

340.1
M523c
2005

Bjarne Melkevik

CONSIDÉRATIONS JURIDICO- PHILOSOPHIQUES



Collection Dikè

Les Presses de l'Université Laval



Bibliothèque
nationale

Québec



The first part of the paper is devoted to a general discussion of the problem of the origin of life. It is shown that the problem is one of the most important and most difficult in the history of science. The second part of the paper is devoted to a discussion of the various theories of the origin of life. It is shown that the most plausible theory is that of the origin of life from non-living matter. The third part of the paper is devoted to a discussion of the various theories of the origin of man. It is shown that the most plausible theory is that of the origin of man from non-living matter. The fourth part of the paper is devoted to a discussion of the various theories of the origin of the universe. It is shown that the most plausible theory is that of the origin of the universe from non-living matter. The fifth part of the paper is devoted to a discussion of the various theories of the origin of the earth. It is shown that the most plausible theory is that of the origin of the earth from non-living matter. The sixth part of the paper is devoted to a discussion of the various theories of the origin of the solar system. It is shown that the most plausible theory is that of the origin of the solar system from non-living matter. The seventh part of the paper is devoted to a discussion of the various theories of the origin of the life on earth. It is shown that the most plausible theory is that of the origin of life from non-living matter. The eighth part of the paper is devoted to a discussion of the various theories of the origin of the human race. It is shown that the most plausible theory is that of the origin of the human race from non-living matter. The ninth part of the paper is devoted to a discussion of the various theories of the origin of the human mind. It is shown that the most plausible theory is that of the origin of the human mind from non-living matter. The tenth part of the paper is devoted to a discussion of the various theories of the origin of the human soul. It is shown that the most plausible theory is that of the origin of the human soul from non-living matter.

DIKÈ

Collection dirigée par Josiane Boulad-Ayoub et Bjarne Melkevik



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

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

(Héraclite, *Aphorisme* 94)

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

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

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

**CONSIDÉRATIONS
JURIDICO-PHILOSOPHIQUES**

Livres parus dans la collection DIKÈ

Bjarne Melkevik, *Considérations juridico-philosophiques* (2005).

Francesco d'Agostino, *La Bioéthique dans la perspective de la philosophie du droit* (2005).

Stamatios Tzitzis, *La Personne. Criminel et victime* (2004).

Vida Amirmokri, *L'islam et les Droits de l'homme. L'islamisme, le droit international et le modernisme islamique* (2004).

Norbert Campagna, *Le Droit, le Politique et la Guerre* (2004).

Carlos Miguel Herrera, *La Philosophie du droit de Hans Kelsen. Une introduction* (2004).

Bjarne Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit* (2004).

Paulo Ferreira Da Cunha, *Droit et Récit* (2003).

Henri Pallard et Stamatios Tzitzis (dir.), *La Mondialisation et la Question des droits fondamentaux* (2003).

Carlos M. Herrera, *Droit et Gauche. Pour une identification* (2003).

Stéphane Bauzon, *Le Métier de juriste. Du droit politique selon Michel Villey* (2003).

Bjarne Melkevik, *Rawls ou Habermas. Une question de philosophie du droit* (2002).

Lukas K. Sosoe (dir.), *Diversité humaine. Démocratie, multiculturalisme et citoyenneté* (2002).

Sergio Cotta, *Pourquoi la violence? Une interprétation philosophique* (2002).

Stamatios Tzitzis, *La Personne, l'Humanisme, le Droit* (2001).

Niklas Luhmann, *La Légitimation par la procédure* (2000).

Paul Dumouchel (dir.), *Comprendre pour agir. Violences, victimes et vengeances* (2000).

Bjarne Melkevik, *Réflexions sur la philosophie du droit* (2000).

Pierre Livet (dir.), *L'Argumentation. Droit, philosophie et sciences sociales* (2000).

BJARNE MELKEVIK

**CONSIDÉRATIONS
JURIDICO-PHILOSOPHIQUES**

LES PRESSES DE L'UNIVERSITÉ LAVAL
QUÉBEC, 2005

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

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

Mise en pages: Valérie Gélinas
Maquette de couverture: Valérie Gélinas

Logotype de la collection Dikè:
@ Conception Céjibé inc. (Christian Boulad)

ISBN 2-7637-8207-8

© Les Presses de l'Université Laval 2005

Tous droits réservés. Imprimé au Canada

Dépôt légal 2^e trimestre 2005

Distribution de livres Univers
845, rue Marie-Victorin
Saint-Nicolas (Québec)
Canada G7A 3S8

Tél. (418) 831-7474 ou 1 800 859-7474

Télec. (418) 831-4021

<http://www.ulaval.ca/pul>

340.1
M523c
2005

TABLE DES MATIÈRES

Avant-propos • La philosophie du droit dans l'espace public	1
Chapitre 1 • Vulnérabilité, droit et autonomie.	
Un essai sur le sujet de droit	5
Du concept de «vulnérabilité»	5
L'individu et sujet de droit	7
Chantiers ouverts	8
Vulnérabilité et autonomie individuelle	8
L'exigence de l'autonomie individuelle	9
De l'autonomie et de la vulnérabilité	9
De la vulnérabilité du «je»	12
Vulnérabilité relationnelle	14
Humain, trop humain	17
Vulnérabilité et autonomie publique	18
Vulnérabilité et conscience démocratique	18
L'autonomie publique et la menace d'hétéronomie ...	22
Conjuguer autonomies publique et individuelle	25
Vulnérabilité et solidarité	26
Vulnérabilité et politique de solidarité	26
Vulnérabilité et législation de solidarité	29
Une barrière contre la violence	32
Mot de la fin	32
Chapitre 2 • Les concepts de «personne» et de «dignité»: la question de droit	35
Des «sous-marins» éthiques ou des tremplins pour le droit ..	36
L'Éthique des concepts de «dignité» et de «personne»:	
une critique	36
«Dignité» et «personne» comme tremplins de droit ...	38
L'option faite	39
«Dignité» et «personne»: les sens à produire	40

Discours précritiques: narration et interprétation	40
Discours critiques: le niveau d'argumentation	42
L'autonomie du jugement juridique	44
Culture du droit et sens discursif	44
Une analyse discursive de l'affaire <i>Laskey, Jaggard</i> et <i>Brown</i>	45
Discours sur le droit et narrations en situations	46
Le droit dans une culture juridique	48
Une dernière précision	48

Chapitre 3 • Innocence, destin et culpabilité:

d'Œdipe roi au droit	49
Remarques préliminaires sur le concept d'innocence	49
La tragédie d'Œdipe roi	51
Destin et innocence	55
Innocence ou culpabilité	58
Pour conclure	61

Chapitre 4 • Un regard moderniste sur

le «droit naturel» ou comment rejoindre la modernité juridique	63
Rejoindre la modernité juridique.	64
La modernité et la philosophie du droit	65
Le «droit naturel» et le poids de la tradition	69
Les «droits naturels» comme éthiques	73
Le droit naturel et l'imaginaire juridique	77
Un coup d'œil en arrière.	81

Chapitre 5 • Le droit entre écologie et œkoumène.

Pour une normativité publique	83
L'écologie et l'abîme du monologisme	84
Le monologue d'un «je» réifié	85
La nature comme émanation d'un «je» auto-réifié . . .	87
La solitude d'un «je réifié» devant une «nature» souffrante	89
Œkoumène et partage de la maison de l'homme	90

L'œkoumène ou la nature comme lieu d'habitation ..	90
Une habitation partagée	92
Habiter l'œkoumène en beauté	94
Pour une prise de conscience de l'œkoumène	96
Une normativité publique	96
Normativité publique et intersubjectivité	97
Publicité et dialogues publics	99
Pour un œkoumène partagé démocratiquement	101
Mot de la fin	102

Chapitre 6 • Le nouveau Code civil du Québec et les droits de l'homme: le paradigme d'un nouveau « droit commun » 103

Preliminaire quant à un rapport troublé	104
Le paradigme d'un nouveau « droit commun »	109
Un droit commun en pratique	112
Le droit du travail et les droits de l'homme	115
Un dernier mot	118

Chapitre 7 • Intérêts particuliers, intérêts généraux et corps intermédiaires 119

Le droit politique de la révolution: le républicanisme ...	120
Intérêts particuliers selon Rousseau.	120
Intérêts généraux selon Rousseau	121
Interdiction des corps intermédiaires selon Sieyès	122
Le républicain et la suprématie des intérêts généraux .	123
La moralité des intérêts: le libéralisme	124
La moralité et les intérêts particuliers	124
L'intérêt général de protéger les intérêts particuliers ..	125
Immoralité des droits collectifs	126
Le libéralisme et la primauté des intérêts particuliers.	126
Démocratie et procéduralisation des intérêts	127
Habermas et le modèle démocratique	127
La politique démocratique des intérêts	129
Les intérêts et l'enjeu démocratique	130
Un appel aux dialogues démocratiques	130

Chapitre 8 • Violence et jeunesse: le contexte nord-américain 133

Une mise en relief	134
L'ampleur de la violence chez les jeunes	134
Un climat d'individualisme	135
Le symbole et la réalité des armes à feu	135
La détresse des jeunes	136
La crise du modèle chez les jeunes garçons	137
La violence et l'école	137
Le phénomène de gang et la victimisation des jeunes ...	138
La violence et les gangs	138
Une nouvelle tendance: les gangs de filles	139
La victimisation des autres jeunes	139
La lutte contre la violence chez les jeunes	140
Les deux acteurs traditionnels contre la violence sont la famille et l'État	140
La responsabilité de la communauté	140
La violence, ça fait mal!	141

Chapitre 9 • L'obéissance, le droit et l'institution militaire 143

L'obéissance militaire sans normativité: la pensée	
légiste chinoise	144
La «physique militaire»	145
L'organisation de la société au profit de l'armée	147
Trois aspects de l'obéissance militaire dans la pensée légiste chinoise	148
L'existence en tant qu'obligation	148
L'obéissance militaire avec normativité:	
la pensée occidentale	149
Bonne conscience, mauvaise conscience	149
L'absolutisme juridique et l'obéissance militaire	151
Responsabilité publique, responsabilité individuelle ..	152
Obéissance ou management militaires?	154
La question du caractère personnel	154
Une organisation militaire moderne centrée sur l'individu	157

La responsabilité et le management moderne	158
Un dernier mot	159

Chapitre 10 • Patriotisme constitutionnel et souveraineté: le modèle norvégien 161

Comment la Norvège fut donnée au roi de Suède	162
La route vers l'indépendance et la rupture de 1905	164
Considérations sur l'exemple norvégien.	166
Un dernier mot	169

Chapitre 11 • À propos de la philosophie chinoise du droit 171

Confucianisme et philosophie légale	172
Les légistes (<i>Fa Jia</i>)	174
La symbiose culturelle et philosophique du confucianisme et du légisme	176
La situation présente	178

Bibliographie 179

1. The first part of the paper is devoted to a general discussion of the problem of the existence of solutions of the system of equations

(1)
$$F(x, y, z) = 0, \quad G(x, y, z) = 0,$$

where F and G are functions of three variables, defined in a domain D of the space E_3 .

2. In the second part we consider the case when the functions F and G are analytic in the domain D .

3. In the third part we consider the case when the functions F and G are continuous in the domain D .

4. In the fourth part we consider the case when the functions F and G are differentiable in the domain D .

5. In the fifth part we consider the case when the functions F and G are twice differentiable in the domain D .

(2)
$$F(x, y, z) = 0, \quad G(x, y, z) = 0,$$

where F and G are functions of three variables, defined in a domain D of the space E_3 .

6. In the sixth part we consider the case when the functions F and G are analytic in the domain D .

7. In the seventh part we consider the case when the functions F and G are continuous in the domain D .

8. In the eighth part we consider the case when the functions F and G are differentiable in the domain D .

9. In the ninth part we consider the case when the functions F and G are twice differentiable in the domain D .

10. In the tenth part we consider the case when the functions F and G are three times differentiable in the domain D .

11. In the eleventh part we consider the case when the functions F and G are four times differentiable in the domain D .

AVANT-PROPOS

LA PHILOSOPHIE DU DROIT DANS L'ESPACE PUBLIC

Ainsi que nous le verrons, la philosophie du droit se matérialise par le biais d'innombrables prises de position sur le plan argumentatif, et ce, dans un rapport réfléchi face à une modernité juridique en perpétuel processus de développement et de reconfiguration. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle elle ne se travaille plus dans une tour d'ivoire, comme cela a pu s'avérer à un quelconque moment de son histoire, mais participe aujourd'hui, pleinement et activement, voire avec zèle, à l'accompagnement de la question du droit, et notamment celle de sa possibilité. Loin d'être réduite à un rôle (somme toute réducteur) la confondant, dans toute sa dimension publique, avec le questionnement sur la façon dont nous devrions écrire la dogmatique ou la doctrine juridique — une entreprise qui, au cours du XX^e siècle, a fait dérailler les meilleurs esprits —, il s'agit désormais pour la philosophie du droit de considérer, plus largement et au risque d'être pris de vertige, la question d'un droit à se donner, un droit aussi bien pratique que théorique et qui se profile à l'horizon d'une modernité juridique ouverte à renouveler continuellement.

En toute honnêteté, la philosophie du droit ne fournit plus de réponses aux questions qui obsèdent la dogmatique ou la doctrine juridique. Qu'il incombe aux « dogmaticiens » de devenir adultes, de résoudre leurs propres problèmes et peut-être même de se rendre compte que ceux-ci ne sont que le fruit de leur ignorance, ou encore le fait de leur égarement dans les limbes d'un surinvestissement dogmatique, doctrinal ou « scientifique ». Après tout, sortir d'un sommeil dogmatique n'est peut-être pas le pire des destins, surtout si cela permet de comprendre que le dogmatisme juridique ne peut plus prétendre « dire le droit » et qu'il faut en conséquence aller à la rencontre des sujets de droit. En remettant, réciproquement et démocratiquement, la question du droit et de ses institutions entre les mains de ceux qui, en dernière analyse, doivent en être à la fois les auteurs et les destinataires, il convient de s'assurer que

c'est bien à eux qu'il revient de « dire le droit » : en d'autres termes, il s'agit de garantir que leur possibilité de s'affirmer comme auteurs et destinataires du droit ne soit en définitive qu'une question de « propriété » et d'autonomie pour les sujets de droit.

Avouons-le, il s'agit d'un projet d'envergure ! Lutter contre le courant est tout simplement ingrat et pénible. Quand les loups hurlent, ils nous invitent à les rejoindre, à chasser avec eux et à charger en meute sur des proies sans défense. Il y a quelque chose de réconfortant dans le fait d'être membre d'une meute aux multiples griffes acérées et de se nourrir avec voracité du « vrai droit », celui qui est au goût du jour. Toutefois, le problème est que tout investissement dans les « idéo-droits » à la mode, peu importe que cela se fasse sur l'axe « droit-verbe » ou sur l'axe « droit-sujet », doit nous rendre plutôt sceptiques. La lutte à mort qui oppose les partisans d'un « vrai droit » éthique (et moral) aux infidèles, qui se réclament plutôt d'un « vrai droit » de l'expérience juridique (sinon du dogmatisme juridique pur et dur), doit nous laisser indifférents. À quoi bon s'égarer sur des chemins poussiéreux qui ne mènent nulle part ? En revanche, privilégier comme nous le ferons la perspective qu'ouvriront les sujets de droit en tant que « propriétaires » de toute question de droit nous semble prometteur : c'est pourquoi nous voyons la nécessité de reformuler la question du droit de manière qu'elle ne s'adresse toujours qu'à ces derniers.

Il faut tout simplement remettre « sous tension » la question du droit. Sans énergie, même la meilleure des machines ne fonctionne guère et ne nous sert strictement à rien. Et que faisons-nous de tels engins ? Nous les mettons de côté, les jetons ou encore les réduisons en miettes ! Il n'en va pas autrement de la possibilité du droit, car, comme nous avons pu le constater à maintes reprises, sans énergie alimentant notre volonté, la perspective du droit de même qu'un positionnement en sa faveur risquent de n'être que de simples gesticulations — dogmatiques ou idéologiques. S'assurer que la batterie est pleine, que l'énergie gît là et que la force y est suffisante pour faire avancer la modernité juridique représente bien plus qu'un atout : il s'agit d'une condition d'existence de cette modernité. En définitive, admettons-le, la question du droit appelle toujours une prise de position, une réponse, bref, une acceptation ou un refus. À l'extrême opposé, tant de la pensée monologique « d'en haut » que de celle issue d'une prise de conscience individuelle, exclusive et isolée, il faut en pratique inscrire la question du droit dans un horizon démocratique, la remettre entre les mains des sujets de droit. C'est à eux maintenant d'en disposer,

car, en tant que propriétaires du droit, la question leur appartient. Or, la voie vers la prise de position, vers le choix du droit que nous voulons nous accorder collectivement, qui appellera notre engagement et que nous honorerons en tant que tel, passe d'abord par le flux, l'échange des opinions, des points de vue, des propositions... bref, des arguments investissant maintenant l'espace public, et ce, dans les limites du possible.

L'espace public est aujourd'hui devenu le lieu même du droit! Et la philosophie du droit doit en prendre acte et s'efforcer d'accompagner les aspirations légitimes des sujets de droit dans cet espace. Il faut en ce sens voir l'espace public comme le lieu par excellence de toute philosophie du droit qui s'engage en faveur de notre modernité juridique. L'espace public est le terreau de toute argumentation, puisqu'il est avant tout le lieu où il nous est possible de prendre connaissance des différents arguments, de les soupeser et de nous positionner à leur égard. Se constituant dans les limites du possible comme «réalité», l'espace public est ainsi le lieu de *la* politique comme activité de débat, de réflexion et d'évaluation, articulant simultanément l'autonomie privée et l'autonomie publique. Dans le creuset où se mêlent ces deux formes d'autonomie, le processus de formation d'une volonté «commune» se met en branle et se prépare à servir les «propriétaires» du droit dans l'immense entreprise qui consiste à vivre selon un droit à la hauteur de ses sujets. En somme, si la philosophie du droit rime aujourd'hui avec les exigences de la modernité juridique, l'espace public est, sans ambages, pour parler kantien, sa «deuxième nature».

L'espace public permet donc de mettre sous tension les arguments des propriétaires du droit. La philosophie du droit, quant à elle, intervient dans le but de garantir que ces différents arguments soient soumis à la réflexion de tous. Bien évidemment, cela nécessite de la philosophie du droit qu'elle développe ses propres arguments, considérations et raisonnements concernant ce droit que nous voulons nous donner de façon appropriée, et donc réfléchie. À l'image de l'homme et de son ombre, la philosophie du droit accompagne effectivement la question du droit qu'il s'agit de se donner démocratiquement. De cette façon, elle ne constitue ni une lecture édifiante ni un quelconque réconfort «éthique» qui pallie une conscience saturée, ou simplement troublée par la lucidité que lui donne la pratique du droit. Bien au contraire, elle se pose dans l'espace public (au sein duquel nous situerons toujours l'espace judiciaire) en accompagnatrice active des arguments et raisons à l'appui d'un droit que nous voulons nous donner en toute lucidité.

À supposer que nous ayons raison, ne serait-ce que partiellement, cela nous conduit à la conclusion qu'il faut simplement remagnétiser les questions du droit! C'est précisément l'enjeu des articles qui suivent: en effet, chacun à sa façon, ces articles s'efforcent de mettre en lumière un aspect particulier de la pratique du droit en l'accompagnant argumentativement. Il s'agit de s'assurer que la question juridique demeure sous tension au profit de ses «propriétaires» et, avant tout bien sûr, de l'intelligence et du meilleur jugement.

Dans cet esprit, nos *considérations juridico-philosophiques* porteront sur les notions suivantes: la vulnérabilité, le droit naturel, la personne et la dignité, l'innocence et la culpabilité, l'écologie ou l'œkoumène, le droit commun, les intérêts tant particuliers que généraux et les corps intermédiaires, la jeunesse et la violence, l'obéissance militaire, le patriotisme constitutionnel ou encore la philosophie chinoise de la Loi. Comme autant de prises de parole, chacun de ces articles se veut un acte «communicationnel» dont l'objectif est d'entretenir le feu sacré d'une philosophie juridique s'efforçant toujours de répondre aux exigences d'un droit moderne.

Comme autant de considérations et d'arguments, les articles qui constituent cet ouvrage se lisent et s'apprécient facilement, nous l'espérons sincèrement. Or, il demeure opportun de souligner que ce livre, dans lequel sont consignées quelques *considérations juridico-philosophiques*, se réfère, parfois explicitement, parfois de manière plus simplement allusive, aux ouvrages précédents du même auteur: *Horizons de la philosophie du droit* (1998/2004), *Réflexions sur la philosophie du droit* (2000) et *Rawls ou Habermas. Une question de philosophie du droit* (2002). Ensemble, ils témoignent d'un engagement en faveur de la philosophie du droit conçue comme un champ sous tension, et d'où pourra se dégager, c'est là notre vœu, une énergie qui «remagnétisera» notre modernité juridique. Ainsi, il peut être recommandé de compléter sa lecture du présent ouvrage en parcourant ceux qui l'ont précédé, cela de manière à se familiariser davantage avec les positions de l'auteur. Une telle démarche pourra se révéler bénéfique à celui qui désire mieux saisir les préoccupations philosophiques, pratiques et juridiques qui animent tous ces travaux de manière transversale.

En situant nos considérations juridico-philosophiques dans l'espace public, en les soumettant aux sujets de droit, nous poursuivons avec conviction un objectif «communicationnel», d'«échange» et de «dialogue».

CHAPITRE 1

VULNÉRABILITÉ, DROIT ET AUTONOMIE. UN ESSAI SUR LE SUJET DE DROIT¹

L'homme est couramment défini par sa vulnérabilité. On constate que l'individu est «vulnérable», non seulement de nature, mais également en tant que citoyen; l'homme est, tout simplement, «vulnérable» en société. Prenant cette affirmation comme point d'appui, nous souhaitons partager quelques réflexions liminaires sur l'intelligence du concept de «vulnérabilité» au regard du projet juridique moderne. Il ne s'agit que d'apporter une modeste contribution à notre compréhension de ce projet et, plus précisément, de réfléchir — à l'intérieur du champ de la philosophie du droit — sur le sens à accorder au concept de «vulnérabilité» en ce qui concerne les sujets de droit et leurs situations juridiques respectives². Notre objectif est d'aider à une meilleure appréhension de l'autonomie attribuable au sujet de droit et de souligner comment celle-ci se reflète dans notre compréhension de même que dans notre engagement en faveur du projet juridique moderne.

Quelques précisions s'imposent toutefois au préalable. Et ce au sujet du concept de «vulnérabilité» d'abord, et ensuite relativement à notre refus de distinguer l'individu du sujet de droit.

DU CONCEPT DE «VULNÉRABILITÉ»

Reportons-nous de prime abord au mot «vulnérabilité» pris en son sens usuel. Nous retiendrons dès lors que le terme est plutôt récent, puisqu'il est né avec notre modernité, plus précisément autour du XIX^e siècle. Il s'agit

1 Conférence donnée au Colloque: Situations d'urgence et droits fondamentaux, Kos, Grèce, 5 au 8 mai 2003.

2 Au sujet de la signification de l'expression «projet juridique moderne», voir Bjarne Melkevik, *Rawls ou Habermas. Une question de philosophie du droit*, Québec, Presses de l'Université Laval, coll. «Dikè», 2002.

en fait de la transmutation du terme du langage médical ancien qu'est «vulnérable». À l'origine, le vocable faisait référence à l'individu en lutte contre des blessures ou maladies d'ordre physique. Aussi a-t-il revêtu en premier lieu un sens pharmaceutique en désignant un remède à de telles blessures ou maladies pour ensuite acquérir, par métamorphose, son sens contemporain le faisant se rapporter à la «vulnérabilité» de l'individu. Le *Robert* reconnaît ainsi au mot «vulnérable» deux sens majeurs³. L'adjectif peut qualifier celui qui peut être blessé, atteint, frappé (par un mal physique). Il peut également exprimer la qualité de celui qui peut être facilement atteint (abstraitemment ou moralement) ou qui se défend mal (on dit, par exemple, que l'inexpérience rend «vulnérable»). Ce qu'il faut surtout retenir dans notre perspective, c'est qu'être «vulnérable» n'est pas d'avoir une quelconque «faiblesse». Plus qu'un être atteint d'un tel «handicap», l'emploi du terme sert à en qualifier un se trouvant dans une *situation*, ou *position*. Il s'agit en l'occurrence d'une situation ou position physique ou morale qui rend cet être plus fragile qu'il ne l'est normalement ou qu'il ne devrait l'être. Or, sur le plan de l'existence, à titre d'individus, la «vulnérabilité» nous concerne, en ce sens qu'elle relève essentiellement de la «condition humaine».

Cela donne à voir en effet dès lors que nous nous référons à l'antinomie de laquelle participe inéluctablement la notion de «vulnérabilité». Force est de constater que celui qui n'est pas «vulnérable» *se trouve* protégé, blindé, cuirassé, dur, immunisé, rendu insensible, bref, «invulnérable». Ce que nous remarquons, c'est justement que tous ces mots désignent à vrai dire des *effets* à la baisse plus ou moins intenses sur la vulnérabilité découlant de *situations*. Ils ne se rapportent donc que de manière plus ou moins inexacte, toujours indirectement, au fait existentiel de la «vulnérabilité» de la personne humaine. Car même l'antonyme du vocable «vulnérable» ne peut qualifier que celui se trouvant dans une situation où sa vulnérabilité a été mise entre parenthèses; il ne pourra jamais qualifier celui se trouvant dans une situation où sa vulnérabilité existentielle aura été supprimée, ce qui constituerait une contradiction dans les termes. Car nous ne pourrions jamais qu'être partiellement invulnérables. En tant que personnes humaines, nous aurons toujours un «point faible», un «talon

3 Paul Robert, *Le Robert. Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Le Robert, 1966, tome sixième, p. 874.

4 Notons cependant qu'à la suite d'une certaine extension sémantique, le recours à la notion de «vulnérabilité» tend aujourd'hui à rejoindre d'une façon inappropriée celle de «faiblesse», par exemple lorsqu'on parle de la «vulnérabilité» militaire, alimentaire, monétaire, etc., d'un pays.

d'Achille» pouvant causer, par définition, jusqu'à notre perte. La «vulnérabilité» est donc consubstantielle à la condition humaine.

L'INDIVIDU ET SUJET DE DROIT

Pour nous, l'individu et le sujet de droit ne font qu'un. Concrètement, sur le plan de l'action, il faut simplement retenir que, suivant le projet juridique moderne, l'individu qui «agit» le fait nécessairement à titre de sujet de droit. Être «sujet de droit», c'est par conséquent occuper une position potentielle ou actuelle permettant à un ou à plusieurs individus d'agir de telle façon que le «droit» en sera l'ultime aboutissement. Et les individus sont, dans le domaine du droit comme ailleurs, toujours «vulnérables» parce que humains.

Nous devons maintenant relever que cette façon de voir les choses suppose que nous rejetions la conception métaphysique dite des «deux mondes». Autrement dit, nous récusons l'option abstraite voulant que l'individu et le sujet de droit appartiennent à deux univers différents. Suivant les protagonistes de cette conception, c'est le monde métaphysique (auquel appartient le concept de sujet de droit) qui doit servir pour juger le monde «empirique», celui-là peuplé des individus. C'est la pensée spéculative, associée à des noms tels que Kant, Fichte et Hegel, qui a forgé et imposé de telles théories au sujet du «droit». Par exemple, Alain Renaut postule dans un esprit fichto-kantien que l'«idée de sujet, précisément en tant qu'elle ne se réduit pas à celle d'individu, [...] implique [...] une transcendance, un dépassement de l'individualité⁵». Or, une telle conception condamne la question du «sujet de droit» à n'être qu'une question de métaphysique circulaire proposant, comme interprétation, un monde séparant les concepts utilisés pour définir ou mettre en place un discours fondationnaliste. En fait, il s'agit d'une pensée stérile et étrangère à la tâche qui consiste à rendre compte de la condition véritable des sujets de droit! Il est temps d'admettre que la «préhistoire» de la philosophie juridique «moderne» n'est plus appropriée à la représentation de notre projet juridique contemporain et que celle-ci nécessite plutôt la mise au point de nouveaux outils philosophiques.

Par conséquent, toute théorie ou philosophie du droit se doit plutôt — tout en respectant nos objectifs — de mettre en avant la perspective

5 Alain Renaut, *L'Individu. Réflexions sur la philosophie du sujet*, Paris, Hatier, coll. «Optiques Philosophie», n° 211, 1995, p. 64. Voir également, du même auteur: *L'Ère de l'individu*, Paris, Gallimard, 1989, p. 258-299; *Kant aujourd'hui*, Paris, Aubier, 1997, p. 187-232.

de l'action du sujet de droit. Si l'homme est toujours un « être particulier » (et comme tel un être vulnérable), nous devons comprendre l'action de tout individu en tenant compte également de sa vulnérabilité. En fait, nous devons sans l'ombre d'un doute concevoir son action comme étant conditionnée par celle-ci. Cela nous permettra de mieux comprendre la complexité de notre modernité juridique et, surtout, de saisir pourquoi tant de sujets de droit, sans ressources pour les aider à composer avec leur vulnérabilité, risquent de ne pas faire pencher la balance. Rappelons ainsi que l'ordre juridique moderne n'est pas notre planche de salut, mais bien un système complexe qui peut tout aussi bien broyer la chair et l'âme de celui qui y tombe.

CHANTIERS OUVERTS

Ce que les réflexions qui précèdent nous permettent d'apercevoir, quoique encore vaguement, c'est la façon dont se dessine la problématique du « droit » à la lumière du concept de « vulnérabilité ». Car, si tout sujet de droit est d'abord et avant tout un individu « vulnérable » parce que humain, se pose alors la question de la manière dont il faut concevoir l'exigence de son autonomie. Dans la même veine, on se demandera comment, au juste, doit être compris la question inverse de son hétéronomie, en d'autres termes celle de l'autorité. Tel que nous nous apprêtons à le voir, il faut considérer ces questions et celles qui s'y greffent par le biais d'une conception s'ouvrant sur le potentiel démocratique que recèle le projet juridique moderne.

Ces remarques nous amènent aux trois thématiques suivantes, chacune considérée sous l'angle de son rapport à la vulnérabilité : celle de l'autonomie individuelle, celle de l'autonomie publique et celle de la solidarité.

VULNÉRABILITÉ ET AUTONOMIE INDIVIDUELLE

Ainsi que nous le concevons, notamment comme sujet de droit, l'individu est porteur de deux formes de vulnérabilité : l'une personnelle, l'autre relationnelle. Essayons maintenant d'y voir plus clair dans ces nuances de même que dans la manière dont se construit l'autonomie de l'acteur juridique. Mais afin de pouvoir aborder adéquatement ces deux aspects, il faut au préalable spécifier le sens à donner à ce qu'il est convenu d'appeler l'« exigence de l'autonomie individuelle ».

L'EXIGENCE DE L'AUTONOMIE INDIVIDUELLE

L'exigence de l'autonomie en droit cristallise avec une sagacité particulière le concept moderne de «droit» en conjuguant — toujours dans une perspective résolument «moderniste» — ses dimensions privée et publique, qui apparaissent ainsi tels deux versants d'une même montagne⁶. Il s'agit dès lors d'une *exigence*, et nullement d'un quelconque donné. C'est un fait avéré que s'engager dans le domaine dit du «droit» se fait toujours à ses risques et périls. L'exigence de l'autonomie individuelle, qui est forcément propre à chaque individu, constitue donc un préalable non juridique. Elle met pourtant en place la «conscience» et la «responsabilité» que doit posséder tout sujet de droit pour pouvoir être fonctionnel. Suivant les cas, la question de la «conscience» aussi bien que celle de la «responsabilité» représenteront, pour le dire métaphoriquement, un catalyseur, une faille potentielle ou encore un fusible pour notre vulnérabilité.

Précisons d'abord ce qui est en jeu par l'exigence d'autonomie individuelle. S'y joue la possibilité que détient tout individu («auto» = «moi») de se faire ses propres «lois» («nomos» = «loi»). Autrement dit, l'autonomie fait ici référence à la capacité qu'a un individu de se forger lui-même sa propre normativité en fonction de ce qu'il considère devoir guider sa vie. Il s'agit donc d'une démarche de construction de «conscience». Ainsi l'autonomie se manifeste dans la lucidité que suppose l'acte de création d'une telle normativité personnelle.

L'autonomie se confirme de la sorte avant tout dans la «présence», c'est-à-dire dans les délibérations, les jugements, les calculs, etc., émanant d'un individu et menant ce dernier à déterminer la conduite à adopter pour ce qu'il estime être une vie à la fois «juste» et «bonne». C'est donc également sur ce plan de la «conscience» qu'il peut se rendre responsable à l'égard de lui-même et, dans un autre registre — et donc indirectement —, à celui des autres.

DE L'AUTONOMIE ET DE LA VULNÉRABILITÉ

La question de la vulnérabilité de l'individu se concrétise maintenant sur trois plans: celui de la progression vers «l'autonomie», celui de la tentation de troquer «autonomie» contre «sécurité» sous forme

6 Jürgen Habermas, *L'Intégration républicaine. Essais de théorie politique*, Paris, Fayard, 1998, p. 275-286. Voir également, du même auteur: *Droit et Démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997.

d'«hétéronomie» et, enfin, celui de la «faiblesse de la volonté» à l'égard de la discipline qu'implique nécessairement l'autonomie.

En ce qui concerne ce premier aspect du rapport entre vulnérabilité et autonomie, nous pouvons dire que la problématique a été magnifiquement explorée par la psychologie du développement «moral⁷». Devenir «autonome» représente un processus qui s'apprend et qui est soumis non seulement aux aléas de la socialisation, mais aussi à la personnalité de l'individu. Bref, tout le monde n'arrive pas à développer (ou à optimiser) les ressources dont il a besoin pour se livrer aux considérations, jugements, calculs, etc., essentiels, ou à tout le moins pertinents, au fonctionnement en société. Il s'ensuit que l'autonomie ne peut pas être pensée «en bloc», mais seulement dans toute sa relativité. En fait, l'autonomie se confirme en tant qu'aptitude personnelle, et donc aussi comme compétence cognitive. C'est elle qui permet, à la faveur de la compréhension normative et de ses conséquences, d'assurer la cohérence lors du passage par les différents «stades», tels qu'ils ont été définis par la psychologie du développement «moral». Il en résulte plus précisément que l'autonomie ainsi considérée se doit d'être évaluée subjectivement par l'individu concerné, en même temps que s'ouvre la possibilité identique, de l'extérieur cette fois, venant des partisans de l'autonomie de se prononcer sur le sens que nous avons tous à donner à l'affirmation de l'autonomie. Ajoutons que ces deux appréciations ne s'harmonisent pourtant que difficilement et qu'une divergence de points de vue est souvent inévitable. D'où la nécessité, sur le plan de la philosophie du droit, d'une réflexion commune et critique sur les conditions mêmes de l'autonomie moderne. La vulnérabilité accompagne l'homme dans chacun de ses pas vers l'autonomie et le heurte à sa capacité d'y parvenir. Voilà une déclaration qui nous permet de prendre nos distances par rapport à toute assimilation de l'autonomie au critère, d'ailleurs trop peu rigoureux, de l'«authenticité⁸».

Insistons sur le fait que la vulnérabilité de l'individu se manifeste souvent par le refus de l'autonomie et, subséquemment, l'adhésion aux

7 Jean Piaget, *Le Jugement moral chez l'enfant*, Paris, PUF, 1973; J. Piaget, *Le Jugement et le Raisonnement chez l'enfant*, Neuchâtel, Delachaux et Niestlé, 1978; L. Kohlberg, *The Philosophy of Moral Development: moral stages and the idea of justice*, San Francisco, Harper & Row, 1981; L. Kohlberg, C. Levine & A. Hewer, *Moral Stages: a Current Formulation and a Response to Critics*, Basel & New York, Karger, 1983. Voir également, J. Habermas, *Morale et Communication*, Paris, Cerf, 1986.

8 Gerald Dworkin, *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988; «The Concept of Autonomy», dans J. Christman (dir.), *The Inner Citadel: Essays on Individual Autonomy*, New York, Oxford University Press, 1989, p. 54-62.

idées, aux mouvements, aux « communautés », etc., d'hétéronomie⁹. En effet, l'individu peut troquer sa « liberté » et son autonomie pour embrasser la sécurité, la chaleur, la « vérité » et la « révélation » que proposent ces forces de l'hétéronomie. Comme le démontre magistralement Erich Fromm, la modernité s'accompagne aussi de la peur de la liberté et de l'autonomie¹⁰. Et de cette peur naît souvent un désir de se « soumettre », d'« obéir », de « servir », ou simplement de « fuir » la liberté, la possible indépendance, pour s'oblitérer au profit d'une logique de l'hétéronomie. Le danger réside précisément dans le fait que celle-ci, dans son ultime déploiement, risque de nier totalement l'existence de l'individu¹¹. Dans de tels cas, la question de l'autonomie devient la plupart du temps tout à fait relative et, dans des cas extrêmes, inexistante. Car ce sont les « instructions » venues d'en dehors d'elle-même qui prennent alors dans la volonté la place laissée vacante par une autonomie absente. En droit, le système de la « charia » (ou « loi » islamique) illustre parfaitement une telle abdication de l'autonomie en faveur de l'hétéronomie.

Il faut pourtant admettre en toute lucidité que l'autonomie s'acquiert souvent grâce à un processus ayant l'hétéronomie pour point de départ. Ainsi certaines « sectes », et notamment les protestantes, servent-elles souvent de « passeurs », conduisant l'individu depuis l'hétéronomie vers l'autonomie. Cela est d'ailleurs accrédité par le fait que de telles « sectes » ne peuvent fonctionner normalement que par la verbalisation et la justification publiques, et qu'elles mettent en œuvre, dans une logique qui n'est sûrement pas intentionnelle, une dialectique d'acquisition des capacités sociales et cognitives pouvant également servir à rendre l'individu autonome.

Notre troisième exemple de manifestation de la vulnérabilité du sujet sur le plan de son autonomie se rapporte à la question de la « faiblesse de la volonté ». Il y a sans conteste beaucoup à dire à ce sujet¹². Retenons

9 Dans le présent texte, « hétéronomie », ou « force de l'hétéronomie », sera toujours entendu en tant qu'opposée d'« autonomie », c'est-à-dire comme la « loi » ou la normativité développée par autrui dans le but de nous y soumettre. Sur le plan concret, l'hétéronomie se matérialise dans l'autorité, le pouvoir, le prince, etc. Voir à ce sujet, Emmanuel Kant, *Métaphysique des mœurs*, tome 1, Paris, GF-Flammarion, 1994, p. 124 et suiv.

10 Erich Fromm, *La Peur de la liberté*, Paris, Buchet-Chastel, 1963.

11 E. Fromm, *La Passion de détruire: anatomie de la destructivité humaine*, Paris, Laffont, 1975.

12 Ruwen Ogien, *La Faiblesse de la volonté*, Paris, FUF, coll. « Philosophie morale », 1993; G. W. Mortimore (dir.), *Weakness of Will*, London, Macmillan, 1970; S. Stroud & C. Tappolet (dir.), *Weakness of Will and Practical Irrationality*, Oxford, Oxford University Press, 2003; D. Davidson, « How is weakness of the will possible? », dans J. Feinberg (dir.), *Moral concepts*, Oxford, Oxford University Press, 1970; R. Dunn, *The Possibility of Weakness of Will*, Hackett, 2002.

d'emblée qu'il y a, irrémédiablement, toujours un clivage, et souvent même un abîme, entre autonomie théorique et autonomie pratique. La tentation, le désir, le «mal», etc., nous rendent vulnérables au point de nous faire souvent commettre des actes qui ne correspondent en rien à notre «autonomie» théorique, comprise ici dans le sens de repères ou guides «normatifs» que nous nous sommes donnés pour orienter notre vie. En tant qu'individus, nous sommes en fait constamment tentés non seulement par la tricherie, le mensonge, la facilité, etc., mais également, certes dans une bien moindre mesure, de commettre différentes formes de forfaits, délits et crimes. Ne pouvons-nous pas dire que, si notre vulnérabilité est en jeu dans ces choix, d'une façon assurément non strictement déterministe, Kant avait peut-être raison d'insister sur la difficulté à vivre par son autonomie? Et si nous devons répondre par l'affirmative, cela ne nous place-t-il pas devant la complexité même de toute psychologie morale, devant le casse-tête humain que représentent les rapports entre le «vouloir» et le «pouvoir»? Car si nous agençons, comme nous le faisons le plus souvent trop à la hâte, la «volonté» et la «connaissance», le dicton populaire: «le vouloir est une chose, le faire en est une autre» se révèle juste. Et cela s'aggrave considérablement en situation de vulnérabilité, telle celle de dépendance ou d'asservissement psychologiques, où la «volonté» aussi bien que la «connaissance» risquent de tourner à vide. Ce qui devient du reste extrêmement préoccupant dans les cas de soumission ou encore de fuite, fuite dans l'alcool, la drogue ou autre échappatoire. Chacun des efforts entrepris analytiquement en vue de mettre au jour la «faiblesse de volonté» risque de mener à son tour à l'indication de la façon dont l'individu se transforme souvent en «objet» soumis à différentes formes d'irrationalité.

Ce que ces très brèves observations sur la vulnérabilité indiquent peut maintenant nous servir de tremplin. Elles montrent que la question de la vulnérabilité est à la fois très complexe et hétéroclite. Mais c'est en somme la concrétisation de cette «vulnérabilité» du «je», notamment dans la nécessité «relationnelle» de celui-ci, qui représente la confirmation de ce même «je».

DE LA VULNÉRABILITÉ DU «JE»

Commençons par dire quelques mots sur la vulnérabilité initiale de tout «je». Appuyons-nous d'abord sur le simple fait que nous ne sommes pas nés tous «égaux». Les fictions philosophiques ou publiques (et même «populaires») qui proclament que les «hommes naissent et

demeurent libres et égaux en droit¹³» nous font souvent oublier qu'en réalité nous naissons complètement nus et dépourvus. Tout dépend effectivement de l'accueil (ou de l'absence d'accueil) qu'on réserve au nouveau-né. Le «je» que constitue chacun d'entre nous n'est — en tant que nouveau-né — que jeté dans (et quelquesfois «rejeté» par) un monde que nous ne connaissons pas et sans autres ressources que celles que notre «milieu» immédiat peut nous procurer.

Si le blessé et le malade représentent, comme nous l'avons constaté auparavant, le sens commun du concept de vulnérabilité, la situation de l'enfant nouveau-né symbolise néanmoins aujourd'hui, de manière emblématique dans nos esprits (de même que dans la «réalité»), le fait même de vulnérabilité. Or, un nouveau-né n'est pas forcément «malade» ni «blessé», mais il se trouve toutefois à exister en toute vulnérabilité, sans défense, étant donné que son sort dépend entièrement et sans appel de celui ou de ceux qui l'accueillent (ou qui refusent, le cas échéant, de l'accueillir) parmi eux. S'il n'y a personne, ou si celle qui l'enfante lui tourne le dos, le destin du nouveau-né s'écrit uniquement par et dans le néant. La vulnérabilité du nouveau-né est en fait entière. Il n'a pas de quelconque «nature» effective pour survivre, mais une dépendance intégrale envers ceux qui acceptent de prendre soin de lui. Sans accueil humain, le nouveau-né meurt tout bêtement, étant lui-même incapable de se nourrir et de se protéger. Il est évidemment triste d'imaginer qu'il périt sans ne jamais se rendre compte que personne n'était là pour l'accueillir.

Il faut donc comprendre que tout individu est né dans une vulnérabilité initiale et absolue. Il fut assujéti dès sa naissance à l'accueil des «siens». Les partisans du droit naturel classique ont voulu discerner ici une «nature¹⁴», laquelle pouvait ensuite servir à l'élaboration, dans un

13 *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789*, art 1. Précisons que nier une signification du concept «égalité» sur le plan du «fait», factuel, ne doit pas ici être interprété comme un rejet d'une promesse politique ou juridique d'«égalité». Il faut simplement préciser que la notion d'égalité n'a aucun sens sur le plan factuel, et que seule une telle précision peut nous permettre, par la suite, de comprendre le rôle «normatif» que cette notion peut éventuellement jouer sur les plans politique et juridique. Précisons également que seule une telle compréhension nous permet de comprendre la tension, toute moderniste, entre «factualité» et «normativité».

14 Ulpien, *Digeste*, 1, 1, 3: «Le droit naturel est cela que la nature enseigne à tous les êtres animés; ce droit en effet n'est pas propre à l'espèce humaine, mais à tous les êtres animés, à tous ceux qui naissent sur la terre ou dans la mer ainsi qu'aux oiseaux; de là procède l'union du mâle et de la femelle, que nous appelons mariage; et de là la procréation et l'éducation des enfants, etc. [...]». Voir à ce sujet Michel Villey, *La Formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Montchretien, 1975, p. 472.

sens fondamental, d'une interprétation très particulière à faire du « droit ». Une telle conception n'a plus guère de sens à la lumière d'une représentation actualisée de la modernité juridique. Pour notre part, nous ne pouvons rien fonder, déduire ou justifier, mais uniquement confirmer l'individu comme étant toujours enchevêtré dans une vulnérabilité propre à l'accueil (ou simplement aux « siens »). En ce sens, c'est toujours cette logique de la réception par l'entourage qui doit nous intéresser, car elle témoigne de notre vulnérabilité comme être « largué » dans le monde. Elle concerne également notre dépendance à l'égard de la civilité et de l'humanité qui nous entourent. Nullement comme « concept », *dixit* Hegel, mais comme des êtres fragiles qui dépendent, au début de leur vie, et même après, entièrement et aveuglément des autres et qui, surtout, dépendent concrètement, de manière vitale, des ressources de ceux qui les accueillent individuellement et collectivement. Vues de la sorte, la vie et la constitution de la psyché individuelle ne sont qu'un interminable jeu « d'accueil » que nous pouvons plus ou moins maîtriser, certains mieux que d'autres. Se manifestent pareillement l'abîme que représente l'impératif de conformisme ainsi que le danger que ce dernier ne devienne éventuellement la limite et le sens même d'une autonomie estropiée ou mutilée.

Il vaut ainsi d'être souligné qu'une vulnérabilité psychologique initiale nous fait dépendre de notre « milieu ». Nous dépendons d'une façon non déterministe de notre « accueil » parmi les « nôtres », ou encore de la capacité de dire et d'affirmer en acte langagier ou par une action le « je ». Nous sommes donc toujours tributaires de nos propres ressources, tant psychologiques que sociales, et de notre possibilité d'approvisionnement, matérielle, psychologique, sociale, etc. Et ce pour équilibrer et gérer, pour agir et comprendre, pour assurer et avancer sur le plan individuel. En ce sens la vulnérabilité du « je » fait référence à une construction perpétuelle à l'intérieur et à l'égard d'un « nous » qui s'érige notamment sur de multiples « je ». Précisons au passage qu'une telle position a l'avantage, du point de vue de la philosophie du droit, de laisser ouverte la question de la formulation d'un « nous juridique » moderne.

VULNÉRABILITÉ RELATIONNELLE

Nos réflexions préliminaires sur la vulnérabilité du « je » nous ont déjà permis de constater la présence et le rôle des autres. Dans cette même perspective, toute « robinsonnade » est à exclure pour cause d'irrationalité : les « je », ou les « moi », se forment, se conforment, se déforment, se reforment et se « formatent » dans le creuset d'une multitude de relations

intersubjectives. Le «je» constitue indubitablement le résultat d'un processus de personnification et de socialisation qui ne se freine guère. Mais il s'agit bien d'un processus qui dépend toujours en premier lieu de l'entourage, principalement du milieu familial (ou de ce qui en tient lieu). En deuxième lieu, il est plutôt question des relations d'amitié et des jeux interindividuels. En troisième lieu se positionne l'école (étatisée ou non), et ainsi de suite. Par conséquent, nous pouvons dire que le «je», comme sujet central, s'illustre par d'innombrables cercles qui s'étendent de plus en plus loin, comme le symbolise si bien la goutte qui tombe sur l'eau et qui met en marche un battement d'expansion par cercles concentriques.

Si tout va bien, le processus de personnification et de socialisation réussit à produire une personne dite de «qualité», à savoir une personne qui sait décoder les attentes légitimes que les gens ont envers elle et les satisfaire, une personne qui sait respecter les autres et prendre en considération leurs intérêts, une personne qui sait conduire sa vie et se fixer des objectifs raisonnables, une personne qui sait communiquer ses opinions, ses intérêts, ses propres attentes, etc. Mais l'individu est vulnérable dans ce processus de personnification et de socialisation et il court toujours le risque plus ou moins grand de s'en sortir avec des «blessures», «fragilisé» ou, pire, «détruit». Tout dépend en effet du degré auquel l'individu parvient à se former comme «sujet», à savoir comme acteur potentiel et autonome pouvant se confirmer comme tel dans l'espace public et juridique.

A contrario, l'individu devenu «objet» des désirs, des intérêts, des plans, etc., des autres — même ceux que nous pouvons supposer comme étant les plus bienveillants à son égard tels que les amis, les proches, les parents, la famille, l'école, l'État, etc. — risque toujours, par le fait même de sa vulnérabilité, de ne jamais se former intégralement comme «sujet», mais de lorgner vers une logique unilatérale d'obéissance et simplement de «retraits». Cela s'aggrave d'ailleurs dans les circonstances où une jeune personne est, par l'exploitation et la dénégation, réduite à la condition de «néant» au profit de gratifications sexuelle, affective, idéologique, etc., d'une autre personne. N'oublions pas la différence de sexe où la vulnérabilité de la jeune fille peut la désarmer face à une exploitation sexuelle. Une exploitation qui ne peut que confirmer la jeune fille dans une position de «minorité» et de «victime»¹⁵. Quoi qu'il en soit, notre

15 Voir Lukas K. Sosoe, «La victime: Pour une approche éthique du corps meurtri», dans Paul Dumouchel (dir.), *Comprendre pour agir. Violences, Victimes et Vengeances*, Québec/Paris, Presses de l'Université Laval/L'Harmattan, 2000, coll. «Dikè», p. 65-88.

vulnérabilité confirme que le processus de personnification et de socialisation se fait toujours au risque de notre « chute ».

Il faut en conséquence ne jamais perdre de vue le fait que la personnification et la socialisation se déroulent dans des cadres sociaux et qu'elles peuvent, par des mécanismes ou des institutions particulières, avoir une influence néfaste, par le fait de notre vulnérabilité, sur la formation d'un sujet. Concrètement, les stéréotypes sociaux, éthiques, raciaux, coutumiers, religieux, etc., peuvent littéralement faire déraiper le processus de personnification et de socialisation : d'abord en s'érigant en barrière qui devient *de facto* les limites de la formation d'un sujet, ou encore en s'intégrant d'une façon destructive ou handicapante en affirmant (pourtant faussement) « ce que je/nous suis/sommes » ; ou, plus précisément, en faisant déraiper le processus dans une internalisation des préjugés des autres. La vulnérabilité relationnelle se concrétise, se problématise et se dramatise de la sorte dans des épreuves douloureuses qui passent par l'exclusion, la ghettoïsation, la minoration, etc., et qui se matérialisent sur le plan individuel par le harcèlement, le *bullying*, l'exploitation, etc. Les deux niveaux d'explication, collectif et individuel, peuvent même se conjuguer dans une logique de renforcement négatif de l'un et de l'autre, comme c'est souvent le cas lorsque des stéréotypes marginaux aggravent significativement la vulnérabilité initiale de l'individu. N'oublions pas non plus ici à quel point la détresse psychologique, sociale ou « ethnique » du milieu familial se transpose souvent chez l'enfant et brise généralement la confiance en soi si indispensable pour affronter les aléas de l'existence.

Tout inventaire risque pourtant d'être vain ; il y a simplement trop d'exemples à donner. Retenons seulement, dans notre perspective, que nous risquons tous, dans le processus individuel de personnification et de socialisation, de souffrir d'une manière ou d'une autre. Notre vulnérabilité psychologique, sociale ou symbolique fait souvent de nous la « proie » de nos semblables. En règle générale, le processus de personnification et de socialisation se fait au risque de ne pas toujours réussir à nous fournir les « ressources » nécessaires pour fonctionner correctement bien qu'il soit néanmoins à peu près toujours possible de tirer, selon le cas, plus ou moins profit de la vie moderne et surtout de nous affirmer et de nous confirmer comme un sujet de droit à l'intérieur du projet d'une modernité juridique. Tandis que de légères blessures disparaissent grâce au temps réparateur, ou simplement grâce à la distanciation que peut procurer la maturité d'adulte, le risque demeure que d'autres « plaies » ne réussissent pas à guérir et

s'installent comme des barrières, voire des « handicaps », relativement à la potentialité de mener une vie sociale adulte. Chacun peut, selon ses expériences de vie, se remémorer l'impression que lui a procuré le fait de se retrouver en interaction sociale avec un être manifestement « handicapé », ou simplement qui porte un fardeau trop lourd pour lui. Or, si nous pouvons souvent instinctivement déceler les stigmates de l'existence chez les autres, comment pouvons-nous donc réagir avec ceux, sûrement plus nombreux encore, qui les portent quant à eux en silence, impuissants à les verbaliser, incapables de les affronter. Comment braver une modernité en mouvement lorsqu'on ne peut même pas faire face à soi-même ?

HUMAIN, TROP HUMAIN

La vulnérabilité comprise de cette façon ne peut jamais être évacuée, supprimée ou effacée de notre conception de l'existence humaine. Elle reste un élément fondamental de notre condition et nous ne pouvons échapper à celle-ci que par la mort. Or, ces observations nous permettent d'introduire une première constatation concernant la question des ressources.

Dans le jeu subliminal qui se joue entre le « je » (ou le « moi ») et le « nous » (tant social et politique que dans la possibilité d'une modernité juridique), tout se résume en une affaire de « ressources ». D'un côté, il est question des moyens (incluant les compétences) que l'individu peut mobiliser socialement pour s'exprimer de façon consciente en employant le pronom « je » et pour agir en assumant cette identité. À ce niveau, l'individu se trouve inéluctablement seul et dépendant de la composition de ses propres « ressources » (lesquelles sont issues de sa constitution psychologique particulière) et de celles qui ont pu lui procurer un processus de socialisation personnelle et sociale adéquate. L'inégalité sur le plan de l'agir « juridique » trouve souvent son origine à ce niveau. N'oublions pourtant pas que ce premier niveau se conjugue, de l'autre côté, par un anti-robinsonnade avoué, avec la question d'un « nous » se formant de multiples « je » car, selon ce que nos propos ont révélé, la vulnérabilité des « je » nous projette vers la question d'un « nous » qui n'est pas uniquement là comme condition, mais qui peut aussi se prendre en charge en tant que tel. Autrement dit, et toujours dans la perspective d'une philosophie du droit moderniste, le jeu même des « je » (ou simplement des « moi ») nous ouvre autrement le sens à un « nous » qui s'autonomise (avec, par et au

profit des «je») comme une prise en compte de notre «vulnérabilité» humaine sur le plan politique. Si nous avons déjà pu constater que le «nous» se constitue pour pallier nos vulnérabilités communes, la question se pose à savoir si la vulnérabilité des «je» ne se transpose pas autrement vers la question de l'autonomie publique. C'est cette interrogation que nous nous apprêtons à poursuivre dans un nouveau pas.

VULNÉRABILITÉ ET AUTONOMIE PUBLIQUE

Comme l'a indiqué l'usage lexique du concept de «vulnérabilité», l'individu caractérisé par celle-ci est toujours un «je», un «moi». C'est *le* blessé ou encore *le* malade, donc toujours un «moi» qui se trouve dans une situation ou une posture de fragilité. Or, en ce qui concerne la modernité juridique, la question de cette vulnérabilité devient davantage complexe lorsqu'on la considère comme en relation avec l'engagement nécessaire de l'individu dans et à l'égard de l'autonomie publique. En fait, le «je» qui s'engage à réaliser l'autonomie publique de tous — et ce, quant au droit relatif de sélectionner en réciprocité les normes, les droits, les institutions, qu'il souhaite honorer comme valides pour la communauté juridique et politique à laquelle il choisit d'adhérer — se heurte à deux «obstacles» touchant directement sa vulnérabilité. Définissons-les, d'abord, au regard de la problématique de la conscience démocratique et, ensuite, en ce qui concerne la manipulation antidémocratique.

VULNÉRABILITÉ ET CONSCIENCE DÉMOCRATIQUE

Restreignons-nous, en ce lieu, à la conception qui défend que l'autonomie publique fait partie d'une conception «procéduraliste» de la démocratie, de sorte que le fonctionnement et surtout la question de coopération dans les processus démocratiques ne dépend, en principe, que de la conscience (ou mentalité) démocratique que les individus, en réciprocité, y investissent¹⁶. La démocratie consiste en la capacité qu'ont les différentes consciences concernées de se déployer en réciprocité, par des processus adéquats, et de sélectionner en coopération, comme nous l'avons indiqué, les normes, les droits, les institutions, dignes d'elles. Toute coopération démocratique est pourtant, en elle-même, dépendante de la vulnérabilité des individus.

16 B. Melkevik, *Rawls ou Habermas. Une question de philosophie du droit*, op. cit., p. 65-99.

La vulnérabilité de l'individu au sujet de la « conscience démocratique » peut d'abord être exemplifiée et située sur l'échelle chronologique. C'est en soi un exploit historique que les « consciences démocratiques » aient pu se déployer en autonomie et qu'elles aient pu, par une longue marche événementielle, s'enraciner et vaincre¹⁷. Avec la définition que nous avons donnée de l'exigence démocratique, il appert que l'autonomie publique est surtout un phénomène du XX^e siècle et qu'elle est largement circonscrite (à l'origine) à un contexte occidental. Historiquement, les « lois » (ou simplement: la normativité publique) ont été imposées dans et par différentes logiques d'hétéronomie, c'est-à-dire par l'Autorité, le Pouvoir, le Prince, la Religion, etc. Ce qui veut dire, en somme, que la « normativité publique » a, en règle générale, été faite comme « non-autonome ». L'introduction de l'autonomie publique, c'est-à-dire la possibilité pour les individus de se faire publiquement, réciproquement, par des processus démocratiques leur propre « normativité publique », s'est pourtant accomplie très lentement et exclusivement dans un cadre occidental. Nous avons certes des bribes historiques d'une telle auto-législation dans différentes « tribus » germaniques, mais c'est avant tout pendant le haut Moyen Âge qu'a eu lieu l'éclosion — dans des professions, dans les Universités, dans des « villes » — des premières tentatives pour prendre en charge d'une manière affranchie le cadre normatif devant être honoré par les individus en « autonomie ». Bref, la modernité juridique et politique a ici pris la relève pour instaurer un processus lent et tourmenté consistant à soumettre les différents rouages étatiques à une logique de l'autonomie publique. Comme nous l'avons affirmé, c'est le XX^e siècle qui représente ici le point tournant en permettant désormais à la conscience démocratique de se déployer dans l'espace public en vue d'instituer la coopération démocratique!

Ce bref rappel historique nous fait immédiatement ressentir que la « vulnérabilité » de l'individu, face à l'exigence démocratique de s'engager dans les processus de sélection des normes, des droits, des institutions, etc., est en soi reliée à la possibilité pour le processus démocratique de fonctionner adéquatement comme un mouvement de coopération en réciprocité avec autrui. Il s'agit donc, en réalité, de le faire fonctionner

17 Boris DeWiel, *Democracy: A History of Ideas*, Vancouver, UBC Press, et Seattle, University of Washington Press, 2000 (traduction française *La Démocratie: histoire des idées*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Zétèsis, 2005). Voir également J. Dunn, *Democracy: The Unfinished Journey, 508 BC to AD 1993*, Oxford, Oxford University Press, 1992.

comme un mouvement d'apprentissage de la coopération où l'enjeu, de même que le résultat, est de former ensemble une opinion publique pouvant guider et gérer tout processus démocratique. Il faut en conséquence refuser tout discours métaphysique sur autrui, sur le « visage de l'autrui », sur « je suis l'Autre », sur l'Autre « c'est l'enfer », et autres radotages de l'ordre du monologue¹⁸, pour ne retenir que la confirmation que l'autre est toujours là comme individu à l'égard d'un processus démocratique qui doit l'interpeller.

Loin donc de toute réflexion sur le « statut d'autrui » (sociologique, anthropologique, juridique ou métaphysique), il convient, *a contrario*, d'insister sur le fait que l'individu possède une vulnérabilité relative au « système », correspondante à tout « système » existant. Kafka, comme nous l'expose son roman *Le procès*¹⁹, ou peut-être mieux *Le Château*²⁰, a tout simplement raison : il y a un obstacle entre un individu personnifié et socialisé et « la société » qui lui est souvent « étrangère » et où il se sent justement lui-même comme « étranger », c'est-à-dire « objet ».

Il s'agit de comprendre que la société met de l'avant continuellement des « pièges », des « obstacles » et des « barrières » qui peuvent aller à l'encontre de l'individu et de la compréhension même d'un projet de coopération. Il ne s'agit pas d'apprendre les voies d'un labyrinthe social une fois pour toutes, mais d'apprendre que la vie en société devient en soi un « savoir social » où se montrent aussi bien la force de certains individus que la vulnérabilité des autres. En d'autres termes, le système social peut être associé à des labyrinthes en train de se « reconfigurer » continuellement et où la seule chose qui peut compter est la compétence sociale potentielle que peut mobiliser un individu pour y faire face. Nous pouvons dire que la vie sociale représente une sorte de « formation continue » qui ne se joue pas uniquement par rapport à l'individu mais également et simultanément en ce qui a trait aux différentes formes d'interrelation codifiées et objectivées comme organisation sociale²¹.

18 Ce qui veut dire que toutes nos réflexions se présentent à contre-courant de toute « métaphysique du sujet ». *Contra*, voir, par exemple, E. Lévinas, *Humanisme de l'autre homme*, Montpellier, Fata Morgana, 1972 (1987); *Entre nous. Essais sur le penser-à-l'autre*, Paris, Grasset, 1991; *Hors sujet*, Saint-Clément-la-Rivière, F. Morgana, 1987; *Le Temps et l'Autre*, Paris, PUF, 1983.

19 F. Kafka, *Le Procès*, Paris, Gallimard, 1972.

20 F. Kafka, *Le Château*, Paris, GF-Flammarion, 1995.

21 J. Habermas, *Théorie de l'agir communicationnel*, 2 vol., Paris, Fayard, 1987. Cf. N. Luhmann, *La Légitimation par la procédure*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. « Dikè », 2001 (repris par le Cerf, Paris, coll. « Passages », 2001).

La vulnérabilité de l'individu, en tant qu'acteur dans le monde, nous révèle un aspect central de la signification même de la vie en société. La vulnérabilité de l'individu comprise comme « autrui » dans le système social déjoue certainement tout faux espoir « éthique » mais nous révèle surtout que l'opacité sociale fait partie intégrante de notre vie « moderne » qui ne se maîtrise pas toujours entièrement. Notre vulnérabilité fait en sorte que souvent, au lieu d'être des acteurs autonomes du système, nous nous retrouvons unilatéralement comme des « destinataires ». Si, soulignons-le, cela porte empiriquement ombrage à notre rôle d'acteur, *i.e.* sujet, une telle constatation ne trouve son sens que dans l'emphase, contrefactuelle, de ce même rôle et de la « trahison » que nous devons constater.

Insistons, dans cette perspective, sur le fait que, si chaque individu a, en principe, le même privilège et la même liberté d'influencer le choix normatif à opérer, la vulnérabilité de chaque personne fait que la situation demeure une situation d'inégalité. Chaque individu est en fait différent; quelqu'un est fort, sait bien s'exprimer, sait magnifiquement comment construire des réseaux sociaux, sait convaincre, etc., là où d'autres échouent complètement. C'est d'ailleurs cette vulnérabilité de l'individu qui a inspiré la naissance de clubs, d'associations, syndicats, de partis politiques, etc., pour y compenser. En fait, comme autant d'intermédiaires politiques, ou « corps intermédiaire », qui peuvent pallier la vulnérabilité d'un individu par la force de tous²². Mais même une telle solution ne supprime pas la question de la vulnérabilité. Elle la déplace à l'intérieur desdites organisations comme une problématique lancinante concernant les « élites »; une problématique que nous ne pouvons pas reprendre ici.

Insistons maintenant sur le fait que la vulnérabilité concerne également la « courte vue » souvent défendue par les individus. Si l'autonomie politique et la sélection autonome de normes ont comme objet de conjuguer et d'optimiser les intérêts de tous (*i.e.* « la longue vue »), il faut le développement d'une majorité d'opinions et de consciences envisageant cette dimension. Plus précisément, il faut surmonter la forme de vulnérabilité qui se manifeste dans le manque de confiance en soi, en son propre jugement et dans l'assurance nécessaire pour pouvoir faire des compromis avec les autres.

22 B. Melkevik, « Intérêts particuliers, intérêts généraux et corps intermédiaires », dans Josiane Boulad-Ayoub et L. Bonneville (dir.), *Souverainetés en crise*, Québec/Paris, Les Presses de l'Université Laval/L'Harmattan, coll. « Mercure du Nord », 2003, p. 101-113; repris dans ce volume.

Tout cela nous conduit, au demeurant, à l'affirmation que toute « autonomie publique », surtout dans sa forme consacrée par les processus démocratiques, nécessite que les individus aient les capacités de s'engager, de comprendre, d'échanger, etc., quant aux propositions normatives qui leur ont été proposées. En fin de compte, ceux-ci doivent aussi faire l'expérience de l'universalité de leurs choix²³. Il faut considérer également que la vulnérabilité des individus devra être stabilisée sur la base même de l'exigence démocratique de la modernité, et là nous n'avons guère d'autres postulants que les « règles » de procédure.

L'AUTONOMIE PUBLIQUE ET LA MENACE D'HÉTÉRONOMIE

La problématique, entourant la « vulnérabilité » de l'individu et la conscience démocratique, devient préoccupante au regard de la menace que font peser sur elle les forces anonymes d'hétéronomie²⁴. En fait, les menaces les plus dangereuses pour l'autonomie individuelle ne sont pas celles qu'on peut définir comme telles et qui opèrent au vu au su de tous. Le simple fait d'être définissables par les individus les ouvre plus facilement aux critiques. De cette façon, les plus dangereuses parmi les forces d'hétéronomie sont indubitablement celles qui sont devenues « invisibles », « évidentes », « naturelles » ou « rationnelles » pour les individus. À savoir les forces de l'hétéronomie où l'individu devient un pantin sans comprendre les fils qui le fait « danser ». Et comment des pantins vivent-ils leur vie sans comprendre les fils qui contrôlent leurs vies, leurs idées et leurs destins ? Le plus souvent sur des critères qui ne servent pas entièrement leurs intérêts. Notre modernité a paradoxalement mis en marche deux forces méconnues d'hétéronomie, le système économique et le système administratif, dans lesquelles se loge un troisième sous-système moderne, celui des « médias ».

23 J. Habermas, *Droit et Démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997.

24 Nous pouvons faire ici une analogie avec ce que nous dit E. Kant relativement à l'hétéronomie sur le plan de la construction individuelle de la « volonté » : « Quand la volonté recherche la loi qui doit la déterminer n'importe où ailleurs que dans la capacité de ses maximes à mettre en place une législation universelle qui soit proprement la sienne, quand par conséquent, allant au-delà d'elle-même, elle cherche cette loi dans la propriété d'un quelconque de ces objets, il en provient toujours de l'hétéronomie. Dans ce cas, la volonté ne se donne pas à elle-même la loi, mais c'est l'objet qui la lui donne à travers la relation qu'il entretient avec elle. » (*Métaphysique des mœurs*, tome 1, *op. cit.*, p. 124.

Lorsque nous regardons de plus près le système économique, la première chose qu'il y a lieu de souligner, c'est que s'y cache une grande complexité s'articulant en sous-systèmes partiels qui se spécifient fonctionnellement. S'y ajoute aujourd'hui un processus de mondialisation de l'économie qui, dans le creuset d'une accentuation de « division de travail » de plus en plus dispersé et éloigné, opère un revirement majeur en lien avec cette complexité²⁵. À y regarder de plus près, nous ne pouvons être qu'éblouis par la dynamique qui anime le système économique moderne, mais c'est pour aussitôt faire le constat que l'humanisme économique classique semble totalement disparu comme signe distinctif. L'essentiel du système économique contemporain n'est pas tant aujourd'hui l'accumulation du capital que le fait que cette accumulation se réalise grâce à des formes de régulation aveugles, par des rajustements systémiques, qui, malgré leur efficacité rationnelle bien réelle à certains égards, échappent par essence à la prise de conscience et de volonté. Le Marché, soumis à la « main invisible », en fait la Providence, est simplement devenu le mot maître et comme tel a de plus en plus, en dépit des efforts de l'État moderne, obtenu la position comme « destin », « naturel », « rationnel », que l'homme doit servir et auquel il doit obéir et s'ajuster. Le virage virtuel de l'économie moderne qui se manifeste par l'accession, dès 1980, du secteur financier à la position de locomotive, sinon comme l'instance « normative », pour toute activité économique, ne fait que renforcer l'idéologie d'une démission nécessaire de l'individu. En philosophie du droit, par exemple, c'est Von Hayek qui incarne le mieux cette démission de l'homme pour célébrer le système économique²⁶. Personne pourtant ne peut douter qu'une telle démission ne fasse qu'augmenter et aggraver la vulnérabilité de l'homme.

Le système administratif est le deuxième système mis en place par notre modernité politique et juridique. Intimement rattaché à l'avènement de l'État contemporain, utilisant des normes dites « juridiques » pour gouverner, réglementer, planifier, etc., le système administratif s'organise

25 B. Melkevik, « Prolégomènes à une problématique : mondialisations et droit », dans Henri Pallard et S. Tzitzis (dir.), *Les Droits fondamentaux devant la mondialisation*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. « Dikè », 2004, p. 109-127. Une traduction italienne de cet article, intitulée « Mondializzazioni e diritto: prolegomeni ad una problematica », est publiée dans *Nuovo Sviluppo. Rivista semestrale di Scienze Umane* (Roma), n° 1, 2004, p. 19-35.

26 Friedrich A. [von] Hayek, *Droit, Législation et Liberté*, 3 tomes, Paris, PUF, 1973, 1976 et 1979. Pour une critique de Hayek, voir B. Melkevik, *Réflexions sur la philosophie du droit*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2000, p. 133-151.

à part dans une logique « d'en haut » pour faire des individus et de leurs vies l'objet de leurs actions. Cela a, d'un côté, permis de rationaliser de larges pans de la vie en société et surtout de pallier maintes formes de dysfonctionnement et « d'injustices sociales ». De l'autre côté, cela a aussi servi à « objectiver » des individus. En fait, le système administratif a pris le contrôle de leurs vies, ou a simplement entrepris de les « délimiter », de les encadrer et de les diriger selon des critères qui se rapportent peu aux intérêts des individus, mais davantage au « budget » ou simplement à une culture administrative opaque. De la sorte, les individus n'ont pas été confirmés dans leur autonomie, moins encore dans leur individualité, mais se sont retrouvés comme des clients, des usagers, des « consommateurs » de services, et ainsi de suite. Le système administratif comme étant là d'abord et avant tout pour aider des individus vulnérables s'est ainsi transformé, paradoxalement, en un nouvel obstacle se dressant sur le chemin²⁷.

Sur ce plan de philosophie sociale, il faut pourtant maintenant ajouter un sous-système souvent charnière dans les sociétés modernes. Nous pensons aux « médias », ou simplement à toutes ces organisations qui se spécialisent dans une communication de masse. Il s'agit bien sûr des journaux, des magazines, des livres, des services Internet, des télévisions, des radios, et autres. D'un côté, nous constatons une anarchie salutaire; de l'autre côté, c'est souvent des monopoles ou des oligarchies qui organisent, mettent en scène, font de la « spin », suivant des directives idéologiques ou simplement les intérêts que leur dictent leurs « patrons ». Quant à ces derniers, il ne faut surtout pas se faire d'illusions, la manipulation de l'opinion publique fait aujourd'hui partie intégrante de la vie en société. Quand les enjeux deviennent importants, par exemple en ce qui concerne la question de la guerre, de l'intervention militaire, etc., la question de la maîtrise de l'opinion devient primordiale. Rappelons que les États-Unis n'ont pas perdu la guerre du Viêt-nam sur les champs de bataille, mais dans l'opinion publique; ce qui a nécessité de « désertre » lesdits champs de bataille. Pour notre propos, il y a pourtant lieu de souligner que cette question de « maîtrise » de la formation de l'opinion, abstraction faite des raisons d'une telle volonté de maîtrise, égale, en principe, toujours la manipulation de celle-ci. Or, ce que nous constatons, c'est souvent l'absence d'esprit critique à l'égard des médias de masse. Donc, existe aussi

27 J. Habermas, *Théorie de l'agir communicationnel*, op. cit., tome 1 : Rationalité de l'agir et rationalisation de la société, p. 265-281.

le danger, bien réel, que s'imposent en douce la manipulation, l'exploitation, la corruption de l'opinion publique, ou simplement le détournement du projet moderne de son ancrage dans l'autonomie des individus. Les consciences démocratiques sont vulnérables, corruptibles et se laissent souvent facilement bernier par le chant des sirènes.

La vulnérabilité des individus aux forces d'hétéronomie s'aggrave, comme nous venons de le mentionner, par leur « invisibilité » et par le fait que les différents monopoles d'information (et le pouvoir oligarchique qui s'y ajoute) deviennent le lieu « naturel », ou « rationnel », pour l'imposition d'une opinion, d'une « idéologie du monde » ou d'une façon unilatérale de comprendre les enjeux sociaux, politiques et économiques. Le phénomène dit de rectitude « politique », « morale », « éthique », etc., que nous avons pu constater au cours des dernières années n'est ici que le symbole d'un rétrécissement hétéronome s'imposant illégitimement à l'esprit humain. Il est, en ce sens, significatif d'observer les thèmes qui sont ainsi devenus clos et, en conséquence, servent à renforcer, en hétéronomie, ses différents protagonistes.

CONJUGUER AUTONOMIES PUBLIQUE ET INDIVIDUELLE

Ne faut-il pas davantage prendre acte que l'autonomie individuelle et l'autonomie publique ne sont que les deux côtés d'une même pièce pour, de cette façon, renforcer le sens démocratique de notre modernité?

Au degré auquel cette question concerne notre thème de vulnérabilité, il nous semble que l'affirmation s'impose. Étant donné précisément que la vulnérabilité d'un individu du monde ne peut guère être prise en main, selon les prémisses de la modernité juridique²⁸, qu'au degré même où l'individu peut se confirmer comme acteur, comme sujet, il suit, en ce sens, que les processus démocratiques doivent être compris comme des intermédiaires pour renforcer l'autonomie des citoyens, mais aussi pour, démocratiquement, forger des institutions sociales, politiques, normatives, pouvant aider les individus à composer avec leurs vulnérabilités. De cette façon, nos normes, nos droits, nos institutions, ne sont pas nos « maîtres », mais des façons de faire nous permettant ensemble d'envisager sobrement la question de nos « vulnérabilités » comme objet même d'une délibération pouvant se concrétiser à l'intérieur de notre modernité juridique.

28 Voir B. Melkevik, *Rawls ou Habermas. Une question de philosophie du droit*, op. cit., p. 24-31 et p. 45-62.

VULNÉRABILITÉ ET SOLIDARITÉ

Concédonc que la ressource principale que possèdent les citoyens pour pallier leurs «vulnérabilités» est la solidarité. En fait, il s'agit de la capacité des individus à se laisser engager dans des actes d'affiliation avec d'autres personnes en situation de vulnérabilité et de construire en leur faveur des mouvements ou éventuellement des législations solidaires. Si la solidarité est la force des faibles, il s'agit d'une force, pensée et comprise à l'intérieur des processus démocratiques, qui est loin d'être négligeable. Nous pouvons même dire que les mouvements de solidarité ont depuis 1970 largement changé les données dans le monde occidental. Pour notre propos, deux thématiques peuvent être privilégiées: d'abord, la question de la vulnérabilité à l'égard d'une législation de solidarité et, ensuite, la vulnérabilité à l'égard d'une politique de solidarité.

VULNÉRABILITÉ ET POLITIQUE DE SOLIDARITÉ

Il n'y a ici aucune raison de réinventer la roue. Pourquoi réitérer imparfaitement ce qui a déjà été dit d'une façon exemplaire et qui, en plus, nous indique la bonne réponse? En fait, la «parabole du bon Samaritain» comme nous la rencontrons dans les Évangiles, citant les faits et la «parabole» de Jésus, nous servira de guide:

Mais lui, voulant montrer sa justice, dit à Jésus: «Et qui est mon prochain?» Jésus reprit: «Un homme descendait de Jérusalem à Jéricho, il tomba sur des bandits qui, l'ayant dépouillé et roué de coups, s'en allèrent, le laissant à moitié mort. Il se trouva qu'un prêtre descendait par ce chemin; il vit l'homme et passa à bonne distance. Un lévite de même arriva en ce lieu; il vit l'homme et passa à bonne distance. Mais un Samaritain qui était de voyage arriva près de l'homme: il le vit et fut pris de pitié. Il s'approcha, banda ses plaies en y versant de l'huile et du vin, le chargea sur sa propre monture, le conduisit à une auberge et pris soin de lui. Le lendemain, tirant deux pièces d'argent, il les donna à l'aubergiste et lui dit: "Prends soin de lui, et si tu dépenses quelque chose de plus, c'est moi qui te rembourserai quand je repasserai." Lequel des trois, à ton avis, s'est montré le prochain de l'homme qui était tombé sur les bandits?» Le légiste répondit: «C'est celui qui a fait preuve de bonté envers lui.» Jésus lui dit: «Va et, toi aussi, fais de même²⁹.»

Deux réponses se dégagent ici pour la question «qui est mon

29 *La Bible*, Luc 10.

prochain»³⁰? D'abord une réponse universelle et christique, ensuite une réponse circonscrite à la solidarité.

En ce qui concerne d'abord la réponse universelle et christique, il faut souligner qu'il s'agit avant tout d'un processus de reconnaissance extérieur et à l'encontre de tout jugement. Nous sommes réciproquement l'un pour l'autre, toujours le «prochain». Autrement dit, être le «prochain», c'est essentiellement le fait d'être, de se sentir et de se comprendre comme prenant part à l'humanité. Il n'y avait en ce sens rien de particulier dans le fait d'être un Samaritain et ce n'est sûrement pas à cause de ce fait qu'il s'est arrêté et qu'il a pris soin de son prochain. C'était, comme l'indique la parabole, parce qu'il était «pris de pitié», parce qu'il a reconnu l'homme comme un autre que lui-même. Il a aperçu l'homme dans le miroir de sa propre humanité. Et bien sûr l'individu dans sa vulnérabilité concrète puisqu'il était blessé. Il se dégage, en conséquence, une réponse: nous pouvons nous comprendre, nous situer et nous apprécier comme des humains, comme des êtres n'ayant qu'un Père et pour lequel les clivages ethniques que nous avons si soigneusement fabriqués et entretenus n'ont, en fait, aucune importance. Comme le dit la parabole «il pris soin de lui». Tout n'était, dès le début, qu'un acte d'humanité. Être humain signifie comprendre ce que cela signifie de vivre ensemble comme des humains, l'un pour l'autre. Que la parabole convoque implicitement les paroles «aimez-vous les uns les autres», d'où encore le message christique du «sermon sur la montagne», n'est ici qu'une question de cohérence et, bien sûr, qu'une interrogation de la foi quant à ce message christique.

Or, nous observons qu'il n'est question ici ni d'obligation ni de devoir. Cette façon de penser en supposant ou en «fondant» des obligations ou des devoirs n'a que peu de sens et manque sa cible sur le plan philosophique. Le problème avec le Pharisien (*i.e.* le «prêtre») ou encore

30 Rappelons l'affaire *Donaghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (Chambre des lords), et les propos de Lord Atkin: «Le commandement "Tu aimeras ton prochain" devient en droit "Tu ne porteras pas préjudice à ton prochain". Et à la question de l'avocat: "Qui est mon prochain?", on donne une réponse restrictive [...] Qui est donc mon prochain en droit? La réponse semble être la suivante: les personnes qui sont si près et si directement touchées par mon acte qu'il est raisonnable que je pense à elles lorsque j'envisage les actes ou les omissions en question» (cité d'après la traduction de D. Poirier, *Sources de la common law*, Cowansville (Québec)/Bruxelles, Y. Blais/Bruylant, p. 79-80). Rappelons aussi que l'affaire en question a instauré le principe de la responsabilité des préjudices du fabricant ou encore la responsabilité civile délictuelle. Voir également Lord A. Thompson Denning, *The Changing Law*, London, Stevens, 1953, p. 106-109. Au sujet de Lord Atkin of Aberdovey, voir G. Lewis, *Lord Atkin*, London, Butterworths, 1983.

le Lévite n'est pas qu'ils ont oublié une quelconque obligation ou devoir, mais bien simplement, comme c'est indiqué, qu'ils n'ont pas admis leur humanité. Ce sont des êtres « incomplets », des êtres peut-être eux-mêmes « blessés » et ainsi prisonniers dans leur propre « vulnérabilité », ou encore des êtres qui n'ont nullement réussi le décentrement vers le stade « adulte » pouvant reconnaître quelqu'un comme le « prochain ». Bref, qu'ils ne sont pas parvenus à voir autrement que comme Pharisiens ou comme Lévite. Il n'y a d'ailleurs là rien de particulier : nous n'avons pas à chercher bien loin pour comprendre qu'une telle mentalité est encore légion.

Là où nous voulons en venir en abordant maintenant l'interprétation de cette parabole sur le versant de la solidarité, c'est au fait que la question « qui est notre prochain ? » ne fait qu'interpeller notre humanité. Devant une telle « mentalité » (sans obligation, sans devoir, mais uniquement par un appel christique), nos réponses respectives à cette question risquent d'être très variées, très personnelles et souvent soumises aux aléas des conjonctures et des événements³¹. En fait, il ne peut pas en être autrement car, hors de toute aspiration personnelle à la sainteté, chacun de nous est toujours soumis au sort d'un déclencheur pouvant mettre en marche une sympathie, un acte ou un « programme » de solidarité. C'est donc dans la capacité à mobiliser la perspective de solidarité que se joue la question. Bien sûr, le message christique peut de la sorte représenter un tel déclencheur, et tant mieux si c'est le cas, mais loin de toute exclusivité, d'autres sources, ou simplement ressources, peuvent également permettre de parvenir au même résultat. Quant à ce dernier, c'est effectivement à partir de multiples influences « idéologiques », ou simplement : de conceptions sur la « justice sociale » ou la « vie bonne » pour tous, que l'homme et la femme modernes peuvent aujourd'hui réfléchir sur la question de solidarité. De cette façon la solidarité se dessine, en toute lucidité, comme une question d'engagement, de la capacité à dire oui ou non, de s'organiser et de proposer des réarrangements sur le plan des normes, des droits et des institutions, en faveur de l'homme blessé, l'individu vulnérable !

Il ne peut pas en être autrement, car, en fin de compte, c'est toujours l'individu qui juge de la question « qui est mon prochain ? » et qui s'engage en faveur de l'individu vulnérable. Que ce jugement puisse être incomplet, que le jugement puisse s'égarer et tomber dans les dédales

31 Voir B. Melkevik, « La solidarité, la philosophie et notre présent », dans *Réflexions sur la philosophie du droit*, op. cit., p. 17-33.

de l'inhumanité n'a pas besoin d'être souligné³². Mais il y a autant de raisons pour conjuguer ce jugement personnel avec un jugement impersonnel si exemplairement symbolisé par le processus «juridique». C'est d'ailleurs à cela que nous voulons finalement aboutir.

VULNÉRABILITÉ ET LÉGISLATION DE SOLIDARITÉ

Considérons maintenant la solidarité comme la ressource clé pour agir ensemble pour surmonter, pallier la vulnérabilité de l'un et de l'autre. La question de la solidarité force quasiment l'individu à se liguer avec les autres individus pour remédier à sa propre vulnérabilité. Il s'agit en fait d'une logique de mousquetaire: «un pour tous, tous pour un», où les «faibles», ou simplement ceux qui ont besoin de la solidarité des autres, cherchent à acquérir la force nécessaire pour agir sur l'espace public.

Il faut pourtant d'abord insister sur le fait qu'il ne faut pas considérer la question de la solidarité comme une donnée (de nature) ou encore comme une «obligation». Envisageons-la plutôt comme étant une force «sociale» qui peut se construire, qui peut être sollicitée et qui peut engager les individus. De cette manière, la «solidarité» représente une ressource propre aux individus qui peut, sous condition, être mobilisée et soutenue par eux, aussi bien individuellement que collectivement. Comprise de la sorte, la relation à la vulnérabilité humaine saute aux yeux: la vulnérabilité d'un autre individu peut tout simplement mobiliser nos solidarités, nous inciter à aider celui qui est vulnérable ou encore solliciter des mesures politiques, sociales ou économiques, pour renforcer la position entretenue par un individu ou une catégorie d'individus. En ce qui concerne le droit, la solidarité se concrétise sur le plan du droit national dans une législation dite de solidarité, et, sur le plan international, d'une «législation» de solidarité comme le système onusien des droits de l'homme.

Nous pouvons, en ce qui concerne plus expressément la législation nationale de solidarité, dire que notre regard change dès que nous quittons une conception métaphysique ou simplement «moral/éthique», pour *a contrario* n'envisager que le sujet de droit. Du moment que nous pouvons comprendre que l'individu et le sujet de droit ne font qu'un, nous ne pouvons plus comprendre le monde de la même façon. La vulnérabilité des individus et le destin que leur réserve la société moderne, nous les rencontrons tous les jours sous les traits d'hommes, de femmes et d'enfants

32 *Idem*, p. 23-26.

qui ne fonctionnent plus, qui sont « finis », « épuisés », « brisés » et qui laissent faire la vie. Nous les rencontrons comme des hommes, des femmes, des enfants, qui ont succombé sous la prise de l'alcool, stupéfiants, médicaments, etc., ou simplement qui sont perdus dans un quelconque monde à part et où règnent la dépression, le désespoir, ou une maladie mentale. Ce sont des individus qui ont échoué tellement de fois dans la vie qu'ils ont perdu toute confiance en eux (et dans les autres) et surtout perdu l'espoir dans un sens ou l'autre. La seule force qui peut assurer une législation en leur faveur, c'est la solidarité.

Rappelons que de ce qui est devenu, dans le monde occidental au cours des XIX^e et XX^e siècles, la « législation ouvrière » ou le « droit du travail » est né le constat des ravages qu'avaient causés l'industrialisation et le manque de sécurité : la vulnérabilité d'un travailleur (et dans ce cas également de toutes les personnes qui dépendaient de lui) et sa « déchéance » immédiate après un accident de travail ont ainsi sauté aux yeux, par la proximité même de leur situation, des autres travailleurs. Elles ont surtout provoqué des actions politiques de plus en plus concentrées et intelligentes pour venir en aide à ceux qui ont ainsi payé le prix du développement industriel et économique. La législation des solidarités qui ont été instaurées dans le monde du travail témoigne ainsi de la proximité de la force qu'ont exigée celles-ci. C'est aussi ce voisinage qui se perd par la suite par le fait que la législation de solidarité devient un domaine de fonctionnaires, de travailleurs sociaux, de spécialistes en santé mentale, etc.

Nous voulons en venir au fait que la solidarité doit se concrétiser dans des mouvements de solidarité avec ceux qui tombent trop bas « humainement » à cause de leurs vulnérabilités. Nous avons besoin aujourd'hui plus qu'avant que la lumière soit braquée sur les effets néfastes que produisent l'accélération de l'économie ou les changements sociaux³³. Nous en avons davantage besoin aujourd'hui parce que la dématérialisation du pouvoir économique, que nous constatons avec la mondialisation de l'économie, fait que la prise de conscience nécessaire à toute solidarité a elle-même été dématérialisée. Autrement dit, une sorte de « déshumanisme » risque de prendre place aujourd'hui, comme nous le témoigne la danse effrénée autour du marché. Or, les mouvements de solidarité, justement en thématissant à nouveaux frais les enjeux et les prix

33 B. Melkevik, « Prolégomènes à une problématique : Mondialisations et droit », *loc. cit.* Voir également A. Giddens, *Runaway World: How Globalization is Reshaping our Lives*, New York, Routledge, 2000.

que paient constamment nos sociétés sur le plan humain, sont de plus en plus nécessaires. Et il en est de même sur le plan international en ce qui concerne les droits de l'homme.

À première vue cela peut sembler étrange de comparer et de concevoir le système international des droits de l'homme comme un acte de solidarité. Il faut donc comprendre que le système onusien des droits de l'homme n'était au début qu'un système d'engagement des États. Les États mêmes qui souvent représentent la plus grande menace pour leurs propres citoyens. C'est sur ce plan même que la solidarité et le cosmopolitisme peuvent intervenir en vue de faire tomber la question des « frontières » ou des « privilèges de l'État-nation » au bénéfice d'une prise en compte réelle de la situation des bénéficiaires ultimes de ces « droits de l'homme », à savoir les individus. Ce qui s'est effectivement produit à partir des années 1960 et 1970, de façon privilégiée dans les pays occidentaux, où les différents mouvements de solidarité ont entrepris de thématiser les différentes formes des droits de l'homme comme « autonomes » et « indépendants » du droit international des États souverains.

Nous soutenons que la « thématisation » constante et la production de données précises quant à la situation des droits de l'homme dans chaque pays du monde ont simplement changé le climat politique ! Nous pouvons, dans cette perspective, rappeler comment la question des droits de l'homme et la solidarité avec les peuples en Europe de l'Est encore sous l'empire soviétique avant 1989 ont changé le visage du monde. Rappelons encore la situation en Amérique latine dans les années 1970 où ce furent les généraux qui chassèrent les démocrates, souvent dans des bains de sang et des guerres civiles. Nous aurions encore pu ajouter d'autres exemples, mais au-delà de toute énumération, qui n'a pas de sens en soi, il convient d'insister sur le fait que les mouvements de solidarité ont été primordiaux, centraux et indispensables dans ce processus de changement.

En fait, le système international des droits de l'homme a été nécessaire, et l'est encore, pour protéger l'individu : car si nous rappelons les différents « droits » en question, force est de constater qu'il s'agit en règle générale de protection qui touche directement la question de la vulnérabilité de l'individu. Quelques exemples peuvent l'illustrer en ce qui concerne les minorités, qui sont souvent objets des massacres, de déportation, de dépossession, de discrimination, d'exclusion, d'ostracisme, d'intolérance, de xénophobie, de racisme, d'antisémitisme, d'ignorance, et ainsi de suite. Nous constatons que la vulnérabilité du minoritaire dans ces situations a changé par la protection des droits de l'homme. Un autre

exemple peut être la femme (ou simplement la féminité), éternellement objet de discrimination, d'intolérance, d'exploitation... Encore une fois, pouvons-nous faire la preuve que la vulnérabilité de la femme a été prise en considération et qu'on a forgé une barrière du « droit » qui ne doit pas être franchie? Or, pour que tous ces « droits » demeurent des atouts au bénéfice des minoritaires ou des femmes et pas uniquement des mots sans vie, il faut que la question des droits de l'homme rejoigne l'horizon même d'une modernité juridique. Cela déplace, nous en sommes conscients, la question même de l'efficacité de ces droits à l'intérieur de pays qui n'ont souvent aucune tradition ou une tradition biaisée ou estropiée sur le plan juridique, et où il faut tout simplement laisser travailler les droits de l'homme au lieu et place de cette tradition absente.

UNE BARRIÈRE CONTRE LA VIOLENCE

Le seul bouclier, la seule barrière efficace contre la violence, c'est l'action des hommes et des femmes. C'est à eux, à « tous », de se forger ce bouclier « fondamental » contre la violence de l'homme contre l'homme, et de s'assurer que la violence qui fait mal se transforme, se transmute, en paroles qui peuvent être comprises³⁴.

Dans la logique de vulnérabilité, il faut se déplacer vers la « victime », vers celui qui est devenu l'objet de la violence d'autrui, vers celui auquel la violence fait mal.

MOT DE LA FIN

Personne ne s'étonnera que nous ressentions en fin de parcours une certaine frustration : il y a tellement plus à ajouter, de précisions à faire ou simplement d'autres questions à soulever. Celui qui aborde une problématique complexe comme celle que nous venons de sillonner quant à la notion de « vulnérabilité » ne peut que ressentir une certaine insatisfaction due au fait que chacun des thèmes soulevés s'agrafe à d'autres et qu'en fin de compte, c'est presque tout le projet d'une modernité juridique qui doit être expliqué.

Si nous devons synthétiser, sur le plan de la philosophie du droit, l'enseignement à tirer de notre exploration, nous retiendront simplement que le « droit » n'est pas la panacée en ce qui concerne notre « vulnérabilité »

34 Sergio Cotta, *Pourquoi la violence? Une interprétation philosophique*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. « Dikè », 2002.

humaine. Souvent le « droit » n'est qu'une menace de plus contre l'individu et celui qui tombe entre les mains des avocats risquerait de payer très longtemps et de se trouver en fin de compte plus dépourvu que jamais. Comme la possibilité du droit présuppose une égalité formelle contre tous les faits contraires, la vulnérabilité de l'individu, ses manques de ressources psychologiques et sociales, le tout conjugué le plus souvent avec la pauvreté, font souvent échouer ladite possibilité du droit. Pire, c'est souvent, comme nous l'avons indiqué, le droit qui se tourne contre l'individu comme un fardeau de plus à porter pour un joug qui est déjà trop lourd. Que la question du droit se trouve souvent entre « chien et loup » ne doit pourtant pas nous décourager, mais elle doit plutôt toujours nous solliciter afin de prendre le « pouls » de notre réalité juridique.

The American Medical Association is a non-profit corporation organized for the purpose of promoting the interests of the medical profession and the public. It was organized in 1847 and has since that time been the leading organization of the medical profession in the United States. The Association is composed of more than 50,000 members, who are physicians, surgeons, dentists, and other medical practitioners. The Association's principal activities are the publication of the Journal of the American Medical Association, the holding of annual conventions, and the representation of the medical profession in legislative and executive bodies. The Association is also engaged in a wide variety of other activities, including the promotion of medical research, the improvement of medical education, and the advancement of the public health.

CHAPITRE 2

LES CONCEPTS DE « PERSONNE » ET DE « DIGNITÉ » : LA QUESTION DE DROIT¹

Notre objectif est de développer à l'intérieur de la philosophie du droit quelques idées sur l'interprétation et la construction du sens des concepts comme ceux de « personne », de « dignité » ou encore de « personnalité » pour le droit. Nous prenons comme point de départ le fait que nos sources de droit utilisent ces concepts en exigeant une prise en compte juridique. Aussi bien sur le plan international, avec différentes conventions et traités, que sur le plan législatif ou réglementaire national, les concepts de « dignité », de « personne » ou de « personnalité » sont mis en avant sur fond de catastrophes juridiques « qui ne veulent pas passer » dans une préoccupation renouvelée de protection de l'individu devant des menaces ou encore des risques qui pourraient porter préjudice à l'homme. Nous voulons, en connaissance de cause, réfléchir sur notre façon juridique d'honorer ces concepts à l'intérieur du droit.

Conscients de la valeur psychologique ou encore sentimentale qu'on associe toujours à ces concepts, nous nous limiterons exclusivement à ces dimensions juridiques en proposant des idées au sein d'une conception contemporaine de la modernité juridique². La dernière affirmation nous oblige d'ailleurs à tenir à distance le nouveau goût pour le « vrai droit » éthique recousu et retrempé tel qu'il s'exprime le plus souvent dans l'éthique des concepts de « personne » ou de « dignité ». En

-
- 1 Publiée dans Stamatios Tzitzis et Jacques-Henri Robert (dir.), *La Personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, Paris, Éditions Panthéon Assas, 2003, p. 77-88.
 - 2 Bjarne Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit*, Paris/Québec, L'Harmattan/Les Presses de l'Université Laval, 1998, repris en 2004 dans la collection « Dikè », Les Presses de l'Université Laval, Québec. ; *idem*, *Réflexions sur la philosophie du droit*, Paris/Québec, L'Harmattan/Les Presses de l'Université Laval, 2000 ; *idem*, *Rawls ou Habermas. Une question de philosophie du droit*, Bruxelles/Québec, Bruylant/Les Presses de l'Université Laval, 2002.

conséquence, un préalable s'impose pour expliquer l'approche soit «éthique», soit «juridique» à l'égard de tels concepts.

DES «SOUS-MARINS» ÉTHIQUES OU DES TREMPLINS POUR LE DROIT

Avant de pouvoir élaborer le plan et exposer les idées que nous voulons défendre par la suite, il y a lieu de préciser, tout d'abord, les enjeux ou la problématique sous-jacents à nos précédents propos. L'objectif est de garantir que les concepts de «personne» et de «dignité», de même que d'autres concepts du même ordre, ne peuvent servir comme «sous-marins» éthiques dans et contre la question de droit. C'est pourquoi il faut s'assurer que les concepts en question s'intègrent dans une production réfléchie du sens juridique pouvant servir adéquatement la question du droit. Se dessinent ainsi deux fronts: d'abord, le front «éthique» que nous voulons analyser de façon critique pour, ensuite, envisager son alternative, à savoir la possibilité du droit.

L'ÉTHIQUE DES CONCEPTS DE «DIGNITÉ» ET DE «PERSONNE»: UNE CRITIQUE

Dans le monde juridique d'aujourd'hui, nous observons que de plus en plus de théoriciens, des «dogmaticiens» ou simplement des «lecteurs» et des «écrivains» du droit attribuent aux concepts de «dignité», de «personne» ou de «personnalité» un sens éthique (ou moral) qu'ils trouvent (ou justifient) dans l'éthique de leur choix. Ainsi, l'existence sémantique des concepts de «personne» et de «dignité» se voit doublée d'un sens éthique promulgué par la conception «éthique» et privilégié par ces individus. Une autre stratégie consiste à introduire un raisonnement particulier, prétendant que les concepts doivent trouver ou avoir une «justification»! Tous ces procédés servent à introduire une conception «éthique» particulière au sein même de l'entreprise juridique.

Dans cette façon de raisonner, le problème sous-jacent est de supposer un sens «déjà là» à inscrire dans le «droit». On y voit une homologie du sens qui subitement, théoriquement ou pratiquement, surgit de l'éthique privilégiée pour animer les concepts de «personne» et de «dignité». La logique de «justification», que nous venons de mentionner, est en ce sens assez révélatrice de ce qui est en jeu, car une telle justification prend uniquement un sens, quoique bien maigre, à l'égard de ce qui est «déjà là» à justifier. Dans une logique de réversion, la «vérité» des concepts

devient de la sorte la passerelle vers des considérations éthiques que l'on suppose toujours « déjà là ». Des considérations éthiques qu'en fait personne ne peut agréer, critiquer ou encore modifier dans la mesure où elles dépendent uniquement du système éthique justifiant. Celles-ci se retrouvent donc subitement comme raison raisonnante du « droit ».

Envisagés de cette façon, de grands pans de discours dits du « droit » sur la « dignité », la « personne », ou encore la « personnalité » se caractérisent aujourd'hui par leur dépendance aux différents discours d'éthique ou de philosophie éthique. Dans la multitude d'éthiques disponibles et selon la mode du moment, bien changeante comme chacun le sait, se transformant d'un jour à l'autre, le discours du « droit » (si nous pouvons encore utiliser ce mot!) se projette en avant comme une assurance d'adhérer à un « vrai droit moral » vu comme correspondant aux intuitions éthiques profondes propres à l'individu. En soi, cela peut être à la fois magnifique et cocasse de projeter la question de « dignité », de « personne » ou de « personnalité » dans une danse sémantique où le conservateur se trouve avec le communiste, l'islamiste avec l'athée, et ainsi de suite dans l'autosatisfaction des discours « éthiques » respectifs. Pourtant, au-delà du charme du moment esthétique, quelques remarques critiques s'imposent :

1. En effet, en inscrivant la question du sens des concepts de « personne » et de « dignité » sur fond d'éthique personnelle, c'est uniquement un « sens singulier », selon un corpus éthique hétérogène au « droit », qui peut être obtenu. En conséquence, le sens dudit « droit » devient déficitaire, car il ne peut jamais répondre qu'à l'égard d'une conception de « vrai droit » éthique singulier à ses adhérents.
2. L'éthique travaillant comme raison raisonnante à l'intérieur d'un « vrai droit », par le biais des concepts comme « personne » et « dignité », fait en sorte qu'aucune prise en compte argumentative (nous reviendrons sur ce point par la suite) ne peut être obtenue, mettant ainsi en échec la possibilité d'un jugement juridique. En fait, l'adhérence à un vrai droit éthique surpasse illégitimement le jugement juridique.
3. Toute logique ou raisonnement de « justification » ne représente qu'un « lèse-droit ». Aucun concept n'a à être justifié en droit et n'a besoin d'une quelconque justification. Les discours dits de « justifications éthiques » ne peuvent que nuire à notre modernité juridique.

Si nous avons raison, même partiellement, ces remarques critiques dessinent un problème aigu pour tout projet juridique moderne. Le

tsunami du «vrai droit» éthique, qui cherche à envahir le domaine du droit, n'est peut-être qu'un «sous-marin» éthique lancé contre le domaine du droit. Autant de raisons, en tout cas, pour envisager autrement et plus sobrement des concepts comme «dignité», «personne» ou «personnalité».

« DIGNITÉ » ET « PERSONNE » COMME TREMPLINS DE DROIT

À l'opposé de toute logique de «sous-marins» éthiques, il faut affirmer fortement une façon différente de considérer des concepts tels que «personne», «dignité» ou «personnalité» en niant toute logique «éthique» et en proclamant simplement qu'il n'y a pas anguille sous roche, pas de mystères sous l'écorce des mots, rien d'autre que des mots dans et par des normes publiques. Ensuite, nous voulons *a contrario* insister sur le fait que les concepts de «personne» et de «dignité» doivent devenir un tremplin pour l'entreprise juridique. La question est bien sûr : comment s'y prendre ?

Tel que nous l'envisageons, il n'existe pas de «concepts juridiques». Cela n'a jamais existé jusqu'ici et aucune logique terrestre ne peut qualifier ces concepts ainsi. Que des auteurs de doctrine juridique utilisent fréquemment ce terme de «concept juridique» ne prouve rien, mais montre l'état actuel de l'écriture doctrinale. Il n'y a rien là pour nous émouvoir ! Quand nous sommes devant des concepts comme ceux de «personne», de «dignité» (ou devant d'autres concepts du même genre, chargés en apparence de connotations «éthiques»), le fait de vouloir envisager qu'il leur soit donné un sens «juridique» à l'intérieur d'un projet juridique moderne ne peut pas se réaliser uniquement à partir des ressources propres au droit. Celles-ci peuvent certes être expliquées de différentes manières, mais privilégions-en une qui envisage ces concepts comme étant soumis à une logique de discours qui passe par trois étapes, à savoir par la narration de l'interprétation, celle de l'argumentation, puis une ultime étape discursive dite de «jugement réflexif»³.

Concrètement, les concepts tels que ceux de «personne» et de «dignité» doivent, ainsi que nous les envisageons, trouver leur sens dans une logique de superposition de discours qui, par progression discursive, mène la question du sens à accorder dans une situation de droit au jugement à faire. La progression des discours s'étale et s'échelonne par conséquent en trois temps sur un mode de jugement du droit à faire. Il s'ensuit que les concepts de «personne» ou encore de «dignité» sont

3 Voir, B. Melkevik, *Réflexions sur la philosophie du droit*, op. cit., p. 38-42, concernant les notions de «narration», «interprétation», «argumentation» et «jugement réflexif».

toujours à l'intérieur d'une logique de discours. Avec d'autres mots encore, la production de leur sens est propulsée sur deux axes ou, mieux, sur deux « pentes », se présupposant mutuellement.

Sur un axe, la production de sens ne peut que s'unir avec une culture démocratique du droit où la question du sens ne peut jamais être préjugée, que celui-ci soit fait par « le meilleur système éthique du monde » ou encore autre chose. En fait, la logique des discours animant une culture démocratique du droit se présente dans le déploiement des raisons et des arguments qui, à son tour, se résume dans un rôle unique assurant aux individus, en réciprocité, le privilège quant à la production de sens de ce qui doit compter pour eux comme adéquatement « juridique ».

Sur l'autre axe, à l'intérieur du droit, la production de sens se concrétise dans les règles de procédures consistant à lier les mains de la tierce personne *invitée* (c'est-à-dire le juge étatique ou le juge privé) et, surtout, de s'assurer qu'elle écoute et respecte les discours présentés. Ainsi se déploient méthodiquement, sur différents plans discursifs, les raisons et les arguments qui doivent, selon les sujets de droit, être pris en considération dans la production et le jugement du sens à donner aux concepts. De cette façon, les concepts demeurent toujours « vides », entièrement « vides », avant que les discours du droit n'interviennent, avec la tâche précise de remplir ce vide, progressivement, par des discours de droit et, enfin, comme jugement juridique.

En considérant ces deux axes en aval, comme les deux versants de la même montagne, il devient également possible de voir en quoi ils sont aussi dépendants l'un de l'autre. En fait, les deux axes montrent le droit dans une culture démocratique qui se conjugue avec un droit moderne.

L'OPTION FAITE

D'entrée de jeu, nous avons souligné qu'opter pour des « concepts remplis d'éthique » et la logique de « vrai droit » éthique et moral qu'ils véhiculent nous semblait inadéquat au droit et que, par conséquent, seule la sobriété des « concepts vides » pouvait nous permettre de les envisager comme engagés dans un processus juridique de production du sens. Il faut maintenant voir, plus précisément, ce qu'implique une telle option.

Ensuite nous proposons de rendre compte, en deux étapes, de la pertinence de notre choix : d'abord, en concrétisant davantage le rôle des concepts dans notre analyse discursive ; ensuite, en analysant un jugement qui, selon notre opinion, démontre la pertinence de cette méthodologie.

« DIGNITÉ » ET « PERSONNE » : LES SENS À PRODUIRE

Dans ce qui suit, nous souhaitons uniquement donner une idée de la manière dont des concepts tels que « dignité », « personne » ou « personnalité » peuvent s'insérer harmonieusement dans une logique de production du sens pour notre projet juridique. Il s'agit littéralement de produire pour le droit, et à l'intérieur d'une conception moderne du droit, le sens qui peut « remplir » le vide desdits concepts.

Sur le plan « méthodologique », nous pouvons distinguer deux niveaux de discours, « précritiques » et « critiques », qui se concrétisent ensemble dans le « jugement » du sens à donner aux concepts.

DISCOURS PRÉCRITIQUES : NARRATION ET INTERPRÉTATION

Par cette dénomination, nous souhaitons traiter des discours de narration et d'interprétation à l'égard des concepts de « dignité » et de « personne ». Plus concrètement, nous voulons rendre compte de ce qui se passe dans le discours de l'interprétation en tant qu'il crée, nécessairement et logiquement, comme rétroaction (ou comme réversion discursive) un passage vers le niveau de narration concernant lesdits concepts. Il s'agit de la sorte d'une logique discursive qui se retrouvera par la suite au niveau de l'interprétation et, en la projetant ultimement, vers l'argumentation, en dehors des discours précritiques, ce qui est propre au droit⁴.

Si le discours du droit commence régulièrement et, en ce qui concerne la doctrine, toujours au niveau de l'interprétation des « sources du droit », il faut également avoir à l'esprit que l'interprétation en droit ne peut s'effectuer adéquatement qu'en mobilisant une narration qui a été nécessaire pour que nous puissions retrouver les concepts de « dignité » et de « personne » dans les textes publics s'adressant à notre entreprise juridique. En fait, ils ne sont pas arrivés là par la beauté d'une quelconque séduction éthique ou encore par un quelconque « système éthique », mais bien par une accumulation de discours publics ou simplement par l'expression de la réalité intersubjective de ce qui a été dit⁵. Ainsi les textes normatifs où se trouvent des concepts tels que « dignité », « personne » ou encore « personnalité » apparaissent là comme ayant été sélectionnés par

4 Cf. B. Melkevik, *Réflexions sur la philosophie du droit*, op. cit., p. 38-42.

5 B. Melkevik, *Réflexions sur la philosophie du droit*, op. cit., p. 39.

des processus démocratiques et surtout comme exprimant des expériences, des espoirs, des « savoirs » qui peuvent se loger dans le discours de l'interprétation. En ce qui concerne les concepts mentionnés, il ne fait aucun doute que les mots sont mis sur des expériences douloureuses vécues par l'humanité, surtout au cours du XX^e siècle.

Avant tout, en ce qui concerne aussi bien le concept de « dignité » que celui de « personne », c'est ce qu'on appelle les « catastrophes juridiques » qui expliquent sur le plan de la narration leur introduction dans les normes publiques. Personne ne nous contredira si nous insistons sur le fait que leur « mise en texte » dans les conventions internationales, comme dans des chartes nationales, n'est pas si étrangère aux atrocités commises avant et pendant la Deuxième Guerre mondiale. S'ajoute certainement aussi le sentiment douloureux que chacun de nous a sûrement dû éprouver dans des contextes de guerre et de conflits dans les dernières années, où le moins que l'on puisse dire est que « certains » n'ont rien appris ou n'en ont simplement tiré aucun enseignement. Notons en ce sens que c'est à partir de ces enseignements que plusieurs théoriciens en droit se sont intéressés à d'autres « désastres » et à leurs répercussions dans différents domaines du droit. Remarquons, par exemple, comment la question des « minorités nationales », qu'on croyait réglée contre la résurgence d'un passé douloureux qui ne passe pas, se pose en urgence à l'intérieur du droit international ou encore comment la question des peuples autochtones vient hanter le droit national autant que le droit international en revendiquant des réparations, voire des systèmes « légaux-coutumiers » propres à eux seuls⁶. Certes, ces narrations, et bien d'autres encore, en tant que sens de la « mise en texte » des concepts comme « dignité » ou encore « personne » se positionnent, nous le voyons, comme préalables nécessaires à toute interprétation qui veut s'adresser au droit.

Pourtant à ce niveau de l'interprétation, c'est un problème infranchissable qui se dresse : seul l'individu, tout seul, peut « interpréter ». Si la narration ou les narrations se font toujours, en ce qui concerne nos concepts, par l'individu à l'égard d'une « expérience », d'un « enseignement » ou encore d'une « leçon à tirer », qui le dépasse en démontrant quelque chose qui peut compter pour tous pour, ensuite, « se concrétiser » dans un texte public rendant compte de cette « leçon », l'interprétation de « ce qui peut compter pour tous » se fait toujours individuellement. En fait, c'est

6 G. Otis et B. Melkevick, *Peuples autochtones et normes internationales. Analyse et textes relatifs au régime de protection identitaire des peuples autochtones*, Cowansville, Yvon Blais, 1996.

l'interprète, c'est-à-dire un individu seul, qui se met en place en interprétant « l'universel ». C'est encore lui qui peut introduire les concepts dans différentes analyses de langage, voire « jeux de langage », ou encore les rationaliser au moyen d'autres concepts comme, par exemple, ceux de « cohérence », de « système », et ainsi de suite. Soulignons expressément que les concepts, sur le plan de l'interprétation, n'ont aucune autre possibilité de se faire « juridiques » que dans la singularité que possède toute doctrine du droit ou encore dogmatisme « juridique ». Mais c'est, bien sûr, une maigre consolation que de confondre la doctrine juridique avec le « droit ».

Mais si la question de droit peut difficilement être comprise comme soumise à un quelconque « génie de l'interprétation »⁷, on doit toujours progresser, se traduire en arguments pour être apprécié ou critiqué par quelqu'un d'autre et il s'ensuit que l'interprétation ne peut être qu'un préalable à une prise en compte argumentative. Ce qui nous permet, certes, de dire que toute interprétation du « droit » ne peut avoir de sens pour le projet juridique moderne qu'en ce qui a trait à l'argumentation, là où précisément se retrouvent les résultats de toutes les interprétations comme « opinions » ou simplement comme « arguments » à apprécier. En fait, les concepts de « dignité » ou encore de « personne » témoignent de la pertinence d'une telle position, car comment un processus aussi restreint qu'une interprétation donnée toute seule pourrait-il produire, pour le droit, le sens de concepts si complexes que ceux de « dignité » ou « personne » ? Notre modernité juridique récuse en conséquence la possibilité même d'un tel réductionnisme, en exigeant que l'interprétation « saute » vers l'argumentation. Ce « saut » est en quelque sorte le propre du projet juridique moderne, tel qu'il assure que la production de sens pour le droit se fait à l'égard d'une pratique et jamais comme pure théorie.

DISCOURS CRITIQUES: LE NIVEAU D'ARGUMENTATION

La production du sens à donner aux concepts de « dignité », de « personne » ou de « personnalité » peut uniquement se faire sur le plan argumentatif. C'est seulement avec des arguments et des raisons solides et pertinentes que nous pouvons choisir le sens à attribuer aux concepts de « dignité » et de « personne », en ouvrant la question de leur sens comme enjeu public.

7 Comme le défend improprement, par exemple, R. Dworkin, *L'Empire du droit*, Paris, PUF, 1994 et *idem*, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, 1995.

D'abord, examinons l'idée selon laquelle une telle proposition propulserait la possibilité du droit dans des logiques sociologiques de majorités et de minorités: aussitôt émises, de telles objections se montrent plutôt fallacieuses car, en ce qui concerne notre proposition que l'argumentation doit se retrouver dans le *jugement juridique* à intervenir, il y a également l'affirmation que le jugement ne peut et ne doit jamais être compris ou soumis à une quelconque «logique sociologique». Une telle pensée, comme un Titanic maintenant sous le drapeau du postmodernisme ou de l'éthique, néglige opportunément le fait qu'il n'y a de minorités et de majorités que dans la société, et jamais dans les discours, et surtout que le projet d'un droit moderne ne peut que s'inscrire sur l'horizon d'un droit pour tous, nonobstant les clivages sociologiques. Car là où même les pensées éthiques les plus merveilleuses ne rendent compte que de leur propre émerveillement, l'ordre des discours, tel que nous le présentons, coagule, sur le plan de l'interprétation, en une «prise en compte» des enseignements à tirer qui se fait et doit se faire juridique dans le jugement. En vérité, par le fait même que les narrations des catastrophes du droit et de l'humanité se soient «universalisées» dans l'interprétation, le niveau de l'argumentation travaille concrètement avec le plus grand éventail de précisions et de conséquences possibles quant à la leçon à tirer sur la «dignité» et la «personne», à la fois pour tous et pour chacun d'entre nous. Ce qui montre que tant de discours, qui se réfèrent à ces «catastrophes» du droit et de l'humanité, ont parfaitement raison de mobiliser pour nous une ressource d'enseignement pour assurer l'entreprise juridique dans une prise en compte la plus large possible.

Certes, si les «enseignements du passé» peuvent nous être utiles, indispensables même, aucune certitude ne peut être effectivement obtenue relativement au sens à donner aux concepts de «dignité» ou de «personne», quant aux défis factuels à venir. Nous pouvons même dire que leur mise en avant dans un futur biotechnologique peut nous rendre incertains sur la question de leur sens. Que savons-nous de ce que nous prépare ladite biotechnologie? De plus, dans la mesure où ce n'est absolument pas le droit qui gouverne le monde, mais bien des hommes et des femmes, il se peut que le «droit» puisse se trouver dans la situation bien inconfortable de protéger «la dignité de ce qui porte un visage humain» devant des «clones» qui n'ont d'humain que quelques similitudes génétiques de base et ledit «visage». Les romans et les films de science-fiction ne peuvent ici que nous laisser songeurs.

Quoi qu'il en soit, le niveau de l'argumentation doit nécessairement, en ce qui concerne le droit, être résumé dans le jugement, en tant que jugement sur ce qui doit compter comme « dignité » et comme « personne » dans cette situation ou dans un tel contexte. En fait, c'est le jugement juridique qui remplit le vide des concepts.

L'AUTONOMIE DU JUGEMENT JURIDIQUE

Les ordres de discours et leurs déploiements méthodologiques ne doivent, en fin de compte, servir qu'un seul objectif: assurer, contre vents et marées, l'autonomie du jugement juridique.

Comme nous l'avons affirmé auparavant, le problème est que les partisans éthiques négligent, par l'interprétation éthique des concepts tels que « dignité », « personne », « personnalité », etc., le fait qu'un tel procédé porte gravement atteinte à la possibilité d'un jugement juridique autonome. À la limite, le résultat ne peut pas devenir « juridique », mais il se propulse au contraire dans un jugement éthique, le plus souvent bien faible et particulier, propre aux ressources de leur protagoniste et avec des résultats néfastes pour le droit. Donc, à l'opposé de telles impasses, les niveaux de narration, d'interprétation et d'argumentation ne trouvent leur sens que dans un jugement réfléchi qui, au creuset des préoccupations constantes, assure l'autonomie du droit. Car nous avons toujours pu voir, dans les discours mentionnés, l'affirmation du droit en ce qui a trait aux sujets de droit.

Cela pouvant encore paraître un peu « abstrait », concrétisons-le en l'illustrant avec un jugement démontrant nos propos.

CULTURE DU DROIT ET SENS DISCURSIF

Afin de convaincre que notre façon d'envisager les concepts de « dignité » et de « personne » peut être à la fois pertinente et fructueuse, nous voudrions la mettre en lumière avec l'analyse d'un jugement de qualité qui implique, directement ou indirectement, des concepts tels que « dignité » et « personne ». Différents choix s'offraient à nous concernant l'euthanasie⁸, l'avortement, le clonage, etc. Finalement, notre choix s'est

8 B. Melkevik, « La responsabilité devant la mort? Sue Rodriguez devant la Cour suprême du Canada », dans *Revue internationale de Philosophie Pénale et de Criminologie de l'Acte*, n° 7-8, 1996, p. 87-101. Repris dans *idem*, « Horizons de la philosophie du droit », Paris/Québec, L'Harmattan/Les Presses de l'Université Laval, 1998, (2004) p. 77-90.

arrêté sur l'affaire *Laskey, Jaggard et Brown* devant la Cour européenne des droits de l'Homme en 1997, comme un jugement de haute qualité qui peut à la fois illustrer nos propos et, nous l'espérons, les défendre. Soumettons d'abord l'arrêt de la Cour à une analyse discursive, pour ensuite, mettre en lumière les enseignements à tirer.

UNE ANALYSE DISCURSIVE DE L'AFFAIRE *LASKEY, JAGGARD ET BROWN*

Il n'y a pas lieu, dans ce cadre, d'entrer exhaustivement dans les détails de l'affaire *Laskey, Jaggard et Brown*, qui était, soulignons-le, assez scabreuse⁹. Sachez pourtant que l'affaire venait du Royaume-Uni où elle avait fait énormément de bruit. Il s'agissait d'une affaire particulière concernant une association d'hommes sado-masochistes avec des pratiques spéciales. Ces pratiques « en divers lieux, dont des locaux aménagés en chambres de torture »¹⁰, « étaient librement consenties et menées en privé »¹¹, et « consistaient essentiellement en mauvais traitements infligés sur les parties génitales (à l'aide de cire chaude, de papier de verre, d'hameçons et d'aiguilles par exemple) et en rituels de flagellation, soit à mains nues soit au moyen de divers objets tels que des orties, des ceintures à pointes ou des martinets. Dans certains cas, le marquage au fer rouge ou des lésions infligées provoquèrent des saignements qui laissèrent des cicatrices »¹². Pourtant le problème juridique était que la législation anglaise n'accorde aucune immunité juridique pour des actes portant atteinte à l'intégrité physique, même si ces actes ont été librement consentis par la « victime ». En se fondant sur la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, les requérants ont demandé le respect de l'article 8 de ladite Convention, qui comprend l'expression « de la personnalité sur le plan sexuel »¹³, où se profile, bien entendu, également la question de « personne » et de « dignité ».

Dans notre perspective, c'est le fait que la Cour ait introduit deux raisonnements interprétatifs et argumentatifs de première importance qui attire notre attention.

9 Cour européenne des droits de l'Homme, daté du 19 février 1997, dans l'affaire *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, dit l'affaire *Brown*. Numéro de greffe: 109/1995/615/703-705.

10 Cour européenne des droits de l'Homme, *ibid.*, par. 9.

11 *Idem*, par. 8.

12 *Idem*, par. 8.

13 *Idem*, par. 34.

En premier lieu, en insistant sur le test des dispositions de l'article 8 de la Convention, il ressort que la question relève de ce qui doit être jugé comme «nécessaire dans une société démocratique». Car ce test démocratique permet, et le jugement de la Cour le prouve, de jeter un regard assez lucide sur toute l'affaire. En fait, lorsqu'on examine les concepts visés, le test démocratique ressort, d'abord, de l'affirmation que la «Cour estime que l'un des rôles incontestablement dévolus à l'État est la régulation, par le jeu du droit pénal, des pratiques qui entraînent des dommages corporels. Que ces actes soient commis dans un cadre sexuel ou autre ne change rien»¹⁴ et, d'autre part, que le «choix du niveau de dommage que la loi doit tolérer lorsque la victime est consentante revient en premier lieu à l'État concerné car l'enjeu est lié, d'une part, à des considérations de santé publique et à l'effet dissuasif du droit pénal en général et, d'autre part, au libre arbitre de l'individu»¹⁵.

Ensuite, concernant la question morale, il ressort que celle-ci est, comme nous le témoignent le jugement, mise entre parenthèses par la Cour. Nous pouvons seulement citer ses propos: «En égard à cette conclusion, la Cour, à l'instar de la Commission, ne croit pas nécessaire de rechercher si l'ingérence dans l'exercice par les requérants du droit au respect de leur vie privée pouvait également se justifier par la protection de la morale. Ce constat ne doit cependant pas s'interpréter comme mettant en cause le droit de l'État de chercher à détourner l'accomplissement de tels actes au nom de la morale»¹⁶.

Que les requérants aient été déboutés ne nous étonne aucunement, nous aurions plutôt été surpris si la Cour était parvenue à un autre résultat. Mais au-delà du résultat jurisprudentiel immédiat, ce qui est primordial dans notre perspective, comme nous l'avons indiqué d'emblée, c'est l'exemplarité discursive qui s'y déploie. Car l'existence ou la présupposition de concepts tels que «dignité», «personne» ou encore «personnalité» ne doit jamais se réduire à une mise en scène «éthique», car le jugement s'assure de sa propre juridicité, nécessaire pour faire jurisprudence, sur le plan d'une argumentation relative aux enjeux.

DISCOURS SUR LE DROIT ET NARRATIONS EN SITUATIONS

Donc, en analysant ledit jugement, il convient de souligner que, s'il se joue principalement sur le plan interprétatif et argumentatif, il

14 *Idem*, par. 43.

15 *Idem*, par. 44.

16 *Idem*, par. 51.

convient de prolonger notre analyse de la présupposition narrative qui s'exprimait dans la demande des requérants.

Comme nous l'avons déjà indiqué, les requérants demandaient le respect pour leur « personnalité sur le plan sexuel »¹⁷. En fait, ils introduisent la controverse juridique à l'intérieur d'une narration sur ce qui doit compter comme leur « personnalité sexuelle ». Ainsi, la reconnaissance de la « personnalité sexuelle », telle qu'elle se déployait dans les faits présentés devant la Cour, aurait dû assurer leur statut de personnes intégrées et dignes devant tous. Or, si la Cour avait abondé dans ce sens, ce qu'elle refuse bien sûr, elle aurait dû établir comme « droit » ce qui constitue cette « personnalité sexuelle », ce qui constitue évidemment un piège substantialiste pour le droit, ou simplement le refus que le droit a toujours exprimé face à la demande de fournir l'identité d'une quelconque « personnalité », que celle-ci soit « sexuelle », « ethnique », « corporelle », etc. Bien entendu, la Cour ne peut pas savoir si le « sadomasochisme » en question a quoi que ce soit à voir avec un quelconque niveau sexuel ou s'il s'agit uniquement d'une disposition de « tête » qui fonctionne en soi (sur le plan psychologique) sans un quelconque « plan sexuel », de la même façon que la Cour résistera à toute invitation à définir ce qu'est une « personnalité de femme » et laissera plutôt aux hommes le plaisir de le découvrir!

En fait, telle que nous l'envisageons, la narration des demandes de « droit », de même que celle des « faits », sera soumise au jugement de la Cour dans une logique qui la situe elle-même sur le plan narratif. Car il s'ensuit de l'impossibilité de découvrir une quelconque « personnalité » que le niveau de narration, relatif à la « personne », à la « dignité », etc., ne peut être qu'un « affront » substantialiste venant de l'extérieur et qui s'exprime comme atteinte à la possibilité de droit. La Cour en question introduit en conséquence une autre forme d'interrogation narrative — qui rejoint nos propos en ce qui a trait à la narration en droit comme des leçons à tirer du passé — en demandant s'il y a discrimination ou traitement inégal. Seule une évaluation juridique à partir de normes pouvait nous permettre de juger de l'atteinte à la « personnalité » ou encore à la « dignité ». Ce que la Cour ne trouve pas car, quant au jugement, aucune discrimination ou traitement inégal ne pouvait être constaté.

En analysant ainsi le niveau narratif du jugement, on aperçoit clairement pourquoi les niveaux interprétatifs et argumentatifs se sont déployés avec une telle force jurisprudentielle. Ce qui nous permet de

17 *Idem*, par. 34.

conclure en montrant l'échec de tout saupoudrage «éthique» qui pourrait être fait dans cette affaire.

LE DROIT DANS UNE CULTURE JURIDIQUE

En fait, les constatations que nous pouvons faire sur le jugement de la Cour européenne sont en apparence simples: il fallait mettre en échec, d'un côté, la prétention éthique des requérants qui voulaient que «les pratiques litigieuses relèvent de la morale privée» et, d'un autre côté, l'insinuation «éthique» qu'ils n'étaient que des «victimes» de la morale des autres. En d'autres termes, ils n'auraient été que la cible de personnes ayant une autre «personnalité» ou simplement une autre «dignité». Car une fois de telles prétentions écartées, c'est la question du droit dans une culture juridique qui se dégage sur l'horizon de la modernité juridique.

UNE DERNIÈRE PRÉCISION

L'avantage de cette manière d'envisager et de traiter des concepts comme «dignité», «personne», ou encore «personnalité», c'est avant tout de dépassionner les débats et les ardeurs. Là où tout traitement «éthique» risque de jeter plus d'huile sur le feu, voire de nous engager dans des débats stériles et infinis sur les éthiques de l'un et de l'autre, on ne peut que préférer la sobriété d'un raisonnement juridique qui s'engage dans une discursivité quant au sens à accorder.

Certes, beaucoup de précisions doivent être ajoutées à notre façon d'envisager cette production discursive du sens. Nous sommes les premiers à reconnaître la brièveté de nos propos et la nécessité de développer plus amplement les différents moments de notre analyse. Cependant, notre message doit être clair pour tous les partisans des «sous-marins» éthiques: *No passeran!* Laissons à l'Éthique ce qui revient à l'Éthique, comme on laisse à César ce qui revient à César. La question des concepts tels que «dignité» et «personne» (ou encore «personnalité») mérite, comme nous avons tenté de le démontrer, un traitement juridique qui peut assurer sainement la production de sens à l'intérieur d'un jugement juridique autonome.

CHAPITRE 3

INNOCENCE, DESTIN ET CULPABILITÉ : D'ŒDIPE ROI AU DROIT

Et si le concept d'innocence était également digne d'une réflexion de philosophie du droit ? Relevant le pari, nous souhaitons soumettre ce concept d'innocence à une interrogation philosophique en référence au sens juridique et pratique de notre modernité juridique. Il s'agit d'une réflexion sur la différence entre le jugement individuel que nous portons sur nous-mêmes, sur nos actions et sur notre place dans le monde, et cet autre jugement qui, en s'accordant avec le premier, se situe sur un versant totalement différent, dans la mesure où il s'inscrit dans l'invitation lancée à nos pairs de juger juridiquement nos actes et, quelquefois, nos omissions.

C'est donc la dichotomie de sens à l'égard du concept d'innocence qui nous intéresse, tel qu'il met d'abord en scène un jugement de conscience, louvoyant entre nos capacités morales et éthiques si variées (et souvent si instables) et le gouffre de subjectivité qui fait le délice des psychologues et, davantage encore, des psychanalystes de toute obéissance, et, par suite, l'intersubjectivité qui peut s'établir par et pour nous dans la «procéduralité» dite de droit.

REMARQUES PRÉLIMINAIRES SUR LE CONCEPT D'INNOCENCE

Pour débroussailler le terrain, il faut préalablement examiner plus exhaustivement le concept de l'innocence, sous son angle subjectif, puis objectif et, enfin, juridique.

En ce qui concerne l'innocence «subjective», il convient d'insister sur le fait que la première signification en langue française (et dans toutes les langues occidentales de notre connaissance) introduit symboliquement le concept d'innocence comme le contraire d'une souillure agréée, consentie ou vécue : est «innocente» la personne «qui n'est simplement

pas souillée par le mal» ou «qui ignore le mal», c'est-à-dire qui n'a pas consenti à être souillée par le mal¹.

Ce que nous observons premièrement, c'est qu'une telle définition fait référence au jugement que la personne en question peut porter sur elle-même. L'utilisation de mots comme «mal» et «ignorance» révèle que c'est la conscience, l'esprit, qui se juge. Seul le tribunal de la conscience peut savoir, par son propre jugement, si ces catégories s'appliquent à la question de l'innocence de cette personne. Autrement dit, le concept de l'innocence est avant tout subjectif par le fait même que le «mal» ou la «souillure» peut passer, entrer dans la vie de quelqu'un, comme «objectivité» ou «fait», sans pour autant qu'il y ait mal ou souillure chez cette personne.

Ce constat nous permet ensuite de comprendre, *a contrario*, le glissement de sens qui s'opère quand les autres formulent la question de l'innocence comme une question d'objectivité, à savoir quand une personne est jugée comme objet du jugement des autres, tel que cela se produit lorsque la «souillure» ou le «mal» sont rattachés à une personne par un jugement (ou un préjugé) objectivant, énoncé par quelqu'un d'autre qu'elle-même.

Or, un tel jugement ne concerne toutefois pas le concept de l'innocence comme tel, mais les dédales de la «souillure» et du «mal» culturellement ou traditionnellement donnés et qu'on rattache, en les objectivant, à une personne comme constat d'une «perte d'innocence». En règle générale, ce sont culturellement les jeunes femmes qui ont fait l'objet de telles stratégies de réification (et de contrôle) et qui ont été obligées de payer les frais de tels préjugés, sans que pour autant, soulignons-le, le côté subjectif, consistant en un auto-jugement quant au concept de l'innocence, ait été pris en considération.

La question d'un éventuel jugement juridique se situe entre les deux d'une façon particulière. En fait, à côté du jugement individuel, de conscience, nous avons aussi un sens intersubjectif de l'innocence comme «opérateur» en droit. Concrètement, l'innocence est aussi l'«état d'une personne qui n'est pas coupable (d'une chose particulière)»²: le concept de l'innocence est alors le contraire d'un constat de «culpabilité».

En ce sens, tout se réduit au fait de constater l'état de «culpabilité» tel que la culture juridique occidentale le pratique par la procédure

1 Voir *Le Robert. Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, 1971 (republié plusieurs fois); la définition «innocence».

2 *Le Robert, op. cit.*

judiciaire. Ce qui veut dire que ce sont les pairs invités à évaluer la question de la « culpabilité » qui jugent l'objet même de cette « culpabilité », en tant qu'« acte » (ou omission) eu égard aux normes que les citoyens (et sujets du droit) ont sélectionnées comme dignes d'être respectées par eux. Il s'ensuit, bien sûr, que la question de conscience n'est pas loin, ainsi que nous pouvons le constater en droit pénal, avec l'évaluation nécessaire du *mens rea* (c'est-à-dire de l'intention criminelle) dans le fait de l'acte. Or, le jugement individuel mentionné qui, dans la reconnaissance d'un défaut d'innocence, peut se traduire, se transmuier ou se trahir dans un « sentiment de culpabilité », n'a plus sa place ici et doit, pour que le jugement intersubjectif du droit puisse prévaloir, être résolument écarté par une interdiction absolue contre toute auto-incrimination³.

Si ces remarques préliminaires nous en disent déjà long sur le mode de fonctionnement du droit et le concept de l'innocence, il faut maintenant leur donner un peu plus de chair, ce que nous allons faire en nous tournant vers la tragédie *Œdipe roi*, de Sophocle⁴. Il s'agit en fait d'utiliser Sophocle pour faire ressortir la subjectivité de l'auto-jugement d'Œdipe à l'égard de sa situation et dans la mise en scène de cette innocence comme perte de « vue » et de situation entre les mains du hasard.

LA TRAGÉDIE D'ŒDIPÉ ROI

Œdipe roi de Sophocle est sans doute l'une des pièces de théâtre les plus intéressantes et complexes que nous ait transmis la culture antique grecque. L'émoi que nous ressentons à sa lecture, en réfléchissant à cette tragédie hors du commun, en témoigne. Nous proposons, en conséquence, de présenter l'essence de l'histoire en insistant sur les faits et la question du « crime », si « crime » il y a, dans un sens narratif moderne.

Nous retenons tout d'abord que la tragédie d'Œdipe se joue sur fond de plusieurs « faits » distillés au goutte à goutte et qui, chaque fois, nous invitent à partager plus intensément l'histoire d'Œdipe roi. Une telle technique théâtrale, avec les effets particuliers d'évocation d'une humanité à partager, à laquelle nous reviendrons, joue ainsi en avant scène.

3 Bjarne Melkevik, *Incrimination*, dans Gérard Lopez et Stamatis Tzitzis, (dir.), *Dictionnaire critique des sciences criminelles*, Paris, Dalloz, 2004, p. 520-523.

4 *Sophocle, Théâtre complet*, rédigé par Robert Pignarre, Paris, GF Flammarion, coll. GF n° 18, (1964) 2002, p. 103-143, c.f. p. 339-344. Voir les pages 339-342 pour une précision historique concernant la tragédie de Sophocle. À lire, Robert Graves, *Les Mythes grecs* (en deux volumes), Paris, Fayard, coll. Pluriel, 1983, tome 2, p. 7 à 13.

Les parents d'Œdipe étaient le roi Laïos de Thèbes et son épouse Jocaste. L'oracle de Delphes, au sanctuaire de Pythô, leur fit la prophétie que l'enfant tuerait un jour son père et épouserait sa mère, pour avoir ensuite avec elle des enfants incestueux. Effrayés par l'oracle, ils confient l'enfant à un serviteur pour qu'il expose l'enfant sur la montagne Cithéron. Or, le serviteur en question n'expose pas l'enfant, mais le confie à un serviteur du roi de Corinthe. Le roi de Corinthe adopte Œdipe et le garçon grandit dans la croyance qu'il est son fils.

À l'âge adulte, et après une altercation dans un festin, où on lui assène qu'il n'est qu'un enfant adopté, il se rend auprès de l'oracle de Delphes, où il entend la même prophétie. Terrifié par ce qu'il vient d'apprendre, il fuit Corinthe, où habitent son père Polybe et sa mère Mérope, qu'il croit, en toute innocence, être ses parents, et erre en direction de Thèbes.

Sur le chemin, il est provoqué par le comportement de quelques hommes qui veulent l'écarter de sa route. Il les tue tous, sans se douter que l'un des hommes est son vrai père biologique, le roi Laïos de Thèbes⁵. Poursuivant son chemin, il arrive enfin à Thèbes où un monstre fait des ravages sans que personne ne parvienne à y mettre fin. Œdipe tue le monstre et se voit offrir le trône du roi en récompense. Il épouse ensuite la veuve Jocaste avec laquelle il aura plusieurs enfants, sans savoir bien sûr que c'est sa mère et qu'il commet ainsi un inceste.

C'est le fond de l'histoire, mais il s'agit d'informations révélées peu à peu tout au long de la tragédie de Sophocle. Le génie même de la pièce est d'introduire un jugement objectivant sur «le mal», que prononce Œdipe lui-même.

Quand la pièce débute, la peste frappe la ville et c'est l'heure des suppliants. Le roi Œdipe attend le retour du messager qu'il a envoyé à l'oracle de Delphes pour conseil. Quand Créon le messager arrive, il dit :

«Je dirai donc le message du dieu; il est sans équivoque: Phoebos nous

5 Notons que la pièce insiste sur l'agressivité du roi Laïos et de ses hommes. Sophocle semble indiquer qu'Œdipe tue en légitime défense. Sur le plan strictement juridique, il semble ainsi qu'il n'y a pas de «meurtre». Voir, Sophocle, *op. cit.*, p. 124 et 125 : «Le conducteur, puis le vieillard lui-même veulent m'écarter violemment du passage. Furieux, je frappe le premier, qui me poussait contre le talus. Alors, le vieillard, guettant le moment où je passais le long du véhicule, m'atteint de deux coups d'aiguillon, en plein sur le crâne. Il n'en a pas été quitte au même prix. À l'instant même, assommé d'un coup de mon bâton, il tombe à la renverse et roule à bas de la voiture. J'ai tué tout le monde...».

enjoint d'extirper de notre terre la souillure qu'elle nourrit; si nous la laissons croître, elle deviendrait incurable»⁶.

Pour Créon, le crime en question ne peut être que le meurtre de Laïos, l'ancien roi. Il croit fermement que c'est le sang versé, et non puni, du meurtre de Laïos qui met la ville en péril. En ce sens, nous ne pouvons qu'observer qu'il invite faussement à un raisonnement traditionnel, à savoir le devoir de faire payer son crime au coupable. Qu'il s'agisse du meurtre de Laïos est l'évidence même pour Créon, car à quel crime affreux autre que l'assassinat d'un roi comme Laïos pourrait correspondre l'exposition de toute une ville à la peste maudite? Ainsi la peste durera aussi longtemps que l'assassin de Laïos restera impuni.

Que l'oracle ait défini le crime en n'insistant que sur «la souillure», à savoir une «souillure» qui se rapporte à l'oracle initial, échappe à Créon qui, bien sûr, ne connaît pas les présupposés nécessaires pour comprendre le caractère même de la «souillure» en question. Le fait que Créon ne raisonne faussement que sur les apparences sert ainsi à déployer le sens même de l'histoire et de la prophétie initiale, de même qu'à faire d'Œdipe un prisonnier du faux raisonnement de Créon.

C'est en effet à partir du faux raisonnement de Créon que le roi Œdipe se fait le justicier du défunt Laïos en réclamant réparation, sans aucune possibilité de comprendre que le «crime» dont parle l'oracle doit indubitablement être le fait du parricide (qui n'a rien à voir avec un quelconque «meurtre»), de l'inceste et de la conception de ses propres enfants incestueux. Comme le roi Œdipe ne comprend pas que le destin, son destin, s'est réalisé, et comme il cherche, comme Créon d'ailleurs, une souillure, un mal qui doit être extirpé pour le bien-être de la ville et pour lever l'hypothèque que représente la peste maudite, il objective ce qu'il croit être la «culpabilité» de quelqu'un d'autre en ces termes:

«Quel que soit le coupable, j'interdis, en tous lieux où s'entend mon autorité souveraine, que personne l'accueille, lui adresse la parole, l'associe aux prières, aux sacrifices, aux lustrations; vous devez tous l'écarter de vos maisons comme nous portant souillure, ainsi que l'oracle pythique vient de me le signifier⁷.»

L'assassin doit simplement être éjecté de la ville comme étant désormais hors-la-loi, nonobstant son rang et sa famille. Œdipe a de la

6 Sophocle, *ibid.*, p. 107. Voir également la traduction de Jean Bollack, *L'Œdipe roi de Sophocle* (4 tomes), Lille, Presses Universitaires de Lille, 1990, tome 1, p. 187.

7 Sophocle, *ibid.*, p. 110 et suiv.

sorte réveillé un nid de vipères et, lorsque l'investigation se poursuit et que la révélation des faits progresse, c'est toujours vers lui que les regards se tournent. À aucun moment pourtant, Œdipe ne recule, il continue sans cesse ses investigations, même quand il commence à comprendre la «vérité». En fait, tout au long de cette enquête, Œdipe apparaît comme un homme de bien, un homme juste.

Morceau après morceau, la «vérité» éclate, pour Œdipe comme pour tous : Jocaste, la mère incestueuse, se suicide, et le roi Œdipe s'aveugle pour s'exiler pour toujours⁸. Quand le Coryphée lui reproche d'avoir ainsi pu s'aveugler, Œdipe lui répond :

«Que je n'aie pas fait ce que j'avais de mieux à faire, ne me le reproche pas, veux-tu ? Ne me fais plus la leçon ! Voyons, aurais-je osé regarder mon père en face, à l'arrivée chez Hadès ? Et ma mère, l'infortunée ! Mes crimes contre mes parents, ce n'était pas assez pour les expier. Quant à mes enfants issus d'un pareil germe, leur vue pouvait-elle me sembler désirable ? Non, mes yeux ne l'auraient point supportée, ni de voir la ville et ses remparts et les saintes statues des dieux. Hélas ! moi le premier entre les Thébains et le plus heureux, je me suis moi-même exclu de tout lorsque j'ai enjoint de chasser le sacrilège, l'homme dénoncé par les dieux comme impur, le rejeton de Laïos [...]»⁹.

Il énonce par la suite son propre crime, tel qu'il le comprend maintenant, en ces termes :

«[...] il est doux de perdre la conscience de ses malheurs. Ah ! Cithéron, pourquoi m'as-tu reçu ? Pourquoi ne m'as-tu pas fait périr tout de suite ? Je n'eusse jamais dévoilé aux hommes la honte de ma naissance. Ô Polype, ô Corinthe, ô vieux palais que j'appelais paternel, quelle plaie secrète recelait cette jeunesse que vous avez nourrie ! Voici que je me découvre criminel, né sang criminel. Triple chemin, vallée obscure, chèneia, défilé à la fourche des deux routes, vous qui avez bu le sang de mon père, — mon sang, de mes propres mains versé ! — dites-moi, témoins de mon crime, vous en souvenez-vous ? Et avez-vous appris la suite de mes forfaits ? Étreintes, étreintes nuptiales, vous avez fait germer notre semence dans le sein qui nous avait conçu, produisant le père frère de tes enfants, les enfants frères de leur père, l'épouse mère de son époux — les œuvres de chair que les hommes puissent former¹⁰ !»

8 Nous pouvons analyser cet acte d'automutilation des yeux, le fait de se crever les yeux, comme un signe, une protestation quant à sa propre «innocence», ou simplement ignorance. Voir Eleftheria A. Bernidaki-Aldous, «Blindness in a Culture of Light. Especially the Case of Oedipus at Colonus of Sophocles», New York & Bern, Peter Lang, coll. American University Studies, 1990, p. 49-57, cf. p. 95.

9 Sophocle, *ibid.*, p. 140.

10 Sophocle, *ibid.*, p. 140.

La souillure dont a parlé l'oracle, quand on lui a demandé conseil contre la peste, est l'accomplissement même de la prophétie initiale : c'est la position même du roi Œdipe, la position qu'il occupe désormais comme roi, comme époux, comme père, comme frère, comme « citoyen ». Le « crime » d'Œdipe est que l'oracle ait vu juste. Donc, l'auto-incrimination que nous donne Œdipe comme un cri n'est pas pour les hommes, mais pour ce destin qui s'est si cruellement joué de lui.

Comme le côté « objectiviste » de la tragédie de Sophocle jouera un rôle primordial par la suite, dans notre argumentation, il est opportun de faire intervenir les faits historiques qui l'instruisent. Robert Graves, dans son livre fondamental, *Les mythes grecs*, qui fait largement autorité dans le domaine, nous présente un résumé de ce qui semble raisonnablement représenter les faits historiques comme suit :

« Œdipe de Corinthe conquiert Thèbes et devient roi en épousant Jocaste, prêtresse d'Héra. Ensuite, il annonça que le royaume serait dorénavant légué de père en fils par ascendance mâle, coutume corinthienne, au lieu de demeurer un don d'Héra l'Étrangleuse. Œdipe avoua qu'il était très affligé d'avoir laissé les chevaux du char traîner et tuer Laïos, considéré comme son père, et d'avoir épousé Jocaste qui l'avait fait roi à la suite d'une cérémonie de seconde naissance. Mais, lorsqu'il essaya de changer les coutumes, Jocaste se suicida en signe de protestation et la peste s'abattit sur Thèbes. Sur l'avis d'un oracle, les Thébains retirèrent alors à Œdipe la clavicule sacrée et le bannirent. Il mourut au cours de vaines tentatives pour reprendre son trône par les armes¹¹. »

Cela constitue, avouons-le, une histoire plutôt insignifiante, qui semble tourner autour du choix entre une succession royale matrilinéaire ou patrilinéaire, sur fond de coutumes et de patriotisme thébains qui ont fait d'Œdipe un conquérant étranger, l'héritier perdu du royaume, pour ensuite le sacrer roi après la cérémonie rituelle de la mort de l'ancien roi Laïos.

Mais, ainsi reconstruite, l'objectivité des faits historiques qui sous-tendent la tragédie d'Œdipe n'est certainement pas l'objectivité de la tragédie de Sophocle. Et c'est justement sur celle-ci que nous voulons maintenant insister comme mettant en œuvre l'innocence même d'Œdipe.

DESTIN ET INNOCENCE

Avouons-le, Œdipe est innocent ! Il n'a commis aucun crime ! Son aveu de crime est, comme nous l'avons souligné auparavant, une auto-

11 Robert Graves, *Les Mythes grecs*, op. cit., p. 13.

incrimination qui fait appel à son sentiment de « culpabilité » dans une situation d'innocence. Ces remarques initiales doivent maintenant nous permettre de voir de plus près cette innocence.

Le concept de l'innocence, comme nous l'avons annoncé dès le début, implique un jugement sur soi-même concernant le fait d'être « souillé par le mal ». La conscience juge en conséquence, eu égard à ce qui est défini comme « mal », comme « souillure ». Or, comme nous l'avons vu avec l'Œdipe roi de Sophocle, tous les faits ne sont pourtant pas connus d'Œdipe. Même quand les faits lui sont révélés et qu'il comprend la « vérité », il ne perd pas son innocence car il n'y a pas d'acte ou de circonstance en conscience à juger, uniquement des faits bruts ou, si vous le permettez, le destin.

Si nous devons parler de « mal » ou de « souillure », c'est en fait uniquement le destin qui les a infligés, comme la confirmation même de la rectitude initiale de la prophétie de l'oracle de Delphes. En ce sens, la conscience ou le tribunal de la conscience n'y sont pour rien. Ni avant ni après, le roi Œdipe n'a compris ce qui se passait réellement pour lui et n'a donc pu non plus énoncer un jugement approprié. Il était, en fait, toujours entre les mains du destin, un destin qui jouait avec lui, comme le meilleur des marionnettistes joue avec ses marionnettes. Et, comme dans le cas de ces marionnettes, la question de l'auto-jugement se pose uniquement de façon rationnelle pour le maître marionnettiste, car qui reprocherait aux marionnettes, au roi Œdipe, de danser, de bouger, de parler, de jouer, comme ils doivent le faire ? En toute innocence, car elles ne dansent que grâce aux mains qui les déplacent dans le monde et qui les font avancer dans une histoire ou une tragédie où ne compte que la volonté se trouvant derrière ces mains ? Et pour Œdipe, le marionnettiste était indubitablement le Destin, ou la Déesse de la Fatalité, qui jouait avec lui.

Comment conclure autrement qu'Œdipe était innocent ? Il pouvait bien s'auto-incriminer autant qu'il le voulait, il n'avait néanmoins rien à se reprocher. Qui n'a pas compris que la « réalité » ou la Fatalité nous joue quelquefois de très mauvais tours ?

La fatalité de l'Œdipe roi chez Sophocle nous invite en conséquence à participer à quelque chose qui est communément humain, non pas comme sensation, comme scandale, mais précisément comme la tragédie de ce qui est humain.

Le théâtre de Sophocle est, en ce sens, le contraire de ce « subjectivisme » (ou psychologisme) dans lequel nous baignons aujourd'hui jusqu'au cou. D'abord, par la structure et le sens narratif même de son œuvre, nous ne sommes pas de simples spectateurs de l'Œdipe roi, comme

dans le théâtre moderne, qui nous offre des « messages », des « idées » ou encore la possibilité « d'avoir un aperçu sur quelqu'un » (*insight* en anglais), mais nous sommes des êtres humains, comme Œdipe lui-même, qui partageons quelque chose de terriblement commun, à savoir les faits que nous ne maîtrisons pas, que nous n'avons pas produits et qui se retournent contre nous en nous réduisant à l'objet d'une histoire inconnue.

Loin des impasses « psychologiques », qui nous rappellent tant de mauvaises pièces théâtrales modernes dans lesquelles le régisseur et l'auteur nous traitent comme des « enfants » au profit de leurs propres idées, le théâtre de Sophocle atteste que nous sommes tous des « adultes » et, comme tels, capables de participer à l'histoire.

Nous sommes simplement invités à participer à quelque chose de commun à tous les êtres humains, mais certainement pas à l'égard d'une quelconque thèse de non-innocence du roi Œdipe, car cela aurait eu comme conséquence de suggérer, toujours faussement, que nous sommes tous des meurtriers, des parricides, des incestueux, etc., là où nous ne sommes que de pauvres humains qui cherchons à éviter de telles « souillures ». Au contraire donc, la pièce de Sophocle, en écartant l'Enfer où tous sont déjà condamnés, *dixit* Dante, retrouve l'humain comme ouvert, comme écoutant, comme regardant la tragédie de l'humain, participant pleinement à la vie en être humain adulte.

Si nous ne devons jamais confondre le théâtre grec avec le théâtre moderne, il faut aussi être conscient du piège « psychologique » que nous avons forgé en tant que modernes.

Comme tout le monde prétend aujourd'hui connaître l'histoire d'Œdipe en le réduisant à un fait « psychologique », il est des plus éclairants de se pencher de plus près sur cette lecture biaisée, d'abord en définissant la source chez Sigmund Freud, le célèbre inventeur de la psychanalyse, qui se sert de l'histoire de Sophocle pour construire ce qu'il nomme le « complexe d'Œdipe ». Plus précisément, Freud utilise cette histoire pour illustrer ce qu'il croit être un certain nombre de conflits intrapsychiques se concrétisant comme conflits névrotiques¹². Comme tel, le conflit

12 Sigmund Freud, *L'Interprétation des rêves*, Paris, PUF, 1967; *idem*, *Totem et Taboue*, Paris, Payot, 1967; *idem*, *La naissance de la psychanalyse*, Paris, PUF, 1973; *idem*, « La disparition du complexe d'Œdipe » dans *La Vie sexuelle*, Paris, PUF, 1969, p. 117-122. Voir Peter L. Rudnytsky, *Freud and Œdipus*, New York, Columbia University Press, 1987. Pour une critique de Freud, voir Erich Fromm, *The Œdipus Complex and the Œdipus Myth*, New York, 1949, ou *idem*, *Le Langage oublié. Introduction à la compréhension des rêves, des contes et des mythes*, Paris, Payot, coll. PBP, 2002, p. 188-195, qui fait de l'attitude envers l'autorité le thème central du mythe.

névrotique devient l'objet de la psychanalyse pour extérioriser ce qui a été refoulé, ce qu'on ne veut pas ou qu'on ne peut pas avouer sur soi-même. Au cours de l'analyse, le psychanalyste doit ainsi faire voir au patient la vérité sur lui-même, de même que cette vérité peut alors faire vivre le patient sans son conflit œdipien. Or, comme nous avons pu le constater, il n'y a aucun conflit psychique ou complexe névrotique chez le roi Œdipe. Il ne pouvait rien faire car l'histoire n'était pas « lui », mais le concernait simplement.

C'est le même piège « psychologique » que nous rencontrons d'ailleurs dans l'adaptation (très libre) que fait Jean Cocteau de l'Œdipe roi¹³ où, nonobstant toute impression, il n'y a pas de tragédie, mais la construction d'une position d'observateur à l'égard de la folie des hommes, c'est-à-dire le remplacement de l'humanité partagée, rencontrée chez Sophocle, par le « trop humain » psychologisant. L'Œdipe de Cocteau se comporte en conséquence comme un « enfant », un « patient », qui n'est pas encore tombé entre les mains des psychanalystes¹⁴. Mais bien sûr, quand il tombera, ils seront là !

INNOCENCE OU CULPABILITÉ

Si nous analysons maintenant l'affaire de l'Œdipe roi selon les ressources d'un paradigme du droit moderne, ce n'est sûrement pas la question de l'innocence qui risque d'être ébranlée. Au contraire, le droit moderne sera sans hésitation aucune d'accord avec Sophocle quant à l'innocence d'Œdipe. Sans *mens rea*¹⁵ (c'est-à-dire intention criminelle ou « état d'esprit coupable »), aucun tribunal dans le monde occidental ne condamnera Œdipe ; quant aux tribunaux qui fonctionnent sur des modes non modernes, nous n'attendons que le jour où nous leur retirerons les pierres avant qu'ils ne les jettent.

Le « fond », le sens, de ce droit moderne est simplement que nous sommes tous « innocents » jusqu'au moment où le contraire sera prouvé

13 Jean Cocteau, « La Machine infernale. Pièce en 4 actes » (org. 1934), Paris, Grasset, coll. Les Cahiers Rouges, 1993.

14 Voir, J. Cocteau, *ibid.*, p. 129-174, (Acte 3. La nuit de noces), qui met en scène un Œdipe qui ne tourne qu'autour de son propre personnage. En fait, l'Œdipe de Cocteau joue le rôle de l'Œdipe, là où l'Œdipe de Sophocle joue le rôle d'un être humain. Le résultat, qui frappe tout lecteur de Cocteau, c'est la validation des thèses psychanalystes ayant cours dans le petit cercle intellectuel parisien des années d'entre-deux-guerres. C'est le même « marécage psychologique » que nous observons chez Georges Bataille, voir G. Bataille, *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, 1970.

15 Ou plus précisément : *actus non facit reum nisi mens sit rea*.

par une procédure pénale juste et équitable. Nous n'avons pas le fardeau de prouver notre innocence, de même que celle-ci fait partie de notre existence comme sujet du droit. À aucun moment, on ne peut porter atteinte à ce statut d'innocence sans simultanément porter atteinte à notre statut de sujet du droit.

Quand donc Franz Kafka, dans sa nouvelle *Devant la loi* ou encore dans *Le Procès*¹⁶, met en marche la machine infernale face à un homme qui est « déjà coupable » sans savoir comment, pourquoi et pour quel motif, il nous interpelle sur la base même de notre modernité juridique, parce que cet homme vit dans un « vide », dans une absurdité, un monde où le sens du droit a perdu son sens moderne, relatif à l'innocence mentionnée, pour *a contrario* épouser les coutumes d'un antimodernisme où tous sont toujours déjà coupables de quelque chose ou de tout. En fait, si ce monde est « kafkaïen », au sens où ces termes servent à désigner un monde dépourvu de sens, c'est parce qu'il heurte notre sens du « droit » comme respect même de notre statut d'innocent.

Examinons de plus près *Le Procès* quant à cette innocence. Le récit commence par ces termes révélateurs:

» On avait sûrement calomnié Joseph K. [...] car, sans avoir rien fait de mal, il fut arrêté un matin¹⁷. »

L'homme qui n'a rien fait de « mal », qui n'a pas été souillé par le mal est innocent comme chacun le sait. Et l'histoire de Joseph K. n'est que celle d'actes désespérés pour découvrir ce qu'on lui reproche. A-t-il commis un « crime » sans le savoir? Quand? Comment? Joseph K. n'aura simplement jamais de réponse car il se heurte toujours à une « Loi » qui le présume toujours coupable. Elle se manifeste déjà au cours de l'arrestation:

« — Que voulez-vous que nous en fassions? s'écria alors le grand gardien. Vous vous conduisez pis qu'un enfant. Que voulez-vous donc? Vous figurez-vous que vous amènerez plus vite la fin de ce sacré procès en discutant avec nous, les gardiens, sur votre mandat d'arrestation et sur vos papiers d'identité? Nous ne sommes que des employés subalternes; nous

16 Franz Kafka, *Le Procès*, Paris, Gallimard, (1^{re} édition 1936), 1972, coll. Folio n° 101. Observons le jugement du traducteur, Alexandre Vialatte, qui, en visant particulièrement *Le Procès*, caractérise l'œuvre de Kafka ainsi: « Ses plus grandes œuvres sont des cauchemars de scrupuleux rédigés par un ironiste et par un roi de la parabole sur un ton de procès-verbal. C'est la plus singulière complainte du sort humain qu'on ait écrite » (p. 40). Kafka était bien sûr juriste de formation et il travaillait à titre d'avocat de contentieux dans une compagnie d'assurances.

17 F. Kafka, *op. cit.*, p. 43.

nous connaissons à peine en papiers d'identité et nous n'avons pas autre chose à faire qu'à vous garder dix heures par jour et toucher notre salaire pour ce travail. C'est tout; cela ne nous empêche pas de savoir que les autorités qui nous emploient enquêtent très minutieusement sur les motifs de l'arrestation avant de délivrer le mandat. Il n'y a aucune erreur là-dedans. Les autorités que nous représentons — encore ne les connais-je que par les grades inférieurs — ne sont pas de celles qui recherchent les délits de la population, mais de celles qui, comme la loi le dit, sont "attirées", sont mises en jeu par le délit et doivent alors nous expédier, nous autres gardiens. Voilà la loi, où y aurait-il là une erreur?

— Je ne connais pas cette loi, dit K...

— Vous vous en mordrez les doigts, dit le gardien¹⁸.»

C'est toujours et irrémédiablement le motif de «non-innocence» qui nous révolte chez Kafka et c'est aussi sur ce fond que nous retrouvons l'Œdipe roi de Sophocle. Ce qui frappe d'ailleurs comme étant assez semblable chez Sophocle et chez Kafka, c'est l'insistance sur le commun de l'être humain et donc aussi la mise entre parenthèses d'une analyse psychologique de l'Œdipe comme de Joseph K. En ce sens, Joseph K. n'est pas «lui», mais chacun de nous comme êtres humains souvent soumis à une «réalité» que nous ne maîtrisons guère ou qui simplement «joue» avec nous.

C'est essentiellement la question de la «connaissance» qui nous frappe dans l'évocation de Joseph K. et d'Œdipe. Nous avons, dans cette perspective, souligné à maintes reprises déjà qu'Œdipe ne connaissait pas son origine et tous les faits pertinents pour le juger selon le droit moderne. Certes, il finit par découvrir ces faits pertinents, mais ils sont désormais sans importance pour d'autres que lui-même car le droit moderne ne peut pas changer l'histoire du monde ou de l'homme, et il ne peut rien contre le Destin ou la Fatalité, n'étant pas soumis à leur juridiction, au sens où le jugement juridique, étant décalé dans le futur, doit toujours reposer sur des faits connus au moment du «crime». En ce sens, le critère de «connaissance» doit se trouver à l'intérieur même d'un constat de *mens rea* pour constater la culpabilité.

En ce qui concerne donc expressément Joseph K., tout le roman de Kafka, *Le Procès*, est, comme nous l'avons indiqué, une quête sans fin pour enfin découvrir ce qu'on lui reproche. Il ne sait rien de son «crime» et personne ne veut lui dire, l'informer si crime il y a. Joseph K. bute toujours contre un mur de silence, de mots couverts ou simplement de juges ou d'avocats retors et corrompus.

18 F. Kafka, *op. cit.*, p. 49-50.

Or, le sens même du récit de Kafka, c'est que la «Loi» n'a rien à voir avec une loi juridique, ou simplement avec la législation qui peut servir comme source du droit, mais plutôt avec une loi morale qui dialogue avec Joseph K., et avec chacun de nous, à l'intérieur de nous-mêmes. Car devant cette loi morale, devant le tribunal de notre conscience, Joseph K. et nous-mêmes pouvons bien plaider notre ignorance et notre innocence, mais en risquant de perdre royalement. Car, si Joseph K. est sûrement innocent sur le plan juridique, il est entièrement coupable sur le plan de sa propre conscience: il est coupable de ne pas vivre une vie entièrement humaine selon des critères qu'il accepte lui-même.

C'est donc précisément le sentiment de désarroi de Joseph K. et son refus désespéré d'échapper à son propre jugement qu'on lui impose, contre sa volonté, sa conscience. En ce sens, il y a bien un fossé infranchissable entre le roi Œdipe, qui, lui, vit humainement, et Joseph K., qui fait uniquement semblant et qui vit son innocence comme culpabilité.

Pourtant, le psychologisme de Kafka n'est pas infantilisant, comme dans les différentes reprises de l'Œdipe roi faites par nos contemporains, de Freud à Cocteau, comme nous l'avons déjà mentionné, ou encore d'Anouilh à Lacan, il se pose plutôt en une mise en garde adressée à notre propension si moderne à renoncer à notre humanité, à la dimension «humanitaire» de l'homme au bénéfice de l'enivrante objectivation de soi-même et de son monde. C'est une autre façon de revenir au statut d'enfant que nous étions autrefois et de vivre ainsi notre modernité à l'envers, comme des sujets «enfants» dans une modernité uniquement «adulte» sur le plan des choses.

L'Œdipe roi de Sophocle et Joseph K. de Kafka ne chassent certainement pas sur le même terrain. Au-delà pourtant de toutes les différences que nous pouvons énumérer, il n'en demeure pas moins vrai que c'est la question de l'humanité ou l'humanisme qui se projette en avant pour nous. Car toute histoire n'a de sens que si nous comprenons que la place d'observateur ne nous apporte que très peu, sinon rien d'essentiel. Notre condition d'humain, d'homme ou de femme, doit simplement être vécue en «innocence» comme acteurs, comme artisans de nos vies.

POUR CONCLURE

En somme, la vie de l'homme, c'est de vivre dans l'innocence. Pourquoi se «souiller» dans le mal, dans le sang des autres, dans les cris et le malheur de son prochain?

Bien sûr que la vie n'est pas édenique. N'avons-nous pas nous-mêmes choisi, à nos risques et périls, d'en sortir? Peut-être que nous n'aurions pas dû, peut-être que notre plus grand «péché», c'est d'être stupides. Beaucoup le prétendent, certainement pas sans raison! Mais pourquoi donc le droit moderne tient-il *mordicus* à nous considérer comme toujours innocents jusqu'au moment où le contraire sera prouvé? Simplement parce que seule une telle position nous permet de vivre humainement tous ensemble, de surmonter les tragédies de la vie qui, dans la mesure où elles sont sûrement moins tragiques que celle de l'Œdipe roi, sont pourtant entièrement nôtres. C'est nous qui les vivons et c'est encore nous qui croupons sous notre propre destin. Et si nous n'avons pas cette force de l'innocence, comment vouloir en sortir? Comment vouloir se jeter dans la mêlée, mordre la vie à pleines dents, en sachant que l'on perdra à la fin ce que l'on chérit le plus, la vie, si l'on n'a pas ce brin d'humanité qui vient de son innocence?

En fin de compte, la procédure judiciaire et le jugement de culpabilité n'expriment pas autre chose, car seul peut être jugé par un tel procès un «acte» (ou une omission), et jamais une personne, un individu. Le droit moderne ne juge jamais des personnes.

CHAPITRE 4

UN REGARD MODERNISTE SUR LE « DROIT NATUREL » OU COMMENT REJOINDRE LA MODERNITÉ JURIDIQUE

La guerre des tranchées contre le « droit naturel », ou simplement entre le positivisme juridique et le « droit naturel », n'enflamme plus guère les esprits. Si hier encore la bataille faisait rage, menée par de courageux guerriers sans crainte au nom du « vrai droit » positiviste, contre le château du droit naturel, défendu avec détermination par les chevaliers pieux de l'idéo-droit de leur choix, il n'y a plus, aujourd'hui, que des escarmouches sporadiques ici et là. La poussière semble retombée sur les champs de Mars autrefois si agités et l'âme des guerriers de jadis, tombés au combat, a déjà déserté les lieux. La tension ne monte que sporadiquement de temps à autre quand l'un des champs semble transgresser la frontière entre les territoires conquis, et se résume, entre-temps, dans ce partage, si banal, de territoire ou simplement de butin. En pratique, le champ « positiviste » a gagné la doctrine du droit (ou la dogmatique juridique), tandis que l'autre champ du « droit naturel » n'est pas si mécontent de sa part du terrain. Quant à ce dernier, précisément, désormais libéré de la tâche ardue de confectionner ce dogmatisme juridique, ses partisans peuvent maintenant avec autant d'opportunité et de ferveur s'investir ailleurs, et comme des aventuriers de la parole, le logos, ils peuvent désormais « écrire » le « droit », ou simplement ce qui en tient lieu, dans les différents interstices de l'existence humaine comme autant de « naturalité » qu'ils y voient.

Cette trêve des braves, ce baume adoucissant sur les plaies de jadis, ou encore cet étrange silence qui mène des tranchées autrefois occupées par de vaillants combattants transpirant peur et bravoure et serrés les uns contre les autres, ne doit pas pour autant arrêter notre réflexion. Loin des tracasseries concernant l'écriture dogmatique du « droit » (c'est-à-dire l'objet des querelles de jadis), qui ne nous préoccuperont guère ici, nous voulons plutôt faire du « droit naturel » l'objet d'une réflexion moderniste, plus

précisément, analyser et interroger le discours du droit naturel à l'égard d'une conception ouverte et démocratique de la modernité juridique. L'idée de base que nous défendons, en soi si simple, c'est que le « droit naturel », tel que développé dans l'antichambre de la modernité juridique, doit la rejoindre. Il doit (et peut) la rejoindre à la hauteur d'une conception de la modernité juridique qui ne travaille dorénavant que dans la lumière d'une logique argumentative inclusive¹.

REJOINDRE LA MODERNITÉ JURIDIQUE

De prime abord, en explicitant, le sens de cette logique sur la manière dont le « droit naturel » peut, éventuellement, *rejoindre* la modernité juridique, nous voulons le rattacher à trois thèses. Disons simplement que le « droit naturel » pourra la *rejoindre*:

1. d'abord, en tant que « réservoir » traditionnel de la philosophie du droit (c'est-à-dire historiquement établi sous l'étiquette de « droit naturel » ou se rapportant à celui-ci comme l'histoire d'une « philosophie du droit » présupposée, par ses partisans, « engageante ») qui, en un sens moderniste, nous donne accès aux choix de jadis;
2. ensuite, en tant que « réservoir » de différentes conceptions « morales » ou « éthiques » se positionnant vis-à-vis d'une question du droit ou de l'ordre juridique, et qui, en un sens moderniste, nous donne accès aux préoccupations qui naissent ou qui se formulent au sein de notre contemporanéité;
3. enfin, en tant que « réservoir » de l'imaginaire « juridique » quant à la direction à donner au droit aujourd'hui, et qui, toujours en un sens moderniste, peut inspirer notre façon de confronter et de remodeler notre futur juridique.

La portée de ces trois façons de *rejoindre* la modernité juridique fera l'objet des développements théoriques (et philosophiques) qui suivent. Puisque le rôle restreint et circonscrit que nous attribuons de cette façon au « droit naturel » ne plaira pas nécessairement à tous ses partisans — qui

1 C'est cette conception qui nous dispense de caractériser davantage ce que nous entendons par la notion de « droit naturel ». Pour nous, le « droit naturel » est désigné comme se rapportant à tous les discours sur le droit qui n'ont pas réussi le test de la « modernité juridique ». Voir, sur le plan de l'histoire des idées, Henri Rommen, *Le Droit naturel. Histoire — Doctrine*, Egloff, Fribourg & L.U.F., Paris, 1945 et Leo Strauss, *Droit naturel et Histoire*, Paris, Plon, 1954.

chercheront plutôt, pour leur part, à faire prévaloir un « droit naturel » conçu comme relevant d'une « logique ordonnatrice » ou, simplement, comme s'insérant dans une conception d'idéo-droit présupposé comme impératif —, une précision préliminaire s'impose: il s'agit de mettre en avant la conception de la modernité juridique (et de sa philosophie du droit) qui pourra le plus adéquatement possible servir comme explication de cette logique de « rejoindre ».

LA MODERNITÉ ET LA PHILOSOPHIE DU DROIT

En quelques lignes, nous ne saurions qu'évoquer la multiplicité des thèmes et des aspects qui se rattachent à la question de la « modernité juridique »². D'où l'obligation d'être succinct et de se restreindre à quelques idées clés qui permettent de comprendre cette exigence. Commençons d'abord par un examen, dans ses grandes lignes, du nœud de cette conception, pour ensuite spécifier ses conséquences pour une philosophie « moderniste » du droit.

On peut le dire d'une façon paradigmatique: la modernité juridique se réfère exclusivement à la possibilité que possède un sujet de droit pour se faire reconnaître, en réciprocité avec d'autres sujets du droit, comme le lieu d'explication et de réalisation du droit. En d'autres termes, les sujets du droit doivent réciproquement être capables, en toute autonomie, de se reconnaître mutuellement aussi bien comme les auteurs que comme les destinataires de leurs lois, de leurs normes et de leurs institutions judiciaires et politiques. D'où s'ensuit le fait que la modernité juridique repose sur l'existence des sujets du droit qui s'affirment comme tels et qui utilisent leur autonomie pour se voir confirmés effectivement comme des auteurs et destinataires d'un droit qu'ils s'accordent à honorer comme le leur. C'est donc uniquement dans l'analyse des faits, précisons-le, que nous pouvons, en fin de compte, constater effectivement comment une telle modernité juridique existe réellement ou brille, au contraire, par son absence. Car il y a toujours, bien entendu, loin de la coupe aux lèvres, et la plupart des États, même ceux qui se targuent le plus d'être (par quelle

2 Voir B. Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit*, Québec, Les Presses de l'Université Laval et Paris, L'Harmattan, 1998, repris 2004 dans la collection Dikè, Les Presses de l'Université Laval; *idem*, *Réflexions sur la philosophie du droit*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2000; *idem*, *Rawls ou Habermas. Une question de philosophie du droit*, Québec, Les Presses de l'Université Laval et Bruxelles, Bruylant, 2002.

magie!) de «droit», risquent bien de voir se dresser sur leurs chemins des faits encombrants.

Une telle compréhension de la modernité juridique n'est défendable, nous en sommes conscients, qu'explicitement conjuguée, en pensée et en fait, avec les processus démocratiques³. Dans cet objectif, l'existence d'un sujet du droit fusionne sans ambages avec le rôle du citoyen sur la scène politique et sociale, pour ne former en fin de compte ensemble que la possibilité pour l'individu de se manifester juridiquement ou politiquement ou, plus heureusement, les deux à la fois. Le citoyen travaille en ce sens, politiquement et socialement, en vue de s'affirmer et de se réaliser en tant que sujet du droit, ce qui l'amène à se voir engagé sur le chemin de la réalisation de la promesse d'une modernité juridique. Il s'ensuit que ce sont les processus démocratiques qui deviennent l'épicentre d'une conception de la «démocratie», par opposition à (et *a contrario*) une conception qui ne vise que la perspective de l'observateur à l'égard des «institutions» et la question de savoir si cet observateur y accorde ou non l'adjectif ou l'étiquette «démocratique». En revanche, uniquement les processus démocratiques représentent, expressément, seuls ce lieu indispensable permettant effectivement aux citoyens/sujets du droit de s'affirmer comme les auteurs et les destinataires de leurs lois, normes et institutions judiciaires et politiques, toujours d'ailleurs dans une logique de réciprocité, de sorte que le processus de reconnaissance est englobé dans (et produit son sens à l'intérieur même de) ces processus démocratiques qui n'excluent personne. Les sujets du droit sont, en somme, devenus lieu d'explication du droit et ils représentent désormais notre seule façon de nous approcher et de réaliser le projet moderne du droit.

La modernité juridique, en conséquence, sonne le glas de tout discours de fondation du droit comme étant uniquement inutile ou toujours faux. La vocation assez traditionnelle, que nous retrouvons dans les discours du droit naturel (et également dans des parties non négligeables de la philosophie du droit), qui prétend introduire la question du «droit» dans une quête en vue de trouver le «fondement», la «fondation» ou encore la «justification» (ultime, nécessaire, rationnelle, *a priori* ou *a posteriori*, etc.), apparaît en conséquence comme un leurre. Même un «fondationnalisme» modeste ou souple, qui cherche à mobiliser les niveaux

3 J. Habermas, *Droit et Démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1992. Sur cette question, voir B. Melkevik, *Rawls ou Habermas. Une question de philosophie du droit*, op. cit.

de narration ou d'interprétations, n'a tout simplement plus d'intérêt. Bref, le « fondationnalisme » met en œuvre des discours superflus et trompeurs, dans la mesure où ils peuvent uniquement trouver les sujets du droit dans une position de soumis à l'hétéronomie préférée de ses instigateurs ou simplement dans une position infantilissante de destinataires, là où, précisément, il faut au contraire insister sur le sujet du droit en position d'autonomie.

Il s'ensuit que le rôle de la philosophie du droit ne consiste plus à être un quelconque gardien, un « chien de garde » de la « rationalité », « de l'Éthique », « de la Justice », ou de quoi que ce soit de cet ordre « fondationnaliste », mais plus modestement à se situer dans une position d'accompagnement de la modernité juridique⁴. La philosophie du droit moderne renonce à toute prétention d'un « *platzanwiser* » (c'est-à-dire, celui qui détermine l'emplacement ou le sens par le biais d'un discours de l'hétéronomie), pour mieux accompagner le projet juridique moderne et le faire sien philosophiquement.

Sans détour, la philosophie du droit accompagne, dans un tel objectif, la réflexion que tout sujet peut faire relativement aux arguments et raisons à évaluer dans le processus de sélection des normes susceptibles d'être honorées comme valides. Et quoique les « discours de fondation » du « droit », de Rawls⁵ à Dworkin⁶ et *ad infinitum*, tiennent encore le haut du pavé, comme l'affirmation que l'esprit de l'homme progresse bien lentement, il ne fait guère de doute que la modernité juridique travaille plutôt, *a contrario*, dans une logique de « sélection des normes » (c'est-à-dire lois, normes, institutions, etc.) qui présuppose une autonomie sans tâche des sujets. C'est uniquement dans un tel discours de « sélection des normes » que nous pouvons aujourd'hui reconnaître les exigences de la modernité du droit, telle qu'elle affirme le sujet du droit dans son rôle, non négociable, d'autonomie en vue de choisir démocratiquement les normes qu'il concède devoir honorer comme « valides ».

4 Voir B. Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit*, op. cit., p. 13-25, et *idem*, *Réflexions sur la philosophie du droit*, op. cit., p. 7-16.

5 John Rawls, « The Law of Peoples », dans S. Shute et S. Hurley (dir.), *On Human Rights: The Oxford Amnesty Lectures*, New York, Basic Books, 1993 (traduit en français : « Le droit des gens », Paris, Éditions Esprit, 1996) ; *idem*, « The Law of Peoples, with The Idea of Public Reason Revisited », Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1999 (traduction française en préparation). L'Éthique fondationaliste rawlsien est soumise à une réflexion critique dans B. Melkevik, *Rawls ou Habermas. Une question de philosophie du droit*, op. cit.

6 Ronald Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, 1995 ; *idem*, *Une question de principe*, Paris, PUF, 1996 ; *idem*, *L'Empire du droit*, Paris, PUF, 1994.

Il s'ensuit, logiquement, que cet acte de «sélection» ne peut se faire que sur le plan de l'argumentation et, également, que cette argumentation requiert un espace public où se retrouvent les sujets du droit/citoyens en train d'argumenter pour pouvoir sélectionner leurs institutions, leurs normes et leurs droits. La modernité juridique relègue, en fait, tout autre niveau discursif⁷, y compris toute instance précritique, à la préhistoire du droit, en soulignant que l'autonomie moderne nécessite une intersubjectivité que seul peut être obtenue à ce niveau «argumentatif». D'où une «intersubjectivité» qui doit se concrétiser dans le paradigme d'un dialogue, voire, plus important encore, dans l'exigence d'une telle intersubjectivité à réaliser en vue d'un droit démocratique.

Les sujets du droit ne peuvent, précisément, se voir affirmer leur autonomie que dans une intersubjectivité argumentative en vue de «sélectionner» les normes, les droits et les institutions qu'ils acceptent, en toute autonomie, de considérer comme «valides» pour eux. Il s'ensuit, logiquement, qu'il faut alimenter l'espace public avec des arguments de toute sorte pour, en réciprocité, s'éclairer sous le feu des arguments et pour faire démocratiquement la sélection qui les convainc. L'espace public devient, effectivement, «public» par le fait même d'acheminer une pluralité de discours qui fusent de toutes parts sans aucune restriction ni préalable ni *post festum*. Des discours spécialisés, issus des différentes disciplines scientifiques et reposant sur une pluralité de recherches différentes, ou encore des discours personnels, existentiels, phénoménologiques, etc., peuvent de cette sorte regagner l'espace public. Ces discours sont indispensables pour prendre le pouls de ce qui se passe effectivement dans la société, surtout à l'égard de ce qui «compte» pour les citoyens. Que l'espace public puisse ainsi être associé à «une caisse de résonance» le confirme d'ailleurs comme le lieu par excellence du projet juridique moderne!

À ce stade de notre explication de la modernité juridique, le lien avec nos thèses initiales et avec ce que nous avons appelé la logique de *rejoindre* s'éclaire instantanément. Précisément, parce que:

- le droit naturel ne peut rejoindre la modernité juridique que sur le plan argumentatif et comme tel se soumettre aux tests démocratiques en vue de sélectionner nos droits, normes et institutions;

7 Par exemple, les niveaux «narratif» ou «interprétatif»; cf. B. Melkevik, *Réflexions sur la philosophie du droit*, op. cit., p. 38-42.

- le droit naturel s'inscrivant dans l'horizon de notre modernité juridique ne se résume que par des arguments que les sujets du droit évaluent mutuellement en toute autonomie dans l'espace public;
- le droit naturel peut, sans privilège et sans aucun « atout » (traditionnel ou « dworkinien »), utiliser ses ressources argumentatives pour alimenter l'espace public et exercer une influence sur le résultat auquel aboutit à la fin (quoique toujours provisoirement) le processus de sélection moderniste.

Désormais, c'est l'image d'une question de droit communicative et ouverte qui se dessine, celui-ci envisagé comme un discours particulier qui doit être apprécié eu égard à son éventuel apport à notre modernité juridique. Par la suite, nous allons avoir la confirmation de ces trois affirmations en analysant les discours du droit naturel, à la lumière de cette conception de la modernité juridique.

LE « DROIT NATUREL » ET LE POIDS DE LA TRADITION

Approfondissons maintenant notre première thèse, qui affirmait, rappelons-le, que le droit « naturel » doit être abordé, entre autres, comme tradition, comme « réservoir » historique, et qu'il peut de cette façon nous donner accès aux choix de jadis. Cette thèse ne concerne pas uniquement l'histoire du droit naturel, car différentes traditions sont toujours « vivantes » et cherchent vigoureusement à se faire entendre. Rappelons, en ce sens, que les théories, les « écoles », ne meurent jamais, si ce n'est comme autant de Phoenix⁸, qui renaissent toujours de leurs cendres, comme « naturalités » (ou « logos ») qui refusent de mourir. Le « droit naturel » doit, de cette façon, être considéré aujourd'hui comme donnant accès à une recherche archéologique des arguments et des raisons d'autrefois, à leurs permanences dans la pensée juridique et au poids du passé dans la modernité.

Le poids du « passé » et la vénération d'un « droit naturel » historique peuvent s'illustrer par une référence au contexte « français ». Car, étant donné que la recherche et l'écriture en philosophie du droit sont, dans ce contexte, soumises à un paradigme « historique », il s'est ensuivi

8 Jean Hubaux et Maxime Kerov, *Le Mythe du phénix*, Liège et Paris, Bibliothèque de la Faculté de philosophie et lettres de l'Université de Liège, 1939.

une revalorisation toute particulière du « droit naturel »⁹. En effet, de larges pans de ce qu'on nomme couramment la philosophie du droit, bien que nous devions toujours exprimer une certaine réserve quant à la pertinence de cette expression ici, ne sont en fait que la valorisation de différentes opinions, pensées, idées, positions, systèmes, etc., développés, historiquement parlant, par les partisans du droit naturel. En survolant cette production (et reproduction) actualisée du droit naturel, nous pouvons avoir un accès solide aux idées relatives au « droit » d'autrefois, et recevoir également une invitation philosophique, quoique toujours illégitime, à engager notre esprit à partir de Platon¹⁰, d'Aristote¹¹, de St. Thomas¹², ou encore de Leibniz¹³, de Kant¹⁴, de Fichte¹⁵ et de Hegel¹⁶, et ainsi de suite, en vue de propager, aujourd'hui encore, leur droit naturel ou les différentes formes de l'idéo-droit qui trouvent leur origine philosophique chez ces illustres penseurs. Quoique l'histoire et la tradition du droit naturel ne possèdent désormais plus aucune autorité, il se peut

-
- 9 Voir Christian Atias, *Philosophie du droit*, Paris, PUF, 2000; Bruno Oppetit, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz; Simone Goyard-Fabre, *Les Fondements de l'ordre juridique*, Paris, PUF, coll. L'interrogation, 1992; Michel Villey, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, collection: Bibliothèque Dalloz, 2000; Cf. également Jean-Cassien Billier et Aglaé Maryoli, *Histoire de la philosophie du droit*, Paris, Armand Colin, 2001.
 - 10 Ana Neschke-Hentschke, *Platonisme politique et théorie du droit naturel*, vol. 1, Louvain - Paris, Éditions Peeters, 1995.
 - 11 Werner Wilhelm Jaeger, *Paideia: la formation de l'homme grec*, Paris, Gallimard, 1964 (1988); cf. *idem*, « Éloge de la Loi », Bulletin Guillaume Budé, tome VIII, 1949.
 - 12 Michel Villey, *Philosophie du droit*, *op. cit.*; *idem*, *La Formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Montchretien, 1975; Sur la philosophie du droit de Villey, voir Stéphane Bauzon, *Le Métier de juriste. Du droit politique selon Michel Villey*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, collection Diké, 2002; Félicien Rousseau, *C'est la misère qui juge le monde*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2001.
 - 13 René Sève, *Leibniz et l'école moderne du droit naturel*, Paris, PUF, coll. Questions, 1989.
 - 14 Simone Goyard-Fabre, *Kant et le problème du droit*, Paris, Vrin, 1975; *idem*, *La Philosophie du droit de Kant*, Paris, Vrin, 1996; *idem*, *Les Fondements de l'ordre juridique*, Paris, PUF, coll. L'interrogation philosophique, 1992, p. 313-370 (Repenser Kant).
 - 15 Alain Renaut, *Le Système du droit. Philosophie et droit dans la pensée de Fichte*, Paris, PUF, coll. Epiméthée, 1986; *idem*, *Qu'est-ce que le droit? Aristote, Wolff et Fichte*, Paris, Vrin, 1992; Marc Maeschalek, *Droit et création sociale chez Fichte. Une philosophie moderne de l'action politique*, Louvain - Paris, Éditions Peeters, 1996.
 - 16 Bernard Bourgeois, *Le Droit naturel de Hegel. Commentaire*, Paris, PUF, 1986; François Rangeon, *Hobbes. État et Droit*, Paris, J.-E. Hallier/Albin Michel, 1982; Louis Roux et François Tricaud (dir.), *Le Pouvoir et le droit. Hobbes et les fondements de la loi*, Saint-Étienne, Publications de l'Université Saint-Étienne, 1992; Alexandre Kojève, *Esquisse d'une phénoménologie du droit: exposé provisoire*, Paris, Gallimard, 1981. Sur Kant, Fichte et Hegel, voir également Bernard Gilson, *L'Essor de la dialectique moderne et la philosophie du droit*, Paris, Vrin, 1991.

un jour ou l'autre que de bons arguments (que nous distinguons donc de toute construction d'idéo-droit) tirés de cette tradition puissent permettre d'illustrer les choix faits autrefois et éventuellement servir pour réactualiser ces choix relatifs à nos problèmes ou interrogations contemporaines. Disons simplement que nous ne pouvons jamais préjuger de la question, ni positivement ni négativement, mais seulement — comme nous y oblige notre modernité juridique — nous introduire réflexivement dans un dialogue concernant ces arguments et ces raisons.

L'exemplification d'un tel dialogue peut, par exemple, être conceptuelle, comme dans le cas des concepts philosophiques, souvent importés à la légère dans la philosophie du droit, comme ceux de « dignité », « dignité humaine », « propriété », « personne », « obligation (morale) », « vertu », etc.¹⁷. Aujourd'hui, notre situation normative concernant lesdits concepts repose, en fait, sur des arguments et des « raisons » élaborés au fil d'une longue histoire, souvent à l'intérieur d'un paradigme du droit naturel ou simplement à l'égard des différentes écoles du droit naturel. Faire ressortir les présupposés de cette tradition ne peut avoir qu'un effet thérapeutique bénéfique quant au « droit » que nous devons sélectionner démocratiquement.

Cette permanence du « droit naturel »¹⁸, soulignons-le, ne se limite pas exclusivement aux concepts mentionnés ci-dessus, mais elle représente une façon particulière de raisonner sur le « droit » (ou sur ce qui en tient lieu ici). D'autres partisans du « droit naturel » utilisent les concepts d'« équité », de « contrat social », de « souveraineté nationale », d'« institution », de « constitutionnalisme », de « pouvoir », etc. Pourtant, le danger, si présent dans de tels discours du droit naturel, consiste à se croire dans la position d'un capitaine Achab, « héros » du livre de Herman Melville, *Moby Dick*¹⁹, qui, comme chacun le sait, a chassé une baleine blanche et unique, appelée Moby Dick, à ses propres risques et périls, et surtout au risque du naufrage de son navire avec son équipage. Comprenons-le bien, c'est toujours une faute rationnelle, menant au naufrage intellectuel, que

17 Voir Bjarne Melkevik, « Les concepts de *personne* et *dignité*: la question de droit », dans Stamatiou Tzitzis et Jacques-Robert Robert (dir.), *La Personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, Paris, Éditions Panthéon — Assas, 2003, p. 77-88. Reproduit dans ce volume.

18 Rappelons le livre classique de Philippe Delhay, *La Permanence du droit naturel*, Louvain, Éditions Nauwelaerts; Lille, Librairie Giard; Montréal, Librairie Dominicaine, 1960. Ou encore J. Charmont, *La Renaissance du droit naturel*, Paris, Duchamin, 1927.

19 Herman Melville, *Moby Dick*, Paris, GF-Flammarion, 1989.

de prendre l'existence d'un quelconque concept pour la preuve de l'existence d'une réalité spécifique dite de « droit ». Au-delà du choix de l'un ou de l'autre des concepts mentionnés, il faut plutôt affirmer *a contrario* qu'un droit naturel rattaché au « concept » n'a que peu d'intérêt si l'objectif est, ce que nous présumons, de l'utiliser comme tremplin pour forger des arguments et des raisons au bénéfice du « droit ».

Une autre sorte de dialogue repose sur de simples problématiques pérennisées, telles que la question de l'attitude à adopter relativement à l'avortement, aux pratiques eugéniques, à l'euthanasie, au meurtre par compassion, etc. Il est assez facile, en réalité, de constater que si notre contemporanéité peut se targuer de ses avancées scientifiques, technologiques et surtout génétiques, avec la possibilité de modifier l'espèce humaine, un quelconque consensus sur ces questions n'a pas pu être établi²⁰. Nous ne prenons pas trop de risque en affirmant que notre contemporanéité a eu comme effet d'accentuer les divergences normatives en idéologisant les positions. La modernité juridique ne permet pas pour autant qu'un quelconque frein soit introduit face à nos interrogations sur ces problèmes, car, en les retrouvant maintenant comme « choix de société », nous ne pouvons que profiter mutuellement des arguments des autres et, en toute autonomie, nous laisser éclairer relativement aux choix que souhaitent faire nos cosociétaires. Ce qui nous oblige à nous ouvrir aux arguments venus des différentes traditions historiques du droit naturel et surtout à évaluer les arguments énoncés, dans la mesure du possible sans parti pris négateur. Il sera simplement non pertinent (ou mieux, le signe d'un auto-aveuglement) de refuser d'entrer dans un dialogue, débat, avec ces auteurs, ces positions, ces réponses, etc., issus des traditions du droit naturel sur ces questions.

Les partisans contemporains du droit naturel nous forcent aujourd'hui à entrer dans un tel dialogue, en actualisant, en effet, pour leur part, les arguments et les raisons de jadis, selon les modes discursifs d'aujourd'hui. La beauté de la chose est que, de cette façon, une prise en compte plus large des arguments et des raisons qui ont forgé, historiquement, notre contemporanéité s'assure dans le dialogue, au bénéfice, bien entendu, d'une réflexion toujours renouvelée sur la pertinence de ces arguments, en tant que soumis, sans privilège, au jugement de la modernité juridique.

20 B. Melkevik, « La responsabilité devant la mort ? Sue Rodriguez devant la Cour suprême du Canada », dans *Revue internationale de Philosophie Pénale et de Criminologie de l'Acte*, n° 7-8, 1996, p. 87-101 ; repris dans *idem*, *Horizons de la philosophie du droit*, op. cit., p. 77-90.

LES « DROITS NATURELS » COMME ÉTHIQUES

Jetons maintenant un regard sur le « droit naturel » contemporain, c'est-à-dire sur les théories du droit naturel, délestées, en principe, de toutes les références à la tradition historique proprement dite. Risquons le jugement que celui-ci privilégie aujourd'hui la promotion d'une Éthique, ou des éthiques, comme sens, fondement ou justification (c'est-à-dire comme discours « fondationaliste ») de ce qui est présupposé représenter (ou « être ») le « droit » (c'est-à-dire l'idéo-droit privilégié par chacun des courants « éthiques »). Nous remarquons, en ce sens, que le droit naturel contemporain est divisé par une lutte interne, sur la question de savoir si le « fondement », la fondation ou la justification, dudit « droit », doit être constitué à l'égard d'une conception du « bien » ou d'une conception du « juste » (ou de la « justice »).

Comme l'affirme le théoricien anglais John Finnis, autorité parmi les partisans de la fondation sur le « bien » :

« Dans l'éthique et la théorie politique — les disciplines fondamentales pour la jurisprudence [c'est-à-dire la philosophie du droit: BM] et la théorie du droit — le concept "droit naturel" se réfère à un ensemble de propositions désignant (1) les biens humains de base, (2) les exigences générales pour choisir correctement, et (3) les normes morales spécifiques qui peuvent être déduites de ces exigences comme significatives pour des biens de base particuliers²¹. »

Une conception comme celle de Finnis aura simplement comme tâche première de spécifier, toute seule ou avec des « amis », ce qui doit compter comme « biens humains de base »²². La construction du « droit »

21 John Finnis (dir.), « Préface » à *Natural Law. Volume I*, Aldershot, Dartmouth, 1991, coll. The International Library of Essays in Law and Legal Theory, page xi. Notre traduction : « In ethics and political theory — the disciplines fundamental to jurisprudence or legal theory — the term "natural law" refers to the set of propositions picking out (1) basic human goods, (2) general requirements of rights choosing, and (3) the specific moral norms deductible from those requirements as they bear on particular basic goods. »

22 John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980. Notons que nous trouvons dans ce livre, pages 85-90, une liste (non exhaustive) de ce qui doit selon Finnis compter comme « biens humains de base ». Il identifie ces « bien humains de base » comme étant « vie », « connaissance », « jeux », « expérience esthétique », « socialité (amitiés) », « raisonnable pratique » et « religion ». Finnis rattache cette conception à Saint-Thomas d'Aquin : « ...for Aquinas, the way to discover what is morally right (virtue) and wrong (vice) is to ask, not what is in accordance with human nature, but what is reasonable. And this quest will eventually bring one back to the *underived* first principles of practical reasonableness, principles which make no reference at all to human nature, but only to human good »; *ibid.*, page 36.

(ou simplement la morale ou l'éthique qui en tient lieu) se concrétise en conséquence (et fausement) comme l'une des conclusions directes ou indirectes du fondement initial. D'où aussi la possibilité d'utiliser la conception initiale de base concernant le « bien » comme niveau supérieur de « censure », ou de contrôle, ou simplement comme supplément interprétatif en ce qui concerne le « droit », ou plus précisément l'idéodroit.

Même son de cloche chez les partisans du « juste » (ou de la « justice ») : ce qui change, ce n'est pas la logique de fondation proprement dite (ou des préoccupations « fondationnalistes »), mais le fait de l'engager dans une autre direction. John Rawls est sûrement ici celui qui a eu le plus de succès avec sa définition du concept de « justice »²³. En se situant unilatéralement sur le plan de la « distribution », mettant entre parenthèses la tradition de « justice commutative » qu'il néglige, Rawls nous enseigne que la « justice » doit aujourd'hui être comprise de la manière suivante :

« 1/ Chaque personne a un droit égal à un schème pleinement adéquat de libertés de base égales pour tous, qui soit compatible avec un même schème de libertés pour tous ; et dans ce schème, la juste valeur des libertés politiques égales, et de celles-là seulement, doit être garantie.

2/ Les inégalités sociales et économiques doivent satisfaire à deux conditions :

- elles doivent être liées à des fonctions et à des positions ouvertes à tous, dans des conditions d'égalité équitable des chances, et
- elles doivent procurer le plus grand bénéfice aux membres les plus désavantagés de la société²⁴.

Chez Rawls, la conception de la « justice » est fondée sur l'intuition morale. Le concept de « justice » est, de la sorte, présumé être continuellement actualisé par le bagage traditionnel de notre morale, en même temps qu'il se fonde sur le sentiment moral s'incarnant chez un individu, en le constituant, par un caractère moral adéquat. Rawls présuppose que cette formulation de la « justice » (ou du « juste ») devra être prise comme « fondement » de notre compréhension du « droit ». Or, de cette manière, le concept du « juste » est transmuté en « élément normatif », ce qui permet, d'une part, de jeter le discrédit sur la conception du « bien » comme étant trop « matériel » (voire basement humain) et, d'autre part, de présupposer que s'y concrétisent, avec cette formulation,

23 Cf. B. Melkevik, *Rawls ou Habermas. Une question de philosophie du droit*, op. cit.

24 J. Rawls, *Libéralisme politique*, op. cit., p. 29-30. Voir également *idem*, *Théorie de la justice*, 2^e édition, Paris, Seuil, 1997.

les valeurs essentielles qui ont caractérisé le progrès éthique de l'humanité tout entière. L'insistance sur le « juste » sert en somme à cimenter un fondement du « droit naturel » comme n'étant pas toujours uniquement « là » comme bagage culturel, mais comme étant nécessaire et essentiel pour toute entreprise normative et donc, par ce biais, également pour le « droit ».

Dans une perspective « moderniste », il va sans dire que le choix entre un idéo-droit, construit soit sur une conception du « bien », soit sur une conception du « juste » (ou de « justice »), a peu d'importance. Nous ne pouvons pas prétendre avancer d'un iota en choisissant entre Belsebuth ou Lucifer²⁵ ! Par conséquent, il faut plutôt concevoir comment le droit naturel éthique, l'idéo-droit du jour, se concrétise dans différentes stratégies.

Définissons la première stratégie comme consistant à utiliser l'Éthique pour introduire un « troisième » concept, ce que confirme, par exemple, le concept de « propriété ». En observant cette stratégie, surtout dans le cadre de la société nord-américaine, nous constatons que le concept de « propriété » est promulgué à titre de fondement de la société, d'une société libre et libérale, de l'humanisme « juridique », et ainsi de suite, pour, en fin de compte, se voir attribuer le statut d'un idéo-droit fondamental. La pensée magique qui s'exprime ici sert concrètement aux partisans du droit naturel éthique à sauter vers un discours fondationaliste quant au sens à attribuer à l'État et au droit, sinon à rattacher le concept d'État de droit à une idéologie réduisant, illégitimement, toute question de « droit » à un sub-service en vue de cette même doctrine dite de droit naturel éthique²⁶. Bien entendu, cette stratégie dite du « troisième concept ajouté » peut également fonctionner avec d'autres concepts sans pour autant que la réflexion gagne en lucidité.

-
- 25 Berten, André; Pablo da Silva et Hervé Pourtois (dir.), *Libéraux et communautariens*, Paris, PUF, coll. Philosophie morale, 1997; cf. *Philosophy and Social Criticism*, vol. 14, no. 3/4, 1988, p. 237-471, numéro spécial intitulé « Universalism vs. Communitarianism: contemporary debates in ethics » (les pages 441-472 fournissent une bibliographie très utile).
- 26 R. Nozick, *Anarchie, État et Utopie*, Paris, PUF, 1988; J. M. Buchanan, *The Limits of Liberty. Between Anarchy and Leviathan*, Chicago, University of Chicago Press, 1975; David P. Gauthier, *The Logic of Leviathan*, Oxford, Clarendon Press, 1969, et *idem*, *Morale et Contrat: recherche sur les fondements de la morale*, Liège, Mardaga, 2000. Friedrich August [von] Hayek, *Droit, Législation et Liberté*, tome 1: *Règles et Ordre*, tome 2: *Mirage de la justice sociale*, tome 3: *L'ordre politique d'un peuple libre*. Paris, PUF, 1973, 1976 et 1979. Voir aussi, du même auteur, *La Route de la servitude*, Paris, PUF, 1985, et *The Constitution of Liberty*, London, Routledge et Kegan Paul, 1951. Sur Hayek, voir B. Melkevik, « L'épistémologie hayékienne et la question de droit: analyse et critique », dans *idem*, *Réflexions sur la philosophie du droit*, op. cit. p. 133-151.

La deuxième stratégie consiste plutôt à valoriser une autorité éthique à l'égard d'une question de droit. Il s'agit ici de mettre en scène une « autorité éthique » avec le but précis de privilégier le droit naturel correspondant au « message » éthique de ces « autorités ». Il s'agit d'utiliser concrètement le mot (et la symbolique) du droit pour la cause défendue. D'emblée, soulignons que nous ne pensons pas explicitement ici aux autorités traditionnelles, comme Saint-Thomas pour le droit naturel catholique ou à l'actualisation de celui-ci, par exemple, par le pape Jean-Paul II²⁷, mais plutôt aux « autorités nouvelles », c'est-à-dire aux héros du tiers-mondisme, de l'altermondialisme, de la politique « verte », du développement durable, des marchandises « équitables », etc. Sur le plan d'un droit naturel « éthique », toutes les causes (et les concepts mobilisés pour l'occasion) doivent être métamorphosées comme étant de « droit ». Pour ses partisans, la cause défendue, qu'il s'agisse de l'altermondialisme, de l'air frais, etc., devient l'idéo-droit que les autres refusent de reconnaître.

La troisième stratégie que nous souhaitons mentionner cherche à ancrer les « problèmes existentiels », comme soucis existentiels, dans un droit naturel éthique. Il s'agit d'une stratégie de récupération, consistant simplement à ancrer les « soucis » existentiels exprimés socialement et politiquement dans une théorie éthique préétablie dite du « droit naturel ». En fait, nous constatons, que nombre de préoccupations éthiques manifestes dans la société (dont nous pouvons citer en exemple les interrogations sur l'euthanasie, le clonage, la peine de mort, etc.) s'illustrent, par la suite, en discours dits de « droit naturel ». Concrètement, cette troisième stratégie récupère ces « soucis » existentiels en faisant croire que leur théorie éthique y répond sur le plan d'un idéo-droit de leur cru.

Mettons maintenant l'accent sur le fait qu'un partisan éthique du droit naturel n'a pas nécessairement une relation sereine et équilibrée avec son « objet ». Si, par exemple, un tel partisan utilise la théorie de droit naturel pour introduire une « obligation » ou un « devoir » de son cru²⁸, tout dialogue avec la modernité juridique risque d'être hasardeux. Avec sa théorie, en cherchant, à pallier ce qu'il considère comme « un manque » dans la société, il joue en effet toute son entreprise « éthique » sur la seule

27 Philippe I. André-Vincent, *Les Droits de l'homme dans l'enseignement de Jean-Paul II*, Paris, LGDJ, collection : Bibliothèque de philosophie du droit n° 28, 1983. Voir également Michael Stogre, *Pensée sociale chrétienne et droits des autochtones*, Montréal, Éditions Paulines, 1993, p. 182-226, cf. également les pages 241-284.

28 Voir Stephan Theron, *Morals as Funded on Natural Law*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1988.

valeur de sa propre conception du « droit naturel ». Il va sans dire qu'un partisan « éthique » de droit naturel peut de la sorte être poussé à s'engager sur les pentes glissantes d'un antimodernisme « juridique », avoué ou implicite. Le partisan du modernisme juridique ne fera jamais de même : la modernité juridique n'a pas d'ennemi au sens schmittien.

En fin de compte, lorsqu'on évalue, le droit naturel « éthique », il faut insister sur le fait que cette conception présuppose toujours qu'il existe déjà ou que nous pouvons compter, par la force magique de la « raison », sur une unanimité relative aux choix « éthiques ». Un peu de lucidité nous enseigne plutôt qu'il s'agit ici d'un leurre commode et séduisant.

LE DROIT NATUREL ET L'IMAGINAIRE JURIDIQUE

Notre troisième thèse affirmait, rappelons-le, que le droit naturel peut nous servir de « réservoir » d'imaginaire juridique. Par contraste donc, mais aussi en parallèle avec le positivisme juridique et son paradigme d'une interprétation de *lege ferenda* ou encore d'une argumentation politique du droit, en tant que corollaire de la thèse d'un « droit valide », il nous semble, peut-être à cause du partage de *law jobs* entre ledit positivisme et le droit naturel, que le « droit naturel » est davantage parvenu à alimenter ce bassin si nécessaire à notre culture juridique. Pensons, uniquement en ce sens, à l'étude magnifique d'Alan Watson, *Failures of the Legal Imagination* (Les manquements de l'imaginaire juridique), pour mesurer l'importance de l'imaginaire juridique en pratique²⁹.

Voici le point de vue auquel nous sommes parvenus pour notre part : « L'imagination juridique représente un « réservoir » non réel constitué par la pensée humaine et représenté dans différentes formes de narrations (contes, fables, narrations d'origines, histoires, épopées, poésies, romans...) qui s'adressent symboliquement à une question de droit identifiable intellectuellement³⁰. »

29 Alan Watson, *Failures of the Legal Imagination*, Edinburgh, Scottish Academic Press, 1988. Cf., *idem*, *Sources of Law, Legal Change, and Ambiguity*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1984.

30 À comparer avec la définition de Jean-Robert Henry, « Imaginaire juridique », dans André-Jean Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ et Bruxelles, Story-Scientia, 1988, 1^{re} édition, p. 180, qui définit ainsi l'imaginaire juridique : « Approche du phénomène juridique considérant le droit comme une représentation active du réel, comme une vision agissante du droit. » Il nous semble clair que l'insistance sur une « représentation active du réel » ou encore comme une « vision agissante du droit », nous fait entrer dans un hégélianisme « à la gogo » que nous considérons comme rationnellement stérile à l'égard du droit.

En ce sens, l'imaginaire juridique, se rapporte à la faculté de l'esprit (ou de la pensée) à se représenter symboliquement ou à évoquer des « images » discursives concernant une question du « droit ». Constatons immédiatement comment l'imaginaire juridique se distingue légèrement de l'utopie juridique (c'est-à-dire le droit dans un lieu qui n'existe pas³¹) ou encore, plus distinctement, d'un droit alternatif (c'est-à-dire d'un droit politique forgé pour supplanter ou corriger un « droit » effectivement en vigueur³²). La lutte « littéraire » contre la « peine de mort » peut, concrètement, servir à ancrer cette position en rappelant, surtout dans le contexte européen, que l'abolition fut préparée par différentes formes de narrations mettant en scène de pauvres gens victimes d'un système judiciaire plus ou moins corrompu. Mentionnons le roman de Victor Hugo, *Les Misérables*, lequel, structuré dans l'opposition entre un tel système corrompu et la lutte d'un « innocent », se concrétise comme une dénonciation de la peine de mort, du fanatisme de la « loi », de la « justice » et des « juges »³³. Comme nous le rappelle Philippe Malaurie, la morale « de cette histoire, c'est que le droit doit être transcendé et qu'il faut parvenir à la fraternité humaine, parce que sa raideur inflexible lui fait perdre les valeurs essentielles de l'humanité : la compassion, la charité et l'amour »³⁴. Ainsi, la conclusion s'impose : l'imaginaire juridique va de pair avec « le principe de l'espérance » ou simplement avec le pressentiment d'un problème « d'humanité » dans le domaine juridique.

31 Rappel l'étymologie du mot « utopie » comme se rapportant à un pays ou une place de nulle part : *ou* = nulle ; *topos* = place. Les auteurs classiques de l'utopie « juridique » englobent Thomas More, *De optimo reipublicae statu deque nova insula utopia*, Louvain 1516 ; Louis-Sébastien de Mercier, *L'An 2440*, Paris, Buisson, 1791 ; Jonathan Swift, *Gulliver's travels* (1726), traduction française : *Voyages de Gulliver*, Paris, Gallimard, coll. Folio n° 597, 1984. Cf. Gérard D. Guyon, « L'utopie et l'imaginaire juridique », dans *Archives de philosophie du droit*, tome 30, 1985, p. 261-275, ou Pierre-François Moreau, *Le Récit utopique*, Paris, PUF, 1982.

32 Comme dans les différents mouvements de « droit alternatif » surtout active dans les années 1970 à 1990, avec des rémittences encore d'aujourd'hui. Voir, E. Blankenburg, E. Klaus, H. Rottleuthner, *Alternative Rechtsformen und Alternative zum Recht*, Opladen, *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1980 ; N. Lopez Calera *et al* *Sobre el uso alternativo del derecho*, Valencia, Fernando Torres Editor, 1978 ; Pietro Barcellona *et al*, *L'uso alternativo del diritto*, Roma-Bari, Editori Laterza, 1973.

33 Victor Hugo, *Les Misérables*, Paris (innombrables éditions). Voir également, *idem*, *Écrits sur la peine de mort*, Arles, Actes Sud, 2002.

34 Philippe Malaurie, *Anthologie de la pensée juridique*, Paris, Éditions Cujas, 2^e édition, 2001, p. 174 (« Victor Hugo » : p. 173-179). La même phrase (et les mêmes jugements) se retrouve également dans, *idem*, *Droit et Littérature. Une anthologie*, Paris, Éditions Cujas, 1997, p. 221.

Comme le « principe de l'espérance » est le lieu même où naît la philosophie d'Ernst Bloch³⁵, nul ne s'étonnera que nous considérions son livre, *Droit naturel et Dignité humaine*³⁶, comme emblématique d'une vision du « droit naturel » insistant sur le rôle propédeutique (et toujours imaginaire) de l'homme marchant debout. Bloch effectue lui-même une mise en parallèle avec l'utopie sociale en ces termes : « l'utopie sociale visait au bonheur de l'homme, le droit naturel à la dignité humaine. L'utopie dépeignait des rapports dans lesquels les *opprimés* et les *exploités* cessent d'exister ; le droit naturel construisait des rapports où il n'y a plus ni *humiliés* ni *offensés* »³⁷.

Dans l'imaginaire juridique d'Ernst Bloch, le droit naturel demeure toujours en émergence et tout discours postulant une quelconque « réalisation » devient inéluctablement déficitaire. Le droit naturel est précisément « projeté » (et actualisé) par la mémorisation que nous pouvons nous faire de cette exigence de « marcher debout » comme homme et comme femme dans nos sociétés respectives. Est aussi actualisée l'exigence de solidarité qui nous rappelle que nous ne marchons ni « debout » ni « dignement », au sens figuré ou réel, sur le corps et sur l'esprit d'autrui.

Ce dernier élément nous fait également penser à l'insistance de Bloch sur le rôle du droit naturel face à l'effacement des obstacles sociaux qui baissent et dégradent l'individu. D'où aussi, chez lui, cette impression qu'il mobilise étrangement la si puissante théologie négative qui met en valeur la « non-représentation » de ce qui « n'est » (ou qui « n'est qu'en devenir ») et qui nous vient de la tradition chrétienne. Or, si le droit naturel envisage, comme nous l'affirme Bloch, « des rapports où il n'y a plus ni *humiliés* ni *offensés* », il faut aussitôt préciser sa thèse voulant que le « droit naturel authentique, qui posait la volonté libérée selon la raison, réclamait cette justice qui ne peut être obtenue que dans la lutte ; par là il n'entendait pas une justice venue d'en haut, qui prescrit à chacun sa part, partageant, récompensant ou punissant, mais une justice active, d'en bas, qui rende la justice elle-même inutile »³⁸. Il s'ensuit, précisément, la projection du droit naturel vers l'imaginaire d'un « droit » que nous réalisons dans notre

35 Ernst Bloch, *Le Principe espérance*, Paris, Gallimard, 1976. Voir, Lucien Pelletier, « Prière pour une lecture d'Ernst Bloch », dans *Argument* (Québec), vol. 5, n° 2, 2003, p. 176-182.

36 Ernst Bloch, *Droit naturel et Dignité humaine*, Paris, Payot, coll. Critique de la politique, 1976.

37 Ernst Bloch, *op. cit.*, p. 13.

38 Ernst Bloch, *op. cit.*, p. 13-14.

lutte pour marcher debout. Autrement dit, le droit naturel «imaginaire» ne se réalise que dans (et par) des luttes concrètes et réelles.

Ne quittons pas pour autant la théorie de Bloch sans insister conjointement sur un autre aspect de cette théorie de l'imaginaire juridique, à savoir le constat que l'histoire du droit et l'histoire de la doctrine du droit naturel se conjuguent dans une herméneutique de lecture (c'est-à-dire une interprétation) émancipatrice. Bloch nous invite en fait, loin de tout présupposé de «progrès», à lire, à interpréter ces histoires à la lumière d'une marche de l'homme en vue de l'émancipation intégrale. En fait, il introduit le symbole de «dignité humaine» comme le préconçu dans des histoires de l'homme, symbole souvent trahi dans les faits, mais qui existe comme espoir dans les interstices des histoires particulières.

C'est en ce sens précis que nous pouvons considérer les grands pans du nouveau «narrativisme juridique» comme travaillant également à la lumière d'un droit naturel imaginaire. Certes, tous les partisans du «narrativisme» ne seront pas disposés à se voir rangés dans une telle classification, mais dans la mesure où plusieurs s'engagent dans l'entreprise de raconter, de «réciter» ou de «recompter» le droit en ses différentes manifestations dans des histoires particulières, des poésies, des iconographies, des mythologies, des symboliques, etc., le paradigme d'un «droit naturel» (même réduit à sa simple expression rationnelle) devient, implicitement, la conséquence pratique concernant le «droit». La mise en signification projette, en effet, la question du «droit» vers une instance de l'imaginaire qui devra être susceptible de nous interpeller et, surtout, de donner lieu à sa propre répétition narrative. Il importe peu de savoir s'il s'agit des hommes et des femmes cherchant à «marcher debout» comme chez Bloch, ou uniquement d'une réflexion sur la formation d'une «conscience» ou encore de l'espoir de voir se briser tout «sens atrophié»³⁹ du droit, dans la mesure précise où la conséquence à tirer projette l'entreprise juridique vers un imaginaire juridique toujours ouvert.

En ce sens, il nous semble clair que de larges pans du «narrativisme juridique» contemporain travaillent effectivement sous l'auspice d'un droit imaginaire. Un «droit imaginaire» immergé dans les symboles, les poésies ou les chants, etc., et qu'il faut faire émerger dans la potentialité qu'il représente, en soi ou en conjugaison avec d'autres repères «culturels», un

39 Paulo Ferreira Da Cunha, *Le Droit et les Sens*, Paris, L'Atelier de l'Archer, 2000, p. 130, voir à la page 131: «Le droit est progressivement devenu insipide, et le flair, si propre à la vertu de la prudence, en est venu à être confié (comme le langage courant le montre) à la sagacité des politiciens. Le droit est aussi devenue inodore. Qu'en serait-il de la vue?»

«droit» qui «se veut» ou, simplement, qui se «mémorise» pour mieux se dire! D'où d'ailleurs la figure d'une «juridicité immergée», comme la partie invisible de l'iceberg, ou mieux une narration qui interpelle l'ordre juridique étatique pour mieux se retrouver dans une interprétation opératrice ouverte à de telles narrations⁴⁰.

C'est subséquentement comme «pérennité juridique» que les narrations incorporées au «droit» se projettent vers un imaginaire juridique susceptible, selon ses protagonistes, de nous rappeler notre «universalité» entièrement «humaine», que nous devons respecter pour être encore dans notre «droit». Comme telles, les narrations «incorporées» du droit ne peuvent devenir que l'humus d'un imaginaire s'imposant au droit, dans une dialectique non déterminée, oscillant entre liberté et réalisme, sous l'auspice d'un humanisme présupposé non problématique.

Il y a certes davantage de choses à dire sur l'imaginaire juridique car il s'agit d'un domaine en effervescence. Dans notre perspective, il est pourtant facile de constater ici comment ce domaine attire aujourd'hui de plus en plus d'auteurs de première importance. Or, lorsqu'on investit la question du droit par le biais de ses manifestations symboliques ou narrations, c'est toujours un idéo-droit qui en résulte.

UN COUP D'ŒIL EN ARRIÈRE

Avons-nous, en fin de compte, réussi à prouver que le droit naturel peut *rejoindre* la modernité juridique? Il nous semble en effet que oui car notre appréciation argumentative du droit naturel, se voulant détachée et non passionnée, a mis en avant que nous pouvons apprécier les théories du droit naturel comme soumettant à notre réflexion un éventail de choix culturels, éthiques ou «imaginaires» qui ne peuvent que nous inspirer, aujourd'hui, dans la tâche immense d'alimenter le réservoir de notre modernité juridique. Il en va de même avec le «positivisme juridique» qui, dans la mesure où il influence notre façon d'écrire les différentes «doctrines» (ou «dogmes») du droit, a accouché de cette littérature si nécessaire qu'est la doctrine de droit et que nous devons toujours apprécier à sa juste valeur, sans pour autant arrêter notre réflexion à ce stade «dogmatique», mais en la prolongeant par d'autres moyens vers la modernité juridique qui la rend possible et indispensable.

40 José Calvo, «Identité culturelle et ethnologie juridique (Les «Carceleras» et le krausisme)», dans *Revue internationale de sémiotique juridique*, vol. 13, 2000, p. 432.

En somme, si nous pouvons donc dire que la logique de *rejoindre* fonctionne, c'est désormais la question, les ramifications et les conséquences pour la modernité juridique qui doivent nous préoccuper tant en pratique, en théorie qu'en philosophie du droit. En ce sens, il faut retenir que l'exigence stipulant que les sujets du droit doivent pouvoir se réaliser mutuellement comme des auteurs et des destinataires de leurs droits, de leurs normes et de leurs institutions (surtout juridiques), propulse la réflexion sur l'entreprise juridique vers des directions dans lesquelles aussi bien le positivisme juridique que les théories du droit naturel ne peuvent être que des matières brutes, comme l'humus où se trouvent les sujets du droit dans leurs enracinements culturels, ainsi que dans leur complète liberté démocratique. Ainsi s'esquisse le rôle non négociable des sujets du droit comme étant simultanément le lieu de la réflexion sur le droit et le lieu d'action prenant au sérieux le projet juridique moderne et l'auto-législation démocratique.

CHAPITRE 5

LE DROIT ENTRE ÉCOLOGIE ET ŒKOUMÈNE. POUR UNE NORMATIVITÉ PUBLIQUE¹

Écologie ou œkoumène²? En articulant notre réponse, qui procède du choix du second, nous tenterons, bien modestement, d'esquisser le cadre philosophique de certaines préoccupations que suscite la dégradation de l'environnement, voire l'actuelle crise environnementale mondiale. Notre propos consistera précisément à rendre compte de ce choix de l'œkoumène, à présenter ses raisons, et notamment à restituer la manière dont il s'explique par des préoccupations philosophiques propres à la question de notre rapport à l'«environnement» ou à la «nature». L'accent sera ainsi mis sur les répercussions, tant pratiques que théoriques, du choix de la perspective de l'«œkoumène», et ce, au regard du paradigme d'une modernité juridique en perpétuelle construction. Cela nous amènera donc sur le terrain de la philosophie du droit, qui est la seule à permettre une distanciation suffisante à l'égard du sentiment d'urgence qu'entretient un certain «écologisme»³.

Notre questionnement considérera les problèmes environnementaux avant tout sous l'angle de la «normativité publique» ou mieux, et pour paraphraser Habermas, comme relevant d'une «logique communicationnelle»⁴. À cet égard, nous rejetterons tout projet éthique de type déontologique,

1 Conférence présentée lors du colloque «Éthique de l'œkoumène», Université d'Ottawa, le 12 mai 1999.

2 Le mot «œkoumène» peut également s'écrire «écoumène». Notre choix s'explique par le titre du colloque auquel cette conférence a été présentée.

3 H. Jonas, *Le Principe responsabilité: une éthique pour la civilisation technologique*, Paris, Cerf, 1990. Sur cet auteur, voir G. Hottois et M.-G. Pinsart (dir.), *Hans Jonas. Nature et responsabilité*, Paris, Vrin, 1993.

4 J. Habermas, *Théorie de l'agir communicationnel*, 2 vol., Paris, Fayard, 1987. Voir aussi, du même auteur, *De l'éthique de la discussion*, Paris, Cerf, 1992; *Morale et Communication. Conscience morale et activité communicationnelle*, Paris, Cerf, 1986.

substantialiste ou encore essentialiste en raison du parti pris inhérent aux doctrines dont il se réclame. En dehors de telles impasses, seul l'horizon d'une normativité publique, ouverte, pluraliste, et qui est toujours à construire démocratiquement nous semble permettre d'envisager une réponse aux attentes légitimes des mouvements écologistes et d'une population préoccupée par la dégradation de l'œkoumène de même qu'aux demandes des professionnels (juristes, arpenteurs-géomètres, urbanistes, géographes, etc.), qui n'attendent que l'avènement d'une normativité élargie pour les guider et se constituer en cadre de leurs actions.

Dans un premier temps, nous traiterons de l'actuelle dérive idéologique qui coïncide avec l'«écologie». Nous examinerons ensuite la notion d'«œkoumène», pour découvrir qu'elle sensibilise davantage aux choix normatifs qui s'imposent en matière environnementale. Forts d'une telle perspective, nous nous pencherons enfin plus attentivement sur la manière dont les questions environnementales peuvent relever d'une normativité publique. Cette dernière analyse nous fournira l'occasion de réfléchir sur la question d'une certaine «publicité» des enjeux environnementaux, publicité qui ne peut se réaliser qu'au sein de processus démocratiques multiples.

L'ÉCOLOGIE ET L'ABÎME DU MONOLOGISME

Il nous faut affronter d'entrée de jeu le problème de la polysémie du vocable «écologie». Soulignons que celui-ci fait d'abord référence, en tant que terme didactique, aux travaux scientifiques portant sur les rapports entre les êtres vivants et leur milieu. En ce sens, la notion ne renvoie à rien d'autre que la production d'une certaine «connaissance» sinon de certaines informations et rejoint, au point de pouvoir s'y inscrire comme nous le verrons, la perspective de l'œkoumène. «Écologie» prend ensuite une tournure idéologique dans la mesure où son sens procède alors d'une «conscience de monologue» qui, suivant une logique hyperbolique, veut s'arroger le droit exclusif d'interpréter la nature, sinon le monde. Le terme désigne ainsi ce mouvement idéologique qui vise à un «meilleur équilibre entre l'homme et la nature» de même qu'à la protection de celle-ci ou encore le courant politique défendant ce mouvement. L'écologie ainsi comprise en tant que «conscience aiguë» ou simplement comme idéologie, c'est-à-dire l'«écologisme», se propage telle une «pensée unique» relativement aux rapports entre l'homme et la nature, voire à la «vie de l'homme». Tandis qu'au sens premier, elle ne fait que fournir des

informations pouvant toujours donner lieu à la réflexion, l'écologie au sens second entend se substituer à tout jugement et à « s'absolutiser », se hisser au-dessus des hommes et des femmes de ce monde, au rang de prêt-à-penser quasi magique, ubiquiste et intemporel. S'il n'est certes pas à notre gré, c'est pourtant ce dernier emploi du terme « écologie » auquel nous nous intéresserons en la circonstance. Nous nous pencherons justement sur l'« écologie » en tant qu'obstacle à la saine réflexion qu'exigent les enjeux environnementaux, voire en ce qu'elle occasionne une certaine dérive intellectuelle en faisant bifurquer la pensée vers un monologisme stérile sinon funeste, car pouvant se radicaliser au point de comporter des risques de fanatisme et de folie meurtrière.

LE MONOLOGUE D'UN « JE » RÉIFIÉ

Une grande partie de la documentation (et des discours) traitant de questions environnementales s'adresse au lecteur (ou au partisan) sur un mode de monologue, soit celui du « je ». Il s'agit d'une logique mettant en scène, côté cour, un « je » de responsabilité, de conviction, de l'« *insight* » et, côté jardin, un autre « je » devant prendre conscience de l'urgence des problèmes écologiques. Et ce dernier « je » doit pouvoir s'adresser directement, c'est-à-dire sans truchement aucun et par mimétisme, au premier « je » de responsabilité. C'est ainsi que se pose le risque d'un « je » estropié, sinon pétrifié, réifié, n'évoluant plus jamais qu'en vase clos parce que gravitant en hétéronomie autour de la « conscience » éthique et de la « connaissance » écologique. Deux moments du processus d'une telle réification du « je » peuvent être relevés.

Insistons d'abord sur le fait que le « je » se réfère alors à une éthique de monologue qui fait « siens » les problèmes écologiques. Le « je » se constitue de la sorte solitairement à la faveur d'une prétendue prise de conscience grâce à laquelle serait évaluée la mesure des problèmes environnementaux. Structurant l'appréciation de ces problèmes sur le plan narratif, c'est-à-dire à partir de son histoire personnelle ou en fonction de son récit collectif de prédilection, ou encore sur le plan interprétatif en s'alimentant à même le réservoir d'informations « scientifiques » de l'humanité, le « je » accepte le discours de l'écologie sur une base « précritique ». Il le reçoit en sa qualité d'appréciation personnelle d'opinion sur l'actuelle crise, voire sur le présent état d'urgence écologique.

Soulignons ensuite que de cette façon l'individu, ne maîtrisant généralement guère le sens et la portée des informations que fournit la science, se retrouve isolé, donc seul et sans défense. S'il est vrai que les

sciences donnent des informations autant appréciables que précises, il faut reconnaître que le discours scientifique n'hésite pas à fabriquer modèles, pronostics, scénarios, etc. Certes, ce faisant, la science ne souffre pas d'un défaut de légitimité. Or, il convient de garder à l'esprit qu'à l'instar des informations qu'elle fournit, ses principes, hypothèses et prédictions sont difficilement interprétables et le plus souvent d'une portée bien précise et circonscrite. Dans la mesure où la panique peut bien être symptomatique du sentiment de vulnérabilité qui accompagne normalement toute situation d'isolement, cette façon qu'a le discours écologique de prendre au tragique les conjectures de la science, pour en offrir une adaptation sur le thème du cataclysme imminent et appelant une action immédiate, doit en effet attirer l'attention.

Nous en arrivons donc à deux constatations du danger que représente un « je réifié » en proie au tourment de sa propre conscience écologiste. Car ce que nous venons d'apercevoir est justement la fragilité d'un « je » submergé, perdu dans des discours écologiques et n'ayant qu'une faible capacité de jugement réfléchi. Précisons simplement qu'une telle « conscience éveillée » place le sujet dans une situation où il n'a pas de possibilité réelle de recours à quelque « normativité publique », où, ne pouvant prendre appui que sur la base d'une idéologie éthique de monologue, il demeure seul avec cette conscience formée en opposition d'un monde qui aurait trahi l'« écologie », la nature, les animaux, etc. D'où ce sentiment d'urgence, en l'occurrence urgence de s'opposer à tous ceux qui, dans le meilleur des cas, ne sont qu'inconscients, insoucients ou carrément bêtes ou qui, dans le pire, sont guidés par l'égoïsme, la convoitise, l'arrogance et l'avidité du profit ou par une simple insensibilité « criminelle » à l'endroit de ceux qui souffrent de la dégradation de l'environnement et de la destruction des autres formes de vie que l'humaine.

C'est ponctuellement que nous employons la locution « je réifié » car, dans la pensée écologiste, la personne, l'individu devient un « fait », de sorte qu'il n'arrive plus à se référer à une « normativité publique » ni à participer à son développement. Or, si un tel « je réifié » se conjugue aussi bien avec une certaine « résignation écologique » (« après moi le déluge ») qu'avec l'éco-terrorisme (« tuer des chasseurs, c'est sauver des baleines ») — qui se présentent tous deux comme autant d'impasses —, il se manifeste également en mettant en avant une conception irréaliste de la nature suivant laquelle celle-ci serait un « sujet de droit ».

LA NATURE COMME ÉMANATION D'UN « JE » AUTO-RÉIFIÉ

Qu'il en vienne à se figurer la nature tel un « sujet de droit », à revendiquer des « droits » au nom de la nature démontre clairement l'insuffisance de l'écologisme du « je réifié ». En effet, qu'ils portent sur la nature animée ou sur l'inanimée, nous ne pouvons qu'être frappés par la manière dont ces discours, construits dans l'axe de la conscience, de l'éthique et d'une prétendue scientificité, veulent introduire un « je » dont le monologisme demande à l'humain d'abdiquer en faveur d'une nature de nouveau sacralisée⁵. Chacun de ces discours radicalise le « je » et l'engage sur la pente de l'irrationalité. Et leur mot d'honneur, « droit » en l'occurrence, se vide ainsi de son sens, ainsi que l'a confirmé du reste une analyse plus poussée⁶.

Prenons d'abord l'exemple de ce courant dit de l'« écologie profonde » qui, dans une veine spinoziste⁷, soutient que l'humain n'a qu'une chose à faire : prendre pour seul guide la sagesse « écosophique », voire se placer tout entier sous sa protection, sous sa tutelle. Son postulat est que la science ou ce qu'il présume être la science ne peut occuper qu'une place de second ordre à côté de la prétendue « valeur intrinsèque » de la nature⁸. Et cela implique la thèse de l'omniprésence physique des « valeurs », d'ailleurs aussi faussement qu'aisément identifiées aux « droits » des rivières, des montagnes, des forêts, des animaux, etc. : aux yeux de l'écologie profonde, telle ou telle rivière, par exemple, a simplement un « droit ».

Quant au courant utilitariste, dont la présence au sein de la contemporanéité juridique est si forte, il produit un même son de cloche

5 L. Ferry, *Le Nouvel Ordre écologique. L'arbre, l'animal et l'Homme*, Paris, Grasset, 1992.

6 B. Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit*, Québec/Paris, Les Presses de l'Université Laval/L'Harmattan, 1998 (nouv. éd. 2004), p. 39-56.

7 Rappelons que pour Spinoza tout individu dépend de la puissance générale de la « Nature » : « Voici comment je raisonne : rien ne se produit dans la Nature qui puisse être rapporté à un défaut de cette Nature, puisqu'elle est toujours la même, que partout sa force et puissance d'agir est une et identique, c'est-à-dire que les lois et règles de la Nature, suivant lesquelles tout arrive et se transforme, sont partout et toujours les mêmes ; c'est pourquoi il n'y a qu'un seul et même principe pour comprendre la nature des choses, quelles qu'elles soient : par les lois et règles de la Nature » ; (Spinoza, *Éthique*, III, « Introduction »).

8 A. Naess, *Ecology, Community, and Lifestyle: Outline of an Ecosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989. Voir également le numéro thématique intitulé « Arne Naess's Environmental Thought » de la revue *Inquiry. An Interdisciplinary Journal of Philosophy* (vol. 39, n° 2, 1996) de même que l'ouvrage publié sous la direction des P. Reed et D. Rothenberg et intitulé *Wisdom in the Open Air. The Norwegian Roots of Deep Ecology* (Minneapolis, University of Minnesota Press, 1992).

dans la mesure où, participant d'un certain physicalisme, voire d'un biologisme, il conduit ceux qui y adhèrent à voir des questions juridiques dans toute situation où de la « douleur » est éprouvée⁹. Ainsi, de la question de l'existence d'un système nerveux dépendrait toute question de « droit ». Et tandis qu'il refuse toute hiérarchisation arbitraire des espèces¹⁰, l'écologisme utilitariste milite en faveur de l'émancipation « juridique » de tous ces « je » chimériques qui peuvent souffrir, parmi lesquels les oiseaux, les poissons et les vers de terre, par exemple, qui sont ainsi placés sur le même rang que l'homme¹¹.

Ajoutons aux exemples précédents celui du courant néo-romantique de l'écologie, courant auquel préside une rationalité esthétique dans laquelle l'image d'une nature généreuse souillée par ses enfants ingrats puise sa force. Ainsi, la métaphore de la « nature » est-elle reprise par le publiciste Michel Serres, chez qui elle se voit attribuer le rôle d'une « mère » généreuse, trahie et corrompue par ses enfants¹². Et c'est par une imagerie « contractuelle » — dont l'inspiration commune est l'image d'un « contrat » passé avec la nature — que ce même auteur évoque l'idée d'« égalité », une égalité à rétablir, puis à respecter. C'est précisément l'essence esthétique de l'imagerie ainsi mise en scène qui, comprenant des figures telles que celles du contrat, de l'égalité et du respect, veut faire revêtir aux rapports entre l'humain et la nature un aspect juridique.

Mentionnons, enfin, le courant dit de l'« éco-pragmatisme », qui s'efforce à comprendre pourquoi l'on ne reconnaîtrait pas des « droits » à la nature (inanimée tout comme animée), et ce, compte tenu du fait que le résultat en serait bénéfique tant pour le « je » de la nature que pour le « je » qui tire profit de cette nature. Ne voyant pas — ou ne voulant pas voir — de raisons à un tel refus, l'éco-pragmatisme émet des suggestions qui se détachent sur un fond d'anthropomorphisme « juridique ». Suivant Christopher D. Stone, par exemple, il s'agirait justement, tout en reconnaissant des droits à la nature, de « faire compter » celle-ci parmi les

9 Voir, J. Bentham, *Déontologie ou Science de la morale* (1834), dans *Œuvres*, t. 4, Aalen, Scientia Verlag, 1969, p. 9, où Bentham dit quela véritable question qui se pose au sujet des animaux est la suivante : « Sont-ils susceptibles de souffrance ? [...] La question n'est pas : peuvent-ils raisonner ? Peuvent-ils parler ? Mais : peuvent-ils souffrir ? »

10 G. Chapouthier, *Les Droits de l'animal*, Paris, Presses universitaires de France, coll. « Que sais-je ? », n° 2670, 1992.

11 P. Singer, *La Libération animale*, Paris, Grasset, 1993 ; *Questions d'éthique pratique*, Paris, Bayard, 1997.

12 M. Serres, *Le Contrat naturel*, Paris, Flammarion, 1992.

«droits»¹³, quitte à faire de la «communauté» l'agent des «droits» de la nature.

Ce qui relie tous ces discours, c'est la figure emblématique du «je» réifié, qui ne peut penser, soutenir ou revendiquer qu'un droit également réifié. Car, au final, la «bonne conscience» se refuse à élaborer des normes juridiques portant sur la nature et sur les préventions et règlements de problèmes environnementaux : la «bonne conscience» se contente d'une solution magique, quand elle ne se laisse pas éblouir par son propre discours¹⁴. En effet, à quoi bon s'échiner à produire des normes pouvant servir la modernité juridique, le véritable droit, si prétendument un tel «droit» existe déjà? Si le «droit» à la fois réside dans la «nature» et lui est destiné, ne devons-nous pas abdiquer, nous soumettre, voire disparaître de la surface de la terre?

LA SOLITUDE D'UN «JE RÉIFIÉ» DEVANT UNE «NATURE» SOUFFRANTE

Sans conteste, le modèle de monologue du «je», qui se reflète dans de larges pans de la pensée juridico-écologique contemporaine, est symptomatique de la difficulté qu'a la philosophie juridique à penser le droit autrement que comme un ensemble de droits subjectifs qui seraient autant intangibles que «naturels» («mon» droit, «ton» droit, «son» droit), autrement que comme la somme de tous les «je» atomiques du «droit» qu'on puisse imaginer ou plutôt que comme le résultat de leur simple juxtaposition. Ce dont ce modèle est porteur en effet, c'est d'à peu près tout, tout sauf la possibilité d'un droit à se donner réciproquement puis à partager, en d'autres termes, d'un «nous» juridique. Or, plus que sa simple possibilité, c'est à notre sens l'exigence d'un tel «nous» — juridique

13 C.D. Stone, *Earth and Other Ethics: the Case of Moral Pluralism*, New York, Harper & Row, 1987; *The Gnat is Older Than Man: Global Environment and Human Agenda*, Princeton (N.J.), Princeton University Press, 1993; «Should We Establish a Guardian to Speak for Future Generations?», dans K. Tae-Chang et J.A. Dator (dir.), *Creating a New History for Future Generations*, Kyoto, Institute for integrated study of future generations, 1994, p. 127-139.

14 Voir L.K. Sosoe, «D'un prétendu droit de la nature: trois hypostases», *Cahiers de philosophie politique et juridique* (Université de Caen), n° 22, 1992, p. 181-203, plus spécialement à la page 203, où l'auteur présente l'analogie qu'il perçoit entre la thèse d'un «droit» pour la nature et le panjuridisme: «(...) dans l'optique des théories pan-juridiques, le droit devient ce principe inexplicable qui nous permet d'identifier ce qui est et de le connaître comme tel. En d'autres termes, le mode d'être et de connaître de la nature — et c'est bien là la signification proprement philosophique qui semble se dégager de ces différentes théories, c'est le droit. Tout est aspect du droit. Le droit est tout.»

et démocratique — qui se situe au cœur du projet juridique moderne, si bien que c'est elle qui lui donne tout son sens. Et c'est justement son insistance sur une telle nécessité qui nous a séduits dans la notion d'«œkoumène», que nous abordons maintenant.

ŒKOUMÈNE ET PARTAGE DE LA MAISON DE L'HOMME

Aborder la notion d'œkoumène consiste normalement à expliquer son sens, ce qui ne peut guère être fait par la simple référence à quelque lexique. C'est que cela nécessite davantage de développements. Mais disons d'abord que la notion est utile à la poursuite de cet objectif fondamental qui est celui de se défaire de l'image dichotomique d'une «nature» extérieure, voire étrangère à l'homme au point de pouvoir y être opposée — l'«homme» et la «nature», la «nature» par opposition à l'«homme» et vice-versa —, ainsi que de celle de l'homme en tant que maître négligent ou cruel de la nature — comme dans les romans de Dickens mettant en scène un pauvre garçon «naturel» soumis à un maître mesquin et cruel. La notion d'œkoumène est utile à la poursuite de ce dernier objectif car, à l'inverse d'une telle figure, il est pressant de s'employer à en introduire une autre qui puisse opérer un rapprochement entre l'homme et la nature et se révéler à la fois plus réaliste et plus utile dès lors qu'il agit de s'attaquer aux problèmes environnementaux. Il nous était difficilement pensable de n'aborder la notion d'œkoumène qu'à la manière d'un dictionnariste, en faisant l'économie de sa mise en contexte, contexte auquel doit s'alimenter son sens. Introduire une nouvelle figure des rapports entre l'homme et la nature par le recours à la notion d'œkoumène, voilà donc ce à quoi nous pouvons maintenant nous atteler. Et nous le ferons en nous penchant d'abord — toujours en philosophie du droit — sur le sens à donner à cette notion, puis sur la perspective qu'elle ouvre, enfin sur l'important rehaussement de la dimension esthétique de notre «habitat» qu'elle accomplit.

L'ŒKOUMÈNE OU LA NATURE COMME LIEU D'HABITATION

Avouons-le, ce qui nous intéresse précisément dans la notion d'«œkoumène», c'est son insistance, même en son sens étymologique¹⁵, à

15 «Œkoumène» vient du mot grec «*oikos*», qui signifie «habitation».

montrer la terre comme un lieu d'habitation, comme comprenant un «espace habitable», un lieu où se rencontrent nature et culture. L'«œkoumène» est tout simplement un «lieu d'habitation», avec tout ce que cela implique relativement aux individus et aux choses qui veulent ou doivent occuper un tel lieu. Augustin Berque définit le concept d'œkoumène dans un registre plutôt poétique. Aujourd'hui, dit-il, «l'écoumène, c'est la Terre elle-même. Mais pas la Terre comme simple corps physique, ni même comme entité écologique, telle qu'elle pourrait l'être si nous — l'humanité — n'existions pas; l'écoumène, c'est la Terre en tant que nous l'habitons. Plus encore: *en tant que lieu de notre être*¹⁶.»

Donc, si la notion d'œkoumène était à l'origine une notion géographique désignant seulement l'«espace habitable» de la terre, de sa surface, du territoire, de la nature, etc., elle accentue aujourd'hui ce qui fait de cet espace davantage qu'un simple «environnement»: «œkoumène» désigne aussi de nos jours l'espace de la terre qui a été *aménagé* par l'homme. Bien qu'elle soit susceptible d'être expliquée dans un style poétique comme nous venons de le voir, la notion d'œkoumène est loin d'être une cote mal taillée dans quelque matériau romantique ou idéologique. Bien au contraire, elle ne fait qu'indiquer, presque prosaïquement, que, *dans la pratique*, nous vivons au sein de la nature, de l'environnement, comme dans notre habitation. De cette façon, l'œkoumène fait de la place à la volonté, au choix et à l'action; il fait part de ce que notre façon de vivre sur terre en tant qu'hommes et femmes, notre qualité de vie est tributaire, notamment, de notre intelligence, de notre habileté et de notre normativité relativement à notre habitat, qui présente évidemment des dimensions écologiques.

Cependant, à la différence d'une pure question d'«écologie», c'est-à-dire d'espace «sauvage» inhabité et donc non aménagé par l'homme, celle que soulève l'œkoumène en tant que «maison de l'homme» est celle d'un point de vue terre à terre, prenant acte de notre présence au monde, et des problèmes et enjeux écologiques qui doivent être considérés. Car, pour citer de nouveau Augustin Berque, «[l]a Terre n'est pas uniquement l'environnement indispensable à notre vie biologique, comme elle l'est pour toutes les espèces vivantes de la biosphère. Elle est, comme écoumène, la condition qui nous permet d'être humains. Sans écoumène, nous serions comme les autres animaux»¹⁷.

16 A. Berque, *Être humains sur la terre: principes d'éthique de l'écoumène*, Paris, Gallimard, 1996, p. 12. Voir également, du même auteur, *Écoumène. Introduction à l'étude des milieux humains*, Paris, Belin, 2000.

17 *Ibidem*.

Or, comme il nous est impossible, en tant qu'humains, de vivre comme des bêtes, c'est en fin de compte l'aménagement de l'œkoumène qui constitue toujours notre horizon. Aussi n'avons-nous de cesse de faire face aux choix qu'implique un tel aménagement. Avoir conscience de cela, c'est comprendre que cette « nature », cet environnement que nous habitons, est déjà en partie notre œuvre. Elle l'est en fait depuis des millénaires. Plus exactement, nous nous sommes, la nature et nous, en quelque sorte, modelés l'un l'autre de temps immémorial, à telle enseigne qu'aujourd'hui encore nature et culture vivent souvent en symbiose. Mais puisque nous vivons ainsi souvent en union étroite, nous comme « produit » indéterminé de notre habitat, au sens premier du terme¹⁸, et l'habitat au sens second du terme¹⁹, comme notre produit déterminé, il est possible de dire que nous modelons plus la nature qu'elle ne nous modèle. Aussi, désirons-nous ici insister sur le fait que la nature, l'environnement, est pour une large part humaine, presque notre demeure.

De fait, il suffit de gravir une colline et de poser son regard sur la « nature » qui se déploie sous ses yeux pour pouvoir considérer l'œuvre de l'homme : le sentier, si ce n'est la route, qui le permet, le confirme déjà, pour ne rien dire des champs en culture, des maisons, des bateaux et des rivières harnachées, par exemple. Et l'écologiste, qui s'est convaincu du contraire en se réfugiant dans la « nature sauvage », ne peut que s'être illusionné, puisque le simple fait de s'y retrouver devrait suffire à lui confirmer que la « nature » est bel et bien devenue la maison de l'homme !

UNE HABITATION PARTAGÉE

Les réflexions qui précèdent nous amènent inévitablement à constater que l'œkoumène est l'espace habitable que l'humanité partage et aménage, ce qui ne peut faire autrement que de soulever la question des choix qu'impliquent de tels partages et aménagements. Se poser la question est d'ailleurs l'occasion de se livrer à une analyse critique des « forces anonymes » qui influencent souvent ces choix, à notre insu et grandement, et parfois au point de les déterminer.

Pour autant, embrasser la nature, l'environnement, la terre comme œkoumène soulève avant tout un questionnement : à titre d'humanité, quel

18 « Habitat » au sens premier que lui donne *Le Petit Robert* signifie « [m]ilieu géographique propre à la vie d'une espèce animale ou végétale ».

19 « Habitat » au sens second que lui donne *Le Petit Robert* signifie « [m]ode d'organisation et de peuplement par l'homme du milieu où il vit ».

genre d'habitation voulons-nous? Comment devons-nous aménager notre espace? Quels sont nos critères en matière de confort, de propreté, de fonctionnalité, de beauté, etc.? Et si nous pouvons affirmer au sujet de la notion d'œkoumène qu'elle ouvre un horizon de partage, c'est justement parce que nous seuls, en tant qu'humains, pouvons répondre à de telles questions. Car s'il est vrai qu'en quelque sorte l'homme vit en « communauté de destins » avec la nature, il ne faut pas méconnaître le rôle singulier qui lui échoit en propre: seul l'homme est capable de soumettre son action à des normes qu'il a lui-même élaborées, puis fixées, et ce, y compris à l'égard de l'environnement. N'habitant ou n'occupant jamais qu'un *territoire*, les animaux peuvent le fuir au besoin. Il en va différemment de l'homme, qui peut certes se déplacer, mais à qui la fuite de l'œkoumène est impossible. Et seul l'homme peut s'efforcer de corriger une situation qu'il juge intenable.

En soulignant le fait que la nature, la planète bleue, notre planète, n'est rien d'autre que notre demeure, nous ne cherchons à vrai dire qu'à le rappeler. Ainsi souhaitons-nous rendre présent à la mémoire du lecteur le recours obligé à l'intelligence pour l'aménagement de la « maison de l'homme ». Comme on le voit, sous la perspective de l'œkoumène apparaît le fait que rien n'est jamais absolument fixé à cet égard. L'intelligence, cette faculté de l'esprit de l'homme, est perpétuellement convoquée en vue de l'évaluation de ses diverses expériences des mondes entrecroisés de la nature et de la culture. Et l'évaluation continue par l'homme de son expérience d'habitation de l'œkoumène conditionne évidemment l'évolution de celui-ci.

Or, la science ou les sciences « écologiques » se révèlent des plus fécondes chaque fois qu'il s'agit pour l'homme d'entreprendre quelques travaux d'aménagement de l'œkoumène. Nous ne parlons pas ici des « écologismes », mais bien de ces sciences qui nous en apprennent sur les rapports entre les êtres vivants et leur milieu, nous aident à fabriquer divers « outils » et nous éclairent sur nos choix. Car, si habiter la terre n'est aujourd'hui possible à l'homme qu'en pleine connaissance de cause, jusqu'à preuve du contraire, cette « connaissance » ne saurait provenir d'ailleurs que de la science. Et la moisson scientifique ne peut que *témoigner* de notre façon d'habiter l'œkoumène et de ses conséquences: l'« écologie » ainsi comprise n'a guère de statut au-delà de la connaissance des rapports entre les êtres vivants, dont les humains, et leur milieu — c'est-à-dire, dans le cas de l'homme, de l'œkoumène.

Maintenant, en ce qui a trait précisément aux choix qui seront faits, puis aux actions qui seront entreprises sur la base des informations

produites par la science, il faut faire confiance à l'«ingéniosité» de l'homme. Plutôt que de lui être soumis, celui-ci habite la «nature»: il est autonome et donc «libre» de déployer toutes ses facultés afin de l'aménager et de la protéger.

Il n'est pas sans intérêt d'évoquer les différents scénarios écologiques de catastrophe que d'aucuns prévoyaient dans les années 1960, 1970, 1980 ou encore 1990²⁰, pour rappeler qu'ils ne se sont pas déroulés. Ces scénarios, qui annonçaient la «fin» du pétrole, celle de l'ensemble des ressources naturelles ou encore une famine telle qu'elle aurait décimé l'humanité vers la fin du siècle dernier, font presque sourire à présent. S'ils étaient certes fondés scientifiquement, ils omettaient un facteur qui, du reste, n'avait rien de scientifiquement calculable, à savoir l'ingéniosité humaine. Cette ingéniosité «travaille» autant l'homme que celui-ci la fait travailler et, parce que nature et culture confluent, le rappelle constamment à sa «demeure», à l'œkoumène. Plutôt que d'être dominé par quelque prédestination donc, l'homme est bien responsable de son destin.

Ainsi s'estompent, hors de tout «anthropocentrisme» aussi bien que de tout «écocentrisme», les contours de la place particulière qui revient à l'homme du simple et irréductible fait qu'il est un être autonome qui *habite* la terre. Pour autant, ces traits ne peuvent former qu'une esquisse préfigurant de nécessaires dialogues normatifs à propos de cette habitation qu'est l'œkoumène.

HABITER L'ŒKOUMÈNE EN BEAUTÉ

Après avoir présenté la nature comme un lieu d'habitation, c'est-à-dire en tant qu'œkoumène, et mis en lumière le fait que le partage de ce lieu par ceux qui l'habitent implique que des choix doivent constamment être faits, nous nous engageons maintenant sur une troisième piste de réflexion qui nous mènera à des considérations d'ordre esthétique: il convient à présent de nous pencher sur la question de la «beauté» de l'habitat.

À cet égard, il nous faut admettre qu'à la suite de notre analyse des différents discours réclamant que la «nature» soit tenue pour un «sujet de droit», nous avons été frappés de constater que ceux-ci sont tous

20 D.H. Meadows *et al.*, *The limits to growth: a report for the Club of Roma's project on the predicament of mankind*, New York, Universe Books, 1972; M. Mesarovic et E. Pestel, *Mankind at the turning point: the second report to the Club of Rome*, New York, Dutton, 1974. Voir également, R. Carson, *Silent spring*, Boston, Houghton Mifflin, 1962; B. Commoner, *L'Encerclement*, Paris, Seuil, 1972.

structurés selon les notions de « bien » et de « justice ». Or, sauf peut-être à considérer les jugements éminemment personnels, de telles notions n'ont rien à voir avec les rapports de l'humain avec la nature. En revanche, et bien que les notions de « bien », de « justice » et de « beauté » soient normalement pensées comme les éléments d'une même trilogie, la dernière s'inscrit sur l'horizon qu'ouvre l'œkoumène sur ces rapports. Et, davantage qu'une notion, la « beauté » se constitue dès lors en exigence. Car l'impératif d'habiter la terre « en beauté » se déduit du sens de la notion d'œkoumène.

En effet, de cette dernière notion découle le fait qu'il nous faut, en tant qu'humains, habiter la terre de façon à pouvoir en profiter pleinement et donc rationnellement ! Il est parfaitement convenable, et donc légitime, d'exploiter les ressources de la terre et d'utiliser la science et la technique à cet effet. Et cela ne saurait exclure l'impératif d'agir de manière telle que notre habitation demeure toujours propre, agréable, bref, habitable, bien au contraire. Des sols contaminés, voire des régions entières polluées n'attestent guère un aménagement adéquat ; un air vicié, délétère sinon létal, n'a de toute évidence pas sa place dans une habitation. En somme, la question suivante ne semble pas connaître de réponse : comment l'homme pourrait-il à la fois vivre sur la terre comme on vit dans l'œkoumène et ne pas habiter la terre en beauté ?

Quiconque aborde à son tour les problèmes environnementaux par le biais juridique ne peut qu'être saisi par la manière dont leur dimension esthétique est ainsi, la plupart du temps, sinon niée, du moins évacuée. Le fait que l'écologisme se prétende soit une « science » soit une « contre-science » n'est sûrement pas étranger à cela. Et pourtant, l'aménagement de la « maison de l'homme » et les considérations esthétiques vont bien de pair. De la même façon qu'on se soucie de la beauté de son habitation privée, ne doit-on pas en effet se préoccuper de la beauté de cette autre habitation qu'on partage avec l'humanité tout entière ? Ne doit-on pas s'ingénier à revivifier l'intérêt esthétique pour la « maison de l'homme », intérêt moribond tellement il a été malmené par certains autres, économiques, particuliers, immédiats, et donc très limité ?

Odeur et bruit des décharges se propageant sur des kilomètres, montagnes défigurées, pylônes et autres branchements électriques aériens, eaux nappées de pétrole, littoraux privatisés, puis bétonnés au bénéfice des nantis, etc., non seulement « écologiques », ces problèmes sont aussi d'ordre esthétique.

Désormais, une des tâches les plus importantes consistera à faire entrer l'esthétique en ligne de compte chaque fois qu'il sera question de

l'aménagement de l'œkoumène. Cela suppose davantage de prises de position publiques en faveur du « beau », du beau conçu, non pas comme une spécialité exclusive des galeries et musées d'art, mais comme un intérêt humain de première importance, dont l'aménagement de l'œkoumène impose la prise en compte.

POUR UNE PRISE DE CONSCIENCE DE L'ŒKOUMÈNE

L'œkoumène, ou la terre regardée comme la « maison de l'homme », convie donc à une réflexion sur ce que doit signifier « habiter la terre en beauté ». Ainsi la notion d'« œkoumène » ne préjuge-t-elle rien, mais ne fait que rappeler que nous, les humains, habitons la terre pour le meilleur et pour le pire. C'est par conséquent à nous qu'il revient de déterminer ce que doit vouloir dire « habiter la terre en beauté », car celle-ci, ou la « nature », ne décidera jamais quoi que ce soit !

Plus encore, c'est à nous qu'il incombe non seulement de trouver aux problèmes environnementaux de « belles » solutions scientifiques, techniques et communes qui conviennent à notre « maison », mais également de leur faire écho sur le plan normatif.

UNE NORMATIVITÉ PUBLIQUE

En matière environnementale plus qu'en n'importe quelle autre, les problèmes doivent d'abord faire l'objet d'une publicité qui soit propre à susciter aussi bien l'engagement des citoyens que celui des « professionnels de l'habitation humaine », parmi lesquels on compte entre autres l'urbaniste, le géographe, l'arpenteur-géomètre et le juriste. Nous, les humains, devons nous assurer de toujours disposer, en matière environnementale, comme en d'autres, d'une normativité publique « intelligente », congruente à l'orientation de nos actions. Mais comment pouvons-nous, au juste, édifier une telle normativité ? S'agirait-il plutôt de la développer, dans la mesure où il suffirait de reconduire ce que nous avons toujours fait, c'est-à-dire faire confiance aux politiques ou à ces diverses coteries d'experts, de juristes, d'« écologistes », etc., ne rêvant que de se supplanter les uns les autres ? À l'opposé, il semble bien que seule une normativité s'alimentant aux débats démocratiques qui ont lieu dans l'espace public puisse de nos jours se révéler adéquate. C'est donc entre les mains des démocrates que doit être remise la question normative environnementale, ce qui au demeurant devrait être la plus naturelle des choses, étant donné qu'au final les questions qui se posent au sujet de

l'œkoumène ne sont relatives qu'à la façon dont nous, les humains, habitons et donc aménageons notre « maison » commune qu'est la terre. Mais, pour le moment du moins, ce besoin que nous avons de remettre la question normative environnementale entre les mains des démocrates nous incite à revoir notre façon de penser la normativité publique et, surtout, de la produire.

NORMATIVITÉ PUBLIQUE ET INTERSUBJECTIVITÉ

De nos jours, une normativité appropriée à l'œkoumène ne peut être élaborée que par la « base », les citoyens, les sujets de droit. C'est pourquoi il est impérieux de penser la normativité publique telle une œuvre d'autolégislation démocratique, et ce, le plus concrètement possible. C'est dans les ressources que peuvent mobiliser les démocrates que se trouvent les conditions de l'élaboration commune, citoyenne et démocratique de normes publiques. En ce sens, la normativité publique se doit d'être l'aboutissement d'un processus intersubjectif.

Il convient dès lors d'insister sur le fait qu'aucune normativité publique ne remplacera jamais l'éthique ou la morale privée, c'est-à-dire que la normativité publique n'est en rien apte à se substituer aux myriades d'« éthiques de conscience » résultant des différentes « normes » dont peut se doter chaque conscience individuelle, normes dont l'élaboration fait appel à l'« auto-jugement » — idéalement rationnel, mais, hélas, en réalité si vulnérable, si soumis aux égarements de toutes sortes — dont est capable tout sujet moral²¹. Au reste, nous avons absolument besoin de ces éthiques, car elles recèlent cette énergie si importante qui conditionne les entreprises humaines et qui, irréductiblement, explique l'engagement ou le simple fait de se sentir visé.

Cela ne signifie pas pour autant qu'il ne s'agit que de recenser, de juxtaposer en quelque sorte, puis de rendre « publiques » les diverses éthiques privées, ainsi que le proposent encore certains théoriciens²². Car, dès lors qu'on aborde les problèmes relatifs à l'œkoumène, on se rend compte que pour les résoudre il ne suffit plus d'en appeler unilatéralement à la conscience de l'un ou de l'autre, mais qu'il faut dorénavant concourir, afin de pouvoir s'y référer, à la formation d'une volonté politique

21 Ce qui se distingue, précisons-le, de la morale individuelle d'un « je » réifié faisant sienne la « cause » écologique.

22 A. Renaut, *Kant aujourd'hui*, Paris, Aubier, 1997; S. Mesure et A. Renaut, *La Guerre des dieux. Essai sur la querelle des valeurs*, Paris, Grasset, 1996.

commune. Pour nous, les humains, le fait de vivre ensemble sur la terre se ramène à une dynamique d'«intersubjectivité». Et il faut savoir que celle-ci se présente tel un horizon de partage du grand œuvre de l'homme, un entrecroisement culturel regorgeant de ressources, et plus précisément de ces ressources de réciprocité qui permettent d'affronter normativement jusqu'aux problèmes qu'elle peut elle-même poser.

Par conséquent, il semble fécond de poser comme principe que la «normativité publique» n'est tributaire que de nos prises de position démocratiques et d'envisager comme solution aux problèmes environnementaux une normativité de l'œkoumène qui soit édifiée sur le soubassement de l'espace public, qui ne dépende que des arguments et raisons fusant de toutes parts de l'échiquier que représente la vie en société. Une telle normativité pourra s'inspirer largement de l'«agir communicationnel» et de la «démocratie délibérative» de Jürgen Habermas²³. En effet, cet auteur met lui aussi l'accent, et en tenant compte des mêmes paramètres, sur la communication, dont il estime qu'elle conditionne une entreprise de publicité réciproque en autorisant la rencontre des arguments et raisons de chacun. Ainsi, le caractère public de la sélection normative doit permettre à tous les citoyens d'exprimer librement leurs préoccupations, leurs désirs, leurs doléances, etc., sous forme de narrations, d'interprétations et d'argumentations, affirmant ainsi la dimension intersubjective de l'existence de l'homme et de sa façon d'habiter l'œkoumène.

En fait, une fois enterrée la perspective «fondationaliste»²⁴ — qui possède toujours une immense puissance d'aveuglement au sein de la pensée juridique —, il ne restera qu'à reconnaître qu'aucune norme ne saurait présider valablement aux actes de l'individu moderne en l'absence du consentement démocratique de celui-ci. À tout moment, donc, l'individu se doit d'être prêt à prendre position sur telle ou telle proposition normative que ce soit et être en mesure de se faire une opinion sur la question de cette proposition normative le concernant pour savoir si elle mérite d'être tenue pour valide. Car seul un droit puisant à la démocratie,

23 J. Habermas, *Théorie de l'agir communicationnel*, 2 vol., Paris, Fayard, 1987. Voir également, du même auteur, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997; *L'Intégration républicaine. Essais de théorie politique*, Paris, Fayard, 1998. Sur J. Habermas et le droit, voir notamment B. Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit*, op. cit., p. 91-150; *Rawls ou Habermas. Une question de philosophie du droit*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2002.

24 L'adjectif est un néologisme qualifiant ce qui se rapporte ou se réfère à un ou plusieurs «discours de fondation» (de normes, d'institutions, etc.).

pensée en tant que processus de sélection des normes et des institutions, répondra aux exigences de la modernité juridique.

Il s'ensuit qu'une normativité publique portant sur les questions environnementales, donc relatives à l'aménagement de l'œkoumène, ne peut être issue que d'un processus démocratique de publicité. Par définition, un tel processus se doit de garantir à tous la possibilité de prendre la parole, de participer, ce qui a pour corollaire qu'il lui faut également se dresser contre toutes les forces d'hétérogénéité qui l'entourent et qui menacent son autonomie. De la même manière que la notion d'«œkoumène» veut affirmer l'existence commune des humains sur le plan factuel, un processus démocratique de publicité réciproque des différents points de vue des sujets de droit concernés le ferait sur le plan normatif.

PUBLICITÉ ET DIALOGUES PUBLICS

Afin d'édifier quelque normativité publique valide concernant l'œkoumène, il faudra cependant mettre en lumière tous les «faits» pertinents. Car la capacité de faire des choix démocratiques dépend largement de celle de soupeser les différents intérêts qui sont en jeu dans l'aménagement de la «maison de l'homme». Et contrairement à l'«écologiste» qui, par aveuglement volontaire, ne peut appréhender qu'unilatéralement la «nature», l'habitant de l'œkoumène, non seulement peut, mais doit faire la part d'autant d'informations et d'intérêts que possible et, sans certitude, faire des choix dont il sait qu'ils ne seront jamais plus définitifs qu'idéaux.

Énormément de choses pourraient encore être dites, mais il nous faut nous limiter à quelques brèves remarques. Un des principaux problèmes, voire le problème principal, est qu'à titre de communauté des hommes, d'humanité, nous avons une foule d'intérêts qui, bien qu'il soient légitimes, sont fondamentalement antagonistes. Le problème mondial qui consiste à trouver des moyens de s'assurer que tous disposent de suffisamment de nourriture peut-il justifier l'utilisation de semences génétiquement modifiées? La lutte contre l'étalement urbain, ce phénomène par lequel les villes se trouvent à grignoter de plus en plus de terres cultivables, doit-elle s'opposer aussi à ce que des gens puissent ainsi cesser d'être des sans-abri ou des mal-logés? Dans quelles circonstances la pollution que cause une usine est-elle une raison valable de faire de ces travailleurs de nouveaux chômeurs? L'état des forêts tropicales et la déforestation qui se mondialise doivent-ils nous inciter à favoriser quelque arboriculture intensive?

Devant de tels antagonismes, nous sommes en droit de nous demander s'il ne faut pas savoir distinguer entre l'action, d'une part, et ses acteurs de même que les intérêts ainsi poursuivis, de l'autre. Même s'il en résulte un empiètement sur quelque forêt tropicale, n'existe-t-il pas une différence, en effet, entre deux appropriations d'un lopin de terre, selon qu'il s'agit du fait d'une famille pauvre ou de celui d'une société multinationale? Là où une appropriation ne contribue guère au développement économique, une autre pourrait peut-être constituer un investissement considérable et créer, non seulement directement, mais aussi indirectement, de nombreux emplois. Or, dans de tels cas, il sera toujours insensé de préjuger l'une ou l'autre solution, car tout dépendra en définitive du lieu, des circonstances et des choix normatifs que nous, les humains, aurons faits relativement à la façon dont il convient que nous habitions la terre.

À la différence de celui qui n'y voit qu'une opportunité de faire confirmer son modèle, il est donc possible de dire que l'élaboration de normes publiques est l'occasion tout indiquée de simplement produire et communiquer des informations, de manière à éclairer les personnes concernées sur les multiples choix qu'elles ont à faire à titre de participants à part entière de l'accomplissement, voire de responsables de cette tâche. En fait, plus qu'une simple occasion de le faire, l'élaboration de normes publiques commande un tel partage d'informations. Et ce besoin se fait sentir avec davantage d'acuité dès lors qu'on aborde la question des « forces anonymes » pouvant entrer en jeu dans le traitement des problèmes environnementaux. Car toute action a le plus souvent des conséquences qu'un seul acteur ne peut connaître ou calculer. Certes, maintes personnes ont maintenant une bonne idée de la façon dont se forme le smog et dont celui-ci nuit à la vie d'un bon nombre de citoyens. Mais il demeure que le fait que personne n'en ait jamais voulu, pas plus que de la désertification, de la pollution, etc., montre que, en matière environnementale y compris, seules des mesures à la fois communes et suffisamment informées sont à même de produire les résultats escomptés.

À cette fin, et dans le but ultime d'aménager en beauté la « maison de l'homme », ne peut-on pas avoir besoin de la science, des nouvelles technologies, des nouvelles sources d'énergie, des nouveaux procédés de production, etc.? N'est-il pas temps de repenser la « science » et la « technologie » de façon qu'elles servent également et adéquatement tous les besoins de l'homme en matière d'« habitation ». Ce n'est certainement pas un retour à l'âge de pierre qu'il faut appeler, mais bien un investissement considérable dans la « science ».

En somme, il n'y a, semble-t-il, aucune autre solution possible aux problèmes normatifs environnementaux que celle qui consiste d'abord en la divulgation des informations que peuvent posséder toutes les personnes visées, que ce soit de près ou de loin. Et c'est sur la base de ces informations que pourra ensuite avoir lieu une discussion publique et que pourront enfin être faits des choix démocratiques. Ce n'est qu'ainsi qu'est possible un droit de l'œkoumène, « un vivre ensemble normatif » se conjuguant à un « vivre ensemble factuel ».

POUR UN ŒKOUMÈNE PARTAGÉ DÉMOCRATIQUEMENT

Dans la perspective d'une normativité publique, il faut dire sans ambages qu'il serait enfin possible aux sujets de droit de mettre en commun informations et connaissances ainsi que de partager et discuter leurs raisons et arguments respectifs. L'information ne doit pas être le privilège de certains, l'apanage de ceux qui « savent », car les scientifiques, les professionnels, les bureaucrates, les technocrates et les politiciens réduisent volontiers l'information à une stricte question de transmission, avec pour émetteur celui qui « sait » et pour récepteur, celui qui « ignore ». Tout au contraire, l'information doit profiter à tous afin de contribuer à la formation d'une volonté politique commune. En tant que sujets de droit, nous dépendons de la qualité de notre processus de sélection des normes.

L'édification d'une normativité publique passe donc par des mobilisations successives de personnes concernées par telle ou telle question se posant au sujet de l'œkoumène. Cela se comprend aisément dans la mesure où il est manifeste que ce sont celles-là mêmes qui habitent l'œkoumène, qui y vivent, qui sont les mieux placées pour savoir de quelle manière elles souhaitent le faire. Et c'est de la délibération publique que se dégageront tous ces souhaits, inquiétudes, projets et expériences, et ce, comme autant de narrations, interprétations et arguments. Enfin, une telle délibération sera le moment de l'affrontement des professionnels de l'environnement avec les personnes concernées, avec les sujets de droit. Ce n'est que dans un tel creuset, dans la fusion des perspectives, au confluent des expériences, qu'il sera possible à l'homme de tâter le pouls de ce qui se passe dans sa propre « demeure ».

À plusieurs égards, nous, les humains, ne disposons guère aujourd'hui d'autres ressources que celles du processus démocratique. Celui-ci représente d'ailleurs ce « nous » juridique à la faveur duquel nous serions à même de résoudre véritablement les problèmes environnementaux, ou relatifs à l'œkoumène et, surtout, de nous doter de

normes qui soient à notre hauteur, qui répondent à nos vœux, et notamment à celui d'habiter la terre en beauté.

MOT DE LA FIN

Au terme de ce parcours, il convient d'insister une dernière fois sur le fait que nous, les humains, n'avons qu'un œkoumène, ne disposons pas d'une autre terre, d'une « planète de remplacement ». Nous avons donc tout intérêt à adopter une attitude plutôt humble, ainsi que nous le conseille la notion d'« œkoumène ».

À la différence des prophètes de malheur, qui sont légions en ce domaine, la perspective qu'ouvre l'œkoumène nous invite à redoubler nos efforts, à développer notre intelligence, à enrichir nos connaissances scientifiques et techniques ainsi qu'à bonifier nos systèmes normatifs pour que notre « habitation » soit le plus agréable possible, et ce, pour tous. Plutôt que de nous entretenir dans des illusions telles que celles des solutions et formules magiques, qu'elles soient déontologiques, éthiques ou autres, la perspective de l'œkoumène ne fait que nous sensibiliser au fait que l'aménagement de notre habitation relève de la « pratique ».

C'est à nous qu'il revient d'inventer la science et la technologie qui nous permettront de profiter le mieux possible de notre habitation, c'est à nous qu'il revient d'aménager, tant dans les faits que sur le plan normatif, l'œkoumène de manière à pouvoir l'habiter en beauté.

Disons pour finir qu'il faut seulement mettre un minimum de réalisme dans les têtes, surtout les brûlées, afin qu'on se rende compte qu'il n'existe guère de solution miracle aux problèmes environnementaux. Nos problèmes de déforestation, de désertification, de pollution, bref, de dégradation de l'environnement sont bien réels. Or, leur solution devra l'être autant. Et cela attestera que nous avons bien compris que nous habitons l'œkoumène.

CHAPITRE 6

LE NOUVEAU CODE CIVIL DU QUÉBEC ET LES DROITS DE L'HOMME : LE PARADIGME D'UN NOUVEAU «DROIT COMMUN»¹

L'ancien *Code civil du Bas-Canada* (1866) était directement inspiré du Code civil français. Lorsque le Québec se donna un nouveau Code civil, en 1991, entré en vigueur en janvier 1994, beaucoup d'articles et de «matériaux» de l'ancien Code ont été repris et renouvelés. S'il y avait, dans l'ancien Code, certaines références implicites quant à la question des droits de l'homme, nous n'aurions pourtant guère pu dire que cette codification s'en inspirait. Il en est autrement avec le nouveau *Code civil du Québec* de 1991, qui, pour sa part, a fait des droits de l'homme l'une de ses forces «juridiques», dans lesquelles a pris naissance cette réforme et qu'il est capable d'exprimer à sa façon. Comme nous le constaterons, ces droits de l'homme imprègnent de manière substantielle plusieurs parties de ce Code et expriment, en somme, le paradigme d'un nouveau «droit commun» québécois.

L'objectif que nous poursuivons est d'analyser ce changement de perspective et le sens à attribuer à ce paradigme d'un «droit commun», devant maintenant conjuguer le droit civil et les droits de l'homme. Plus exactement, nous réfléchissons sur le sens à accorder aux «droits de l'homme» contenu dans le nouveau *Code civil du Québec* et examinons le modèle civiliste qui peut se présenter tel un vecteur des droits de l'homme à l'intérieur et sur les prémisses de ce même droit civil. Subséquemment, nos propos s'approchent davantage, par le langage et la méthode, de la philosophie du droit que de la question de l'écriture doctrinale du «droit».

1 Conférence du colloque international «Le Code civil et les droits de l'homme», Université Pierre-Mendès-France (Grenoble II), Grenoble, 3, 4 et 5 décembre 2003. Ce texte sera publié dans les Actes du colloque.

Dès maintenant, il faut toutefois impérativement clarifier le choix sémantique effectué: si, dans un contexte français, la notion de «droit de l'homme» est irréductiblement associée à la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789* et au tracé historique (et en partie juridique) qu'elle ouvre, dans un contexte québécois, la même notion est d'emblée mise en rapport avec la *Charte des droits et libertés de la personne*² de 1975. Cette dernière est une déclaration des droits de l'homme (ou, comme elle l'affirme: de «la personne») très moderne qui combine autant l'affirmation des libertés et des égalités classiques, sur le plan «formel», que des «positionnements» (c'est-à-dire «droits») sociaux, économiques, etc., également «formels». Bien qu'il soit courant de parler des «droits de la personne» dans le contexte québécois, suivant ici la tradition catholique, nous avons choisi, pour notre part, d'employer la notion courante de «droits de l'homme», plus précise, neutre et portant le poids de l'histoire.

Pour atteindre les objectifs annoncés, nous procéderons comme suit. Dans un premier temps, nous analyserons la «disposition préliminaire» du *Code civil du Québec* et le paradigme d'un «droit commun», lequel tente d'établir une nouvelle harmonie de sens entre ledit Code et les droits de l'homme. Dans un deuxième temps, nous examinerons plus précisément comment tout cela se matérialise dans la jurisprudence et, ensuite, de manière plus topique en droit du travail. Mais d'abord, quelques remarques préliminaires tirées de la philosophie du droit s'imposent quant à la problématique des droits de l'homme dans un contexte «civiliste».

PRÉLIMINAIRE QUANT À UN RAPPORT TROUBLÉ

Nous insistons ici sur deux observations: d'abord, sur le rapport troublé qui existe entre le paradigme du «droit civil» et celui des «droits de l'homme», aussi bien au Québec que dans la culture juridique moderne en général et, ensuite, sur le contexte à l'intérieur duquel s'inscrit la formulation québécoise d'un «droit commun» nouveau en sa qualité de médiateur entre les deux perspectives.

2 *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12 et mod. Voir Henri Brun, *Chartes des droits de la personne. Législation, jurisprudence et doctrine*, 15^e édition, Montréal, Wilson & Lafleur, coll. Alter ego, 2002. Il s'agit, comme le titre l'indique, d'un *vade mecum* donnant des références bibliographiques et de jurisprudence concernant les chartes québécoise et canadienne des «droits» et des libertés.

Affirmer, en premier lieu, qu'il existe historiquement une tension intellectuelle marquée entre le droit civil et les droits de l'homme n'étonne guère celui qui connaît, ne serait-ce que sommairement, la formation de la modernité juridique. Rappelons seulement qu'initialement (et par leur logique interne) les droits de l'homme ont trouvé leur origine dans une philosophie particulière, à savoir dans l'idée de protéger l'individu contre l'intrusion non sollicitée de l'État dans le domaine dit « privé ». Le sens moderne des droits de l'homme se trouve de cette façon profondément ancré dans l'opposition entre l'État absolutiste et ses héritages d'un côté et, de l'autre, la nécessité de protéger l'individu, de même que ses intérêts particuliers, distincts et « autonomes » de l'État. D'où précisément l'idée moderne des droits de l'homme véhiculant une méfiance aiguë à l'égard de l'État, source d'empiètement des intérêts privés et, réciproquement, une exaltation de ces mêmes « intérêts » en tant que privilèges propres à l'individu. John Locke est certainement emblématique quant au développement de cette idéologie³.

Se concrétisant dans le constitutionnalisme naissant, l'aboutissement de cette idéologie veut que les « droits de l'homme » deviennent une partie intégrante du « droit » public. En analysant, par exemple, la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789*, ce qui saute d'abord aux yeux est la séparation entre le « public » et le « privé ». Ainsi, là où la Déclaration française est la plus proche, thématiquement, du « droit privé », soit dans le cas de l'article 17, concernant le concept de propriété, c'est pour aussitôt reconnaître ce concept à l'intérieur d'une logique entièrement et foncièrement « publiciste ». Notons simplement que, dans ladite Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen, aucun article ne touche les relations entre des acteurs privés autrement qu'à titre de « liberté négative »; réservant ainsi la « liberté positive » au droit civil comme étant soumise, ou chapeautée, par cette même « liberté négative » constitutionnelle. Par contraste, les chartes états-uniennes renversent (dans une logique de common law) ce partage au bénéfice d'un « droit civil »

3 John Locke, *Deuxième Traité du gouvernement civil*, Paris, Vrin 1977 (original: 1791). Cf. les affirmations suivantes de Locke: « des lois civiles des divers pays, justes seulement dans la mesure où elles se fondent sur le droit naturel » (p. 81), et « alors, les hommes ont vu la nécessité d'examiner plus soigneusement l'origine du gouvernement et ses droits, pour trouver un moyen de refrener les extravagances et de prévenir les abus, que viendrait à commettre ce pouvoir, qu'ils avaient confié aux mains d'autrui uniquement dans leurs propres intérêts, mais qu'ils voyaient utiliser pour leur faire du mal » (p. 140).

garanti par un système de « liberté négative ». Nous le constatons surtout à la lecture du *Bill of Rights* de 1776, antérieur à la Déclaration française.

Le paradigme des « droits de l'homme » se constitue de cette manière, dès le XIII^e et jusqu'au XXI^e siècle, dans le constitutionnalisme occidental naissant à l'intérieur et en dépendance d'une approche de « droit public ». C'est alors la question de la hiérarchie des normes publiques (fréquemment baptisées « droit ») qui est mise en avant dans une logique de suprématie de ces « normes publiques » comme étant au-dessus des actes et des relations « privées ». Au XX^e siècle, le succès du kelsianisme, privilégiant un « scientisme » pyramidal, ne pouvait en ce sens que confirmer cette approche⁴. Le résultat a été, rappelons-le, une idée hiérarchique des normes qui, d'un côté, donne toujours suprématie au « droit » public ou constitutionnel et, de l'autre, laisse les rapports « privés » largement non touchés parce que autonomes, et les protège de l'intrusion « publique ». En ce qui concerne cette dernière observation, un certain désarroi de la doctrine juridique s'observe quant à la question de préciser comment penser une éventuelle « influence » des droits de l'homme sur le droit civil. Ce qui se constate d'ailleurs dans les tentatives, souvent assez maladroites, et en règle générale pensées « par en haut », de théoriser cette « influence » éventuelle, en méditant sur l'utilisation d'étiquettes telles que « *mittelbare* » ou « *unmittelbare Drittwirkung* », suivant la doctrine allemande⁵ (exprimant bien le legs du kelsianisme) ou civiliste, ou simplement d'un effet secondaire⁶ (plus en ligne avec une approche de common law), et qui n'est que des indices de cet embarras théorique.

4 Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e édition, Neuchâtel, La Baconnière, 1988. Cf. Carlos M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Paris, Kimé, 1997, ou *idem*, *La philosophie du droit de Hans Kelsen. Une introduction*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. « Dikè », 2004.

5 Kara Preedy, « Fundamental Rights and Private Acts - Horizontal Direct or Indirect Effect? - A Comment », *European Review of Private Law*, 2000, n° 1, p. 125-133.

6 Beverley McLachlin, « Bills of rights in common law countries », *ICLQ*, vol. 51, avril 2002, p. 197-204 : « Canadians made the choice to confine the Charter's application to laws and government action. The Charter was not to apply to the private sphere. Contracts, torts and the whole of the common law were therefore outside the ambit of the Charter » (p. 198). Au regard de la relation entre ce common law et la Charte, il est confirmé que : « ...what happens in Canada in most cases where a law is found to be inconsistent with the Charter, is that it is either brought into conformity through interpretation or reading up or down; (...); or the Court ensures through transitional common law guidelines that pending amendment, justice is done » (p. 202). Cf. Frances Raday, « Privatising Human Rights and the Abuse of Power », dans *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. XIII, n° 1, 2000, p. 103-134.

Tout cela nous amène actuellement à notre deuxième interrogation quant à la culture juridique québécoise⁷. Sans nous faire historien des idées « juridiques » au Québec⁸, soulignons que le point de départ du nouveau Code était, sans ambiguïté, la constatation que l'ancien *Code civil du Bas Canada* (1866) avait perdu son « poids », sa valeur symbolique et sa capacité de renouvellement. La common law avait priorité depuis l'Acte de Québec de 1774 et il était facile de constater que celle-ci grugeait de plus en plus, aussi bien par « logique » que par « substance », la sphère dévolue au droit civil. En fait, la mixité du droit québécois⁹ avec, d'un côté, la common law (« droit » public, « droit » constitutionnel, « droit » pénal, etc.) et, de l'autre, la tradition civiliste n'avait rien pour accommoder la situation. Mais la tradition civiliste était surtout affaiblie en raison de l'hégémonie inspirée au Québec dès 1970 par l'idéologie « constitutionnaliste ». La logique « paternaliste » (ou de plus en plus « maternaliste »), cherchant continuellement à intervenir « par en haut », n'avait rien pour consolider la tradition civiliste et l'insistance traditionnelle sur la volonté des parties. En somme, la conclusion des juristes était de dire que la tradition civiliste québécoise était, avant 1991, en train de périlcliter en tant que cœur et sens du droit civil¹⁰.

En bref, trois considérations semblent avoir guidé la nouvelle « formule » québécoise :

1. Rétablir, dans le contexte québécois et à l'égard d'une common law ambiante, le dynamisme et la vitalité d'un droit civil québécois.

7 Voir B. Melkevik (dir.), *Transformation de la culture juridique québécoise*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1998.

8 Cf. B. Melkevik, « Penser le droit québécois entre culture et positivisme : Quelques considérations critiques » et « La philosophie du droit au Québec : développements récents », dans, *idem*, *Réflexions sur la philosophie du droit*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, et Paris, L'Harmattan, p. 177-208.

9 Voir Maurice Tancelin, « Comment un droit peut-il être mixte? », dans Frederick P. Walton, *Le domaine et l'interprétation du Code Civil du Bas Canada*, Toronto, Butterworths, 1980, p. 1-32; cf. Robert Garron, « Le droit mixte, Notion et fonction », dans *La formation du droit national dans les pays de droit mixte. Les systèmes juridiques de Common Law et de Droit civil*, Groupement de recherches coordonnées « Océan Indien » du C.N.R.S., Aix-Marseille, Presses de l'Université d'Aix-Marseille, 1989, p. 103-118.

10 Sylvio Normand, « Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec : la sauvegarde de l'intégrité du Droit civil », (1987), 32 *McGill L. J.* 559-601. Voir également quant au *Code civil du Bas Canada*, Jean-Louis Baudouin, « Le Code civil québécois : crise de croissance ou crise de vieillesse » (1966), 44 *Can. Bar. Rev.* 391-416; et Jean-Baptiste Crépeau, « Le droit de la province de Québec », (1964) 24 *R. du B.*, 546-552.

2. Affirmer, à l'égard de «l'impérialisme» du constitutionnalisme canadien et en absence d'une Constitution pour le Québec¹¹, l'autonomie (et le sens propre) du droit civil.
3. Assurer, pour le futur marqué par les mondialisations et des turbulences aussi bien économiques, culturelles que politiques, le poids d'une stabilité nouvelle et le sens du droit civil québécois.

Or, le nouveau Code ne pouvait pas être construit simplement comme autrefois, c'est-à-dire qu'il ne pouvait plus être bâti, ou édifié exclusivement sur une logique «civiliste» restreinte, négligeant l'apport éventuel et modérateur des droits de l'homme¹². En d'autres termes, la nouvelle codification civiliste ne pouvait être faite qu'en harmonie et en concordance avec les exigences des droits de l'homme. Cela d'autant plus que la *Charte des droits et libertés de la personne* (1976) ne fait, en principe, aucune distinction entre «public» et «privé», sinon qu'elle souhaite englober les enjeux même de vivre en société¹³, contrairement donc à la *Charte canadienne des droits et libertés*, dont le champ d'application est limité, de manière générale, à l'acte dit «gouvernemental»¹⁴. Tenant compte de la logique normative de la Charte québécoise, le législateur devait en conséquence trouver une solution, un *modus vivendi*, pouvant à la fois respecter les exigences propres à une charte des droits de l'homme moderne et les exigences propres à un droit civil contemporain établi comme il se doit sur le paradigme de l'autonomie de l'individu. La solution, telle que nous pouvons maintenant l'aborder, était la thèse d'un «droit commun» intégrant les deux.

-
- 11 Jacques-Yvan Morin, «Pour une nouvelle Constitution du Québec», (1985) 30 *Revue de droit de McGill*, p. 171-220; Marc Brière, *Pour sortir de l'impasse: un Québec républicain!*, Montréal, Varia, 2002, ou, *idem*, *Point de départ!: essai sur la nation québécoise*, Montréal, Hurtubise HMH, 2000. Voir, en général, José Woehrling, *La Constitution canadienne et l'évolution des rapports entre le Québec et le Canada anglais, de 1867 à nos jours*, Edmonton, Centre d'études constitutionnelles, coll.: Points de vue n° 4, 1993.
 - 12 J.-L. Baudouin et Y. Renaud, *Code civil du Québec, Code de procédure civile*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1998, p. 20: «à l'heure actuelle, [...] le seul pays au monde à avoir réussi la recodification de sa loi civile» est le Québec. Notons que les auteurs excluent peut-être trop vite ici la réforme néerlandaise du droit civil, de même que les codes dits de la 2^e génération (Italie) ou ayant subi des refontes importantes (Allemagne, France, etc.).
 - 13 Notons que la Charte [québécoise] des droits de la personne n'est qu'une «loi ordinaire» avec un statut (reconnu par la jurisprudence) quasi constitutionnel. Sur cette question, voir Henri Brun et Guy Tremblay, *Droit constitutionnel*, 4^e édition, Cowansville, Yvon Blais, 2002, ou André Morel, «La Charte québécoise: un document unique dans l'histoire législative canadienne», (1987) 31 *R.J.T.* p. 18 et suiv.
 - 14 Voir Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Dolphin Delivery Ltd c. Retail, Wholesale and Department Store Union*, Local 580, (1984) 2 R.C.S. 573. Notons que le Canada a suivi l'approche déjà adoptée par la Convention européenne des droits de l'homme ou encore le *Bill of Rights* américain.

LE PARADIGME D'UN NOUVEAU « DROIT COMMUN »

Examinons à présent le paradigme d'un « droit commun », tel qu'exprimé par le *Code civil du Québec* de 1991, en tant que symbole d'une réconciliation du droit civil avec les droits de l'homme. Commençons d'abord par l'analyse de sa formulation sémantique pour ensuite regarder de plus près le sens pratique de celui-ci.

L'une des particularités du nouveau *Code civil du Québec* est à coup sûr la « disposition préliminaire » qui introduit le paradigme d'un « droit commun »¹⁵. Bien quelle ne soit aucunement nécessaire, une « disposition préliminaire » a été effectivement introduite au début du nouveau Code civil pour symboliser, en quelque sorte, le sens que les Législateurs (c'est-à-dire le Parlement, de même que les différents individus et organismes ayant travaillé en vue de la préparation et de la rédaction du Code¹⁶) ont voulu attribuer au nouveau Code. Le nouveau *Code civil du Québec* commence par conséquent par cette « disposition préliminaire » :

« Le *Code civil du Québec* régit, en harmonie avec la *Charte des droits et libertés de la personne* et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens.

Le code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. En ces matières, il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger¹⁷. »

En y regardant de plus près, plusieurs affirmations concernant notre thèse d'une fusion de perceptions entre la logique civiliste traditionnelle et les droits de l'homme peuvent être clarifiées.

Accentuons, d'abord, l'unité déclarée entre le droit civil et les droits de l'homme. En ce sens, il faut mettre l'accent sur le deuxième alinéa de

15 Alain-François Bisson, « La Disposition préliminaire du *Code civil du Québec* », (1999) *Revue de droit de McGill*, vol. 44, p. 539-565, nous donne un aperçu de l'avènement législatif de cette « disposition ». Notons qu'il n'existe pas véritablement de « travaux préparatoires » quant à la disposition votée. Cf. pourtant Jean Pineau, « La philosophie générale du nouveau *Code civil du Québec* », (1992) *Revue du Barreau canadien*, vol. 71, p. 423.

16 Voir ici les travaux de Paul-André Crépeau (avec la collaboration d'Élise M. Charpentier), *Les principes d'UNIDROIT et le Code civil du Québec : valeurs partagées?* / *The UNIDROIT Principles and the Civil code of Quebec: shared values?*, Scarborough, Carswell, 1998, ou, *idem*, *La Réforme du droit civil canadien : une certaine conception de la recodification, 1965 - 1977*, Montréal, Thémis, 2003.

17 *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 ci-après « C.c.Q. » ; « Disposition préliminaire ».

cette disposition préliminaire, car si le Code est constitué d'un ensemble de «règles» qui «en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun», il s'ensuit précisément que le «droit commun» doit en tout temps s'accorder, rationnellement, avec le premier alinéa, qui annonce que le même Code régit les rapports civilistes en harmonie avec la *Charte des droits et libertés de la personne*. Il s'agit toujours du même «droit commun», et non point d'une multitude.

Insistons, ensuite, sur la présomption d'une harmonie entre la perspective civiliste classique et les droits de l'homme. Il faut d'abord rappeler que le mot «harmonie» nous vient de la musique et se rapporte à l'ensemble des sons, ou plus précisément la combinaison de sons, accents, rythmes, etc., qui rendent une «mélodie», et donc une concrétisation musicale, agréable à l'oreille. L'analogie que nous pouvons faire ici permet d'insister simultanément sur le fait que l'harmonie entre le droit civil et les droits de l'homme se constate, dans une perspective d'aigle, par une concordance quant aux objectifs de même que, dans une perspective de fourmi, par la pratique des sujets de droit en vue de faire leur «droit». Dans ce dernier sens, la pratique du droit se concrétise comme une combinaison d'intérêts, de «positionnement», d'interprétations et d'arguments, etc., qu'ils devront prendre en considération. Il s'agit par conséquent d'une «harmonie» qui, après avoir été «posée» dans la «disposition préliminaire», ne peut être affirmée que par la pratique du droit. La logique hiérarchique, pyramidale ou simplement kelsienne, entre les règles de droit civil et les exigences des droits de l'homme est de la sorte atténuée au profit d'une nouvelle synthèse entre l'autonomie des acteurs privés et, par exemple, la simple application de celle-ci.

Il en découle, en somme, que le «droit commun» qui résulte de la Codification civiliste québécoise est plus englobant que la simple notion de «droit civil». Le «droit commun» en question concerne avant tout la priorité qui doit être accordée à cette codification dans l'entreprise du droit. Nous pouvons affirmer qu'il s'agit d'une certaine «publicisation» voulue du droit civil, dont l'objectif est toujours d'assurer «la portée du Code civil comme fondement du droit privé et sa position privilégiée dans l'ensemble [du système législatif québécois]»¹⁸. Notons même, en ce sens, que la version anglaise du *Code civil du Québec* a dû forger le terme «jus

18 Ministère de la Justice, *Le code civil du Québec — Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Les Publications du Québec, 1993, p. 1.

commune», plutôt inusité en langue anglaise (comme équivalent à « droit commun »), pour se soustraire de toute assimilation induite avec la notion (et la pratique) de « common law ».

Deux conséquences immédiates peuvent à présent être soulignées quant à ce paradigme de « droit commun » : d'abord, la thèse d'une fonction organisatrice, et, ensuite, la thèse d'une fonction interprétative en faveur des droits de l'homme.

Relevons, premièrement, que la thèse d'un « droit commun » a acquis une fonction organisatrice sur le plan de notre compréhension du *Code civil du Québec*. Si les droits de l'homme ne peuvent plus être considérés comme des « intrus » participant à une logique publiciste, ils doivent désormais logiquement (et juridiquement) acquérir un rôle « fonctionnel » ou une « vocation » à l'intérieur de ce « droit commun ». Cela se fait d'abord ressentir sur le niveau de la doctrine du droit, où la question du « droit valide » s'exprime désormais, comme nous l'affirme Hubert Reid, dans le paradigme d'un ensemble de « règles », incluant les droits de l'homme, « qui s'appliquent en principe à un ensemble de rapports juridiques »¹⁹. Cette affirmation est peut-être trop tributaire d'une façon traditionnelle d'écrire la doctrine (ou « dogmatique ») du « droit », alors qu'il serait sans doute plus avisé d'interroger l'axe argumentatif quant à cet ensemble de rapports juridiques ou civils.

Remarquons, au regard du rôle « interprétatif » du paradigme « droit commun », le fait que le Code établisse une « formalité » (un « canon ») voulant qu'une norme civile doive être interprétée comme englobant toujours les droits de l'homme, autrement dit que toute interprétation ne se limite ni au texte ni au contexte, sinon qu'elle implique toujours un moment, réel ou virtuel, de conciliation entre des dispositions de droit civil et les droits de l'homme. La raison de cette « formalité » est simplement que les règles civiles et les droits de l'homme sont considérés comme étant unis par un lien de réciprocité interprétative²⁰.

Or, tout cela demeure inéluctablement sur le plan théorique et il faut envisager comment cela se concrétise dans le domaine judiciaire. Comme il y a déjà 13 ans de parcourus depuis la mise en vigueur du *Code civil du Québec*, il y a lieu de préciser ce qui vient d'être dit en nous inspirant de la jurisprudence.

19 Hubert Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 194.

20 Cour suprême du Canada, dans l'affaire : *Béliveau St-Jacques c. F.E.E.S.P.*, [1996] 2 R.C.S. p. 345.

UN DROIT COMMUN EN PRATIQUE

Pour éclairer comment la thèse d'un « droit commun » unissant droit civil et droits de l'homme prend forme dans la jurisprudence québécoise, nous nous limiterons à quelques cas qui semblent indicateurs et qui apportent « un surplus de sens » quant à nos objectifs.

Examinons tout d'abord un arrêt de la Cour suprême du Canada qui est très révélateur de la primauté nouvellement acquise par le *Code civil du Québec*²¹. Les faits de l'affaire étaient simples : deux citoyens poursuivent un conseiller municipal en dommages-intérêts pour atteinte à leur réputation, en raison de propos tenus lors d'une assemblée d'un conseil municipal. Or, si les élus municipaux sont régis par le droit public, les « lois » particulières qui les visent sont assez imprécises quant à l'étendue des libertés et des privilèges qu'elles leur confèrent. Afin de se prévaloir du régime général de responsabilité civile prévu aux articles 1457 et suivants C.c.Q., les plaignants devaient donc démontrer une dérogation à une règle « législative » permettant de fonder l'existence d'une faute, tel l'article 1376 C.c.Q. Celui-ci indique que « les règles du présent livre [des obligations] s'appliquent à l'État, ainsi qu'à ses organismes et à toute personne morale de droit public, sous réserve des autres règles de droit qui leur sont applicables ». Quel « droit » s'applique, le nouveau *Code civil du Québec* ou, comme c'était la coutume au regard des questions de « droit » public, la common law ? Dans la réponse qui nous parvient de la Cour suprême, il y est précisé :

« [il] peut paraître étonnant qu'une règle de droit public se retrouve dans le *Code civil du Québec*. Il importe cependant de souligner que le nouveau code n'édicte pas seulement un corps de règles de droit privé ou encore, « un droit d'exception ». Il constitue, selon sa disposition préliminaire, le « droit commun » du Québec²². »

Il s'ensuit également, suivant la Cour suprême, que :

« le choix de l'expression « droit commun » ne résulte pas du hasard. Une version antérieure de la disposition prévoyait que le Code était constitué d'un ensemble de règles établissant le « droit privé ». Dans la foulée de la controverse doctrinale suscitée par l'arrêt *Laurentide Motels* [...], l'expression « droit privé » a été remplacée par celle, plus englobante, de « droit commun ». La toile de fond sur laquelle ce changement a été fait ne laisse planer aucun doute sur l'intention bien arrêtée du législateur de

21 Cour suprême du Canada, dans l'affaire : *Prud'homme c. Prud'homme*, [2002] 4 R.C.S. 663 et suiv.

22 *Idem*, par. 28.

donner la plus grande portée possible au champ opérationnel du Code civil²³.»

Le « champ opérationnel » du Code civil se concrétise par conséquent par une nouvelle relation qu'il entretient avec la common law, laquelle, comme nous l'avons affirmé, avait autrefois prééminence en la matière. À présent, en revanche, la « règle » doit être que :

« même lorsqu'une règle de common law publique est jugée applicable, le cadre général d'analyse de la responsabilité demeure celui proposé par le droit civil. En conséquence, une règle de common law devra parfois être remodelée pour remédier aux contradictions ou aux difficultés résultant de la superposition de notions issues de systèmes juridiques différents²⁴. »

Bien que le théoricien de droit civil ait en ce domaine de quoi alimenter une réflexion approfondie sur la question de l'interprétation et sur celle de la common law (dans son vis-à-vis avec la tradition civiliste), nous ne pouvons ici que rappeler nos objectifs. En ce sens, soulignons que la Cour affirme que le paradigme de « droit commun » permet désormais d'attribuer une « primauté » opérationnelle au *Code civil du Québec*. Ainsi, la distinction droit civil/common law est, littéralement, « noyée » dans le nouveau paradigme de « droit commun ».

Le sens de cette « primauté » à l'égard de la common law peut être davantage clarifié quant à l'administration de la preuve, laquelle demeure primordiale pour la sanction concernant les violations des droits de l'homme. En ce sens, le juge Lebel affirme ce qui suit :

« Le secret professionnel a reçu une consécration législative complète et ferme, à la fois dans l'article 9 de la Charte québécoise des droits et libertés et dans l'article 2858 du C.c.Q. Le droit de la preuve québécois conserve certes de forts liens avec la common law et les longs développements jurisprudentiels qui ont marqué cette dernière. Cependant, il demeure que l'on se trouve, dans la présente affaire, dans un dossier civil, régi par le Code civil du Québec et par la Charte québécoise qui, dans les domaines de la compétence de la législature du Québec, constituent le fond du droit, comme le reconnaît notamment la disposition préliminaire du Code civil du Québec²⁵. »

23 *Idem*, par. 29. Les juges se réfèrent ici à A.-F. Bisson, « La disposition préliminaire du Code civil du Québec, *op. cit.*, p. 539 et D. Lemieux, « L'impact du Code civil du Québec en droit administratif, (1994), 15 *Admin. L. R.* (2^e) 275, p. 295-297.

24 *Idem*, par. 54.

25 Cour d'appel du Québec, dans l'affaire : *St-Alban (Municipalité de) c. Récupération Portneuf inc.*, [1999] R.J.Q. 2268. Opinion du juge LeBel.

Une autre confirmation de la « primauté » opérationnelle se rapportant directement à la question des droits de l'homme se trouve dans l'affirmation suivante de la juge Louise Otis :

« Le Code civil du Québec — un ensemble législatif structuré et hiérarchisé — consacre l'intégralité de la personne humaine comme l'un des principes généraux gouvernant la jouissance et l'exercice des droits civils, et ce, en accord avec la Charte des droits de la personne [...]. La disposition préliminaire du Code, les articles 3 et 10 C.c.Q. et l'article 1 de la Charte québécoise le soulignent avec insistance²⁶. »

Il n'y a pas lieu de s'étonner que ces décisions traduisent « la philosophie du Code » et non plus qu'elles font ainsi connaître un souci en faveur de l'intégralité de l'homme (ou, comme il est dit, de la « personne ») au premier rang quant à la portée de ce « droit commun ».

Ajoutons maintenant, également quant à la primauté opérationnelle, l'affirmation du juge Baudouin, relative au « droit » à l'égalité, à la vie privée et aux « actes non-discriminatoires », voulant que :

« le droit à l'intimité me paraît singulièrement renforcé depuis l'introduction au nouveau Code civil du Québec des articles 35 et s. Celui-ci, [...] d'après sa disposition préliminaire [...], prévoit désormais un ensemble de règles touchant la protection de la vie privée qui se caractérisent toutes par le désir de préserver la personne contre une intrusion sous quelque forme que ce soit, dans le cercle restreint de sa vie personnelle²⁷. »

Un dernier arrêt portant sur le champ opérationnel et la nouvelle « primauté » peut être mentionné. Il concerne la question de l'accommodement raisonnable en faveur de pratiques religieuses particulières dans un rapport contractuel privé. La Cour établit ce qui suit :

« Trois sources de droit régissent les rapports contractuels entre les individus : le Code civil du Québec, la Charte des droits et libertés de la personne, les principes généraux du droit. Tel est l'enseignement premier édicté par l'unique disposition préliminaire du Code civil du Québec²⁸. »

26 Cour d'appel du Québec, dans l'affaire : *Montréal (Ville de) c. Tarquini*, [2001] R.J.Q. 1405 (C.A.) par. 174 (L. Otis) ; également dans Maurice Tancelin et Daniel Gardner (dir.), *Jurisprudence commentée sur les obligations*, 8^e édition, Montréal, Wilson et Lafleur ltée, 2003, p. 938.

27 Cour d'appel du Québec, dans l'affaire : *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, [1995] R.J.Q. 2561 (C.A.).

28 Cour supérieure du Montréal, dans l'affaire : *Syndicat Northcrest c. Anselem*, [1998] R.J.Q. 1892 (C.S.). Confirmé en appel : Cour d'appel du Québec, *Anselem c. Syndicat Northcrest*, [2002] R.J.Q. 906. Décision cassée (5 contre 4) par le Cour suprême du Canada ; *Syndicat Northcrest c. Anselem*, [2004] C.S.C. 47, voir ici l'opinion minoritaire (Bastarache, LeBel et Deschamps) par. 177.

Loin de nous pourtant l'idée de faire une quelconque énumération de l'utilisation des références au «droit commun» dans la jurisprudence québécoise. Au-delà donc de toute aspiration à l'exhaustivité, nous pouvons constater que le paradigme d'un «droit commun» nouveau n'a pas été pris à la légère, et plutôt qu'il a été repris d'une façon dynamique et novatrice. L'évidence procède de l'affirmation que le paradigme est devenu opératoire pour réorienter le droit civil et les droits de l'homme dans une prise en compte plus aiguë des enjeux de «pouvoir» dans les rapports civils. Le paradigme a directement renforcé les droits de l'homme par un effet insoupçonnable: si les atteintes aux droits de l'homme dans le domaine du droit public sont sanctionnées par le biais de réparations pécuniaires, les atteintes à une position juridiquement protégée dans le domaine du droit civil s'exécutent en principe «en nature» (par opposition à l'exécution dite par «équivalent»)²⁹. Ce qui est intéressant, car cela permet de s'opposer à l'approche de common law qui favorise l'exécution par «équivalent» (c'est-à-dire dommages-intérêts) par plus grand «respect» de la liberté individuelle alors que le droit civil se veut plus contraignant sur ce point.

En effet, nous observons une osmose entre les modèles de réparation où le principe de droit civil de réparation «en nature», conjugué au caractère d'ordre public des droits de l'homme, peut servir à réclamer plus efficacement, par exemple, la réintégration d'un travail perdu, ou encore la location d'un appartement (ou celle d'un autre dont dispose la compagnie de location). Plus précisément, la possibilité de «réparation» devient plus adéquate pour une personne vulnérable, surtout dans un domaine tel que celui des «droits» sociaux. Le paradigme de «droit commun» facilite une exécution en nature dans des cas exemplaires.

LE DROIT DU TRAVAIL ET LES DROITS DE L'HOMME

Notre quête de sens concernant le paradigme de «droit commun» peut maintenant être prolongée en faisant expressément appel au droit du

29 Cf. l'affaire: *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, op. cit.; dans l'affaire: *Syndicat Northcrest c. Amselem*, op. cit. — où il est dit ceci: «En droit civil, l'exécution en nature constitue la règle. L'exécution par équivalent "est considérée comme une forme secondaire de l'exécution, dont le créancier n'est pas légalement tenu de se contenter". Le juge Rochon cite ici Jean-Louis Baudouin, *Les Obligations*, 4^e édition, Cowansville, Les éditions Yvan Blais, n° 419, p. 242. Sur la question de l'exécution en nature, consulter la décision de la Cour d'appel du Québec: *Commission des droits de la personne du Québec c. Société d'électrolyse et de chimie Alcan ltée*, [1987] D.L.Q. 340 (C.A.), dans Maurice Tancelin et Daniel Gardner (dir.), *Jurisprudence commentée sur les obligations*, 8^e édition, Montréal, Wilson et Lafleur ltée, 2003, p. 676-679.

travail. Car si l'ancien code historique du Bas-Canada de 1866 était parcimonieux en ce qui concerne la régulation des rapports de travail³⁰, il en est tout autre sous l'égide du *Code civil du Québec*, où celui-ci reçoit un traitement large et systématique aux articles 2085 à 2097³¹. De plus, ces articles doivent s'harmoniser avec les droits de l'homme, tel que le prescrit la *Charte des droits et libertés de la personne*. Vérifions maintenant, très brièvement, de quelle manière cela se fait.

Insistons sur ce fait que le paradigme d'un «droit commun» s'exprime dans le domaine du droit du travail par un partage de tâches entre les règles civilistes régissant le contrat de travail (c'est-à-dire les conditions de formation sur le plan de sa «nature», de la «volonté» exprimée par les parties, de la rémunération, des contenus obligatoires, etc.), tandis que la Charte québécoise vise la protection de l'individu, soit la «personne» susceptible de s'engager par un contrat de travail. C'est en nous déplaçant vers ladite Charte que le sens de tout cela révèle une logique de «positionnement civil». Deux axes peuvent être distingués quant à ce «positionnement civil»: un axe général et un axe particulier.

Au regard du «positionnement civil» en général, il faut souligner que la *Charte des droits et libertés de la personne* favorise une égalité formelle. Dans le contexte d'une société profondément et irrémédiablement inégalitaire sur le plan factuel, comportant des différences sociales, économiques et politiques qui accentuent (et se renforcent en le cimentant) le côté inégalitaire de la société québécoise, la notion d'«égalité» représente de la sorte un soutien appréciable car ainsi se joue, et se déjoue, à son égard la question du positionnement des individus sur le marché du travail. La notion d'égalité peut ainsi, éventuellement, être mobilisée à titre de bouclier contre les pratiques discriminatoires. Si les articles 16 à 19 de la charte québécoise interdisent la discrimination sur le marché du travail, c'est l'article 10 qui énumère les motifs prohibés d'une telle discrimination, soit celle relative à «la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge (sauf dans la mesure prévue par la loi), la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap». Y figurent quelques exceptions, prévues à l'article 20, liées aux exigences professionnelles justifiées ou aux distinctions, exclusions ou préférences justifiées par le caractère charitable,

30 Voir Robert P. Gagnon, Louis LeBel et Pierre Verge, *Droit du travail*, 2^e édition, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1991, p. 21-36.

31 Robert P. Gagnon, *Le Droit du travail du Québec*, 5^e édition, Cowansville, Yvon Blais, 2003, p. 61-134.

philanthropique, religieux, politique et éducatif d'une institution, sans but lucratif ou vouées exclusivement au bien-être d'un groupe ethnique. Hormis de telles exceptions bien circonscrites, c'est en somme le positionnement « non-discriminatoire » qui se précise ainsi par l'effet des droits de l'homme dans le domaine du droit du travail et qui fusionne avec le paradigme d'un « droit commun ».

Quant au questionnement sur l'axe « individuel » (ou simplement orienté vers la situation particulière vécue par une personne en tant que telle), nous voulons mentionner l'interdiction de harcèlement sexuel (art. 10.1. de la charte québécoise), l'interdiction d'infliger une peine supplémentaire à une personne ayant un casier judiciaire (art. 18.2. de la charte québécoise), l'établissement de conditions de travail qui respectent la santé, la sécurité et l'intégrité (art. 46. de la charte québécoise), ou simplement l'interdiction de porter atteinte à la dignité, à l'honneur et à la réputation d'un employé (art. 4 de la charte québécoise). La portée des règles liées aux « positionnements » de l'individu est ici assez large et ouverte, et c'est souvent uniquement une décision judiciaire qui peut assurer la perméabilité du droit civil au paradigme d'un « droit commun ».

La Charte des droits et libertés de la personne est d'ordre public. Son respect incombe à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse en vertu des compétences ou d'impératifs « censoriaux » qui lui sont dévolues³². En fait, pour rendre le régime des libertés de la « personne » le plus efficace possible, le législateur québécois a instauré un système où la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse peut, à la suite d'une plainte, mener une enquête et proposer un arbitrage ou un règlement du différend³³. Si aucune entente ne peut être obtenue et si la Commission considère qu'il y a lieu de poursuivre, la victime a le choix entre s'adresser à un tribunal de droit commun ou au Tribunal des droits de la personne, s'il s'agit d'un cas de discrimination.

Là où nous voulons en venir plus précisément, concernant le paradigme d'un « droit commun », c'est qu'ainsi se forge en fait une nouvelle dimension des droits de l'homme. Le contrat de travail étant régulé par le *Code civil du Québec*, il en ressort que tout ceci (à l'exception

32 Nous utilisons le mot « censorial » dans son sens classique en droit et faisant référence aux pouvoir, compétence, « censure », etc. Cf. Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 1994, p. 122 « censorial, ale, aux ».

33 Lucie Lamarche, *Le Régime québécois de protection et de promotion des droits de la personne*, Cowansville, Yvon Blais, 1996. Voir également Lucie Lemonde, *Discrimination et Commission des droits de la personne*, Montréal, Éd. Saint-Martin, 1988.

du pouvoir « censorial » de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) se rapporte désormais au paradigme d'un « droit commun ». En d'autres termes, le souci concret pour l'individu en tant que tel se superpose à la question expresse de droit civil. En fait, la question de la réalité de l'homme (ou de l'individu) fusionne avec les exigences du droit du travail pour ouvrir la voie, sur le plan juridictionnel, à une nouvelle façon de penser le droit civil.

UN DERNIER MOT

Rappelons en dernier lieu que la façon de réconcilier le droit civil avec l'exigence des droits de l'homme proposée par le Québec peut servir pour d'autres pays qui jonglent avec l'idée de réformer leur Code civil. Alors que subsistent des raisons qui militent contre une « constitutionnalisation » néfaste du « droit civil » ou une importation aveugle et irréfléchie des droits de l'homme dans les rapports privés, le modèle québécois semble assez prometteur. L'essai de décisions judiciaires a contribué, chacune à sa façon, à préciser le paradigme d'un « droit commun » et en témoigne amplement. Le recentrage « civiliste », entrepris par le *Code civil du Québec*, peut à la fois servir de modèle et inspirer le travail qui se fait sur le plan législatif dans différents pays et dans différents contextes, de même qu'il permet d'élucider notre façon de concevoir et de construire la doctrine de « droit » civil.

CHAPITRE 7

INTÉRÊTS PARTICULIERS, INTÉRÊTS GÉNÉRAUX ET CORPS INTERMÉDIAIRES¹

Peu de thèmes en philosophie juridique, politique et social suscitent plus de débats, de déchirements et de passions que le statut et les relations entre intérêts particuliers, intérêts généraux et corps intermédiaires. Cela démontre que ce sont des thèmes d'actualité, car si passion rime avec engagement, les engagements de chacun indiquent qu'il y a peut-être des thèmes sous-jacents à ces interrogations primordiales pour le sens à accorder à notre modernité juridique et politique. Nous n'avons donc pas à chercher loin pour observer ces passions, pas plus pour la façon dont, par concepts interposés, tels ceux de Patrie, Loi, Constitution, Liberté, elles revendiquent souvent le « droit » (*i.e.* le privilège) d'avoir le dessus sur la démocratie, sinon l'atout de la nier ouvertement. Au-delà des passions qui s'agitent, les raisons pour démêler et penser adéquatement les enjeux des « intérêts particuliers, intérêts généraux et corps intermédiaires » ne peuvent que s'imposer avec davantage de rigueur.

Pour relever ce défi, nous examinerons certains des enjeux juridiques et politiques qui s'expriment par ces notions, plus particulièrement les courants philosophiques qui accueillent et mettent de l'avant la compréhension les concernant, puisque c'est précisément au sein de ces courants que la problématique entourant nos thèmes a pris naissance et a pu s'imposer à notre pensée contemporaine. Nous avons deux courants principaux : d'abord, le républicanisme, avec Rousseau, puis le libéralisme, avec Locke. Nous ajouterons, en prolongement de ces deux courants, quelques remarques quant à Habermas et à son intention d'envisager ces notions démocratiquement et surtout en dehors des carcans des philosophies qui ont déjà préjugé du sens de ces notions.

1 Publiée dans Josiane Boulad-Ayoub et Luc Bonneville (dir.), *Souverainetés en crise*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Mercure du Nord, 2003, p. 101-113.

LE DROIT POLITIQUE DE LA RÉVOLUTION : LE RÉPUBLICANISME

Tant la révolution anglaise de 1688 que la révolution française de 1789 ont provoqué un bouleversement dans la façon dont la société politique se pense et se représente elle-même. Si les deux révolutions se ressemblent beaucoup dans leur volonté de mettre un terme à l'absolutisme juridique et politique, de même que par la naissance embryonnaire de la modernité, la Révolution française se distingue en voulant être philosophique, là où la révolution anglaise se voulait morale et juridique². De la sorte, la pensée prérévolutionnaire a largement pour but de débloquer la société politique, la Révolution française étant le triomphe de ces idées. Lorsque Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) atteint un statut aussi éminent dans la Révolution française, au point d'être nommé, à titre posthume, philosophe de la Révolution³, c'est sûrement en partie pour la façon dont il met en selle la dichotomie républicaine « intérêts particuliers » et « intérêts généraux » à l'égard du droit.

INTÉRÊTS PARTICULIERS SELON ROUSSEAU

Si Rousseau est beaucoup plus loquace au sujet des intérêts généraux dans son ouvrage *Du contrat social ou principes du droit politique* de 1762⁴, la question de l'intérêt particulier constitue pourtant le tremplin d'où sa philosophie prend son envol. Il faut en conséquence souligner que cette notion d'intérêt particulier s'étaye sur deux axes assez différents.

D'un côté, Rousseau prend partie pour la petite bourgeoisie industrielle, commerciale et agricole, directement engagée dans la production. Il y a un côté romantique, chez Rousseau, qui s'exprime par l'appel à un retour à la nature, à la vie simple, à l'homme métamorphosant lui-même la nature. Nous aurions pourtant tort de prendre cet appel au pied de la lettre, comme uniquement romantique, car il se cache, dans les

2 Rappel G.W.F. Hegel, *Leçons sur la philosophie de l'histoire*, traduction par J. Gibelin, Paris, Vrin, 1979, p. 339: « On a dit que la Révolution française est sortie de la philosophie et ce n'est pas sans raison que l'on a appelé la philosophie sagesse universelle, car elle n'est pas seulement la vérité en soi et pour soi, en tant que pure essence, mais aussi vérité en tant qu'elle devient vivante dans le monde réel. »

3 L.-S. Mercier, *De J. J. Rousseau, considéré comme l'un des premiers auteurs de la Révolution*, Paris, Buisson, 1791.

4 J.-J. Rousseau, *Du Contrat social ou Principes du droit politique*, Paris, Gf Flammarion, 1992.

écrits de Rousseau, d'une part, la valorisation d'un «état de nature» individualiste et, d'autre part, celle de l'homme rendu libre par le travail et l'industrie. Rousseau valorise les vertus de la vie simple, caractérisant les petit bourgeois, les agriculteurs, les petits commerçants, les artisans, à l'encontre de la vie froide et calculatrice de la grande bourgeoisie et des scientifiques⁵.

De l'autre côté, Rousseau souligne que ces intérêts particuliers sont le point de départ pour penser les intérêts généraux sur le plan politique. Ainsi, les intérêts particuliers qui s'expriment s'imposent aux intérêts généraux avant de se fondre en eux. Cela nous met sur la piste des intérêts particuliers comme irrémédiablement rattachés à un idéal de bien vivre sous la loi, avec cette limite, pourtant, qui caractérise si bien le républicanisme: les intérêts particuliers sont avant tout prépolitiques et doivent, en fin de compte, s'épanouir dans un cadre plus large, c'est-à-dire à l'intérieur des intérêts généraux tels qu'exprimés par la loi.

INTÉRÊTS GÉNÉRAUX SELON ROUSSEAU

Si les intérêts particuliers se retrouvent toujours dans un état prépolitique chez Rousseau, il ne fait nul doute que ceux-ci se réalisent politiquement dans et par la «volonté générale». Cette volonté générale de Rousseau les subsume en leur attribuant leur sens ultime dans une soumission à la loi et à la République. La notion de volonté générale résume la façon dont Rousseau considère les intérêts généraux: différents de et plus que l'addition pure et simple des intérêts de tous. Ceux-ci se dissolvent dans la souveraineté et dans la loi, comme cadre et garantie des intérêts particuliers et généraux.

Chez Rousseau, le fait que les intérêts généraux soient politiques se manifeste avant tout dans sa conception de la souveraineté. La souveraineté n'est plus dépendante d'un individu, mais elle se concrétise dans le peuple souverain: «la souveraineté n'étant que l'exercice de la volonté générale ne peut jamais s'aliéner, (...) le souverain, qui n'est qu'un être collectif, ne peut être représenté que par lui-même; le pouvoir peut bien se transmettre, mais non pas la volonté»⁶.

C'est en conséquence la loi, la législation dans la République, qui se dessine comme le moment où la souveraineté du peuple se fait corps.

5 J.-J. Rousseau, *Discours sur les sciences et les arts*, Paris, Flammarion, coll. GF n° 243, 1971.

6 J.-J. Rousseau, *Du contrat social ou Principes du droit politique*, op. cit., p. 51 (livre 2, chap. 1)

Dans l'œuvre de Rousseau, la loi, comme consécration des intérêts généraux, devient en conséquence absolue. C'est le seul lieu légitime à l'égard des intérêts particuliers et également l'incarnation des limites et du sens de ces derniers. La loi de Rousseau ne se superpose pas uniquement aux intérêts particuliers, mais se substitue aussi largement à eux et les « colore » amplement. La liberté de poursuivre ses intérêts particuliers est, au bout du compte, fonction de la liberté permise par la loi. Mais comment, dans une telle situation, s'opposer à la loi, aux intérêts généraux, étant donné qu'ils sont supposés toujours englober tous les intérêts particuliers dignes de considération ?

INTERDICTION DES CORPS INTERMÉDIAIRES SELON SIEYÈS

Déjà, chez Rousseau, se dessine l'interdiction des corps intermédiaires, c'est-à-dire de la représentation politique des corporations, des métiers, des églises, des régions, des minorités et autres, comme ayant un statut « public ». C'est pourtant l'abbé Emmanuel Joseph Sieyès (1748-1836), un autre théoricien clé de la Révolution française, qui, avant d'autres, met en avant cette interdiction philosophique et pratique dans son livre clé *Qu'est-ce que le Tiers État?* en 1789⁷. Le cri de ralliement de ce livre résonne encore en écho dans nos oreilles modernes :

« Qu'est-ce le Tiers État ? – TOUT. Qu'a-t-il été jusqu'à présent dans l'ordre politique ? – RIEN. Que demande-t-il ? – À ÊTRE QUELQUE CHOSE⁸. »

Or, si nous pouvons facilement être en accord avec les reproches que Sieyès adresse à l'Ancien Régime, le problème se corse lorsque l'on perçoit Sieyès comme un constructeur « constitutionnel », en particulier quant à la question des corps intermédiaires. En effet, pour Sieyès, les corps intermédiaires doivent être éradiqués :

« Qu'on ne soit donc pas étonné si l'ordre social exige avec tant de rigueur de ne point laisser les simples citoyens se disposer en corporations, (...) »⁹

« Les intérêts par lesquels les citoyens se ressemblent sont donc les seuls qu'ils puissent traiter en commun, les seuls par lesquels et au nom desquels ils puissent réclamer des droits politiques, c'est-à-dire une part active à la

7 E. Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers État?*, Paris, Flammarion, coll. Champs n° 196, 1988.

8 *Ibid.*, p. 31-32.

9 *Ibid.*, p. 170.

formation de la Loi sociale, les seuls par conséquent qui impriment au citoyen la qualité représentable».¹⁰

La conséquence immédiate est que les corps intermédiaires (de statut public) n'ont plus aucune légitimité et se placent même dans une illégalité contraire à la fois à la République et à la liberté individuelle. Côté République, l'existence et la reconnaissance d'un quelconque corps intermédiaire pouvaient-elles être autre chose que l'usurpation de la souveraineté étatique, obscurcissant la relation entre la République et le citoyen ? Côté individuel, l'existence et la reconnaissance des intermédiaires ne portent-elles pas atteinte à la liberté de l'individu telle qu'elle est accordée et délimitée par la loi ? Les corps intermédiaires n'ont aucune place dans le modèle républicain, qui ne peut reconnaître que le citoyen, d'un côté, et la souveraineté de la loi, de l'autre.

LE RÉPUBLICAIN ET LA SUPRÉMATIE DES INTÉRÊTS GÉNÉRAUX

Nous pouvons maintenant, de façon schématique, dire que le républicanisme juridique se déploie comme suit à l'égard des « intérêts » :

1. La loi (et la Constitution) représente et exprime les intérêts généraux. En elle s'expriment, s'accordent et se limitent les intérêts particuliers.
2. La loi encadre, enfreint et arbitre les intérêts particuliers. Les intérêts particuliers ne peuvent être légitimes que consignés par une loi.
3. Il ne doit pas exister d'intermédiaire entre la loi (et la souveraineté) et les individus. Tout « intermédiaire » n'est qu'une usurpation de la souveraineté de la Nation ou une atteinte à la liberté individuelle.

En conséquence, le républicanisme se forme dans l'exaltation de la loi comme seul représentant des intérêts généraux. Ainsi, les intérêts particuliers (de même que les individus) se trouvent toujours dans une position d'infériorité à l'égard de la loi. Comme le dit encore Sieyès, « les droits politiques, comme les droits civils, doivent tenir à la qualité de citoyen »¹¹. En d'autres mots, les intérêts particuliers, c'est ce que permet la loi, comme expression des intérêts généraux, expressément ou par son silence.

10 *Ibid.*, p. 175.

11 E. Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers État?*, *op. cit.*, p. 70.

LA MORALITÉ DES INTÉRÊTS: LE LIBÉRALISME

En abordant le libéralisme et sa façon de théoriser les intérêts généraux, les intérêts particuliers et la question des corps intermédiaires, nous devons nous déplacer vers l'Angleterre où la forme la plus poussée du libéralisme se développe philosophiquement. Nous examinerons comment le libéralisme juridique renverse l'axe des intérêts au bénéfice des intérêts particuliers. Le libéralisme se résume dans une conception morale, ou éthique, des intérêts.

LA MORALITÉ ET LES INTÉRÊTS PARTICULIERS

Ce sont avant tout les écrits du théologien, médecin et philosophe John Locke (1632-1704) qui marquent l'élaboration d'une théorie moderne de la moralité des intérêts. Une de ses définitions la décrit comme suit:

«L'état de nature est régi par un droit de nature qui s'impose à tous et, rien qu'en se référant à la raison, qui est ce droit, l'humanité entière apprend que, tous étant égaux et indépendants, nul ne doit léser autrui dans sa vie, sa santé, sa liberté ni ses biens; tous les hommes sont l'œuvre d'un seul Créateur tout puissant et infiniment sage, tous, les serviteurs d'un seul souverain maître, envoyés dans le monde par Son ordre et pour Ses affaires; ils sont donc Sa propriété, à lui qui les a faits, et qui les a destinés à durer selon son bon plaisir et celui de nul autre¹².»

En bref, Dieu a écrit dans le cœur des hommes les droits subjectifs (*rights*) que nul souverain ne peut altérer ou abroger. Parmi ces droits subjectifs se trouve fondamentalement chez Locke celui de faire fructifier tranquillement et sans intervention étatique ses intérêts particuliers. Cela se traduit dans l'importance primordiale qu'occupent, chez lui, les questions de «propriété» et d'intérêts «matériels». Il s'agit en somme de la liberté de poursuivre individuellement ses propres intérêts particuliers aussi longtemps que cela ne nuit pas aux autres enfants de Dieu.

Non sans raison, le système libéral, comme le conçoit Locke, a été caractérisé comme mettant de l'avant un «individualisme possessif»¹³. Les individus deviennent le fondement même de la société en utilisant leurs

12 J. Locke, *Deuxième traité de gouvernement civil*, Paris, Vrin, 1977, p. 78.

13 C. B. Macpherson, *La Théorie politique de l'individualisme possessif de Hobbes à Locke*, Paris, Gallimard, 1971; voir également, *idem*, «Locke on Capitalist Appropriation», dans *The Western Political Quarterly*, 1951, p. 550.

forces de travail et d'intelligence pour, à la fois, poursuivre, en toute liberté, leurs intérêts particuliers et faire fructifier toujours davantage leur propriété. La société tout entière repose, chez Locke, sur cette poursuite libre des intérêts particuliers. Il affirme que toute contrainte ou toute limitation à cette liberté et à cette morale initiale ne peut qu'être dictatoriale. À tout le moins, elle aura besoin d'une justification particulière et temporaire devant trouver l'assentiment dans des intérêts particuliers¹⁴.

L'INTÉRÊT GÉNÉRAL DE PROTÉGER LES INTÉRÊTS PARTICULIERS

Dans le modèle libéral, il est d'abord important de souligner que l'État, comme enjeu des intérêts généraux, est toujours pensé comme un ennemi potentiel. C'est une création artificielle, un Léviathan pouvant à tout moment se tourner contre ses concepteurs. Dans cette dichotomie entre privé et public, entre ce qui est naturellement bon et ce qui est artificiel, nécessaire, mais dangereux, se trame une conception « minimisée » des intérêts généraux. Cela nous est révélé dans la citation de Locke retranscrite ci-dessus. En principe, les intérêts particuliers doivent s'autolimiter et assurer que nul ne lèse autrui dans sa vie, sa santé, sa liberté et ses biens.

Or, si une telle autolimitation reste idéale, la défense même de celle-ci peut être laissée à l'État pour des raisons d'efficacité. Locke fait intervenir le défaut adamique pour justifier la nécessité d'avoir un appareil pouvant impérativement faire respecter la liberté de tous. C'est en conséquence les intérêts particuliers, comme objets de protection efficace, qui définissent les intérêts généraux. L'État et la loi n'ont pas d'autre vocation que d'aider les citoyens face aux questions de coopération, de justice judiciaire ou d'infrastructures nécessaires pour optimiser le rendement des intérêts particuliers au bénéfice de tous. Idéalement, la loi, comme l'État, devrait se concentrer sur des intérêts généraux limités à la police, à l'armée, aux tribunaux, et peut-être à des questions concernant l'infrastructure matérielle, rien de plus, cela pour la simple raison que c'est à l'avantage des intérêts particuliers que l'État leur porte une aide de « superstructure ».

14 Voir également Bernard Mandeville (1670-1790), *La Fable des abeilles : ou les vices privés font le bien public*, Paris, GF-Flammarion, 1991, ou Adam Smith (1723-1790), *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Paris, GF-Flammarion, 1991.

IMMORALITÉ DES DROITS COLLECTIFS

En revanche, toute référence, tout discours, aux droits collectifs (c'est-à-dire des droits rattachés aux statuts supra-individuels) sera immoral.

Il en va de même pour les corps intermédiaires voulant se structurer autour de quelconques droits collectifs. Comme Locke nous l'indique, les seuls « vrais droits » qui existent sont ceux que Dieu a inscrits dans nos cœurs et dans notre raison. Pour Locke, il n'a sûrement pas écrit quoi que ce soit dans le « fait » d'une minorité, d'une ethnie opprimée, etc. Une conclusion s'impose : de tels discours ne peuvent être qu'immoraux ou du moins l'œuvre de personnes immorales poursuivant des objectifs malsains.

LE LIBÉRALISME ET LA PRIMAUTE
DES INTÉRÊTS PARTICULIERS

Le libéralisme, tel que nous le connaissons aujourd'hui par le biais des auteurs modernes comme J. Rawls¹⁵, R. Dworkin et d'autres, n'est qu'une des variantes de ce que nous a affirmé Locke. La spécificité de ce courant peut se résumer en quelques points succincts :

1. Quelques intérêts particuliers, comme la liberté et la propriété de chaque individu en tant que droits subjectifs, ont une valeur morale fondamentale qui ne peut jamais être dépassée ou altérée.
2. Une société saine se caractérise par le respect et le déploiement de ces valeurs morales fondamentales.
3. L'État ou, plus précisément, la loi et la souveraineté peuvent représenter un danger pour les intérêts particuliers et doivent en conséquence être circonscrits aux questions de superstructures ne pouvant pas être réglées par les individus.
4. Tout conflit entre intérêts particuliers et intérêts généraux doit être réglé par des tribunaux en fonction de valeurs morales fondamentales.

De cette façon, le schéma républicain est complètement renversé, car ce qui est mis en avant, ce sont les intérêts particuliers propres à chaque individu. Ce qui compte, ce sont les intérêts particuliers, tandis que les intérêts généraux ont besoin d'une justification. Dworkin synthétise cette opinion comme suit : « Le nerf de l'affirmation d'un droit (...) c'est qu'un

15 J. Rawls, *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 2^e éd. 1997; *idem*, *Libéralisme politique*, Paris, PUF, 1995.

individu a une prérogative à être protégé contre la majorité, fût-ce au préjudice de l'intérêt général¹⁶. »

DÉMOCRATIE ET PROCÉDURISALISATION DES INTÉRÊTS

L'une des approches les plus fructueuses aujourd'hui nous semble être la proposition du philosophe allemand Jürgen Habermas à l'effet de redéfinir nos approches à l'égard des intérêts particuliers, des intérêts généraux et des corps intermédiaires, en mobilisant le processus démocratique¹⁷. Cette philosophie refuse de statuer, comme le font les républicains et les libéraux, sur ce qui est ou doit compter comme intérêts particuliers, intérêts généraux et corps intermédiaires. La philosophie d'Habermas profite aux débats démocratiques où les citoyens décident de façon autonome, dans l'espace public, comment se mettre d'accord sur ces intérêts particuliers et comment construire les intérêts généraux.

HABERMAS ET LE MODÈLE DÉMOCRATIQUE

La querelle entre intérêts particuliers et intérêts généraux disparaît en démocratie. Il en ressort une affirmation de nous-mêmes comme auteurs. Dès que nous ne pouvons plus écrire et désigner les intérêts comme étant soit « particuliers » soit « généraux », il ne nous reste que la démocratie comme force de concertation et d'écriture quant au sens à donner à ces catégories. C'est justement la force même de la pensée de Jürgen Habermas de souligner que ce sera uniquement par le processus démocratique que nous pourrions désormais reconnaître, réconcilier et délimiter nos intérêts comme devant se structurer en intérêts particuliers ou généraux.

Habermas nous invite en effet à investir la démocratie comme processus, mettant toute situation « démocratique » entre parenthèses. Il n'y donc pas de démocratie à fêter, mais à réaliser perpétuellement¹⁸. En conséquence, la démocratie n'existe que dans la mesure où elle ne sert pas la domination, mais elle reste à la disposition des citoyens pour s'exprimer, dialoguer et décider en toute autonomie.

16 R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, 1995, p. 146.

17 J. Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997; *idem*, *L'Intégration républicaine. Essais de théorie politique*, Paris, Fayard, 1998.

18 B. Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit*, Paris, L'Harmattan & Ste-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1998, p. 133-150.

En tant que méthode pour nous concerter concernant nos intérêts et sélectionner ceux dignes d'être respectés comme généraux, comme lois, le processus démocratique peut être envisagé sur deux axes complémentaires : universalité et négociation.

Quant à l'exigence d'universaliser les intérêts prononcés particulièrement, il s'agit de comprendre que, dès que nous ne pouvons plus penser l'universalité que comme un idéal contrefactuel, il ne nous reste que le processus démocratique pour soumettre aux autres ce que nous considérons, à tort ou à raison, comme étant nos intérêts et pour examiner, par la discussion, leurs prétentions à l'universalité. En fait, le processus démocratique est avant tout une démarche d'apprentissage des intérêts des autres. En mettant en commun tous nos intérêts, comme nous les comprenons et les valorisons individuellement, nous apprendrons quelque chose démocratiquement sur ce qu'autrui attend de nous à titre de co-sociétaire. Nous connaissons d'autres côtés de la vie sociale que nous ne vivons pas, que nous ne connaissons pas, comme exprimant des intérêts légitimes et égaux à ceux que nous défendons nous-mêmes. Les conventions modernes des droits de l'homme, précisément parce qu'elles sont négociées et acceptées par la communauté internationale, peuvent ici servir de réservoirs d'arguments pour les individus engagés dans le processus de choix et de structure de nos intérêts, particuliers ou généraux.

Il convient ensuite de souligner que le processus démocratique doit aussi pouvoir honorer des intérêts par des négociations prenant en compte tous les points de vue. Tous les intérêts d'une société moderne ne peuvent peut-être pas prétendre à l'universalité. En revanche, les intérêts minoritaires et ceux de la majorité peuvent souvent être avantageusement négociés en vue d'un compromis politique. Ainsi, peuvent être négociés les intérêts de la femme, de l'enfant, de l'étranger, du réfugié, de l'apatride, du travailleur, du chômeur, du croyant, de l'objecteur de conscience, du contribuable, des personnes âgées, etc. La modernité, tant juridique que politique, ne peut que faire siens de tels compromis, comme l'expression de la pluralité démocratique.

Ainsi, les « intérêts particuliers, les intérêts généraux et les corps intermédiaires » reprennent leur place, même si ces termes ont désormais perdu toute force sémantique. Plus adéquatement nous devrions parler de la façon démocratique de rendre visibles les intérêts de l'un et de l'autre, ainsi que de notre capacité toute démocratique de prendre en compte les intérêts de tous sans discrimination. Il s'agit d'assurer de façon égale le respect et la reconnaissance des intérêts revendiqués et même d'imaginer

des solutions démocratiques pouvant répondre aux besoins d'intérêts marginalisés.

LA POLITIQUE DÉMOCRATIQUE DES INTÉRÊTS

L'intérêt d'utiliser désormais le processus démocratique pour nous mettre d'accord sur nos intérêts et sur la façon de les honorer soit comme particuliers, soit comme généraux, peut être davantage illustré. Nous pouvons insister sur le fait que nous n'avons plus d'accès unique au sens à accorder à ces catégories et qu'il ne nous reste qu'une politique démocratique des intérêts. Voici des exemples de la problématique :

Le libre accès gratuit à l'enseignement universitaire relève-t-il de l'intérêt particulier de l'individu ou des intérêts généraux de la société ?

L'assistance médicale gratuite relève-t-elle de l'intérêt particulier de l'individu ou, à nouveau, des intérêts généraux ?

En fait, nous pouvons multiplier les exemples à l'infini. Selon la réponse que nous voulons donner, nous pouvons aussi voir comment la question du « financement » se greffe immédiatement. En répondant qu'il s'agit d'un intérêt particulier, nous avons aussi affirmé que l'individu doit lui-même payer pour l'école, l'université, l'assurance médicale, la pension de vieillesse, etc., tandis que les intérêts généraux font l'objet d'une prise en charge commune.

Ce qui est aujourd'hui dangereux, c'est de préjuger de ces questions. Il ne faut pas croire qu'une quelconque position philosophique puisse se substituer à des dialogues ouverts et publics où les citoyens peuvent librement se concerter et faire intervenir autant de considérations et d'arguments pouvant, selon eux, éclairer la décision qu'ils doivent prendre démocratiquement.

Il n'en va pas autrement de la question des « corps intermédiaires ». En effet, il convient de se rappeler qu'aussi bien les partisans libéraux que républicains faisaient de rapides calculs : les syndicats, qui ont fait leur apparition dès le début du XIX^e siècle ne sont-ils que des « corps intermédiaires » en demandant un statut public ou semi-public ? Le résultat pouvait criminaliser toute organisation ouvrière (ou syndicale) et permettre par les lois, les tribunaux, la police, une répression étatique qui se superposait à une terreur patronale aussi bête que sauvage. Par la suite, personne ne s'est beaucoup offusqué quand les syndicats ont obtenu leur statut de « corps intermédiaires », mais que de vies gaspillées, de talents emprisonnés ! Or, si la question de la « souveraineté » a aveuglé les esprits

à ce moment, comment pouvons-nous croire que nous sommes plus clairvoyants aujourd'hui? La «souveraineté nationale» n'est-elle pas devenue problématique, sinon obsolète, dans plusieurs domaines? Or, ce qu'il ne faudrait surtout pas faire ici non plus, c'est de croire en des concepts servant à résoudre nos problèmes; souvent, ils ne font que les augmenter. Dans la perspective d'une démocratie pluraliste, quoi de plus normal pourtant que de soumettre au processus démocratique la question des délégations ou encore des abdications de souveraineté? En fait, ne devons-nous pas plutôt élargir le processus démocratique, des corps intermédiaires, vers les corps supranationaux?

Le problème moderne des «intérêts particuliers, intérêts généraux et corps intermédiaires» n'est plus de l'ordre de la pureté des positions philosophiques, mais il relève davantage de notre imagination à nous forger de nouveaux outils normatifs, juridiques et institutionnels pour répondre aux forces, attentes et espoirs libérés par la modernité juridique, donc l'intérêt de regarder du côté de la procédure démocratique comme permettant aux intérêts de trouver leur place pour forger ce qui doit compter comme intérêts généraux pour nous.

LES INTÉRÊTS ET L'ENJEU DÉMOCRATIQUE

Comme nous l'avons fait pour le républicanisme et le libéralisme, nous pouvons résumer la thèse d'Habermas en quelques propositions clés:

1. Il incombe aux processus démocratiques de décider, de sélectionner, ce qui doit compter comme intérêts particuliers ou généraux. Seuls ces processus démocratiques peuvent obliger les sujets de droit.
2. Le processus démocratique nécessite une représentation sans borne, de même que des groupes d'intérêts variés et multiples pouvant librement exprimer leurs préférences et leurs opinions.
3. Le processus démocratique représente à la fois un processus de négociation politique perpétuelle entre différents intérêts dans la société et un processus d'apprentissage d'autrui.

En somme, il n'y a plus de place pour les préjugés conceptuels, mais bien pour un processus démocratique à investir avec nos intérêts.

UN APPEL AUX DIALOGUES DÉMOCRATIQUES

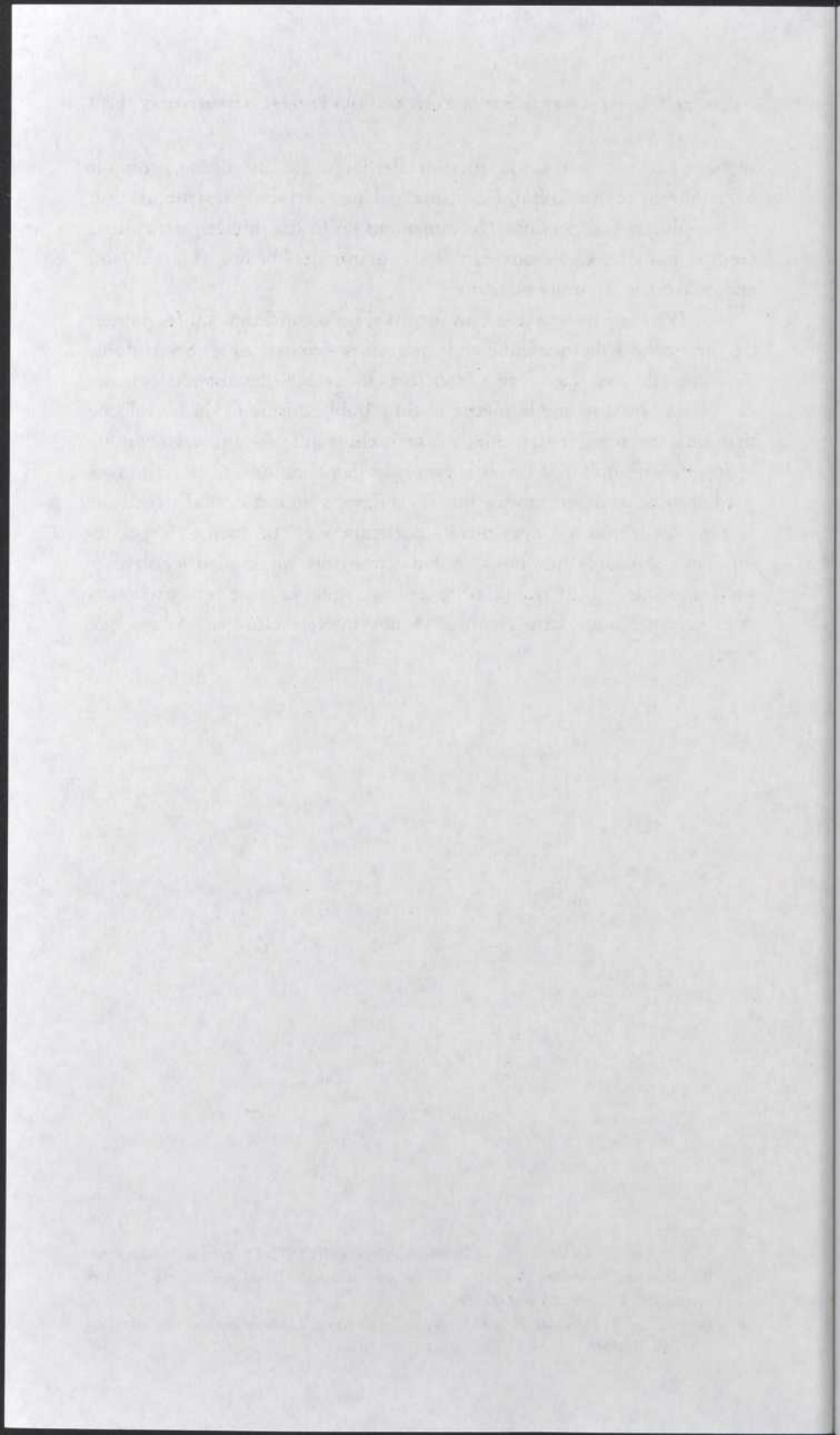
Les courants républicains et libéraux dominent encore les débats sur les «intérêts particuliers, intérêts généraux et corps intermédiaires». Ils

mettent l'accent, soit sur la question de liberté (le libéralisme), soit sur celle d'égalité (le républicanisme). Une certaine restructuration philosophique s'est produite récemment au profit des intérêts particuliers, comme nous les observons dans les courants néolibéraux (Hayek¹⁹) ou encore dans le communautarisme²⁰.

Personne ne sera pourtant surpris si nous concluons sur les mérites de l'approche habermasienne et le processus démocratique. Selon nous, l'avantage de cette façon qu'a Habermas d'envisager les intérêts consiste dans le fait qu'il ne nie le mérite ni du républicanisme ni du libéralisme mais qu'il les combine au profit de la seule chose qui pouvant servir comme légitimité aujourd'hui, à savoir le processus démocratique. C'est désormais par le processus démocratique que nous devons nous mettre d'accord sur la place et le rôle de nos intérêts particuliers et, de même, forger les « intérêts généraux » que nous voulons construire sur le plan législatif et institutionnel. Il ne nous reste en fait que la voie du processus démocratique pour faire reconnaître nos intérêts tant particuliers que généraux.

19 F. A. Hayek, *Droit, Législation et Liberté*, 3 tomes, PUF, 1973-79; voir la critique dans B. Melkevik, *Réflexions de philosophie du droit*, Paris, L'Harmattan, & Ste-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 2000.

20 Berten, André; Pablo da Silva et Hervé Pourtois (dir.), *Libéraux et Communautariens*, Paris, PUF, 1997.



CHAPITRE 8

VIOLENCE ET JEUNESSE : LE CONTEXTE NORD-AMÉRICAIN¹

Dire qu'il existe un problème aigu de violence en Amérique du Nord n'apprendra rien à personne. La violence juvénile ne fait qu'accentuer un problème plus large, plus structurel et englobant, qui gangrène la société nord-américaine. Les manchettes des journaux nous ont, hélas, trop souvent mis face à des actes et des comportements choquants par leur cruauté, leur inhumanité et leur gratuité.

Avant d'analyser la violence juvénile en Amérique du Nord, il convient de souligner que cette violence n'est pas générale. Toutefois, les problèmes sociaux, psychologiques et politiques des jeunes créent, renforcent et servent de déclencheurs. Il ne faudrait pas croire *a priori* que la société nord-américaine (États-Unis, Canada, Québec) est intrinsèquement violente. La majorité de la population élève ses enfants afin qu'ils soient de bons citoyens, des individus libres et responsables. Cependant, elle le fait avec la perception individuelle d'être encerclée par la violence, d'être constamment menacée par elle, d'où les différents discours sur la «sécurité» dont l'importance apparaît omniprésente en Amérique du Nord.

En insistant sur la violence des jeunes sur le continent nord-américain, nous souhaitons en souligner avant tout les particularités. Ce faisant, nous insisterons surtout sur les facteurs aggravants qui déterminent aussi bien la façon dont la violence prend racine dans des milieux très divers, et sur le fait que cette violence est perçue comme expression existentielle d'un mal de vivre, comme un mode d'affirmation ou de négation de soi.

1 Publié sous le titre «L'exemple nord-américain», dans Catherine Samet (dir.), *Violence et Délinquance des jeunes*, Paris, La Documentation française, série: Les études de la Documentation française, 2001, p. 45-64.

UNE MISE EN RELIEF

Avant d'énoncer certaines caractéristiques de la violence juvénile en Amérique du Nord, il convient d'introduire quelques informations préalables : l'une statistique, destinée à mesurer l'ampleur du phénomène ; l'autre culturelle, concernant en particulier l'individualisme prédominant et son prolongement dans le culte des armes à feu.

L'AMPLEUR DE LA VIOLENCE CHEZ LES JEUNES

Toute forme de violence n'est pas en soi criminelle. Au-delà de toute réflexion sur l'utilisation de ce mot, il demeure que la violence est considérée comme une valeur négative, souvent criminalisée et donc objet de répression, de poursuite judiciaire et d'emprisonnement. La violence criminelle des jeunes laisse également apparaître une très grande variété dans les statistiques. D'abord, il existe des variantes entre les États-Unis, le Canada et le Québec, mais surtout entre centres urbains et périphéries rurales. À cela s'ajoutent, en les aggravant, des dimensions relatives à la race, à l'exclusion et à la pauvreté. Concentrons-nous sur les États-Unis en laissant les chiffres parler d'eux-mêmes :

- les mineurs sont responsables de près d'un acte criminel sur cinq aux États-Unis. Environ 120 000 infractions violentes sont commises annuellement par des jeunes de moins de dix-huit ans et 2 500 meurtres leur sont attribués. En proportion, c'est à l'âge de dix-huit ans que l'on commet le plus de meurtres. Il y a une surreprésentation de la violence chez les jeunes de race noire avec 60 % du total des crimes violents ;

- les délinquants entreprennent leur carrière de plus en plus jeunes, vers six ou sept ans ;

- le comportement des jeunes délinquants devient de plus en plus violent, entraînant par de nombreuses multirécidives une manière de vivre dans et par la violence.

Au-delà des chiffres caractérisant ainsi les jeunes comme acteurs de violence, il ne faut jamais oublier que les jeunes sont également les victimes de la violence. En règle générale, un jeune délinquant a toujours été lui-même victime, ou de la violence des adultes ou bien de celles des jeunes. Dans ces cas, leur vulnérabilité et la particularité de certains crimes, telle l'exploitation sexuelle ou la vente de stupéfiants, parfois en échange d'actes criminels, aggravent le statut de la victime par la destruction même de sa personnalité et de sa sociabilité.

UN CLIMAT D'INDIVIDUALISME

Le second aspect sur lequel il faut insister est d'ordre culturel. En fait, toute la culture nord-américaine repose sur un climat individualiste, qu'elle propage et perpétue. La culture dominante en Amérique du Nord se fonde sur la réussite pleine et entière de chaque individu. L'individualisme nord-américain n'est pas pensé pour se conjuguer avec le « collectivisme » mais comme un Tout. L'État, ses organes, ses services et ses institutions sont soumis à cet individualisme où l'affirmation de soi consiste à être un gagnant, mettant ainsi en marche une logique néfaste de gagnants et de perdants. Des exigences ou des espérances quant à la réussite dans la vie et, plus précisément pour les jeunes, quant à la réussite scolaire, amicale ou amoureuse, prennent en conséquence une dimension particulière. Si « perdre » est également très grave pour un adulte, il a généralement son bagage émotif et social pour le protéger. Pour un jeune, tout échec devient catastrophique et peut ouvrir les voies vers l'abîme. La culture de l'individualisme américain aboutit ainsi, dans le cas des jeunes, à dramatiser et à accentuer les échecs scolaires et sentimentaux, mais aussi à rehausser et à rendre autonome le « gang » comme un havre de sécurité contre une « culture adulte » ingrate et mesquine, avec un langage à deux vitesses à l'égard de jeunes issus des minorités visibles².

D'aucuns se demandent, en conséquence, si la jeunesse ne devrait pas être avant tout protégée contre un individualisme reflétant d'abord les prémices et la vie des adultes, dans la perspective d'un apprentissage raisonnable et graduel de ce bénéfice que l'on peut attendre de l'individualisme.

LE SYMBOLE ET LA RÉALITÉ DES ARMES À FEU

Soulignons maintenant le rôle et la symbolique des armes à feu aux États-Unis. Certes, les jeunes n'ont pas légalement accès à ces armes. Il existe même plusieurs dispositions légales qui retardent l'accès aux armes dans différents États américains. Toutefois, au-delà des dispositions légales, l'accès réel et effectif aux armes est bien différent. Il faut en outre souligner que le deuxième amendement constitutionnel donne droit à tout citoyen

2 Sur cette importance du groupe et sa fonction identitaire de substitution, voir la contribution de M. Boisot, dans Catherine Samet (dir.), *Violence et Délinquance des jeunes*, op. cit.

de posséder des armes à feu³. Ce droit est constitutionnel, fondamental, détenu par chaque citoyen américain, et il ne pourrait être modifié que par un amendement constitutionnel. La liberté de posséder des armes à feu est donc le symbole même de l'homme libre, qui s'oppose à la conception européenne où seul le seigneur avait le droit de porter une arme. Et c'est ici que le bât blesse, car il y a environ 240 millions d'armes à feu en circulation dans un pays de 270 millions d'habitants, soit près d'une arme par personne. Statistiquement, il y a donc une arme par unité familiale, le plus souvent chargée et accompagnée de munitions. Puisque, dans un esprit de sécurité, cette arme doit être rapidement accessible, le jeune n'a pas besoin de trop chercher pour se la procurer.

Cette omniprésence des armes à feu a cependant une autre dimension. En effet, elles sont souvent un butin recherché lors de cambriolages résidentiels, souvent effectués par des jeunes, et représentent par conséquent une marchandise convoitée, une valeur sûre pour le troc de la rue, expressément pour des jeunes qui y ont accès uniquement de cette façon. Se sont donc multipliés des jeunes et des gangs de jeunes armés jusqu'aux dents.

Par ailleurs, la possession d'une arme chez un jeune homme constitue aussi un signe de « virilité ». Elle lui assure que, nonobstant tous ses échecs, il a ce qu'il faut pour inspirer le respect : une arme à feu.

Bien que le problème des armes à feu aux États-Unis ne soit pas uniquement un problème de jeunes, il en ressort que tout changement concernant la législation sur les armes à feu devrait avoir une importance primordiale. C'est notamment le cas d'une législation qui, en respectant le droit constitutionnel de posséder des armes, tenterait graduellement de l'encadrer.

LA DÉTRESSE DES JEUNES

Le constat de la détresse, du désarroi et de la misère individuelle chez les jeunes a fortement retenu l'attention en Amérique du Nord ces derniers temps. Plusieurs actes de violence ayant défrayé les manchettes des journaux n'ont fait que souligner un mal de vivre qui tend à se généraliser chez les jeunes, en particulier chez les garçons.

3 Amendement II (1791) : « Une milice bien organisée étant nécessaire à la sécurité d'un État libre, il ne pourra être porté atteinte au droit du peuple de détenir et de porter des armes. » Voir « Les institutions des États-Unis », documents réunis et commentés par J.-P. Lassale, *Documents d'études*, n°1-01, La Documentation française, Paris, 1997.

LA CRISE DU MODÈLE CHEZ LES JEUNES GARÇONS

Insistons d'abord sur la crise des garçons dans la société nord-américaine. En effet, ce sont avant tout les jeunes hommes qui abandonnent leur scolarité et s'engagent dans la violence. En fait, le décrochage scolaire des garçons est endémique, dépassant vraisemblablement les 40 %. L'abandon scolaire s'accompagne de la renonciation à l'idée de s'instruire et de s'insérer. Or, ces garçons savent que, si la réussite sociale rime avec la réussite scolaire, l'avenir ne leur appartient pas.

Pourquoi ce mélange explosif d'échec scolaire et de mal de vivre des garçons est-il devenu si violent en Amérique du Nord ? À cette question, on peut avancer comme réponse l'idée de la crise du modèle masculin. Il existe une crise de l'identité masculine qui touche très durement les jeunes garçons. En fait, les sociétés nord-américaines, qui sont largement féminisées, se caractérisent par l'absence d'un modèle d'homme concerné. Nous pouvons dire, en exagérant à peine, qu'elles se fondent sur « *mom and I* » (ma mère et moi), même lorsqu'un homme est présent.

La crise de l'identité masculine se manifeste dans l'imitation de ce que doit être et faire un homme. La consommation de certains produits culturels, par exemple des films et jeux de violence, a un effet différent en Europe et en Amérique du Nord. Des produits culturels qui peuvent être accueillis avec enthousiasme en Europe, sans pour autant servir de modèle d'imitation, ont une incidence particulière dans le contexte nord-américain. Ils deviennent un modèle à imiter et, surtout, ils garantissent la gratification et la reconnaissance sociale. Ainsi, pour certains jeunes, la seule façon d'obtenir le respect est de pointer une arme à feu.

LA VIOLENCE ET L'ÉCOLE

Sur le continent nord-américain, dans les cas extrêmement graves de violence à l'école, on assiste souvent au même schéma : les crimes et les actes de violence sont commis par des jeunes dépressifs qui se sentent inférieurs et se posent en victimes. Cela fait d'eux non seulement des « jeunes à problèmes », mais des bombes à retardement prêtes à exploser à une quelconque rebuffade, à n'importe quelle occasion. De Moses Lake, où un jeune élève de quatorze ans a tué, en 1996, 3 élèves dans une classe d'algèbre, jusqu'à Littleton, en 1999, où 2 adolescents ont tué 13 personnes de leur école avant de se donner la mort, ces événements tendent à affirmer des modèles de détresse psychologique à caractère souvent suicidaire.

Ces tragédies médiatisées ne doivent pourtant pas faire oublier toutes les autres affaires. En 1997, on a ainsi enregistré 11 000 cas d'agressions armées dans les écoles. Il est estimé que 10 % des élèves du secondaire portent des armes à l'intérieur de l'enceinte scolaire. À cela s'ajoutent les autres crimes et actes de violence, du viol au racket.

LE PHÉNOMÈNE DE GANG ET LA VICTIMISATION DES JEUNES

Il existe un culte de la jeunesse tout à fait remarquable en Amérique du Nord, qui met en avant une culture caractérisée par des jeunes indépendants, consciencieux, intelligents et débrouillards. Les États-Unis sont le premier pays moderne où a émergé, dès le début du siècle, une culture propre aux jeunes. Valorisant des aspects positifs, cette culture accentue *a contrario* certains traits négatifs propres à la vie des jeunes, comme le phénomène de gangs et de l'autonomisation des jeunes dans des sous-cultures de violence.

LA VIOLENCE ET LES GANGS

L'apparition des gangs reflète et accentue la misère et la détresse que vivent les jeunes individuellement. Le gang devient un havre de camaraderie et de fraternité. Il intègre le jeune dans une sous-culture de violence d'où il lui est souvent difficile de sortir. Si certains de ces « gangs » se sont donné de nobles causes, telle la protection des quartiers, la réalité est que les gangs servent d'accélérateur de violence pour les jeunes. Le phénomène des gangs rime avec violence et, le plus souvent, il s'agit d'une violence gratuite et imprévisible.

L'échec scolaire et les problèmes socio-psychologiques mentionnés plus haut caractérisent les gangs de jeunes. Leur particularité est qu'ils sont, en règle générale, divisés et construits selon des critères raciaux ou, plus précisément, ethniques. Les gangs sont ainsi « noirs », « blancs », « mexicains », « portoricains », « jamaïcains », « cubains », « vietnamiens ».

La violence des gangs de jeunes se caractérise souvent par sa gratuité. C'est aussi l'une des formes de violence les plus difficiles à appréhender et à combattre, certainement en raison de la loi du silence qui règne dans ces milieux. Mais aussi parce que les gangs sont, de façon générale, un phénomène urbain, fluide, évoluant et se confondant avec le rythme même de la ville dans ses structures de commandement et de participation insaisissables, en mouvance rapide et imprévisible. Si la

plupart des gangs naissent et meurent rapidement, il en existe qui ont plus de 30 ans.

UNE NOUVELLE TENDANCE : LES GANGS DE FILLES

Si le phénomène des gangs était, jusqu'à récemment, une affaire d'hommes, une des nouvelles tendances des années 1990 est l'apparition des gangs de filles. Le phénomène des gangs distincts composés de filles s'accompagne d'ailleurs d'une répercussion de plus en plus accentuée et violente des filles au sein des gangs de garçons.

Les gangs de filles adoptent la même culture de violence que les garçons. Deux signes distincts se remarquent pourtant chez elles : d'abord, un affranchissement complet à l'égard des familles, ensuite, une détresse psychologique et un degré d'estime de soi encore plus bas que celui des garçons. Un tel isolement social et psychologique des filles tend à accélérer la spirale de la violence dans laquelle elles sont engagées. Les gangs de filles ont aussi pour effet d'accroître la violence à l'égard des autres filles, prises en tant qu'individus.

LA VICTIMISATION DES AUTRES JEUNES

L'un des aspects les plus dangereux des gangs est qu'ils mettent les autres jeunes à leur merci. Ils les transforment en victimes de la violence, du racket, de la terreur vécue au quotidien. Les gangs constituent ainsi la plus grave menace pour les autres jeunes.

Nous avons tort de croire que les actes des gangs sont spontanés et instantanés. Les gangs tendent à devenir des mafias qui se partagent des territoires, des informations, de la drogue, des victimes, etc. Ils deviennent des entreprises florissantes dont les chefs sont, *de facto*, millionnaires. Or, tout s'opère au détriment des autres jeunes. La jeune fille vulnérable subira un viol collectif et sera utilisée ultérieurement dans des réseaux de prostitution. Une baisse des résultats liés au marché des stupéfiants sera compensée par la violence pour produire de nouveaux consommateurs chez les jeunes.

Les gangs sont eux-mêmes utilisés par des organisations du crime. Ils représentent le maillon idéal pour la distribution efficace de drogues dans les écoles, dans les centres récréatifs, dans la rue. Les jeunes sont pénalement irresponsables et ils sont protégés par la loi du silence qui règne entre eux. Aussi y a-t-il une tendance marquée dans certains États des États-Unis à traiter en adulte tout jeune de quatorze ans ou plus, avec tout ce

que cela implique en matière de procédure criminelle et de conséquences carcérales.

LA LUTTE CONTRE LA VIOLENCE CHEZ LES JEUNES

La violence en général et la violence des jeunes constituent sûrement la préoccupation principale de l'Amérique du Nord qui les considère comme des fléaux à éradiquer au plus vite. Insistons sur le rôle primordial, central et déterminant qu'est censée jouer la « communauté » (*neighbourhood*) dans la lutte contre toutes les formes de violence, donnant en cela un sens aux acteurs traditionnels.

LES DEUX ACTEURS TRADITIONNELS CONTRE LA VIOLENCE SONT LA FAMILLE ET L'ÉTAT

Si la société nord-américaine valorise certaines valeurs comme la famille et les institutions dans la lutte contre la violence, c'est pour souligner aussitôt le peu de confiance qu'on leur accorde. La famille est souvent trop faible, éclatée et dépourvue de ressources. Elle ne peut représenter une solution là où la violence s'est enracinée comme phénomène social. L'État, par contre, n'a le choix qu'entre une répression accrue ou une coûteuse politique publique structurelle. On sait notamment que les projets de renouvellement urbain n'ont fait que déplacer les lieux de violence. Bien évidemment, certaines politiques peuvent avoir des effets positifs notamment en matière éducative et préventive, mais il est significatif que les Nord-Américains leur superposent la nécessité d'un rôle actif de la communauté à l'égard des jeunes.

LA RESPONSABILITÉ DE LA COMMUNAUTÉ

La violence s'apprend. Elle est en fait intimement rattachée à un processus d'apprentissage par lequel le jeune s'approprie une forme de comportement qu'il estime normal, acceptable et désiré. Dans la société nord-américaine, c'est ainsi la responsabilité de toute la communauté (définie en tant que l'ensemble des citoyens conscients de leurs problèmes) qui doit être engagée dans cette lutte menée pour que les jeunes atteignent l'âge adulte en sécurité.

Cette forme de « communautarisme » est très spécifique du contexte nord-américain et il est donc approprié de l'évoquer brièvement. Soulignons que présenter la violence chez les jeunes comme le problème

de tous constitue une approche particulière. Il s'agit d'envisager le problème de la violence dans la communauté d'un point de vue intrinsèque, non pas la violence des autres, mais « notre » violence et les actions, ressources et engagements pris par tous pour lui faire échec. L'une des conséquences de cette particularité est de mettre l'école et la police au service des problèmes qui ont pu être décelés.

Il convient de souligner la façon dont ce modèle a pu mobiliser les différents acteurs sociaux dans les dialogues interethniques alors même que la question raciale reste problématique. Dans la même veine, ce modèle a permis d'utiliser le sport comme vecteur d'un apprentissage valorisant autrement l'individu, permettant même souvent de faire contrepoids aux échecs scolaires. Mentionnons également la politique du « couvre-feu » interdisant aux jeunes mineurs de se trouver la nuit dans la rue. Adoptée par plusieurs villes et municipalités, il s'agit d'une politique d'identification et de protection des jeunes en difficulté, de même que d'avertissement et de responsabilisation de leurs parents.

Insister sur la communauté veut aussi dire travailler précisément sur des modèles incitatifs de personnification et de socialisation. Soulignons l'importance grandissante des associations de parents, d'enseignants, etc., qui luttent en dénonçant les films et jeux violents, par exemple. Certes, il s'agit d'inciter les jeunes à ne pas banaliser la violence. Mais, de plus, c'est un appel aux parents pour éviter que les jeunes demeurent seuls dans un univers où la violence rime avec le fait de s'amuser. Si aucune logique de cause à effet ne peut être trouvée entre la consommation de films et de jeux violents et les manifestations de violence chez les jeunes, il demeure troublant que les comportements violents sont souvent le fait d'individus livrés à eux-mêmes et vivant dans des univers artificiels de violence.

Dans le contexte nord-américain, il demeure que ce modèle communautaire possède une valeur suprême et irremplaçable, car c'est le contraire de la démission, le contraire de l'idéologie de l'immobilisme, le contraire du réflexe de se barricader dans des « villages fermés », des bâtiments à haute sécurité, etc.

LA VIOLENCE, ÇA FAIT MAL!

Les prochaines années risquent de voir augmenter en flèche la violence et la déviance des jeunes en Amérique du Nord. En fait, on nous prédit le pire, comme pour nous immuniser contre les prochaines tueries dans les écoles ou contre le choc des statistiques à venir.

Qu'il nous soit permis de conclure par une histoire fréquemment utilisée pour dénoncer la violence chez les jeunes dans le contexte nord-américain. Lorsqu'un père demande à son fils: «Que souhaites-tu devenir quand tu seras grand?» celui-ci répond: «Vivant!»

CHAPITRE 9

L'OBÉISSANCE, LE DROIT ET L'INSTITUTION MILITAIRE¹

Du point de vue de la philosophie du droit, l'aspect le plus frappant de la question de l'obéissance militaire est certainement le fait que, au sein de la culture occidentale², elle ait toujours été posée sur le plan normatif. De fait, le concept d'obéissance militaire a toujours été accompagné de normes exigeant une telle obéissance, la justifiant et prévoyant la sanction de son défaut. Il est du reste possible d'affirmer qu'on peut difficilement se pencher sur la question de l'obéissance militaire sans référence à ce contexte normatif. Et il est jusqu'au fameux slogan « *Befehl ist befehl* » (un ordre est un ordre), figure emblématique de la culture militaire du XIX^e siècle (plus précisément dans ses versions nord-européenne et allemande), qui ne peut être compris que malaisément en dehors d'une telle référence³. Certes, ce slogan entravait toute velléité de questionnement normatif à l'interne, chez les militaires unis par une chaîne de commandement. Il ne se déliait pas de toute présomption de rectitude normative pour autant.

La réflexion qui suit se limite ainsi, littéralement (pour parler en termes militaires), au « champ de bataille » de la philosophie du droit. Elle consiste en quelques pensées sur cet « accompagnement normatif » du concept d'obéissance militaire, et plus particulièrement en certaines réserves

-
- 1 Conférence au Colloque « Military Obedience: Ethical, Law and the Military », Military Academy of Belgium, Bruxelles, 19-23 juin 2001. Publié dans les Actes du colloque, *Professional Ethics*, vol. 10, n^o 2, 3, 4; B. Melkevik, « Obedience, Law and the Military », p. 267-283; traduction italienne, *idem*, « Diritto, obbedienza ed istruzione militare », dans *Rivista Internazionale di Filosofia del diritto*, Roma, 2003, n^o 1, p. 31-50.
 - 2 Nous employons ici la locution « culture occidentale » dans un sens idéal et non géographique.
 - 3 N. Keijzer, *Military Obedience*, Alphen-aan-den-Rijn, Sijthoff and Noordhoff, 1978, p. xxix et 150-153.

à l'encontre de la thèse des prétendues «exigences spécifiques⁴», car nous ne croyons tout simplement pas que la thèse selon laquelle il existe des exigences particulières quant à l'obéissance au sein des organisations militaires soit correctement formulée⁵. En conséquence, notre propos cherche à reformuler la thèse de l'obéissance militaire, eu égard aux demandes d'un plus grand respect à la fois individuel et public des militaires, suivant le principe juridique de responsabilité. Ainsi, les remarques suivantes méritent une attention particulière :

- Premièrement, l'«accompagnement normatif» a pénétré la culture militaire occidentale en tant que processus d'apprentissage normatif, la faisant de cette façon tourner autour de la dialectique et du dialogue entre la conscience et le droit public militaire.
- Deuxièmement, un sens de la responsabilité personnelle qui a émergé depuis devrait, prioritairement, nous forcer à repenser les organisations militaires et à revoir leur configuration de manière à ne favoriser et ne nourrir rien d'autre qu'un esprit de responsabilité des militaires, responsabilité à la fois individuelle et publique.
- Troisièmement, même un tel esprit au sein de l'armée y laissera l'individu mal à l'aise et en proie à la solitude en l'absence d'une doctrine moderne de management militaire.

Or, avant de développer ces trois points, nous aimerons examiner la pensée politico-militaire chinoise concernant l'obéissance militaire.

L'OBÉISSANCE MILITAIRE SANS NORMATIVITÉ : LA PENSÉE LÉGISTE CHINOISE

Il a souvent été dit de la Chine et de la pensée chinoise qu'elles représentent cet «autre côté de l'humanité». Bien que nous puissions

4 S. Stouffer, E.A. Suchman, L.C. DeViney, S.A. Star et R.M. Williams, *The American Soldier: Adjustment During Army Life*, vol. 1, Princeton, Princeton University Press, 1949, p. 55, où l'armée est caractérisée comme une «organisation autoritaire, exigeant une obéissance stricte», ou encore p. 362, où elle est dépeinte comme une «institution autoritaire [...] où la responsabilité passe, depuis le haut, à travers une chaîne de commandement et qui est régie par des règles formelles qui prescrivent l'obéissance à chaque échelon».

5 Une des conséquences malheureuses de la thèse des «exigences spécifiques» est le «surclassement» des organisations militaires en tant qu'entités «différentes», «dangereuses», «étrangères», etc.

aisément nous inscrire en faux contre une telle affirmation générale, il demeure qu'à certains égards quelque effet de miroir peut en effet être perçu. Et il en est certainement ainsi au sujet de l'obéissance militaire et de l'école de pensée légiste (*Fa Jia* — l'« École des lois »)⁶. Cette dernière école s'est développée du V^e au III^e siècles avant notre ère, et c'est sa philosophie qui a conduit à la première dynastie Qin (221-207). Il s'agit d'une école de pensée politico-philosophique, axée notamment sur « la loi et le gouvernement » qui, bien qu'elle ait fini par être supplantée par la « théologie » et l'idéologie du confucianisme, continue de sous-tendre la marche des affaires gouvernementales, militaires et juridiques chinoises encore aujourd'hui.

Cela dit, il est trois éléments de la *Fa Jia*, de l'école des lois ou école légiste, qui doivent retenir notre attention : premièrement, le fait qu'elle considérait les affaires gouvernementales et militaires comme des problèmes relevant de la physique ; deuxièmement, le fait qu'ainsi la société dans son entier se devait d'être organisée en conséquence, c'est-à-dire suivant les lois de la physique, et ce, au profit de l'armée ; troisièmement, le fait que la question de l'obéissance militaire paraissait ainsi résulter des lois d'une « physique globale » des organisations sociales.

LA « PHYSIQUE MILITAIRE »

La *Fa Jia* se veut d'abord et avant tout une question de point de vue. En qualité de conseillers des rois, des ministres, etc., les légistes étaient appelés à se pencher sur la question du « pouvoir » sous toutes ses formes, et ce, du point de vue de celui qui veut l'obtenir ou le garder. Sous cette perspective, ils distinguaient deux sources de pouvoir, la puissance militaire et la richesse, ce qui soulevait la question politique suivante : comment peut-on assurer celles-ci entre les mêmes mains fermes tout en se prévenant contre toute corruption, toute division et tout partage ? La réponse était qu'il fallait connaître les hommes, ou plus exactement ce qui les motive, ainsi que la façon de tabler sur cette motivation.

6 B. Melkevik, « Chinese Philosophy of Law », dans C.B. Gray (dir.), *The Philosophy of Law: An Encyclopaedia*, New York, Garland Publishing, 1999, p. 104-107, traduit en français, *idem*, « À propos de la philosophie chinoise du droit », dans *Buletin Stiintific*, Universitatea « Mihail Kogolniceanu », Iasi, Roumanie, n° 10, 2001, p. 60-70 ; repris dans ce volume ; Cf. également, *idem*, « Un regard sur la culture juridique chinoise. L'école des légistes, le confucianisme et la philosophie du droit », dans *Horizons de la philosophie du droit*, Paris/Québec, L'Harmattan/Presses de l'Université Laval, 1998 (2004), p. 179-203.

Ce sur quoi il convient d'insister est le fait que la question de l'exercice du pouvoir (ou simplement de la direction par le pouvoir) n'ait jamais été formulée sur le plan normatif par les légistes, qui en faisaient au contraire une question de « physique du pouvoir ». De fait, puisque seule la motivation de l'acte devait être retenue comme facteur, le pouvoir était conçu comme devant s'inscrire, s'incorporer à la chair de celui qui est dirigé. En d'autres termes, le dirigeant se devait d'asseoir son pouvoir sur les craintes et les désirs des dirigés. À toutes fins utiles, il ne devait diriger, suivant les lois de la physique du pouvoir, qu'au moyen des deux outils que représentent la punition et la récompense. Pour autant, il lui était impérieux de toujours se rappeler que, si l'on peut punir sans engager de frais, distribuer des récompenses est chose coûteuse, et peut subséquemment menacer de tarissement cette autre source de pouvoir qu'est la richesse du dirigeant. C'est pourquoi, dans l'exercice de son pouvoir, le dirigeant se devait de recourir dans une plus large mesure à la punition.

À n'en pas douter, toute punition d'un individu devait en conséquence être à la fois si saisissante, si effrayante et si cruelle que tous allaient obéir instinctivement par crainte et aversion. Les dirigés devaient pouvoir, par anticipation, sentir l'effet de la punition de toute leur chair avant même de songer à faire quoi que ce soit qui puisse déplaire au dirigeant. Ainsi, la disposition à se comporter toujours de la « bonne » manière pouvait-elle s'inscrire tant dans la chair que dans l'esprit de la personne, telle une entière soumission. Cependant, l'aspect non normatif d'un tel système se révèle avec plus d'acuité dès lors que se pose la question de savoir qui devrait ou pourrait être puni. Parce qu'il est possible, en effet, que nous soyons sans soin pour notre propre personne, cherchant à la fois notre propre perte dans quelque irrationnel sacrifice à la vérité ou à l'honneur et à priver ainsi le système pénal d'efficacité, le choix précis des personnes à punir en raison de notre désobéissance ainsi que de leur nombre doit s'étendre à toutes les personnes dont l'existence peut nous être chère, ce qui inclut normalement l'ensemble des ascendants et descendants formant le clan familial (et même les domestiques en tant que dépositaires de la mémoire familiale). De cette façon seulement, la logique du châtement peut prendre le caractère draconien qu'exige le légisme.

Suivant la théorie légiste, le concept d'obéissance est si étranger à toute considération normative qu'il ne peut être compris à la lumière de telles considérations ni même leur être associé. À proprement parler, l'« obéissance » ainsi conçue est une simple question d'exécution d'obligations découlant de ses statuts et fonctions au sein de la société.

L'ORGANISATION DE LA SOCIÉTÉ AU PROFIT DE L'ARMÉE

S'il est, du point de vue du dirigeant, deux sources de pouvoir — la puissance militaire et la richesse —, celui-ci ne devrait jamais tarder à organiser la société de manière que ces deux sources puissent garantir effectivement l'intangibilité du pouvoir entre ses mains de même que sa victoire contre tout rival, qu'il soit actuel ou potentiel. Et s'il est vrai qu'ils considèrent la richesse tels des «physiciens», n'admettant et ne favorisant ainsi que les activités agricoles (et criminalisant les autres), les légistes conçoivent par ailleurs la société comme devant être tout entière organisée en fonction de l'armée, et ce, bien sûr, dans le but de permettre l'exercice d'un contrôle sur la société, voire sa maîtrise, mais aussi, et de manière plus importante encore, afin d'être toujours prêt pour la guerre, non seulement celle contre tout ennemi pouvant éventuellement se manifester de l'intérieur, mais également celle qui permet l'élargissement continu de la base géographique servant le Prince. Or, dans la pensée légiste chinoise, la guerre ne se gagne pas sur le champ de bataille, mais sur l'échiquier de la stratégie politique: la victoire se remporte à la faveur d'une subtile combinaison de forces politiques, et notamment du cumul de la puissance militaire et de la richesse, sans même devoir livrer bataille.

C'est pour ces raisons que, dans la pensée légiste, la société doit être divisée puis subdivisée fonctionnellement au profit de la puissance militaire. Le premier mot d'ordre est l'interdiction de tout déplacement sans autorisation administrative afin que chaque famille puisse toujours être contrainte à mobiliser un soldat, puis que soit mise sur pied l'organisation militaire selon la séquence suivante: premièrement, 5 familles donnant au total 5 soldats doivent se constituer en *gui* et nommer un officier; deuxièmement, par dizaines, les *gui* doivent former des «villages» et nommer un officier de village; troisièmement, 4 «villages» doivent toujours constituer une «commune» et nommer un officier de commune; quatrièmement, un «canton» doit concentrer 10 «communes» et les placer sous les ordres d'un officier communal, qui est un général. En somme, chaque «canton» mobilise 2 000 soldats sous le commandement d'un général, 5 cantons, 10 000, et ainsi de suite.

Ainsi, la société n'existe qu'aux fins de puissance militaire, et celle-ci qu'en tant qu'instrument au service du dirigeant. Dans cette mesure, il n'y a tout simplement pas de place pour quelque société civile que ce soit.

TROIS ASPECTS DE L'OBÉISSANCE MILITAIRE DANS LA PENSÉE LÉGISTE CHINOISE

Un premier aspect est que chaque officier (et même toute autre personne au sein de l'organisation militaire) constitue un élément au sens de la « physique du pouvoir ». Autrement dit, tout, du grade (et de l'avancement en grade) aux honneurs militaires, n'est tributaire que de la volonté du dirigeant. Si l'on en vient à avoir du mérite aux yeux du dirigeant, on peut passer du rang de simple soldat à celui de général, ce qui est d'ailleurs absolument scandaleux pour le confucianisme, qui insiste sur l'importance des classes et relations féodales.

Un deuxième aspect est que, au sein d'un tel système, le « pouvoir » doit avoir l'ubiquité, de sorte qu'il n'y ait aucun endroit où se cacher. Aussi l'information est-elle un élément clé du système. Et elle doit s'élever directement de la base vers le dirigeant. C'est pourquoi un système efficace de dénonciation constitue ici un appendice naturel, assurant au dirigeant d'être au fait de tout et donc de pouvoir punir tout acte (ou intention) qu'il réprouvera.

Un troisième et dernier aspect de l'obéissance militaire dans la pensée légiste chinoise est qu'elle y est conçue comme étant rien de plus qu'une stricte question de « physique » portant sur la correspondance de l'« acte » au « nom ». L'obéissance est ainsi considérée comme une simple question de la place ou du rôle qu'occupe celui qui doit « obéir », et des attentes que celui qui commande peut avoir à son endroit. En ce sens, échouer, c'est désobéir ; la question de la désobéissance n'est rien d'autre qu'une question de fait, celui de l'échec.

En somme, la réponse à la question de l'obéissance militaire est chaque fois absolue et se trouve dans la logique de la « physique du pouvoir ».

L'EXISTENCE EN TANT QU'OBLIGATION

La « physique du pouvoir », telle que décrite dans la pensée légiste chinoise, a pour effet de faire de toutes les personnes des participants d'un même ensemble. Elle affecte chaque personne à sa place, elle attribue à chacun un rôle correspondant aux obligations dont on attend de lui l'exécution. Par conséquent, c'est jusqu'à l'existence même de tout individu qui en vient à constituer une obligation envers le dirigeant. Pour cette raison, l'« obéissance », dans l'armée comme ailleurs, n'est qu'accomplissement. De

son côté, la « désobéissance » n'équivaut pas tant, directement, à échouer dans sa tentative d'être une personne qu'à échouer dans celle d'établir quelque correspondance entre l'« acte » et le « nom ». Dans la mesure où une telle correspondance n'a pas été démontrée, on devrait simplement en venir à la conclusion que l'existence d'aucun « nom » n'a été établie, et ainsi que la personne a échoué en tant que personne, dans sa tentative de confirmer son être, son existence, au sein du système de la *Fa Jia*. D'où cette tendance culturelle même dans la civilisation chinoise d'aujourd'hui, et, dans une certaine mesure, au sein de la diaspora chinoise, à vouloir éviter d'être défini par le système du « droit », voire à chercher à l'éviter tout simplement.

L'OBÉISSANCE MILITAIRE AVEC NORMATIVITÉ : LA PENSÉE OCCIDENTALE

S'il est vrai que pour les légistes chinois la question de l'obéissance militaire relève de la « physique du pouvoir », la pensée occidentale ne saurait quant à elle l'envisager sous le même angle. Ainsi que nous l'avons vu en introduction, une instance normative s'inscrit toujours dans le sillage de la question de l'obéissance militaire, telle son « ombre », ou encore son « double ». La pensée occidentale considère la question de l'obéissance militaire comme inextricablement engagée dans le processus de médiation entre la conscience individuelle et les normes publiques, de manière à osciller entre ces deux pôles, telle une tension normative entre « légitimité » et « légalité ». Et dans le cours de cette médiation s'insinue la possibilité d'un humanisme élargi.

Nous ne dirons rien au sujet de la façon dont une telle tension normative s'est établie au cours de l'Histoire et de la raison pour laquelle elle est devenue si significative. Ayant le souci de demeurer au plus près de notre propos, nous nous contenterons d'un aperçu de l'importance des deux instances de la droiture normative : une insistance sur la conscience individuelle, d'une part, et la confiance dans les normes édictées par le prince, d'autre part.

BONNE CONSCIENCE, MAUVAISE CONSCIENCE

Le fait que nous nous reportions à Saint-Augustin afin de mieux saisir cette insistance sur la conscience individuelle ne saurait surprendre⁷. La doctrine de Saint-Augustin concernant la sainteté de la conscience

7 M. Manzin, *Ordine politico e verità in Sant'Agostino. Riflessioni sulla crisi della scienza moderna*, Padova, CEDAM, 1998.

humaine, et ayant pour corollaire le refus de quelque primauté de l'ordre normatif posé par le prince, se veut en effet paradigmatique, même encore aujourd'hui. Aux fins de notre propos, il convient d'examiner de plus près sa formulation :

« [...] l'ordre naturel, qui veut la paix entre les hommes, demande que le pouvoir de déclarer la guerre et de conduire la guerre appartienne au prince, tandis que les militaires ont, pour obligation, d'exécuter les ordres de guerre qui leur sont donnés dans l'intérêt de la paix et du salut de tous⁸. [...] »

Comme un homme juste, s'il lui arrive, par hasard, de faire la guerre sous un roi même sacrilège, peut, sans manquer à la justice, faire la guerre sous ses ordres, afin de conserver l'ordre de la paix civile, quand il est certain que ce qui lui est commandé n'est point contre la loi de Dieu, ou du moins, quand il n'est pas certain qu'il y soit contraire, en sorte qu'il pourrait se faire que l'iniquité de l'ordre de guerre rende le roi coupable, tandis que l'ordre de guerre rende le militaire innocent [...] ⁹. »

Que dit au juste Saint-Augustin au sujet des ordres et de l'obéissance militaire ? Rien d'autre qu'il ne saurait y avoir de différence entre la prostituée, le voleur et le militaire (officier ou soldat), car ils vivent tous dans le péché. Et puisqu'il en est ainsi, c'est sur la seule base de leur conscience qu'ils devraient être jugés et éventuellement « sauvés ». S'il se révèle que les normes juridiques (ou simplement les normes publiques) du prince confirment une telle existence dans le péché, cela ne vaudra que pour celui-là et ne changera rien au problème essentiel. La conscience de l'homme ne relève que de la « juridiction de Dieu », plus précisément du tribunal ecclésiastique et de celui que constitue chaque personne jugeant effectivement de ses propres « intentions ». Tout le reste se rapporte aux tentations d'ici-bas, tels l'honneur, le pouvoir, l'orgueil et l'argent, qui sont autant de facteurs de corruption de la « conscience » susceptibles de provoquer la chute de l'homme.

L'originalité de la pensée augustinienne réside dans le fait qu'elle fonde le modèle, qui vaut toujours aujourd'hui (non sans avoir subi quelques modifications cependant), en fonction duquel le militaire doit être reconnu coupable si sa conscience est souillée, et innocent, si elle ne l'est pas. La question de l'obéissance militaire se rapporte donc, dans une certaine mesure, non seulement à notre condition depuis le péché originel, mais également à la venue future du Jugement dernier de nos consciences,

8 Saint-Augustin, *Œuvres complètes de Saint-Augustin*, Paris, Librairie Louis Vivès, 1870, tome 26, p. 223.

9 *Idem*, p. 224.

où nous serons jugés de manière impartiale et sur la base d'une connaissance parfaite, nous étant ainsi révélé ce qu'aurait dû être notre premier jugement, n'eût été notre orgueil et nos illusions sur nous-mêmes. Or, il demeure que, à défaut d'informations plus précises, d'aucuns peuvent de nos jours avoir quelque difficulté à se représenter de manière concrète ce Jugement dernier.

L'ABSOLUTISME JURIDIQUE ET L'OBÉISSANCE MILITAIRE

Tandis que la pensée augustinienne concernant l'obéissance militaire fait la part trop large à la conscience individuelle et relativise les normes publiques édictées par le prince, la pensée absolutiste à l'égard du droit et de l'obéissance militaires fait exactement le contraire. Elle surestime la valeur des normes publiques en même temps qu'elle relativise la conscience individuelle. Deux noms méritent ici une attention particulière, à savoir ceux de Balthazar Ayala et de Pierino Belli.

Balthazar Ayala fut à la fois un des premiers et des plus éminents juristes militaires. Son livre intitulé *De Jure et Officiis Bellicis et Disciplina Militari*¹⁰ [Du droit de la guerre et des responsabilités liées à la guerre et à la discipline militaire], qui date de 1582, demeure un chef-d'œuvre de la littérature sur la question ; il fait toujours l'objet d'études et d'examens. L'auteur dit notamment ceci au sujet de l'obéissance militaire :

« Afin d'établir la discipline militaire, il est nécessaire avant tout que ceux qui commandent l'armée de soldats soient obéis de leurs hommes. Par conséquent, la peine capitale est décrétée pour quiconque désobéit aux ordres [...]»¹¹.

« [S]i stricte est la règle prescrivant l'obéissance aux décrets d'un commandant et l'observance de ses ordres que la peine capitale attend celui qui fait quoi que ce soit que son commandant a interdit ou qui ne

10 B. Ayala, *De Jure et Officiis Bellicis et Disciplina Militari Libri*, New York, The Carnegie Institution, 1912; *On the Law of War and On the Duties Commenced with War and On Military Discipline*, trad. par J.P. Bate, New York, Oceana, coll. « The Classics of International Law », 1964. Voir aussi, à ce sujet, l'ouvrage de E. Nys, *Le droit de la guerre et les précurseurs de Grotius*, Bruxelles, Paris: Durand: Pedone-Lauriel, 1882. Voir, également B. Melkevich, « Ayala, Balthazar », Manuel J. Pelaez (dir.), *Diccionario crítico de juristas españoles, portugueses y Latinoamericanos (hispánicos, brasileños, quebequeses y restantes francófonos)*, tomo 1, letras A-Z; 2005, p. 118-119.

11 B. Ayala, *On the Law of War and On the Duties Commenced with War and On Military Discipline*, op. cit., note p. 211 : « In order to establish military discipline, it is before all necessary that those who command the army of soldiers have their men obedient to orders. Accordingly, capital punishment is decreed for him who disobeys orders, [...] ».

réussit pas à exécuter les ordres de ce dernier, et ce, même si son acte est une réussite sur un autre plan¹².»

Conformément à l'absolutisme juridique donc, l'obéissance militaire se résume à la question d'un bon et efficace ordonnancement des règles publiques destinées au personnel militaire. Quant aux questions de conscience, elles deviennent choses relevant de la sphère privée, de sorte qu'elles ne devraient jamais s'immiscer dans ce qui ne relève que du devoir public de parfaite obéissance aux ordres militaires. L'obéissance se doit d'être ainsi afin d'assurer l'efficacité de l'appareil militaire, cela à partir du présupposé absolutiste selon lequel il n'y a que l'obéissance qui puisse être « juste ».

L'italien Pierino Belli affirme cela encore plus sévèrement dans son ouvrage intitulé *De Re Militari et Bello Tractatus*¹³ [Traité des affaires militaires et de la guerre], ouvrage datant originellement de 1563, lorsqu'il dit que « c'est de la révolte que de s'opposer à un officier ou au général et de ne pas se soumettre à ses commandements¹⁴ », et qu'on punit normalement de mort celui qui s'est révolté.

Eu égard à l'influence qu'ont eue ces deux auteurs sur la façon dont ont été mises sur pied les organisations militaires modernes — car il faut savoir qu'elles l'ont été au cours des XVI^e et XVII^e siècles —, il paraît manifeste qu'ils ont placé l'obéissance militaire au seul profit du prince. Puisqu'ils ont évoqué l'idée d'un droit militaire public, constitué de normes publiques, ils ne l'ont donc pas considéré à la manière chinoise, où toutes les femmes et tous les hommes seraient placés sous la « juridiction » de la conscience.

RESPONSABILITÉ PUBLIQUE, RESPONSABILITÉ INDIVIDUELLE

Du point de vue de la philosophie du droit, l'essentiel de ces discours sur l'obéissance militaire réside dans la dialectique changeante et rectificative placée entre la conscience individuelle et les normes publiques ainsi que dans la réalisation de celle-ci à la faveur d'un processus externe d'apprentissage humaniste, dont on pourrait dire aujourd'hui du résultat

12 *Idem*, p. 212. « [...], so stringent is the rule requiring obedience to a commander's decrees and observance of his orders that capital punishment awaits him who does anything which his commander has forbidden or fails to carry out his commands, even though he meets with success therein ».

13 P. Belli, *A Treatise on Military Matters and Warfare*, trad. par H.C. Nutting, New York, Oceana, coll. « The Classics of International Law », 1964.

14 *Idem*, p. 236, « it is revolt to oppose an officer or the general and not to obey his commands »; cf. également les pages 237, 238 et suiv.

qu'il ouvre sur le domaine militaire la perspective de la responsabilité à la fois individuelle et publique. Il est possible d'affirmer qu'une telle position condense la thèse du «droit valide» en matière d'obéissance militaire¹⁵. Cela se vérifie du reste aisément par la consultation des instruments normatifs internationaux relatifs à l'obéissance militaire.

Une telle responsabilité se dégage bien, en effet, d'instruments normatifs modernes comme la convention de Genève de 1864, les conventions de La Haye de 1899 et 1907, le texte mieux connu sous l'appellation de «protocole de Genève sur les gaz», les deux conventions de Genève de 1929, ainsi que les quatre conventions de Genève de 1949, avec leurs deux protocoles additionnels de 1977, et ce, sans parler de certains instruments normatifs découlant des principes des Nations Unies ou de Nuremberg, etc. Tous ces instruments attestent, derrière leur traduction en une responsabilité à la fois individuelle et publique, une dialectique normative entre «conscience» et «normes publiques». Ils restituent la hiérarchie des normes publiques et de la conscience, indiquant ainsi que le droit national militaire a ou devrait avoir pour cadre le droit humanitaire qu'ils posent comme préalable, et que le personnel militaire doit être responsable de ses actes, et ne peut plus chercher à se couvrir en prétextant l'impératif d'«obéissance militaire». Ce qu'on retrouve dans ces documents à partir de 1945, c'est une entorse plus ou moins importante au principe, un refus plus ou moins complet de l'excuse de l'obéissance militaire au profit d'une responsabilité individuelle, à la fois publique et «personnelle». Toute personne est désormais pleinement responsable de ses actes, et le fait que ceux-ci aient été faits dans un contexte ou dans le cadre d'une organisation militaire n'est plus à lui seul une excuse valable. Nous ne saurions surprendre en tirant de tout cela la conclusion suivante: la perpétration d'un «crime» n'est plus qu'une question de «fait» (et d'établissement des faits) et, *grosso modo*, elle ne se différencie plus dès lors qu'elle s'applique à un militaire. Elle n'est plus qu'une question de responsabilité, en l'occurrence une responsabilité à la fois individuelle et publique.

Il ne s'agit alors certainement pas de prétendre que le droit humanitaire est maintenant parfait, qu'il n'a pas besoin d'être bonifié ou qu'il n'est aucun pays où ce droit connaisse des violations patentes, mais

15 N. Keijzer, *op. cit.*, note 3, et la bibliographie, *quid iuris*, p. 302-307. Voir aussi Y. Dinstein, *The Defence of Obedience to Superior Orders in International Law*, Leyden, Sijthoff, 1965, et M. Pentikäinen (dir.), *The Right to Refuse Military Orders*, International Peace Bureau, Geneva, 1994.

bien de dire que, sur le strict plan juridique, tout gravite désormais autour de la question de la responsabilité, tant individuelle que publique, telle que celle-ci se dégage des instruments juridiques internationaux que nous avons mentionnés. Ainsi que nous l'avons dit, en tant que telle, cette responsabilité est bien l'expression du résultat d'un « processus d'apprentissage ». Nous avons simplement la capacité d'apprendre par nos « désastres » et dont les deux guerres mondiales (pour ne pas parler des autres) ne constituent que de funestes symboles. En ce sens, le résultat du processus d'apprentissage prend la forme de conséquences normatives à assumer.

OBÉISSANCE OU MANAGEMENT MILITAIRES ?

Maintenant, si la question de l'obéissance militaire ne pose pas de problème et représente un « non-problème » aux yeux du droit, si sur ce plan elle se ramène à une question d'obéissance à la loi — au droit international humanitaire et au droit militaire applicables à cette question —, que peut-on dire au sujet du problème normatif initial ? Selon nous, on ne peut rien ajouter à part le fait que la question de la responsabilité individuelle au sein d'une lourde administration bureaucratique telle que l'armée moderne pose dorénavant un problème de management militaire. Autrement dit, la question est de savoir comment peuvent s'articuler le principe de l'obéissance au droit, d'une part, et l'impératif d'efficacité et de force qui caractérise l'armée moderne, d'autre part. Du point de vue de la philosophie du droit, deux aspects du problème méritent une attention particulière.

LA QUESTION DU CARACTÈRE PERSONNEL

Nous illustrerons d'abord ce que nous venons de dire au sujet du « non-problème » que représente pour le droit l'obéissance militaire à l'aide de l'exemple du massacre de My Lai. Mais nous ferons ici l'économie des horribles détails¹⁶ et nous nous concentrerons sur deux des principaux acteurs de l'abominable affaire, soit le lieutenant Calley et un de ses hommes, R. Grzesik. Un fait important est que, si le principal argument de la défense présentée par le premier était fondé sur les ordres de ses supérieurs, cela n'a eu finalement aucun poids sur l'issue du procès. Et une défense de même nature présentée par d'autres personnes impliquées dans

16 À ce sujet, voir notamment S. Hersh, *My Lai 4: A Report on the Massacre and its Aftermath*, New York, Vintage Books, 1970.

cette affaire n'a pas réussi davantage, dans le contexte d'un procès où les questions ont été ramenées pour l'essentiel à des questions de fait. Le fait que la cour martiale des États-Unis ait rejeté la défense du lieutenant Calley prouve bien ce que nous avons supposé être le « droit valide » applicable en matière d'obéissance militaire. Pour autant, le fait que l'issue du procès demeure une cause de malaise, en raison de la façon dont elle a finalement disposé de la question de la responsabilité du massacre, n'est pas sans indiquer l'ampleur de la tâche qu'il reste à accomplir en ce domaine.

Il n'empêche qu'il convient ici de prêter une attention particulière au témoignage d'une des personnes ayant refusé d'obéir aux ordres du lieutenant Calley lors du massacre de My Lai, le soldat Ronald Grzesik. La sténographie du procès rapporte notamment l'échange suivant entre ce dernier et le procureur Daniel :

« Grzesik : J'ai passé la douve. J'ai été rappelé par quelqu'un. Je ne me souviens pas qui. Je me suis entretenu avec le lieutenant Calley. Il m'a dit de revenir au village avec l'unité de tir et d'assister le deuxième peloton dans ses recherches.

Daniel : Est-ce que le lieutenant Calley a dit quoi que ce soit avant de vous donner cet ordre ?

Grzesik : Il a dit : « finis-les » [« finish them off »]. J'ai refusé.

Daniel : Qu'avez-vous refusé de faire ?

Grzesik : De les finir.

Daniel : Que voulait-il dire ? Qui voulait-il voir finir ?

Grzesik : Je ne sais ni ce qu'il voulait dire ni de qui il voulait parler¹⁷. »

La raison pour laquelle il convient d'insister sur ce qui précède est double. D'abord, l'échange relate comment Grzesik a désobéi à l'ordre d'un supérieur de prendre part au massacre odieux de civils innocents. Ensuite, et de manière davantage significative, il révèle comment, avec une certaine subtilité, cette même personne a refusé d'admettre avoir désobéi à l'ordre,

17 Extrait provenant de R. Hammer, *The Court-martial of Lt. Calley*, New York, Coward, McCann, & Geoghegan, 1971, p. 150 :

« Grzesik : Well, Lieutenant Calley - I walked past the ditch. I was called back by someone. I don't recall who. I had a discussion with Lieutenant Calley. He said to take the fire team back into the village and help the second platoon search.

Daniel : Did Lieutenant Calley say anything before he gave you that order?

Grzesik : He said, « Finish them off ». I refused.

Daniel : What did you refuse to do?

Grzesik : To finish them off.

Daniel : What did he mean? Who did he mean to finish off?

Grzesik : I don't know what he meant or who he meant by them. »

Voir aussi, du même auteur, *One Morning in the War*, New York, Coward-McCann, 1970.

même absolument immoral et illicite, d'un supérieur. Il semble bien, en effet, que c'est justement parce qu'il comprenait parfaitement l'ordre qui lui était intimé que Grzesik a refusé d'y obéir. Pourquoi n'a-t-il donc pas voulu s'attribuer le mérite de son action? Pourquoi n'a-t-il pas insisté sur le fait qu'il avait bien saisi l'ordre en question et refusé d'y obéir?

On pourrait certes conjecturer que le déni de Grzesik de sa désobéissance honorable était motivé par le désir que son témoignage ne puisse servir contre l'un de ses supérieurs, voire contre l'armée dont il était membre au complet. Or, le témoignage atteste indubitablement l'importance du caractère personnel des militaires en ce qu'il peut se dresser, lors de situations extrêmes, en seul rempart possible contre les actes indésirables. En effet, il tend à démontrer qu'en pratique le seul empêchement de « crimes d'obéissance » militaires est que tout militaire n'agisse en dernière analyse que de sa propre autorité, même si cela peut exiger de lui qu'il désobéisse, ou plus précisément une désobéissance réfléchie et responsable en vertu du « droit ».

Dans une situation extrême donc, on peut penser que seul un tel caractère, une telle personnalité, une telle mentalité, partagé au sein du personnel militaire, pourra « faire la différence ». Notre apprentissage du désastre — processus dont le massacre de My Lai n'est qu'une étape — devrait nous convaincre de ce qu'en définitive tout se ramène à une question d'habilitation au jugement personnel et que cela doit être fait en présupposant une décision publique et judiciaire. En effet, la décision judiciaire dont pourraient faire l'objet les actes d'une personne devrait toujours pouvoir être présumée de manière à ouvrir sur eux un horizon normatif. À ce titre, l'horizon doit être « posé » en tant qu'univers normatif dans lequel on est toujours en droit de questionner, de demander des précisions, d'être éclairé et, en certains cas du moins, de faire des vagues. Et à cet égard, il ne saurait y avoir de raison de distinguer entre les différentes organisations bureaucratiques, qui ont toutes en commun la concentration de gens qui travaillent, assument des responsabilités et donc prennent des décisions, bref, « rendent jugement ».

En somme, tout cela montre bien que, sur le plan psychologique, tout membre du personnel militaire est en définitive seul, non pas avec la charge d'obéir ou de désobéir, mais avec la responsabilité que lui confèrent les droits militaires, civils et internationaux humanitaires. Cela exige une force considérable que d'assumer une telle responsabilité, ce qui requiert à son tour une certaine force de caractère de la part des membres de l'armée ainsi qu'un management militaire adéquat.

UNE ORGANISATION MILITAIRE MODERNE CENTRÉE SUR L'INDIVIDU

Au lieu de parler d'« obéissance » donc, ne devrait-on pas axer les discours sur une formation et un management qui soient à la hauteur des responsabilités qui incombent aux militaires ? Dès lors qu'on accepte que les militaires doivent assumer la responsabilité que le « droit » leur impose, ne doit-on pas congédier le prétendu impératif d'obéissance militaire pour insister plutôt sur la place de l'individu au sein des forces armées, que cette responsabilité suppose ? Le lecteur aura deviné que notre façon de voir suggère une réponse affirmative à ces questions.

Or, mettre l'accent sur la responsabilité individuelle au sein de l'armée n'implique-t-il pas la reconsidération, voire l'abandon du « paternalisme professionnel » en tant que « paradigme » cardinal de l'organisation, du management et de la « morale de groupe » militaires ? Lawrence Radine définit de la manière suivante le paternalisme professionnel :

« Le paternalisme professionnel consiste en l'emploi de certaines techniques dans le but de construire l'implication des subalternes au sein d'une organisation ainsi que leur sentiment d'appartenance, leur appréciation de la valeur d'ensemble des objectifs poursuivis et leur croyance que cette organisation prend soin d'eux en tant qu'individus. Les techniques paternalistes s'appliquent à la manière dont les officiers doivent se comporter envers leurs soldats, à la construction d'une solidarité de groupe en tant que moyen de contrôle de même qu'à l'utilisation des subalternes, et elles tablent sur la communication. Or, plus qu'un ensemble de techniques de direction en soi, le paternalisme professionnel est une idéologie, une idéologie qui se manifeste aussi bien sur le plan de l'éthique personnelle et de l'identité que sous la forme d'une interprétation de l'armée comme organisation singulière. Et la morale de groupe est une idée centrale du paternalisme professionnel¹⁸. »

18 L.B. Radine, *The Taming of the Troops. Social Control in the United States Army*, Westport (Connecticut), Greenwood Press, coll. « Contributions in Sociology », n° 22, 1977, p. 56 : « Professional paternalism is the use of certain techniques to build subordinates' commitment to the organisation, a sense of belonging, a sense of the overall worthiness of organisational objectives, and a belief that the organisation is taking care of the individual. Paternalistic techniques include the manner in which officers interact with their men, the building of group solidarity as a means of control, the use of subordinates, and the great emphasis on communication. In addition to leadership techniques per se, professional paternalism is an ideology, viewable in terms of personal ethics and identity as well as an interpretation of the Army as a unique kind of organisation. Group morale is central to professional paternalism. » Cet auteur explique le concept de paternalisme professionnel de la page 54 à la page 80.

Une telle « morale de groupe » ne saurait servir de soubassement solide à la responsabilité individuelle. Au contraire, elle est propre à lui nuire dans la mesure où elle conduit le « groupe » à prescrire une « responsabilité de groupe », responsabilité qui, justement, se révèle souvent indésirable dans les cas de « crimes d'obéissance », ainsi que nous l'enseigne l'affaire du massacre de My Lai. Dans le contexte de notre modernité, ne devrions-nous pas, au lieu de continuer à considérer l'organisation militaire tel un édifice reposant tout entier sur le soubassement de l'obéissance, la construire sur la base d'une meilleure prise en compte de l'individu ? La réponse peut-elle être autre qu'affirmative ?

En effet, miser sur les ressources qui lui sont propres permettrait de mieux préparer l'individu à occuper une place dans les rangs des forces armées. C'est donc qu'un management militaire centré sur l'individu permettrait une meilleure préparation de celui-ci pour qu'il s'acquitte, non seulement de tâches militaires modernes, mais de ses responsabilités en tant que membre à part entière d'une organisation. À certains égards du moins, la responsabilité qui incombe au personnel militaire devrait pouvoir être assumée sans problème par des hommes et des femmes qui, outre les compétences techniques exigées, possèdent la force d'une conscience et d'un sens des responsabilités que leur assignent les droits humanitaires et militaires. Il revient à la théorie du management militaire de voir plus en détail comment on peut le mieux prévenir les « crimes d'obéissance » chez les militaires.

C'est la responsabilité des écoles militaires de bien prendre soin des talents qui s'offrent à une telle carrière. Ce devrait être aussi leur travail de veiller notamment à la formation d'un caractère individuel fort pouvant entièrement assumer les responsabilités particulières qu'implique le service militaire. Mais ces responsabilités exigent également de celui qui les a une conscience des avantages de la responsabilité et de l'obéissance en tant que valeurs favorables au travail bien fait. Enfin, la formation des militaires doit les préparer à évaluer eux-mêmes la justesse et les conséquences de leurs actes en fonction des droits humanitaires et militaires.

LA RESPONSABILITÉ ET LE MANAGEMENT MODERNE

Dès lors qu'un militaire échoue et commet un acte criminel, il doit certainement faire l'objet d'une poursuite judiciaire. Or, il est important de bien comprendre que de tels actes revêtent un second aspect en ce qu'ils engagent la responsabilité professionnelle de l'armée en tant qu'organisation. Sous cet angle, l'armée se trouve ainsi avoir commis ce

qui est communément appelé un « crime de corps constitué » [*corporate crime*]¹⁹.

En effet, le parallèle peut être établi dans la mesure où les officiers militaires supérieurs (ainsi que l'autorité politique en matière militaire) sont responsables de ce qui se passe au sein de leur organisation, de la même manière que le sont les dirigeants de sociétés d'affaires. Les crimes de corps constitué montrent malheureusement trop souvent comment les sociétés d'affaires peuvent dérailler, et comment de leur dysfonctionnement et de leur perte de contrôle sur elles-mêmes découlent des actes et des « cultures » indésirables. Ils montrent aussi de quelle manière une mentalité cupide et la « loi du silence » peuvent avoir pour résultats des blessures, des mutilations et même des morts. Il existe effectivement des situations où, par exemple, les dirigeants d'une société commerciale savent très bien que le produit que celle-ci met sur le marché peut se révéler dangereux pour le consommateur. Il faudrait être pleinement conscient du fait que cela peut arriver également dans le domaine du management militaire. S'il faut punir sur une base individuelle les membres des forces armées ayant commis des crimes au cours de leur service, le management militaire ne doit néanmoins jamais pouvoir se soustraire à l'examen. En ce sens, l'organisation militaire devrait constamment subir son « procès civique »²⁰.

UN DERNIER MOT

Nos premières réflexions concernant l'obéissance militaire gravitaient toutes autour des thèses des « exigences spécifiques », des « circonstances exceptionnelles », des « tâches particulières », etc. Tout comme de nombreux civils, nous nous trompions simplement au sujet du paradigme du prétendu « cas particulier », alors que la vérité est que l'organisation militaire moderne ne constitue rien de tel. Au sein des organisations modernes en effet, dont personne n'a pu démontrer que l'armée ne saurait faire partie, tout se ramène à une question de « responsabilité ». Et les forces armées se doivent d'être organisées en conséquence, ce qui implique l'abandon du paradigme de l'« obéissance ». La société doit s'assurer que tous les membres du personnel militaire aient

19 G. Slapper et S. Tombs, *Corporate Crime*, Harlow, Longman, 1999; N. Frank et M.J. Lynch, *Corporate Crime, Corporate Violence: A Primer*, New York, Harrow & Herton, 1992.

20 Voir notamment C.M.V. Madsen, *Another Kind of Justice: Canadian Military Law from Confederation to Somalia*, Vancouver, UBC Press, 1999.

bien conscience de leurs responsabilités, et ce, non seulement en tant que membres d'une organisation militaire moderne, mais également en tant que citoyens et parties de l'humanité. Par conséquent, sur les plans militaire, civique et humain, tout se résume à une question d'*accountability* (i.e. « rendre compte »). Et ce principe ne saurait souffrir quelque exception que ce soit.

Du point de vue de la philosophie du droit, nous en venons donc à la conclusion que le langage de l'« obéissance » devrait mourir au profit de celui de la « responsabilité », tant professionnelle que juridique. C'est pourquoi nous concluons enfin que les droits militaires et les droits internationaux humanitaires devraient adopter ce dernier langage.

CHAPITRE 10

PATRIOTISME CONSTITUTIONNEL ET SOUVERAINETÉ : LE MODÈLE NORVÉGIE¹

Le combat des Norvégiens pour leur indépendance a parfois été cité comme un modèle de légitimité par des auteurs québécois qui considèrent que la Norvège, où l'accession à la souveraineté en 1905 s'est faite le plus démocratiquement et le plus pacifiquement du monde, constitue un exemple à suivre pour le Québec². Cela montre la profondeur démocratique de la culture politique québécoise et le souci du droit qui l'anime; et c'est d'autant plus à l'honneur des Québécois de vouloir s'inspirer de l'exemple norvégien qu'il s'agit d'une séparation qui s'est déroulée sans qu'aucune goutte de sang ne soit versée. Toutefois, la signification de ce modèle ne pourra être comprise que si l'on a une connaissance exacte de ce qui est arrivé en 1905. Et il faut, pour cela, voir également ce qui s'est passé entre la Norvège et la Suède de 1814 à 1905.

La connaissance des faits, en permettant de réfléchir aux conditions précises de l'accession de la Norvège à la souveraineté, permettra en même temps d'évaluer la pertinence véritable du modèle que cette expérience peut offrir aujourd'hui aux Québécois. Je me propose donc, dans cette perspective, de jeter un regard sur les événements qui ont précédé et qui ont accompagné l'accession de la Norvège à la souveraineté en 1905. Je veux certes mettre en lumière les principaux moments et le mécanisme de cette accession, mais aussi, tout en contribuant à une meilleure connaissance du processus, proposer quelques réflexions plus générales concernant les leçons à tirer de l'expérience norvégienne.

1 Publié dans Michel Sarra-Bournet (dir.), *Le Pays de tous les Québécois. Nouveaux essais sur l'avenir du Québec*, Montréal, VLB Éditeur, 1998, p. 163-175.

2 Notamment par Jacques Brossard, *L'Accession à la souveraineté et le cas du Québec. Conditions et modalités politico-juridiques*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1976, et par Jacques Dufresne, *Le Courage et la Lucidité. Essai sur la constitution d'un Québec souverain*, Sillery, Septentrion, 1990.

COMMENT LA NORVÈGE FUT DONNÉE AU ROI DE SUÈDE

Pour comprendre les événements de 1905, il faut d'abord remonter à 1814 et examiner la situation qui règne alors en Europe, car elle est le prélude logique à ce qui va se passer moins d'un siècle plus tard. En effet, la défaite militaire de Napoléon Bonaparte en 1814 allait provoquer une accélération de l'histoire norvégienne.

Mais il convient de rappeler d'abord quelques faits. La Norvège était officiellement unie au Danemark depuis 1380, les deux pays ayant un même roi qui résidait à Copenhague, au Danemark. Cette situation (un seul roi pour deux pays) dura jusqu'en 1536, année où le roi du Danemark déclara que la Norvège avait tout simplement cessé d'exister (comme entité nationale indépendante) pour devenir partie intégrante du royaume du Danemark. Que ce soit sur le plan économique, politique, linguistique, juridique ou intellectuel, il faut dire qu'à cette époque la Norvège ne possédait plus, en réalité, d'autres structures que celles qu'avaient implantées les Danois.

En 1807, le Danemark s'allia à la France de Napoléon dans le conflit qui opposait celle-ci à la Russie, à l'Angleterre et à la Prusse. Cette décision aura des conséquences pour les Norvégiens, car, en échange d'un soutien militaire contre Napoléon, les trois pays s'entendirent avec la Suède pour lui céder la Norvège en cas de victoire sur la France. Après la défaite des armées napoléoniennes à la bataille des Nations (entre les Français contre les Autrichiens, les Prussiens, les Russes et les Suédois), qui se déroula du 16 au 19 octobre 1813 près de Leipzig, la Suède réclama son dû. Le 14 janvier 1814, par le traité de Kiel, le roi du Danemark céda ses droits sur la Norvège au roi de Suède, Carl XIII. Celui-ci fit alors une déclaration solennelle, le 8 février 1814, pour apaiser l'agitation qui montait en Norvège, dans laquelle il promit à la Norvège une nouvelle constitution et un Parlement avec compétences sur les taxes et les lois.

Les Norvégiens étaient révoltés car, dans toutes ces tractations, personne n'avait pris la peine de les consulter. Ils avaient cruellement souffert du blocus maritime maintenu par la flotte de guerre anglaise entre 1807 et 1813. La famine et la misère avaient durement frappé et avaient décimé la population. La volonté de prendre en main leur propre destin devenait de plus en plus forte chez les Norvégiens. Inspirés par la nouvelle pensée « républicaine » venue de France et des États-Unis, ils se soulevèrent et réclamèrent leur indépendance. L'objectif de ce soulèvement populaire,

qui s'amorça dès février 1814, était de faire valoir leur droit de décider eux-mêmes de leur gouvernement et de forcer l'élaboration d'une nouvelle constitution nationale.

Le 10 avril 1814, il y eut l'élection de 112 représentants qui se réunirent à Eidsvold, près d'Oslo, pour élaborer une nouvelle constitution. Deux partis s'opposèrent: certains représentants désiraient promouvoir l'indépendance nationale, d'autres cherchaient un compromis favorisant une union avec la Suède. Le principal argument des partisans de l'union (ou fédération) avec la Suède était l'absence d'une base économique suffisante pour faire de la Norvège un pays indépendant (le même argument sera encore invoqué en 1905), mais les indépendantistes étaient majoritaires et firent prévaloir leur vision concernant l'avenir de la Norvège. Ce qui distinguait la Constitution norvégienne du 17 mai 1814 des constitutions qui apparaîtront durant la vague de révolutions que connut cette époque, c'est que, là où les autres se bornaient à statuer sur une forme de gouvernement, ainsi que sur l'étendue et la répartition des pouvoirs, elle se présentait avant tout comme une «déclaration d'indépendance».

Entre-temps, par son abdication définitive du 6 avril 1814, Napoléon avait reconnu sa défaite. La Suède allait donc avoir tout le loisir de s'occuper des Norvégiens récalcitrants. Elle le fit, d'abord, en isolant la Norvège diplomatiquement, ensuite, en faisant de nouveau appel au blocus maritime de la marine anglaise et, enfin, en mobilisant l'armée suédoise aux frontières de la Norvège. Toutes les tentatives de négociation se heurtèrent au refus de la Suède, qui préparait la guerre. La Norvège ne pouvait d'ailleurs opposer à la Suède aucune résistance sérieuse du point de vue militaire. L'armée suédoise était l'une des plus redoutables d'Europe: aguerrie par les batailles qu'elle avait livrées contre Napoléon, commandée par des officiers expérimentés, elle n'eut aucune difficulté à occuper une partie de l'est de la Norvège.

Or, au moment où la victoire était à la portée des Suédois, le prince Carl Johan changea d'avis et entama plutôt des négociations. Cette soudaine volte-face demeure certes l'une des plus grandes énigmes non résolues de l'histoire mais, chose certaine, ces négociations offraient une planche de salut à la Norvège, qui avait maintenant la chance de sauver au moins une partie de sa Constitution. C'est ainsi que, par la Convention du 14 août 1814, le roi de Suède accepta la Constitution norvégienne du 17 mai 1814, en échange de quoi la Norvège dut accepter d'être unie à la Suède. En vertu de cette convention, la nouvelle Constitution liait le roi de Suède et donnait aux Norvégiens assez de liberté pour faire eux-

mêmes les changements constitutionnels nécessaires. Le Parlement norvégien, nouvellement élu pour l'occasion, profita immédiatement de cette liberté pour apporter d'abord les changements constitutionnels souhaités par les Norvégiens et, ensuite seulement, s'occupa d'entériner l'union avec la Suède. En fait, le Parlement tenta, avec tout le doigté constitutionnel possible, de conserver pour la Norvège un statut distinct dans la nouvelle union.

Si nous regardons les événements de 1814 depuis le point d'aboutissement de 1905, nous pouvons dire maintenant que les conditions pour une véritable indépendance de la Norvège étaient réunies. Le statut de la Norvège au sein de l'union avec la Suède était celui d'une nation «distincte», avec sa propre Constitution et ses propres institutions parlementaires, gouvernementales, judiciaires et militaires. Les affaires étrangères étaient en réalité le seul domaine qui échappait à la Norvège, qui n'avait aucune liberté sur le plan diplomatique; et nous verrons que c'est précisément sur ce plan que la rupture avec la Suède se produira au début du XX^e siècle.

LA ROUTE VERS L'INDÉPENDANCE ET LA RUPTURE DE 1905

L'indépendance nationale de la Norvège peut être considérée comme l'issue d'un litige portant sur la légitimité des institutions politiques norvégiennes, le parlement et le gouvernement norvégiens, mais il faut bien voir qu'elle n'a été réalisée qu'après un long cheminement. Les institutions norvégiennes évoluèrent progressivement dans le sens d'un renforcement constitutionnel au cours d'un processus qui s'étendit sur plusieurs années. Entre 1814 et 1905, les Norvégiens commencèrent par réclamer que l'union entre la Suède et la Norvège soit fondée sur le principe de l'égalité de deux «nations», puis ils firent tout leur possible pour renforcer les institutions norvégiennes au détriment des intérêts unionistes. Cependant, l'origine véritable du conflit fut la lutte acharnée que le Parlement norvégien livra au roi de Suède au sujet du gouvernement norvégien. Il s'agissait de déterminer si les membres du gouvernement étaient de simples conseillers du roi, responsables devant lui seul (principe de la monarchie absolue), ou s'ils devaient avoir la confiance du Parlement et être responsable devant lui (principe du parlementarisme). Cette lutte s'est terminée en 1884 par la victoire du Parlement norvégien. C'est alors que, par l'instauration du parlementarisme, la balance du pouvoir bascula enfin du côté des indépendantistes.

La Norvège de la fin du XIX^e siècle se présente donc comme un pays distinct (avec ses propres institutions politiques, sa propre administration et son armée), mais dont les affaires étrangères sont entièrement entre les mains du gouvernement unioniste. Or, le fait de n'avoir aucune représentation consulaire propre à l'étranger était de plus en plus ressenti en Norvège comme un désavantage pour le pays. La Norvège cherchait à développer davantage sa flotte marchande et ses échanges économiques, et elle espérait trouver des partenaires pour des investissements industriels sur son sol. Le fait que la Norvège devait partager ses diplomates et ses consuls avec la Suède, qui était son rival direct dans tous ces domaines, était de plus en plus considéré comme préjudiciable aux intérêts du pays. Après bien des tractations, un accord fut signé en 1903 permettant à chaque «pays» de posséder son propre système consulaire. Mais la proposition de loi préparée par le Parlement suédois en 1904 stipulait que le chef de ces deux systèmes consulaires parallèles devait être le ministre des Affaires étrangères du gouvernement unioniste, c'est-à-dire un Suédois.

En mai 1905, les Norvégiens, ulcérés, firent donc promulguer une loi qui rapatriait unilatéralement les affaires consulaires en Norvège. C'est la crise provoquée par cette action qui fera éclater l'union. Mis devant le fait accompli, le roi de Suède refusa, comme le lui permettait la Constitution norvégienne, de sanctionner la nouvelle loi. Le gouvernement norvégien réagit alors en refusant de contresigner la sanction du roi et donna sa démission. Le roi refusa à son tour cette démission et déclara qu'il était incapable de former un nouveau gouvernement ayant la confiance du Parlement norvégien. La balle était dans le camp suédois. L'impasse était totale et une vague de sentiment indépendantiste déferla sur la Norvège. C'est alors que Christian Michelsen, politicien libéral et premier ministre de la Norvège, surprit tout le monde et proposa au Parlement, le 7 juin 1905, d'adopter une déclaration unilatérale d'indépendance.

«Attendu que tous les membres du gouvernement ont démissionné de leurs fonctions, attendu que Sa Majesté le roi se déclare incapable de fournir au pays un nouveau gouvernement, attendu que le pouvoir royal constitutionnel a cessé de s'exercer, le Parlement norvégien donne plein pouvoir aux membres du gouvernement sortant d'exercer provisoirement, comme gouvernement norvégien, les pouvoirs autrefois conférés au roi en conformité avec la Constitution nationale de Norvège et les lois en vigueur, cela avec les modifications rendues nécessaires par le fait que l'union avec

la Suède sous un même roi est dissoute, puisque le roi a cessé d'exercer son pouvoir comme roi de Norvège³. »

Du point de vue du Parlement norvégien, l'union avec la Suède était techniquement dissoute. C'était un coup de force spectaculaire et indéniablement révolutionnaire, issu d'une résolution que rien n'allait plus pouvoir ébranler. Du point de vue de la Suède, tout cela était bien sûr totalement incompréhensible. On s'attendait à une crise que l'on allait pouvoir résoudre ultérieurement par des négociations, mais nullement à cette déclaration d'indépendance. Une telle déclaration fut considérée comme illégale, et on se prépara à riposter.

Fallait-il déclarer la guerre, imposer de nouveau l'union par la force ou accepter l'indépendance? Le sentiment de la population suédoise était que l'union entre la Suède et la Norvège était condamnée, que toute tentative pour la maintenir contre la volonté des Norvégiens était vouée à l'échec. Quel avenir pouvait avoir une union qui ne reposait pas sur une libre adhésion et sur la confiance mutuelle? Quelle valeur aurait eu une solution imposée par la force? Le sentiment démocratique des Suédois s'opposa finalement à toute aventure militaire.

L'attitude des grandes puissances européennes fut déterminante. Elles ne voulaient pas d'un conflit entre Européens et exercèrent des pressions sur la Suède en faveur d'une solution pacifique. Toutefois, si la cause norvégienne récoltait beaucoup de sympathie, personne n'était encore prêt à reconnaître officiellement le nouvel État. Pour apaiser la tension, la Norvège décida de tenir un référendum en août 1905. Le résultat de ce référendum ne laissa subsister aucune ambiguïté: 368 208 votes pour l'indépendance, 184 votes pour l'union avec la Suède et un taux de participation de 85,4 % des citoyens qui avaient le droit de vote. Peut-on trouver quelque part dans l'histoire un résultat plus clair et plus significatif? Même les anciens partis unionistes (fédéralistes) se prononcèrent en faveur de l'indépendance. La Suède n'avait plus qu'à prendre acte du fait que l'union avec la Norvège était arrivée à son terme: la Suède fit donc la paix et accepta l'indépendance de la Norvège.

CONSIDÉRATIONS SUR L'EXEMPLE NORVÉGIEN

Le modèle norvégien d'accession à la souveraineté peut se résumer en quatre points. Premièrement, c'est l'existence d'un espace public qui a

3 Traduction libre.

rendu possible et qui a assuré l'indépendance politique de la Norvège. Tout s'est joué dans l'espace public, au vu et au su de tous. L'accession à la souveraineté passe par cet espace public et l'entraîne avec elle: elle y met en scène l'élément le plus important de ce modèle, à savoir le principe de légitimité.

Deuxièmement, le modèle norvégien se réfère à ce qu'on peut appeler la «modernité juridique», car ce qui y est déterminant, c'est la légitimité avec laquelle les citoyens peuvent, dans l'espace public, décider librement et démocratiquement de leurs institutions et du cadre juridique de celles-ci. C'est pourquoi les citoyens norvégiens n'avaient pas à donner de raisons extérieures à leur volonté politique de se séparer et de mettre fin à leur union avec la Suède.

Troisièmement, l'accession à l'indépendance politique, par le fait même qu'elle pouvait être considérée (en vertu d'une Constitution interne propre à la Norvège) comme une question relative aux institutions norvégiennes, devenait une question de politique norvégienne sur laquelle les citoyens norvégiens avaient pleine souveraineté. Et c'est pourquoi leur décision ne pouvait constituer une atteinte aux libertés individuelles des citoyens ni les menacer en aucune façon, mais elle ne pouvait que les confirmer.

Enfin, et quatrièmement, l'accession à la souveraineté ne fut rien d'autre pour les Norvégiens, en 1905, qu'une question de dévolution institutionnelle et politique⁴, c'est-à-dire que le lendemain de la déclaration d'indépendance, comme le précisait le texte du 7 juin 1905, les institutions norvégiennes n'avaient qu'à assumer l'exercice des compétences qui avaient été jusque-là celles des institutions unionistes. Là où, avant la déclaration d'indépendance, avait existé un État démocratique, libéral et pluraliste existaient maintenant deux États démocratiques, libéraux et pluralistes. Sur ce point, même un penseur fédéraliste canadien peut être d'accord, comme l'a compris Will Kymlicka:

«Nous avons tendance à croire que "séparation" veut dire "catastrophe morale et politique"; mais je doute qu'il y ait aujourd'hui beaucoup de monde pour condamner la séparation de la Norvège d'avec la Suède en 1905. Dans le cas norvégien, le processus de séparation a été (relativement) pacifique, et le résultat fut l'apparition de deux démocraties libérales saines

4 Voir Hubert Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Cowansville, Yvon Blais, p. 184 «Dévolution», ou Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 1990, p. 269 «dévolution». «Dévolution» veut dire, dans le présent cas, «transfert, transmission des compétences à un degré nettement inférieur».

à l'endroit où on n'en voyait qu'une auparavant. Il n'y a aucune raison de croire qu'une éventuelle séparation du Québec d'avec le reste du Canada serait différente. On verrait difficilement pourquoi des esprits libéraux devraient automatiquement s'opposer à une séparation qui serait pacifique et d'inspiration libérale. Après tout, le libéralisme se préoccupe fondamentalement de la liberté et du bien-être des individus, nullement du destin des États, et toute séparation n'est pas nécessairement une chose nuisible du point de vue des droits individuels⁵.

Il faut donc insister sur le fait que l'établissement d'une légitimité nationale propre, telle qu'elle s'est développée en Norvège entre 1814 et 1905, se trouve au centre du modèle norvégien d'accession à l'indépendance. Or, nous pouvons distinguer deux moments principaux dans ce processus d'élaboration d'une légitimité démocratique.

D'abord, il fallait créer une identité démocratique proprement norvégienne. Frustrés dans leur désir d'indépendance en 1814, les Norvégiens ont dû se forger une nouvelle identité démocratique reposant sur une constitution propre. C'est ainsi que l'histoire politique de la Norvège du XIX^e siècle coïncide avec celle du développement des institutions démocratiques : la population norvégienne s'est alors véritablement investie dans une appropriation collective de l'identité démocratique.

Sur le plan symbolique ensuite, la Constitution devint l'image même de la nation norvégienne. Jour de la proclamation de la Constitution, le 17 mai a été choisi pour la fête nationale norvégienne et célébré comme tel à partir de la deuxième moitié du XIX^e siècle. En même temps, l'idéalisation du paysan norvégien comme homme libre et responsable de ses choix et l'image qu'on s'en fit en tant qu'incarnation des valeurs d'égalité, de dignité et de fierté démocratique vinrent renforcer l'identité politique et constitutionnelle norvégienne.

Le mot « nationalisme » peut signifier bien des choses différentes. Le nationalisme norvégien a représenté en tout cas une manière originale de se forger une identité par la voie constitutionnelle ; il a contribué, avec le protestantisme, à forger l'esprit du Norvégien d'aujourd'hui : égalitaire, démocratique et consciencieux. Et l'exemple historique donné par l'accession de la Norvège à sa souveraineté n'est pas autre chose que celui d'un État démocratique et pluraliste ayant trouvé son fondement dans une véritable légitimité plutôt que dans la simple légalité constitutionnelle.

5 Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship, a Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 186 (dans ce texte, j'ai traduit l'anglais *secession* par « séparation »).

exemple incontournable dans la mesure où la légalité constitutionnelle ne peut avoir sa source que dans la légitimité exprimée par l'ensemble des individus adhérant consciemment et librement à un projet démocratique.

UN DERNIER MOT

Finalement, quel parallèle peut-on faire avec le cas du Québec? Comme pour la Norvège autrefois, le statut politique du Québec actuel est le résultat d'un processus qui a commencé avec l'annexion d'un territoire, cédé à la fin d'une guerre et sans le consentement de la population. Mais il existe une différence importante: le Québec fut conquis militairement en 1760 et réduit à n'être qu'une province dans l'Empire britannique, tandis que la Norvège fut d'abord rétablie dans sa légitimité nationale par une Constitution interne, même si ce fut pour se voir ensuite, sur la base même de cette constitution, forcée d'entrer dans une union avec la Suède. La Norvège avait acquis par sa Constitution de 1814 une légitimité nationale qui, nous l'avons vu, a été essentielle à la réalisation de son indépendance.

L'exemple norvégien fait ainsi apparaître, par contraste, une lacune importante dans le projet souverainiste québécois: l'absence d'une constitution interne qui puisse donner forme et fondement à la légitimité nationale du Québec. On peut certes considérer que le Québec possède déjà un genre hybride de constitution, une constitution organisatrice éparse et informe composée à la fois de lois, de conventions, de coutumes et d'arrêts judiciaires d'origine britannique, canadienne ou québécoise, dans laquelle il faut inclure la *Charte des droits et libertés* et la *Charte de la langue française*⁶. Il demeure que le Québec n'a pas de constitution officielle qui puisse fonder son espace public, cristalliser la citoyenneté québécoise et symboliser les droits du citoyen, une constitution qui puisse canaliser la puissance symbolique des institutions et la légitimité du peuple. Un patriotisme constitutionnel comme celui de la Norvège a été le levier démocratique qui a permis de faire la souveraineté en la voyant comme la conséquence logique de la légitimité d'un État de droit.

Si l'on voulait s'inspirer jusqu'au bout de l'exemple norvégien, une constitution québécoise devrait être l'instrument indispensable pour canaliser le nationalisme québécois et le faire aboutir à l'indépendance: il

6 Jacques-Yvan Morin, « Pour une nouvelle Constitution du Québec », *Revue de droit de McGill*, n° 30, 1985, p. 171-220.

faudrait par conséquent remettre ce projet à l'ordre du jour politique et tout mettre en œuvre pour le mener à bien le plus rapidement possible. Car il nous la faut, cette constitution, si l'on veut vraiment faire l'indépendance. Le Québec se condamne à une infériorité symbolique à l'égard du nationalisme pancanadien s'il ne se dote pas d'une constitution interne qui puisse être l'expression du patriotisme constitutionnel québécois et servir à l'alimenter. Comme nous le montre l'exemple de la Norvège, tout découle d'une telle constitution et devient une question politique concernant la concrétisation de la légitimité démocratique qu'elle incarne aux yeux de tous.

CHAPITRE 11

À PROPOS DE LA PHILOSOPHIE CHINOISE DU DROIT¹

Vieille de plus de trois mille ans, la philosophie chinoise a contribué de façon significative à l'édification de la philosophie mondiale. Des idées philosophiques importantes dans les domaines de la science, de l'éthique, de la politique et de la philosophie légale ont peu à peu constitué ce qui est maintenant devenu un corpus considérable. La période classique de la philosophie légale chinoise se situe à l'époque des Royaumes Combattants (du V^e au III^e siècle av. J.-C. environ). Ce fut une période de guerres, de massacres, de chaos social et de troubles politiques, où la question la plus préoccupante était de savoir comment conceptualiser un ordre politique et légal adapté à la situation. S'imposent alors deux doctrines majeures de la philosophie légale qui vont déterminer l'évolution de la philosophie légale chinoise : le *ju chia* (confucianisme) et le *fa chia* (légisme). Les autres écoles philosophiques, comme le taoïsme (ou daoïsme), le moïsme, les logiciens ou plus tard le bouddhisme (importé), étaient en général moins soucieuses de philosophie légale².

Lorsqu'on étudie la philosophie légale chinoise, il faut en dégager deux caractéristiques majeures : tout d'abord, en Chine, on n'a jamais élaboré ni méthodologie juridique, ni science juridique, ni profession juridique, ni culture juridique d'adversité³. La raison de cette lacune vient précisément du succès de la philosophie légale chinoise.

- 1 Traduction de « Chinese Legal Philosophy », publié dans Christopher B. Gray (dir.), *The Philosophy of Law: An Encyclopedia*, New York, Garland Publishing, 1999, vol. 1, p. 104-107. La première traduction en langue française fut publiée dans *Buletin Stiintific*, Universitatea « Mihail Kogalniceanu », Iasi, Roumanie, n° 10, 2001, p. 60-70.
- 2 Sur la philosophie chinoise, voir Anne Cheng, *Histoire de la pensée chinoise*, Paris, Seuil, 1999 ; Max Kaltenmark, *La Philosophie chinoise*, Paris, PUF, coll. Que-sais-je n° 707, 1987 ; Joseph Needham, *Science and Civilization in China, tome 2: History of Scientific Thought*, Cambridge, Cambridge University Press, 1956.
- 3 D'où notre réticence à utiliser l'expression occidentale « philosophie du droit » pour lui préférer les mots « philosophie légale » ou « philosophie de la loi », à notre avis plus appropriés.

Il convient, en deuxième lieu, de mettre en exergue la nature réaliste de la philosophie chinoise. Cette philosophie s'est en effet construite sur l'image que l'homme projette à l'intérieur de la réalité, une réalité brute, dégagée de toute forme de transcendance à vénérer. L'absence de toute métaphysique est ainsi l'une de ses principales caractéristiques. La question clé tourne autour de l'humanité et de la conception qu'elle a d'elle-même, de sa propre maîtrise et de sa consolidation en fonction de la réalité qui l'entoure. Vue de l'extérieur, la philosophie légale chinoise semble utilitariste (ou utilitarisme béhavioriste). Cela est particulièrement vrai en ce concerne le confucianisme et le légisme, les deux piliers de la philosophie légale en Chine.

CONFUCIANISME ET PHILOSOPHIE LÉGALE

Confucius (551-479 av. J.-C.) a largement modelé la civilisation chinoise en général, plus que la philosophie légale chinoise en particulier. Né dans une famille noble mais de condition assez modeste, Confucius (dont le nom est la forme latinisée du titre honorifique *K'ung Fu-tzu*, le nom de famille étant *K'ung* et le nom privé *Ch'iu*) a élevé la pensée chinoise vers les sommets les plus hauts. Dans sa jeunesse, Confucius officiait dans l'État de Lu comme magistrat et, plus tard, comme ministre de la Justice. Peut-être, entre-temps, fût-il aussi ministre adjoint des Travaux publics. Selon toute vraisemblance, il fut destitué en raison de son attitude conservatrice et de ses appels en faveur d'un retour aux valeurs anciennes. Confucius a alors consacré le restant de sa vie à la formation du caractère et à l'instruction de ses disciples. Ses idées majeures sont réunies dans *Entretiens avec ses disciples*⁴.

Confucius était donc un penseur conservateur. Témoin d'une période particulièrement troublée de l'histoire chinoise, il lui vint à l'esprit que l'unique solution à ces problèmes était de restaurer les valeurs et les coutumes (rites) de l'ancien ordre féodal. La philosophie légale du confucianisme peut aussi se résumer à la présomption de la bonté fondamentale de l'homme: si la nature de l'homme est essentiellement bonne, il faut donc tout faire pour restaurer, puis améliorer cette bonté jusqu'à la perfection en étant vertueux, en observant les rites et en respectant la «propriété» de toutes choses (*li*). La notion de *li* est charnière

⁴ Confucius, *Entretiens du Maître avec ses disciples*, traduction de Séraphin Couvreur, repris par les Éditions Mille et Une Nuits, 1997. Comparer avec Confucius, *Entretiens avec ses disciples*, trad. André Lévy, Paris, GF-Flammarion n° 799, 1994.

dans la tradition confucéenne et elle représente une référence empirique du corpus de coutumes. Grâce à cette notion, ce corpus composé d'un amalgame d'anciens tabous, d'obligations de cérémonie et de pitié était supposé être déjà validé par les rois légendaires de la Chine et le peuple. Il faut en conséquence refuser absolument d'associer la notion de *li* avec la doctrine occidentale de droit naturel.

Confucius déclare dans les *Entretiens avec ses disciples* : « Si le prince conduit le peuple au moyen des lois et le retient dans l'unité au moyen des châtiments, le peuple s'abstient de mal faire; mais il ne connaît pas la honte. Si le prince dirige le peuple par la Vertu et fait régner l'union grâce aux rites, le peuple a honte de mal faire et devient vertueux⁵. »

Il s'ensuit un ordre fondé sur des lois pénales, où la question des droits n'est que mots creux dans la bouche de gens corrompus et sans scrupules. Il fallait donc l'éviter absolument et lui préférer les comportements moraux selon le *li*, seul véritable faisceau de relations d'honneur et de respect mutuel fondés sur la tradition. Confucius se réfère à cinq relations de base : entre le suzerain et le vassal (chef de famille), entre le père et le fils, entre le vieux et le jeune, entre l'époux et l'épouse, et entre l'ami et le compagnon. Dans le confucianisme, ces relations sont construites sur le calque de l'affection familiale, pour que la personne supérieure dans la hiérarchie aime l'inférieure et que l'inférieure vénère la supérieure. Cela se veut également une expression de l'ordre cosmique, en ce sens que le respect du *li* assure l'harmonie, la paix et l'abondance des récoltes, tandis que son non-respect débouche sur le désordre, les calamités et le crime.

Le confucianisme fournit une justification philosophique au règne de l'homme sur les autres hommes par l'amour et l'honneur. Les rites sociaux, aussi désignés « rites de propriété », et les cinq relations de base mentionnées servent ainsi de fondement à la prétention à la légalité. De cette sorte, tout problème de gouvernance, d'administration, de secteur militaire ou encore de relations internationales devient un problème de l'individu, ou, plus précisément, un problème de choix, de degré de vertu et de qualité de l'éducation de l'individu. Son idéal, comme il l'affirmait dans les *Entretiens*, est que « celui qui gouverne un peuple par la Vertu est comme l'étoile polaire qui demeure immobile, pendant que toutes les autres étoiles se meuvent autour d'elle »⁶.

5 Confucius, *Entretiens du Maître avec ses disciples*, p. 13. Comparer avec la traduction de Lévy, *op. cit.*, p. 35.

6 Confucius, *Entretiens du Maître avec ses disciples*, p. 13.

Ce sont là les fondations de la doctrine confucianiste de «l'homme supérieur». Celui qui gouverne ne doit pas uniquement exprimer la bonté, mais être lui-même bon.

Sur le plan de la philosophie légale, le confucianisme est largement antijuridique, car cette doctrine prône le règne de l'homme sur l'homme au moyen de contrôles subtils et d'une administration paternaliste de coutumes déjà traditionnellement acceptées comme bonnes. D'où ce mythe entretenu par les confucianistes que les lois (*Fa*) et les droits n'étaient que des inventions de barbares. Il en fut ainsi de la légende chinoise selon laquelle le *Fa* fut inventé par la tribu non chinoise Miao au XXIII^e siècle av. J.-C.

LES LÉGISTES (*FA JIA*)

Si nous pouvons en toute logique parler d'une école légiste avec le *Fa Jia* (littéralement: École des lois), il faut garder à l'esprit que cette école ne fut ni fondée par un maître ni structurée sur la base d'un enseignement unique. Le légisme était davantage un mouvement ou une forme de réaction contre la désagrégation sociale et contre ce que les légistes considéraient comme l'hypocrisie confucéenne, plutôt qu'un système philosophique fondé sur la hiérarchie. Les légistes étaient généralement des magistrats, des ministres ou des conseillers politiques proches des rois⁷. Shang Yang (aussi connu sous le nom de Lord Shang)⁸, mort en 338 av. J.-C., et Han Fei tzu, ou Maître Han Fei⁹, qui a vécu de 280 à 233 av. J.-C., ont personnifié à eux deux la pensée légiste. Cette philosophie légiste était traditionnellement associée aux taoïstes (ou daoïstes).

Les légistes ne refusaient pas seulement de se fonder sur la tradition ou de restaurer l'ordre féodal, ils refusaient également de considérer la nature humaine comme entièrement bonne; ce qui les distingue dans la civilisation chinoise. Le point de départ philosophique du légisme était de faire une analyse réaliste des situations, des problèmes et des différents choix possibles selon l'optique de celui qui gouvernait. La loi (*Fa*) est la solution. Elle fournit à celui qui règne les moyens de gouverner efficacement pour obtenir les résultats désirés.

7 Sur le légisme, voir Léon Vandermeersch, *La Formation du légisme*, Paris, Publications de l'École Française d'Extrême-Orient, 1965 (1987); Jean Lévi, *Les Fonctionnaires divins. Politique, despotisme et mystique en Chine ancienne*, Paris, Seuil, 1989; Xu Zhen Zhou, *L'Art de la politique chez les légistes chinois*, Paris, Economica, 1995.

8 Shang Yang, *Le Livre du Prince Shang*, trad. Jean Lévi, Paris, Flammarion, 1981.

9 Han Fei, *Le Tao du Prince*, trad. Jean Lévi, Paris, Seuil, 1999.

Les légistes considéraient la loi (*Fa*) comme un ensemble de lois positives promulguées au préalable par le maître du pays pour que, à tous les niveaux de l'échelle sociale du royaume, tous y fussent soumis, du maître du pays lui-même jusqu'à l'esclave public. Et celui qui refusait cette soumission aux lois se trouvait alors sous la menace des punitions les plus dures et les plus cruelles. La loi était considérée comme quelque chose d'empirique plutôt que comme un concept: le maître du pays dirige empiriquement la société et la loi est l'expression concrète de sa volonté de pouvoir et d'omnipotence. C'est pourquoi la loi doit être absolue et ne permettre aucune forme de pouvoir qui puisse porter ombrage à cette toute-puissance.

Les légistes insistent sur le fait que le maître du pays ne peut jamais gouverner et administrer ses sujets par la vertu ou par l'indulgence, comme le prônent les confucianistes, mais plutôt par cet instrument de pouvoir qu'est la loi. En conséquence, la loi doit être promulguée publiquement, à la fois dans un souci d'information du peuple et, plus important encore, de contrôle de l'administration.

La pierre angulaire de la philosophie légiste était en conséquence la question de l'efficacité de la loi. Le légisme se caractérise en effet comme la «science behavioriste», en relation directe avec son aspect utilitariste. En fait, les légistes recommandent que la loi du maître du pays soit élaborée en fonction des motivations empiriques du comportement humain. Le légisme exploite ainsi la psychologie humaine d'une façon aussi subtile que draconienne. À l'encontre de tous les intérêts individuels, le maître du pays doit user de récompenses et de punitions exemplaires pour asseoir son pouvoir. Dans cet ordre d'idées, les postes haut placés ou honorifiques dans l'armée ou l'administration sont réservés aux personnes les plus méritantes afin de créer la dépendance de cette élite à l'égard du maître du pays. Pour contraindre le peuple à se conformer aux lois, il faut entretenir un climat généralisé de crainte par des punitions exemplaires, voire cruelles. En cas de délit, ce n'est pas uniquement le criminel qui doit être puni, mais aussi sa famille et son unité villageoise. Seule la délation peut permettre de se sauver soi-même.

L'objectif de la philosophie légiste de la loi est le *wu wei* (ou la non-activité). Il s'agit d'un thème emprunté au taoïsme (ou daoïsme) et qui fait référence à la gouvernance par le biais de la non-activité. Le taoïsme enseigne que le *Tao* (ou le Chemin) repose sur l'action spontanée de toute chose et que, en conséquence, tout peut être fait par la non-activité. Si l'on transcrit ce précepte à l'intérieur d'une philosophie de la loi vue par les légistes, le maître du pays, considéré comme le *Tao* de la nature, est confiné

dans une inactivité au-dessus du *Tao* des hommes et se contente de donner un statut aux actions du peuple. Cette attitude est possible pour lui parce que, selon les légistes, le *Tao* des hommes doit demeurer au cœur des lois édictées par le maître du pays. Ainsi, la loi est partout et, avec elle, le maître du pays peut en toute quiétude administrer la totalité du pays. En fait, la non-activité des légistes présuppose une politique interventionniste se résumant à l'administration et à la répression pour s'assurer que le *Tao* de l'homme soit en concordance avec le chemin (*Tao*) tracé par le maître du pays, à l'intérieur de la loi.

Si nous pouvons apprécier à juste titre le côté positif d'une loi écrite et promulguée publiquement, et le fait qu'elle le soit après une analyse minutieuse de la situation réelle et des objectifs poursuivis, c'est plutôt l'aspect draconien du système légiste de répression qui attire notre attention. En tant que philosophie légale, cette conception légiste de la loi est entièrement bureaucratique de par ses aspects administratifs et légaux.

LA SYMBIOSE CULTURELLE ET PHILOSOPHIQUE DU CONFUCIANISME ET DU LÉGISME

Si les philosophies légistes se sont épanouies dans différents pays à l'époque des Royaumes Combattants, ce fut le légisme en vigueur dans le pays de Qin (ou Chhin) qui fut décisif dans le succès comme dans l'échec du courant. Du point de vue historique, la philosophie légiste fut appliquée en Qin, avec comme résultat que le Qin devint le pays le plus riche, le mieux administré et le plus puissant militairement. En appliquant la philosophie légiste, le maître du Qin, le roi Zheng (également connu sous le nom de Qin Shihuangdi) parvint, en 221 av. J.-C., à conquérir tous les autres royaumes, fondant ainsi le premier empire chinois. Pourtant, l'empire de Qin ne dura que de 221 à 207 av. J.-C. La dynastie Han, qui lui succéda de 206 av. J.-C. à 220 ap. J.-C., mit cet échec du premier empire sur le compte du légisme.

Les atrocités commises au nom de l'unification de la Chine, pour ne rien dire de celles perpétrées à l'encontre de ses propres sujets sous le régime de Qin, ont longtemps discrédité la philosophie légiste. C'est pourquoi l'empire Han et ses successeurs adoptèrent le confucianisme comme idéologie d'État (et accessoirement comme religion d'État). Plus tard, l'empereur Wu-ti, qui vécut de 140 à 187 apr. J.-C., bannit, sur le conseil de son ministre confucéen Tung Chung-shu, toutes les doctrines philosophiques autres que le confucianisme. Des livres philosophiques,

abstraction faite de ceux traitant du confucianisme, furent alors brûlés, des « études » privées interdites, et la philosophie confucéenne imposée dans le système des examens mandarins. La philosophie légiste n'était pourtant pas morte : elle devait entrer en symbiose avec le confucianisme et définir avec lui l'esprit légal chinois jusqu'à aujourd'hui.

Les philosophes et les administrateurs se sont rapidement rendu compte que l'empire chinois ne pouvait pas être gouverné par un système de coutumes bienveillantes, par la bonté ou par la sincérité : ils furent alors obligés de gouverner par la loi (*Fa*), et ce fut de cette façon que la symbiose entre la philosophie légiste et le confucianisme vit le jour. À leur façon, les légistes sont allés au-delà du confucianisme par leur insistance à instaurer une bureaucratie organisée. De cette manière, ce fut une conception strictement légiste du *Fa* qui accompagna la « bureaucratie céleste » (en d'autres mots, les administrateurs confucianistes) dans l'organisation et l'administration de la société chinoise. Ironiquement, les confucianistes et les légistes se retrouvèrent unis dans l'idéal d'une société bien administrée. Alors que les confucianistes croyaient gouverner le peuple par des personnes censées être « supérieures » (grâce à leur éducation confucéenne) et que les légistes croyaient à une loi bureaucratique venue d'en haut, la symbiose fut établie dans une conception voulant gouverner le peuple par des hommes supérieurs, avec la bonté paternelle d'un côté, et les moyens d'un droit bureaucratique de l'autre.

De cette façon, nous observons, aussi bien dans les faits qu'en philosophie, une répartition du travail entre le *Li* et le *Fa*, entre, d'une part, les coutumes bienveillantes, affections personnelles, rites et, d'autre part, la loi : le *Li* représente l'honneur propre à l'intégrité, à la vertu et au caractère d'un honnête homme ; le *Fa* représente le déshonneur, la corruption, la nécessité de l'administration étatique et d'un système punitif.

La recherche sur la philosophie confucianiste qui s'ensuit nous révèle plusieurs expressions de cette symbiose, de même que les dangers de tomber entre les mains de la loi. Aux alentours de 50 av. J.-C., le *Li Chi* (Livre des rites) exprime clairement que le « *li* ne s'abaisse pas jusqu'au peuple, et que le *hsing* [punition selon la loi] ne s'élève pas jusqu'au dirigeants ». La loi est donc pour le peuple et le *li* pour les classes supérieures. Il s'agit en fait d'un parallèle avec la doctrine de « l'homme supérieur » (c'est-à-dire celui qui appartient à la classe supérieure confucianiste,) qui est censé être au-dessus de toute loi. On en trouve un autre témoignage dans le *Code des Tang*, au VII^e siècle apr. J.-C., qui indique clairement qu'il est dangereux, voire néfaste, de se détourner du système

des relations affectives/rites sociaux ou simplement du *li*, parce que « celui qui se détourne du *li* tombera dans le *hsing* » [punitions par les lois].

Cette symbiose philosophique (et culturelle) a forgé le modèle suivant pour l'esprit légal chinois :

1. La loi est considérée comme quelque chose de mauvais et de déshonorant.
2. Le « droit » n'est que répression et administration bureaucratique.
3. Les lois sont faites pour être suivies et ne doivent stipuler que des obligations.
4. Les conflits juridiques ou sociaux doivent être « dissous » (jamais résolus) dans et par le rapport social approprié.

De cette façon, en suivant ce modèle, tout honnête homme aura à cœur d'éviter le recours au système légal. Ce phénomène de rejet, ou éloignement, « juridique », s'observe encore aujourd'hui en Chine, sinon également, mais à moindre degré, à l'intérieur de la diaspora chinoise.

LA SITUATION PRÉSENTE

Le confucianisme a été l'idéologie étatique incontestée (et la religion étatique chinoise) jusqu'à l'époque moderne. En fusionnant avec la philosophie légiste, le confucianisme a été déterminant dans la conception chinoise du « droit ». Là où le confucianisme était utilisé dans la propagande et l'éducation pour former des sujets uniformément obéissants et pour dissoudre les conflits sociaux, le légisme, de son côté, était utilisé pour organiser et administrer, pour mater toute opposition à l'ordre établi ou les usurpations de pouvoir. Le premier était l'idéologie, le deuxième la substance.

Ce n'est que tout récemment que ce système a été bouleversé. D'abord en 1911, avec la révolution républicaine qui établit un système moderne de législation. Puis en 1949, avec la révolution maoïste (ou le communisme oriental).

Le problème philosophique et culturel de la Chine d'aujourd'hui tourne autour de la possibilité et de la nécessité d'établir, pour la première fois dans l'histoire de la Chine, un véritable État de droit ainsi que des droits individuels et collectifs. En ce sens, les événements de la place Tiananmen, en juin 1989, ont été révélateurs de la dimension des problèmes à surmonter.

BIBLIOGRAPHIE

- André-Vincent, Philippe I., *Les Droits de l'homme dans l'enseignement de Jean-Paul II*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de philosophie du droit, n° 28, 1983.
- Atias, Christian, *Philosophie du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 2000.
- Barcellona, Pietro et al., *L'uso alternativo del diritto*, Roma-Bari, Editori Laterza, 1973.
- Bauzon, Stéphane, *Le Métier de juriste. Du droit politique selon Michel Villey*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. «Dikè», 2002.
- Berge, Antoine, *Écoumène. Introduction à l'étude des milieux humains*, Paris, Belin, 2000.
- Berque, Antoine, *Être humains sur la terre: principes d'éthiques de l'écoumène*, Paris, Gallimard, 1996.
- Berten, André; Pablo da Silveira et Hervé Pourtois (dir.), *Libéraux et Communautariens*, Paris, Presses universitaires de France, coll. Philosophie morale, 1997.
- Billier, Jean-Cassien et Aglaé Maryioli, *Histoire de la philosophie du droit*, Paris, Armand Colin, 2001.
- Blankenburg, Erhard; E. Klaus et H. Rottleuther, *Alternative Rechtsformen und Alternative zum Recht*, Opladen, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, 1980.
- Bloch, Ernst, *Le Principe espérance*, Paris, Gallimard, 1976.
- Bloch, Ernst, *Droit naturel et Dignité humaine*, Paris, Payot, coll. Critique de la politique, 1976.
- Bourgeois, Bernard, *Le Droit naturel de Hegel. Commentaire*, Paris, Presses universitaire de France, 1986.
- Buchanan, James M., *The Limits of Liberty. Between Anarchy and Leviathan*, Chicago, University of Chicago Press, 1975.
- Burt R. M.; Gary Resnick et E. R. Novick, *Building Supportive Communities for At-Risk Adolescents: It Takes More Than Services*, American Psychological Association, 1997.
- Calvo, José, «L'identité culturelle et ethnologie juridique (Les «Carceleras» et le krausisme)», dans *Revue internationale de sémiotique juridique*, vol. 13, 2000, p. 407-432.
- Carson, Rachel, *Silent Spring*, Boston, Houghton Mifflin, 1962.
- Charmont, Joseph, *La Renaissance du droit naturel*, Paris, Duchemin, 1927.
- Cheng, Anne, *Histoire de la pensée chinoise*, Paris, Seuil, 1999.

- Chesney-Lind, Meda, *The Female Offender: Girls, Women, and Crime*, Thousand Oaks, Sage, 1997.
- Commoner, Barry, *L'Encerclement*, Paris, Seuil, 1972.
- Confucius, *Entretiens du Maître avec ses disciples*, traduction de Séraphin Couvreur, Paris, Éditions Mille et Une Nuits, 1997.
- Confucius, *Entretiens avec ses disciples*, traduction d'André Lévy, Paris, GF-Flammarion n° 799, 1994.
- Cotta, Sergio, *Pourquoi la violence? Une interprétation philosophique*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. «Dikè», 2002.
- Da Cunha, Paulo Ferreira, *Le Droit et les Sens*, Paris, L'Atelier de l'Archer, 2000.
- Davidson, Donald, «How is weakness of the will possible», dans Joel Feinberg (dir.), *Moral Concepts*, Oxford, Oxford University Press, 1970.
- Davis, J. R., *Street Gangs: Youth, Biker, and Prison Groups*, Dubuque, Kendall/Hunt, 1989.
- Delbert, S. E., Hamburg (B. A.), Williams (K. R.), (eds.), *Violence in American Schools: a New Perspective*, Cambridge, Mass., Cambridge University Press, 1998.
- Delhay, Philippe, *La Permanence du droit naturel*, Louvain, Éditions Nauwelaerts, Lille, Librairie Giard, Montréal, Librairie Dominicaine, 1960.
- Denning, Alfred Thompson (Lord), *The Changing Law*, London, Stevens, 1953.
- DeWiel, Boris, *Democracy: A History of Ideas*, Vancouver, UBC Press, et Seattle, University of Washington Press, 2000 (Trad. française: *La Démocratie: histoire des idées*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Zétésis, 2005).
- Dumouchel, Paul et Bjarne Melkevik (dir.), *Tolérance, Pluralisme et Histoire*, Paris et Montréal, L'Harmattan, 1998.
- Dunn, John, *Democracy: The Unfinished Journey, 508 BC to AD 1993*, Oxford, Oxford University Press, 1992.
- Dunn, Robert, *The Possibility of Weakness of will*, Hackett, 2002.
- Dworkin, Gerald, *The Theory and Practice of Autonomie*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988.
- Dworkin, Gerald, «The Concept of Automy», dans J. Christman (dir.), *The Inner Citadel: Essays on Individual Autonomy*, New York, Oxford University Press, 1989, p. 54-62.
- Dworkin, Ronald, *Prendre les droits aux sérieux*, Paris, Presses universitaires de France, 1995.
- Dworkin, Ronald, *Une question de principe*, Paris, Presses universitaires de France, 1996.
- Dworkin, Ronald, *L'Empire du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1994.

- Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980.
- Finnis, John, « Préface », dans *idem* (dir.), *Natural Law, tome 1*, Aldershot, Dartmouth, coll. The International Library of Essays in Law and Legal Theory, 1991, p. XI.
- Fromm, Erich, *La Peur de la liberté*, Paris, Buchet-Chastel, 1963.
- Fromm, Erich, *La Passion de détruire, anatomie de la destructivité humaine*, Paris, Laffont, 1975.
- Gauthier, David P., *The Logic of Leviathan*, Oxford, Clarendon Press, 1969.
- Gauthier, David P., *Morale et Contrat : recherche sur les fondements de la morale*, Liège, Mardaga, 2000.
- Giddens, Anthony, *Runaway World: How Globalization is Reshaping our Lives*, New York, Routledge, 2000.
- Gilson, Bernard, *L'Essor de la dialectique moderne et la philosophie du droit*, Paris, Vrin, 1991.
- Goldstein, A. D., et J. C. Conoley, *School Violence Intervention: a Practical Handbook*, Guilford, 1997.
- Goyard-Fabre, Simone, *Kant et le Problème du droit naturel*, Paris, Vrin, 1975.
- Goyard-Fabre, Simone, *La Philosophie du droit de Kant*, Paris, Vrin, 1996.
- Goyard-Fabre, Simone, *Les Fondements de l'ordre juridique*, Paris, Presses universitaires de France, coll. L'interrogation, 1992.
- Goyon, Gérard D., « L'utopie et l'imaginaire juridique », dans *Archives de philosophie du droit*, tome 30, 1995, p. 261-275.
- Graves, Robert, *Les Mythes grecs*, 2 vol., Paris, Fayard, coll. Pluriel, 1983.
- Habermas, Jürgen, *Théorie de l'agir communicationnel*, 2 vol., Paris, Fayard, 1987.
- Habermas, Jürgen, *Morale et Communication*, Paris, Cerf, 1986.
- Habermas, Jürgen, *Droit et Démocratie : Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997.
- Habermas, Jürgen, *Intégration républicaine. Essais de théorie politique*, Paris, Fayard, 1998.
- Han Fei, *Le Tao du Prince*, traduction de Jean Lévi, Paris, Seuil, 1999.
- Hayek, Friedrich August [von], *Droit, Législation et Liberté*, 3 tomes, Paris, Presses universitaires de France, 1973, 1976 et 1979.
- Hayek, Friedrich August [von], *La Route de la servitude*, Paris, Presses universitaires de France, 1985.
- Hayek, Friedrich August [von], *The Constitution of Liberty*, London, Routledge et Kegan Paul, 1951.
- Henry, Jean-Robert, « Imaginaire juridique », dans André-Jean Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ & Bruxelles, Story-Scientia, 1^{re} édition, 1988.
- Herrera, Carlos Miguel, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Paris,

Kimé, 1997.

Herrera, Carlos Miguel, *La Philosophie du droit de Hans Kelsen. Une introduction*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. « Dikè », 2004.

Hubaux, Jean et Maxime Kerov, *Le Mythe du phénix*, Liège et Paris, Bibliothèque de la Faculté de philosophie et lettres de l'Université de Liège, 1939.

Hugo, Victor, *Les Misérables*, Paris (innombrables éditions).

Hugo, Victor, *Écrits sur la peine de mort*, Arles, Actes Sud, 2002.

Jaeger, Werner Wilhelm, *Paideia: la formation de l'homme grec*, Paris, Gallimard, 1964 (1988).

Jaeger, Werner Wilhelm, « Éloge de la Loi », dans *Bulletin Guillaume Budé*, tome VIII, 1949.

Kafka, Franz, *Le Procès*, Paris, Gallimard, (1^{re} édition 1933), 1972, coll. Folio n° 101.

Kafka, Franz, *Le Château*, Paris, GF-Flammarion, 1995.

Kaltenmark, Max, *La Philosophie chinoise*, Paris, Presses universitaires de France, coll. Que-sais-je n° 707, 1987.

Kant, Emmanuel, *Métaphysique des mœurs*, tome 1, Paris, GF-Flammarion, 1994.

Kohlberg, Lawrence, *The Philosophy of Moral Development: Moral Stages and the Idea of Justice*, San Francisco, Harper & Row, 1981.

Kohlberg, Lawrence, C. Levine & A. Hewer, *Moral Stage: a Current Formulation and a Response to Critics*, Basel & New York, Karger, 1983.

Kojève, Alexandre, *Esquisse d'une phénoménologie du droit: exposé provisoire*, Paris, Gallimard, 1981.

Kymlicka, Will, *Les Théories de la justice: une introduction*, Montréal, Boréal, 1999, ou Paris, Seuil, 1999.

Levi, Jean, *Les Fonctionnaires divins. Politique, despotisme et mystique en Chine ancienne*, Paris, Seuil, 1989.

Levinas, Emmanuel, *Humanisme de l'autre homme*, Montpellier, Fata Morgana, 1972.

Levinas, Emmanuel, *Entre nous, essais sur le penser-à-l'autre*, Paris, Grasset, 1991.

Levinas, Emmanuel, *Hors sujet*, Saint-Clément-la-Rivière, Fata Morgana, 1987.

Levinas, Emmanuel, *Le Temps et l'Autre*, Paris, Presses universitaires de France, 1983.

Lewis, Geoffrey, *Lord Atkin*, London, Butterworths, 1983.

Locke, John, *Deuxième Traité du gouvernement civil*, Paris, Vrin, 1977.

Lopez Calera, Nicolas et al., *Sobre el uso alternativo del derecho*, Valencia, Fernando Torres Editor, 1978.

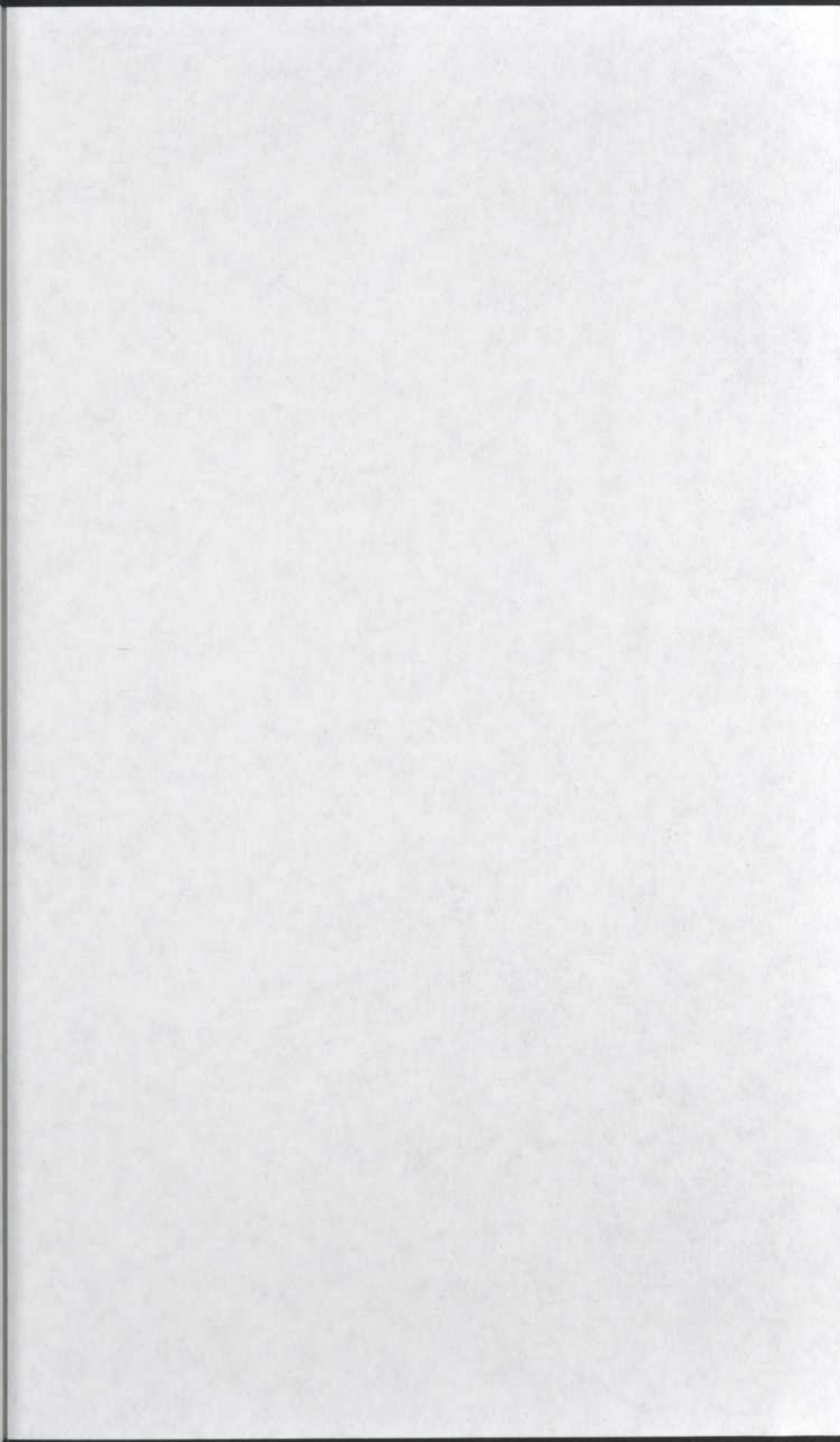
Luhmann, Niklas, *La Légitimation comme procédure*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2001, coll. « Dikè » (repris par Cerf, Paris, coll.

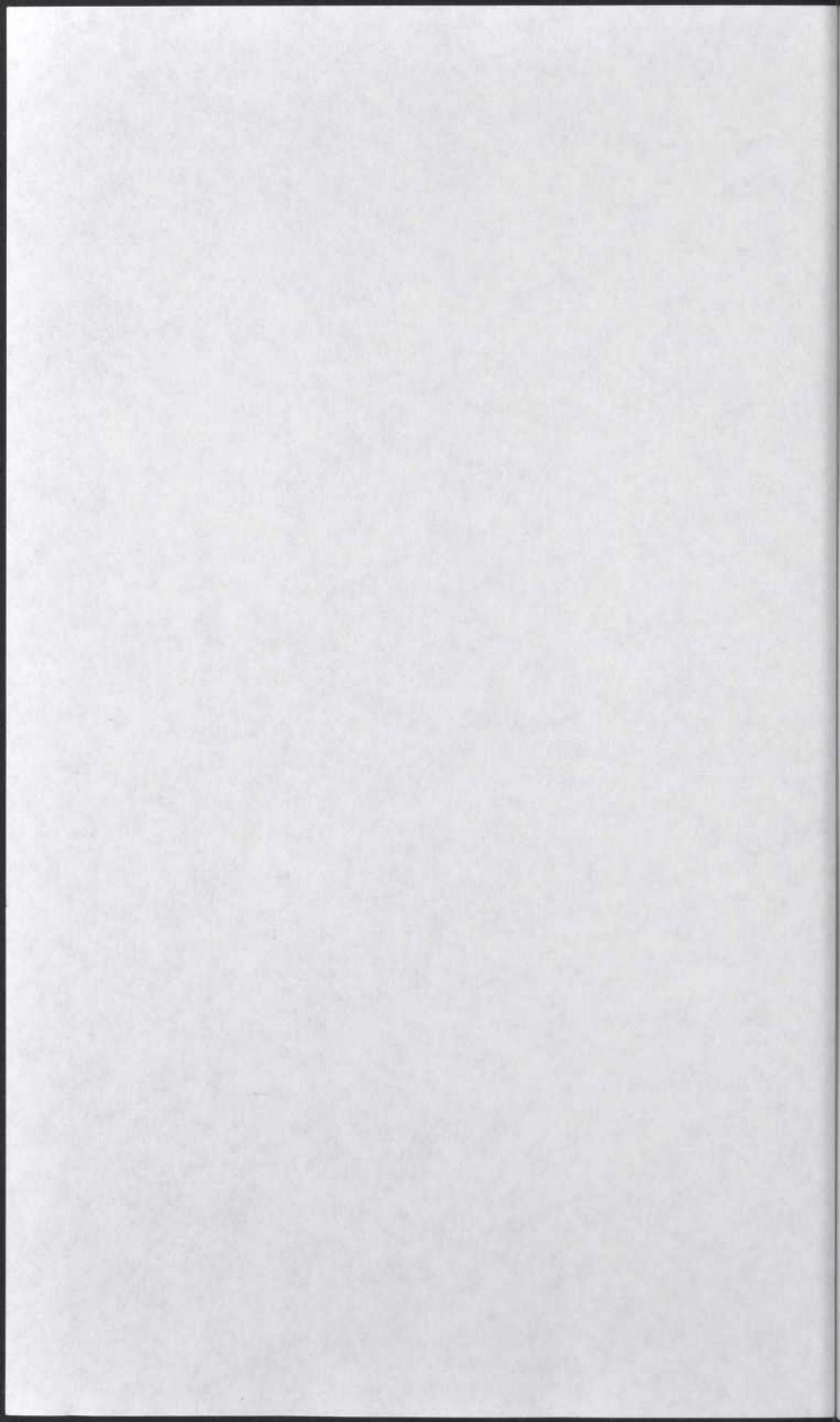
- Passages, 2001).
- Macpherson, Crawford Brough, *La Théorie politique de l'individualisme possessif de Hobbes à Locke*, Paris, Gallimard, 1971.
- Macpherson, Crawford Brough, «Locke on Capitalist Appropriation», dans *The Western Political Quarterly*, 1951, p. 550 et suiv.
- Maesschalek, Marc, *Droit et Création sociale chez Fichte. Une philosophie de l'action politique*, Louvain — Paris, Éditions Peeters, 1996.
- Malaurie, Philippe, *Droit et Littérature. Une anthologie*, Paris, Éditions Cujas, 1997.
- Malaurie, Philippe, *Anthologie de la pensée juridique*, Paris, Éditions Cujas, 2^e édition, 2001.
- Mandeville, Bernard, *La Fable des abeilles: ou les vices privés font le bien public*, Paris, GF-Flammarion, 1991.
- Melkevik, Bjarne, «La responsabilité devant la mort? Sue Rodriguez devant la Cour suprême du Canada, dans *Revue internationale de philosophie pénale et de criminologie de l'acte*, Paris, n^{os} 7-8, 1996, p. 87-101; repris dans *idem*, *Horizons de la philosophie du droit*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, et Paris, L'Harmattan, 1998 (2004), p. 77-90.
- Melkevik, Bjarne, *Horizons de la philosophie du droit*, Paris, L'Harmattan, et Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1998; republier dans la collection «Dikè» en 2004.
- Melkevik, Bjarne, «Chinese Legal Philosophy», dans Christopher B. Gray (dir.), *The Philosophy of Law: An Encyclopedia*, New York, Garland Publishing, 1999, vol. 1, p. 104-107.
- Melkevik, Bjarne, «L'épistémologie hayékienne et la question de droit: analyse et critique», dans *idem*, *Réflexions sur la philosophie du droit*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, & Paris, L'Harmattan, 2000, p. 133-151.
- Melkevik, Bjarne, «La solidarité, la philosophie et notre présent», dans *idem*, *Réflexions sur la philosophie du droit*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, & Paris, L'Harmattan, 2000, p. 17-33.
- Melkevik, Bjarne, *Réflexions de philosophie du droit*, Paris, L'Harmattan, et Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, coll. «Dikè», 2000.
- Melkevik, Bjarne, «À propos de la philosophie chinoise du droit», dans *Buletin Stiintific*, Universitatea «Mihail Kogalniceanu», Iasi, Roumanie, n^o 10, 2001, p. 60-70.
- Melkevik, Bjarne, *Rawls ou Habermas. Une question de philosophie du droit*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. «Dikè», 2002.
- Melkevik, Bjarne, «Intérêts particuliers, intérêts généraux et corps intermédiaires», dans Josiane Boulad-Ayoub et Luc Bonneville (dir.), *Souverainetés en crise*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, et Paris, L'Harmattan, coll. *Mercur du Nord*, 2003, p. 101-113.

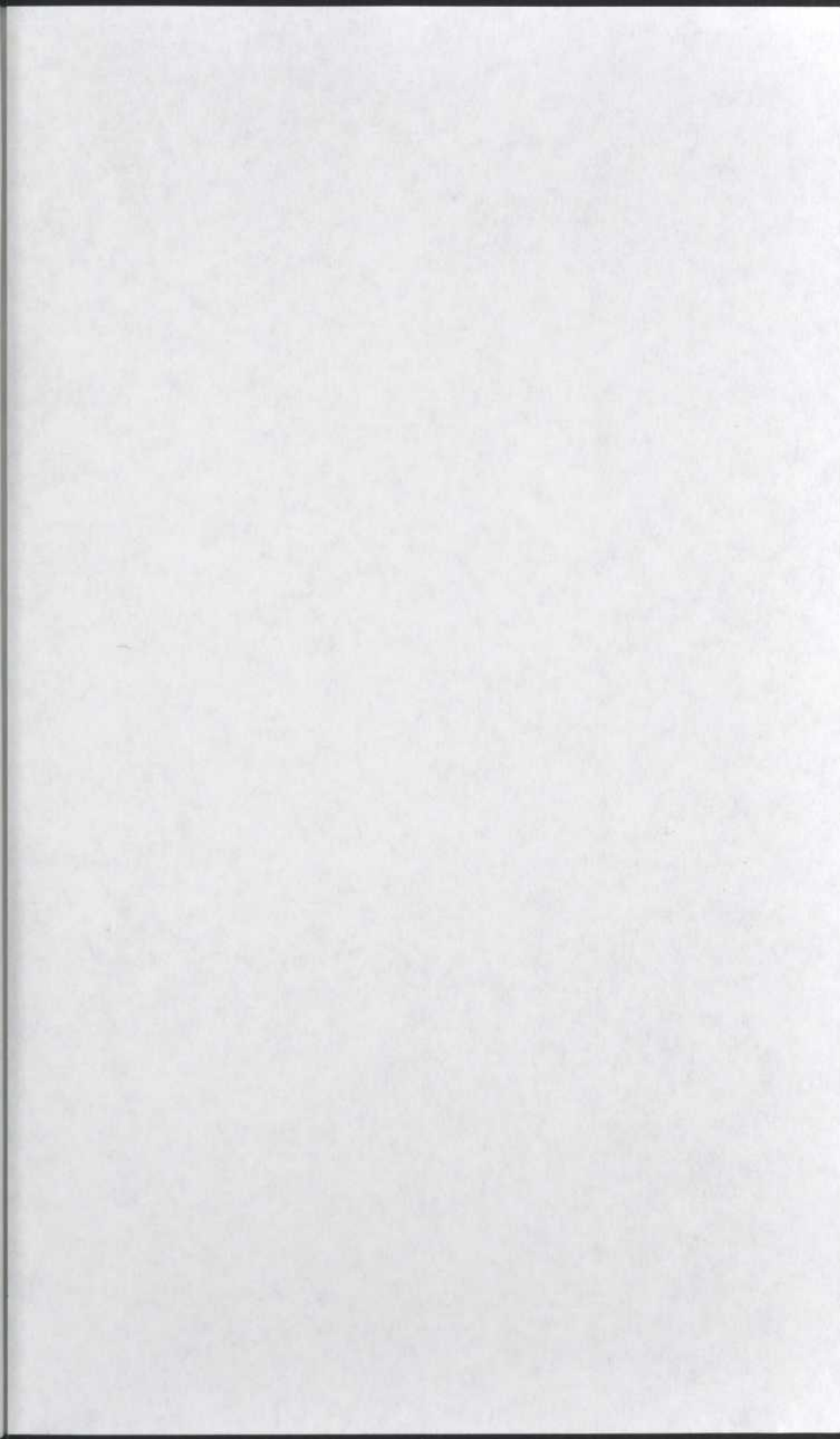
- Melkevik, Bjarne, «Diritto, obbedienza ed istituzione militare», dans *Rivista Internazionale di Filosofia del diritto*, no, 2003, p. 31-50.
- Melkevik, Bjarne, «Obedience, Law and the Military», dans *Profesional Ethics*, vol. 10, 2002, n° 2, 3, 4, p. 267-283.
- Melkevik, Bjarne, «Prolégomènes à une problématique: Mondialisations et droit», dans H. Pallard et S. Tzitzis (dir.), *La Mondialisation et la Question des droits fondamentaux*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. «Dikè», 2003, p. 109-127.
- Melkevik, Bjarne, «Mondializzazioni e diritto: prolegomeni ad una problematica», *Nuovo Sviluppo. Rivista semestrale di Scienze Umane*, Roma, n° 1, 2004.
- Melkevik, Bjarne, «Les concepts de *personne* et *dignité*: la question de droit», dans Stamatis Tzitzis et Jacques-Robert Robert (dir.), *La Personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, Paris, Éditions Panthéon — Assas, 2003, p. 77-88.
- Melville, Herman, *Moby Dick*, Paris, GF-Flammarion, 1989.
- Mercier, Louis-Sébastien de, *L'An 2440*, Paris, Buisson, 1791.
- More, Thomas, *De optimo reipublicae statu deque nova insula utopia*, Louvain, 1516.
- Moreau, Pierre-François, *Le Récit utopique*, Paris, Presses universitaires de France, 1982.
- Naess, Arne, *Ecology, Community, and Lifestyle: Outline of an Ecosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.
- Needham, Joseph, *Science and Civilization in Chine*, tome 2: *History of Scientific Thought*, Cambridge, Cambridge, University Press, 1956.
- Netschke-Hentschke, Ana, *Platonisme politique et théorie du droit naturel*, vol. 1, Louvain - Paris, Éditions Peeters, 1995.
- Nozick, Robert, *Anarchie, État et Utopie*, Paris, Presses universitaires de France, 1988.
- Ogien, Ruwen, *La Faiblesse de la volonté*, Paris, Presses universitaires de France, coll. Philosophie morale, 1993.
- Oppetit, Bruno, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1999.
- Otis, Ghislain et Bjarne Melkevik, *Peuples autochtones et Normes internationales. Analyse et textes relatifs au régime de protection identitaire des peuples autochtones*, Cowansville, Yvon Blais, 1996.
- Pelletier, Lucien, «Prière pour une lecture d'Ernst Bloch», dans *Arguments* (Québec), vol. 5, n° 2, 2003, p. 176-182.
- Piaget, Jean, *Le Jugement moral chez l'enfant*, Paris, Presses universitaires de France, 1973.
- Piaget, Jean, *Le Jugement et le Raisonnement chez l'enfant*, Neuchâtel, Delachaux et Niestlé, 1978.
- Poirier, Donald, *Sources de la common law*, Cowansville, Yvon Blais, et

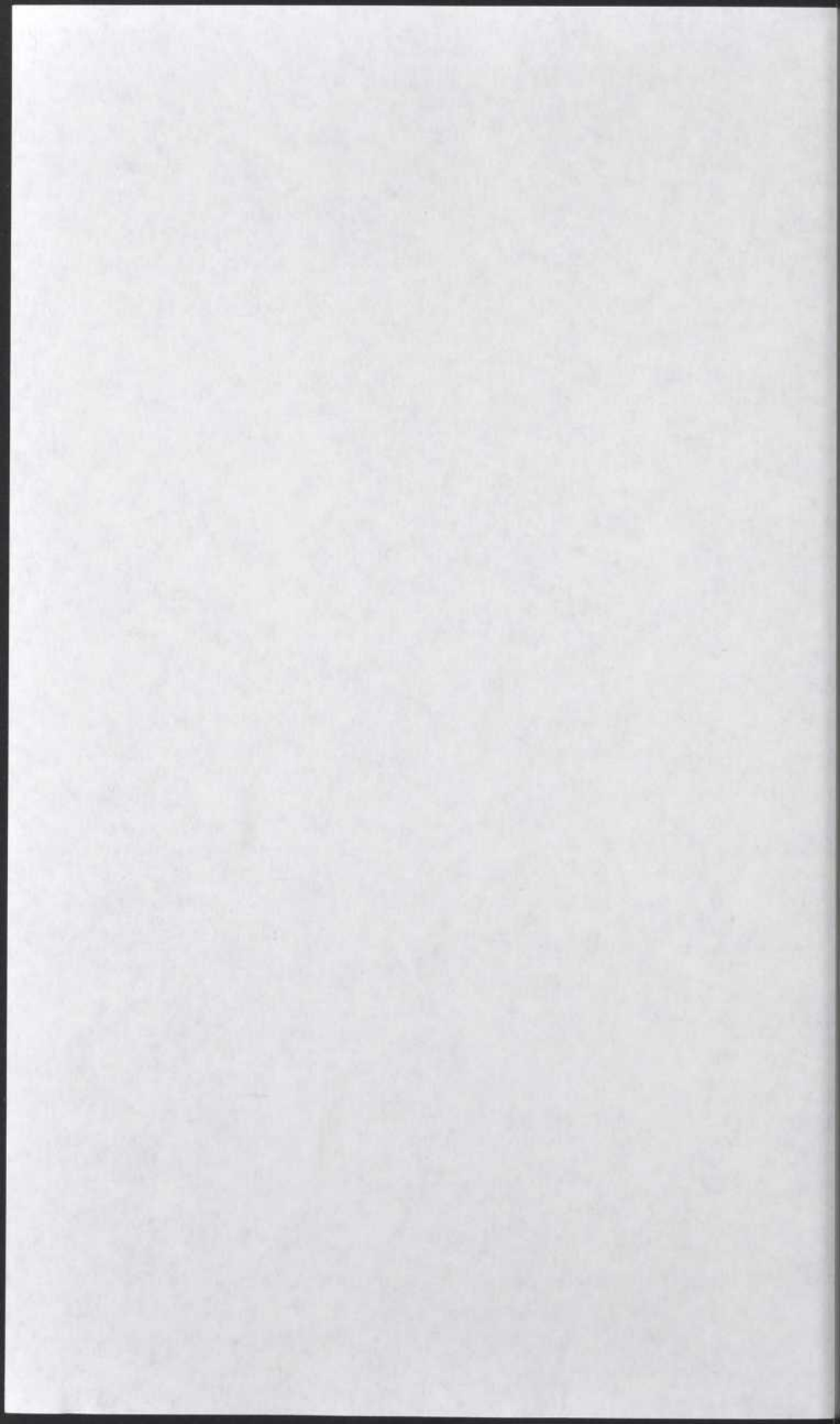
- Bruxelles, Bruylant, 1996.
- Rangeon, François, *Hobbes, État et Droit*. Paris, J.-E. Hallier/Albin Michel, 1982.
- Rawls, John, *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1^{re} édition 1987, 2^e édition 1997.
- Rawls, John, *Libéralisme politique*, Paris, Presses universitaires de France, 1995.
- Rawls, John, «The Law of Peoples», dans S. Shute et S. Hurley (dir.), *On Human Rights: The Oxford Amnesty Lectures*, New York, Basic Books, 1993 (traduit en français: *Le Droit des gens*, Paris, Éditions Esprit, 1996).
- Rawls, John, *The Law of Peoples*, with «The Idea of Public Reason Revisited», Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1999 (traduction française en préparation).
- Reed, Peter et David Rothenberg (dir.), *Wisdom in the Open Air. The Norwegian Roots of Deep Ecology*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1992.
- Renaut, Alain, *Le Système du droit. Philosophie et droit dans la pensée de Fichte*, Paris, Presses universitaires de France, coll. Épiméthée, 1986.
- Renaut, Alain, *Qu'est-ce que le droit? Aristote, Wolff et Fichte*, Paris, Vrin, 1992.
- Renaut, Alain, *L'Individu. Réflexions sur la philosophie du sujet*, Paris, Hatier, coll. Optiques Philosophie, 1995.
- Renaut, Alain, *L'Ère de l'individu*, Paris, Gallimard, 1989.
- Renaut, Alain, *Kant aujourd'hui*, Paris, Aubier, 1997.
- Rommen, Henri, *Le Droit naturel. Histoire - Doctrine*, Fribourg, Egloff & Paris, L.U.F., 1945.
- Rousseau, Félicien, *C'est la misère qui juge le monde*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2001.
- Rousseau, Jean-Jacques, *Du contrat social ou Principes du droit politique*, Paris, GF-Flammarion, 1992.
- Roux, Louis et François Tricaud (dir.), *Le Pouvoir et le Droit. Hobbes et les fondements de la loi*, Saint-Étienne, Publications de l'Université Saint-Étienne, 1992.
- Sève, René, *Leibniz et l'École moderne du droit naturel*, Paris, Presses universitaires de France, coll. Questions, 1989.
- Shang Yang, *Le Livre du Prince Shang*, traduction de Jean Lévi, Paris, Flammarion, 1981.
- Sièyes, Emmanuel Joseph, *Qu'est-ce que le Tiers État?*, Paris, Flammarion, coll. Champs n° 196, 1988.
- Sophocle, *Théâtre complet*, rédigé par Robert Pignarre, Paris, GF-Flammarion, coll. GF n° 18, (1964) 2002.
- Sosoe, Lukas, «La victime: Pour une approche éthique du corps meutri», dans P. Dumouchel (dir.), *Comprendre pour agir. Violence, Victimes et Vengeances*, Québec, Les Presses de l'Université Laval et Paris, L'Harmattan, coll. «Dikè», 2000, p. 65-88.

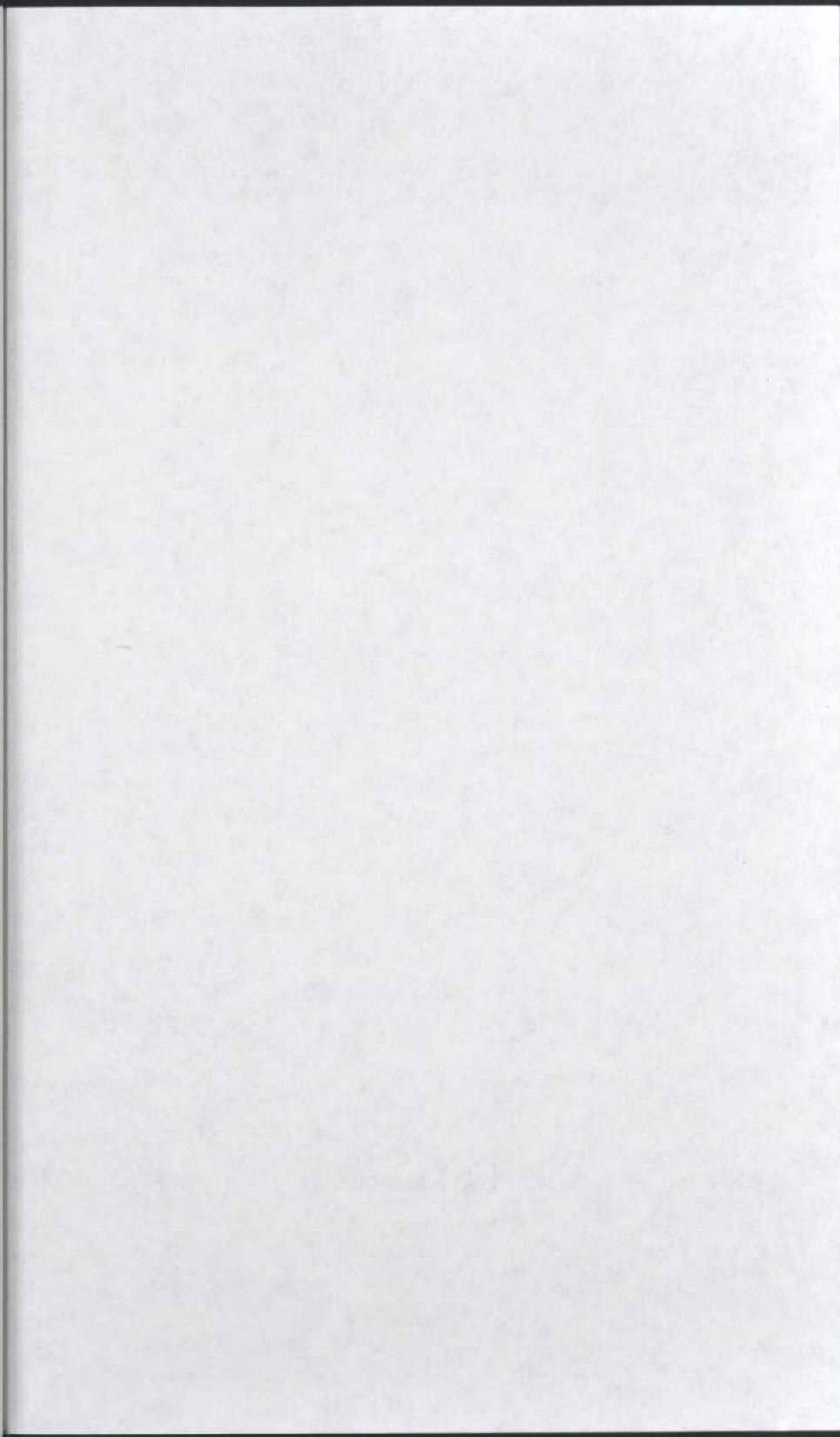
- Sosoe, Lukas, «D'un prétendu droit de la nature: trois hypostases», dans *Cahiers de philosophie politique et juridique* (Université de Caen), n° 22, 1992, p. 181-203.
- Stogre, Michael, *Pensée sociale chrétienne et Droits des aborigènes*, Montréal, Éditions Paulines, 1993.
- Stone, Christopher D., *Earth and Other Ethics: the Case of Moral Pluralism*, New York, Harper & Row, 1987.
- Stone, Christopher D., *The Gnat is Older Than Man: Global Environment and Human Agenda*, Princeton (N.J.), Princeton University Press, 1993.
- Stone, Christopher D., «Should We Establish a Gardian to Speak for Future Generations?», dans K. Tae-Chang et J. A. Dator (dir.), *Creating a New History for Future Generations*, Kyoto, Institute for integrated study of future generations, 1994, p. 127-139.
- Strauss, Leo, *Droit naturel et Histoire*, Paris, Plon, 1954.
- Stroud, Sarah et Christine Tappolet (dir.), *Weakness of Will and Practical Irrationality*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- Swift, Jonathan, *Gullivers' Travels*, (1726), traduction française: *Voyages de Gulliver*, Paris, Gallimard, coll. Folio n° 597, 1984.
- Theron, Stephan, *Morals as Founded on Natural Law*, Frankfurt-am-Main, Peter Lang, 1988.
- Villey, Michel, *La Formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Montchretien, 1975.
- Villey, Michel, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, collection: Bibliothèque Dalloz, 2000.
- Watson, Alan, *Failures of the Legal Imagination*, Edinburgh, Scottish Academic Press, 1988.
- Watson, Alan, *Sources of Law, Legal Change, and Ambiguity*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1984.
- Wilson-Brewer, R. et alii, *Violence Prevention of Young Adolescents: a Survey of the State of the Art*, Washington, Carnegie Council on Adolescent Development, 1991.
- Xu Zhen Zhou, *L'Art de la politique chez les légistes chinois*, Paris, Économica, 1995.
- Zimring, F. E., *American Youth Violence*, Oxford University Press, 1998.









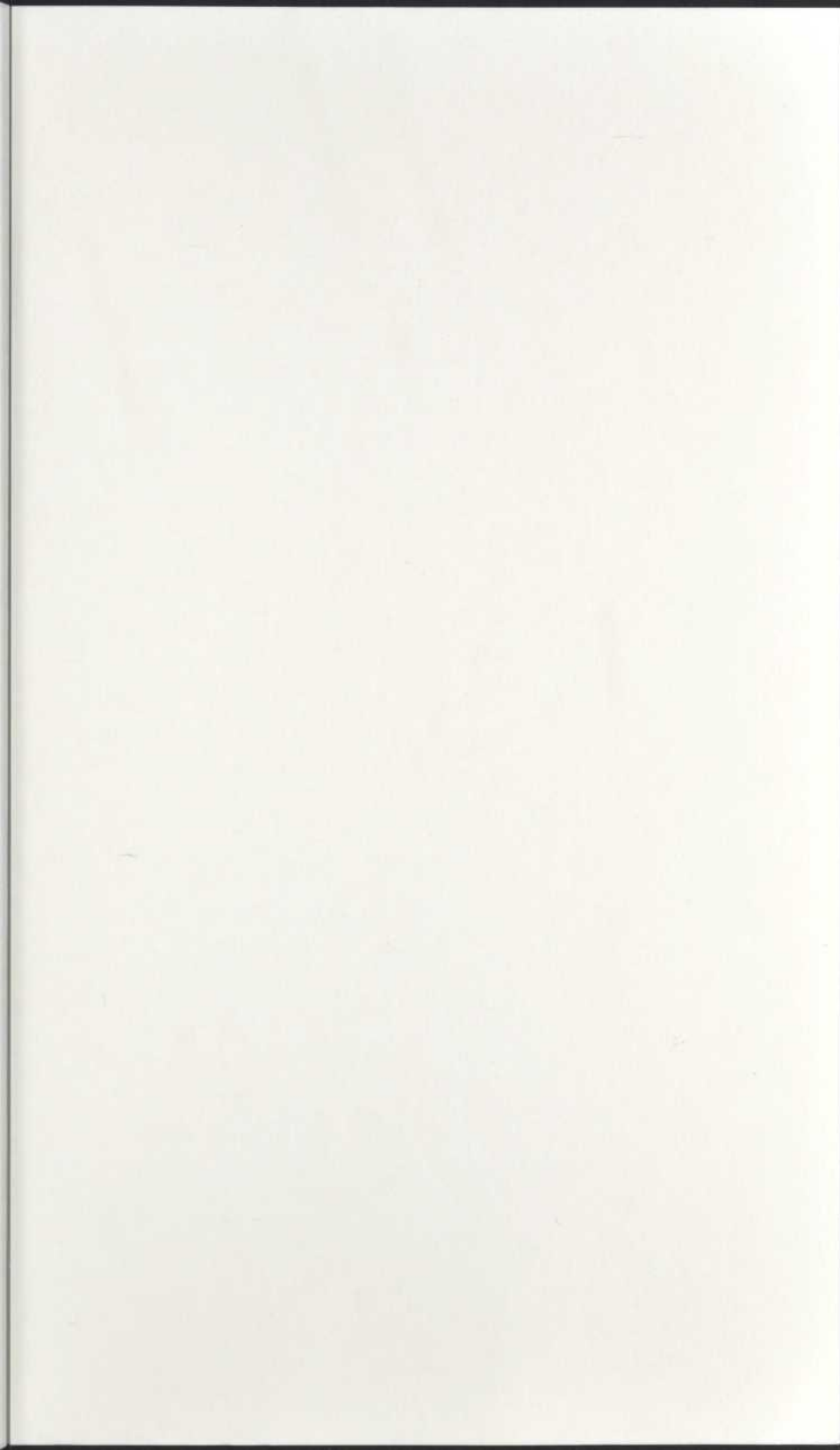




MÉMBRE DU GROUPE SCABRINI

Québec, Canada

2005



L'espace public est aujourd'hui devenu le lieu même du droit! Et la philosophie du droit doit en prendre acte et s'efforcer d'accompagner les aspirations légitimes des sujets de droit dans cet espace. Il faut en ce sens voir l'espace public comme le lieu par excellence de toute philosophie du droit qui s'engage en faveur de notre modernité juridique. L'espace public est le terreau de toute argumentation, puisqu'il est avant tout le lieu où il nous est possible de prendre connaissance des arguments, de les soupeser et de nous positionner à leur égard. Se constituant dans les limites du possible comme «réalité», l'espace public est ainsi le lieu de *la* politique comme activité de débat, de réflexion et d'évaluation, articulant simultanément l'autonomie privée et l'autonomie publique. Dans le creuset où se mêlent ces deux formes d'autonomie, le processus de formation d'une volonté «commune» se met en branle et se prépare à servir les «propriétaires» du droit dans l'immense entreprise qui consiste à vivre selon un droit à la hauteur de ses sujets. En somme, si la philosophie du droit rime aujourd'hui avec les exigences de la modernité juridique, l'espace public est, sans ambages, pour parler kantien, sa «deuxième nature».



M. Bjarne Melkevik (docteur ès droit de Paris II) est professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval. Son champ de recherche est la philosophie du droit et d'épistémologie et de la méthodologie juridique. Il est auteur de *Horizons de la philosophie du droit* (1998 et 2004), *Réflexions sur la philosophie du droit* (2000) et *Rawls ou Habermas. Une question de philosophie du droit* (2002).



CHAIRE D'ÉTUDE DES FONDEMENTS PHILOSOPHIQUES
DE LA JUSTICE ET DE LA SOCIÉTÉ DÉMOCRATIQUE



ISBN : 2-7637-8207-8

