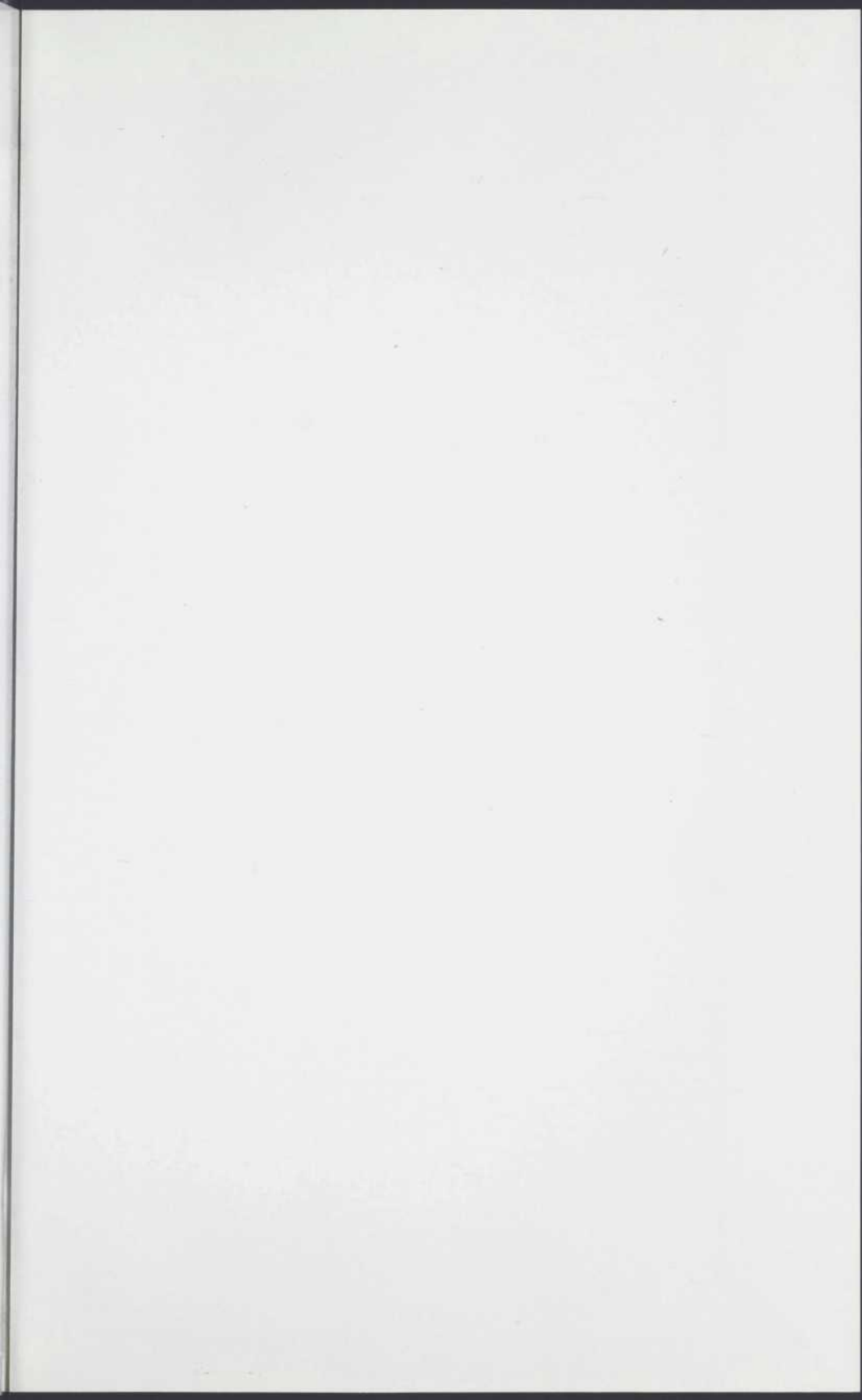


Achévé d'imprimer en avril 1995 chez



à Boucherville, Québec

00366







Sous la direction de Josiane Boulad-Ayoub

Actes du Colloque DIKÈ

Notre modernité se caractérise par la prééminence du droit. Pourtant le droit comme technique positiviste est largement déficitaire pour répondre au défi même de cette modernité. Quoi de plus normal que l'ouverture plus philosophique constatée ces dernières années quant aux questions de droit. Lieu de rencontre entre juristes et philosophes, le colloque et les quatre ensembles de textes qui en développent la problématique exploitent, à l'horizon des relations théoriques entre philosophie et droit, une mise en commun et une discussion de certains thèmes d'actualité dans la théorie et la philosophie juridique et politique contemporaines. Voici la controverse actuelle entourant *Les paradigmes de modernité et de postmodernité en droit*. Ensuite le problème de *L'universalité des droits de l'homme*, notamment les formes de l'inscription des droits dans les divers systèmes juridiques. On examine les relations entre *Philosophie politique et droit* devant le problème du pluralisme auquel doivent faire face les démocraties libérales contemporaines, de manière de plus en plus pressante depuis ces dernières années. Enfin, le *Langage des droits et conflits des représentations ultimes* où l'on cherche à établir comment peuvent s'harmoniser libertés et droits fondamentaux, signifiants-représentations de l'être humain et régulations des conduites, au sein de sociétés comme la nôtre ayant enchâssé une Charte des droits et libertés dans leur Constitution.

Carrefour : Philosophie et Droit

Bjarne Melkevik

Les paradigmes de modernité et de postmodernité en droit
avec des textes de

Michel Coutu, Bjarne Melkevik, Lukas Sosoe

Pierre Robert

L'universalité des droits de l'homme
avec des textes de

Guy Lafrance, Benoit Mercier, Jean-François Niort, William Schabas

Dominique Leydet

Philosophie politique et droit
avec des textes de

Michael Hartney, Victoria Meickle, Lukas Sosoe, Daniel Weinstock

Luc Bégin

Langage des droits et conflits des représentations ultimes
avec des textes de

Luc Bégin, François Blais, Georges Legault, Luc Tremblay



9 782892 451177



000 190 457

ISBN 2-89245-117-5