

DORVAL BRUNELLE

DROIT &
exclusion

CRITIQUE DE L'ORDRE LIBÉRAL



Dorval Brunelle

**Droit et exclusion
Critique de l'ordre libéral**

**L'Harmattan
55, rue Saint Jacques,
Montréal H2Y 1K9,
Canada**

Diffusion Europe, Asie et Afrique:
L'Harmattan
5-7 rue de l'École Polytechnique
75005 Paris
FRANCE
33 (1) 43 54 79 10

Diffusion Amériques:
Harmattan Inc.
55, rue Saint Jacques,
Montréal, H2Y 1K9
Canada
1 (514) 286 4098

Couverture: Olivier Lasserre

Harmattan Inc., 1997
ISBN: 2-89489-029-X

Bibliothèque nationale du Québec
Bibliothèque nationale du Canada

Ce livre est dédié à la mémoire de ma mère,
Marielle Dorval (1919-1980)

*"All men think all men mortal, but themselves;
Themselves; when some alarming shock of fate
Strikes through their wounded hearts the sudden dread;
But their hearts wounded, like the wounded air,
Soon close; where pass'd the shaft no trace is found.
As from the wing no scar the sky retains;
The parted wave no furrow from the keel;
So dies in human hearts the thought of death".
Young, Night Thoughts, 1.*

TABLE DES MATIÈRES

PRÉSENTATION	9
INTRODUCTION	13
La société civile et la philosophie politique aux États-Unis	
La société civile	
Société civile, société politique	
CHAPITRE I	
LA SOCIÉTÉ CIVILE ET	
L'EXCLUSION DES FEMMES	41
L'égalité civile et les femmes	
Le droit et les femmes	
Les limites du néolibéralisme	
CHAPITRE II	
LES CHARTES, LE DROIT CIVIL	
ET LES CLIVAGES SOCIAUX	59
L'ordre de droit et le marché	
Les chartes et le droit civil	
Les chartes et l'ordre civil	
Conclusion	
CHAPITRE III	
LA JUSTICE SOCIALE	
ET L'ÉCONOMIE POLITIQUE :	
LES NOUVELLES RÈGLES DU JEU	71
Justice sociale: préliminaires	
Ordre civil et ordre social	
Justice sociale et sociologie	
Droit, mérite et besoins	
La justice sociale et l'économie politique au Canada	
Les rapports Armstrong, Rowell-Sirois et Macdonald	
Conclusion	

CHAPITRE IV	
LES RAPPORTS DES «SAGES» ET LA LOI	
CONSTITUTIONNELLE DE 1982 :	
UNE ANALYSE RÉGRESSIVE	93
Les rapports des «sages» et le contexte au Canada	
Du Rapport Macdonald à la Loi constitutionnelle de 1982	
Illustration des énoncés précédents	
Conclusion	
CHAPITRE V	
LES DROITS ET LIBERTÉS	
À L'HEURE DE LA DÉROGATION	109
L'AANB et le Code civil	
La société civile bas-canadienne	
L'option monarchiste de l'AANB	
Transition	
La société civile québécoise	
Les termes du débat sur la clause dérogatoire	
et la notion de «société distincte»	
Un retour en arrière	
La notion de «société distincte»	
L'écheveau	
CHAPITRE VI	
LA DISCURSIVITÉ JURISPRUDENTIELLE	
CONTRE LA SOCIÉTÉ ET L'ÉTAT :	
LE RÔLE DE LA COUR SUPRÊME DEPUIS 1982	135
Le renversement	
Les paramètres du keynésianisme	
Les nouveaux paramètres	
Raison juridique et internormativité	
Discursivité et démantèlement	
Synthèse et conclusion	
CHAPITRE VII	
HAYEK ET LE DÉBAT	
SUR LE DROIT DE PROPRIÉTÉ	163
La société «illibérale»	
Hayek et le débat sur le droit de propriété	
Quelques remarques autour du débat actuel	
sur le droit de propriété aux États-Unis	
Conclusion: le débordement du débat	

sur la propriété privée

CHAPITRE VIII

L'ATTRAIT DU VIDE: REMARQUES

SUR L'INDIVIDUALISME ACTUEL185

L'emprise des sciences et des techniques

Le libéralisme de fin de siècle

Un essai de synthèse

CONCLUSION:.....203

BIBLIOGRAPHIE207

PRÉSENTATION

J'ai rassemblé dans les pages qui suivent des analyses et des études qui traitent sous des angles différents mais complémentaires de la part du droit dans la société civile. Ces travaux visent, chacun à leur manière, à mettre en lumière la portée et les limites du cadre juridique qui sert à fonder et à légitimer une certaine vision libérale, au sens le plus général du terme, de la société civile. Je crois que ce genre de remise en cause s'impose de façon d'autant plus pressante à l'heure actuelle que la défense de la société civile, ou le repli sur la société civile, fait désormais partie des revendications de groupes et d'organisations aussi différentes que la Banque Mondiale ou le Fonds monétaire international d'un côté, les tribunes des partis politiques les plus divergents de l'autre. Or, les uns et les autres seraient sans doute conduits à défendre une vision moins complaisante ou moins spontanée de la société civile si l'on parvenait à établir en quoi et comment certains de ses principes fondateurs, et tout particulièrement le principe d'égalité, ont été depuis trop longtemps interprétés sans tenir compte des stratégies d'exclusion propres à une interprétation libérale de cette société et de son cadre juridique.

Si donc, j'ai choisi de coiffer les travaux qui suivent du titre: «droit et exclusion», c'est essentiellement parce que, au delà des différences entre les thèmes étudiés, qu'il s'agisse de la question des rôles et statuts des femmes dans la société civile, de la fonction des Chartes des droits et libertés, ou encore des enjeux liés à l'instauration d'une justice sociale, la mise en place des mécanismes d'exclusion relève de la même logique d'ensemble dont la compréhension repose sur l'analyse de la notion de société civile elle-même.

J'entends donc montrer qu'il y a, au delà des différences entre tous ces thèmes, une unité de fond dont l'intelligibilité réside essentiellement dans la mise au jour des paramètres sur

lesquels est fondée la société civile d'une part, une démarche qui me permettra par la suite de mettre en évidence le rôle et la place qu'occupe une interprétation essentiellement libérale de ces paramètres et de leur opérationnalisation d'autre part. Ces deux questions m'apparaissent devoir être distinguées si l'on entend récupérer certaines ligne de force de la société civile sans devoir faire sienne cette interprétation de ses paramètres fondateurs qui accorde tout son crédit à la liberté individuelle et à la défense des opportunités aux dépens de la promotion des valeurs collectives, et surtout, de la sanction d'une plus grande égalité. En ce sens, l'introduction de l'ouvrage fournit les éléments indispensables à une meilleure compréhension des analyses qui suivent.

Même si j'ai veillé à être le plus clair possible dans les analyses, il n'en demeure pas moins que l'argumentation se déploie à un niveau passablement abstrait tout au long de l'introduction. Cette démarche est dictée par la nature même de la question abordée, à savoir le rapport entre le droit et la société, une question centrale pour saisir et cerner les caractéristiques fondamentales propres à cette société civile qui est étudiée tout au long de ces pages. Ceci dit, rien ne s'oppose, bien au contraire, à ce que le lecteur réserve la lecture de l'introduction pour la fin, une fois qu'il aura passé en revue les chapitres consacrés à des études de nature plus empiriques.

Je me permets, en terminant, de remercier collègues et amis de leurs encouragements et critiques. Je voudrais mentionner à cet égard les noms de ceux qui, à un moment ou à un autre, ont eu l'obligeance de lire et de commenter l'un ou l'autre des chapitres qui composent ce livre, parfois dans un état antérieur qui ne correspond que de manière éloignée à ce qu'ils trouveront ici, ce qui, cela va de soi, les dédouane par avance de toute responsabilité dans la version finale; il s'agit de : Jean-Paul Bernard, Josiane Boulad-Ayoub, Christian Deblock, Philippe Robert de Massy, Gilles Dostaler, Diane Éthier, Michel Freitag, Maurice Lagueux, Jocelyne Lamoureux, Georges LeBel, Georges Leroux, Pierre Mackay, Pierre Milot, Jacques-Yvan Morin et Louise Vandelac. Enfin, je tiens à

remercier également Ginette Gervais, Christine Milot, Micheline Turcotte et Jean-Christophe Sinclair pour leur soutien technique dans la mise en forme finale du manuscrit, ainsi que Daphné Gréciano-Brunelle pour sa lecture attentive de l'ensemble de l'ouvrage.

Je donne ci-après, par acquit de conscience, les titres des publications où certains textes ont été diffusés une première fois. J'ajoute cependant que les versions présentées ici ont été, dans la plupart des cas, entièrement réécrites de sorte qu'elles n'ont plus grand chose à voir avec les précédentes moutures. Le chapitre 2 a été publié dans *Cahiers de recherche éthique*; le ch. 3, dans *Droits, liberté, démocratie*; le ch. 4, dans *Le Droit dans tous ses états*; le ch. 5, dans *Les Cahiers de recherche sociologique*; le 7, dans *Friedrich Hayek, philosophie, économie et politique* et le 8, dans *Sédiments*.

INTRODUCTION

Chez les auteurs qui se réclament du néo-libéralisme, en particulier, la mise en scène du rapport entre la société civile et le politique les conduit à aborder la relation entre les deux termes sur un mode à ce point antagonique que les percées théoriques depuis longtemps acquises à la suite des travaux d'auteurs classiques libéraux comme John Locke ou Adam Ferguson apparaissent désormais caduques¹. Cependant au delà de la dimension quelque peu abstraite ou intellectuelle d'un enjeu qui ne renverrait qu'à l'expression d'une certaine distance vis-à-vis des fondateurs de la société civile libérale, je voudrais montrer que ce genre d'approche pourrait peut-être servir une finalité tactique précise, à savoir celle de raffermir, là où il existe déjà, d'enclencher, là où il ne prévaut pas encore, un vaste mouvement de discrédit vis-à-vis de l'ordre politique, de sa portée comme de ses limites d'ailleurs et ce, au profit de la restauration d'un ordre civil à la fois éternel et régénéré, replié et auto-suffisant, exhaustif et auto-régulé.

Plus souvent qu'autrement le moment politique n'est pas ouvertement visé dans ces travaux, il ne l'est que

¹ La littérature sur ce sujet est considérable, mais je retiendrai surtout, pour les fins de l'argument développé ici, de même qu'aux fins des analyses qui seront effectuées ci-après, les contributions d'auteurs comme John Rawls, Robert Nozick, Charles Murray ou Friedrich Hayek, entre plusieurs autres. Dans cette perspective, et au niveau où je me place, je ne suis pas porté à établir de différences fortes entre les approches des uns et des autres et ce, malgré les désaccords importants que ces auteurs entretiennent entre eux.

Par ailleurs, sur la question plus précise qui me retient dans ces lignes, on pourra consulter le collectif de James D. Gwartney et Richard E. Wagner, *Public Choice and Constitutional Economics*, Greenwich, JAI Press Inc., 1988. Plusieurs des contributions à cet ouvrage traitent directement de la question du rapport entre la société et les pouvoirs publics en faisant valoir que le gouvernement dont l'action est la plus réduite est encore le meilleur gouvernement possible.

subsidièrement en quelque sorte, c'est-à-dire de manière incidente ou détournée dans la foulée des critiques adressées concurremment ou indistinctement aux pouvoirs publics, aux gouvernements, aux fonctionnaires ou à la propriété publique, bref, à tout ce qui, de près ou loin, réalise et actualise l'État social contemporain. L'actuelle tentative de revalidation de l'ordre civil passe ainsi par la définition d'une polarisation et d'une opposition liminaire entre la société civile et le politique, comme si la réinstauration de la société civile devait permettre de subsumer toutes les oppositions sociales, comme si la société civile en ses fondements mêmes n'était porteuse d'aucune exclusion sociale. La conséquence première de ce genre de conceptualisation conduit à envisager la société civile comme le lieu privilégié d'actualisation et de réalisation des principes de liberté et d'égalité. Dans ces conditions, le pouvoir public surgit inmanquablement telle une puissance placée en surplomb par rapport aux relations latérales que les citoyens nouent entre eux, un pouvoir extérieur qui vient par la suite imposer des entraves et justifier des détournements de sens et de fonctions au sein de la société civile, avec le résultat que la relation entre ces deux sphères ou réseaux est marquée du sceau de l'incompatibilité. Sans doute, ce genre de juxtaposition appartient en propre à une doctrine libérale d'inspiration américaine sanctionnée par les «pères» de la révolution et inscrite dans la constitution des États-Unis, puis institutionnalisée dans le régime fédéral américain. Cette précision n'implique évidemment pas que des penseurs américains soient les seuls à développer ce genre d'argumentation, elle vise seulement à rappeler que cette rationalisation a trouvé aux États-Unis ses développements les plus congruents, précisément parce que le fonctionnement des institutions démocratiques, qu'il s'agisse de la séparation des pouvoirs et de l'adoption d'une Charte des droits, entre autres, représentait, au point de départ, l'opérationnalisation d'une opposition entre la société civile et le pouvoir public en vertu de laquelle toutes les protections devaient être accordées aux individus face aux ingérences éventuelles des gouvernements dans le domaine privé.

Cette confrontation, qui court tout au long de l'histoire constitutionnelle, sociale et intellectuelle américaine, a été reprise ces récentes années dans la foulée de la «révolution conservatrice» enclenchée avec l'accession de Ronald Reagan à la présidence en 1980. Depuis lors, la critique de l'État et de l'étatisme a gagné en vigueur et en intensité avec, en arrière-plan, cette idée que, laissée à elle-même, la société civile ne pourrait que favoriser à la fois la promotion de la liberté et celle de l'égalité.

Plus récemment encore, ce genre de débat a débordé les frontières américaines et se retrouve tout aussi bien ailleurs dans les Amériques qu'en Europe, de sorte que c'est un courant de pensée beaucoup plus vaste qui, à l'heure actuelle, a convenu d'investir la société civile d'une mission nouvelle en faisant comme s'il allait de soi que ce genre de société puisse être le lieu privilégié de réalisation ou d'implantation des valeurs sûres qui devraient encadrer les rapports sociaux, qu'il s'agisse de la démocratie ou du démocratism, de l'égalité ou de l'égalitarisme.

Afin de nous dégager de ce genre de connotations, il faut à tout prix procéder à une mise en perspective des rapports entre la société civile et le pouvoir public, ce qui ne se fera pas sans revenir sur le sens et la portée de la notion même de société afin de cerner plus avant les significations de ce terme et de mettre à jour, par la même occasion, les paramètres juridiques qui fondent cette société. C'est, en effet, grâce à l'exploration des principes qui sous-tendent la société civile que l'on pourra établir à quelles conditions un ordre civil peut, ou pourrait, soutenir et valider le développement de rapports sociaux plus égalitaires ou plus justes sous l'égide de ce que l'on désigne parfois comme le capitalisme avancé.

À cette occasion, il sera donc question de mettre en lumière les limites inhérentes aux paramètres civils et de proposer de réintégrer dans l'analyse les notions de société politique et de société domestique, comme l'avaient déjà fait certains civilistes romains d'ailleurs. Par la suite, il faudra reprendre la question du rapport entre la société et l'État dans le but de chercher à cerner les transformations socio-politiques que ces sphères ont connues. Une fois ces incursions faites,

nous serons mieux placés pour évaluer de manière plus objective la question des limites propres au cadre juridique de la société civile libérale.

La société civile et la philosophie politique aux États-Unis

Avant de procéder plus avant dans l'argumentation, il importe au préalable d'aborder un problème sémantique précis. La notion de société civile n'appartient pas en propre au vocabulaire socio-politique américain; on ne la retrouve, par exemple, ni dans les documents constitutionnels, ni dans les *Federalist Papers* publiés en 1787-88, non plus que dans les ouvrages plus récents consacrés à l'analyse et à la critique des rapports entre l'individu et l'État, qu'il s'agisse de ceux commis par des auteurs comme John Rawls, Robert Nozick, James M. Buchanan, entre autres. On la rencontre pourtant chez un auteur comme Benjamin Franklin. Est-ce à dire que nous ferions fausse route en prétendant prendre à partie des auteurs néo-libéraux américains sous prétexte qu'ils défendent une vision trop complaisante de la société civile si ni eux ni plusieurs parmi leurs devanciers classiques n'ont eu recours à cette expression ? Il est vrai que la notion de société civile émerge dans un contexte particulier, celui de l'Europe moderne, et on se souviendra à cet égard qu'une des premières histoires de la société civile est due à la plume de l'Écossais Adam Ferguson. Par la suite, l'approfondissement du rapport entre la société civile et l'État sera engagé par des penseurs comme Immanuel Kant, G.W.F. Hegel et Karl Marx, notamment.

Plus tard, il ne fait pas de doute que ce sont des marxistes comme Antonio Gramsci qui ont enrichi l'analyse du rapport entre les deux concepts. De là à conclure que cette fréquentation grève la notion de société civile d'une densité sémantique qui rendrait une utilisation plus neutre du terme inutilisable, il y a un pas qu'il ne faudrait pas franchir. En effet, il ne faut pas pécher par excès de formalisme dans ce cas-ci car, tout au long des écrits qu'ils commettront sur ces questions politiques et sociales, les penseurs américains de la période classique, tout comme leurs successeurs actuels, entendent bel et bien traiter de société civile quand ils ont recours à la notion de société, sans

préciser plus avant. En ce sens, l'idée qu'ils se font de la société correspond en tout point à celle que défendent les philosophes libéraux classiques. Au surplus, et pour confirmer encore cette parenté, il faut voir que la mise en scène théorique d'une conceptualisation rivée à la défense et à l'illustration de l'opportunisme individuel, de la propriété privée, du sujet de droit ou de la société bien ordonnée renvoie bel et bien aux fondements de la société civile, comme il sera souligné ci-après.

Pourquoi insister sur cette relation entre les notions de société et de société civile ou, pour dire les choses autrement, pourquoi apparaît-il si déterminant d'avoir recours au qualificatif «civil» pour rendre compte de la nature profonde du cadre social à l'intérieur duquel nous vivons? Pour une raison simple qui prendra toute sa signification dans un moment : c'est parce que, en envisageant la question sous cet angle, il apparaît clairement que la naissance et la fondation de la société civile sont indissociables de l'émergence d'un droit civil. Cette jonction, à elle seule, est trop importante pour être escamotée. J'aurai l'occasion de revenir sur l'intérêt que présente ce rappel dans le contexte actuel. En attendant, je voudrais d'ores et déjà m'en réclamer pour m'autoriser d'effectuer une brève incursion dans le domaine du droit romain.

Cette référence répond moins à un souci d'exotisme qu'elle n'est suggérée par la démarche même des philosophes politiques de la Renaissance et des siècles subséquents qui ont cru devoir asseoir la validité d'un nouveau cadre social et juridique à l'encontre de la légitimité à la fois coutumière et religieuse de la société de leur temps en allant puiser leurs fondements théoriques auprès des civilistes romains de l'Antiquité. L'emprunt de catégories juridiques appartenant au droit civil romain, un droit laïc, n'était pas pour nuire dans un contexte caractérisé par l'extension de l'incroyance et le déploiement des nouveaux discours de la raison². En butte au raffermissement des pouvoirs royaux et aux prétentions hégémoniques de l'Église, ces penseurs proposent de surmonter

² Pierre Barrière, *La vie intellectuelle en France. Du XVI^{ème} siècle à l'époque contemporaine*, Éditions Albin Michel, 1961.

les contraintes prévalentes en jetant les bases d'une nouvelle légitimité sociale et politique arrimée désormais à la volonté de citoyens qui se réclameraient d'un ordre civil à l'encontre de tous ceux qui défendaient plutôt la persistance des anciennes sujétions politiques et idéologiques, de même que la fidélité aux anciennes coutumes.

Les *Institutiones* de Gaïus³, un juriste qui a vécu au deuxième siècle de notre ère, serviront d'entrée en matière afin de rappeler que le droit romain distinguait trois sphères ou trois ordres dans la société, à savoir les domaines politique, civil et domestique. Ces séparations servaient à la fois à distinguer entre les états ou statuts de la personne et, en même temps, à séparer trois réseaux de pouvoirs : la sphère politique, qui rassemblait tous les citoyens romains dans la conduite des affaires publiques; la sphère civile, qui mettait face à face tous sujets de droit capables de jouir de leurs prérogatives et de transiger entre eux et, enfin, la sphère domestique, fondée sur le rapport du maître de maison à sa domesticité, c'est-à-dire à la femme, aux enfants et aux esclaves.

Dans la mesure où sa fonction première est d'établir la forme et le contenu des relations juridiques et sociales que les sujets de droit doivent entretenir entre eux au sein de la société civile, le droit civil et les normes qu'il sanctionne, instaurent ainsi une séparation nette entre des sphères sociales d'une part, entre des états ou des statuts selon l'appartenance des uns et des autres à l'une ou à l'autre de ces sphères d'autre part. En fait, comme nous aurons l'occasion de le souligner, toute la légitimité, de même que la finalité, du droit civil sont liées au maintien de cette étanchéité entre ces trois sphères de pouvoir, avec le résultat que ce ne sont que certains sujets de droit, et non pas tous, qui bénéficient de la capacité ou du pouvoir de se déplacer d'un niveau à l'autre. Cependant, il faut voir que c'est précisément la superposition ou mieux, l'union ou la fusion des statuts et états sur une même personne qui désigne le véritable homme libre, c'est-à-dire le citoyen. En revanche, la sujétion ou la subordination à l'intérieur de l'une ou l'autre sphère, par exemple, entre le citoyen et l'étranger à l'intérieur de la sphère

³ Gaïus, *Institutiones Iuris Civilis*, traduction et commentaires de Edward Poste, Oxford, Clarendon Press, 1890.

publique, entre le sujet de droit et l'incapable au sein de la sphère civile, ou entre l'homme et la femme dans la sphère domestique, légitime et justifie de manière tout à fait transparente la privation des droits, qu'ils soient civils ou politiques dans la plupart des cas, qu'ils soient civils et politiques dans d'autres, pour les femmes notamment.

Ce simple rappel devrait nous remettre en mémoire plusieurs éléments: le premier, et le plus général, tient au fait que la démarche des civilistes occidentaux qui conviendront de fonder la justification des normes civiles en convenant de surmonter l'état des contradictions prévalentes à l'aube de la société moderne en allant puiser leurs rationalisations auprès des légistes et des codificateurs romains, est beaucoup plus lourde de signification qu'on ne le laisse entendre parfois. D'ailleurs, afin de jeter quelque lumière sur la signification de l'institutionnalisation de cet ordre civil, il convient de mettre à contribution les travaux de John Locke, une référence obligée sur ces questions et un auteur qui, de surcroît, a eu une influence déterminante sur la théorie politique en général et sur les «pères» de la constitution américaine en particulier⁴. *Deux traités sur le gouvernement* sont publiés en 1690, au lendemain de la Révolution anglaise de 1688. Locke confronte la doctrine de la monarchie absolue fondée sur un droit divin et propose de valider plutôt les droits et prérogatives de la monarchie en les arrimant au consentement de la classe politique⁵. Ce déplacement de légitimité posait cependant un problème théorique et pratique fondamental. En effet, dans la mesure où Locke accepte le bien-fondé de la Révolution et cherche à soutenir la validité de certaines revendications formulées à cette occasion, cette admission impliquait-elle que l'auteur reconnaissait d'entrée de jeu l'universalité de la revendication

⁴ Fritz Machlup écrit ceci: «John Locke has been called the founding father of the political, economic, and social principles that came to constitute nineteenth - century liberalism» in: «Liberalism and the Choice of Freedoms», publié dans E. Streissler (dir.), *Roads to Freedom. Essays in Honour of F.A. von Hayek*, Clifton, Augustus M. Kelley, 1970, à la p. 119.

⁵ W.S. Carpenter, «Introduction» in John Locke, *Of Civil Government*, J.M. Dent and Sons, 1924.

de liberté et qu'il se trouvait ainsi à se faire le promoteur du suffrage universel ? Bien sûr que non, car ce n'est ni la démocratie ni le démocratismes qui sont interpellés dans la réflexion de Locke, contrairement à ce que prônaient les *Levellers* à la même époque, par exemple, mais bien quelque chose de tout à fait différent qui tient précisément à la remise en cause de l'étanchéité qui prévalait encore et toujours entre les sphères civile et politique, étanchéité qui privait certains sujets de l'exercice de droits politiques. Dans ces conditions, la stratégie théorique qui est appliquée par Locke afin de fonder le déplacement de la légitimité d'un pouvoir royal, qui reposait jusque là sur un soi-disant droit divin et les privilèges de l'aristocratie, pour lier plutôt ce pouvoir à l'ordre civil, consiste à soutenir cette idée que le citoyen devrait jouir de droits politiques. À leur tour, ces prérogatives n'appartiendraient pas à tous les sujets de Sa Majesté, mais bien aux seuls détenteurs d'un droit de propriété. Il y a donc deux enjeux différents qui se posent à cette occasion et entre lesquels il convient de distinguer : l'accroissement du pouvoir des propriétaires d'une part, le fait que Locke ait été conduit à envisager ce droit de propriété, moins comme une prérogative au sens juridique du terme, mais comme un attribut, voire comme un avantage, qui serait susceptible d'être universalisé.

La question est moins de savoir s'il était justifié de procéder de la sorte, dans la mesure où il relevait de la plus simple évidence que le statut de propriétaire était loin d'accroître à tous les individus, mais bien de se demander pourquoi le rapport de propriété est ainsi investi de cette centralité et envisagé comme le socle privilégié sur lequel devait désormais reposer la légitimité du pouvoir politique et, par voie de conséquence, celle de la société dans son ensemble. En effet, si l'on admet que le droit de propriété est, dans le contexte de l'époque en tout cas, (et il faut voir que cette réserve est introduite ici uniquement pour simplifier l'argument et éviter de buter sur des polémiques contemporaines qui nous feraient inutilement dévier vers un débat qui sera repris plus tard⁶) un droit qui ne saurait bénéficier qu'à un nombre réduit

⁶ Voir le chap. vii

de personnes, alors c'est le recours à une démarche théorique qui prétendra étendre arbitrairement à tous cette faculté ou ce pouvoir qui doit être expliquée. À ce propos, l'idée de lier la propriété au droit naturel et d'en faire une norme à la fois universelle et immuable est bien la moins convainquante. Non, ce qui est plus significatif et plus déterminant à la fois, c'est que Locke fasse reposer la propriété sur le travail de l'individu, un lien qui apparaît comme une solution aux conséquences incalculables pour la suite de l'histoire de la pensée politique et de l'histoire tout court.

En dehors du fait, somme toute secondaire au fond, que des commentateurs pourront par la suite trouver dans cette conceptualisation une première formulation de la théorie dite de la «valeur-travail» qui connaîtra ses développements les plus fructueux chez Marx, il importe de relever à quel point cette rationalité pouvait s'avérer à la fois originale et prémonitoire dans un contexte et dans un état de société où le travail, en tant qu'activité laborieuse, revenait de nécessité aux classes subalternes, alors que les hommes et les femmes de qualité faisaient de droit partie des classes oisives. En liant ainsi le travail et la légitimité de la propriété, John Locke faisait d'une pierre deux coups : non seulement retirait-il à l'oisiveté sa pertinence en tant qu'attribut à l'exercice du pouvoir politique dans la cité, mais il établissait surtout que n'importe qui était en mesure d'accéder à la propriété pourvu qu'il fût disposé à travailler, retirant de ce fait leur propre authenticité, à l'autre bout de l'échelle sociale, à tous ceux et celles qui se trouvaient dans la situation d'être des oisifs par défaut en quelque sorte, c'est-à-dire les mendiants, les vagabonds et autres chômeurs.

Ainsi l'émergence de l'idée de propriété fondée désormais sur le travail marque en définitive l'émergence concurrente de deux idées-force : celle de la propriété privée telle que nous la connaissons d'un côté, et celle de la valeur-travail en tant qu'activité privée essentielle au bien public de l'autre. Au niveau stratégique, cette jonction avait l'insigne avantage de permettre de renvoyer dos-à-dos le puissant et le faible, en faisant comme si, grâce à l'opération de cette simple

ardeur individuelle, l'individu pouvait être en mesure d'accéder à la propriété et, par là, à la citoyenneté.

Qu'à cette occasion, le droit naturel soit mis à contribution, au même titre que toutes ces références bibliques à un temps plus ou moins mythique où les individus s'adonnaient en toute simplicité à une activité travailleuse dont les fruits accroissaient à eux seuls pris individuellement ou en groupe restreint, en tribu, importe moins que la question de la portée de cette nouvelle fondation de la société, si l'on entend le terme de «fondation» dans un sens à la fois épistémologique et praxéologique. Car l'essentiel, c'est bien que la société civile se trouve désormais arrimée à l'activité travailleuse et à la valeur-travail en tant que légitimation ultime de tous les comportements sociaux. Or cette juxtaposition apparaîtra encore moins factice quand on aura relevé que, pour certains disciples américains de Locke, en considérant la société civile fondée sur le travail, et sur l'argent bien sûr, comme un acquis de civilisation par rapport à un ordre naturel fondé sur le seul travail, c'est toute la stratégie de promotion des valeurs de l'homme blanc vis-à-vis des sociétés traditionnelles ou dites «primitives» qui se trouvait validé par la même occasion. À cet égard, il n'est donc pas anodin de souligner l'importance que revêtira cette démarche et le rôle qu'elle jouera pour les penseurs de la Révolution américaine dans leur rationalisation de l'extension d'une société civile contre les prétentions ancestrales et coutumières des Indiens des Amériques. D'ailleurs les pères fondateurs de la démocratie américaine ne s'y tromperont pas qui, moins d'un siècle plus tard, feront de John Locke leur théoricien de prédilection de sorte que c'est à la lettre qu'il faut comprendre cette réflexion commise par l'un d'eux, Benjamin Franklin, quand il écrit : «Que celui qui n'apprécie pas la société civile...se retire et aille vivre parmi les Sauvages», une intimation qui n'avait strictement rien de théorique, elle enjoignait tout simplement celui qui ne souscrivait pas aux normes du nouvel ordre civil à traverser le Mississippi!

Le citoyen de Locke est donc bel et bien un homme nouveau animé par une valeur originale et qui entend de ce fait

intervenir dans un espace public. En ce sens d'ailleurs, Locke est bel et bien un penseur important de la modernité et nous aurons bientôt l'occasion de montrer à quel point sa démarche a marqué profondément le contenu de nos propres réflexions et convictions jusqu'à ce jour. En pratique toutefois, les hommes et les femmes qui s'adonnaient au travail ne pouvaient pas tous et toutes indistinctement prétendre accéder à la citoyenneté. C'est donc pour comprendre et cerner les mécanismes des exclusions propres à la société civile et à son cadre juridique qu'il nous faut maintenant étudier plus à fond la notion de société.

La société civile

Il y a plusieurs manières de procéder pour définir ce qu'est une société. On peut tout aussi bien prendre en compte les pratiques sociales qui, dans leur assemblage, leur configuration ou leur superposition, forment, constituent ou produisent un ordre social, ou on peut aussi chercher à dégager les structures cachées à partir desquelles on pourra ensuite définir ou cerner des déterminations sur les comportements des acteurs. Dans le premier cas, il sera question d'individus, de groupes ou de classes; dans le second, la recherche d'une définition s'appuiera sur la mise au jour des déterminants du système, qu'il s'agisse des structures mentales, des structures de pouvoir ou encore de l'interprétation des symboles sociaux et des mythes fondateurs. On a bien sûr, plus récemment, cherché à surmonter ce genre d'opposition en travaillant, par exemple, à partir des notions d'action sociale ou d'expérience sociale.

Le point de départ qui sera retenu en ces lignes est quelque peu différent. Non pas qu'il faille escamoter la place des pratiques ou de l'action sociale, mais il importe surtout pour le moment de mettre en lumière le rôle à la fois éminent et déterminant joué par la normativité dans la fondation d'un ordre social. En ce sens, la définition la plus subjective et individualiste d'un individu fait toujours déjà appel à un cadre de référence, peu importe d'ailleurs si la connaissance de ce cadre est explicite ou implicite, si elle est intuitive ou

rationnelle, si elle est constante ou si elle ne l'est pas. Plus significativement, et plus profondément d'ailleurs, il faudrait tenir le langage lui-même, avec ses significations, ses notions de base, ses intimations ou ses désignations comme le lieu par excellence de la réaffirmation de la part du normatif dans la compréhension d'un contexte, ainsi que dans sa reproduction en tant qu'ordre social. En effet, avant toute chose, le langage lui-même est un ordre normatif fondé sur l'intériorisation d'un ensemble de règles formelles, les règles de la syntaxe, entre autres, ensemble qui intègre également des références obligées à des constellations de notions qui ont des significations propres dans des contextes précis.

Mais il ne suffit pas de soutenir que l'ordre social est un ensemble ou un réseau ou un enchevêtrement de normes les plus diverses et les plus variées, il convient surtout de chercher à lier ces normes à un mécanisme d'interprétation et de sanction en dernier ressort. Ceci dit, il s'agit de déconstruire le cadre normatif, c'est-à-dire de révéler sa logique interne d'une part, de mettre à jour son opérationnalisation — son *modus operandi* — de l'autre. Pour arriver à cette fin, il ne suffit pas de suivre une démarche historique qui pourrait nous conduire à repérer les phases de l'évolution de la société civile, il faut plutôt reconstruire un cadre général qui correspond à ce que j'appellerai le moment zéro de l'institutionnalisation de cette société. Il s'agit donc ainsi de tracer un idéal-type de la société civile. La reconstruction de ce cadre d'ensemble implique un aplatissage du devenir de la société au profit d'une compréhension générale de ses fondements, de leur portée et de leurs limites. Cependant, la mise au jour d'un cadre de référence ne sera pas liée uniquement à la légitimation d'un cadre abstrait, puisqu'il faudra également poser, d'entrée de jeu, le problème de la sanction des paramètres fondateurs ainsi que celle des principes de base qui soutiennent l'ordre en question. Pour comprendre l'ordre social, il ne suffit donc pas de reconstruire sa théorisation mais il faut également, et surtout peut-être, analyser son opérationnalisation, c'est-à-dire à la fois sa mise en oeuvre et les modalités de la sanction de ses principes de base.

La première, et la plus fondamentale précision à apporter, au point de départ et avant d'aller plus loin dans l'analyse du contenu des normes sociales, consiste à revenir, afin de l'explorer plus avant, sur ce simple fait que la société dont il est ici question est une société civile. Quelle est alors la signification véritable de cette qualification?

Si l'on s'entend pour dire d'une société que sa cohésion d'ensemble est liée d'abord et avant tout à une forme d'intelligibilité d'elle-même par quoi ou grâce à laquelle elle peut fonder une quelconque sanction de ses propres normes, nous dirons que l'intelligibilité première et déterminante qui prévaut dans le cadre de la société civile est celle qui est fournie par le droit.

Cette caractéristique de la société civile est essentielle et déterminante pour la suite de l'analyse, elle mérite donc d'être développée quelque peu. On pourrait être porté à penser que la loi est effectivement une forme supérieure de sanction dans la société dans la mesure où elle a préséance sur d'autres normes, qu'il s'agisse de la coutume, des moeurs ou de quelque autre règle sociale. Et, dans la mesure où la loi est un ordre — ou une norme — issu d'un pouvoir institué et légitime, elles sont innombrables les sociétés qui ont opéré sous l'égide de la loi. Que nous apporterait alors la précision à l'effet que la société civile opère sous l'égide de lois si toutes les sociétés reconnaissent que la sanction de leurs lois est une condition essentielle dans le maintien de l'ordre social?

Or, quand on précise que la société civile opère sous l'égide du droit, et non plus seulement de la loi ou des lois, on infère quelque chose de beaucoup plus fondamental. Il faut alors souligner que ce n'est plus telle ou telle loi ni le respect des lois en général qui fondent cet ordre social, mais bien que l'ordre civil opère sous l'empire de la règle de droit, c'est-à-dire qu'il opère sous l'emprise d'un principe premier, un principe fondateur, qui énonce tout simplement que, au sein de cette société civile, c'est le recours à la règle de droit qui prime toutes les législations, toutes les normes d'une part, que la règle de droit sert de référent premier et dernier dans la validation de la loi, des lois d'autre part. En ce sens, la règle de droit («*rule of law*» en droit anglais) est un principe sans contenu

prédéterminé, c'est le mode de rationalisation de la société civile sur elle-même, un mode de rationalisation qui s'appuie sur le droit pour fonder l'ordre en question. À cet égard, le recours à la règle de droit représente, en définitive, l'instauration d'un principe de raison juridique en tant que principe fondateur de l'ordre social. Si donc il a été souligné auparavant que nombre de sociétés ont pu opérer sous l'égide de la loi, la société civile moderne porte en propre cette opérationnalisation à un niveau supérieur de théorisation et d'abstraction en posant la détermination de ce que certains ont convenu d'appeler une métanorme, non pas en tant que norme, norme selon laquelle il faudrait obéir à la loi parce qu'elle nous vient du souverain ou de Dieu, mais en tant que principe de raison. La loi n'est pas obligatoire uniquement parce que Dieu le veut, parce que le souverain ou le législateur le veulent, la loi est obligatoire parce qu'elle est rationnelle et parce qu'elle s'inscrit dans les paramètres d'une raison universelle. Si la règle de droit vient légitimer la loi, cette légitimation ne repose plus uniquement sur le pouvoir, pouvoir de Dieu ou pouvoir du souverain, elle repose également sur le pouvoir de la raison en tant que capacité de rationaliser la validité de la loi en question à l'aune de certains critères universels. La légitimité de l'ordre social relève depuis lors d'une institutionnalisation de la raison, mieux, d'une institutionnalisation de la raison juridique. Pour dire les choses autrement, dans la société civile moderne, la règle de droit saisit la raison et juridicise les paramètres de la pensée. Il suit de ceci que, si la légitimité de la loi repose pour partie sur le pouvoir — la compétence — du législateur, sa validité quant à elle repose de manière déterminante sur le fait qu'elle répond aux trois critères suivants : la cohérence — «*consistency*» en anglais — l'universalité et la continuité.

En conséquence, et pour être valide sur le strict plan rationnel, une loi ne doit pas contredire une autre loi mais bien être compatible avec les lois existantes, son contenu doit être applicable à tous ou, en tout cas, à un nombre important ou significatif d'individus et non pas s'adresser à un seul, enfin, la loi ne doit pas opérer de sauts brusques mais elle doit plutôt s'inscrire dans une certaine continuité par rapports aux normes légales. La règle de droit permet ainsi d'établir une jonction

entre le contingent et le raisonnable au niveau d'une définition générale et abstraite, au niveau d'une application universelle, de telle ou telle loi particulière.

En conséquence, l'ordre civil ou la société civile est un ordre régi par la loi qui, à son tour, répond de sa validité auprès de la règle de droit. En ce sens, la société civile n'est pas seulement une société légale, c'est une société juridique. Ce que cette précision vient apporter à l'analyse, c'est tout simplement que la norme de base — pour introduire maintenant une précision déterminante — n'est pas dans la loi, ou les lois, mais que cette norme renvoie de manière générale et abstraite, si l'on veut, non pas à telle ou telle loi, ni non plus à l'ensemble des lois, mais bien au fait que la société opère sous l'égide de la règle de droit. Ceci posé, nous avons maintenant changé de terrain. En effet, ce qui caractérise en propre la société civile ce n'est pas seulement le fait que la sanction légale l'emporte sur les autres sanctions, sans quoi la société civile se distinguerait peu des ordres sociaux antérieurs et, en particulier, de cet ordre social où la loi reprend les termes de coutumes, par exemple, ce qui distingue la société civile moderne c'est bel et bien que la règle de droit s'impose comme instance première et dernière de validation de la loi au sein de cet ordre.

Nous avons changé de terrain, ce disant, parce que la règle de droit elle-même, en tant qu'instance de validation des lois, en tant que principe premier, établit une connexion nécessaire et indispensable entre le juridique et le rationnel, et non pas seulement entre le juridique et ce qui est rationnalisable. La société civile porte alors, dans sa définition même, un message, un projet, une vision, celle d'un ordre plus rationnel et plus abstrait, d'un ordre fondé non pas sur des normes mais sur une métanorme en vertu de laquelle le contenu des lois doit désormais être apprécié à partir d'un principe de raison. Les lois sont contingentes, le droit est raison, ce qui veut dire que les lois ne sont plus opposables aux individus en tant que pure et simple commandement, comme le veut l'aphorisme «la loi, c'est la loi!» sinon en tant qu'elles participent de l'instauration d'un ordre de droit. La société civile instaure ainsi l'emprise d'une raison juridique sur toutes les autres raisons. Dire de la société qu'elle est une société civile, c'est reconnaître

au point de départ, la domination de la raison juridique sur les autres critiques de l'ordre social d'une part, l'institutionnalisation du principe de raison juridique au sein de cet ordre d'autre part. En retour, la reconnaissance ou la prise en compte de cet ascendant de la raison juridique sur la société ne suffit pas à caractériser l'ordre social. Il ne suffirait pas, en d'autres termes, de prendre acte du fait, somme toute banal, selon lequel l'ordre social civil est avant tout un ordre juridique pour, par la suite, escamoter cet enjeu et procéder comme si cette reconnaissance ne désignait au fond qu'une modalité parmi d'autres de l'interprétation des normes sociales et de la sanction des transgressions.

À la vérité, l'emprise de la raison juridique sur l'ordre civil, ses paramètres et notions de base est tel que les délimitations théoriques et empiriques fondamentales avec lesquelles nous opérons pour saisir cet ordre sont au premier chef, et sans que nous en soyons toujours conscients, des transpositions de concepts juridiques. Il en est ainsi de distinctions et de clivages tout à fait centraux comme la distinction entre le public et le privé, entre le civil et le pénal, entre le civil et le politique, tout comme cela se vérifie pour le contenu des notions de citoyen, de sujet, de mineur ou de majeur, voire même d'homme et de femme.

En d'autres mots, l'empire du droit masque l'emprise du droit sur notre mode de théoriser l'ordre social, avec le résultat que nous omettons plus souvent qu'autrement à quel point la signification juridique des notions de base dont nous usons pour saisir cet ordre l'emporte sur les autres contenus, théorique, philosophique ou politique, que nous sommes tout à fait prêts à leur accorder le plus spontanément du monde par ailleurs. Ainsi, des notions aussi courantes que peuvent l'être celles de sujet, de personne ou de société, de même que des concepts plus denses comme ceux de liberté, d'égalité ou d'universalité portent d'abord et avant tout une signification juridique en ce sens que leur légitimité dernière est celle qui est imposée légalement dans la société, alors que, en sciences sociales ou en philosophie politique, par exemple, nous avons plutôt tendance à déduire leurs significations à partir de théories, d'écoles de

pensée ou de cadres théoriques, parfois très éloignés du droit et de sa dogmatique. En ignorant cette filiation, et surtout la part de la dogmatique juridique dans la définition de ses idéologèmes, la pensée politique et la critique se placent ainsi complètement en dehors du champ du droit, lui laissant alors les coudées franches, aussi bien sur le plan de la théorie et de la pratique, pour valider, mais surtout, pour sanctionner le contenu des paramètres de l'ordre social et des lois qui découlent de leur opérationnalisation.

Une des conséquences sans doute les plus troublantes d'un tel ascendant du droit sur l'ordre social, c'est la démarcation très forte que cet ascendant impose entre le règne de la raison juridique et celui de sa dogmatique d'un côté, le déploiement de la critique, ou même des critiques de l'autre, qui demeure, par définition, sans grande emprise directe sur la normativité sociale tant que ces critiques ne prennent pas à partie le pouvoir du droit sur et dans la société elle-même. En effet, ce que l'étanchéité entre le droit et les autres sciences sociales, en l'occurrence, favorise au premier chef, c'est l'emprise de la dogmatique juridique sur la raison, et c'est sans doute cette emprise qui caractérise au mieux la nature profonde de la société civile moderne. Nous avons donc là un argument supplémentaire pour nous pencher plus avant sur l'étude de cette société et de ses paramètres juridiques.

Dire de la société civile qu'elle opère sous l'égide d'une règle abstraite, la règle de droit, ne suffit pas pour caractériser l'ordre social, avons-nous souligné. C'est pourquoi nous avons précisé les conditions d'universalisation de la norme en reprenant les trois critères d'universalité définis, entre autres, par Kant. Or, si l'ordre social est désormais défini comme ordre rationnel, la capacité de raisonner devient en conséquence un critère déterminant dans la définition des conditions de l'entrée au sein de cette société en quelque sorte. Comme quoi ce n'est pas parce que la société civile opère sous l'égide de normes universelles — entre autres — que l'entrée en société devrait être acquise à tous sur une base universelle. Bien au contraire: si la raison domine l'ordre, l'usage de raison devient une condition d'entrée au sein de cet ordre de sorte que tous ceux et celles à propos desquels on pourra prononcer une incapacité de

raisonner se trouveront de fait exclus de l'ordre social. Ils vivront sous l'empire des normes sans pouvoir se hausser à la rationalisation de la norme elle-même, sans pouvoir, en d'autres mots, questionner ses fondements, c'est-à-dire sa cohérence, son universalité ou sa continuité.

En revanche, celui qui a «l'âge de raison», c'est-à-dire celui qui a la majorité légale jouit, en principe, et en tenant compte des réserves que nous formulerons tout à l'heure, de tous les droits et obligations civils et politiques. Mais ce dont il est question, toujours en termes de validation de la société civile moderne et de ses paramètres, ce n'est pas du recours à un principe de raison en tant que faculté de raisonner, ainsi que l'entendent psychologues et philosophes par exemple, mais bien d'une raison juridique qui entend et saisit le rationnel sous le mode d'une articulation centrale entre trois principes généraux, ou paramètres, qui occupent une place déterminante dans la légitimation à la fois théorique et juridique de cet ordre. Ces trois paramètres, ce sont: la liberté, l'égalité et la responsabilité. Le contenu de chacun de ces paramètres doit être expliqué brièvement afin que l'on n'aille surtout pas penser qu'il s'agit de revenir à des définitions relevant de la philosophie politique car, les seules définitions pertinentes, aux yeux de la raison juridique, ce sont, comme nous l'avons souligné, des définitions qui relèvent de la dogmatique juridique.

Ainsi, la liberté qui est interpellée dans le cadre de la société civile moderne renvoie tout simplement à l'exercice de l'autonomie de la volonté, condition essentielle à la validité des obligations en général, et des contrats en particulier : je ne puis m'obliger envers les autres, ni obliger les autres envers moi sans disposer en propre de ma volonté. Ceci veut dire que celui qui ne peut exercer sa volonté en propre, pour cause d'âge ou d'incapacité, par exemple, ne dispose pas de cette autonomie avec le résultat que ses droits et obligations seront obligatoirement exercés par quelqu'un d'autre à sa place, qu'il s'agisse d'un tuteur, d'un mari ou d'une administration quelconque.

Quant à l'égalité, en droit, elle est définie de manière tout aussi formelle, c'est dire que toutes les volontés sont égales à condition qu'elles soient autonomes. En ce sens, l'égalité

juridique découle de l'autonomie de la volonté et l'une ne va pas sans l'autre. Il s'agit donc d'égalité des sujets de droit, ou d'égalité des citoyens, et non pas nécessairement d'égalité des personnes. En droit, l'égalité est formelle, elle n'a pas grand'chose à voir avec l'inégalité de fait.

Enfin, la signification du troisième paramètre, la responsabilité, est un corollaire des deux autres puisque celui qui s'engage sur une base volontaire et égalitaire vis-à-vis d'un autre est alors responsable de ses actes, tout comme est responsable celui qui oblige quelqu'un envers lui. La responsabilité est liée à un certain départage entre droits et obligations entre les parties à un contrat, par exemple, de sorte que si, pour une raison ou une autre, les engagements auxquels on a souscrits ne peuvent être maintenus, certains remèdes ou correctifs peuvent être exigés afin de compenser les dommages subis ou les pertes encourues.

On comprend alors comment, pourquoi, et sur quelles bases rationnelles, une fois les conditions d'entrée dans la société civile définies, tous ceux et toutes celles qui ne pourront pas aspirer à l'autonomie en tant qu'exercice d'un libre-arbitre seront, de fait et de droit, exclus de la société civile. On comprend, de surcroît, comment l'application de ces principes ou paramètres saisit l'individu, la personne humaine, en tant que sujet de droit et comment, par voie de conséquence, certains seront déclarés incapables aux yeux du droit.

Si nous revenons sur la réflexion commise plus tôt à propos de l'étanchéité entre la dogmatique juridique et la théorie sociale dans le sens le plus général du terme, on cerne sans doute encore mieux maintenant à quel point l'ordre de droit désigne le sujet sur ses propres bases et à partir de sa propre conception articulée à un cadre théorique passablement fermé, de sorte que la volonté, en tant que pure faculté de vouloir, ou la liberté, en tant que pure autonomie du libre-arbitre, sont des catégories abstraites qui n'ont qu'une portée seconde par rapport à l'appropriation et à l'instrumentation que le droit opère à leur égard. C'est sans doute ce qui explique l'extraordinaire autonomie que la philosophie politique et ses écoles— ou que la philosophie tout court — peuvent gagner à

l'intérieur de la société civile moderne puisque l'approfondissement du sens des grands principes de la raison ou de la volonté ou de la liberté peut être sans grand effet utile sur l'ordre de droit. À son tour, cette impertinence relative de la réflexion philosophique explique et justifie que le droit vive, croisse et se développe à l'intérieur d'une sphère conceptuelle et institutionnelle qui demeure sans grand rapport avec les autres cadres d'analyse et leurs institutions propres. Cette étanchéité sert le droit et l'ordre de droit qui disposent ainsi d'une plus grande autonomie performative; elle dessert les autres ordres de rationalité qui opèrent alors sans saisir la part de leur propre aliénation vis-à-vis de l'empire et de l'emprise du droit dans leur approche à l'explication de l'ordre social et de ses effets.

L'institutionnalisation de la règle de droit dans la société civile moderne opère ainsi deux grandes exclusions systémiques : premièrement, elle opère un ensemble d'exclusions physiques grâce auxquelles l'entrée en société en tant que participation active à l'interaction juridiquement validée et sanctionnée est déniée à tous ceux et à toutes celles qui ne disposent pas de l'autonomie de leur propre volonté et qui se trouvent, de ce fait, placés sous la puissance d'autrui. Deuxièmement, elle opère une exclusion théorique, ou paradigmatique si on veut, exclusion en vertu de laquelle la définition des paramètres de l'ordre civil, de même que leur application et leur sanction, relèvent d'une dogmatique juridique et de ses praticiens attitrés qui se trouvent placés en extériorité par rapport au déploiement des critiques ou des analyses issues de cadres théoriques alternatifs.

La première exclusion permettra de départager les capables des incapables, au sens juridique des termes, ou d'établir une démarcation entre le citoyen actif et le citoyen passif que l'on cherche ainsi à soustraire à la rigueur de la loi soit parce qu'il n'est pas en mesure d'exercer sa volonté, soit parce qu'il est — qu'elle est — *naturellement* inégal et ne peut, de ce fait, assumer la responsabilité pleine et entière, c'est-à-dire juridique de ses actes. L'effet de la première exclusion ne s'arrête pas là pour autant, puisque cette rationalité permet également d'exclure une autre catégorie de sujet, celle qui n'est

pas désignée en tant que sujet au sein de la société civile, c'est-à-dire celle ou celui qui n'a pas été déclaré dans les actes de l'état civil. Il s'agit bien sûr de l'étranger, de l'aubain, du métèque qui est exclu parce qu'il est situé à l'extérieur du périmètre à l'intérieur duquel la règle de droit s'applique. Ce périmètre est spatial, et l'étranger ne peut pas entrer dans la société civile à moins de se soumettre à un rituel de l'inclusion, la naturalisation; ce périmètre est légal, et l'étranger est un exilé de l'intérieur qui ne peut pas exercer les droits inhérents à la personnalité civile, c'est le cas des immigrés illégaux et, plus particulièrement, de ceux qui appartiennent aux populations conquises, comme ce fut le cas pour les Indiens au Canada et aux États-Unis, voire de tous ceux dont on disait autrefois qu'ils étaient frappés de mort civile.

Après avoir défini la part du droit dans la société civile et cerné deux grandes exclusions systémiques qui opèrent sous l'égide d'une interprétation juridique des paramètres fondateurs de cet ordre au moment de son instauration, on pourrait être porté à penser que ces réflexions sont quelque peu dépassées dans la mesure où les deux exclusions relevées n'ont ni la même portée ni la même signification aujourd'hui alors que l'ordre de droit et la société civile se sont considérablement assouplis à cet égard en réduisant l'exclusion des personnes d'un côté, alors que la dogmatique juridique puise de plus en plus dans le champ des sciences sociales de l'autre, ce que l'on désigne parfois comme le passage depuis le monisme juridique au pluralisme juridique. Une telle vision repose sur l'idée que, si les paramètres de la société civile avaient été interprétés et appliqués de manière par trop dogmatique au point de départ, les choses auraient changé depuis lors. Selon cette interprétation, les trois paramètres de la société civile seraient bel et bien attachés désormais à des personnes, à toutes les personnes, et non plus à des statuts ou à des personnes selon leur statut. Or, ces paramètres ont sans doute moins changé qu'on le croit et, pour le vérifier, il faut encore apporter une précision importante, à savoir que l'application des trois paramètres fondateurs de la société civile moderne venait, au point de départ, sanctionner un statut particulier, celui du

propriétaire. En d'autres mots, la liberté, l'égalité et la responsabilité reposent sur un droit de base si on veut, elles reposent sur le socle que représente le droit de propriété. Ce qui veut dire que les droits eux-mêmes ne sont pas égaux, qu'il y a une hiérarchie des droits dans la société civile et que certains droits en surpassent d'autres.

Or, il est un droit, et un seul, qui a été défini comme un droit absolu et qui bénéficie d'un ascendant sur tous les autres, et c'est le droit de propriété. Le droit de propriété privée est défini en effet comme le droit le plus absolu qu'un sujet puisse avoir sur des choses et, reprenant une nomenclature issue des théoriciens du droit romain, les juristes établissent cette particularité à partir du fait que ce droit rassemble la totalité des prérogatives qu'un individu peut exercer sur des choses. On dit alors que la propriété possède seule en partage les trois attributs suivants que sont, pour reprendre la nomenclature latiniste: l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*.

Ce ne sont ni l'usage ni l'accès aux «fruits» produits par la chose qui désignent en propre ce caractère soi-disant absolu de la propriété, mais bien le troisième et dernier attribut qu'il ne faut pas entendre dans un sens premier, en tant que pouvoir d'abuser, c'est-à-dire de dilapider ou de détruire sa propriété, mais qu'il faut interpréter d'abord et avant tout comme le pouvoir de l'aliéner, c'est-à-dire de s'en départir, de la vendre. À ce titre de pouvoir absolu, le droit de la propriété privée, non seulement fixe la hiérarchie des droits, il détermine également l'opérateur de la circulation des droits à l'intérieur d'un ordre social civil et cet opérateur c'est, bien évidemment, le titulaire de ce droit de propriété, le propriétaire. La société civile moderne est donc une société marchande d'un type particulier, c'est une société où les droits de propriété occupent une place déterminante dans la délimitation d'ensemble des droits et obligations de tous les sujets de droit. La société civile est donc, au premier chef, une société de propriétaires et, parce que ces droits de propriété sont fondés d'abord et avant tout sur la valeur pécuniaire des droits en question, la société civile constitue un ordre civil où les droits sont monnayés ou monnayables. Les théoriciens allemands, qui ne disposent pas d'un équivalent à la notion de *civil* dans le sens où ce

qualificatif est utilisé dans des expressions comme «société civile» ou «droit civil», désignent ce dont il est question ici en ayant recours aux expressions «société *bourgeoise*» et «droit *bourgeois*» (respectivement «*bürgerliche Gesellschaft*» et «*bürgerliches Recht*»). Cette restriction ou cette limite sémantique leur a donc imposé une transparence conceptuelle que la notion de *civil* nous a fait perdre de vue.

Nous voyons sans doute mieux maintenant le sens et la signification d'une approche qui minimise la part du droit de propriété, c'est-à-dire du droit bourgeois, dans sa défense de l'universalisation des paramètres de la société civile; une telle démarche apparaît hautement idéologique en ce sens qu'elle contribuerait alors à sous-estimer les rôle et fonction assumés par la propriété par rapport à tous les autres droits civils et politiques. Ceci dit, il ne s'agit évidemment pas de dénier à la société civile moderne et à ses paramètres toute fonction libératrice mais il s'agit plutôt, encore une fois, de ne pas idéaliser à outrance le cadre général ni de négliger de jeter quelque lumière sur ses fondements véritables. Il est intéressant de souligner, au passage, un fait sur lequel nous reviendrons plus tard, à savoir que certains théoriciens néo-libéraux tombent très précisément dans ce travers quand ils proposent d'interpréter la signification des paramètres fondateurs de la société civile en envisageant la propriété non plus seulement comme un droit sur des biens matériels mais aussi comme un droit à l'intégrité de la personne ou comme un droit sur la libre disposition de sa puissance travailleuse, qui sont deux droits éminemment défendables, mais qui n'ont rien à voir avec le droit à la propriété privée, comme nous venons de le définir en ces lignes.

Société civile, société politique

L'emprise du droit sur la société civile est tel que la politique propre à cet ordre ne peut pas non plus échapper à cette logique ainsi qu'à ses fondements. On en aura une intéressante confirmation dans le recours à la notion de contrat pour désigner non plus les relations latérales entre individus, mais bien pour désigner les relations verticales entre les

citoyens et les gardiens de la société. La métonymie utilisée par Jean-Jacques Rousseau quand, dans le *Contrat social*, il propose d'envisager sous l'angle contractuel la relation au pouvoir politique est à la fois révélatrice de l'emprise de cette institution juridique qu'est le contrat sur l'ensemble de la société et des limites propres à une intromission de paramètres juridiques dans la sphère politique. Que l'on ait pu voir dans cette théorie le prolongement d'une logique de système en vertu de laquelle, puisque la liberté de contracter avait déjà été sanctionnée à l'intérieur de la société civile, il fallait bien, par souci de cohérence en quelque sorte, prolonger cette logique et l'appliquer désormais au niveau politique, cela ne doit pas nous empêcher de mettre en lumière plusieurs choses.

La première, et la plus déterminante, tient au fait que le politique se trouve à son tour saisi par le droit, saisi par la raison juridique. Non seulement la réclamation du citoyen, ou des groupes de citoyens, devra-t-elle dorénavant obligatoirement passer par la revendication de droits, mais le pouvoir politique lui-même aura pour fonction principale, à travers la promulgation de lois, de créer du droit, de produire des droits et de les distribuer, ou de les redistribuer, en fonction des intimations de ses citoyens et des rapports de force au sein de la société civile, tout en respectant, bien sûr, les paramètres de la raison juridique.

Le second élément à mettre en lumière concerne le rôle de la politique dans le maintien, la défense et l'approfondissement des grands clivages qui soutiennent la société civile, ses paramètres et son socle. Ainsi, il reviendra à la sphère politique d'assumer la gestion de l'ordre social total, de délimiter la frontière entre le civil et le pénal, de préciser les conditions d'accès à la citoyenneté, de gérer la mobilité des citoyens, d'enfermer, de punir, de réformer, d'éduquer et de récompenser les uns et les autres. Toutes et chacune de ces activités et de ces initiatives seront conduites sans remettre en cause la liberté de contracter, la délimitation entre le privé et le public et sans atténuer — au début en tout cas — le caractère absolu du droit de propriété privée.

C'est pourquoi j'ai gardé pour la fin de la présente introduction mes remarques complémentaires autour du couple formé par la société civile et l'État. Il convient d'établir très clairement au point de départ que cette juxtaposition n'appartient pas en propre à la théorie de la société civile, ni à la science du droit. C'est un philosophe, Hegel, qui a théorisé les rôle, place et fonction de l'État en tant qu'instance et que lieu susceptibles de dépasser les contradictions internes propres à une société civile opérant sous l'égide d'un incessant affrontement entre les prétentions et les intérêts divergents des citoyens et de leurs corporations. L'État est alors pour lui l'incarnation d'un esprit de la nation, du peuple et de sa société.

Sans doute, cette vision et cette interprétation ont gagné un ascendant tel dans la théorie et dans la pratique qu'il s'avère difficile de s'en éloigner. Cependant, les fondateurs de la société civile, philosophes et juristes, économistes ou politologues avant la lettre n'avaient pas envisagé le rôle des gardiens de la cité à l'intérieur d'une complémentarité théorique aussi forte. Bien au contraire, à leurs yeux, l'enjeu politique revêtait une dimension essentiellement instrumentale: il s'agissait de savoir qui allait être investi du pouvoir sur la société civile d'une part, de savoir: «*quis custodiet ipsos custodes?*» (Juvénal, vi), c'est-à-dire: «qui surveillera les gardiens eux-mêmes?» d'autre part. La solution à ce problème qui lie de manière aussi pratique le pouvoir politique à la société civile faisait alors appel au démocratism dans le sens le plus neutre et le moins démagogique de l'expression, c'est-à-dire au démocratism entendu comme pouvoir du nombre, d'un certain nombre de citoyens, à l'encontre de l'arbitraire que représentait le pouvoir exercé par quelques-uns, qu'il s'agisse d'une aristocratie ou d'un monarque. Le démocratism ainsi entendu opposait, chez Montesquieu par exemple, mais également chez tous les auteurs qui avaient fréquenté Platon et Aristote, la démocratie à la monarchie et à l'aristocratie. Ce n'est que plus tard et quand l'instauration de la société civile aura contraint tous ceux et toutes celles qui auront été exclus du cadre initial à revendiquer à leur tour la reconnaissance de leurs *droits*, dans leurs efforts pour être reconnus en tant que citoyens ou citoyennes à part entière, que l'enjeu de la démocratie

prendra un sens nouveau qui sera celui de l'extension puis de l'universalisation du suffrage. Mais en attendant, et avant même que la revendication d'une démocratie soi-disant universelle puisse même faire surface dans les esprits et dans les consciences, encore fallait-il que le cadre de la société civile ait *déjà* été posé et sanctionné dans la pratique juridique. En ce sens, la revendication démocratique, que ce soit en termes de libertés civiles, ou en termes de libertés politiques, suppose au moins deux choses : qu'une société civile, aussi exangue soit-elle par ailleurs, ait été instaurée, ce qui implique, à son tour, qu'une certaine étanchéité entre les sphères civile et politique ait été instituée également.

Soit dit en passant, l'enjeu qui est évoqué ici, c'est celui de l'incontournable réconciliation que le cadre même de la société civile, avec des paramètres fondateurs aux évocations aussi fortes mais qui sont définis de la manière la plus austère par le droit, impose, par défaut en quelque sorte, à tous les orphelins de la dogmatique juridique. Le rituel du tribunal ne saurait prévaloir contre le feu des passions politiques. C'est pourquoi l'ordre politique est toujours sollicité pour *faire droit* à toutes ces revendications et à toutes ces sollicitations issues des marges de la société civile elle-même et qui visent à accroître la pertinence sociale et politique des mots-phare de son vocabulaire technique. Entre les sphères civile et politique, il n'y a pas d'équilibre possible en dehors d'une incessante quête d'universalisme.

On se souviendra que, depuis Locke, l'accession au statut de citoyen, ou de membre à part entière de la cité, est posé de manière liminaire par la pensée philosophique et, preuve de ceci, soutiendra-t-on, n'importe quel citoyen peut gagner ce statut à la seule condition de devenir propriétaire, c'est-à-dire d'adhérer au canon de la valeur-travail et de se soumettre à la sanction du marché. Mais, comme nous l'avons relevé, ce genre de raisonnement était poussé à l'extrême puisque ce n'étaient pas tous les travaux, ou n'importe quel travail, qui étaient sanctionnés par l'échange marchand. Et, sans faire référence au travail de l'esclave, exclus par définition en quelque sorte, puisque sa personne appartenait à un propriétaire, il faudrait

relever le sort réservé au travail domestique ou, plus généralement, au travail engagé à l'intérieur de la sphère domestique.

Dans ces conditions, en définitive, sous le couvert d'un universalisme de principe campé de manière tout à fait abstraite, c'est bel et bien à une délimitation particulière entre des personnes que répond l'institutionnalisation de la société civile et celle de son pouvoir politique. Ni l'égalitarisme de principe, ni l'universalisme des mots d'ordre radicaux n'entravaient la subordination de ceux et celles qui se trouvaient, d'entrée de jeu en quelque sorte, placés en dehors de l'exercice de leurs prérogatives, tout simplement parce qu'ils étaient déjà sans statut à l'intérieur de la société civile elle-même. La première conséquence de cet état de chose, c'est que l'accession à la visibilité sociale de ces classes, groupes ou cohortes devra passer par une intervention au niveau politique, là où les universaux les accueillaient déjà, en principe, en tant que préalable à leur reconnaissance pleine et entière à l'intérieur de la société civile elle-même.

En veut-on un exemple? Il était acquis, au moment de l'adoption de la *Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen*, en 1793, que l'accession au statut de citoyen était conditionnelle de sorte que ni le Noir, ni le Juif, ni la femme ne pouvaient prétendre accéder à ce statut. Pire, en 1804, le Code Napoléon confirmera et sanctionnera non plus seulement l'exclusion des femmes, mais également celle du salarié, de l'ouvrier, dans la mesure où leur liberté civile n'aura d'autre fonction que de valider la spoliation qui s'exercera à leurs dépens.

Il importe peu, au fond, si ces rationalisations pouvaient conduire à basculer hors de la citoyenneté une majorité d'individus. La revendication politique prenait la relève qui contraignait alors ces groupes, ce sexe ou ces cohortes, à faire valoir l'application des principes universels de liberté, d'égalité et de *fraternité*, et non plus de responsabilité, dans le moment même où la sanction de l'individualisme du propriétaire les contraignait à la sujétion et à la marginalisation les plus complètes. En d'autres mots, l'interprétation, l'application et la sanction juridiques des paramètres de la société civile

s'avéreront plus implacables que les principes et les universaux sur lesquels on avait édifié et à partir desquels on avait légitimé l'ordre politique. À la lumière des raisonnements précédents, on peut établir au moins une chose, à savoir que la revendication de liberté ou celle d'égalité n'appartient pas en propre à l'espace civil, mais que cette revendication relève aussi et surtout peut-être du domaine politique. Cette simple assertion permettra d'éviter un écueil par la suite dans la mesure où elle devrait éviter de sanctionner quelque chose qui serait comme un démocratisme inhérent à l'ordre civil.

Une référence au livre de Barker, *Reflections on Government*⁷, peut s'avérer intéressante à ce moment-ci tout simplement parce que l'auteur établit de manière fort claire une distinction essentielle entre la liberté civile et la liberté politique. La première relève de la société civile; elle est encadrée par un droit civil, qui peut être ou non codifié dans un Code civil. Quant à la seconde, elle est inscrite dans les institutions politiques elles-mêmes, ou mieux, dans le système de ces institutions en autant que les rapports, relations et séparations entre institutions sont fixés par la coutume, la convention ou la loi; elle peut être sanctionnée dans une Charte des droits ou pas. Le premier niveau est encadré par le droit privé, le second, par le droit public.

Le droit privé régit les relations latérales entre les sujets de droit, tandis que le droit public encadre et définit les responsabilités des citoyens vis-à-vis de l'État, les droits et pouvoirs des institutions publiques vis-à-vis des citoyens. Comme nous l'avons vu, cette séparation entre les deux sphères est inscrite dans la logique même de la constitution d'une société civile avec ses clivages et exclusions propres; en retour, ceci implique que la séparation entre les deux sphères doit être préservée et conservée faute de quoi le rabattement d'un ordre sur l'autre risque d'imposer d'intenables limites à l'exercice des prérogatives individuelles ou collectives, selon le cas. En effet, pour autant que l'ordre civil accapare la totalité de l'espace public, c'est l'émiettement des individualismes et la sanction

⁷ Oxford University Press, 1942.

objective du marché qui prévaudra, tandis que, à l'inverse, si le pouvoir public subsume et englobe la plus grande part des relations privées, c'est la domination des collectivismes ou, plus spécifiquement, de la raison d'État, qui sera sanctionnée.

Il devrait donc subsister entre les deux sphères une étanchéité indispensable à leur fonctionnement propre de sorte que les effets éventuellement dysfonctionnels ou discriminatoires de l'ordre du marché avec son contractualisme puissent être corrigés au niveau politique et que, en revanche, l'accroissement des interventions publiques puisse être soumis à la sanction du marché. Pour dire les choses autrement, il apparaît ainsi que l'ordre du marché doit nécessairement être complété par la présence d'un ordre public non-marchand, c'est-à-dire par un recours à des principes de base en vertu desquels les correctifs sont apportés, voire imposés, à l'ordre civil, de même que certaines interventions publiques pourraient ou devraient être soumises à un contrôle plus fort issu de la société civile.

Liberté civile et liberté politique ne sont pas une seule et même chose; elles opèrent à l'intérieur de deux réseaux de pratiques qui sont non seulement complémentaires, ils sont surtout co-déterminés. C'est ainsi que l'extension de la liberté civile passe par la revendication d'un élargissement de la liberté politique, que celle-ci, à son tour, accroît l'espace de la liberté. Mais si la société civile permet d'étendre la liberté civile et, en conséquence, d'élargir l'égalité formelle entre les citoyens, elle demeure impuissante à sanctionner une plus grande égalité de fait, et c'est à ce niveau et autour de cet enjeu que la question de l'intervention politique demeure la plus déterminante. Or, dans les débats actuels autour de la critique de l'État, favoriser le repli peut conduire à remettre en cause la sanction d'une plus grande égalité de fait, et non plus seulement de droit, entre tous les citoyens.

Tout au long de cette introduction, j'ai cherché à présenter succinctement les tenants et aboutissants de la société civile. Cette présentation a mis en lumière la part déterminante, et dominante, accaparée par le droit au sein de cet ordre. J'ai également souligné que la définition même de ce droit

dominant qu'est le droit de propriété fait immédiatement appel à la valeur d'échange et, en ce sens, droit et économie sont l'avvers et l'envers d'une même logique de système. Ces réflexions nous auront permis d'approfondir la signification d'un des énoncés de départ selon lequel notre propre identification, notre présence au monde, nos cadres d'analyse et nos raisonnements sont tous, *volens nolens*, encastrés dans la raison juridique, ses principes et ses paramètres. Ceci posé, il reste maintenant à camper l'enjeu de l'exclusion et, ce faisant, à tracer les grandes lignes des approfondissements à venir. On peut tirer à cet égard plusieurs enseignements des développements précédents qui peuvent mettre en lumière les formes et les modalités des quelques processus d'exclusion que je voudrais approfondir.

Comme nous l'avons vu, dans la mesure même où la raison juridique ou, plus précisément, la raison civile, a pu se confondre avec la rationalité en tant que mode premier de la définition d'un rapport solipsiste à des paramètres fondateurs, il va de soi que l'on se trouvait, par le fait même, à enclencher une exclusion systémique fondamentale entre ceux qui pouvaient aspirer à recourir à la raison, et tous les autres. Si donc, le premier chapitre porte sur l'exclusion des femmes, c'est essentiellement parce que la rationalité ainsi pensée et définie s'oppose d'abord et avant tout au sentiment, aux affects et, en ce sens, la société civile, en ses fondements en tout cas, oppose d'abord et avant tout l'homme à la femme. Elle ne les oppose pas en tant qu'individus d'ailleurs, elle les oppose en tant que sexes; plus précisément, elle les oppose en construisant, à partir de la différence sexuelle, une opposition liminaire en quelque sorte qui établit une coupure forte entre la raison et les sentiments.

Par la suite, je m'attarderai à étudier sous divers angles d'analyse la question québécoise au Canada essentiellement parce que ce contentieux permettra de mettre en lumière une autre forme d'exclusion, une exclusion qui est liée à la fondation, au sens constitutionnel et juridique du terme d'ailleurs, d'un État qui ne s'est reconnu et institué en tant qu'État de droit libéral que récemment encore, lors de la promulgation de sa Loi constitutionnelle en 1982.

Enfin, en abordant quelques débats contemporains autour de la réémergence du libéralisme et de l'État libéral, c'est la dimension en fin de compte universelle d'une véritable aliénation systémique que je voudrais remettre en question. On comprendra alors pourquoi les défis posés par les multiples réintégrations sociales et économiques qui sont toujours en attente de solutions passent obligatoirement par une remise en cause du paradigme libéral lui-même d'une part, mais encore et surtout par la contestation de l'ordre de droit libéral que ce paradigme cautionne de l'autre.

CHAPITRE I

LA SOCIÉTÉ CIVILE ET L'EXCLUSION DES FEMMES

People of Quality have found by frequent Experience,
how hard it is to persuade their Women to return from below.
Jonathan SWIFT, *A Voyage to Laputa*, (1726), ch.II.

Les femmes d'aujourd'hui conquièrent leur indépendance.
Les hommes la cuvent...
Romain ROLLAND, 1912.

L'émergence de ce courant de pensée auquel on a accolé le nom de néo-libéralisme s'inscrit dans un contexte international caractérisé, entre autres choses, par la remise en cause des fonctions redistributrices des gouvernements. À son tour, cette remise en cause compromet la poursuite de politiques et de programmes qui visaient à sanctionner les idées-force héritées de la vision keynésienne de la société et de son économie. L'approche de Keynes prétendait que l'État était seul en mesure d'assumer le rôle de maître d'oeuvre dans la définition de la politique économique. Mais on a fait grief à la théorie d'avoir favorisé l'adoption de mesures qui ont grevé indûment les finances publiques sans vraiment parvenir ni à soutenir le plein-emploi ni à réduire de manière substantielle l'inégalité sociale. Contraintes budgétaires et plafonnements théoriques s'additionnent alors pour valider un retournement programmatique en vertu duquel il s'agirait désormais de renouer avec les thèses et les canons hérités d'un libéralisme classique, et de contester, par la même occasion, la légitimité et

la validité des droits sociaux, ainsi que la pertinence de la promotion de l'égalité sociale⁸.

Cette remontée dans le temps fait ressortir l'importance du problème des redites dans plusieurs critiques actuelles de l'étatisme qui ne semblent pas avoir beaucoup affiné leurs argumentaires depuis les beaux jours de l'anti-étatisme d'un Herbert Spencer. On a en effet parfois l'impression que les philosophes libéraux actuels escamotent tout autant les anciennes critiques formulées à l'encontre du libéralisme, que les acquis de l'étatisme, pour renouer avec une tradition théorique d'autant plus obsolète que c'est précisément pour obvier à ses limites théoriques et institutionnelles que l'on avait eu recours à la sanction de stratégies politiques et administratives qui validaient l'intervention publique au point de départ. D'où cette impression d'affligeante stérilité qui grève parfois la censure libérale de l'État social, confirmant de ce fait que l'anti-étatisme primaire constitue bel et bien un non-lieu théorique et programmatique.

Mais puisque cette interpellation présente également un défi, il n'est pas inutile de chercher à le relever. Cette question est délicate dans la mesure où il nous faudra à la fois éviter de surévaluer les avantages de l'intervention publique, tout en relevant comment et pourquoi le retour au contractualisme contribue à délégitimer des progrès accomplis en matière d'égalité entre les sexes, en particulier. Afin de parvenir à ces fins, il faudra montrer que la mise en place de la société civile s'accompagnait d'une marginalisation en quelque sorte systémique de la situation sociale des femmes et faire valoir,

⁸ Ce paradoxe a été relevé à plusieurs reprises; parmi des collectifs dont l'une ou l'autre contribution touche au problème traité on peut consulter Lizette Jalbert et Laurent Lepage (sous la direction de), *Néo-conservatisme et restructuration de l'Etat*, Presses de l'Université du Québec, 1986; les *Cahiers de recherche sociologique*, «Des femmes dans les sciences», volume 4, numéro 1, avril 1986; ou Yolande Cohen (sous la direction de), *Femmes et contre-pouvoirs*, Montréal, Boréal, 1987.

Enfin, sur la dimension plus spécifiquement discriminatoire de la théorie libérale classique on pourra se référer à Carole Pateman, *The Problem of Political Obligation. A critique of Liberal Theory*, Los Angeles, University of California Press, 1985; et à Christine Fauré, *La Démocratie sans les femmes*, Paris, Presses universitaires de France, 1985.

par la même occasion, qu'un retour en arrière et la simple défense des «droits de l'homme» participent vraisemblablement d'un dessein plus ou moins occulte visant à révoquer des acquis contemporains les plus fragiles en matière d'égalité.

Ce ne serait donc pas par hasard si, sous la plume de certains auteurs, le néolibéralisme devait préparer ou amorcer un retour aux formes les plus traditionnelles du maintien des relations domestiques⁹. Que cela se produise dans un contexte où les femmes salariées sont de plus en plus présentes et revendicatrices face aux discriminations qui leur sont imposées sur le marché du travail, ne laisse pas d'être révélateur des biais en opération dans la théorie libérale que la réinterprétation néolibérale ne parvient pas à lever¹⁰.

Afin de jeter quelque lumière sur la place des femmes dans la société civile, il convient d'étudier le processus à deux niveaux, juridique et politique, deux niveaux que l'on tend à confondre encore trop souvent.

Or c'est bien à la condition de les tenir séparés que l'on pourra montrer que la théorie contractualiste actuelle, entre autres, escamote le fond de la question quand elle omet d'accorder sa part à la dimension politique dans la poursuite de l'égalité entre les sexes. La place des femmes dans la société civile n'est pas liée à la densité du concept d'«homme» qui, dans sa polysémie première, aurait englobé ce que l'on distingue aujourd'hui; elle n'est pas rattachée non plus au fait que la notion d'«homme» aurait été précédemment, et plus ou moins consciemment, compromise dans le sexisme propre à une époque donnée, un sexisme qui aurait disparu ou qui n'aurait

⁹ Ceci apparaît clairement chez John Rawls. Voir *A Theory of justice*, Harvard University Press, 1971, au para. 71 intitulé «La moralité de l'association» où l'auteur rappelle que la famille est «normalement caractérisée par une hiérarchie définie au sein de laquelle chaque membre possède certains droits et devoirs». Au sein de cette unité, les vertus et les idéaux concernant le «bon élève», la «bonne épouse» ou le «bon mari» sont transmis. Mais puisque l'union reposait au départ sur un contrat librement consenti par les époux, il n'y a aucune raison pour contester la transmission des vertus et des idéaux traditionnels dans une «société bien ordonnée».

¹⁰ Hélène David, *Femmes et emploi. Le défi de l'égalité*, Montréal, Presses de l'Université du Québec et Institut de recherche appliquée sur le travail, 1986.

plus sa place dans le discours juridique ou politique aujourd'hui. On ne peut pas, en d'autres termes, imputer la marginalité dont les femmes sont victimes dans des thèses philosophiques ou politiques à l'époque de la fondation de la société moderne à une simple question sémantique ou philologique, puisque leur mise au rancart s'articule à un cadre d'analyse et à une problématisation qui étaient incapables de théoriser la promotion des femmes dans la société au même titre que celle des hommes et qui, ce faisant, se sont rabattu sur une vision essentiellement discriminatoire des rapports entre les deux sexes.

Il serait donc tout à fait injustifié de croire ou de laisser croire que le recours à la notion d'«homme» dans la théorie politique classique ait été inoffensif, tout comme il serait compromettant de prétendre que l'enrichissement rétrospectif de ce discours pourrait être opéré en posant tout simplement de rajuster l'analyse en prévoyant désormais d'inclure les femmes dans cette conceptualisation. L'enjeu est plus profond: il consiste à relever que les cadres d'analyse développés par des auteurs classiques étaient inaptes à repérer et à situer les femmes dans la théorie politique parce que le rapport entre les sexes était avant tout un rapport juridique dont la formalisation par contrat de mariage permettait et autorisait par la suite la subordination des femmes à l'intérieur de la sphère domestique, une subordination qui rendait tout à fait inopérante et inopérationnalisable une quelconque émergence à la personnalité civile et politique. Si donc on peut parler de l'insuffisance d'une théorie, il s'agit moins d'un obstacle épistémologique, que de cécité politique liée à l'institution de la puissance paternelle et à celle de la puissance maritale. La subordination de fait et de droit de la fille à son père et de la femme à son mari à l'intérieur de la sphère domestique empêchait l'homme, cet être à la fois père et mari, de promouvoir les droits civils et politiques de celles qu'il tenait sous sa sujétion.

Pour sa part, quand la démarche néo-libérale prétend que le ressourcement auprès des penseurs de la société civile, loin de légitimer l'oppression exercée par un sexe sur l'autre,

permettrait au contraire de renouer avec un courant dont les projets auraient été détournés par l'accumulation des interventions étatiques, elle ne fait qu'occulter la subordination qui prévalait au point de départ et qui prévaut encore et toujours à l'intérieur de la sphère domestique. Ceci posé, il ne s'agit évidemment pas de passer sous silence le fait que, à l'intérieur des sphères civile et politique, la revendication et l'extension de la jouissance des droits civils et politiques a pu et a su jouer en faveur des femmes depuis lors.

Mais quoi qu'il en soit de l'état actuel, ce qui nous retiendra dans les pages qui suivent, c'est la question de la place dévolue aux femmes dans la théorie politique classique et, en particulier, chez Jean-Jacques Rousseau, un auteur qui sert également de référence privilégiée pour des penseurs libéraux actuels comme John Rawls ou Friedrich Hayek, entre autres.

L'égalité civile et les femmes

Quand Rousseau publie *Du contrat social*, il y a déjà plusieurs siècles que la société civile a été théorisée et conceptualisée. Cerné par l'omnipotence de la puissance royale d'un côté, le communautarisme des institutions ecclésiastiques de l'autre, l'ordre civil s'impose progressivement comme le lieu théorique et programmatique d'application d'une rationalité qui tire ses sources et sa conceptualisation des paramètres développés par les juristes romains et les théoriciens de la politique. Il est trivial de relever à cette occasion que, chez Hobbes par exemple, l'homme qui sert de pivot à ses développements est cet être générique qui détient déjà la souveraine puissance d'agir dans le cadre de la société civile¹¹. Cet homme est investi de la capacité légale de nouer des contrats. Cette approche ne changera pas substantiellement, ni chez Locke, ni chez Montesquieu.

En réalité, cette problématisation ne sera infléchie qu'avec Rousseau, non pas que Rousseau soit plus sensible qu'un autre au défi de la promotion civile et politique des

¹¹ Simone Goyard-Fabre, «Chronologie, Introduction, Bibliographie, Notes», in Thomas Hobbes, *Le Citoyen ou les fondements de la politique*, Flammarion, 1982, p.7-55.

femmes, loin de là, mais parce qu'il fait droit à la place des femmes dans la société d'une manière quelque peu différente de celle qui est en usage à son époque d'une part, mais surtout d'une façon qui contribuera à la promotion de cette vision romantique de la sphère domestique qui, pour le meilleur comme pour le pire d'ailleurs, accapare les esprits encore aujourd'hui. À cet égard, les réflexions de Rousseau permettent moins de révéler ses propres préjugés qu'elles n'éclairent les raisons d'être du statut - ou mieux, de l'absence de statut - des femmes dans la société civile de son temps.

Bien sûr, il avait été fréquemment question du rôle et de la place des femmes dans la société avant Rousseau, puisque la plupart des auteurs de la Renaissance, à l'instar des auteurs anciens, se sont penché sur la question et ont commis des réflexions et des analyses très éclairantes sur ces sujets. Plus significativement d'ailleurs, il faudrait pouvoir rendre compte et faire état de débats de société qui n'ont à peu près jamais fait relâche, puisque les rapports entre les sexes ont toujours été au coeur des redéfinitions et remises en cause de l'ordre social et du pouvoir politique. Je n'en donnerai qu'un exemple, mais qui m'apparaît très significatif.

On assiste, dans la première moitié du XVIème siècle, dans la foulée de la diffusion des idées de la Réforme, à ce qui deviendra une redéfinition rien moins que radicale des rapports et relations entre hommes et femmes, une redéfinition qui conduit les réformateurs des deux sexes à nouer des amitiés et à engager des rapprochements et des alliances qui n'ont plus rien à voir ni avec le maintien de relations de subordination propres aux canons politiques et religieux du temps, ni avec la subordination juridique qui sera par la suite imposée dans la foulée de l'instauration des paramètres de la modernité civile. Sans doute, en littérature en tout cas, le coup d'envoi de cette critique de la raison instituée et de sa dogmatique a été donné par Érasme de Rotterdam quand il publie l'*Éloge de la folie* en 1511. Dans cette déclamation, l'auteur met en scène la déesse de la Folie dont la puissance et l'empire lui permettent de manipuler à leur insu ces importants personnages, savants, dévôts, juges ou clercs, tous plus impuissants les uns que les

autres à reconnaître la déraison qui les anime derrière le paravent de leurs rationalités complaisantes et futiles. Quant à la reformulation des rapports entre les sexes, on peut citer, entre plusieurs autres, les noms de Rabelais et de Bonaventure des Périers d'un côté, celui de Marguerite de Navarre de l'autre, soeur du roi François Ier et auteur de *L'Heptaméron*, qui mènent ensemble, et sous la protection de cette dernière, une sourde et momentanément efficace lutte contre les idées rétrogrades et surtout contre les dogmes de la religion instituée. Chez Rabelais, c'est la belle invention de l'abbaye de Thélème qui représente au mieux la remise en question des coutumes et croyances établies. Plusieurs payeront de l'exil, comme ce sera le cas pour Rabelais lui-même à quelques reprises, ou de leur vie, leur diffusion des idées nouvelles. Cette remise en cause culminera, plus d'un siècle plus tard, en 1673, avec la publication du traité *De l'égalité des deux sexes* dû à la plume de François Poulain de la Barre¹².

Mais puisque, à l'intérieur de la démarche libérale, la question de l'égalité entre les sexes n'est pas envisagée dans l'une ou l'autre des perspectives radicales que nous offre l'histoire de la pensée, contentons-nous de partir de Rousseau puisque c'est encore lui qui sert de référence quasi obligée non seulement dans la théorie néo-libérale de la société civile mais bien au-delà, avec le résultat que les théoriciens politiques qui lui succéderont ne manqueront pas de s'y référer. Cela est vrai de Kant, comme de Hegel, de Comte ou de Marx.

Rousseau, auteur de *Julie ou la Nouvelle Héloïse* (1761) aura, six ans auparavant, commis son *Discours sur l'origine de l'inégalité parmi les hommes* où il apparaît explicitement, en toute fin de «dédicace», que l'auteur entend la notion d'«homme» dans un sens anthropologique étroit. Après avoir vanté les mérites de l'inégalité que les hommes ont instituée entre eux devant les «magnifiques, très honorés et souverains seigneurs» de la République de Genève, l'auteur précise:

Pourrais-je oublier cette précieuse moitié de la République qui fait le bonheur de l'autre, et dont la douceur et la sagesse

¹² Réédité chez Fayard en 1984

maintiennent la paix et les bonnes mœurs? Aimables et vertueuses citoyennes, le sort de votre sexe sera toujours de gouverner le nôtre. Heureux quand votre chaste pouvoir *exercé seulement dans l'union conjugale, ne se fait sentir que pour la gloire de l'Etat et le bonheur public*¹³.

Cette digression est très explicite, et plusieurs énoncés dans la suite du *Discours* permettent d'éclairer encore davantage la réflexion de l'auteur sur ce point. La femme n'est pas, pour Rousseau, apte à se hausser à un niveau de détachement qui l'autoriserait à participer de plein droit à l'administration de la société à l'instar de l'homme; le motif invoqué à l'appui du raisonnement est le suivant:

(...) il est facile de voir que le moral de l'amour est un sentiment factice; né de l'usage de la société, et célébré par les femmes avec beaucoup d'habileté et de soin pour établir son emprise, et rendre dominant le sexe qui devrait obéir¹⁴.

L'argument est quelque peu controuvé ici qui, faisant appel à un sentiment soi-disant factice, accorde aux femmes un pouvoir de domination alors que devrait s'imposer à leur égard, au nom d'une nécessité qui est simplement affirmée, l'obligation d'obéissance. Ce que cette réflexion appelle cependant, c'est bien évidemment cette idée que, pour être éligible à gouverner la cité, l'homme doit se détacher des sentiments factices et de l'amour par conséquent. Rousseau instaure ici une coupure tout à fait intéressante qui s'avère à la fois significative et déterminante pour saisir les fondements de la société civile.

Ainsi, l'opposition entre la raison et les affects ne vise pas seulement à marginaliser un sexe et à prévenir, par exemple, l'émergence d'un droit matrimonial qui viendrait contester la circulation anthropocentrique des privilèges et des servitudes, une interprétation mise en lumière, notamment, par

¹³ *Discours...*, in: *Oeuvres complètes*, tome 3, Gallimard, collection «La Pléiade», 1964, p. 119. (C'est moi qui souligne, D.B.).

¹⁴ Idem, p. 158.

Marilyn French¹⁵, mais vise également, et surtout peut-être, à reconstruire les fonctions sociales respectives des hommes et des femmes sur la base d'une anthropologie nouvelle en vertu de laquelle chaque sexe se verrait désormais attribuer des prérogatives fondées sur de véritables missions complémentaires, mais distinctes. Reléguées, grâce à l'union conjugale, à l'intérieur de la sphère domestique où elles auraient tout le loisir d'exercer leur «emprise», les femmes renonceraient à exercer quelque pouvoir que ce soit à l'intérieur de la société civile et de la politique.

Cette conceptualisation reposait sur une vision forte de la sphère domestique en tant que sphère gouvernée par les femmes et qui, de ce fait, opérait, ou devait opérer, sur des bases axiologiques et normatives complètement distinctes de celles qui prévalaient au même moment à l'intérieur des sphères civile et politique. En ce sens, la démarche de Rousseau engage une dissociation profonde entre les deux sexes. Si on peut la qualifier d'idéaliste par ailleurs, c'est uniquement à cause de sa vision soi-disant idéalisée de la femme, encore qu'on pourrait immédiatement se demander ce qu'il peut bien y avoir d'idéal dans une théorisation qui contraint les femmes à vivre complètement séparées et exclues de la société civile. Mais sa démarche est surtout irréaliste quand elle prétend opposer à ce point deux attributs essentiels de l'humanité, la raison et les affects, et à les confier aux unes et aux autres à partir de la différenciation sexuelle d'une part, à échafauder sur cette différenciation l'étanchéité qui devrait prévaloir entre la sphère domestique d'un côté, les sphères civile et politique de l'autre. À cet égard, il ne faut pas se contenter de prendre acte du soi-disant «sexisme» de Rousseau sans pousser plus avant l'analyse et l'interprétation jusqu'à voir à quel point son approche reprend et approfondit quelque chose de beaucoup plus fondamental qui correspond à une vision largement partagée de la société civile à son époque. C'est d'ailleurs cette vision rousseauiste qui finira par s'imposer dans les esprits et dans les faits, en tous les cas au sein de certaines classes sociales,

¹⁵ Cette question est mise en évidence dans le monumental ouvrage de Marilyn French, *Beyond Power*, Summit Books, 1985.

puisque, dans les décennies à venir, ce sont de plus en plus les femmes qui assumeront les responsabilités propres au maintien de la sphère domestique de même que les obligations qui en découleront, comme de pourvoir à l'apprentissage des enfants¹⁶.

L'autre apport de Rousseau, c'est bien sûr d'avoir mis en valeur l'importance de l'amour dans le maintien du rapport d'intimité, que ce soit entre les époux, ou entre la mère, le père et leurs enfants. À lui seul cet apport vaut qu'on s'y arrête. En effet, il n'était pas du tout acquis, au moment où Rousseau écrit, que le sentiment entre les conjoints ait dû prévaloir sur les intérêts des pères des mariés dans la négociation de l'union matrimoniale. Si ces conflits servaient de trame à plusieurs pièces de théâtre et de romans — à commencer par la *Nouvelle Héloïse* — c'est que la question était loin d'être résolue et que les conséquences domestiques et sociales parfois tragiques des unions forcées se faisaient toujours sentir dans toute leur rigueur. À cet égard, Rousseau est bel et bien le défenseur d'une sphère domestique entendue comme intimité isolée des turbulences qui prévalent dans la société civile et son pouvoir politique, une intimité alimentée par l'amour maternel¹⁷.

On voit alors à quel point l'approche de Rousseau nous fournit des éléments essentiels pour comprendre la société actuelle, des éléments qui se perdent et se dissolvent quand on compare son approche à celle de ses successeurs et exégètes. Pour Kant, par exemple, le rôle des sentiments ou affects à l'intérieur du couple, puis de la famille, est complètement subordonné à une vision essentiellement juridique articulée

¹⁶ Ce qui représente malgré tout un net progrès par rapport à l'institutionnalisation systématique des enfants. Voir l'*Avis de Monsieur de Fénelon, archevêque de Cambrai, à une Dame de qualité sur l'éducation de Mademoiselle sa fille*, (1714), le prélat rappelle à sa correspondante que «le plus sûr parti pour les mères est de confier aux couvents le soin d'élever leurs filles, parce que souvent elles manquent des lumières nécessaires pour les instruire...», Fénelon, *Oeuvres choisies*, Paris, Librairie Hatier, 1923, p.583.

Encore que le progressisme de Rousseau à ce chapitre doive immédiatement être tempéré puisque l'éducation de la femme ne doit pas lui permettre d'aller au-delà de la médiocrité. Cf. *L'Emile*, Gallimard, coll. «La Pléiade», p.769.

¹⁷ Elizabeth Badinter, *L'Amour en plus. Histoire de l'amour maternel (XVIIe-XXe siècle)*, Flammarion, 1980.

autour d'une nécessité biologique précise: le besoin sexuel et la reproduction. Et même si Kant tient compte du plaisir dans la relation entre conjoints, c'est-à-dire de «l'usage réciproque des facultés sexuelles»¹⁸, cette dimension est subsidiaire au rapport juridique, qui «est un rapport *d'égalité* de possession, tant des personnes qui se possèdent réciproquement (...) que des biens»¹⁹.

Philonenko précise à ce sujet que «l'égalité de l'homme et de la femme n'est pas affirmée par Kant jusqu'en ses dernières conséquences et on le reconnaît ici fils de son siècle»²⁰ ajoutant, un peu plus loin: «Mais on voit bien que dès lors *volens nolens* l'Etat se modèlera sur la société conjugale», entendant par là que l'Etat est édifié à partir d'un droit de commander qui est mis en opération une première fois à l'intérieur même de l'union conjugale :

On posera sans doute la question de savoir si contradiction il y a en ce qui concerne l'égalité des époux, lorsque la loi dit à propos du rapport de l'homme et de la femme: il sera ton maître (...)? Cette loi ne saurait être considérée comme contredisant l'égalité du couple, dès lors que cette domination a pour unique but de faire valoir dans la réalisation de l'intérêt commun de la famille la naturelle supériorité de l'homme sur la femme, et le droit à commander qui y trouve son fondement, droit qui d'ailleurs peut être dérivé du devoir de l'unité et de l'égalité au point de vue de la *fin*²¹.

Alors, là où, avec Rousseau, la femme est idéalisée et envisagée comme la source d'amour, c'est-à-dire de ce qui, en tant que sentiment, ferait ressortir ce qu'il y a de plus «naturel», donc de plus honorable et de meilleur à ses yeux chez l'homme, pour Kant, les conjoints sont des contractants qui nouent à égalité un contrat par lequel la conjointe assume l'inégalité dans l'union matrimoniale:

¹⁸ *La métaphysique des moeurs* (1796), Vrin, 1979, p.156.

¹⁹ Idem, p.157.

²⁰ Idem, «Introduction», p. 53.

²¹ Idem, p. 158.

Je puis dire qu'une *femme*, un *enfant*, un *serviteur* est mien et en général toute autre personne non point parce que je les commande actuellement comme des gens qui appartiennent à ma maison, ou que je les tiens sous ma puissance et en possession, mais si, même s'ils se sont soustraits à la contrainte, et qu'ainsi je ne les possède pas (empiriquement), je puis toutefois dire: je les possède par ma simple volonté aussi loin et aussi longtemps qu'ils puissent exister, par conséquent d'une manière *simplement juridique*; ils ne font partie de mon avoir donc que si je puis affirmer cela et dans la mesure où je puis l'affirmer²².

Kant accorde une importance déterminante à la formalisation de l'union conjugale, au contrat de mariage mais, ce faisant, il est contraint de faire d'un droit qui, en principe, devrait être un simple droit personnel, un droit réel. La notion d'«avoir» en fin de citation le conduit ainsi à assimiler le droit sur la femme à un droit de propriété, ce dont les juristes prendront ombrage sous prétexte que cette confusion reflète le manque de familiarité du philosophe avec le sens des catégories juridiques²³. Pourtant, le recours à la dogmatique juridique n'est d'aucun secours ici pour résoudre le problème soulevé et, au fond, Kant a raison, par défaut en quelque sorte, d'avancer que le rapport juridique entre l'homme et la femme est assimilable à un droit de propriété qu'un homme détient sur des biens, puisque le statut juridique de la femme mariée à l'intérieur de la sphère domestique est complètement subordonné au rapport de pouvoir que l'époux détient sur ses biens. Que cette formulation, venant si tard dans l'histoire de la société civile, puisse répugner à l'esprit legaliste ne fait que mettre en lumière les profonds paradoxes qui appartiennent en propre au droit qui intègre d'un côté le contrat de mariage à la théorie des contrats, mais qui doit également, d'un autre côté, concéder que, par le biais de cette négociation, la femme consent à se soumettre à la domination du mari sur sa propre personne.

²² Idem, p. 122.

²³ La «Préface» de Michel Villey à la *Métaphysique des moeurs*, p.7-26.

Alors, la rigueur du droit et de sa société civile, que Rousseau avait cherché à atténuer en mettant en valeur le rôle de l'intimité et de l'amour à l'intérieur de la sphère domestique, retrouve désormais toute son intransigeante et austère fonction. Et les femmes qui, chez Rousseau, assumaient les responsabilités d'inculquer aux enfants les bons sentiments et de gouverner les hommes dans l'ombre, n'assument plus désormais que la fonction de produire l'espèce et de servir de mandataire dans la gérance de la domesticité. Sur ce point précis, Hegel aura beau ridiculiser Kant, il n'en opère pas moins un retour en deçà de Rousseau en prétendant que l'union la plus parfaite entre l'homme et la femme est celle où les liens affectifs s'accommodent des visées plus matérielles défendues par les pères des conjoints²⁴. Au demeurant, le philosophe ne se préoccupe pas du problème de l'égalité entre les sexes dans le peu d'espace qu'il accorde au lien matrimonial et à la famille.

Quoi qu'il en soit, nous avons en mains les quelques éléments qui nous permettent de changer de registre. Car, il faut immédiatement ajouter que, si ces penseurs ou ces philosophes de la modernité n'ont pas su ou n'ont pas pu rendre compte du processus et du phénomène de l'exclusion des femmes dans la société civile, les juristes et les juges en particulier s'y sont de tout temps employés, avec le résultat que la plus grande part de la «théorie» des relations entre les sexes s'est trouvée prise en charge au niveau de la sanction juridique des relations conjugales ou extra-conjugales, voire au niveau de la justification dogmatique de ces sanctions. C'est donc sur deux plans distincts qu'il faut saisir la réflexion de Kant citée plus tôt à l'effet que la relation entre l'homme et la femme constitue un rapport essentiellement juridique. Sur un plan formel d'abord, le contrat de mariage apparaît comme un véritable rite de passage qui facilite la circulation des femmes dans la société et leur confinement à l'intérieur d'une sphère domestique; sur un plan dogmatique ensuite puisque, ce que la théorie est incapable de développer autrement que par l'accumulation des non-sens ou des contre-sens juridiques, est effectivement pris en charge

²⁴ *Les principes de la philosophie du droit* (1821), Gallimard, 1940, p.139-152.

par l'institution judiciaire. C'est dire que, entre les formalités et la dogmatique juridiques il n'y a pas de théorie possible ou, ce qui revient au même, on appellera «théorie» dans ce cas l'effort de validation des pratiques ou des usages courants.

Ces quelques réflexions nous permettent au passage de préciser que la cécité dont souffrent certains philosophes et réformateurs de la modernité quand il est question du rôle des femmes dans la société relève moins de l'obstacle épistémologique, mais qu'elle relève plutôt d'une idéalisation rendue encore plus prégnante et incontournable que les critères d'évaluation et d'analyse de la sphère domestique ne pouvaient pas, par définition en quelque sorte, être ceux que l'on aurait appliqué aussi bien au niveau social, qu'au niveau politique. D'où la difficulté de saisir ce lieu si ce n'est au niveau de l'imaginaire, comme l'ont si bien rendu romanciers, poètes ou artistes, mais d'où également la difficulté encore plus grande d'articuler la compréhension de la sphère domestique à celle des autres espaces sociaux. Ajoutons que, si le problème ne se pose plus dans ces termes à l'heure actuelle, cela tient davantage, entre autres facteurs, au fait que les femmes ont intégré le marché des idées et celui du travail, cela ne tient toujours pas au fait que la théorie libérale ou néo-libérale soit mieux à même de cerner les fondements théoriques et politiques de l'inégalité entre les sexes.

Le droit et les femmes

Que les femmes n'aient détenu ni pouvoir politique, ni statut de citoyenne active dans la société civile à l'époque de Rousseau ou de Kant pouvait répugner à quelques rares philosophes, les juristes ne s'en sont jamais formalisés. D'abord, le droit était explicite sur ces questions: avant l'adoption du Code Napoléon (1804), les femmes étaient des incapables, au sens juridique du terme, c'est-à-dire qu'elles étaient inaptes à contracter, donc à gérer les biens, meubles ou immeubles, leur appartenant en propre. Si certaines coutumes étaient moins intransigeantes que d'autres, la Coutume de la Petite-Pierre ou les statuts de la Corse, par exemple, le principe d'incapacité dans son application à la femme était, à toutes fins

utiles, universel. Tout compte fait, au cours des temps anciens, la coutume s'était avérée parfois plus accommodante à l'égard des femmes que ne l'a été la monarchie absolue. Même si ses droits étaient limités et qu'elle fut déclarée incapable, la femme mariée assumait certaines responsabilités, surtout dans les cas où le mari était absent ou fou. Cependant, en France en particulier, l'instauration de la monarchie absolue aux XVII et XVIII^{ème} siècles, aura pour effet de resserrer encore davantage le pouvoir du mari sur sa femme.

Selon Jacques Ellul, deux arguments peuvent être invoqués pour expliquer l'accroissement des pouvoirs de l'homme à l'intérieur de la famille: le premier ordre est lié à la volonté du roi d'accroître sa puissance de sorte que «le renforcement de la puissance paternelle et maritale va de pair avec l'affirmation du pouvoir monarchique et assure l'ordre de la famille nécessaire à l'ordre dans l'Etat»²⁵. Le second réside dans l'affaiblissement des liens du lignage de sorte que «la grande famille lignagère avec sa solidarité rigoureuse et étendue perd de sa force tandis que, dans la famille au sens étroit, la maison, l'autorité du mari sur la femme et les enfants grandit»²⁶. La conséquence première de ceci c'est que «l'on assiste à une dégradation de la situation de la femme. Elle perd à la fois son indépendance et sa capacité juridique: elle ne peut plus agir à la place du mari absent ou fou»²⁷. Et même le projet égalitariste qui caractérise la période révolutionnaire en France à compter de 1789 ne parviendra pas à alléger la domination que l'homme exerce sur la femme.

Ainsi, par exemple, même si la loi du 22 juillet 1791 interdit aux citoyens de s'administrer des mauvais traitements entre eux, la jurisprudence a eu tôt fait d'interpréter ce genre de clause comme ne s'appliquant qu'à «des personnes indépendantes les unes des autres; et qu'elle est conséquemment exclusive de personnes confondues dans une

²⁵ J. Ellul, *Histoire des institutions*, tome 2, *Institutions françaises*, 1, Presses Universitaires de France, 1956, p. 489.

²⁶ Idem, p.489-490.

²⁷ Idem, p.491.

union constante, placées sous la puissance l'une de l'autre»²⁸. En d'autres termes, ici encore, la notion de «citoyen» devait s'entendre dans un sens anthropologique précis. Pendant la Révolution française:

«la mesure de l'égalité, c'est la qualité de citoyen. L'on ne considère pas l'homme en lui-même, dans sa réalité, mais seulement dans sa dimension d'homme politique, appartenant à la Nation»²⁹.

Et, parmi les inégalités qui subsistent, à part celle qui touchera un temps les Juifs et celle qui s'abat toujours sur les esclaves noirs des colonies,

...la plus grave inégalité était consacrée par l'Assemblée qui refusa les droits politiques aux femmes. Il fallait, en réalité, être du sexe masculin pour être citoyen³⁰.

Comme quoi, à l'époque, la législation, la doctrine juridique et la jurisprudence s'unissent dans une belle unanimité pour dénier aux femmes la reconnaissance des droits civil et politique. En définitive, c'est peut-être bien le projet de la dramaturge Olympe de Gouges qui illustre au mieux la dimension à toutes fins utiles incontournable de l'oppression des femmes. Ayant fait paraître une «Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne» en 1793 qui proposait rien moins que la négociation d'un contrat social entre hommes et femmes, Robespierre l'envoya à l'échafaud³¹.

En tout état de cause, l'adoption d'un Code civil en 1804, - le Code Napoléon - n'innove pas en ces matières et sa

²⁸ M. Merlin, *Recueil alphabétique des questions de droit*, 2ième édition, Paris, Garnery, 1810, tome 2, à l'article «Femme», p. 575.

²⁹ J. Ellul, *op.cit.*, p. 594.

³⁰ *Idem*, p.596.

³¹ Marilyn French, *op.cit.*, p.191. Si Michelet relève qu'Olympe de Gouges «fondait alors des sociétés populaires de femmes...», il ne mentionne pas la *Déclaration* et impute plutôt sa condamnation à ses attaques contre Robespierre, ainsi qu'à l'offre qu'elle fit de défendre le Roi, malgré qu'elle ait été républicaine. Cf. *Histoire de la Révolution française*, t.2, Gallimard, coll. «La Pléiade», 1952, p.117-120 et 1402-3.

promulgation confirme la subordination des sexes dans la société civile: «la femme mariée est placée sous l'autorité absolue de son mari»³², avec une réserve importante toutefois, puisque le Code reconnaît le droit au divorce, un droit qui sera abrogé quelques années plus tard au moment de la Restauration. Au demeurant, l'institution des tribunaux de la famille proposée par Louis XVI vers la fin de son règne n'est pas implantée malgré qu'il en fut question pendant la Révolution. Ces tribunaux auraient eu pour fonction de réduire les abus auxquels conduisait le fait que les femmes ne pouvaient recourir aux tribunaux criminels pour redresser les torts ou les sévices dont elles étaient victimes de la part de leur conjoint.

La subordination des femmes prévue au Code civil favorise alors une circulation androcentrique des biens et des patrimoines, une exigence qui excluait par avance en quelque sorte, la reconnaissance de leurs droits civils et politiques; comme quoi le contrat et le contrat social étaient des institutions qui concernaient au premier chef les rapports que les hommes nouaient entre eux.

Les limites du néolibéralisme

Rétrospectivement, l'incapacité des classiques du contractualisme, Rousseau et Kant en particulier, à théoriser la domination qui s'abat sur les femmes et, surtout, à justifier cet état dans le moment même où l'on assiste à l'échafaudage des paramètres de l'égalitarisme ne laisse pas d'être déconcertante. Qu'il y ait eu, dans le même temps, des auteurs, des polémistes ou des penseurs qui s'y soient appliqués, une Olympe de Gouges, une Mary Wollstonecraft ou un Godwin par exemple, ne devrait pas servir à nous faire dévier de l'argument puisque ce sont les oeuvres de ces hommes qui sont aujourd'hui remises à l'ordre du jour par les néo-libéraux et non pas les travaux polémiques des féministes «classiques». Bien sûr, cette option ou ce parti-pris sont significatifs, mais ce qui l'est plus encore, c'est le refus de repérer chez Rousseau et Kant l'insurmontable difficulté à laquelle ils ont fait face quand ils ont cherché à

³² J. Ellul, op.cit., p.734.

rendre en compte du statut particulier des femmes dans la société civile.

À cet égard, les travaux contemporains qui se situent dans le prolongement des thèses rousseauistes ou kantienne escamotent trop souvent l'enjeu de l'égalité pour déployer de copieux développements autour du problème du pouvoir, de la légitimité ou de la justice, en laissant complètement dans l'ombre la relation entre les sexes, ou en faisant comme si, en parlant des droits de l'homme, il devait nécessairement être question également des droits des femmes. Or, au seul niveau philologique, ces thèses sont pour le moins suspectes dans la mesure où elles devraient rendre explicite un présupposé qu'elles s'efforcent au contraire d'esquiver en s'appuyant sur une vision soi-disant universelle et englobante de la notion d'«homme», alors que le poids de l'histoire et du droit contredit à tout point de vue ce genre d'interprétation. Le fardeau de la preuve tombe sur les épaules de ceux qui prétendent que cette notion porte un sens plus large que celui qu'elle avait naguère, et non pas sur les épaules de ceux qui soutiennent que ce n'est pas le cas et que la sanction des droits de l'homme avantage encore et toujours les maris et les pères et aux dépens des mères et des épouses.

Plus fondamentalement d'ailleurs, il apparaît, en dernière analyse, que la faille principale dans les approches libérale et néo-libérale tient d'abord et avant tout au fait qu'elles reprennent à peu près telles quelles les justifications que le droit civil fournit au maintien des paramètres de la société civile, avec le résultat que ces démarches ne prennent aucune distance critique par rapport à la dogmatique juridique elle-même et que, en conséquence, elles sont incapables d'envisager de manière un tant soit peu réaliste les dichotomies entre le public et le privé, entre le social et le domestique. Or il apparaît indispensable d'introduire la notion de sphère domestique dans l'analyse et l'interprétation de la société civile, car c'est à cette condition que l'on pourra faire sens et donner un sens à l'ambivalence même de la distinction entre le public et le privé où le privé désigne à la fois un ensemble de droits et d'obligations qui relève d'un droit civil et un autre ensemble de normes qui ne relève pas tant du droit civil mais plutôt de

l'exercice du pouvoir au sein de la sphère domestique. En effet, ce dont il a été question jusqu'ici ne peut être saisi en ayant recours à la distinction juridique et politique classique entre le public et le privé qui sont essentiellement des espaces de pouvoir.

Or, la subordination des femmes relève aussi et surtout peut-être d'une domination qui se situe à la marge en quelque sorte de la société civile, là où commence la sphère domestique, un espace normatif qui opère encore pour une large part sous l'égide de comportements et de coutumes qui n'ont rien à voir avec les normes du droit civil. Et même si, dans la foulée des intimités et sollicitations adressées au droit civil pour qu'il «civilise» les relations et rapports au sein de la sphère domestique, on peut noter d'importantes améliorations à ce chapitre depuis quelques décennies en matière d'égalité entre conjoints notamment, il n'en reste pas moins que la subordination des femmes persiste encore et toujours jusqu'au plus profond des intimités. Au fond, l'ambiguïté sémantique qui entoure la notion d'«homme» dans les mots d'ordre libérateurs, loin de conduire à la promotion indifférente de toutes et de tous, valide un cadre d'analyse spécifique, avec le résultat que sa mise en application conduit inmanquablement à la sanction des inégalités juridiques et politiques entre les sexes. C'est en ce sens que toute remontée aux classiques du libéralisme qui omet de placer le problème spécifique des relations entre les sexes au centre de son analyse, ne contribue, en fait, qu'à réenclencher une marginalisation à la fois théorique et politique du statut des femmes dans la société civile.

CHAPITRE II

LES CHARTES, LE DROIT CIVIL ET LES CLIVAGES SOCIAUX

Je me propose, dans les lignes qui suivent, de lier la promulgation des Chartes canadienne et québécoise au droit civil. Cette juxtaposition servira essentiellement à montrer en quoi et comment les Chartes corrigent ou confirment les principes juridiques de base qui, à leur tour, sanctionnent le maintien d'inégalités systémiques à l'intérieur de la société civile. Cette démarche suppose donc que le contenu des Chartes ne saurait être analysé en tant que tel, sinon que leurs dispositions doivent être étudiées en relation avec les normes de droit qui prévalent dans un contexte social donné.

Toutefois, avant d'engager cette analyse, je me permettrai d'effectuer un détour qui me conduira à rappeler deux choses: la première, c'est l'importance de la revendication de justice et de liberté au niveau international; la seconde m'amènera à rappeler succinctement les paramètres de l'ordre civil et les clivages sociaux qui en découlent, des clivages qui, à leur tour, établissent de profondes et incontournables inégalités entre les sujets de droit. Ces développements feront l'objet des deuxième et troisième sections. Une fois ces éléments mis en place, je procéderai, dans une quatrième section, à établir un lien plus contextuel entre certaines dispositions des Chartes et le droit civil. Il sera alors question de chercher à évaluer dans quelle mesure le principe d'égalité sanctionné dans les Chartes est, ou non, compatible avec le degré de liberté toléré au niveau de la société civile. En d'autres termes, nous tâcherons de voir si les Chartes élargissent l'aire d'application des principes propres au

droit civil. Malgré leur peu de rapport apparent avec l'analyse finale, ces préliminaires m'apparaissent indispensables si l'on entend cerner les rôle, place et fonction des Chartes dans la gouverne sociale et juridique des sociétés actuelles.

La promulgation de Chartes de droits et libertés de la part d'organismes internationaux, d'États, voire de la part de gouvernements subalternes comme les provinces, représente sans doute un important acquis de civilisation. Au niveau international, ces initiatives législatives s'inscrivent dans le prolongement d'un effort engagé au lendemain de la Deuxième guerre afin d'universaliser la reconnaissance de la liberté et de l'égalité dans un contexte caractérisé par l'omnipotence du pouvoir de l'État. On tirait alors la leçon d'un entre-deux guerres qui avait été marqué par le recours à un nombre impressionnant de mesures coercitives de tous ordres. À cet égard, l'adoption de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* par les Nations-Unies en 1948 s'inscrivait dans le cadre d'une vaste démarche lancée durant la guerre elle-même autour de l'objectif central qui consistait à faire droit à la promotion d'une plus grande justice sociale

Pour sa part, le Canada adoptait une *Déclaration canadienne des droits* en août 1960, mais c'est seulement en 1982 que la *Charte canadienne des droits et libertés* a été constitutionnalisée, à l'occasion du rapatriement de la Constitution. Entre temps, le Québec adoptait sa propre *Charte des droits et libertés de la personne* en 1975.

C'est ainsi que, l'un après l'autre, pays, États ou provinces les plus sensibles à la revendication des droits et libertés adoptent des Chartes qui reconnaissent et sanctionnent les normes du droit international auprès de leurs populations respectives. Cependant, sur au niveau national, ces initiatives ne sont pas sans soulever un premier problème qui est celui de la sanction, de la part des signataires, des engagements auxquels ils ont souscrits, dans la mesure où ces nouvelles normes ne sont pas forcément compatibles avec celles du droit interne. Cette difficulté était déjà présente au moment de l'adoption de la *Déclaration universelle*, puisque bon nombre des gouvernements favorables à cette mesure n'ont même pas

donné suite, au niveau national, aux engagements auxquels ils avaient alors souscrits, mais elle refait surface à chaque fois que des membres d'une organisation internationale prennent l'initiative d'adopter des normes qui devraient par la suite être entérinées par leurs propres pouvoirs législatifs et qui ne le sont pas. Quel ascendant pouvait-on alors accorder à la Charte des droits adoptée par les membres de l'Organisation des États américains quand on savait par ailleurs que certains pays membres, comme le Guatemala ou El Salvador, vivaient à l'époque sous l'emprise de dictatures? Dans le même ordre d'idées, quel crédit pouvait-on accorder aux dispositions des Accords d'Helsinki quand on aura rappelé que, parmi les noms des signataires, on retrouvait ceux de Ceaucescu et de Brejnev?

Quoi qu'il en soit, il serait exagéré de penser que ces initiatives demeurent sans portée véritable puisque plusieurs signataires prennent leurs engagements au sérieux d'une part, puisque l'effet de ces déclarations et accords est essentiel aux yeux des défenseurs des droits et libertés civils et politiques à l'intérieur même des pays vivant sous des régimes autoritaires d'autre part. On rappellera d'ailleurs à ce propos le rôle tout à fait remarquable joué par le savant russe Sakharov quand il avait assumé la responsabilité de surveiller l'application des termes de l'Accord d'Helsinki à l'intérieur de son propre pays.

En ce sens, la signature de Chartes, de même que les engagements souscrits par les pays au niveau international en faveur de la défense des droits et libertés, jouent un rôle déterminant puisqu'ils permettent aux citoyens d'interpeller directement les pouvoirs publics eux-mêmes. Ceci dit, il reste à se poser deux questions: *premièrement*, quels sont les facteurs qui poussent à l'internationalisation des droits et libertés? *Deuxièmement*, en quoi et comment ces initiatives sont-elles susceptibles de changer certaines normes de base qui prévalent à l'intérieur des pays ou des territoires concernés?

L'ordre de droit et le marché

Les États contemporains assument de plus en plus difficilement leur mission sociale face aux exigences de la globalisation des marchés. L'entrée en scène de nouveaux

acteurs économiques, qu'il s'agisse des firmes multinationales, des consortium financiers et d'organisations comme le Fonds Monétaire International ou la Banque mondiale, a transformé la situation antérieure où les États assumaient, en toute autonomie, au niveau national, l'initiative dans les domaines politiques et sociaux. En ce sens, le phénomène de la mondialisation des marchés pousse à la redéfinition des rapports entre la société civile et l'État, une redéfinition en vertu de laquelle la transnationalisation des marchés nationaux sollicite, parallèlement, l'internationalisation des sociétés civiles ou, à tout le moins, l'internationalisation de certains droits civils et politiques, voire même de certains droits sociaux..

La théorie libérale classique, quant à elle, avait opéré à partir d'une juxtaposition claire entre l'État et la société civile, de sorte que la question des droits et libertés sur un périmètre donné demeurait une prérogative de l'État-nation. En conséquence, chaque État était tenu, en droit sinon en fait, de maintenir un degré de liberté compatible avec le niveau de développement économique atteint d'une part, compte tenu des revendications politiques des citoyens de l'autre. En définitive, le lien ou le rapport entre l'économie et la démocratie demeurait essentiellement une affaire interne. Or, sous la poussée de forces économiques qui provoquent actuellement l'extension et la transnationalisation des marchés, les États sont conduits à assumer des contraintes issues de, et imposées par, les organisations et les entreprises internationales. Cette situation affecte désormais les formes et les modalités de la gestion étatique de la société et du droit, une reconversion qui interpelle directement l'opinion publique, qu'elle soit nationale ou mondiale par ailleurs, en faveur d'une reconnaissance de plus en plus large des droits, des libertés ainsi que de la justice sociale.

En ce sens, et au niveau le plus superficiel, l'internationalisation de la revendication en faveur de la défense des droits et libertés répond à l'internationalisation des marchés. Ce processus suit donc, en quelque sorte, les nouvelles modalités d'intégration économique en cours. Sur un plan plus fondamental toutefois, il conviendrait de voir également, au-delà d'un simple mécanisme d'ajustement, l'émergence d'un

phénomène nouveau caractérisé par la plus grande diffusion de la revendication de liberté et de justice au niveau international. Nous assistons alors peut-être à l'émergence d'une nouvelle conscience sociale et politique au sein d'une opinion publique mondialisée désormais soucieuse de sauvegarder la dignité de sujets de droit au moment même où le poids conjugué des déterminismes extérieurs et étatiques risque de placer ces mêmes sujets dans des situations de plus en plus précaires et injustes.

Les chartes et le droit civil

Il ne suffit pas d'établir le lien entre l'ordre juridique national ou étatique et l'internationalisation des marchés pour comprendre l'importance de l'enjeu de la promulgation de Chartes des droits et libertés. À ce niveau, en effet, la question ne relève plus que du domaine des ajustements et, autant ceux-ci peuvent apparaître déterminants, autant ils ne nous permettent pas d'aborder cette autre question de fond, à savoir: de quel ordre social et de quels ajustements est-il question? Afin de saisir la portée de ce questionnement, il nous faut alors engager une autre démarche qui devrait nous conduire à révéler une connexion plus serrée entre une Charte et le droit civil, c'est-à-dire le droit tel qu'il prévaut et tel qu'il est sanctionné dans un cadre socio-juridique donné.

Cette question nous renvoie alors à l'analyse de la société civile elle-même et au droit qui l'encadre. On conviendra, aux fins de l'argumentation, et pour simplifier, que la société civile est régie par un droit civil. Ce droit civil, à son tour, trace un certain nombre de clivages à l'intérieur de la société. Le premier clivage, et le plus déterminant, est celui qui oppose ou juxtapose deux sphères sociales plus ou moins étanches: un réseau de relations qui appartiennent en propre à la sphère civile et un réseau de rapports privés qui relèvent de la sphère domestique. Un second clivage établit les modalités d'accession à la personnalité civile et à la citoyenneté active; c'est celui qui prévoit des modalités différentielles d'accès à la citoyenneté et à la jouissance des libertés politiques sur la base du sexe, de l'âge ou du handicap, entre autres, des modalités qui permettent

de départager le citoyen actif de celui qui ne l'est pas. Un troisième et dernier clivage départage les citoyens sur la base du statut social, soit en pondérant de manière différente les droits et obligations entre parties à un même contrat, selon que l'on est employeur ou employé, selon que l'on est locateur ou locataire, par exemple, soit en hiérarchisant les garanties dont bénéficient les sujets en matière d'assurance ou d'hypothèque, par exemple.

Je vais rapidement reprendre ces distinctions dans l'ordre. Au sujet du premier clivage, il convient de dissiper d'entrée de jeu une ambiguïté: la distinction entre les sphères civile et domestique ne recoupe pas la différence que l'on fait en droit entre le public et le privé, puisque le droit civil relève du droit dit «privé», tandis que le droit public englobe le droit international, le droit commercial, voire le droit criminel. Or, quand on avance que le droit civil sanctionne une délimitation spécifique entre deux ordres de rapports sociaux, on réfère à quelque chose de tout à fait différent. Il s'agit en réalité d'établir une démarcation entre deux réseaux de relations sociales dont l'un est régi par les principes du droit civil, tandis que l'autre est régi par des préceptes autres, qu'ils soient soi-disant naturels ou coutumiers ou patriarcaux. Ainsi, certaines relations latérales entre les individus peuvent être légales, elles ne sont pas régies par les normes du droit civil pour autant, elles sont régies par des normes particulières. C'est le cas pour une très grande part des relations entre conjoints et des relations entre hommes et femmes, voire entre parents et enfants. C'est le cas, en partie — en partie, parce que le droit du travail est venu occuper ce champ — des relations patronales-ouvrières.

À la différence des deux autres clivages que nous étudierons ci-après, cette première délimitation est fondamentale à plus d'un titre. Elle l'est d'abord parce qu'elle limite l'aire d'application des paramètres de l'ordre civil en établissant une frontière juridique plus ou moins étanche au-delà de laquelle l'ordre du droit civil n'opère plus sous l'empire des rationalités reçues *publiquement*. C'est pourquoi l'on évoque alors le domaine du privé, c'est-à-dire que l'on invoque alors l'idée que ce réseau de relations sociales échappe à la

sanction publique et qu'il demeure soumis à un ensemble de normes qui ne s'appliquent pas, ou qui ne s'appliquent plus, au sein de l'ordre civil lui-même. Comme cela a déjà été souligné, les relations entre conjoints ont longtemps relevé de paramètres alternatifs dont l'interprétation avait peu à voir avec ceux que l'on appliquait par ailleurs au sein de la société civile. En vertu de ces normes, les époux n'avaient pas le droit de nouer entre eux des contrats, la femme ne pouvait pas contracter avec des tiers et l'autorité maritale excluait la femme des décisions parentales. Ces exemples n'épuisent pas le débat, ils visent plutôt à souligner l'importance de cette démarcation, induite par le droit civil, démarcation en vertu de laquelle l'aire d'application des paramètres du droit civil était, au départ en tout cas, réservée à une catégorie limitée de citoyens, les hommes adultes.

Les second et troisième clivages n'ont pas la même portée que le premier en ce sens qu'ils ne renvoient pas à une délimitation fondamentale entre deux ordres sociaux, mais ils renvoient plutôt aux modalités d'application du droit civil lui-même. Si le premier clivage oppose l'homme à la femme en tant que catégories juridiques qui, historiquement en tout cas, ne bénéficient ni des mêmes droits ni des mêmes obligations malgré que les principes de droit civil auraient dû s'appliquer indifféremment à tous les sujets, en revanche, les autres exclusions affectent plutôt certains sujets de droit en raison de leurs capacités ou incapacités propres. Dans la mesure où ces autres exclusions touchent également les femmes, rien n'empêche qu'une réparation acquise aux deux ou troisième niveaux puisse demeurer sans effet sur le rapport qu'elles ont noué à l'intérieur de l'union conjugale. En ce sens, la discrimination vis-à-vis des femmes, en tant que groupe et en tant que sexe, dépasse, et de loin, celle qui s'abat sur les autres catégories de non-citoyens ou de citoyens, qu'il s'agisse de ceux qui n'ont pas atteint la majorité ou des étrangers, entre autres. Afin d'illustrer ce que je viens de souligner, il suffit de prendre l'exemple de la revendication salariale. L'inégalité des rémunérations pour un même travail représente une injustice puisqu'elle va à l'encontre du principe de non-discrimination fondé sur le sexe. Or, une réparation à ce niveau, c'est-à-dire

l'établissement d'une égalité salariale entre les sexes, demeure sans effet sur le premier clivage que nous avons retenu, à savoir les rapports privés entre hommes et femmes, avec le résultat que le réseau des relations domestiques peut fort bien subsister tout à fait inchangé malgré les acquis d'égalité cumulés par ailleurs.

Quant au second clivage donc, il relève, en droit, de l'interdiction. Ce mécanisme permet de soustraire certaines catégories de personnes à la jouissance des droits civils. Historiquement, ces catégories ont pu inclure les mineurs, les alcooliques, les narcomanes, les aliénés, les Indiens, les Juifs, les ouvriers et, bien sûr, les femmes. Depuis, les catégories d'exclus ont été réduites, en particulier, aux mineurs et à ceux et celles qui, par suite de handicaps, sont dans l'incapacité de faire valoir juridiquement leur consentement aux obligations qu'ils pourraient nouer. Il existe également une autre catégorie d'interdictions, celle qui affecte certaines personnes qui, du fait de leur statut, ne peuvent nouer certaines obligations; ainsi en est-il, par exemple, des juges, des avocats ou des notaires qui ne peuvent être partie prenante dans les causes qu'ils entendent, les litiges ou les affaires qu'ils transigent. Mais ces restrictions ne nous concernent pas et il n'en sera pas question.

L'interdiction est édictée essentiellement aux fins de soustraire certaines personnes à la rigueur du droit; il s'agit donc d'une mesure de protection. Or, si l'on s'en tient seulement au cas des mineurs, il va de soi que la privation des droits civils peut conduire - et conduit effectivement - à la perpétration d'abus qui revêtent également un caractère systémique. Pour partie, cette exclusion cautionne l'établissement de deux ordres de droit et, en ce sens, l'interdiction consolide une forme d'extension de la sphère domestique où les parents maintenant - et non plus seulement les hommes - disposent d'un pouvoir de normalisation et de sanction dont les fondements n'appartiennent pas nécessairement à ceux qui régissent l'ordre civil. Cette marge d'arbitraire s'étend également aux institutions qui ont pour mission de protéger les droits de l'enfant, avec des résultats parfois désastreux pour le mineur qui ne dispose ni de droit, ni de recours contre les mesures qui lui sont imposées.

Le troisième, et dernier, clivage est plus large d'application: il renvoie à toutes les autres dispositions du droit civil, voire du droit politique, qui établissent un ordonnancement entre les individus, que ce soit en matière de privilège et d'hypothèque, de responsabilité ou d'assurance, en matière d'équité salariale, de droit de vote ou d'accès à l'information. Ce dont il est alors question c'est non seulement du contenu des dispositions du droit civil qui avantagent certaines classes de citoyens au détriment d'autres classes — le propriétaire vis-à-vis du locataire, l'employeur vis-à-vis de l'employé, etc. — mais également la jurisprudence qui interprète plus souvent qu'autrement les termes des contrats en accordant plus de crédit à l'interprétation la moins susceptible de remettre en question les inégalités sociales et systémiques. Plus généralement, ce troisième clivage instaure et perpétue des inégalités de statut et de traitement qui, à leur tour, caractérisent un certain état de la démocratie et du démocratismes dans un contexte socio-politique donné.

Cette classification ne sera pas développée davantage, on voudrait plutôt s'en servir afin d'évaluer les correctifs que la promulgation de Chartes peut apporter et afin d'évaluer en quoi ces correctifs diminuent l'un ou l'autre des clivages retenus et les discriminations qu'ils soutiennent.

Les chartes et l'ordre civil

Il fallait bien que le législateur ait pris conscience des déficits d'égalité qui perduraient au sein de la société civile pour justifier l'adoption de Chartes des droits et libertés. Pourtant, malgré leur différence d'objet et de fonction ni la Charte québécoise ni la Charte canadienne ne viennent bousculer les principes qui soutiennent l'ordre civil. Plus spécifiquement, aucune disposition de l'une ou l'autre Chartes ne vient couvrir le premier clivage que nous avons décrit. Ainsi, en matière de relations entre hommes et femmes, et au sujet du maintien d'une sphère privée ou domestique qui échappe à toutes fins utiles aux principes du droit civil, le silence est total dans les deux cas. Dans ces conditions, l'interdiction de discrimination prévue à l'article 10 de la Charte québécoise et

les droits à l'égalité définis à l'article 15 de la Charte canadienne peuvent sans doute avoir des effets au niveau de l'ordre public, ils n'en ont pas dans la sphère domestique de sorte que les deux Chartes consolident la validité juridique du clivage fondamental qui caractérise, par excellence, la société civile telle qu'elle prévaut encore aujourd'hui. Cela veut dire que ces Chartes ne sont pas susceptibles d'atténuer ces deux réseaux d'inégalités propres à la sphère domestique: entre hommes et femmes d'une part, entre adultes et enfants d'autre part. À ce titre, elles laissent toutes deux intouchées les discriminations susceptibles de prévaloir à l'intérieur d'une sphère domestique cautionnée par un droit civil qui aurait renoncé à sanctionner l'application des préceptes de liberté, d'égalité et de responsabilité au sein même des familles, notamment.

En revanche, il n'en va pas de même vis-à-vis du second clivage, c'est-à-dire vis-à-vis du mécanisme de l'interdiction puisque l'effet des Chartes a été déterminant dans l'élimination de certaines discriminations fondées sur le sexe, l'âge ou le handicap, entre autres. Mais à ce premier constat, essentiellement positif, il convient d'en opposer un autre, beaucoup plus négatif, selon lequel les dispositions des Chartes au chapitre de l'égalité et de la non-discrimination, entre autres, sont très souvent interprétées à la lumière du droit civil existant de sorte que l'assouplissement souhaité tarde à faire sentir ses effets jusque dans le domaine du droit civil.

Mais c'est en définitive au troisième niveau que les Chartes ont le plus d'effet et c'est bien comme mécanisme de correction des injustices et des inégalités qui prévalent à l'intérieur de la société civile, que ce soit en matière de contrat ou l'obligation entre autres, qu'elles rencontrent toute leur utilité. Elles sont indispensables surtout dans la mesure où elles protègent l'exercice de leurs prérogatives de la part des individus d'un côté, tout en obligeant les pouvoirs publics à agir en respectant les normes minimales de justice commutative de l'autre.

Conclusion

Sur la base des quelques réflexions soumises, nous pouvons tirer un bilan succinct des rôle et place des Chartes dans la société civile. La première réflexion, d'ordre général, consiste à rappeler que la promulgation des Chartes de droits et libertés ne se situe pas nécessairement dans le prolongement des revendications portées au sein même de la société civile en faveur d'une plus grande reconnaissance de l'égalité entre les sexes, entre générations et entre les groupes défavorisés vis-à-vis des mieux nantis.

Le lieu et le niveau d'intervention des Chartes se situe ainsi quelque part au-delà ou en deçà de ce premier clivage et vise plutôt les modalités d'application et de reconnaissance des prérogatives du citoyen dans les domaines civil et politique. Leur influence est sans doute déterminante et essentielle à ce niveau, mais il n'en reste pas moins que ces instruments demeurent relativement inadéquats quand il s'agit de corriger les injustices les plus fondamentales qui subsistent à l'intérieur de la sphère domestique, c'est-à-dire à l'intérieur des familles surtout.

Une seconde réflexion viendra quelque peu atténuer la teneur de la précédente. En effet, en étendant l'application des principes de justice et d'équité, que ce soit en matière civile, économique ou politique, les Chartes ont également un effet appréciable sur l'égalisation des statuts juridiques des sujets de droit. À son tour, cette égalisation contribue à rendre de moins en moins défendable, tant au plan juridique qu'au plan social, la survivance d'une aire domestique d'application de normes dont les principes de base sont incompatibles avec ceux qui sont sanctionnés à l'intérieur de la société civile dans son ensemble. En d'autres mots, la défense de l'égalité au niveau public rend de moins en moins tolérable le maintien de l'inégalité, de la discrimination et de la violence dans la sanction des relations privées entre les personnes.

La troisième réflexion, quant à elle, prendra la forme d'une interrogation: s'il fallait passer par la promulgation de Chartes afin d'élargir l'application des principes juridiques propres au droit civil, n'est-il pas désormais temps de solliciter l'extension des principes du droit civil au domaine des relations privées? Après les Chartes, c'est donc vers le contenu de la

réforme du Code civil qu'il faut se tourner, parce que c'est là, en définitive, que l'universalisation des principes d'égalité et de liberté trouvera sa dernière, et sa plus essentielle, formulation.

Quant à la dernière réflexion, elle nous ramène à la question de fond, c'est-à-dire au rapport entre l'éthique et le droit. Si les Chartes permettent de juridiciser certains principes éthiques, comme la reconnaissance du droit à la vie, à la dignité, les libertés fondamentales et la non-discrimination, l'aire d'application de ces principes n'est pas universel, contrairement à ce que présuppose encore trop souvent le discours dogmatique. En effet, ces principes fondamentaux ne s'étendent pas explicitement aux rapports domestiques ou privés que les individus nouent entre eux avec le résultat que le droit à la sécurité et à la dignité, à l'égalité et à la non-discrimination ne s'applique pas de manière systématique dans les rapports entre conjoints, ni non plus dans les rapports entre parents et enfants. Dans ces conditions, les principes qui sont sanctionnés à l'intérieur de l'ordre civil en tout cas, participent encore d'une vision archaïque, sinon paternaliste, des relations interpersonnelles: trop souvent, au nom des droits de l'enfant, on dénie à l'enfant ses droits³³; trop souvent, au nom de la responsabilité des mères, on exonère les pères; trop souvent, au nom de la liberté des femmes, on cautionne la violence des hommes. Si la judiciarisation n'est certes pas une panacée à la reconnaissance pratique et effective des principes éthiques, il apparaîtrait néanmoins que ce qui est encore plus dommageable, sur le plan éthique, c'est bien que des principes contradictoires viennent sanctionner de manière différente des comportements semblables selon que certains de ces comportements ont été engagés en public et d'autres dans l'intimité des foyers. On assiste ainsi à l'expression des plus belles indignations face à la violence qui prévaut dans certains

³³ L'adoption, le 20 novembre 1989, de la Convention sur les droits de l'enfant par l'Assemblée générale des Nations-Unies représente un indéniable progrès dans la défense des droits des jeunes de moins de 18 ans. Cependant, il est encore trop tôt pour évaluer l'impact de ce genre d'engagements internationaux sur les relations privées. Voir, par exemple, Renée Joyal, «Reconnaître les droits de l'enfant», *Médium-Sciences humaines*, no 36, été 1990, p. 13-14.

sports, tandis que le silence le plus complice entoure encore et toujours la montée des violences familiales. Il n'y aura pas de remède à ce fléau tant et aussi longtemps que l'on n'abattra pas la cloison qui abrite la sphère domestique de l'application des normes éthiques et légales en vigueur dans la société. Et si, pour toutes sortes de motifs historiques et idéologiques qui tiennent à la protection du statu quo et de la bonne conscience paternaliste, les droits civils ne peuvent pas le faire, ce serait aux Chartes des droits d'y pourvoir, ce qui, je le concède, ne règle pas le problème, mais ce qui, à tout le moins, placerait le droit civil devant le défi de l'universalisation de ses principes à l'ensemble de la société et à tous ses membres sans distinction.

CHAPITRE III

LA JUSTICE SOCIALE ET L'ÉCONOMIE POLITIQUE : LES NOUVELLES RÈGLES DU JEU

Les débats actuels autour de la justice sociale sont marqués du sceau d'une contestation forte issue des courants néo-libéraux ou conservateurs qui dénie à l'État-providence la capacité de faire droit à la réduction des inégalités sociales³⁴. Il y avait longtemps que l'on n'avait, à ce point, invoqué la notion de justice et travaillé à proposer autant de nouvelles théories de la justice, ce qui constitue moins un révélateur du poids des injustices qui prévalent encore et toujours au sein des sociétés dites de «capitalisme avancé», mais ce qui fait plutôt partie d'une tentative beaucoup plus déterminante pour remettre en cause les capacités des pouvoirs publics de favoriser l'égalisation des conditions économiques et sociales entre citoyens. Un autre indicateur intéressant de l'emprise de ces nouveaux questionnements, c'est que cet effort n'épargne aucun courant de pensée et on a même vu des commentateurs chercher

³⁴ Les voies de cette remise en cause sont multiples et variées, et elles ont engagé un véritable débat de société qui touche tout autant à la gestion étatique de l'aide sociale qu'à la remise en cause des paradigmes de l'interventionnisme. A titre d'exemple, je me permets de citer à nouveau les travaux de Charles Murray, *Losing Ground. American Social Policy 1950-1980*, BasicBooks, New York, 1984; Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, Basic Books, New York, 1974; James M. Buchanan, *The Limits of Liberty*, The University of Chicago Press, Chicago, 1975; et James D. Gwartney et Richard E. Wagner (Compilateurs), *Public Choice and Constitutional Economics*, JAI Press Inc., Greenwich, Conn., 1988.

à débusquer les linéaments d'une théorie de la justice dans l'oeuvre de Marx et d'Engels, une tentative pour le moins curieuse d'adapter au goût du jour des théoriciens qui, au point de départ, tenaient en bien piètre estime la vision libérale du monde³⁵.

Cependant, contrairement à des remises en question antérieures, les nouvelles controverses poussent leurs ramifications jusqu'à ébranler la validité des implications sociétales, des empathies comme des sympathies, au point de remettre en cause toute forme d'assurance sociale, de service social, ou d'assistance sociale engagée à l'instigation des pouvoirs publics: elles se trouvent, par conséquent, à ébranler les fondements des projets socio-démocrates et socialistes. Plus spécifiquement, ce qui se trouve recusé à cette occasion, c'est moins la revendication de justice, d'aide, de service ou d'assurance, mais bien la validité de l'adjonction du qualificatif «social» à autant de syntagmes. La défense de l'individualisme n'exclut ni le compromis, ni l'implication vicairie, sous la forme classique de la charité ou du bénévolat, notamment; en revanche, la défense de l'individualisme serait réfractaire à la revendication collective et à sa socialisation. Au surplus, ce genre de critique, au-delà de ses accointances sans cesse reformulées avec les classiques d'un libéralisme éternel, bénéficie de l'état de flottement théorique et praxéologique qui caractérise la conjoncture politique actuelle et qui alimente les louvoiements dans lesquels se retrouvent nombre d'intellectuels et de gestionnaires, confrontés à la pénurie des ressources et à la reconversion des valeurs sociétales.

Il semble alors que certains compromis fragiles engagés sous l'égide de l'État-providence soient en passe de périr dans la foulée d'une redéfinition des valeurs de base à l'échelle des sociétés d'une part, à la suite d'une réarticulation des rapports entre l'ordre public et l'ordre marchand d'autre part. Ce double défi contribue à polariser les positions entre la critique systématique de l'État-providence d'un côté, à laquelle répond, en contrepartie, sa défense pure et simple, voire le repli sur la

³⁵ Un exemple récent de ceci nous est fourni par A.M. Shandro, «A Marxist Theory of Justice?», *Canadian Journal of Political Science*, vol. 22, no 1, mars 1989, P. 27-47.

défense des acquis sociaux d'un autre côté, une démarche qui se trouve alors dans l'inconfortable position de devoir assumer, en même temps que le poids des ratages des politiques sociales, celui des déficits d'égalité qui prévalent encore et toujours à l'intérieur des sociétés. On assiste ainsi à une polarisation des divergences entre adversaires et partisans de l'État-providence qui contraint certains acteurs sociaux à devoir assumer aujourd'hui ce qu'ils condamnaient hier, comme c'est le cas pour tous ceux et celles qui critiquaient les failles et lacunes de l'État-providence au nom de la défense de l'égalitarisme et qui doivent maintenant atténuer leurs critiques pour parer au plus pressé et sauver les interventions publiques dans la société qui peuvent encore l'être. Parallèlement, à la faveur de l'emprise qu'exercent le libéralisme et le néo-libéralisme sur les débats de société, on voit émerger une dimension nouvelle à l'intérieur des questionnements, à savoir la quête d'un ou de plusieurs principes de justice, qui occupe désormais l'avant-scène tandis que demeurent toujours en suspens les discussions de fond autour de l'instauration d'une justice sociale dans nos sociétés.

Or, il n'a pas été établi si le recours à cette grave question de la justice sert tout simplement d'adjuvant dans une reconversion idéologique qui séduit de plus en plus les esprits, ou si ce recours ne se déploierait pas à l'intérieur de sa propre nébuleuse sans avoir grande emprise sur les projets politiques actuels. Si le premier effet ne doit pas être escamoté, il ne faut pas souscrire à l'idée que ces débats sont affaires de spécialistes détachés de la réalité car, il faut quand même voir que les travaux d'éthiciens et de philosophes peuvent contribuer à détourner l'attention à propos des conséquences sociales et politiques empiriques ou concrètes des changements de programmes sanctionnés par les gouvernements et leurs administrations, tout simplement parce que si leur effet utile sur l'opinion publique est difficilement mesurable, leur effet délétère sur les décideurs, administrateurs et autres magistrats est parfois considérable, avec le résultat qu'on retrouve leurs thèses et argumentations aux niveaux les plus élevés de la

redéfinition des logiques de système et des politiques et programmes qui en découlent³⁶.

Afin de contribuer à rapprocher ces deux ordres de préoccupations, c'est-à-dire l'apport d'une théorie de la justice d'un côté, l'économie politique de l'autre, il sera question d'explorer succinctement quelques-unes des dimensions sociologiques de l'expression dans un premier temps, de chercher à voir comment opèrerait la transition qui affecte l'État-providence à l'heure actuelle dans le contexte canadien à partir d'une étude comparative des rapports de trois commissions d'enquête dans un deuxième temps.

Cette démarche nous permettra de mettre en lumière le rapport entre une théorie de la justice sociale et les renversements ou reconversions qui opèrent dans le domaine de l'économie politique afin de cerner plus avant les fondements de la gestion actuelle.

Justice sociale: préliminaires

L'expression «justice sociale» ne saurait être définie sans la juxtaposer à toutes ces notions proches qui ont noms: justice civile, justice pénale, justice économique et justice politique, entre autres. Une première préoccupation devrait alors conduire à nous demander si la notion de justice sociale s'insère tout simplement quelque part entre des niveaux d'ordre et des lieux de théorisations spécifiques ou bien si, au contraire, l'injustice sociale couvre tous les désordres et toutes les inégalités qui prévalent dans une société à un moment donné. Posé dans ces termes, le problème de la justice sociale devrait demeurer sans solution tant que l'on n'aura pas convenu de cerner le niveau d'analyse. Or, pour autant que l'on conviendra de tenir pour social l'état de justice ou d'injustice prévalant dans un ensemble indifférencié, on ne serait pas en mesure de convenir ou de disconvenir d'une réparation équitable si son instrumentation relève d'un niveau de juridiction précis et déterminé. Pourquoi en effet évoquer la notion de justice

³⁶ Cette question sera reprise au chap. vi où l'on verra l'importance de ces réflexions éthiques sur les décisions de la Cour suprême du Canada.

sociale si l'accroissement d'égalité passe par l'adoption d'un amendement au Code civil, la sanction d'un nouveau projet économique ou la promulgation d'une loi?

Selon cette acception, le terme recouvre la somme des déficits d'égalité de sorte que la multiplication des redressements demeure sans emprise sur l'évaluation d'ensemble d'un état de société par rapport à un idéal de justice et d'égalité. Dans ce cas, le niveau de réflexion auquel renvoie la notion de justice sociale relève soit de l'ordre des paradigmes, soit de l'ordre des idéologies globales, comme il arrive lorsque l'on prononce que le capitalisme produit l'injustice ou lorsque l'on impute l'état d'injustice qui prévaut de nos jours aux défaillances des consciences chrétiennes. La justice sociale atteint alors la densité première propre à la notion de justice tout court, voire celle qu'on imputait naguère à la justice naturelle. Face aux imputations portées par les grands projets et systèmes sociaux, l'accolement du qualificatif «social» servirait à accroître la pertinence symbolique du terme sans pour autant compromettre sa validité heuristique ou pratique.

S'il ne s'en était tenu qu'à cela, la notion de justice sociale serait demeurée, tout compte fait, sans grande emprise ni sur les esprits, ni sur les projets sociaux. Cependant, il advient que l'expression a connu une grande vogue peut-être à cause de ce flottement en vertu duquel elle renvoie pour partie à une dimension universelle de l'iniquité, pour partie à cette idée que des iniquités devraient être corrigées et qu'elles pourraient l'être par le recours à des mécanismes adéquats. À cet égard, la justice sociale ne subsume pas les tensions qui prévalent dans une société, elle les intègre dans une conceptualisation plus large, parfois en les croisant, quand il est question de lier les justices politique et économique, parfois en les décantant, quand il s'agit d'explorer la distance qui sépare la justice civile d'une justice économique, par exemple.

Cependant, il est une seconde signification du terme qui mérite d'être soulignée, celle qui oppose la justice sociale à la justice individuelle. Sous cet angle, la revendication d'une plus grande justice sociale remet en question la défense plus ou moins absolue de l'extension des prérogatives individuelles.

Pour partie, cet antagonisme renvoie à cette idée de base selon laquelle le passage obligé par la justice individuelle et sa défense à outrance ne saurait, par définition, permettre d'espérer une quelconque universalisation de ses avantages auprès d'un nombre significatif d'individus, tandis que la justice sociale, malgré les limites inhérentes à sa définition, impose à tout le moins la dimension du nombre en tant que critère central d'évaluation dans son analyse. En procédant ainsi, les défenseurs de la justice sociale posent, au point de départ, que les autres formes de justice sont, par définition, lacunaires. Il y aurait alors autant de justices sociales qu'il y a de justices puisque ni la justice civile, ni la justice politique, ni non plus la justice pénale n'intégreraient ou n'assumeraient le poids du nombre à l'encontre de celui de l'individu.

Poussé plus avant, et c'est une autre de ses caractéristiques fondamentales, la défense de la justice sociale conduit à envisager l'ordre social lui-même comme un ensemble fissuré, fragmenté et travaillé par toute une panoplie d'injustices, de telle sorte que la sollicitation d'une plus grande justice sociale sert à la fois à contester un ordre trop individualisé et à résister devant la progression des mesures qui favorisent l'opportunisme individuel aux dépens de la promotion de l'égalité et de la réduction des besoins essentiels auprès de ceux et de celles qui ne sont pas en mesure de les combler eux-mêmes.

Enfin, il est une troisième signification de l'expression «justice sociale», celle qui couvrirait en particulier l'émergence, puis la revendication des droits sociaux. Ainsi, l'assurance sociale, l'assistance sociale et l'aide sociale participeraient d'une démarche originale qui prend sa source dans l'élargissement du principe de justice commutative. La notion de droit social ne renvoie plus, en effet, à des individus et à leurs opportunités, elle représente au contraire une intimation adressée directement à l'État ou au pouvoir public de combler certains besoins sociaux, voire de réduire quelque déficit d'égalité. Il n'est plus alors question d'imputer à des institutions privées ou civiles, à certains détenteurs de droits rassemblés au sein d'une classe sociale, — qu'il s'agisse des bourgeois ou des

capitalistes par exemple, — l'état d'injustice qui prévaut dans la société, il est question de faire appel à un système fondé sur la responsabilité collective afin d'obvier aux inégalités et aux injustices induites, contournées ou esquivées sous l'égide des paramètres propres à la responsabilité individuelle. On reconnaît par là qu'il y a une limite au contractualisme, limite en vertu de laquelle le principe de liberté ne saurait pallier les déficits d'égalité d'une part, que l'aide publique ne peut plus relever des autorités locales, qu'elles soient urbaines ou municipales non plus que de la charité ni de la bienfaisance communautaire d'autre part.

Ordre civil en ordre social

Ces distinctions entre quelques significations de la notion de justice sociale ne prendront tout leur sens qu'à la condition de les lier aux principes de base et à la logique d'ensemble du système social. Car, que l'on conçoive la justice sociale comme la résultante de compromis engagés à partir de normes plus ou moins compatibles avec les normes institutées, ou qu'on l'envisage plutôt comme un projet alternatif incompatible avec l'ordre tel qu'il prévaut actuellement, il est essentiel de rappeler quel est le fondement normatif des principes et rationalités qui soutiennent la société. À cet égard, il est important de rappeler rapidement ce dont il a été question *in extenso* en Introduction, à savoir: *premièrement*, que la caractéristique déterminante qui sert à rendre compte de la nature de la société, c'est celle en vertu de laquelle nous avons affaire à une société civile; *deuxièmement*, que cette société opère toujours sur la base de paramètres propres à un droit civil, paramètres qui, à leur tour, jouent un rôle majeur dans l'ordonnement des principes juridiques, politiques ou éthiques qui régissent et régissent cet ordre social et son pouvoir politique. Ces précisions appellent deux remarques: la première concerne la fonction prépondérante assumée par la règle de droit — *the rule of law*, en droit anglais — dans l'établissement de l'ordre au sein de la société moderne; la seconde, la position pivotale occupée par le droit civil, ses paramètres et principes, dans la définition non seulement des autres domaines du droit, mais également dans la

rationalisation de l'ensemble des relations inter-individuelles³⁷. En ce sens, on peut dire de l'ordre civil et de ses institutions qu'ils représentent ni plus ni moins que le socle à la fois théorique et programmatique sur lequel viennent s'arrimer tous les autres dispositifs sociaux.

C'est ainsi que les normes et les institutions de base de notre système social, qu'il s'agisse de la propriété privée, du contractualisme ou de la responsabilité individuelle, non seulement sont sanctionnées par le droit civil, mais elles le sont, de manière indirecte et complémentaire si l'on veut, par l'intermédiaire des autres domaines du droit. En conséquence, il n'est de justice économique, de justice pénale ou de justice politique qui n'ait sa source et son fondement dans l'application de paramètres issus, au point de départ, d'une définition civile ou civiliste de la justice. Ceci ne veut pas dire que la justice pénale ou politique ou économique n'ait pas de contenu ou d'autonomie propres, mais cela veut dire toutefois que l'application des principes propres à ces autres domaines du droit doit se faire de manière à étendre encore davantage la validité des principes du droit civil.

Il ne s'agit pas de prétendre qu'il n'y a pas de séparation entre ces institutions et les domaines du droit dont elles relèvent, mais bien de faire valoir qu'il y a une exigence de cohérence minimale entre des normes et des institutions, cohérence en vertu de laquelle l'injustice qui affecte un groupe face à l'exercice d'un droit politique sera d'autant plus difficile à maintenir que ce même groupe se sera vu reconnaître le plein exercice de ses droits civils, ou vice versa. L'exemple qui vient à l'esprit concerne l'exercice du droit de vote des femmes qui a été reconnu au niveau fédéral au Canada en 1917, au niveau de la province de Québec en 1940, tandis que l'égalité juridique de la femme mariée ne devait pas l'être avant 1964. Non seulement la discrimination civile apparaissait ainsi dans toute son ampleur, à cause même de l'existence du double standard affectant les mêmes personnes sur la seule base de leur sexe,

³⁷ La démonstration la plus éclairante de ceci demeure encore celle effectuée par André-Jean Arnaud, *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1973.

mais, de surcroît, cette séparation entre les statuts civil et politique affectait le plein exercice des droits politiques eux-mêmes. Les femmes pouvaient bien en effet exercer leur droit de vote, mais rien ne leur facilitait, bien au contraire, l'accession aux postes politiques ou à la gouverne politique elle-même.

Justice sociale et sociologie

Si, quittant le domaine de l'interprétation des paramètres fondateurs de la société civile, nous nous tournons vers la sociologie, nous pouvons relever que, à l'instar d'autres disciplines, elle est traversée par deux options antagoniques vis-à-vis de la justice sociale, deux approches que, pour les besoins de la cause, nous pouvons illustrer en prenant appui sur les travaux de Herbert Spencer et Pierre Kropotkine, respectivement³⁸.

Herbert Spencer, illustre inspirateur de Charles Darwin dont il a appliqué les thèses en les adaptant à l'étude des sociétés et des comportements sociaux, a élaboré une théorie psycho-éthique de la vie en société en vertu de laquelle l'individu, ses valeurs, ses schèmes de pensée, ses besoins représentent la valeur suprême dans l'ordonnement des relations sociales. Farouche adversaire de ce qu'il appelait la «médiocrité statique», expression qui, dans son vocabulaire, renvoyait aussi bien à l'éducation publique, à la loi des pauvres («*Poor Laws*») qu'à l'Église d'Angleterre, il fut considéré comme un partisan extrémiste de la doctrine du laisser faire³⁹. En publiant son célèbre pamphlet *L'homme contre l'État* en 1884, Spencer s'attaquait à cette idée selon laquelle l'État, ou le pouvoir public en général, devait être investi d'une mission redistributrice dans l'amélioration des conditions précaires de vie et d'existence des plus démunis. Plus tard, en 1893, dans ses

³⁸ Cette juxtaposition est proposée par David Miller, *Social Justice*, Clarendon Press, Oxford, 1976, un ouvrage qui sera mis à contribution de nouveau ci-après.

³⁹ Donald G. Macrae, «Introduction», in Herbert Spencer, *The Man versus The State*, Penguin Books, Londres, 1969, à la p. 17.

*Principles of Ethics*⁴⁰, l'auteur s'emploie à élaborer une éthique de la vie en société qui exclut tout recours à la justice sociale au profit de la défense d'une morale de la bienfaisance (*beneficence*, en anglais).

À l'autre pôle, ce militant anarchiste que fut Pierre Kropotkine, prenant le contrepied de la thèse de la lutte pour la survie, plaide en faveur de l'aide sociale⁴¹. L'homologie avec l'approche de Spencer réside alors dans le fait que Kropotkine est aussi critique et intransigeant vis-à-vis du rôle de l'État et, faut-il ajouter, des classes moyennes⁴², que son adversaire Spencer.

Quoi qu'il en soit, cet antagonisme ne rend pas compte des débats de fond en sociologie puisque la plupart des auteurs opposés à la démarche d'un Spencer, à l'instigation d'Émile Durkheim en particulier, ont été conduits à défendre et à légitimer des pratiques sociales qui, d'une manière ou d'une autre, interpellait l'État et les pouvoirs publics. Dans les développements à venir, je choisirai donc un de ces auteurs favorables à l'interventionnisme en faisant appel à la démarche analytique de David Miller qui sera complétée en ayant recours à quelques notions de droit afin de cerner les dimensions les plus paradoxales de l'instauration d'une justice sociale dans le cadre juridique de la société civile.

Dans son livre, *Social Justice*, Miller reprend l'antique distinction entre les justices commutative et distributive pour s'attarder sur cette dernière en distinguant entre trois modes irréconciliables de la distribution selon qu'elle est engagée à partir des droits, des mérites ou des besoins⁴³. L'argument se déploie de la manière suivante: le premier principe de la justice distributive est celui en vertu duquel la distribution la plus juste repose sur la reconnaissance des droits et obligations respectifs auxquels les parties ont souscrits en toute liberté dans un accord donné; le deuxième principe, quant à lui, prenant fait et acte de l'insuffisance d'une distribution inscrite formellement dans le

⁴⁰ Publié chez D. Appleton and Company, New York.

⁴¹ *Mutual Aid: a factor of evolution*, Heinemann, Londres, 1907.

⁴² Pierre Kropotkine, *Autour d'une vie. Mémoires*, Stock Éditeur, Paris, 1898, réédité en 1971, p. 296.

⁴³ *Op.cit.*, p. 17-153.

droit, propose d'en tempérer la rigueur en prenant en considération, au-delà du droit, la part d'immérité si l'on veut dans le résultat d'une négociation ou d'un accord librement consenti; le troisième principe, enfin, ne repose ni sur le droit ni sur les mérites, mais plutôt sur la satisfaction des besoins. Or, aux yeux de l'auteur, la distribution fondée sur les droits vient en conflit avec celle qui privilégie les mérites qui, à son tour, entre en contradiction avec une justice distributive axée sur les besoins.

La garantie ou la protection d'un droit, au sens de la justice commutative telle qu'elle est inscrite dans le droit civil, peut bien faire appel à l'équité, elle exclut la prise en compte d'une notion à ce point extérieure à la dogmatique juridique comme l'est la notion de mérite qui ne figure pas parmi les règles d'interprétation des conventions. Dans le même ordre d'idée, si les règles d'interprétation du droit ne peuvent faire appel au mérite, elles pourraient encore moins faire appel aux besoins dans la mesure où ces exigences ou ces nécessités n'ont plus rien à voir avec des causes et des considérations propres à une relation contractuelle, ou même seulement légale, puisqu'elles apparaissent et prévalent lors même qu'il n'y a pas de contrat du tout. Ceci posé, selon David Miller, il n'y a de justice sociale que celle qui peut opérer un compromis entre ces trois principes apparemment incompatibles au niveau théorique, mais qui peuvent toujours donner lieu à divers compromis au niveau pratique ou programmatique; la justice sociale est alors envisagée comme un compromis qui permet de dépasser et de surmonter les limites propres à une interprétation par trop légaliste des normes sociales.

Sur cette lancée, l'auteur propose d'interpréter les modalités de l'intervention de l'État en trois temps correspondant à trois périodes dans l'instauration d'une véritable justice sociale. Si, au XVIII^{ème} siècle, en particulier, l'État libéral s'est contenté d'assumer un rôle de gendarme en se rabattant sur la seule protection des droits des individus, par la suite, au XIX^{ème} siècle, sous la poussée des revendications égalitaires ou égalitaristes, il se serait ouvert à la reconnaissance des mérites avant, au cours de la troisième phase dans laquelle nous trouvons toujours aujourd'hui, de reconnaître et de

combler les besoins sociaux. Quoi qu'il en soit, c'est moins sur cette périodisation que je voudrais m'attarder, sinon sur quelques problèmes et difficultés soulevés par la démarche. Deux questions me retiendront donc à ce propos: la première concerne l'étanchéité entre les notions de mérite et de besoin; la seconde, l'ordre civil et ses limites. C'est dire que je ne remettrai pas en cause l'approche de Miller, mais que je chercherai au contraire à l'approfondir avant de m'en servir pour accroître l'intelligibilité de certaines transformations intervenues dans les contextes canadien et québécois autour de la question de l'intervention de l'État dans l'économie et la société.

Droit, mérite et besoins

Dans un ordre de droit à l'état pur, les individus souscrivent en toute liberté et en toute connaissance de cause aux obligations qu'ils nouent entre eux. À l'intérieur d'un tel ordre, comme cela a été souligné déjà, l'autonomie de la volonté, l'égalité des parties et la responsabilité individuelle sont trois paramètres solidaires et complémentaires. Dans ces conditions, le contractualisme représente un cas de figure universel et complet, en ce sens que les parties ne devraient jamais être contraintes ni de nouer entre elles des obligations qui échapperaient à l'une ou l'autre des définitions du contrat ni de faire droit à des obligations auxquelles elles n'auraient pas souscrites au point de départ, *a fortiori* si ces nouvelles obligations ne relèvent pas de l'ordre juridique lui-même.

Ceci posé, on comprend alors la difficulté qui surgit dès qu'il est question d'introduire un nouveau principe dans cette rationalité, en l'occurrence, le principe du mérite. En effet, comment pourrait-on maintenant insérer l'enjeu d'une rétribution fondée sur le mérite si les parties ont, au préalable et en toute liberté, convenu des termes d'un contrat et, par voie de conséquence, de leurs devoirs et obligations réciproques? Afin d'opérer cette prise en charge, il est donc essentiel de passer outre aux termes d'un contrat et d'envisager des circonstances où le contractualisme serait porteur d'effets négatifs ou pervers. Quelques explications peuvent être fournies qui pourraient

justifier que l'on soit conduit à remettre en cause, au niveau social et politique, non seulement les termes mêmes du contrat, mais aussi l'état des parties à ce contrat. Il peut s'agir, dans le premier cas, de dénoncer certains contrats précisément parce que la disproportion entre les droits et obligations, qu'elle soit exprimée de manière explicite ou implicite, est telle, qu'elle désavantage systématiquement une partie aux dépens de l'autre et ce, quelles que soient les circonstances qui entourent la négociation par ailleurs. Il peut s'agir, dans le second cas, de mettre en lumière le fait que la soi-disant égalité formelle entre les volontés est inopérante précisément parce que l'inégalité de fait entre les parties est trop grande pour valider l'autonomie d'une volonté par rapport à l'autre. Même ces remises en cause peuvent affecter tous les types de contrats, depuis le contrat de mariage, en passant par le louage, l'hypothèque, le nantissement, jusqu'au mandat, il advient que c'est essentiellement en matière de louage d'ouvrage, c'est-à-dire autour du contrat de travail, que le problème s'est posé avec le plus de force, au sens propre et au sens figuré, historiquement et socialement.

Le principe de mérite s'est alors appliqué à la rémunération du travail à partir d'une évaluation non plus contractuelle, mais bien physiologique et éthique de la rémunération, compte tenu de la pénibilité du labeur d'une part, compte tenu des besoins de reproduction de la force de travail d'autre part. Dans le même ordre d'idées, c'est à partir de critères extra-légaux de même nature, que certains travaux pénibles ont été interdits aux femmes ou que l'on a aboli le travail des enfants; dans le premier cas, ce sont les termes du contrat et l'autonomie de la volonté des co-contractants qui ont été pris à partie, tandis que, dans le second cas, c'est le pouvoir des pères au chapitre de la puissance paternelle qui a été limité.

Au terme de cette mise en situation, deux remarques complémentaires qui sont également tirées de Miller doivent être consignées: la première, à l'effet que le mérite a pu être pris en considération au niveau historique essentiellement là où l'on avait déjà une relation contractuelle qui liait les parties, et la seconde, à l'effet que la notion de «besoin» est une notion

résiduelle en quelque sorte qui couvre tous les états ou situations pour lesquels aucune relation ou aucune formalisation contractuelle, au sens du droit civil, n'est possible. En d'autres mots, si l'on peut encore invoquer le mérite à l'intérieur d'un rapport contractuel et, en ce sens, interpellier un des contractants pour qu'il compense l'asymétrie et rétablisse au moins partiellement ce que l'inégalité de fait avait causé, ce ne serait plus le cas là où le besoin est invoqué puisque, dans ces cas-là, par définition, la partie qui est interpellée ne participe pas à un contrat au sens strict entre citoyens, mais plutôt à un véritable contrat social. C'est pourquoi l'on pourra dire de l'État qui assume de telles responsabilités qu'il s'agit bel et bien d'un État social.

La justice sociale et l'économie politique au Canada

Il s'agit maintenant de voir dans quelle mesure le cadre théorique proposé par Miller pourrait servir à éclairer et à interpréter les grandes lignes de l'évolution de l'économie politique au Canada. À cette fin, je vais reprendre, en les adaptant, les trois temps de l'analyse dégagés par David Miller. À ce propos, je tiens à préciser que le résultat de cette application sera passablement différent de celui auquel je serais arrivé si j'avais plutôt eu recours à la thèse développée par François Ewald dans *L'État-providence*⁴⁴, où l'auteur met en évidence le rôle qu'a joué la prise en compte de la notion de risque social dans la mise en place de l'État-providence. À la vérité, ces deux démarches ne sont pas incompatibles, loin de là, mais il m'apparaît que les trois temps de Miller s'adaptent particulièrement bien au contexte canadien. Ceci posé, et avant de passer à l'application comme telle, je voudrais effectuer deux mises au point: la première concerne l'intérêt d'étudier la question sous analyse à partir de la conjoncture au Canada; la seconde, la méthode proposée.

Le Canada porte cette particularité d'être une société qui offre un intéressant précipité des contradictions qui secouent l'économie mondiale. Dans ce cas-ci, en effet, la rencontre du régime seigneurial avec le capitalisme naissant, par exemple, s'est produit sur une période suffisamment courte et sur un périmètre à ce point restreint que l'examen des processus de transition s'en trouve facilité d'autant. Pour ce qui touche plus particulièrement au thème abordé, la réinterprétation de l'évolution de la politique économique devrait également s'avérer plus aisée, dans la mesure où nous disposons de trois documents-clé, trois rapports de commissions d'enquête qui représentent trois moments dans la définition des grands paramètres sociaux et politiques au pays. Ces rapports ce sont, respectivement, le Rapport de la Commission royale d'enquête sur les Relations entre le capital et le travail de 1889, le Rapport de la Commission royale sur les Relations entre le Dominion et les provinces de 1940 et, enfin, le Rapport de la Commission

⁴⁴ Publié chez Grasset en 1986.

royale sur l'Union économique et les perspectives de développement du Canada de 1985.

Quant à la méthode, je veux seulement souligner que la nomination de commissions d'enquête compte parmi les modalités essentielles de la gestion politique au Canada. Dans un ouvrage portant sur les commissions d'enquête fédérales instituées entre la Confédération et 1966, George Henderson en dénombrait déjà 400. Cette pratique nous vient de Grande-Bretagne où l'on avait d'ailleurs effectué quelques enquêtes pour étudier les problèmes canadiens. On se souviendra que la plus célèbre de ces commissions royales fut celle de Lord Durham en 1838. Depuis 1867, non seulement le gouvernement fédéral, mais également les provinces, dont le Québec, se sont dotées de lois d'enquête qui autorisent l'exécutif à «instaurer une enquête sur quelque objet ayant trait au bon gouvernement de cette province, ou sur la gestion de quelque partie des affaires publiques d'icelle...»⁴⁵.

Si les commissions sont chargées de faire rapport sur des accidents majeurs ou des conflits ouvriers d'importance, le mandat de certaines d'entre elles est défini de manière à engager une véritable reconfiguration des institutions comme ce fut le cas en matière d'éducation, de justice et de santé, au Québec notamment, avec le dépôt des rapports des commissions Parent (1963), Prévost (1970) et Castonguay-Nepveu (1970).

Mais il est d'autres commissions d'enquête auxquelles l'exécutif confie des mandats plus larges encore, mandats en vertu desquels les commissaires ont la responsabilité de revoir et de réinterpréter les lois fondamentales du pays à la lumière de l'évolution de la société d'une part, de l'adaptation aux nouveaux paramètres socio-économiques d'autre part. Telle fut la teneur des arrêtés-en-conseil du Comité du Conseil privé prévoyant la mise sur pied de la Commission royale sur les relations entre le capital et le travail en 1886, de la Commission royale d'enquête sur les relations entre le Dominion et les provinces en 1937 et de la Commission royale

⁴⁵ Art. 1 de la Loi d'enquête de 1869, cité par Jean-Charles Bonenfant, «Les commissions d'enquête du Québec», *Annuaire du Québec*, 1972, Québec, p. 36-76, à la p. 37.

d'enquête sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada en 1982. Dans ces trois cas, l'état de crise sociale et politique prévalant au pays justifiait que l'on engage une véritable réinterprétation de l'acte fondateur. Il s'agissait du problème ouvrier et de l'industrialisation dans le premier cas, de la crise des années trente dans le second et de ses effets désastreux sur les finances provinciales et municipales, de l'impasse constitutionnelle consécutive à l'issue du référendum de mai 1980 au Québec dans le troisième. À ce dernier événement venait au surplus s'ajouter un problème d'un nouvel ordre, à savoir l'interprétation économique de la nouvelle loi fondamentale connue sous l'appellation de *Loi constitutionnelle de 1982* et, surtout, de la Charte canadienne des droits et libertés qui y avait été enchâssée. Dans tous ces cas d'ailleurs, on peut prendre une autre mesure de l'importance de ces commissions en allant regarder du côté des commissaires qui sont choisis et du souci de représentativité sociale et politique qui a animé les gouvernements dans ce choix. En ce sens, les plus importantes commissions d'enquête assument bel et bien la responsabilité de définir un nouveau compromis social et politique autour d'une interprétation alternative des paramètres fondateurs des sociétés civile et politique.

Les rapports Armstrong, Rowell-Sirois et Macdonald

Chacun des trois rapports retenus dénonce les limites des interprétations en vigueur des paramètres et des lois fondamentales d'un côté, formule et propose une interprétation alternative de l'autre. Il s'agit donc bel et bien, dans chaque cas, d'un moment charnière au cours duquel on tente de dégager, à partir d'analyses, d'études et d'enquêtes menées sur le terrain un nouveau consensus social et politique autour de la réinterprétation des paramètres fondateurs de la société; à son tour, cette réinterprétation sert à la rédaction d'un ensemble le mieux articulé possible de recommandations dont devrait se saisir le pouvoir politique pour les transformer enfin en législations, en lois.

À cet égard, le rapport Armstrong⁴⁶ annonce la fin d'une première phase, la phase libérale par excellence, celle au cours de laquelle la société et son droit opéraient sous l'égide du contractualisme classique, une phase caractérisée par la non-ingérence de l'État dans l'économie et la société, ainsi que par la reconnaissance pleine et entière de l'autonomie de la volonté; en ce sens, le rapport, en mettant en lumière les excès auxquels conduit ce genre d'interprétation, relève les limites d'une interprétation libérale des paramètres de la société civile. C'est, en effet, à la suite d'une enquête sur les abus auxquels avait conduit le capitalisme naissant au Canada et à la suite surtout de révélations passablement fracassantes concernant les exactions effectuées auprès des ouvriers et, surtout, concernant la répression en vigueur dans les manufactures de tabac de Montréal où les contremaîtres avaient recours à la violence physique à l'encontre de leurs ouvrières, qu'il est apparu aux commissaires que l'État devait légiférer en matière de relations ouvrières s'il entendait freiner la radicalisation du mouvement syndical et introduire un minimum d'harmonie dans les relations de travail. Or, même si la seule recommandation de la commission qui ait été suivie fut celle qui a conduit à la promulgation d'une loi reconnaissant la célébration de la fête du travail à partir de 1894, il n'en reste pas moins que les législations subséquentes, que ce soit en matière d'heures de travail ou d'inspection des manufactures, entre autres, s'inspiraient de cette approche de fond selon laquelle, laissé à lui-même, le contractualisme était porteur d'effets pervers à ce point incontournables que seule l'intervention publique était en mesure de les corriger. Si nous reprenons la nomenclature de Miller, nous voyons que nous assistons à cette occasion à l'introduction d'un principe extra-juridique, en vertu d'une interprétation libérale stricte, c'est-à-dire au sens où, en cédant sa force de travail, l'ouvrier se soumet entièrement à la volonté de son patron. Or le nouveau principe évoqué renvoie à l'exigence d'abriter certains sujets des rigueurs d'une interprétation abusive des termes d'un contrat de travail dans un

⁴⁶ Le rapport de la Commission Armstrong a été réédité en partie par Greg Kealey sous le titre: *Canada investigates industrialism*, Toronto, University of Toronto Press, 1973.

contexte où, jusque là, que ce soit sous l'empire du droit civil dans la province de Québec, ou sous l'empire du *Master and Servants Act* ailleurs au Canada, aucune disposition n'interdisait ce genre d'abus. Et c'est bien parce que le pouvoir d'un propriétaire ne devait plus permettre de cautionner de telles violences, une prérogative qui appartient en propre à la puissance publique d'une part, parce que la tolérance de ces pratiques pouvait remettre en cause un certain équilibre, ou mieux, un certain déséquilibre, dans les rapports entre les classes d'autre part, qu'une solution devait à tout prix être recherchée afin de maintenir la légitimité de l'institution du contrat de travail elle-même. Il n'est pas nécessaire de jouer sur les mots et d'avancer que ni les ouvriers ni les ouvrières ne méritaient les châtimens reçus pour saisir la pertinence de l'argument de Miller dans les circonstances, puisqu'il est question de quelque chose de beaucoup plus fondamental, encore une fois, qui est la remise en cause d'une interprétation juridique libérale des paramètres fondateurs de la société civile, et surtout du droit de propriété, en tant que droit absolu sur des machines et du capital, droit dont s'autorisait le propriétaire pour exploiter sa main d'oeuvre comme bon lui semblait.

Le deuxième temps de l'analyse est marqué par une nouvelle réinterprétation des paramètres fondateurs engagée cette fois à l'instigation de la commission Rowell-Sirois, une commission nommée par le gouvernement du premier ministre Mackenzie King, dans la foulée de la crise des années trente. Le problème qui se pose alors concerne au premier chef l'encadrement juridique de la main d'oeuvre dans un contexte caractérisé par la montée d'un chômage massif au pays, une situation qui risquait, de nouveau, de remettre en cause l'équilibre social. Les commissaires sont alors conduits à proposer une redéfinition du rôle de l'État central dans l'économie par rapport à celui qu'assumaient jusque là les provinces. À cet égard, le rapport Rowell-Sirois, inspiré au premier chef par les idées développées par l'économiste John Maynard Keynes, recommande aux gouvernements de redéfinir leurs prérogatives en matière d'interventions et de revoir en conséquence l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867; plus spécifiquement, le rapport propose d'établir

désormais une spécialisation verticale entre les juridictions fédérale et provinciales, spécialisation en vertu de laquelle la distinction entre le travail et les besoins sociaux, devait répondre à une ligne de démarcation constitutionnelle.

L'instrumentation de cette nouvelle approche passe par le transfert de la responsabilité en matière d'assurance-chômage au gouvernement fédéral, tandis que les provinces continuent d'exercer leurs autres prérogatives en matière de propriété et de droits civils, tel que prévu à l'article 92 de l'Acte de l'Amérique britannique du Nord. On convient ainsi à cette occasion d'établir une distinction de fond entre celles et ceux qui sont aptes au travail d'une part, celles et ceux qui ne le sont pas de l'autre. En ce sens et sous cet angle, la Commission Rowell-Sirois ne propose ni plus ni moins qu'une véritable constitutionnalisation des principes de gestion macro-économique hérités du keynésianisme. Le transfert de tout ce qui relève de la gestion de la main d'oeuvre et du chômage au pouvoir central rejoignait en effet un des préceptes centraux de la *Théorie générale* de 1936.

Si, de nouveau, nous cherchons à établir un lien avec la conceptualisation théorique dont nous avons fait état, nous voyons que le partage des responsabilités entre les deux ordres de gouvernements conduit à une juxtaposition de prérogatives selon qu'elles portent sur tout ce qui touche au travail et au chômage d'un côté, l'ensemble des besoins sociaux de l'autre. En effet, l'existence d'un contrat de travail préalable justifie et engage l'administration d'une protection spécifique vis-à-vis du chômeur, tandis que la cohorte de ceux et de celles qui n'ont aucun contrat à faire valoir est rassemblée sous l'égide des programmes de bien-être social, qu'il s'agisse des pensions de vieillesse, du soutien aux mères «nécessiteuses», et le reste⁴⁷.

Quant au troisième et dernier temps de l'analyse, il nous conduit à retenir le contenu du Rapport de la Commission royale sur l'Union économique, mieux connu sous le nom de Rapport Macdonald, dans la redéfinition des paramètres fondateurs de la société canadienne à l'heure actuelle. Or, ce

⁴⁷ Pour approfondir ces questions, on pourra consulter: Yves-Vaillancourt, *L'évolution des politiques sociales au Québec, 1940-1960*, Les Presses de l'Université de Montréal, Montréal, 1988.

rapport ne se contente pas de remettre en cause le keynésianisme appliqué au Canada pendant plus de quarante années, c'est-à-dire depuis le dépôt du Rapport Rowell-Sirois, il pousse l'analyse jusqu'à proposer une redéfinition des responsabilités étatiques et donc une délimitation entre droit et besoins qui, de prime abord, semble nous reporter en arrière vers une définition libérale de l'ordre de droit au Canada. Mais il faut immédiatement préciser que cette remontée dans le temps de la théorie est tout à fait tactique et qu'elle valide aussitôt la mise en place d'une stratégie qui, elle, est nouvelle et originale. Sans doute, le réajustement fondamental qui est effectué par les commissaires cherche à dépasser l'approche antérieure fondée sur la distinction entre l'aptitude et l'inaptitude au travail dans la délimitation des responsabilités respectives des deux niveaux de gouvernements, essentiellement parce que cette stratégie contribuait à valider les interventions mêmes de l'État dans la société.

Or, c'est précisément la légitimité de l'interventionnisme étatique qui doit être remise en cause aux yeux de la commission tout simplement parce que l'intervention contribue à placer le domaine d'État au-delà des exigences de l'ordre du marché. Corollairement, dans sa volonté d'arrimer plus intimement la gouverne étatique à l'univers de l'économie, la Commission concentre son attention sur le risque subi, non plus par un groupe ou par la collectivité, mais bien par des individus dont l'impréparation ou le manque de formation soit les place dans la cohorte des plus mal rémunérés, soit les place en marge du marché du travail. En vertu de cette approche, l'adaptation aux contraintes du marché comprend des risques dont la responsabilité doit être assumée conjointement par le gouvernement et par l'individu. L'idée de partage de responsabilité nous montre bien que, dans ce cas-ci, il ne s'agit pas d'une pure et simple remontée aux beaux jours du libéralisme classique puisque les recommandations prennent à tout le moins acte de la nécessité de l'intervention étatique, mais d'une intervention qui reposerait désormais sur une nouvelle rationalité qui, sans dénier au contrat de travail sa place centrale dans le processus d'inclusion des individus dans l'économie et la société, se préoccupe également d'évaluer ou

de pondérer l'attitude générale des individus les plus fragiles et les plus démunis vis-à-vis d'un contrat de société implicite en quelque sorte.

En conséquence, ce qui se trouve interpellé à cette occasion, ce n'est pas le statut de la personne en tant qu'ancien travailleur ou employé mis à pied, par exemple, mais bien son comportement vis-à-vis du marché du travail dans son ensemble. L'entrée sur le marché du travail, ou la sortie, comportent nécessairement des risques liés, entre autres facteurs, à la concentration industrielle tout autant qu'aux mésadaptations des formations individuelles, et il appartient aux individus concernés d'adapter leurs comportements de manière à satisfaire ces exigences, peu importe l'emprise qu'ils peuvent, ou peuvent ne pas avoir, sur l'ordre des contraintes qui s'abattent sur eux.

Nous passons à cette occasion, par suite de leur réinterprétation des paramètres fondateurs et, en particulier, de leur interprétation de la constitutionnalisation d'une Charte des droits et de ses effets sur l'économie de la part des commissaires, d'une gestion étatique des sujets de droit ou des sujets méritants ou même des sujets dans le besoin, à une gestion des attitudes et des comportements face à un ensemble indifférencié et indifférent auquel on convient d'accoler le métaphore d'ordre du marché. Ce glissement pose dès lors des questions d'un tout nouvel ordre qui renvoient à l'évaluation des comportements des individus et non plus seulement à leur statut dans la société. À cet égard, les paramètres de la nouvelle gestion étatique qui sont issus du Rapport Macdonald dépassent le compromis antérieur fondé sur l'incorporation successive dans des politiques sociales notamment des notions de droit, de mérite ou de besoin et ouvrent sur une toute nouvelle dimension dans la redéfinition des liens de sociation. Les principales caractéristiques de cette démarche sont les suivantes: en premier lieu, elle valorise les comportements au détriment de la prise en compte des statuts comme cela s'était fait jusque là; en deuxième lieu, l'ordre de marché n'est plus envisagé comme un ordre autonome et fermé éventuellement porteur d'effets pervers, il est au contraire reconduit dans sa fonction éminente

d'arbitre ultime des gains et des pertes qui échoient aux individus; en troisième lieu, à l'occasion de ce recentrement, la question de fait de savoir si un individu travaille ou ne travaille pas, s'il est apte ou pas, le cède devant cette autre, qui consiste à savoir s'il manifeste la volonté de se compromettre davantage dans le marché du travail ou pas; en quatrième lieu, la gestion étatique doit désormais s'attacher à solliciter et à favoriser l'émergence de cette volonté; en cinquième lieu, enfin, dans la foulée de la redéfinition en cours, l'universalisation des droits sociaux est désormais remise en question au nom de l'évaluation des comportements des prestataires eux-mêmes face à la situation dans laquelle ils se trouvent.

Conclusion

L'évolution récente de l'économie politique de l'État, loin de s'ajuster et de faire sienne les exigences formulées au nom de la défense d'un projet de justice sociale, comme cela avait été le cas au moment de la mise en place de l'État-providence, avec toutes ses failles et ses faiblesses, nous renverrait au contraire à un nouveau cadre de référence qui semble de prime abord fondé sur la capacité technique des instruments de gestion sociale à repérer des comportements de plus en plus isolés et triviaux, et d'en faire des révélateurs dans la détermination d'ensemble de l'attitude des individus. Notre aptitude et nos ingéniosités à évaluer des signes extérieurs en tant que reflets des contenus de la volonté de tout un chacun enclencheraient ainsi un dépassement de la reconnaissance ou du repérage des besoins, au sens où l'on entendait encore l'expression il y a à peine une décennie, et nous permettrait désormais de substituer la gestion des comportements à celle des sujets de droit, fussent-ils dans le besoin.

La progression de la technique sociale dicterait les modalités de la gestion sociale elle-même, avec le résultat que le recours aux expressions fortes de naguère, celle de justice sociale en particulier, demeurerait sans grande signification praxéologique dans le contexte actuel, et avec le résultat que les acquis les plus significatifs imputables à l'État-providence et à la reconnaissance des droits sociaux, l'universalité notamment,

seraient appelés à périr dans la foulée de la multiplication de programmes de plus en plus pointus et ciblés. Alors, là où David Miller pouvait repérer un déploiement linéaire qui nous portait à envisager la justice sociale comme la résultante d'un compromis engagé sous l'égide de trois principes de justice irréconciliables en théorie, mais de mieux en mieux intégrés en pratique, il nous faut peut-être désormais composer avec une nouvelle approche qui se situe en définitive bien en deçà de la prise en compte de quelque principe que ce soit, qu'il soit articulé à la reconnaissance d'un droit, d'un mérite ou d'un besoin, mais qui serait tout ingénument articulée à une évaluation ponctuelle des attitudes et des comportements des uns et des autres face aux exigences d'un marché local globalisé ou celles d'un marché global localisé.

CHAPITRE IV

LES RAPPORTS DES «SAGES» ET LA LOI CONSTITUTIONNELLE DE 1982: UNE ANALYSE RÉGRESSIVE

On avait à l'époque, c'est-à-dire lors de l'arrivée au pouvoir du gouvernement libéral de Robert Bourassa en 1985, affublé de l'expression «rapports des *sages*», trois rapports portant respectivement sur la privatisation (Rapport Fortier), sur l'organisation gouvernementale (Rapport Gobeil) et sur la déréglementation (Rapport Scowen). Ces trois rapports avaient ceci en commun, c'est qu'ils participaient tous trois de cette vision néo-libérale qui avait commencé à faire ses ravages aux États-Unis et au Canada quelques années plus tôt.

Parmi les défenseurs des rapports, on retrouvait en tête de ligne le Conseil du patronat du Québec et la Chambre de Commerce de la province de Québec, de même que des intellectuels rattachés de près de loin aux organismes patronaux de recherche; on retrouvait également un nombre important d'universitaires acquis aux idées néo-libérales⁴⁸. En face, les critiques des rapports rassemblaient des syndicalistes, certains nationalistes qui avaient contribué à la mise en place de l'État providence à Québec, comme l'ex-ministre des Finances dans le

⁴⁸ Cf. Sylvie Halpern, «Minute l'Etat!», *L'Actualité*, mars 1986, p. 40 sq.; Claude Turcotte, «Entrevue avec M. Michel Bélanger», *Le Devoir économique*, 2, 3, avril 1986, p.6 et ss. Voir également le *Bulletin du Conseil du patronat du Québec*, 17, 199, octobre 1986, p.13 où l'on se félicite de ce que les trois rapports s'inscrivent dans le processus de libéralisation des échanges commerciaux, une question qui relèvait également du mandat du Comité Warren.

gouvernement Lévesque (1976-84) Jacques Parizeau, ainsi que des intellectuels et des universitaires qui se rattachaient à un courant de gauche, on tout simplement, radical, animé par la défense des acquis de l'étatisme, auxquels il ne faudrait pas oublier d'adjoindre les survivants d'une critique marxiste «classique» de l'État capitaliste⁴⁹. Cette mise en scène n'épuise pas la diversité des positions qui se sont exprimées à cette occasion puisqu'il faudrait encore citer ceux qui s'opposèrent au contenu des rapports sous prétexte qu'ils ne poussaient pas suffisamment loin leur logique néo-libérale; ainsi, Pierre Lemieux de l'Institut économique de Paris à Montréal, condamnait les trois rapports sous prétexte que leur timidité aurait représenté une véritable dénaturation des idéaux et des projets défendus par le néo-libéralisme⁵⁰. Pour compléter, il resterait à dénicher les individus et les groupes qui, à gauche, auraient loué le contenu des rapports là où ceux-ci proposaient de déstabiliser ce «monstre froid» qu'est l'État, parce que leur mise en application aurait pu annoncer un éventuel redéploiement du côté de l'enrichissement des relations latérales entre les citoyens mais, à ma connaissance, il ne s'en n'est pas trouvé.

Quoi en soit, partisans et adversaires s'entendaient au moins sur une explication devant le revirement opéré par ces rapports, à savoir que leur contenu s'inscrivait sur la toile de fond du retour en force d'une nouvelle droite dans le contexte politique contemporain. Deux ordres de causes étaient mises à contribution pour expliquer ce renversement par rapport à la stratégie de développement inspirée des paramètres keynésiens

⁴⁹ Prise de court au point de départ, la position syndicale s'est affinée par la suite. Voir Peter Bakvis, *Le gouvernement Bourassa et la privatisation: la dilapidation de nos outils collectifs*, C.S.N., novembre 1986. De J. Parizeau, on peut citer son intervention dans *La Presse* du 19 juillet et, parmi les contributions d'intellectuels, retenir la série d'articles signée par Yves Vaillancourt et publiée dans *Le Devoir* des 2, 4, 5 et 6 août.

Quant au courant marxiste «classique», on mentionnera la contribution de Louis Gill, *Privatisation, déréglementation, démantèlement du secteur public. Pourquoi?*, UQAM, Cahiers de recherches du département des sciences économiques, no.8617D, 16 juillet 1986.

⁵⁰ Voir la série d'articles publiée dans *Le Devoir* des 12, 14, 15 et 16 juillet 1986 par Pierre Lemieux.

qui avait eu cours jusque là, à savoir des causes externes et des causes internes.

Au niveau externe, on invoquait notamment les remontées concurrentes de régimes inspirés par le néo-conservatisme, d'abord en Angleterre en 1979, puis aux États-Unis en 1980. Il suivait de cette analyse que la démarche mise de l'avant au Canada depuis l'arrivée au pouvoir du parti Progressiste-Conservateur du premier ministre Brian Mulroney en septembre 1984, et celle des libéraux au Québec en décembre 1985, participait d'un réaménagement intervenu dans une conjoncture déjà infléchie par l'intervention du thatchérisme et du reaganisme. Or, sans prétendre nier pour un instant la validité de cette explication, il restait que le mécanisme par lequel ces influences auraient opéré n'était pas tiré au clair, comme n'était pas expliqué non plus pourquoi deux formations politiques adversaires, le PC et le PLQ, en étaient venues à converger à ce point sur le plan des programmes politiques. En conséquence, si l'argument externe paraissait fondé au niveau intuitif, nous étions encore loin d'être en mesure de le valider pleinement. D'ailleurs, plus souvent qu'autrement, la seule mention de cette filiation entre les partis politiques, au-delà même de leurs affinités partisans, servait d'unique preuve, de sorte que toute étude approfondie des véritables inter-influences en cause était par avance exclue.

Au niveau interne maintenant, la plupart des interprétations s'entendaient également pour faire remonter l'entrée en scène du néo-libéralisme dans les contextes canadien et québécois à un moment ou à une cause, qui était intervenu avant l'arrivée au pouvoir de Mulroney et de Bourassa, c'est-à-dire sous les gouvernements Trudeau et Lévesque respectivement. Et l'événement en question qui semblait faire consensus, c'était le déclenchement de la sévère récession économique à l'hiver 1981-82⁵¹.

Or, même si je maintiens que ces deux ordres de facteurs ont eu leur importance, je voudrais relever que, l'une dans l'autre, ces explications externe et interne demeurent

⁵¹ Voir. Paul-André Linteau, René Durocher, Jean-Claude Robert et François Ricard, *Histoire du Québec contemporain*, tome 2: *Le Québec depuis 1930*, Boréal, 1986: «Conclusion générale», p. 721-726.

déficitaires. En effet, telles qu'esquissées ici, ces explications ne parviennent tout au plus qu'à faire ressortir l'importance de certains déterminants, en laissant complètement dans l'ombre un évènement central susceptible d'expliquer de manière sans doute beaucoup plus convaincante une inflexion idéologique de cette ampleur dans l'interprétation des fonctions de l'ordre social et politique au Canada et au Québec. En nous contentant de soutenir que c'était l'antériorité même dont bénéficiaient le thatchérisme et le reaganisme qui expliquerait en définitive des changements de cap qui se seraient produits sous les libéraux à Ottawa et sous les péquistes à Québec, c'est une dimension importante de la transition vers le néo-libéralisme qui risque de nous échapper. Bien sûr, l'économie politique au Canada et au Québec est, dans une mesure non négligeable, modelée par des stratégies mises en place ailleurs et il suffit seulement de rappeler à quel point l'économie canadienne est une économie ouverte pour se convaincre que nous connaissons ici, avec un décalage inévitable, les mêmes tourments et réalignements qui se produisent au sein d'économies plus fortes et plus avancées. Cependant, il ne faut pas non plus surévaluer le poids des contraintes extérieures dans l'étude de l'évolution de la conjoncture interne au Canada et au Québec, surtout si cette surévaluation nous conduit à ignorer des causes tout aussi déterminantes, sinon même davantage déterminantes. Car, on pourrait tout aussi bien inverser certains des raisonnements esquissés et se demander, par exemple, si le fait que le Canada ait toujours eu une économie ouverte ne l'aurait pas au contraire conduit, avant même que cela ne se produise ailleurs, à remettre en cause la mission historique de l'État-providence et à inverser certains des paramètres du keynésianisme. Parfois, le fait d'être plus faible et plus ouvert pousse des stratèges à deviser des accommodements qui préfigurent ou qui annoncent des voies de sortie de crise qui seront ensuite accréditées par les plus puissants.

Ceci dit, il ne saurait être question, *a contrario*, de soutenir que le Canada aurait été à l'avant-garde de la révision du keynésianisme et de la défense du néo-libéralisme, de sorte que ce qui sera actualisé par la suite l'aurait été à son

instigation. Cette prise de position, qui ne ferait que renverser purement et simplement l'ordre des explications courantes, ne serait ni crédible, ni démontrable. Le Canada demeure une puissance de second ordre dont l'influence est marginale. Ceci dit, il y a peut-être place, entre ces deux présupposés extrêmes, pour une analyse qui chercherait de manière plus systématique à localiser, ici même, le point d'inflexion à partir duquel il s'avérerait plus probant de cerner le déploiement du néolibéralisme.

Pour arriver à mes fins, j'aurai recours à la méthode dite «régressive» qui permettra de remonter la filière depuis le dépôt des rapports des «sages» jusqu'à une origine qui sera fixée au moment de la crise constitutionnelle de 1980. L'arbitraire de ce point départ devrait être justifié au terme de l'analyse.

Les rapports des «sages» et le contexte au Canada

Le contenu des rapports Fortier, Gobeil et Scowen s'inscrit moins dans la perspective de ce qui s'est fait ailleurs, aux États-Unis ou au Royaume-Uni, par exemple, qu'en continuité avec la problématique élaborée par les rédacteurs du Rapport de la Commission royale d'enquête sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada. En effet, il n'y a tout au plus que quelques références vagues à la situation politique qui prévaut dans ces deux pays dans les rapports, des références dont la seule fonction d'ailleurs est d'accroître la légitimité de la démarche proposée, tandis que toute la problématique qui sous-tend leurs recommandations s'inscrit bel et bien, quant à elle, dans la continuité de l'immense effort de conceptualisation de la place du Canada dans le nouvel ordre économique mondial qui avait été élaborée par les Commissaires et les nombreux chercheurs qu'ils s'étaient adjoints.

Il ne fait pas de doute, à la réflexion, que la parcimonie intellectuelle qui grève le contenu des rapports Fortier et Gobeil, en particulier, s'explique essentiellement par le fait que la Commission Macdonald avait déjà occupé tout le terrain et sollicité des recherches poussées à la fois sur les conjonctures économique et politique, ainsi que sur la définition des nouvelles stratégies de l'intervention. Il ne faut pas sous-estimer, à ce propos, l'ampleur des travaux commandés par la commission. D'ailleurs, il ne faudrait pas être trop formaliste sur ce point et prendre prétexte de l'absence de référence explicite aux travaux de la Commission Macdonald de la part des rédacteurs des «rapports des *sages*» pour invalider cette filiation, d'abord parce que l'ascendant du Rapport Macdonald, qui venait d'être publié à l'automne de 1985, était encore très présent, ensuite parce que les liaisons interpersonnelles entre partisans libéraux provinciaux et fédéraux excluent que l'on puisse recourir à l'ignorance ou à la sous-estimation d'un événement de cette ampleur.

Le rôle assumé par Michel Bélanger, p.d.g. de la Banque nationale et ancien membre de la Trilatérale, serait significatif à cet égard. Dans la mesure où Bélanger avait déjà participé à des

travaux antérieurs sur ces questions, il aurait été passablement redondant de refaire encore une fois le même cheminement à l'occasion de son implication dans la rédaction du Rapport du groupe de travail sur la révision des fonctions et des organisations gouvernementales, le rapport Gobeil, celui auquel on a maintes fois fait le reproche d'être le plus succinct des trois.

Toutefois, au-delà d'une parenté dont le repérage devrait être approfondi en menant une analyse serrée des interrelations entre les individus impliqués, il subsiste le recours implicite à un cadre d'analyse préalable qui est encore beaucoup plus décisif. Tout se passe en effet comme si les rédacteurs des rapports Fortier et Gobeil s'inscrivaient en parfaite continuité avec les conclusions proposées par les responsables de la Commission Macdonald. Ces derniers, pour la plupart des militants libéraux, comme le président de la Commission, Donald S. Macdonald, ancien ministre fédéral et également ancien membre de la Trilatérale, Albert Breton ou Michel Robert, ont échafaudé un cadre d'analyse que des libéraux québécois se sont donné mission de reprendre. À cet égard, et sous cet angle, tout se passe comme si un noyau de ministres à l'intérieur du Cabinet Bourassa se serait constitué en véritable fer de lance de l'application des recommandations du Rapport Macdonald sur la scène politique provinciale.

Si cette parenté était fondée, on pourrait cerner sous un angle différent la situation paradoxale dans laquelle se trouve le gouvernement Mulroney qui avait été élu l'année précédente, en 1984, puisque c'est lui qui se fera fort d'appliquer les recommandations d'une Commission qu'il n'a pas lui-même mise sur pied, une commission, au demeurant, dont les recommandations se situaient davantage dans le prolongement d'une révision survenue à l'intérieur d'un parti adverse, au lieu de se situer dans le plein prolongement de la ligne politique de son propre parti. En d'autres termes, le premier ministre Mulroney fera sienne la perspective de la Commission Macdonald par défaut en quelque sorte, c'est-à-dire parce qu'il ne disposait d'aucune formule de rechange. Cette stratégie apparaît d'ailleurs tout à fait cohérente si l'on accorde à la Commission et à ses travaux une place à ce point centrale dans

la redéfinition des paramètres de la gestion sociale qu'il se serait avéré à toutes fins utiles complètement illégitime de penser pouvoir improviser autre chose sur ces matières alors que les décideurs disposaient d'un document incontournable sur toutes ces questions⁵².

Du Rapport Macdonald à la Loi constitutionnelle de 1982

En supposant que nous n'ayons pas fait fausse route en établissant une filiation aussi directe entre le contenu des «rapports des *sages*» et les nouveaux paramètres mis en place par la Commission Macdonald, il faut maintenant expliquer le sens et la portée de la mise sur pied de la Commission elle-même. Rappelons les dates. La Commission est instituée par Arrêté-en-conseil (C.P. 1982-3438) le 5 novembre 1982, quelques mois après l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982* en avril. Il y a donc un lien très serré entre le rapatriement de la Constitution, la promulgation d'une nouvelle Loi constitutionnelle et la nomination de la Commission et, afin de mettre en lumière cette relation, je voudrais remonter depuis la décision de mettre sur pied cette commission d'enquête jusqu'au rapatriement de 1982.

La Constitution de 1982 et la Charte canadienne des droits et libertés, on s'en souvient, avaient été adoptées dans la foulée de l'échec référendaire au Québec en mai 1980. Pour le premier ministre Trudeau, et pour le gouvernement libéral à l'époque, la tenue même d'un référendum sur le régime constitutionnel canadien, amorcé à l'instigation d'une des unités constituantes, s'avérait une situation intolérable qui mettait en péril aussi bien la crédibilité que la position internationale du Canada. Pendant un mois au moins les journaux et revues de

⁵² Voir à ce sujet Christian Deblock et Jean-Jacques Gislain, «La politique canadienne: quelle maîtrise du développement en économie ouverte?», in *Néo-conservatisme et restructuration de l'Etat*, (sous la direction de Lizette Jalbert et Laurent Lepage), Presses de l'Université du Québec, 1986, p.107-133, surtout aux pages 112-113.

toutes les capitales du monde ont fait état en long et en large de l'éventualité d'un fractionnement de l'union canadienne⁵³.

Dans l'esprit d'un penseur comme le premier ministre Pierre Elliott Trudeau qui tenait en bien piètre estime l'expression des irrédentismes «infra-nationaux», la situation appelait des correctifs⁵⁴. Quelles qu'aient été les péripéties qui avaient donné lieu à un accord partiel entre le fédéral et certaines provinces en vue de rapatrier la Constitution et d'enchâsser une Charte par la même occasion, il n'en demeurerait pas moins que ce rapatriement avait été réalisé essentiellement en vue de réaménager de fond en comble les rapports entre le gouvernement fédéral et les provinces afin d'obvier à une autre menace de séparation.

En ce sens, le rapatriement a été l'occasion de mettre au point une tactique qui demandait à être articulée à une nouvelle vision du fédéralisme canadien. Le mandat, confié moins d'une année plus tard à la Commission Macdonald, l'enjoignait précisément d'articuler et de développer les paramètres de ce nouveau fédéralisme.

À cet égard, l'ascendant et l'importance de la Commission Macdonald ne sont comparables qu'à ceux de la Commission Rowell-Sirois mise sur pied à la fin des années trente. Rétrospectivement d'ailleurs, ce sont là les deux principales crises auxquelles aient eu à faire face la fédération canadienne au cours du demi-siècle. Il n'est donc pas étonnant si les mandats qu'on leur a confiés, puis les recommandations qu'elles ont élaborées, comptent effectivement parmi les deux réaménagements programmatiques majeurs que le pays ait connus durant ce siècle.

⁵³ Citons, à titre d'exemple, parmi les revues, le dossier publié par *The Economist*: «New chapter for Trudeau», 5 avril 1980, p. 39 et ss; et *L'Express*: «Québec: souveraineté contre fédéralisme», 24 mai 1980. Quant aux principales publications américaines comme *Time*, *Newsweek*, *US News and World Report*, elles semblent avoir été complètement accaparées à la même époque par le sauvetage raté des otages américains en Iran, qui avait été monté à l'instigation du président Carter et de la CIA, de sorte qu'elles se sont désintéressées de la situation canadienne.

⁵⁴ Qu'il suffise de mentionner le désormais célèbre: «Les séparatistes: des contre-révolutionnaires», in *Le Fédéralisme et la société canadienne-française*, Hurtubise HMH, 1967.

La crise constitutionnelle du début des années quatre-vingt aurait bel et bien suscité la mise en place d'un «nouveau fédéralisme» qui tirait son inspiration profonde des canons du néo-libéralisme dont on attendait par ailleurs qu'il puisse alimenter à la fois une nouvelle gestion des relations entre l'État et la société, tout en permettant à la fédération canadienne de redéfinir les relations entre un pouvoir central et ses unités constituantes. Comme quoi l'évolution de la dynamique interne au pays l'aurait placé devant des défis et des blocages à l'accumulation tout à fait comparables aux défis et blocages que connaissaient à la même époque les autres pays industrialisés.

Tout au long de l'après-guerre, et sous l'égide des paramètres hérités du keynésianisme tels qu'ils avaient été opérationnalisés par la Commission Rowell-Sirois, le Canada, bénéficiant d'une position internationale privilégiée en tant que grenier de l'Occident et fournisseur de matières premières, avait pu composer avec l'élaboration d'une panoplie de stratégies de développement économique et social plus ou moins convergentes, appliquées concurremment par les provinces et par le gouvernement fédéral. Malgré l'internationalisation des réseaux d'échange d'une part, malgré l'accroissement de la centralisation économique de l'autre, le Canada avait ainsi été amené à évoluer, aux dires de certains observateurs, vers une véritable «balkanisation» de son économie⁵⁵. On pourrait sans doute aller jusqu'à dire que l'application du keynésianisme dans le contexte canadien avait conduit à un véritable paradoxe économique dans la mesure où la surenchère des interventionnismes étatiques aurait contribué à accroître la rigidité du système dans son ensemble au lieu de l'assouplir, car là où Keynes avait confié à l'Etat central seul la prise en charge des effets sociaux négatifs du capitalisme, il s'est trouvé que les onze autorités politiques en place au Canada, surtout à compter de 1960, avaient tenté de pallier ces effets chacune à leur

⁵⁵ Cf. M.J. Trebilcock, J.R.S. Prichard, T.J. Courchesne et J. Whalley, *Federalism and the Canadian Economic Union*, Ontario Economic Council et University of Toronto Press, 1983.

façon⁵⁶. C'est ainsi que l'on assiste à l'émergence parallèle de ces soi-disant «révolutions tranquilles» au cours desquelles des gouvernements provinciaux redéfinissent de fond en comble les formes et modalités de leur propre intervention dans l'économie et la société provinciales; on ne compte d'ailleurs pas moins de trois de ces «révolutions» au pays dans le cours des années soixante: au Québec, au Nouveau-Brunswick et au Manitoba. Il y a dès lors un lien tout à fait déterminant et révélateur à la fois qui sera établi par la Commission Macdonald dans son rapport entre le keynésianisme, l'insuffisante «union» économique, l'enchâssement de la Charte des droits et libertés dans la Constitution et l'ordre de marché. Et c'est ce lien qui la conduira à proposer rien moins qu'une redéfinition radicale des paramètres fondateurs de la société et de la politique au pays.

Illustration des énoncés précédents

Il est acquis que le Canada a fait sienne, très tôt, la démarche de Keynes, au point où un auteur a pu affirmer qu'Ottawa était la capitale où son influence avait été la plus grande⁵⁷, ce qui n'empêche, bien sûr, que le Canada, et le Québec, aient également compté de notables détracteurs du keynésianisme⁵⁸. Or, compte tenu du degré d'ouverture de l'économie canadienne sur l'Amérique du Nord, c'est bien la persistance dans le recours à l'étatisme durant plus de quarante années qui est intéressante et qui constitue une caractéristique propre à l'*éthos* social et politique au pays et non pas l'anti-étatisme. La fluidité des échanges dans l'axe nord-sud aurait

⁵⁶ Voir Michael Jenkin, *Le Défi de la coopération. La politique industrielle dans la fédération canadienne*, Conseil des Sciences du Canada, Etudes de documentation, no.50, 1983.

⁵⁷ Voir Alexander Brady, *Democracy in the Dominions*, 3ième édition, University of Toronto Press, 1955, p.55 note 14 cite A.F.W. Plumptre, «A Prophet not without Honour», *University of Toronto Quarterly*, octobre 1951: «Perhaps in no capital of the English-speaking world did Keynes exercise more influence than in Ottawa».

⁵⁸ Il ne s'agit pas ici d'élaborer une histoire des écoles d'économie au Canada ou au Québec. Mentionnons tout simplement, à titre d'exemple, les noms de Harry G. Johnson et d'Esdras Minville qui comptent parmi les deux figures de proue de l'anti-keynésianisme.

sans doute pu entraîner l'ajustement des idées et des pratiques beaucoup plus tôt de sorte que ce qui demeure significatif c'est bien le fait que le Canada ait maintenu le cap malgré l'attirance que les institutions américaines ne pouvait pas manquer d'exercer sur les siennes propres. Et pourtant, depuis au-delà d'une décennie, les choses ont grandement changé ainsi que peuvent en témoigner la signature de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis en 1989, suivi de celle de l'Accord de libre échange nord-américain en 1994. Depuis lors, en effet, nous avons assisté à une transformation majeure dans la définition des rapports entre l'économie et la société, avec le résultat que le rôle des pouvoirs publics a, lui aussi, connu des ajustements importants.

Il est donc tout à fait pertinent de se demander où, quand et comment cette transformation est intervenue et de chercher à cerner du plus près que possible le moment et le lieu où la gestion publique du fédéralisme a été soumise à l'équivalent de ce que l'on pourrait appeler un renversement de problématique. En d'autres mots, il s'agit moins de repérer l'émergence de nouveaux groupes et de nouvelles idées que de cerner comment le gouvernement en place à l'époque a conceptualisé et défendu l'abandon de certains paramètres dans son analyse et dans sa gestion du fédéralisme canadien.

Or, cette nouvelle démarche est esquissée la première fois dans le discours prononcé par l'ex-premier ministre Pierre Trudeau à la Chambre des Communes le 23 mars 1981 dans le cadre du débat sur l'Adresse à Sa Majesté la Reine relativement à la Constitution du Canada. À cet égard, le discours du 23 mars constitue un élément intéressant à verser au dossier de ce débat qui se poursuit depuis le dépôt du projet de loi par le ministre de la Justice, Jean Chrétien, le 6 octobre 1980 et qui ne se terminera qu'en décembre 1981. Après avoir rappelé, statistiques à l'appui, le consensus qui prévaut au sein de la population canadienne face au projet de rapatriement de la Constitution et face à l'idée d'y enchâsser une Charte des droits et libertés, le premier ministre poursuit:

L'histoire du Canada depuis 1927 prouve que la théorie de l'unanimité n'aboutit qu'à l'impasse, à l'inaction, à l'institutionnalisation du statu quo⁵⁹.

Ce blocage justifie alors le gouvernement de procéder au rapatriement unilatéralement sans se préoccuper d'obtenir de consensus, encore moins l'unanimité, de la part des provinces. Faute de justification cependant, on asseoirait la légitimité du processus sur le fait que le transfert des pouvoirs n'opère pas à l'avantage du gouvernement mais bien à l'avantage des Canadiens:

Nous transférons le pouvoir de la Grande-Bretagne aux Canadiens, non pas au gouvernement fédéral, mais aux Canadiens représentés par un gouvernement national et par un certain nombre de provinces et, faute de pouvoir s'entendre, à la population canadienne, par voie de référendum⁶⁰.

La Charte est ainsi défendue comme une initiative qui fonde un transfert de pouvoirs depuis les gouvernements vers la population canadienne. Au passage, ce que l'on ne dit pas, c'est que la Charte accroît surtout les pouvoirs des tribunaux. Quoi qu'il en soit, nous ne sommes pas encore parvenu au noeud de la question qui est abordé en fin de discours de la manière suivante:

Notre pays a la chance de disposer de grandes ressources, tant humaines que physiques, et d'être à l'abri des conflits ou des guerres civiles. La paix et la prospérité ont permis à nos deux langues et à des cultures diverses de s'enraciner profondément. Ce sont peut-être ces mêmes raisons qui, ces dernières années, ont permis aux intérêts régionaux et individuels de s'affirmer de plus en plus au détriment du bien commun. À mon avis, la situation politique d'un pays ne peut pas demeurer constamment équilibrée⁶¹.

⁵⁹ Voir les *Débats des Communes*, VIII, 1981, p. 8509.

⁶⁰ *Idem*, p 8515.

⁶¹ *Idem*, p. 8519.

À quoi s'ajoute ceci qui marque l'infléchissement dont il a été question plus tôt:

Les deux prochaines décennies verront s'opérer la gestation du XXI^{ème} siècle au Canada. Nous ne faisons que créer les conditions qui permettront à nos successeurs d'entreprendre ce débat sur l'équilibre et sur le genre de pays qu'ils voudront⁶².

Si l'on peut être porté à croire que l'emphase est dictée par les circonstances quelque peu solennelles qui règnent en ces tribunes quand des parlementaires ont conscience de faire l'Histoire, il faut voir également que, rétrospectivement, les thèses du Premier ministre prennent tout leur sens avec la définition du mandat de la Commission d'enquête sur l'Union économique et les perspectives de développement du Canada. Plutôt que de laisser à d'éventuels «successeurs» la tâche d'«entreprendre le débat...sur le genre de pays qu'ils voudr(aient)», c'est à la Commission Macdonald qu'il en confie la responsabilité. Dans son rapport au Comité du Conseil privé, lors de l'adoption de l'Arrêté-en-conseil créant la Commission, le Premier ministre faisait valoir, entre autres choses:

[...] que, pour relever le défi du changement au niveau national aussi bien qu'international, afin de réaliser les potentialités du Canada et d'assurer le bien-être économique et social de tous ses habitants, il importe de mieux comprendre les aspirations des diverses régions, de coordonner davantage les initiatives des différents échelons de gouvernement et de susciter plus d'appui pour l'union économique canadienne⁶³.

Le mandat confiait alors au commissaire Macdonald la tâche d'enquêter et de faire rapport sur les possibilités, perspectives et défis économiques à long terme qui s'ouvraient pour la fédération canadienne et ses diverses régions, et sur l'incidence de ces perspectives et défis sur les institutions économiques et gouvernementales, ainsi que sur la gestion des

⁶² Idem.

⁶³ Voir le *Rapport de la Commission royale d'enquête sur l'Union économique et les perspectives de développement du Canada*, Ottawa, 1985, volume 3, Annexe A, p. 639.

affaires économiques du Canada⁶⁴. D'ailleurs, parmi les questions évoquées qui sont soumises à la Commission, on peut relever «les possibilités et les contraintes du développement économique régional dans un cadre économique national», ainsi que «l'intégrité de l'union économique canadienne...»⁶⁵. Enfin, la directive à l'effet de «tenir compte de l'esprit de la Constitution canadienne...» visait, comme on peut bien l'imaginer, à développer le sens d'un texte qui venait à peine d'être rapatrié et qui n'avait pas encore été l'objet d'une réflexion poussée autour de son applicabilité dans le domaine du développement socio-économique. Lors de la conférence de presse tenue le 5 novembre 1982 au cours de laquelle le Premier ministre annonce la création de la Commission, celui-ci déclare que le mandat de la Commission était «sans doute le plus important et le plus ambitieux jamais confié à une Commission dans le cours de notre histoire»⁶⁶.

Si ce que nous avons passé en revue jusqu'à maintenant établit au moins l'importance de tenir compte de la filiation directe entre le rapatriement et la mise sur pied de la Commission Macdonald au niveau politique, il faut se pencher désormais sur le contenu de quelques-unes des recommandations formulées dans le Rapport final pour comprendre en quoi l'esprit qui anime les commissaires les conduit à élaborer un nouveau cadre d'analyse caractérisé par l'expression d'une sensibilité extrême devant l'évolution du contexte économique mondial et l'obligation de devoir assumer sur place les contraintes imposées par cette prise en compte. Ainsi, une des premières recommandations contenue dans le Rapport souhaite que «les politiques économiques canadiennes soient de plus en plus pensées en termes de contexte global»⁶⁷.

Plus tard, faisant le tour des trois options commerciales majeures, à savoir: le statu quo, le multilatéralisme et le libre échange canado-américain, avant de faire sienne cette dernière, «(l)a Commission écarte tout mouvement d'ensemble, axé sur

⁶⁴ Idem, page 640.

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ Idem, p. 647.

⁶⁷ Voir *Le Rapport...*, op.cit., volume 1, page 231.

une plus grande protection ou sur la substitution des importations, en guise de politique globale destinée à mettre les producteurs canadiens à l'abri de l'économie internationale...»⁶⁸.

Or, n'est-ce pas exactement le parti-pris quelque peu brutal pris également par les rédacteurs des Rapports Fortier et Gobeil que l'on rencontre ici? Quant aux barrières interprovinciales existantes, elles seraient éventuellement éliminées dans la foulée de l'application d'un «code de bonne conduite économique»⁶⁹. Au sujet du développement régional, la Commission, s'inspirant de l'article 36 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en fait un «élément essentiel de la politique canadienne» et elle recommande que les provinces qui ont droit aux paiements de péréquation signent avec le gouvernement central un Accord de développement économique régional⁷⁰. Cependant, ce sont les commentaires autour des lois du marché et de la libéralisation des échanges qui sont encore les plus éclairants:

[...] les gouvernements devraient s'appliquer à faciliter le fonctionnement des mécanismes du marché au sein de notre économie plutôt que de chercher les occasions d'intervenir davantage⁷¹.

Et plus encore:

Actuellement, les commissaires sont en faveur d'une politique industrielle davantage orientée vers le marché. Plus particulièrement, nous préconisons de laisser agir les lois du marché et de réduire l'intervention gouvernementale au niveau de la protection des industries en déclin⁷².

Dans la foulée de cette approche, les commissaires recommandent au gouvernement d'entreprendre l'étude et les

⁶⁸ Idem, p. 420.

⁶⁹ Voir le *Rapport...*, vol.3, p. 450.

⁷⁰ Idem, p. 454-455.

⁷¹ Idem, p. 485.

⁷² Idem, p. 487.

réformes du cadre de la réglementation dans sa totalité et d'avoir recours à la privatisation:

La vente de quelques sociétés d'Etat au secteur privé serait le corollaire logique de la dé-réglementation, puisqu'elle accroîtrait la concurrence. De même, le gouvernement fédéral et les provinces devraient mettre un frein à la tendance à la nationalisation ou aux entreprises mixtes, en particulier dans la mesure où cette tendance est liée aux mesures prises pour le sauvetage des industries. Les deux paliers de gouvernement devraient réévaluer les fonctions de ces sociétés d'Etat et de ces entreprises mixtes. Si les fonctions ou objectifs d'une société d'Etat donnée pouvaient être remplies de façon plus efficace par d'autres moyens, l'entreprise en question devrait soit être éliminée progressivement, soit être vendue à l'entreprise privée. S'il fallait privatiser une société d'Etat, les acheteurs étrangers, normalement, ne devraient pas être exclus des soumissions⁷³.

La boucle semble bouclée désormais qui nous aura fait remonter depuis le contenu des rapports des «sages» aux circonstances entourant le rapatriement, et redescendre depuis celui-ci aux recommandations de la Commission Macdonald. Ainsi, à la lumière des développements présentés, on peut établir un enchaînement en vertu duquel les recommandations contenues dans les rapports des «sages» participent de la mise en oeuvre d'un cadre théorique élaboré par la Commission Macdonald, avec le résultat que la nouvelle économie politique proposée par le gouvernement Bourassa à l'époque ne faisait au fond que s'inscrire dans la nouvelle logique de système issue de la promulgation de la Constitution et de la Charte des droits en 1982. À cet égard, les propositions des «sages» étaient bel et bien en porte-à-faux par rapport aux visées et visions des thèses issues du nationalisme économique, tout comme l'avaient été quelques mois plus tôt les recommandations de la Commission Macdonald.

Conclusion

⁷³ Idem, p. 493.

Il y a quelque chose d'assez troublant dans ce simple fait que le gouvernement à l'époque ait cru devoir doter le pays d'une Charte des droits dont l'interprétation par une Commission, qui avait pour mandat de se pencher sur son applicabilité dans le domaine de l'économie, allait conduire à une révision de fond en comble des rapports entre l'État et la société autour du projet de consolidation d'un marché continental. Il y a quelque chose de démagogique aussi dans la promotion de la défense des droits des individus grâce à des instruments juridiques qui garantissent et cautionnent en même temps l'exercice de leurs libertés civiles fondamentales de la part de compagnies, de monopoles ou de trusts. Mais tout cela fait sens bien sûr quand on souligne que ce sont les droits individuels qui reçoivent les faveurs du législateur, et non pas les droits sociaux. En conséquence, le retour sur les paramètres libéraux ou néo-libéraux de la part de rédacteurs de rapports où sont redéfinis les paramètres de la gestion sociale et politique apparaît bel et bien comme un moment déterminant puisque ce sont ces nouvelles théorisations qui valident le cadre des interventions ou des non-interventions à venir. À cet égard, ce qui est le plus significatif derrière la réémergence de certains paramètres classiques du libéralisme, c'est moins la critique de l'interventionnisme, qui s'avère au fond passablement succincte, que la réactualisation des forces du marché. C'est en ce sens précis d'ailleurs que nous sommes en mesure maintenant d'avancer, à l'instar d'autres analystes⁷⁴, que la reconnaissance légale des droits et libertés civiles, en plaçant l'individu isolé en face du pouvoir d'Etat, contribue à la marginalisation des revendications collectives et sociales. À leur tour, les rapports des «sages», en prétendant soumettre la gestion de l'économie et de la société aux seules forces du marché, ne faisaient que suivre à la lettre la voie tracée par leur illustre prédécesseur, le Rapport Macdonald.

⁷⁴ Voir Daniel Proulx, «La portée de la Charte canadienne des droits et libertés en matière de droits sociaux et collectifs: le cas de l'article 23», Deuxième colloque de la section des sciences juridiques de l'ACFAS, *La Charte canadienne des droits et libertés, et les droits collectifs et sociaux*, UQTR, 26 mai 1983, p..55-98.

CHAPITRE V

LES DROITS ET LIBERTÉS À L'HEURE DE LA DÉROGATION

L'influence des idéaux de la Révolution de 1789 sur les institutions des colonies britannique d'Amérique de Nord de l'époque est, tout compte fait, nulle; tout au plus reconnaît-on que certains de ces idéaux et, plus particulièrement, la question de la représentativité démocratique, aient pu influencer les Patriotes des Haut et Bas-Canadas au cours des années 1830. Or, cette question d'une éventuelle parenté ou mieux, celle de la persistance d'une césure entre des idées-force qui font désormais partie d'un patrimoine humain et la promulgation d'une autre charte des droits et libertés, la Charte canadienne, s'est trouvée posée quand il s'est agi de rendre compte et de justifier une disposition apparemment curieuse de cette charte, à savoir la fameuse clause dite «nonobstant». Le problème que pose cette disposition est facile à comprendre, il n'est sans doute pas facile à valider: est-ce qu'une loi fondamentale peut à la fois protéger l'exercice de droits et libertés et, du même souffle, si l'on peut dire, autoriser une législature à déroger à ces droits et libertés? Or c'est bien ce genre de mesure que sanctionne la Charte canadienne:

«Le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou un de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente charte». (art.-33, para. 1).

En l'occurrence, la dérogation s'applique à certaines garanties juridiques prévues à l'article 2, où il est question de libertés fondamentales, de même qu'à l'ensemble de la section consacrée aux garanties juridiques qui couvre le droit à la vie, la liberté et la sécurité (art. 7), la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies (art. 8), la détention ou l'emprisonnement (art. 9), l'arrestation ou la détention arbitraires (art. 10), certains droits en matière criminelle et pénale (art. 11), la protection contre la cruauté (art.12), le témoignage incriminant (art. 13), le droit à un interprète (art.14) et, enfin, les droits à l'égalité (art. 15).

Pour ses défenseurs, l'inclusion d'une clause «nonobstant» dans la loi fondamentale du pays s'explique soit par la nature même du pacte confédéral puisque «aucun des deux ordres ou niveaux de gouvernement n'est juridiquement ou politiquement subordonné à l'autre»⁷⁵, soit par les contraintes liées à la promotion d'un peuple qui entend «acquérir davantage de pouvoirs politiques et d'autonomie»⁷⁶. En revanche, pour ses détracteurs, la dérogation apparaît ou bien comme une concession tactique intolérable qui doit être corrigée dans les meilleurs délais afin de redonner à la reconnaissance des droits et libertés par la constitution canadienne sa pleine signification⁷⁷, ou bien comme une caution explicite accordée aux excès inhérents à l'exercice de leurs prérogatives de la part des gouvernements provinciaux⁷⁸. Parfois, ce second argument se fait plus précis et, dans la foulée d'un raisonnement développé par Brady, il y a près de quarante

⁷⁵ Solange Chaput-Rolland, «La réforme des relations fédérales-provinciales. Introduction», *Les Cahiers de Droit*, 26, 1, mars 1985, p. 9-13, à la page 10.

⁷⁶ Claude Morin «L'expérience canadienne et québécoise de révision constitutionnelle: leçons et perspectives», *Les Cahiers de Droit*, op. cit., p. 29-55., à la p. 53.

Dans son analyse, Morin fait ici référence au droit de retrait.

⁷⁷ Pierre Elliott Trudeau, *La Presse*, juin 1987.

⁷⁸ Cet argument, qui voit dans l'exercice du pouvoir provincial la présence constante d'une menace autoritaire, c'est-à-dire foncièrement anti-démocratique et anti-libertaire se retrouve chez Trudeau. Par exemple: «De quelques obstacles à la démocratie au Québec», in *Le Fédéralisme et la société canadienne-française*, op. cit., p. 105-128.

ans, il stigmatise un anti-démocratie propre au Canada français:

In French Canada sporadic anti-democratic movements, grounded in natural nationalism, have also appeared (...) and have sought to exact the special character of the national group, to protect its identity, and to ensure that it is not impaired by democratic compromise.

Thus, small groups of ardent nationalists in South Africa and Quebec believe that the state must be coterminous with the nation and the nation with the state, and for them the nation means their own exclusive language group, with its solidarity of culture. They reject the concept of a federal or composite nation, as they reject also the *modus vivendi* of a dual nationalism within the state, which is acceptable to the majority of Afrikaners and French and in harmony with the democratic idea⁷⁹.

Une réflexion de ce genre a été commise par Conrad Black dans un article remarqué; selon Black, l'inclusion d'une clause dérogatoire nous reporte aux plus belles années du régime Duplessis, alors qu'il faudrait désormais envisager la protection des droits linguistiques des minorités partout à travers le pays⁸⁰.

L'argument que je voudrais développer s'inscrit en faux contre une opposition de principe à la dérogation en vertu de laquelle cette technicalité rendrait inopérante la promulgation de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui a été enchâssé dans la *Loi constitutionnelle de 1982*. Je voudrais montrer en particulier que le recours à la dérogation s'inscrit dans le prolongement d'une logique de système où l'on avait convenu, au départ, d'aménager un cadre constitutionnel qui faisait droit à la coexistence de deux régimes juridiques aussi différents que

⁷⁹ A. Brady, *Democracy in the Dominion*, University of Toronto Press, 3ième édition, 1955, p. 545-6.

⁸⁰ Conrad Black, in *Financial Post*, 29 décembre 1988; l'auteur revient à la charge in *F.P.*, 21 juin 1989. Voir aussi Pierre de Bané, *Le Devoir*, 27 et 28 juin 1989.

peuvent l'être celui de la *Common Law* d'un côté, le droit civil inspiré du Code Napoléon de l'autre.

Les constitutionnalistes reconnaissent ce fait, sans toujours lui accorder toute l'importance qui lui sera accordée dans la présente interprétation. En cela, je voudrais suivre une démarche apparentée à celle qu'avait proposée Jacques-Yvan Morin dans un article publié en 1964 où l'auteur avait étudié le contenu de ce qu'il avait qualifié de régime juridique «hybride» au sein d'un nouvel équilibre constitutionnel⁸¹. Ce régime hybride subsiste toujours en droit canadien comme l'a encore récemment rappelé le constitutionnaliste dans une étude consacrée à la Charte québécoise⁸²; il conviendrait alors d'accorder à ce fait une place éminente dans l'interprétation du dossier constitutionnel de manière à faire ressortir la dimension juridique de la profonde asymétrie qui caractérise les relations des Canadiens et des Québécois vis-à-vis de leurs minorités propres. Cette approche ne prétend pas se substituer à une interprétation sociologique ou politique de la question nationale québécoise, mais elle vise plutôt à prendre en compte le domaine du droit dans la formalisation des rapports entre les individus et les sociétés. En ce sens, et pour anticiper sur la conclusion, le recours à la clause dérogatoire semble être une façon de résoudre le problème posé par la coexistence de deux Chartes dont les contenus «tantôt se recoupent et tantôt divergent»⁸³ d'une part, dont les sources relèvent de paramètres juridiques différents de l'autre.

L'AANB et le Code civil

Dans le contexte canadien, le débat sur les droits et libertés est situé d'emblée sur le plan constitutionnel là où les

⁸¹ Jacques-Yvan Morin, «Liberté nationale et fédéralisme», *Revue Juridique Thémis*, 14e année, no 50, mai 1964, p. 91-130, aux p. 128-9.

⁸² Jacques-Yvan Morin, «La constitutionnalisation progressive de la Charte des droits et libertés de la personne», *Revue Juridique Thémis*, vol. 21, 1987, p. 25-69.

⁸³ André Morel, «La Charte québécoise: un document unique dans l'histoire législative canadienne», *Revue Juridique Thémis*, vol. 21, 1987, p. 1-23, à la p. 23.

institutions britanniques ont été substituées aux institutions françaises. Dans ces conditions, le questionnement autour des droits civils et politiques passe par la mise à jour d'une concaténation qui prend appui sur l'adoption de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique en 1867 puisque cet événement représenterait bel et bien l'unique acte fondateur au pays. Sur cette lancée, l'évolution du constitutionnalisme canadien suit en quelque sorte une droite ligne qui court depuis l'option monarchiste des Pères de la Confédération jusqu'au parti-pris libéral, démocratique et centralisateur sanctionné lors de la promulgation de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

En reconnaissant cette prééminence de la loi fondamentale, je ne fais que suivre un cheminement propre à la démarche juridique et relever l'importance théorique et programmatique d'une formalisation des liens de sociation quand celle-ci est consignée dans un texte de loi qui sanctionne les paramètres qui instituent l'ordre politique et sa gestion. À cet égard, la fondation consolide le socle juridique sur lequel prennent appui des mythes fondateurs. L'année 1867, ce n'est pas seulement l'année où l'AANB a été sanctionné, c'est également le moment où le Canada est né, avec ses institutions, ses cadres de référence et les rationalisations qui les soutiennent. Au delà de ce terme, ce n'est déjà plus de la même réalité qu'il s'agit, comme si le recul dans le temps d'une année à peine, nous reportait au-delà de paramètres constitutionnels avec lesquels nous sommes tous familiers. Dans le contexte canadien, où l'on n'a connu ni bouleversement révolutionnaire, ni reconfiguration majeure de l'espace civil, ce recours au chiffrage est encore moins justifié qu'il ne peut l'être là où la fondation intervient dans une conjoncture survoltée, comme ce fut le cas aux États-Unis en 1776 et, peu après, en France, en 1789. Et pourtant, aux yeux des constitutionnalistes surtout, l'AANB est revêtu d'un statut apparenté et comparable, au niveau formel à tout le moins.

Or, l'argument que je veux introduire s'inscrit en partie en faux contre cette démarche qui voit dans la fondation du Canada en 1867 le seul moment dans l'institutionnalisation des droits et libertés au pays, un moment qui contribue, au passage, à valoriser, sans doute à mauvais escient, l'unique phénomène

de la transition d'un statut de colonie à celui de Dominion. Il ne s'agit pas de dénier à ce moment sa validité, ni de prétendre que ce surcroît d'autonomie, aussi fragile fut-il, n'était pas indispensable, il s'agira plus simplement de soutenir que cet acte fondateur n'était pas le seul et qu'il avait été précédé d'un autre, tout aussi déterminant pour les besoins d'une étude de la question constitutionnelle.

Car, si la Révolution française n'a pas eu de prise directe sur le Canada à l'époque, il reste qu'un des héritages les plus significatifs de cette Révolution, lui, en a eu une qui s'est avérée déterminante. Quoi qu'on puisse avancer, en effet, sur le rapport entre les idéaux révolutionnaires et la promulgation du Code Napoléon en 1804, il n'en reste pas moins que ce texte a exercé une influence sur la plupart des codes civils qui ont été adoptés par la suite et, en particulier, sur le Code civil du Bas-Canada de 1866. Il y aurait dès lors une filiation beaucoup plus directe à relever qu'on ne le fait généralement entre la Révolution et le Code Napoléon d'un côté, l'adoption d'un Code civil au Bas-Canada de l'autre. Et, sans même prétendre que cette convergence ait pu compromettre les codificateurs dans la défense, voire même dans la reprise des idéaux révolutionnaires, une filiation d'autant moins justifiée que la codification a été menée à terme sous un gouvernement conservateur d'une part, que l'intégration de certaines dispositions comme la reconnaissance du divorce n'a jamais été envisagée d'autre part, il n'en reste pas moins que l'adoption d'un Code civil fondait, au sens le plus lourd du terme, la société bas-canadienne, ainsi que l'on désignait alors la province de Québec. Au demeurant, on peut même se demander si le compromis constitutionnel intervenu l'année suivante avec la sanction de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique par le Parlement de Londres, aurait pu advenir n'eût été de la promulgation du Code civil en 1866.

En conséquence, et dans la foulée de l'argument soutenu, le Québec n'aurait pas connu un seul acte fondateur, mais bien deux, deux moments qui correspondent à la délimitation de deux espaces plus ou moins étanches, un espace civil bas-canadien d'une part et un espace civil et politique canadien d'autre part. Le Code civil du Bas-Canada institutionnalisait le

premier, l'AANB, le second. En procédant de la sorte, nous nous trouvons alors à accorder au premier évènement sa pleine importance d'évènement fondateur avec toutes les conséquences à la fois théorique et programmatique que cette expression recouvre; on infère alors que le Code civil institutionnalise l'existence même d'une société civile au Bas-Canada de sorte que, même si la filiation par rapport à la Révolution française elle-même apparaît quelque peu ténue, ce sont tout de même certains de ses idéaux entourant la fondation rationnelle d'une société civile qui se trouvent formalisés dans le code par le biais de l'empreinte des dispositions inspirées du Code Napoléon.

Or, l'intérêt d'une démarche qui s'appuie sur cette double fondation apparaîtra d'emblée quand on l'applique maintenant à l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*, alors que le pouvoir fédéral s'approprie désormais des droits et libertés qui relevaient antérieurement, non pas tellement de la juridiction provinciale, à quoi nous conduit inmanquablement la démarche strictement constitutionnaliste, mais qui relevaient d'abord et avant tout du domaine civil bas-canadien, c'est-à-dire d'un socle juridique distinct.

En première approximation, la différence est anodine; en vertu de l'article 92 de l'AANB, en effet, la propriété et les droits civils relèvent de la juridiction des provinces. Toutefois, compte tenu de ce qui vient d'être souligné concernant la fondation et l'acte fondateur, la différence est capitale puisque le sens et la portée de l'expression sont investis, dans le contexte québécois, d'une signification et d'une densité qui n'ont pas d'équivalent ailleurs au pays où l'expression «droits civils» renvoie aux règles de la *Common Law*⁸⁴. D'ailleurs, le raisonnement soutenu ne peut pas s'appliquer aux provinces de *Common Law* pour lesquelles la fondation de leur propre société civile passera elle-même par une autre dérogation, fort significative celle-là au demeurant, dérogation prévue à l'article 94 de l'AANB, en vertu de laquelle ces colonies acceptent que le pouvoir fédéral se substitue à elles et uniformise les lois en

⁸⁴ Le droit civil français est expressément aboli au Haut-Canada dès 1791 et on lui substitue alors le droit civil britannique. Voir *Documents constitutionnels canadiens 1791-1818*, Ottawa, 1915.

matière de propriété et droits civils, avec le résultat que l'idée de fondation d'une société civile n'a plus dans ces cas-là ni la même signification ni la même portée. Dans ces conditions, le défi posé par la *Loi constitutionnelle de 1982* consiste moins à savoir si le Québec demeure encore ou pas une «société distincte», c'est de nier que la société québécoise puisse encore et toujours reposer sur un socle qui soit autre que celui sur lequel repose la société canadienne dans son ensemble. Or, la loi de 1982 et la Charte surtout, à travers quelques mécanismes en apparence anodins, comme le recours à la notion de démocratie ou l'affirmation du droit à l'enseignement dans une langue donnée, voire la sanction de la mobilité géographique, remettent en cause l'existence d'un espace civil bas-canadien ou québécois avec ses prérogatives et exigences propres qui ne correspondent pas nécessairement à l'état des droits et libertés ailleurs au pays. Mais avant de pousser plus avant l'analyse des conséquences du rapatriement de la Constitution enclenché à l'instigation du premier ministre Trudeau, je veux revenir sur les deux moments fondateurs en étudiant successivement les sociétés civile et politique au Québec sous l'angle de la démarche théorique suggérée.

À cette occasion, je voudrais montrer, entre autres choses, que le déploiement d'un espace politique québécois lié à une société civile distincte dans son esprit et ses institutions, a conduit à un affrontement déterminant entre deux logiques de système au terme duquel il est apparu que la résolution du conflit, loin d'être recherchée dans l'exploration de nouveaux compromis, a plutôt été engagée du côté d'une véritable continentalisation constitutionnelle, c'est-à-dire dans l'importation et la transposition du modèle américain de la sanction des droits et libertés dans les contextes canadien et québécois. On pourra toujours s'autoriser à croire, en rétrospective, que cette alternative plaidait en faveur d'un accroissement des droits et libertés, cela n'est exact qu'à la condition de préciser qu'il s'agissait également de restreindre les prérogatives du pouvoir législatif au Québec. En ce sens, le rapatriement de la constitution canadienne de 1982, en prétendant renvoyer dos à dos les deux démarches qui prévalaient jusque là, a pavé la voie à l'uniformisation sociale et

constitutionnelle qui devrait prévaloir à l'avenir avec l'introduction de paramètres inspirés du droit constitutionnel américain.

La société civile bas-canadienne

C'est sans doute le rachat des rentes seigneuriales au Bas-Canada en 1854 qui représente le préalable le plus significatif et déterminant à la fois à l'établissement d'un ordre juridique civil au sens où l'on entend ce terme aujourd'hui. Et, même si ce bouleversement est intervenu sans remise en cause profonde, il n'en a pas moins soulevé les passions pour autant, par exemple, celle du frère de Jean-Baptiste Dorion⁸⁵. Il faut voir d'ailleurs qu'il s'agissait moins d'abolir le régime seigneurial à l'époque, sinon de créer un fonds qui devait permettre aux censitaires de «se rédimier des lods et ventes et autres droits casuels», sans pour autant réduire les rentes seigneuriales. À cette occasion, les rapports entre les Bas et Haut-Canadas se détériorent notablement puisque ce sont les représentants du Haut-Canada qui aideront «le gouvernement à imposer au Bas-Canada une mesure que la majorité de ses représentants repoussait»⁸⁶.

Quoi qu'il en soit de cet autre épisode de l'histoire des relations au sein de la colonie, le projet d'union avec les futures provinces de l'Atlantique a été facilité par la démarche du procureur-général du Bas Canada, Georges-Étienne Cartier, qui était à la fois responsable de la promulgation du Code civil et un ardent défenseur du projet confédératif. Pour certains civilistes, comme Charles de Lorimier et Charles Vilbon, «décréter l'uniformité dans nos lois, c'était raffermir et consolider notre unité nationale»⁸⁷. Il advient alors que la notion même de société civile sera survalorisée dans le contexte bas-canadien, précisément parce que son institutionnalisation est très fortement encadrée aussi bien aux niveaux latéral que

⁸⁵ Qui signe ainsi un pamphlet intitulé: *Tenure seigneuriale. Paie pauvre peuple, paie!*, Québec, Bureau et Marcotte, 1855.

⁸⁶ *Idem*, p. 15.

⁸⁷ *La Bibliothèque du Code civil de la province de Québec*, Montréal, La Minerve, 1871, tome 1, «Introduction», p.3.

Cette interprétation sera également celle des civilistes par la suite.

vertical; au niveau latéral par l'instauration de la *Common Law* en matière de propriété et de droits civils partout ailleurs au pays; au niveau vertical, par la prééminence du droit anglais dans la quasi totalité des autres domaines, qu'il s'agisse de droit pénal, de droit commercial, de droit militaire, et surtout, de droit constitutionnel.

Il découle deux conséquences essentielles de cet encadrement pour mon propos: la première tient à la séparation, la seconde, à la congruence. Quant à la séparation, qu'il suffise d'indiquer que les contenus et les interprétations juridiques des rapports entre les individus divergeront nécessairement selon que l'on s'appuiera sur le socle du Code civil ou sur celui de la *Common Law*, avec le résultat que le contenu des liens de sociation varieront en vertu d'une appartenance préalable à l'une ou à l'autre société; quant à la congruence maintenant, il faudrait relever que la relation entre droits civils et droits politiques ne sera pas homologue puisque le Code civil est encadré par un corps de doctrine constitutionnelle qui lui est en quelque sorte hétérogène tandis que les préceptes de la *Common Law* en matière de propriété et de droits civils participent d'un esprit et d'une démarche qui sont marqués du sceau de l'homogénéité théorique et programmatique. Dans le premier cas, il y a rupture entre les espaces civil et politique, dans le second, prolongement, équilibre et, surtout, cohérence.

On pourra mieux saisir la différence au moyen d'un exemple. En droit français, en vertu de l'article 7 du Code Napoléon de 1804, «l'exercice des droits civils est indépendant de la qualité de *citoyen*, laquelle ne s'acquiert et ne se *conserve* que conformément à la loi constitutionnelle»⁸⁸. En revanche, dans le contexte canadien, l'article 3 du projet de Code civil renvoie à la notion de «sujet britannique», qui substitue dès lors une identification impériale à l'identification nationale prévue à l'article correspondant du Code Napoléon dont l'article 8 édicte: «Tout Français jouira des droits civils».

Ainsi, malgré la parenté des sources, la société civile bascanadienne est enserrée dans un carcan d'institutions et de

⁸⁸ L'expression «de la qualité de citoyen» a été modifiée en 1889 de sorte que la première partie de l'article se lit depuis lors: «l'exercice des droits civils est indépendant de l'exercice des droits politiques».

rationalités qui relèvent d'un ordre social et politique différent avec, pour conséquence première, que les statuts civil et politique se trouvent à cet égard segmentés par rapport au citoyen qui jouit de plein droit de tous les privilèges civils et politiques qui lui accroissent du fait de son appartenance à un seul ordre juridique cohérent et congruent. Plus spécifiquement, en France, la promulgation d'un Code civil en 1804 est une initiative qui s'inscrit dans un processus plus vaste de rationalisation juridique dont la complémentarité passe par la sanction du Code de procédure civile, du Code de commerce, du Code d'instruction criminelle, du Code pénal, du Code forestier et du Code de justice militaire notamment. De cet ensemble, on a pu écrire:

Les cinq premiers de ces Codes, promulgués sous le Consulat et l'Empire, forment sur les matières civiles, commerciales et criminelles, un ensemble tellement clair, concordant et complet, que de toutes les législations européennes il en est peu qui puissent être comparées à la législation française. Ces Codes constituent un des plus beaux titres de gloire de Napoléon, et seront toujours l'objet de la reconnaissance des Français⁸⁹.

Dans le contexte bas-canadien des années 1860, en revanche, l'adoption du Code civil, loin de s'inscrire dans un «ensemble» de codifications relevant d'un même esprit ou d'une même problématique, vient au contraire occuper un espace balisé par des législations comme le droit commercial, le droit pénal et, bientôt, le droit constitutionnel, qui relevaient d'un autre corps de doctrine, c'est-à-dire du droit britannique. Ceci dit, je n'ai pas la prétention de pousser cette filiation très loin puisque, malgré la codification, le droit civil bas-canadien était entaché d'importantes limites à l'exercice des droits et libertés, ainsi que peuvent en témoigner deux exemples passablement révélateurs: les rapports avec l'Église catholique et les relations entre les sexes.

⁸⁹ C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, Paris, Marchal, Billard et Cie, 1869, 4e édition, tome 1, p. 11-12.

À propos du premier exemple, il faut rappeler que la codification bas-canadienne, contrairement à ce qui s'était passé en France six décennies plus tôt, ne fondait aucune séparation entre l'Église et l'État, bien au contraire. S'il est advenu, dans d'autres contextes, que la codification ait pu formaliser une séparation entre les domaines civils et religieux, le Bas-Canada a échappé à la laïcisation de ses institutions dans la mesure où les clercs étaient appelés à compléter les actes civils et à officialiser des contrats de telle sorte que le contractualisme s'est trouvé dans plusieurs cas soumis au rite sacramentel; il en allait ainsi pour les actes de naissance et de décès, notamment, de même que pour le contrat de mariage. Dans le même ordre d'idée, mais sur un autre plan, la femme mariée a été placée dans un état de sujétion à peu près totale vis-à-vis de son mari, de telle sorte que des acquis d'égalité qui avaient pu être sanctionnés dans d'autres lois ou dans d'autres codes n'ont pas été reconnus. Quoi qu'il en soit de ces deux restrictions, ainsi que de plusieurs autres apparaissant au chapitre de l'interdiction, en particulier, il n'en demeure pas moins que le Code civil sanctionne l'égalité devant la loi, l'autonomie de la volonté et la responsabilité individuelle qui sont trois dispositions centrales et déterminantes dans l'établissement d'un ordre civil.

L'introduction de ce corps de doctrine sera d'ailleurs complété par l'adoption d'un Code de procédure civile radicalement différent dans son esprit et sa lettre de son équivalent canadien. Le Bas-Canada atteint donc à cette occasion à la fois sa maturité et son autonomie civiles, étant entendu que l'espace de liberté ainsi délimité, pour aussi restreint qu'il fût, était néanmoins plus étendu que celui qui prévalait antérieurement sous l'empire de la Coutume de Paris alors que subsistait encore les vestiges du régime seigneurial.

Ceci étant établi, je propose maintenant de nous pencher sur la nature du régime politique qui devait faire l'objet de la fondation du pays en 1867.

L'option monarchiste de l'AANB

Il ne serait venu à l'esprit d'aucun des Pères de la Confédération de défendre la démocratie. Une première raison de ceci tient au fait que les discussions sur le projet de Confédération sont enclenchées alors que la guerre civile fait rage aux États-Unis. Et puisque les États-Unis se définissaient comme le berceau de la démocratie, il semblait par avance exclu d'avoir recours à une forme de gouvernement que certains analystes tenaient pour responsable du déclenchement de la guerre civile. Cependant, cet argument est insuffisant, de sorte que pour saisir le sens du projet d'union des provinces, il faut pousser un peu plus loin l'analyse.

Pour la science politique à l'époque, il existait essentiellement trois formes de gouvernement entre lesquels les décideurs politiques étaient appelés à choisir: la monarchie, l'aristocratie et la démocratie. Si un choix s'imposait, c'est entre ces trois systèmes qu'il fallait théoriquement et pratiquement l'opérer. La décision d'opter pour un système monarchique tient d'abord au fait que l'instauration d'une aristocratie est «impraticable» dans le contexte canadien, comme le souligne John A. Macdonald lui-même:

An hereditary Upper House is impracticable in this young country. Here we have none of the elements for the formation of a landloard aristocracy - no men of large territorial positions - no class separated from the mass of the people. An hereditary body is altogether unsuited to our state of society, and would soon dwindle into nothing ...⁹⁰.

Il restait alors à se rabattre sur un système monarchique non seulement au niveau de l'exécutif, mais également à la Chambre haute puisque c'est la Couronne qui devait nommer les sénateurs:

Nomination by the Crown is of course the system which is most in accordance with the British Constitution⁹¹.

⁹⁰ *The Confederation Debates in the Province of Canada, 1865*, a selection edited by P.B. Waite, McClelland and Stewart, 1963, p. 45.

⁹¹ Idem.

À la vérité l'option démocratique n'a jamais été envisagée en tant que telle, car la décision de coller du plus près que possible au régime constitutionnel anglais s'imposait d'emblée. Tout emprunt au démocratisme à l'américaine était par avance exclu. En ce sens, les événements qui se déroulaient au même moment aux États-Unis ne font que confirmer les Pères de la Confédération dans leur conviction. L'idée démocratique est donc à toutes fins pratiques ignorée et le fait que les Américains soient en guerre ne sert qu'à valider un choix qui n'en est pas un. Georges-Etienne Cartier exprime ceci de manière tout à fait claire:

He was opposed he might as well state most distinctly, to the democratic system which obtained in the United States. In this country of British North American we should have a distinct form of government, the characteristic of which would be to possess the monarchical element⁹².

Dans la mesure où la question politique, à savoir quelle qualification devait recevoir le nouveau régime constitutionnel canadien, avait pu revêtir quelque importance lors de la tenue des débats sur le contenu de la future Constitution, il ne fait pas de doute que les Pères se sont entendus pour sanctionner un régime monarchique le plus en conformité avec l'esprit des institutions britanniques. Il y a plusieurs raisons à cela. La première raison est conjoncturelle: dans la mesure où on pouvait interpréter le déclenchement de la Guerre de Sécession aux États-Unis en 1864 aux excès de la démocratie, il n'était pas étonnant qu'on ait voulu éviter non seulement le terme mais également toute référence à des accommodements qui, de près ou de loin, auraient pu accréditer l'idée qu'on envisageait son implantation. C'est pourquoi ni le recours à l'électorat pour sanctionner l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, non plus que la tenue d'élections aux postes de sénateurs ou de magistrats ne sont envisagés. Ajoutons à cela que nulle part dans l'AANB de 1867 il est question de la fonction de premier ministre, de la composition du Cabinet des ministres, ou même de partis politiques, et l'on aura quelque idée de la profondeur

⁹² Idem, p. 52

des convictions anti-démocratiques ou mieux, a-démocratiques, qui animaient les Pères de la Confédération.

Le résultat de cette prise de position, c'est que l'Acte de l'Amérique du Nord britannique instaure un régime politique hybride en décrétant, à son tout premier paragraphe:

Considérant que les Provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick ont exprimé le désir de se fédérer en un dominion placé sous la couronne du Royaume Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande et régi par une constitution semblable en principe à celle du Royaume Uni.

Le problème d'encadrer une fédération en ayant recours à un régime parlementaire appliqué dans un contexte politique unitaire et centralisé se retrouve dans de nombreuses dispositions de l'Acte qui devaient avoir pour effet de soumettre le plus parfaitement possible l'exercice de la soi-disant autonomie provinciale au contrôle de l'exécutif fédéral. C'est ainsi que l'attribution du pouvoir exécutif au gouverneur général au nom de la Reine, comprend l'autorité de nommer les lieutenants-gouverneurs (art. 58) et que, en corollaire, parmi les pouvoirs dévolus aux provinces, on leur retire expressément la capacité de modifier la fonction de lieutenant-gouverneur (art. 90, para. 1). De surcroît, tout comme le gouverneur général peut exercer un droit de réserve ou de désaveu sur tout projet de loi voté par les deux Chambres du Parlement (art. 55), les lieutenants-gouverneurs peuvent les exercer également à l'encontre d'un projet de loi des législatures provinciales (art. 90). Enfin, le Cabinet fédéral est également investi de ces deux pouvoirs; entre 1867 et 1947, 112 législations provinciales ont été désavouées et 65 réservées⁹³. Depuis la Deuxième Guerre, ces pouvoirs sont tombés en désuétude, mais il s'en faut de

⁹³ Robert MacGregor Dawson, *The Government of Canada*, University of Toronto Press, 1947, p. 253 et ss.

On pourra noter au passage que ce pouvoir a visé des programmes législatifs précis dans le cas des législations discriminatoires adoptées par la Colombie-britannique, ou le projet créditiste de l'Alberta. Par ailleurs, le rôle de superviseur assumé par Ottawa à cet égard n'a pas été constant comme en témoigne le fait que la Loi du Cadenas (1937) n'ait été ni réservée ni désavouée.

beaucoup que le fédéral ait laissé les provinces agir à leur guise, bien au contraire, surtout si l'on rappelle que durant l'après-guerre, l'initiative législative du Parlement a été déterminante.

Si l'on dit des régimes constitutionnels britannique et américain qu'ils se définissent respectivement comme une monarchie et une démocratie, il faut essentiellement entendre sous ces termes deux modalités ou deux formes d'arrimage ou de liaison entre deux réseaux de pratiques sociales que représentent l'exercice des libertés civiles d'un côté, l'exercice des libertés politiques de l'autre. Or, dans le système canadien, il subsiste une certaine étanchéité entre deux espaces civils, alors qu'aux États-Unis, c'est l'uniformité qui prévaut⁹⁴.

On comprendra alors mieux que la transposition d'un régime démocratique à l'américaine dans le contexte canadien, non seulement aurait-il impliqué une forme de rebuffade vis-à-vis des institutions de la mère-patrie, mais surtout, cette introduction aurait supposée résolue la question du rapport entre deux régimes juridiques instituant chacun un espace civil propre, ou tant s'en faut. C'est afin de contourner ce problème que l'on a eu recours à la solution qui consistait à juxtaposer deux cadres de référence étanches, le droit civil bas-canadien d'un côté, un droit britannique qui venait en quelque sorte l'encadrer et le clôturer de l'autre, étant entendu que l'ordre civil n'était pas davantage démocratique que ne l'était l'ordre politique.

Transition

À la lumière des précédentes considérations, il a été établi deux choses: la première, que le droit civil bas-canadien encadrait l'exercice des droits et libertés civiles de manière à prolonger une double articulation avec deux autres institutions, avec le clergé d'une part, les institutions impériales de l'autre; la seconde, que la monarchie constitutionnelle prévue à

⁹⁴ Cette homogénéité juridique a été relevée il y a déjà longtemps: «...M. Stokes observe, in his work on the constitution of the Colonies, that the Crown has from time to time established the common law of England in all the British American Plantations, except Quebec or Canada» cité par C. de Lorimier et C. Vilbon, *op. cit.*, p. 33, note 1.

l'AANB confirmait une certaine séparation entre les ordres ou les sphères politique et civile contrairement, par exemple, à la situation qui prévalait aux États-Unis là où la cohésion entre les sphères était assurée par l'homogénéité des cadres normatifs civil et politique.

La suite de l'argument nous conduira à juxtaposer désormais les ordres civils et politiques dans la conjoncture actuelle au Québec en reprenant les deux temps de l'analyse afin de montrer en quoi et comment la *Charte canadienne des droits et libertés* de 1982 vient contourner non seulement des acquis d'égalité engagés et sanctionnés dans la foulée d'un élargissement de la liberté civile au Québec d'une part, mais également l'émergence d'un cadre juridique alternatif et concurrent de la part des autorités canadiennes d'autre part.

La société civile québécoise

À l'instar du Code civil français, celui de la province de Québec a été débordé par le déploiement des nouvelles juridictions⁹⁵. Qu'il s'agisse de droit du travail, du droit de la santé, du droit de l'éducation, les paramètres du droit civil n'ont pu contenir l'émergence des nouvelles revendications portées par tous ceux et toutes celles qui dénonçaient les déficits d'égalité induits par l'universalisation du contractualisme. De surcroît, on a assisté dans le contexte québécois à une épuration des exigences commandées par le respect des rites religieux de telle sorte que le Code civil a été progressivement laïcisé. Enfin, les principales discriminations inscrites dans les normes propres à l'interdiction ont été en partie levées, avec le résultat que des inégalités profondes qui prévalaient initialement entre les sexes ou entre les générations, notamment, ont été en partie levées.

Si nous revenons maintenant sur la notion de socle introduite en début d'analyse, nous voyons que l'effet de débordement au-delà du droit civil tel qu'il avait été circonscrit initialement a élargi le pivot sur lequel avaient été édifiés les liens de sociation au point de départ. Cette nouvelle équation nous oblige désormais à devoir envisager une confrontation d'un nouveau type entre deux espaces publics au Canada, dont l'un appartient en propre à la société québécoise, tandis que l'autre relève des institutions canadiennes. Le recours concurrent à la sanction de chartes des droits de la part des gouvernements québécois et canadien représente dans ces conditions un enjeu qui n'a pas son parallèle dans la promulgation de chartes engagée sous l'égide des autres gouvernements provinciaux. Ici, l'effet de séparation se trouve en quelque sorte accentué à cause de l'étanchéité entre les espaces civil et politique qui avait été sanctionnée au point de départ.

⁹⁵ Ce phénomène est étudié, entre autres, par Georges Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1948.

Une analyse plus circonstanciée de ce phénomène est due à S. Normand, «La sauvegarde de l'intégrité du droit civil», *McGill Law Journal*, vol. 32, 1986-87, p. 559 et ss.

Peu importe, au fond, si les dispositions de la Charte québécoise, ou même de la *Charte de la langue française* d'ailleurs, sont ou non plus avancées ou progressistes que celles de la Charte canadienne; si les deux espaces publics sont relativement étanches, on voit mal en vertu de quelle opération les principes propres au droit constitutionnel canadien devraient s'imposer dans le contexte québécois sinon par l'uniformisation de normes qui lui sont étrangères et dont la sanction repose sur une rationalité extrinsèque.

Or, c'est précisément ce que va tenter d'accomplir la Charte canadienne en introduisant dans le régime constitutionnel canadien une rationalité originale inspirée non plus de la monarchie constitutionnelle britannique, mais inspirée désormais du démocratism à l'américaine. La principale difficulté que pose cette forme de contournement des paramètres propres à l'un et à l'autre socles, ce sera de délégitimer les principales lignes de force des logiques internes, québécoise tout autant que canadienne, et d'aller précipiter le Québec tout comme le Canada sur la voie d'une véritable continentalisation constitutionnelle. Ainsi, contrairement à ce qu'on avait escompté au départ, le rapatriement de la Constitution puis l'enchâssement d'une Charte canadienne des droits auront été un préalable au libre-échange dans la mesure où ils arrimeront désormais les logiques à venir à un nouvel ordre juridique qui n'est ni québécois ni canadien, mais bien américain. En ce sens, le rapatriement ne fait pas que sanctionner l'état des rapports de force entre deux espaces publics, il venait également, et surtout peut-être, ajuster les normes juridiques et institutionnelles au continentalisme qui prévalait déjà au niveau des échanges économiques entre le Canada et les Etats-Unis.

En ce sens, l'Accord de libre-échange canado-américain signé le 2 janvier 1989 ne fait pas qu'encadrer la formation d'un marché continental, il vient surtout confirmer une continentalisation des sociétés québécoise et canadienne devenue d'autant moins évitable que demeurerait insoluble le contentieux entre le Canada et le Québec. Il aura donc fallu attendre cet affaissement majeur lié au cul-de-sac à la fois théorique et programmatique où avait conduit l'épisode

référendaire au Québec en 1980 avant d'assister à cette nouvelle fondation étatsunienne des sociétés québécoise et canadienne.

Les termes du débat sur la clause dérogatoire et la notion de «société distincte»

Selon ses détracteurs, le recours à la dérogation dans la Charte canadienne est inacceptable pour deux raisons au moins: *premièrement*, le législateur ne peut pas dans un même souffle sanctionner la reconnaissance d'une panoplie de droits et libertés pour procéder un peu plus loin à une suspension dont l'application est à ce point étendue qu'il suffise d'une simple mention expresse pour en détourner l'applicabilité; *deuxièmement*, n'importe laquelle des libertés fondamentales peut être suspendue dans des circonstances exceptionnelles, en cas de conflit armé ou d'insurrection appréhendée, par exemple, et cette éventualité est par ailleurs déjà prévue à l'article premier de la Charte qui stipule:

La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

En vertu de ces raisonnements, les modalités d'une suspension sont déjà inscrites dans la Charte de sorte que l'adjonction d'une clause dérogatoire s'avèrerait au mieux superfétatoire, au pire stérilisante. En revanche, pour ses partisans, l'ajout d'une telle disposition s'explique assez facilement, en définitive, pour autant que l'on admette que, en procédant à constitutionnaliser les droits et libertés, le gouvernement fédéral se trouvait, par le fait même, à empiéter sur la juridiction des provinces. Quoi de plus normal dans les circonstances que d'avoir recours à un mécanisme juridique qui prétendait en même temps assurer l'uniformisation et l'universalisation des droits et libertés tout en sauvegardant des prérogatives qui relèvent, en dernière instance, d'un pouvoir souverain?

À ce premier niveau d'analyse, la question de la promulgation d'une clause dérogatoire répondrait à un double défi: celui d'universaliser la sanction des libertés fondamentales tout en reconnaissant que le législateur qui prétend instaurer cette homogénéisation n'a pas le pouvoir de le faire ou, à tout le moins, celui de l'imposer. L'uniformité visée représenterait alors un idéal à atteindre que des contraintes politiques et juridiques inscrites dans un partage de pouvoirs ne permettraient pas de réaliser dans l'immédiat sans faire droit à ce genre de compromis. À un second niveau, le recours à la dérogation apparaîtrait comme un mécanisme susceptible d'éviter d'accroître indûment et brusquement le pouvoir des juges au détriment des prérogatives des législatures. Le problème dans ce cas-ci n'est d'ailleurs pas lié seulement à l'introduction d'un nouvel équilibre entre les pouvoirs au Canada, il concerne également le mécanisme très centralisé de nomination des juges à la Cour suprême, en particulier. Dans ces conditions, une démarche d'apparence plus souple qui visait à accroître l'indépendance relative du pouvoir judiciaire vis-à-vis du pouvoir législatif, comme c'est le cas aux États-Unis, par exemple, aurait pu être porteuse d'effets pervers dans un contexte où le pouvoir de nommer les juges à la Cour suprême relève du seul pouvoir fédéral. À cet égard, il conviendrait de se demander si la promulgation d'une charte peut se concilier avec un régime parlementaire où, en principe, la primauté du pouvoir législatif est une caractéristique essentielle du système. À un troisième et dernier niveau, la clause dérogatoire pourrait également être envisagée comme un mécanisme devant servir à constitutionnaliser une marge d'autonomie législative susceptible d'enclencher des réaménagements spécifiques entre les minorités et les majorités au Canada. On pense ici bien sûr au cas du Québec, mais les problèmes posés par la coexistence et la juxtaposition des discriminations ne se limitent pas à une seule province, ni à un seul enjeu, la langue, puisqu'ils peuvent tout aussi bien toucher des inégalités fondées sur le sexe, sur la race ou l'âge. Dans ces conditions, la clause dérogatoire servirait à introduire plus de souplesse dans l'ensemble du système en protégeant ou en aménageant des espaces publics qui ne seraient pas uniformes d'un bout à l'autre du pays.

Un retour en arrière

À la suite de l'issue du référendum tenu au Québec en mai 1980 et fort des promesses de renouvellement du fédéralisme qui avaient été faites durant la campagne référendaire, le gouvernement fédéral procède au rapatriement de la Constitution sans l'accord de toutes les provinces. Par la même occasion, il constitutionnalise sa propre *Charte canadienne des droits et libertés*, une démarche qui a pour premier effet de placer la *Charte des droits et libertés de la personne*, de même que certaines législations comme la *Charte de la langue française*, dans une position subalterne.

Il faut bien voir que, au-delà de ces affrontements dans les domaines juridique et constitutionnel, ce sont deux visions ou deux approches antithétiques à l'établissement d'un ordre social au Canada qui sont en cause. Pour le gouvernement québécois de l'époque, le référendum devait sanctionner la progression d'un statut juridique déjà mis en place d'une part, autoriser la poursuite du processus d'autonomisation du Québec dans le domaine économique surtout d'autre part. En effet, la promulgation antérieure de chartes par le gouvernement du Québec, la *Charte des droits de la personne*, puis la *Charte de la langue française*, correspondait en tout point à cette idée de fond selon laquelle devaient prévaloir deux régimes juridiques et constitutionnels au pays, à savoir un régime canadien opérant sous l'égide de sa logique propre héritée de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique d'un côté, un régime québécois disposant de ses propres priorités et exigences articulées à un socle juridique que l'on s'occupait de mettre en place à travers la préparation et la diffusion de documents comme les Livres blancs, les Livres verts ou les Énoncés de politiques qui servaient de base aux initiatives législatives du gouvernement de l'autre côté. À l'inverse, pour le gouvernement fédéral maintenant, il s'agit non seulement d'éviter l'institutionnalisation de deux sociétés dans un même pays, il s'agit surtout de rétablir sa prééminance et son ascendant politiques en cherchant à imposer une seule logique dans le fonctionnement du système juridique et constitutionnel, une logique inspirée d'un texte fondateur qui devait s'imposer

et être imposé indistinctement auprès de toutes les parties concernées. En conséquence, l'Acte constitutionnel de 1982 ne pouvait pas préparer l'institutionnalisation d'un nouveau fédéralisme au Canada sans procéder concurremment à démonter ou à défaire ce qui avait déjà été mis en place à l'instigation du gouvernement du Québec; cette stratégie devait dès lors viser un des textes législatifs qui, sur le plan symbolique, comptait parmi ceux qui contribuaient à consolider un socle alternatif, à savoir la *Charte de la langue française*. Ce sera d'ailleurs, comme le reconnaîtra bientôt la Cour suprême⁹⁶, une des tâches assignées à la *Charte canadienne des droits et libertés*.

L'affrontement qui s'annonce apparaît alors, au niveau le plus trivial, comme une querelle sémantique au cours de laquelle le pouvoir fédéral s'approprie la notion de «charte» et en dénie l'utilisation par le gouvernement du Québec. Cette joute sera couronnée de succès pour le premier puisqu'il sera de moins en moins question de la *Charte de la langue française*, sinon de la Loi 101, plus récemment de la Loi 178. Alors, même si la clause dérogatoire inscrite à l'article 33 de la Charte canadienne n'avait pas été prévue à cette fin, son insertion ayant plutôt été exigée par les provinces de l'Ouest pour faire face aux revendications des autochtones, il est advenu qu'elle ait aussi été invoquée par le gouvernement du Québec dans le but de protéger les principales dispositions de ses initiatives législatives les plus importantes, dont la *Charte de la langue française*⁹⁷ justement et ce, sans grand succès d'ailleurs, puisque les tribunaux devaient souscrire à l'interprétation constitutionnelle du gouvernement fédéral. Alors, là où le Québec avait cherché, sur un plan à la fois légal et symbolique, plutôt que constitutionnel au sens strict, à légiférer en matière linguistique, le gouvernement fédéral et les tribunaux à sa suite vont procéder, ni plus ou moins, qu'à déconstitutionnaliser le statut du français au Québec⁹⁸.

⁹⁶ Voir, plus loin, le chap. vi.

⁹⁷ C'était le sens de la promulgation de la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, L.Q. 1982, c. 21.

⁹⁸ La logique de la constitutionnalisation de la langue française au Québec peut être retracée à travers l'analyse fort éclairante de William Tetley,

La notion de «société distincte»

Quels que soient les antécédents de l'expression — dont quelques-uns méritent d'être rappelés, comme je le ferai dans un instant — il reste que la notion de «société distincte» a acquis un nouveau statut juridique et constitutionnel depuis qu'elle a été intégrée aux termes de l'Accord constitutionnel du 3 juin 1987, (art. 2 (1) b), mieux connu sous le nom d'Accord du Lac Meech. Auparavant, le gouvernement libéral nouvellement élu à Québec en décembre 1985 avait posé cinq conditions à la sanction d'un accord:

«(1) la reconnaissance explicite du Québec comme société distincte; (2) la garantie de pouvoirs accrus en matière d'immigration; (3) la limitation du pouvoir fédéral de dépenser; (4) la reconnaissance d'un droit de veto; et, (5) la participation du Québec à la nomination des juges à la Cour suprême du Canada»⁹⁹.

Une fois l'expression inscrite dans un accord, quelle devait en être la signification? En premier lieu, il faut relever que, dans la mesure où l'Accord aurait pu permettre au Québec de souscrire «dans l'honneur et l'enthousiasme» à la *Loi constitutionnelle de 1982*, son adoption aurait forcément impliqué la reconnaissance de la suprématie de l'acte constitutionnel canadien¹⁰⁰. Il s'agissait donc, au mieux, d'une tactique d'arrimage de la société québécoise au socle juridique canadien revu et corrigé par le *Canada Bill*, une approche qui aurait pu contribuer à valider la formation d'un nouveau mythe

«Language Rights in Quebec and Canada», *Law and Contemporary Problems*, vol. 45, no 4, automne 1982, p. 177-220. Il s'agit d'un numéro spécial de la revue dirigé par Paul Davenport et Richard H. Leach, intitulé: *Canadian Constitution, 1982*, School of Law, Duke University, North Carolina.

⁹⁹ Gil Rémillard, Allocution prononcée le 9 mai 1986 citée dans *Le Québec et le Lac Meech*, Montréal, Guérin, 1987, p.56-57.

¹⁰⁰ Pour un intéressant tour d'horizon des positions respectives des partisans et des adversaires, on pourra consulter Gérard Boismenu «Les écueils du Lac Meech», in *L'Année politique 1987-1988 au Québec*, sous la direction de Denis Monière, Montréal, Éditions Québec/Amérique, 1989, p. 79-99.

fondateur au pays, ce que semble d'ailleurs confirmer une déclaration du premier ministre Robert Bourassa au lendemain de la ratification par l'Assemblée nationale de l'entente le 23 juin 1987, à l'effet que «l'accord est la plus grande victoire politique du Québec depuis deux siècles»¹⁰¹. Mais cela ne devait pas être puisque l'Accord en question ne devait jamais être ratifié par les provinces, pas plus d'ailleurs que son successeur, l'Accord de Charlottetown.

Au demeurant, le fait pour le Québec d'assumer le poids de la «distinction» dans le contexte canadien peut tout simplement conduire à confirmer l'asymétrie entre les responsabilités des pouvoirs provinciaux vis-à-vis des minorités linguistiques au détriment de l'approche antérieure fondée sur la reconnaissance d'une hiérarchie des responsabilités et des pouvoirs entre les deux ordres, fédéral et provinciaux, de gouvernement. Je veux tout simplement relever à cette occasion ce que plusieurs observateurs ont relevé, à savoir que l'identification du Québec comme société distincte contribue à dédouaner le pouvoir fédéral en matière linguistique et pousse le gouvernement du Québec à devoir assumer seul le poids de la différence à ce chapitre. Alors, là où, selon certaines interprétations, le Québec aurait la responsabilité de protéger le fait français, il pourrait également être investi de l'obligation de le faire sans nuire à sa minorité anglophone d'une part, sans brimer les libertés individuelles au chapitre de la langue d'autre part. Dans ces conditions, le Québec serait distinct de toutes les provinces pour lesquelles la responsabilité vis-à-vis de leur minorité linguistique n'aurait pas le même contenu, ni le même poids, ni non plus les mêmes exigences.

Quant à la notion de société distincte elle-même maintenant, il n'est pas inutile de relever qu'elle nous vient en droite ligne du Rapport de la Commission royale sur l'Union économique et les perspectives de développement du Canada qui consacre une section de son chapitre 24, «Le système institutionnel canadien et les problèmes communautaires non

¹⁰¹ Idem, p. 82-83 et p. 89.

résolus» à étudier «le Québec en tant que société distincte»¹⁰² où l'on peut lire:

«Afin qu'une entente durable s'installe entre le Québec et le reste du Canada (...), il importe au départ de dépasser les clichés traditionnels sur la spécificité du Québec pour dégager une vue réaliste des données, qui, en 1985, caractérisent cette province. Deux écueils en particulier doivent être évités. Le premier est celui de la recherche à tout prix d'une homogénéité culturelle qui définisse cette spécificité: si une telle homogénéité a jamais existé, elle n'est certes plus caractéristique du Québec. Le second est celui d'une dépréciation de la dimension collective du problème du Québec au point de le ramener à une simple question de droits individuels susceptibles d'être exercés partout au Canada; si vivre, travailler et s'épanouir dans sa langue est ce dont il s'agit, ceci ne pourra jamais être totalement vrai»¹⁰³.

À partir de ce raisonnement, les rédacteurs du rapport Macdonald avaient proposé de casser l'isolement dans lequel s'était confiné le gouvernement du Québec depuis le rapatriement de la Constitution en scellant une nouvelle entente en vertu de laquelle le caractère distinct du Québec ferait l'objet d'une déclaration de principe inscrite dans le préambule de la Constitution. Néanmoins, il apparaît par la suite qu'une telle reconnaissance n'affecte en rien l'enclassement des libertés fondamentales dans la Constitution mais qu'elle touche plutôt l'enjeu du droit de retrait avec ou sans compensation, ou celui du droit de veto. En d'autres termes, aux yeux des commissaires, la notion de société distincte renvoie aux institutions ou aux programmes, elle ne touche pas à la société civile québécoise en tant que telle.

L'écheveau

À la lumière de ce que nous avons vu, le défi national au Canada tient dans une seule question lourde de significations:

¹⁰² Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1985, volume 3, p. 379-384.

¹⁰³ Idem, à la page 379.

est-il ou non possible, ou envisageable, de maintenir et, à plus forte raison, de favoriser, la croissance et le développement de deux sociétés civiles distinctes l'une de l'autre à l'intérieur d'un seul et même cadre constitutionnel? Tous les débats sur l'égalité et l'asymétrie tournent autour de cette question. Égalité de droit et inégalité de fait sont, comme nous l'avons vu précédemment, des caractéristiques fortes de la société civile libérale et de sa sphère politique. Cependant, dans ce cas-ci, la question se complique du fait que nous n'avons plus seulement affaire à des sujets de droit, mais à des entités qui ont nom «sociétés». Or les sociétés sont-elles égales en droit? Elles ne le seraient que là où le droit constitutionnel lui-même l'affirmerait, pas autrement.

Si l'on en juge par le sort qui a été réservé ces dernières années aux mesures et législations consacrées à la langue française, il ne fait pas de doute que c'est bel et bien l'asymétrie qui prévaut, puisque la société québécoise assume seule la responsabilité de la promotion du français tout en étant investie de la responsabilité de protéger l'usage de l'anglais. Dans ce cas-ci, l'asymétrie l'emporte sur l'égalité puisque le législateur assume des responsabilités plus lourdes que celles qu'assument les autres législatures provinciales.

Entre temps, depuis la promulgation de la Charte canadienne, c'est bel et bien la thèse de la plus grande uniformisation des droits et libertés à l'intérieur d'une *seule* société qui prévaut. Est-il alors tellement surprenant si le clivage entre les deux sociétés passe désormais par l'exacerbation des rivalités politiques entre deux niveaux de pouvoir respectivement à Québec et à Ottawa défendant chacun leur société propre? En ce sens, l'«opposition officielle» en terme national au Canada, c'est bel et bien le parti qui détient le pouvoir à Québec qui la représente. Que le parti en place soit libéral, ou péquiste, importe peu, sa seule et unique spécificité réside en définitive dans le fait que, d'une façon ou de l'autre, il ne représente pas une force d'intégration mais bien un foyer de résistance. Cette opposition et ce clivage devraient d'ailleurs gagner en intensité au fur et à mesure même que l'incompréhension sur la nature véritable de l'enjeu se répandra.

En attendant, la protection et la défense de celle des deux sociétés qui est la plus précaire impliquent que l'on ne puisse ni ne doive souscrire aux valeurs et aux critiques des détracteurs de la clause nonobstant. Il y a un poids à porter qui est aussi un prérequis indispensable au maintien de l'altérité ou de la dissemblance. Que, dans les circonstances actuelles, le maintien de la diversité contre les forces de l'uniformité passe par le recours aux expressions de «société distincte» et de «clause dérogatoire», ce ne sont en définitive que des solutions boiteuses et contextuelles à un problème qui perdure et qui perdurera tant qu'un cadre constitutionnel adéquat n'aura pas été défini pour encadrer deux sociétés, et non pas seulement une seule, comme c'est le cas maintenant. Or, comme nous l'avons souligné précédemment, la possibilité même de négocier un nouvel accord sur cette question est d'autant plus éloignée que la continentalisation des économies impose désormais ses propres lois aux sociétés en présence et à leurs gouvernements.

CHAPITRE VI

LA DISCURSIVITÉ JURISPRUDENTIELLE CONTRE LA SOCIÉTÉ ET L'ÉTAT : LE RÔLE DE LA COUR SUPRÊME DEPUIS 1982

«Les concepts simples
sont toujours les plus difficiles»
O. Spengler

L'étude qui suit s'inscrit dans le prolongement de travaux engagés parallèlement autour des phénomènes d'intégration économique régionale. Cette expression désigne, en économie politique, la formation de blocs économiques rivaux au sein de l'économie mondiale à l'heure actuelle, processus qui s'est substitué à la précédente division cardinale du monde entre pays capitalistes, pays socialistes et Tiers-Monde. Compte tenu des différences notables entre les deux processus, il est sans doute indiqué d'avoir recours à l'idée de blocs de seconde génération pour désigner la tripolarisation actuelle entre l'Union européenne, l'Amérique du Nord et les pays de la bordure du Pacifique, par opposition à la trichotomie entre l'Ouest, l'Est et le Sud qui prévalait précédemment. Cette distinction s'appuie d'ailleurs sur la démarche proposée par Ernest E. Preeg en 1974¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Preeg, E.E., *Economic Blocs and U.S. Foreign Policy*, Washington, National Planning Association, 1974.

De ces travaux, il ressort quelques considérations qui méritent d'être rappelées brièvement si l'on entend préciser le sens et la portée de l'analyse qui suit. À cette fin, je voudrais préciser deux choses: en premier lieu, la place centrale qu'occupe la notion de renversement de paramètre dans l'analyse; en deuxième lieu, l'importance du rôle assumé par certains acteurs sociaux dans le parachèvement de ce renversement. Une fois ces éléments mis en place, je chercherai à montrer en quoi et comment la discursivité jurisprudentielle de la Cour suprême du Canada joue un rôle déterminant dans le démantèlement d'une conception historique de la société et de l'Etat au Canada. Enfin, en conclusion, je montrerai en quoi et comment cette démarche s'inscrit dans la stratégie de consolidation d'un bloc économique canado-américain où, à l'approche constructive développée, notamment au sein de la Communauté européenne à l'époque, on oppose plutôt en Amérique du Nord cette stratégie alternative en vertu de laquelle il s'agit de niveler par le bas, en cherchant à désencastrer la société de l'Etat sous le prétexte de favoriser la promotion des droits individuels à l'avantage des personnes physiques tout autant que des personnes morales.

Le renversement

Prenant le contrepied de certaines démarches¹⁰⁵, il apparaît plus éclairant d'envisager la phase actuelle d'intégration économique à l'échelle continentale moins sous l'angle de la continuité, mais plutôt sous l'angle de la discontinuité. En prenant cette voie, je ne prétends pas qu'il n'y a pas de prolongement entre le continentalisme que l'on peut qualifier de «passif» soutenu par certains monopoles, groupes de pression, de même que par les gouvernements depuis la Deuxième guerre, et le continentalisme actif auquel on assiste depuis la sanction d'un Accord de libre-échange entre le Canada et les Etats-Unis en 1989. Après tout, il suffit à cet égard de rappeler le rôle joué par le *Canadian American*

¹⁰⁵ Schott, Jeffrey J., et Smith, Murray G., éditeurs, *Free Trade Agreement: the Global Impact*, Washington, Institute for International Economics, 1988.

Committee créé l'année même de la signature du Traité de Rome en 1957 pour se convaincre que, là où les Européens de l'Ouest envisageaient le régionalisme comme une affaire publique et politique, les Nord-Américains - moins le Mexique à l'époque - l'envisageaient déjà comme un enjeu strictement privé et économique dans sa forme et son contenu.

Le C.A.C., on s'en souvient, avait été mis sur pied à l'instigation de deux associations privées, la *National Planning Association* de Washington et le *Private Planning Association of Canada*, l'ancêtre du *C.D. Howe Institute*, qui avait alors son siège social à Montréal. Ces associations prônaient la consolidation d'une intégration toujours plus grande entre les deux économies, mais une intégration qui devait opérer sous le libre jeu des lois du marché¹⁰⁶. D'ailleurs, plusieurs analystes n'ont pas manqué de souligner à quel point l'Accord de libre-échange ne faisait qu'élargir à l'ensemble de l'économie une démarche déjà sanctionnée au niveau sectoriel, en 1965, avec la signature du Pacte de l'auto¹⁰⁷. Enfin, il conviendrait encore de souligner l'accroissement de l'interdépendance économique entre les deux pays, l'importance du contrôle américain de l'économie canadienne, de même que l'échec des stratégies de nationalisme économique et de diversification des échanges appliquées par les gouvernements dirigés par le premier-ministre Trudeau entre 1968 et 1984, pour prendre la pleine mesure du caractère incontournable de la continentalisation à l'intérieur d'un espace géographique canado-américain¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Voir, sur toute cette question: Brunelle, D. et Deblock, C., *Le libre-échange par défaut*, Montréal, VLB Editeur, 1989, aux pages 77 et ss.

¹⁰⁷ Par exemple: Henderson, Michael D., ed., *The Future on the Table. Canada and the Free Trade Issue*, North York, Masterpress, 1984, en particulier, les contributions de J. Granatstein, p. 1-34 et R.G. Lipsey, p. 35-54.

Voir également: Stern, Robert M., Trezise, Philip H. et Whalley, John, ed., *Perspectives on a U.S. - Canadian Free Trade Agreement*, Ottawa et Washington, The Institute for Research on Public Policy et The Brookings Institution, 1987.

¹⁰⁸ Sur ce sujet, voir: Brunelle, D. et Deblock, C.: «L'économie politique du fédéralisme canadien de 1963 à 1984», in: Bélanger, Y., et Brunelle, D. (ed.), *L'Ere des Libéraux. Le pouvoir fédéral de 1963 à 1984*, Sillery, Les Presses de l'Université du Québec, 1988, p. 159-190.

Ceci étant admis, il n'en reste pas moins que deux événements vont venir modifier sensiblement le cadre de référence ainsi que les assises des institutions canadiennes. Il s'agit de la constitutionnalisation de la *Charte canadienne des droits et libertés* en 1982 et du dépôt du *Rapport de la Commission royale sur l'Union économique et les perspectives de développement du Canada* à l'automne de 1985. Le premier événement venait substituer, à un système qui opérait jusque là sous l'égide d'une rationalité essentiellement inspirée du parlementarisme britannique, une nouvelle fondation d'inspiration étatsunienne. Le second prenait fait et acte de cette nouvelle fondation pour engager une critique des institutions politiques canadiennes et, surtout, pour remettre en cause ce qui avait jusque-là servi à légitimer la logique même du système politique canadien, à savoir le keynésianisme et, au-delà, l'État-providence lui-même. C'est ainsi que le Rapport de la commission Macdonald a pu monter une critique sévère de l'approche étatiste développée concurremment à l'instigation des deux niveaux de gouvernements, fédéral et provinciaux, en montrant que cette démarche avait contribué à segmenter le marché canadien au lieu de favoriser son unification. À partir de ces prémisses, les auteurs recommandent aux autorités politiques de renoncer à l'interventionnisme et de favoriser plutôt le désengagement de l'État au bénéfice des lois du marché. Il s'agit donc, en définitive, de chercher désormais à solliciter l'émergence d'une «union économique», et c'est d'ailleurs dans le prolongement direct de ce raisonnement que se situe une des recommandations centrales du Rapport, celle à l'effet d'ouvrir les négociations en vue d'en arriver à la signature d'un Accord de libre-échange avec les États-Unis¹⁰⁹. Si j'insiste sur l'idée de renversement de paramètre, c'est essentiellement parce que cette stratégie a été définie, par ses auteurs, sur un fond de rupture par rapport à la logique de système telle qu'elle prévalait antérieurement. En effet, dans l'esprit de ses défenseurs, le libre-échange canado-américain ne s'inscrivait pas en continuité avec les politiques étatiques

¹⁰⁹ *Rapport de la Commission sur l'Union économique et les perspectives de développement du Canada*, op. cit.

sanctionnées jusque-là sous l'égide du keynésianisme, mais bien en complète discontinuité par rapport à elles.

Que signifie ici la notion de renversement? Pour répondre à cette question, il faut faire deux choses: il faut préciser le contenu des paramètres propres au keynésianisme d'une part, relever celui des paramètres alternatifs d'autre part.

Les paramètres du keynésianisme

Il n'est pas nécessaire de s'étendre sur les causes qui ont favorisé l'émergence de l'interventionnisme étatique durant les années trente au sein des pays capitalistes développés. Contentons-nous de rappeler que le gouvernement conservateur du premier ministre Bennett (1930-1935) avait d'abord cherché à appliquer sa propre version du «*New Deal*» à l'américaine en adoptant une série de mesures à portée économique et sociale, mais que ces initiatives avaient été déclarées *ultra vires* par le Conseil privé de Londres qui agissait encore comme tribunal de dernière instance en matière constitutionnelle à l'époque.

Devant cet échec, et devant l'approfondissement de la crise elle-même, le gouvernement libéral de Machenzie-King (1935-1949) met sur pied la Commission royale d'enquête sur les Relations entre le Dominion et les Provinces dont le mandat l'enjoint de proposer un train de mesures législatives susceptibles de sortir le pays de l'état de crise qui sévit. Le rapport de la Commission Rowell-Sirois avance tout un ensemble de recommandations qui s'articule autour de trois grands paramètres: *premièrement*, il s'agit de substituer à une doctrine politique caractérisée jusque-là, sinon par le non-interventionnisme, du moins par le recours à un ensemble de mesures ponctuelles sans articulation entre elles, et prises concurremment tant aux niveaux fédéral, provincial que municipal, une nouvelle approche fondée sur la nécessité d'une intervention planifiée et concertée de l'Etat dans l'économie et la société¹¹⁰. *Deuxièmement*, cette approche prenait appui, au

¹¹⁰ À telle enseigne d'ailleurs que le mot «planification» (*planning*) apparaît comme un concept-clé autour duquel la logique du rapport est articulée. Voir, *Report of the Royal Commission on Dominion. Provincial Relations*, Ottawa, Imprimeur du Roi, 1940.

niveau à la fois théorique et logistique, sur les thèses avancées par Lord Keynes dans sa célèbre «*Théorie générale sur l'emploi, l'intérêt et la monnaie*» (1936). L'application de ce cadre conceptuel conduit à la constitutionnalisation d'un nouveau partage de pouvoirs entre le fédéral et les provinces, partage en vertu duquel le gouvernement central voit s'élargir l'aire de ses responsabilités en matière de politique économique, tandis que les provinces voient les leurs confirmées en matière de politiques sociales. La ligne de partage entre les deux passe et ce, en pleine conformité avec la thèse centrale de la «*théorie générale*», par le transfert de la juridiction sur la main-d'œuvre inemployée mais apte au travail, c'est-à-dire le chômage, au niveau central, et laisse aux provinces la juridiction sur les inaptes, c'est-à-dire l'ensemble du domaine couvert par les politiques sociales *stricto sensu*.

Troisièmement, la doctrine de l'interventionnisme et sa constitutionnalisation permettent la mise en place d'une économie politique «nationale» fondée sur la poursuite d'objectifs économiques comme la recherche de taux de croissance satisfaisants dans le souci du maintien de certains niveaux d'emploi ou, pour dire les choses autrement, la politique de main-d'œuvre fait désormais partie de la politique économique de l'Etat. À son tour, cet élargissement conduit à la recherche de nouvelles formes de collaboration entre les grands partenaires sociaux, c'est-à-dire entre le gouvernement, le patronat et les associations syndicales. Ainsi la sanction du keynésianisme, dans le contexte canadien, a-t-elle suscité et favorisé la collaboration entre les acteurs, un phénomène qu'on a qualifié parfois de tripartisme ou encore, de manière plus polémique, de corporatisme.

Les nouveaux paramètres

L'application du keynésianisme ou, plus généralement, de l'interventionnisme étatique, a conduit, dans le contexte canadien, à une double impasse: en premier lieu, la délimitation entre les politiques économiques et les politiques sociales s'est avérée moins claire et tranchée que prévue avec le résultat que, pour mener à bien leurs missions propres, les deux niveaux de

gouvernement se sont engagés dans des négociations complexes et dans des querelles incessantes au sujet de l'interprétation de leurs prérogatives respectives et ce, à compter des années soixante surtout. En deuxième lieu, l'évolution de la situation économique au niveau international militait en faveur d'une révision profonde des modalités d'application et de sanction de la politique économique et sociale. L'un dans l'autre, ces deux ordres de contrainte avaient d'ailleurs contribué à précipiter une profonde crise d'identité nationale doublée d'une sévère récession économique au Canada, au moment de l'élection d'un parti souverainiste à Québec en 1976.

Le gouvernement libéral du premier ministre Trudeau (1968-1979; 1980-1984) réagit à ce double défi en deux temps: il commence d'abord par modifier le cadre constitutionnel et fait adopter la *Loi constitutionnelle de 1982*, de telle sorte que la loi fondamentale du pays incorpore désormais une *Charte canadienne des droits et libertés*; il poursuit ensuite son action réformiste en mettant sur pied une Commission d'enquête disposant du mandat d'étudier l'applicabilité de la *Loi constitutionnelle*, et de la Charte par conséquent, dans le domaine de l'économie.

Prenant acte du fait que le recours au keynésianisme, loin de favoriser la consolidation d'un marché national — l'union économique — a plutôt conduit à la «balkanisation» du pays¹¹¹, les commissaires proposent de tourner le dos à l'interventionnisme et mettent de l'avant les paramètres suivants que l'on peut envisager comme autant de substituts à ceux que nous avons exposés précédemment: *premièrement*, au niveau de la philosophie d'ensemble, il s'agit désormais de renoncer à l'approche en vertu de laquelle l'intervention de l'État apparaît indispensable et de recourir à la démarche alternative selon laquelle l'État doit désormais favoriser le marché et laisser libre cours au fonctionnement de ses lois propres; *deuxièmement*, au lieu de constitutionnaliser un nouveau partage des responsabilités, les gouvernements fédéral et provinciaux doivent plutôt négocier entre eux des codes de

¹¹¹ Selon l'expression reprise in: Trebilcock, M.J., Prichard, J.R.S., Courchesne, T.J., et Whalley, J., *Federalism and the Canadian Economic Union*, Toronto, Ontario Economic Council, 1983, p. 48.

bonne conduite économique ou des ententes ponctuelles à l'intérieur de leurs aires de juridiction respectives. C'est d'ailleurs afin de rendre cette contrainte encore plus pressante que les Commissaires recommandent au gouvernement fédéral de donner l'exemple, en somme, en ouvrant les négociations en vue d'en arriver à la signature d'un accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis. *Troisièmement*, enfin, les objectifs économiques sont dorénavant les seuls qui priment puisque les fonctions sociales de l'État sont désormais placées à la remorque des premières, avec le résultat que la question de la consultation des partenaires sociaux est laissée en plan.

Le démantèlement

Il ne suffit pas de juxtaposer deux cadres de référence, l'un interventionniste, l'autre libéral ou mieux, néo-libéral, encore convient-il de chercher à préciser les causes d'un tel renversement. En d'autres mots comment et sous la pression de quelles forces sociales, sommes-nous passés d'un cadre de référence à l'autre? On peut apporter deux éléments de réponse à cette question à partir de la présentation précédente: le premier, à l'effet que la substitution de paramètres s'inscrit sur un fond de scène caractérisé par la remise en cause de l'État-providence et le retour aux lois du marché; le second, que certains acteurs sociaux jouent un rôle primordial dans la redéfinition des paramètres en question.

À cet égard, l'importance des dépôts des rapports des Commissions Rowell-Sirois en 1940 et Macdonald en 1985 ne saurait être minimisé. On peut d'ailleurs, prendre une mesure rétroactive de l'ascendant des recommandations de ces rapports sur la gouverne politique au pays en relevant que les deux commissions ont été mises sur pied dans des contextes de crise interne et internationale d'une part, en rappelant que les paramètres qui en sont issus ont eu un ascendant tel qu'ils ont tracé la voie à l'ensemble des recommandations avancées par les nombreux comités et autres commissions publiques nommées subséquemment, aussi bien par les autorités fédérales que provinciales d'autre part. C'est ainsi que les commissions d'enquête nommées après le dépôt du Rapport Rowell-Sirois

ont toutes sans exception opéré sous l'égide des paramètres keynésiens, tandis que, à l'inverse, celles qui ont été nommées depuis 1985 tendent plutôt à suivre les lignes directrices tracées par le Rapport Macdonald, ainsi que peuvent en témoigner, par exemple, les trois rapports préparés à l'instigation du gouvernement libéral nouvellement élu à Québec en 1985, ou ainsi que peut en témoigner, plus récemment, le dépôt du rapport sur les nouvelles technologies de la reproduction¹¹².

Ceci dit, je voudrais aborder maintenant la question du rôle de certains acteurs sociaux et, plus spécifiquement, m'attarder sur la fonction assumée par les tribunaux et, en particulier, par la Cour suprême dans ce nouveau contexte institutionnel et politique. En effet, avec la sanction de la *Loi constitutionnelle de 1982*, nous avons assisté à l'émergence d'un acteur qui dispose depuis lors d'une place et d'un ascendant fort différents de ceux qu'il occupait antérieurement. Avant 1982, le système politique canadien, comme cela a été souligné, opérait en vertu de la règle de la suprématie parlementaire héritée des institutions britanniques, un modèle qui place le pouvoir judiciaire dans un rôle second par rapport à celui du législateur. Or, depuis 1982, il n'en va plus de même, puisque la constitutionnalisation d'un ensemble de valeurs et de principes de base dans la Charte, en particulier, confère désormais au pouvoir judiciaire la responsabilité de déterminer non plus seulement la constitutionnalité d'une loi, mais surtout son éventuelle conformité avec l'esprit et la lettre de la Charte. Il s'agit alors pour la Cour, par exemple, d'évaluer si des dispositions qui font l'objet d'un litige sont conformes avec celles que l'on s'attendrait à trouver dans «une société libre et démocratique», selon l'expression de l'article premier de la Charte. La Cour assume dès lors la responsabilité de tracer elle-même le cadre de référence à partir duquel elle viendra valider ou invalider une loi, un règlement ou une de leurs dispositions. Toute la difficulté tient ici au fait de savoir de quelles balises ou principes la Cour dispose-t-elle pour construire un tel cadre? Mais avant d'aller plus loin, je me dois d'explicitier le sens et la portée de ce nouveau rôle et de cette

¹¹² Voir le chap. iv.

mission assumés par les juges dans le contexte actuel. Ce détour est dicté par la démarche suivie tout au long du livre puisque ce dont il est question c'est de mettre en lumière l'importance de confier à quelques-uns le pouvoir d'explorer le contenu des nouveaux paramètres fondateurs d'une société. En ce sens, la stratégie de recherche vise à illustrer ce qui a déjà été soutenu, à savoir que c'est le discours jurisprudentiel, dans ce cas-ci, qui assume la responsabilité de définir le contenu des normes juridiques fondamentales, contrairement à ce qui pouvait se passer il y a encore peu de temps quand les pouvoirs exécutifs et législatifs assumaient un rôle prépondérant dans la définition des contenus des paramètres fondateurs.

Raison juridique et internormativité

Quelle est, en définitive, la signification d'un mandat confié à des juges de définir le sens et la portée de principes sociaux et politiques de base? Ceci veut tout simplement dire que les juges doivent désormais intégrer des thèses et des arguments appartenant à d'autres domaines du savoir, à la science politique, ou à l'économie, ou à la philosophie, par exemple, dans leur analyse et leur compréhension du sens et de la portée d'expressions fortes, comme l'est celle de «société libre et démocratique». Que peut alors apporter à la compréhension de ce nouveau rôle assumé par les tribunaux, une démarche fondée sur l'étude des phénomènes d'internormativité? L'internormativité qu'on l'entende comme l'étude des «trajets internormatifs à travers différentes formes de droit»¹¹³, ou qu'on l'envisage de manière plus générale comme l'étude «des rapports entre les normes ou les ensembles normatifs»¹¹⁴, peut servir à préciser des formes et des modalités d'adaptation ou de coordination mises en oeuvre à l'intérieur même de la discursivité jurisprudentielle. La définition du Dictionnaire d'Éguilles peut également être citée à ce propos

¹¹³ Lajoie, Andrée: «La normativité professionnelle dans le droit: Trajets et spécificité formelle», texte ronéo, ICRA, 1992.

¹¹⁴ Belley, Jean-Guy, ed., *Le droit et l'internormativité*, Réseau québécois Droit et Société et Institut canadien de recherches avancées, texte ronéo, 1993.

qui précise le sens de la notion de la manière suivante: «Ensemble de phénomènes constitués par les rapports qui se nouent et se dénouent entre deux catégories, ordres ou systèmes de normes»¹¹⁵.

Cette définition n'est pas très heureuse car, à ce niveau, on ne voit pas bien ce qui distingue l'internormativité de toute autre forme d'interaction. En revanche, les deux acceptions retenues par Guy Rocher sont plus intéressantes: «La première fait référence au transfert d'une norme ou d'une règle d'un système normatif à un autre (...tandis que), dans un second sens, la notion d'internormativité fait référence à la dynamique des contacts entre systèmes normatifs, aux rapports de pouvoir et aux modalités d'influence ou d'interaction qui peuvent être observés entre deux ou plusieurs systèmes normatifs»¹¹⁶. Cette distinction renvoie à des niveaux d'application différents. En vertu de la première approche, les phénomènes d'internormativité peuvent être saisis empiriquement en suivant la trajectoire empruntée par une règle tandis que, en vertu de la seconde, il s'agira plutôt de repérer des interactions affectant des ensembles, qu'il s'agisse d'ordres, de sphères ou de niveaux. Si la première démarche se situe au niveau micro-sociologique, la seconde correspondrait davantage à l'approche macro-sociologique. Cependant, au lieu de réduire la dynamique de ces contacts internormatifs, ainsi que Rocher semble le laisser entendre, à n'être plus qu'un «phénomène psycho-sociologique», il sera question de l'envisager davantage comme un phénomène à la fois systémique et institutionnel, c'est-à-dire comme un niveau spécifique d'application et de sanction, non plus des normes elles-mêmes, mais bien des principes qui les soutiennent et des règles d'interprétation qui les sous-tendent.

En effet, si l'internormativité, selon la première acception, renvoie à un «fait de contenu» dont on peut suivre le trajet et la trace d'une loi, d'un règlement ou d'une directive à

¹¹⁵ Arnaud, André-Jean, dir., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G. D.J., 1988; cité sous le titre: Dictionnaire d'Eguilles.

¹¹⁶ Rocher, Guy: «Les phénomènes d'internormativité: faits et obstacles», texte ronéo, ICRA, 1992.

l'autre, il reste que, selon la deuxième acception, certains déplacements ou emprunts normatifs engagent une véritable reconfiguration, non pas tellement de l'imaginaire social (encore que cet aspect soit important), mais bien d'un cadre de référence conceptuel et normatif avec le résultat que l'adaptation en question peut fort bien, dans certains cas, avoir une portée déterminante sur la définition ou sur la redéfinition des paramètres de l'ordre social. Dans le sens qui lui est accordé ici, un phénomène d'internormativité de cette ampleur s'inscrit dans un processus beaucoup plus large en vertu duquel la discursivité jurisprudentielle s'approprie un cadre de référence à la fois théorique et programmatique appartenant à une économie politique de la continentalisation, un cadre de référence dont elle incorpore les lignes de force d'une part, dont elle contribue, par son action même, à sanctionner la validité d'autre part. C'est dire que cette internormativité, appliquée désormais par les tribunaux, en tant que processus d'adaptation ou d'implantation de certaines normes particulièrement centrales ou éminentes, ou en tant que processus de définition de principes directeurs dans l'interprétation des normes, ou en tant que hiérarchisation des valeurs, engage au fond la logique d'un système sur une voie nouvelle et différente. Or c'est précisément cette dimension de l'internormativité que je tiens à souligner avant de poursuivre l'analyse.

Il subsiste à cet égard une coupure importante dans l'interprétation des transformations en cours au sein des sociétés complexes, une césure entre les innombrables dissensus politiques et sociaux à propos de la signification des normes de base d'une part, et le processus même de la mise en place d'un consensus autour d'un cadre de référence dont on convient de confier l'édification à des juges d'autre part. Si, pour reprendre les termes d'Elbaz, «la normativité (a) pour finalité de lever le principe d'incertitude ontologique auquel les humains sont confrontés depuis que le social est un programme ouvert ...», il ne suit pas que ce programme «ne (puisse) plus être référé à un tiers»¹¹⁷. Bien au contraire, dans la foulée de

¹¹⁷ Elbaz, Michaël, «La normativité entre ordre et désordre», texte ronéo, ICRA, 1992.

l'argument qui est développé dans ces lignes, ce «programme» est dorénavant confié à un «tiers» à la fois omnipotent et occulte, il est confié aux tribunaux, et ce sont eux qui, peu importe d'ailleurs le poids de l'incertitude ontologique ressenti par l'un ou par l'autre, définissent en dernier ressort, imposent et sanctionnent tout à la fois la seule signification qui importe vraiment, celle qui est voulue par le droit et sa raison juridique.

Alors, ce dont il est question, en clair, c'est de relever que, dans le contexte canadien, à la faveur de la constitutionnalisation des droits et libertés d'une part, à la faveur de la négociation d'un accord de libre-échange d'autre part, nous assistons à la redéfinition d'un cadre de référence. Cependant, un processus d'une telle ampleur sollicite et appelle la redéfinition des paramètres de l'ordre social, une démarche qui, à son tour, conduit à la redéfinition des normes de base. Il suit de là que la question de l'internormativité prend un tour nouveau et que ce sont les contenus de certains énoncés jurisprudentiels qui s'avèreront être les plus déterminants dans cette reconfiguration tout simplement parce que les tribunaux occupent désormais une place originale dans l'établissement de la légitimité de cette nouvelle normativité. Dans ces conditions, et pour revenir à Elbaz, il importe moins de mettre en scène le doute ou l'incertitude ontologique du sujet ou de l'individu isolé face aux pouvoirs, sinon de mettre en lumière le rôle d'une instance de légitimation qui prend sur elle de lever le doute en question et de réduire la dissonance, en tout cas au niveau de la compréhension et de l'interprétation du système global et ce, quelque importantes ou déterminantes que soient par ailleurs les discursivités engagées à l'instigation des sujets eux-mêmes, que ceux-ci soient commentateurs ou simples citoyens. On pourra toujours évoquer à cet égard la sagacité du Constituant, ou son cynisme, cela importe peu puisque le résultat net c'est bien que la Cour suprême, en particulier, assume désormais un rôle déterminant dans la définition des termes de la nouvelle fondation politique et sociale des institutions au pays¹¹⁸.

¹¹⁸ McKercher, W.R., «The United States Bill of Rights: Implications for Canada», in McKercher, W.R.(ed), *The U.S. Bill of Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Ontario Economic Council, Special Research Report, 1983, p. 7-26.

Dans le prolongement des préoccupations dont il vient d'être fait état, il s'agit de chercher à préciser les modalités d'un ajustement qui, dans le contexte précis qui nous intéresse, revêt une signification nouvelle essentiellement parce que ce qui est mis en opération à cette occasion relève moins d'un déplacement de normes, mais davantage de ce que McKercher a appelé une «vision du futur» comparable en importance à celle qu'avaient envisagé les promoteurs du *Bill of Rights* américain à la fin du XVIII^e siècle¹¹⁹. Ce serait donc procéder sans avoir cette dimension du problème à l'esprit que d'aller simplement établir l'influence exercée par les décisions de la Cour suprême des Etats-Unis sur celles rendues par la Cour suprême du Canada sous l'empire de la Charte canadienne, en se contentant de compter le nombre d'emprunts d'une décision à l'autre, comme l'ont fait Harvie et Foster qui concluent leur étude en établissant que cette influence s'exerce dans 25% des cas¹²⁰. Bien au contraire, on ne pourra cerner toute l'importance et l'impact de ces emprunts sans poser au préalable le problème en termes de redéfinition d'un socle théorique et programmatique sur lequel viendront s'appuyer par la suite les décisions rendues.

Il s'agit alors de chercher à montrer que, dans le contexte canadien, la discursivité jurisprudentielle ne se contente ni d'ajuster un cadre normatif économique à l'ordre juridique ni à intégrer des principes économiques dans une rationalité juridique, mais surtout, et au-delà de ces deux formes d'ajustements et d'emprunts, que cette discursivité s'emploie à définir des principes, à revoir le contenu des valeurs sociales bref, à tracer le cadre de référence qui servira à légitimer un nouvel ordre social.

Discursivité et démantèlement

Une fois la question du renversement des paramètres politiques et sociétaux placés au centre de l'analyse, il s'agit

¹¹⁹ Idem, p. 23.

¹²⁰ Harvie, Robert et Foster, Hamar, «Ties that bind? The Supreme Court of Canada, American Jurisprudence, and the Revision of Canadian Criminal Law under the Charter», *Osgoode Law Journal*, 28, 4, hiver 1990, p. 728-788.

maintenant de chercher à élucider comment la Cour suprême envisage sa mission et inscrit sa propre discursivité dans le nouvel espace théorique qui lui a été ouvert avec la constitutionnalisation de la Charte en 1982. Cette question est abordée dans la première décision rendue sous l'empire de la Charte par le juge Estey. Le raisonnement développé à cette occasion est d'autant plus révélateur qu'il escamote complètement le problème soulevé. En effet, après avoir souligné que la Cour était désormais «appelé(e) à remplir une tâche nouvelle», plus avant, que la *Loi constitutionnelle de 1982* apportait «une nouvelle dimension, un nouveau critère d'équilibre entre les individus et la société et leurs droits respectifs qui, (...) devra(it) être interprétée et appliquée par la Cour»¹²¹, et après avoir, en dernier lieu, cité des extraits dûs à la plume du juge Marshall de la Cour suprême des Etats-Unis dans un jugement classique rendu en 1803 dans des circonstances analogues, le Juge Estey interrompt brutalement sa réflexion pour revenir à la question soumise. Il étudie alors les trois significations de la conjonction anglaise «*and*» à l'art. 6(2)b) de la Charte.

Le rabattement sur une approche sémantique alors même que l'on vient de citer une autorité qui, dans des circonstances analogues, avait précisément souligné l'importance pour la Cour de définir des principes d'interprétation avant même de passer à l'étude sur le fond, est révélatrice non seulement de l'inexpérience de la Cour en la matière, ce qui serait compréhensible, mais elle est révélatrice surtout d'une lacune beaucoup plus grave, à savoir la carence de théorie politique chez la magistrature canadienne, ce qui l'est beaucoup moins. On aura une confirmation de ceci sous la plume du Juge Lamer qui, voulant à son tour se risquer à propos du nouveau rôle et des nouvelles responsabilités de la Cour suprême, écrit:

Les éléments vraiment nouveaux de la *Loi constitutionnelle de 1982* tiennent à ce qu'elle a sanctionné le processus de décision constitutionnelle et en a étendu la portée de manière à englober un plus grand nombre de valeurs (...) En réalité, les valeurs sur

¹²¹ Law Society of Upper Canada c. Skapinter [1984] IR.C.S. p. 365-367.

lesquelles peuvent porter les décisions constitutionnelles, ont trait maintenant aux droits des particuliers tout autant qu'au partage des pouvoirs entre gouvernements.¹²²

Ce n'est pas seulement, dans l'extrait cité ci-dessus, la formulation du raisonnement qui est troublante, c'est surtout ce que le Juge cherche à exprimer dans un style on ne peut plus confus qui mérite d'être relevé. Il y dit, en clair, que la loi confie désormais aux tribunaux la tâche de défendre les droits des particuliers. La référence au «plus grand nombre de valeurs» est tout à fait inutile et fait écran puisqu'il ne s'agit ni de placer face à face des valeurs individuelles et des valeurs collectives, ni même de les hiérarchiser, le cas échéant, il s'agit plus simplement d'appliquer un seul cadre d'analyse, sans même se préoccuper du cadre pré-existant; en d'autres mots, le juge s'apprête à accorder toute l'importance aux droits des particuliers sans se préoccuper du fond de scène sur lesquels ces droits s'inscrivent. Or, ce que le Juge Marshall de la Cour suprême des Etats-Unis avait défendu comme principe dans la célèbre décision *Marbury vs. Madison* de 1803, c'était le pouvoir des tribunaux d'évaluer des décisions législatives en regard des principes défendus dans la Constitution mais, ceci posé, le Juge soutenait ensuite que cette démarche devait s'appuyer sur la vision américaine du «constitutionnalisme», théorie en vertu de laquelle les décisions de la majorité devaient tenir compte de la protection des droits individuels¹²³. Ce sont bien évidemment ces deux arguments que l'on retrouve reformulés sous la plume du Juge Lamer. Or, si le premier énoncé peut sans doute découler du constitutionnalisme, c'est-à-dire, dans le vocabulaire canadien, de la constitutionnalisation des droits et libertés, le second, quant à lui, concernant la défense des droits des particuliers, mérite qu'on s'y arrête. Car, la question n'est pas seulement de savoir ce qu'il faut entendre sous cette expression, *dans le contexte canadien*, où le système politique et social a toléré un nombre considérable de

¹²² Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.) [1985] 2 R.C.S. à la p. 496.

¹²³ Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, p. 142.

limitations à l'exercice des prérogatives individuelles, que ce soit en matière de commerce, de négociation collective ou de prestation de services sociaux, la question consiste aussi à préciser la nature des rapports que les individus entretiennent vis-à-vis des nombreuses institutions qu'ils se sont donné, qui les encadrent et qui les gouvernent, rapports qui s'inscrivent dans un contexte social différent de celui que l'on rencontre aux États-Unis. S'il y a une différence entre les deux contextes, quelle est-elle? Nous verrons que l'on ne peut pas répondre à cette question dans l'abstrait et que l'on ne peut pas non plus se contenter de substituer à une interrogation fondamentale la transposition d'un mode d'interprétation externe. La Cour suprême ne peut pas, d'un côté, faire sauter les verrous qui, traditionnellement, séparaient le juridique du politique au Canada et, de l'autre, se rabattre sur une interprétation instrumentale et minimaliste du rapport entre la politique et le droit; ou bien la Cour pose ses propres balises théoriques et historiques susceptibles d'éclairer ses incursions hors du domaine du droit, ou bien elle se contente tout simplement d'être le relais des décisions rendues par la Cour suprême des États-Unis. En d'autres termes, la Cour ignore, ou feint d'ignorer, que la défense des droits des particuliers s'inscrit dans un contexte socio-politique différent au Canada de ce qu'il est aux États-Unis. Faute de prendre ce contexte en considération, la Cour suprême développe son argumentation à un niveau d'abstraction désincarné, comme on peut l'illustrer en se penchant sur la question du domaine d'application. La *Charte canadienne des droits et libertés*, à son article 32, limite son domaine d'application de la manière suivante:

32. (1) [Application de la charte.] La présente charte s'applique:

a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;

b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.

Il va de soi que l'application de la Charte est loin d'être universelle puisqu'il n'est fait mention ni de particuliers ni d'association. Deux questions se posent alors: quelle est l'étendue des activités gouvernementales qui tombent sous le couvert de la Charte? Sur quelle base convient-il de tracer la frontière entre une activité gouvernementale et celle qui ne l'est pas? À la première question, la Cour suprême répondra en statuant que, même si le mot «gouvernement» ne doit pas être entendu dans son sens générique, il n'empêche que «les décisions du cabinet sont assujetties au contrôle judiciaire en vertu de l'al. 32(1)a) de la *Charte* et l'exécutif du gouvernement canadien a l'obligation générale d'agir conformément aux préceptes de la *Charte*»¹²⁴. Dans ce cas-ci, les appelants alléguaient que la décision du gouvernement du Canada d'autoriser les Etats-Unis à procéder à des essais de missiles de croisière *Cruise* sur le territoire canadien violait leur droit à la vie et à la sécurité prévu à l'art. 7 de la *Charte*. Ce faisant le tribunal mettait de côté un des arguments invoqués par l'intimé, à savoir que certaines décisions de l'exécutif relevaient de la prérogative royale et que, à ce titre, elles n'avaient pas à faire l'objet d'une évaluation par les tribunaux, et la juge Wilson précise d'ailleurs à ce propos: «Ce qui [est peut-être en cause] en l'espèce, ce n'est pas la *capacité* des tribunaux judiciaires de rendre une décision sur les questions dont ils sont saisis; c'est plutôt l'à-propos du recours à des techniques judiciaires à ces fins»¹²⁵. À cette remarque de la juge Wilson, il ne sera apporté aucun complément de réflexion de la part des autres juges. On aurait fort bien pu, à cet égard, retenir plusieurs arguments, dont celui qui veut que la capacité de signer des traités ou de négocier des conventions relève de prérogatives qui n'ont pas à être évaluées par les tribunaux. Il paraît donc de prime abord fort intéressant de soumettre de telles questions aux tribunaux. Néanmoins, dans ce cas-ci, l'impréparation de la Cour à s'engager dans ce genre d'intrusion dans le champ de la politique éclate au grand jour quand les juges invoquent tout à fait candidement dans l'arrêt:

¹²⁴ Opération Dismantle c. la Reine [1985] 1 R.C.S. 443.

¹²⁵ Idem, p. 467.

Les appelants ne pourraient jamais établir le lien de causalité entre la décision d'autoriser les essais et l'accroissement de la menace de conflit nucléaire (...) L'article 7 n'aurait pu imposer au pouvoir exécutif l'obligation de s'abstenir d'autoriser les essais que si l'on avait pu dire qu'il était possible de prouver, qu'une atteinte à la vie ou à la sécurité de la personne pouvait résulter de l'action gouvernementale attaquée.¹²⁶

Nous avons dit que la Cour ne fait ici qu'étaler ses préjugés; elle soumet au contrôle judiciaire une décision de l'exécutif et, du même souffle, elle est incapable de l'évaluer à une aune objective et sérieuse; elle se contente de lancer un «jamais» là où elle aurait peut-être dû relever, en passant, que l'argument soumis n'était pas probant. Quant à la suite de la citation, mieux vaudrait l'ignorer purement et simplement si elle ne faisait pas partie de notre jurisprudence. En quoi l'exécutif est-il tenu de s'abstenir d'autoriser des essais militaires si mort d'homme devait en résulter? La Cour a-t-elle l'intention d'abolir la guerre, ou l'armée, ou le ministère de la Défense? Encore si elle avait eu la prescience de préciser «lorsqu'il y a atteinte à la vie des *civils*,» mais elle ne l'a pas fait.

Or, la question fondamentale est bel et bien soulevée dans cette affaire par la seule juge Wilson; c'était la question de savoir en vertu de quel lien juridique les appelants étaient-ils habilités à défendre le droit à la vie et à la sécurité au nom des citoyens canadiens? Nous sommes de nouveau renvoyés à une question de nature politique ici, et c'est sur ce terrain et sur ce terrain seul, qu'il convenait d'adresser le problème. À partir du moment où le tribunal retire à l'exécutif l'immunité garantie par la prérogative royale, c'est à ce tribunal qu'il appartient de tracer la ligne de démarcation entre les dimensions politiques et juridiques des prétentions des parties. Incapable de faire face à ce défi et de répondre à la question, la Cour se rabat sur un curieux raisonnement d'opportunité pour cerner dans quelles circonstances les particuliers peuvent ou non avoir recours à la Charte.

¹²⁶ Idem, p. 443.

Dans un autre ordre d'idées maintenant, mais toujours au sujet du domaine d'application de la Charte, la Cour suprême sera appelée à cerner plus avant ce domaine en s'attaquant au problème de la délimitation entre les activités publiques et celles qui demeurent privées. L'argument en question est développé dans l'arrêt *Dolphin* de la manière suivante:

Il est difficile et probablement dangereux [lit-on dans l'arrêt *Dolphin*] de tenter de définir avec une précision trop rigoureuse l'élément d'intervention gouvernementale nécessaire pour que des justiciables privés puissent invoquer la Charte dans un litige privé. Il semblerait que la *Charte*, s'applique à la législation déléguée, tels les décrets, peut-être les règlements municipaux et les règlements administratifs et généraux d'autres organes créés par le Parlement et les législatures.

Et la conséquence ultime de cette approche apparaît un peu plus loin dans ce même paragraphe:

Quand toutefois une partie privée en poursuit une autre en s'appuyant sur la, *common law* et que l'action n'est fondée sur aucun acte du gouvernement, la *Charte* ne s'applique pas¹²⁷.

Ainsi, les exclusions à l'application de la Charte, sont de deux types: en vertu du premier type, l'exclusion la plus déterminante est celle en vertu de laquelle la charte ne s'applique pas aux relations interindividuelles pour autant qu'elles sont régies par contrat, même par convention collective, mais elle s'applique aux législations et réglementations qui régissent ces relations. Le second type d'exclusions touche l'extension du périmètre des activités gouvernementales. Ici, le critère de délimitation entre ce qui est gouvernemental et ce qui ne l'est pas ne passe pas par la loi constitutive de l'entité en question, mais plutôt par la distinction entre un contrôle absolu ou extraordinaire d'un côté, le contrôle routinier ou régulier de l'autre. Dans l'analyse qui suit, je m'attarderai sur ce deuxième type en reprenant les arguments invoqués par les juges à l'appui de leurs décisions dans deux décisions.

¹²⁷ SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd [1986] 2 R.C.S. 574.

Plus avant, cette décision avait également permis à la Cour de préciser son propre statut dans la hiérarchie des pouvoirs: «Les tribunaux, bien que liés par la *Charte*, agissent en tant qu'arbitres impartiaux et, si l'ordonnance d'un tribunal devait être considérée comme l'élément d'intervention gouvernementale requise pour que la *Charte* puisse être invoquée, on se trouverait à élargir indûment la portée de la *Charte* pour la rendre applicable à presque tous les litiges» à la p. 574.

Il y a un contresens dans l'énoncé ci-dessus qui n'est pas imputable à une faute de traduction puisqu'il se retrouve également dans la version anglaise. Ce que veut dire la deuxième partie de la phrase, c'est tout simplement que, si on élargissait la portée de la Charte pour inclure les ordonnances des tribunaux, on dénierait à ces derniers le caractère d'impartialité qui doit leur revenir s'ils doivent pouvoir se prononcer objectivement sur le contenu des interventions gouvernementales. Telle que formulée la phrase dit plutôt qu'il ne faudrait pas que l'ordonnance d'un tribunal serve à valider une intervention gouvernementale, un énoncé qui n'a rien à voir avec la première partie de la phrase d'une part, qui s'avère confirmé chaque fois qu'un juge émet une injonction au nom du gouvernement en matière de conflit de travail, par exemple, d'autre part, mais cela n'a rien à voir ni avec le raisonnement suivi ni avec l'impartialité.

Le juge en chef Dickson¹²⁸ écrit, dans l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, que «les universités (sont) légalement autonomes». En conséquence, la politique d'un établissement universitaire prévoyant la mise à la retraite obligatoire à l'âge de 65 ans ne viole pas l'art. 15 de la Charte. En revanche, dans l'affaire *Lavigne c. SEFPO*, les juges La Forest, Sopinka et Gauthier, entre autres, écrivent que la *Charte* s'applique dans un conflit opposant un professeur de Collège à son syndicat auquel il était tenu de verser des cotisations dont il contestait l'utilisation à des fins politiques (il s'agissait, en l'occurrence, de contributions au Nouveau Parti Démocratique et à des campagnes en faveur du désarmement). En juxtaposant les discours élaborés dans ces deux cas, je veux préciser comment le tracé de la frontière est envisagé. Or, afin de fonder la légitimité de la démarcation proposée, le juge en chef Dickson appuie sa décision sur le raisonnement suivant:

Le gouvernement n'a aucun pouvoir de régir (les universités). Leur autonomie en droit est entièrement étayée par leur rôle traditionnel dans la société¹²⁹.

On voit clairement ici que c'est le juge qui demeure enfermé dans une vision traditionnelle de l'université, une vision qui aurait avantage à se colleter au réel de la dépendance grandissante des universités vis-à-vis non seulement les contraintes budgétaires imposées par les pouvoirs publics, mais surtout vis-à-vis des contraintes normatives issues de la politique gouvernementale dans son ensemble. Cette construction fictive d'une autonomie illusoire sert un peu plus loin de prétexte au déploiement de méconceptions passablement éculées sur la mise à la retraite obligatoire au niveau universitaire:

La retraite obligatoire a un lien rationnel avec les objectifs recherchés. Elle est intimement liée au système de la permanence qui détermine l'ambiance particulière et essentielle de la vie universitaire et assure le renouvellement

¹²⁸ *Mc Kinney c. Université de Guelph* [1990] 3 R.C.S. 234.

¹²⁹ *Idem*, p. 235.

continu des membres du corps professoral, un processus nécessaire pour permettre aux universités d'être des centres d'excellence à la fine pointe des découvertes et des nouvelles idées. Cela garantit l'injection permanente de nouvelles ressources humaines. Dans un *système fermé ayant des ressources limitées*, on ne peut y parvenir qu'avec le départ d'autres personnes. La retraite obligatoire réalise cela d'une façon méthodique qui permet une planification à long terme tant par les universités que par l'individu¹³⁰.

Cet extrait, qui fait montre d'un paternalisme aux accents douteux, soulève plusieurs questions qui n'ont absolument rien à voir avec l'objet du litige. En quoi, par exemple, la retraite obligatoire est-elle liée à la permanence? Pour que la mise à la retraite conduise au renouvellement et au rayonnement, encore faudrait-il que la politique d'embauche prévoit, non seulement le remplacement, mais le remplacement par des professeurs et non par des enseignants à la leçon comme cela se pratique de plus en plus. Enfin, en vertu de quoi peut-on poser que l'université est un «système fermé» et quelle est la signification de cette métaphore?

Quoi qu'il en soit, le résultat final conduit les juges à écrire ceci: «Cependant si les universités faisaient partie de l'appareil du «gouvernement» au sens du par. 32(1) de la *Charte*, leurs politiques en matière de retraite obligatoire enfreindraient l'art. 15 de la *Charte*»¹³¹. On comprend maintenant le sens de la notion de «fermeture» citée plus tôt: elle permet de maintenir l'université ouverte, alors que les autres institutions d'enseignement comme les écoles et les collèges peuvent, malgré le «système de la permanence», mener leur vie propre sans se préoccuper de renouvellement ou d'excellence.

Mais le plus étonnant n'est pas encore là car, lorsque les juges LaForest, Sopinka et Gauthier écrivent, dans l'arrêt Lavigne c. SEFPO que «le gouvernement, par l'entremise du ministre, posséd(ait) un pouvoir de contrôle routinier ou

¹³⁰ Idem, p. 234.

¹³¹ Idem, p. 233.

régulier»¹³² sur le Conseil des gouverneurs, l'agent de négociation des employés d'un collège communautaire, et que ce lien suffisait pour établir que la *Charte* s'appliquait à la convention collective de travail négociée entre les parties, ils se servent de ce raisonnement pour conclure que la formule Rand, c'est-à-dire la cotisation obligatoire à un syndicat, violait la *Charte*. La justification, ici encore, vaut d'être citée:

L'essence de la garantie que comporte l'al. 2d) est la protection de l'aspiration à l'épanouissement et à l'accomplissement personnels, laquelle ne peut être réalisée qu'en association avec autrui. La protection de cette aspiration et de l'intérêt collectif dans le maintien de la démocratie exige que la liberté de ne pas être forcé de s'associer soit reconnue en vertu de l'al. 2d). L'association forcée étouffera pour l'individu la possibilité de réaliser son épanouissement et son accomplissement personnels aussi sûrement que l'association volontaire la développera, et la société ne saurait s'attendre à obtenir des contributions intéressantes de groupes ou d'associations qui ne représentent pas vraiment les convictions et le libre-choix de leurs membres¹³³.

Non seulement cette réflexion vient-elle contredire tout l'héritage du démocratism à l'intérieur de la vie associative, héritage qui veut que l'épanouissement et l'accomplissement des associations volontaires soient le fruit des débats et d'élections entre les membres eux-mêmes où les perdants d'un moment acceptent de bon gré le pouvoir de la majorité, quitte à travailler à son renversement selon les règles internes en vigueur, mais cette opinion crée une nouvelle iniquité en établissant une frontière arbitraire entre le régime qui s'applique à un système ouvert et celui qui régit un système soi-disant fermé. Dans ce dernier cas, les juges se retirent derrière l'autonomie, alors que, dans le premier, ils avaient porté leur regard jusqu'à se pencher sur une loi régissant la négociation collective tout en ayant décidé antérieurement que la convention collective elle-même échappait à l'emprise de la Charte. Décidément, certaines lignes de partage risquent de

¹³² Lavigne c. SEFPO [1991] 2 R.C.S., p. 213.

¹³³ Idem, p. 213.

s'avérer délicates à fonder en théorie sous peu. La conséquence perverse de ces réflexions et commentaires c'est qu'elles conduisent au rejet, sans plus d'exploration et de justification, de la part de quelques juges, d'une formule inscrite dans le droit du travail au Canada depuis plus de cinquante ans. Et c'est ici que le refus de la Cour de prendre en considération le contexte socio-historique au Canada risque éventuellement de prendre des proportions rien de moins que tragiques. La formule *Rand* fait partie d'un patrimoine juridique collectif et, même dans un *obiter dicta* qui n'a pas d'effet sur la décision du tribunal puisque, dans ce cas-ci, le pourvoi est rejeté, ce genre de remise en cause est tout à fait déplacé à cause de l'éminence de ceux qui la prononce d'une part, à cause de l'effet potentiellement dévastateur de ce genre de prononcé sur la *ratio decidendi* des tribunaux à l'avenir d'autre part.

Ainsi, de décision en décision, nous voyons les juges de la Cour suprême se porter à la défense de la liberté et de l'exercice des prérogatives individuelles au détriment de la reconnaissance des droits collectifs, de la promotion de l'égalité entre les sujets de droit ou de la redistribution sociale¹³⁴ avec une réserve capitale toutefois, celle en vertu de laquelle, à la suite des arrêts *Ford c. Québec*¹³⁵, puis *Irwin Toys c. Québec*¹³⁶, entre autres, les droits prévus à la Charte s'appliquent également aux personnes morales comme en fait foi l'extrait suivant qui étend la prérogative du recours à la langue de son choix à une petite entreprise:

L'expression commerciale, comme l'expression politique, est un des modes d'expression qui méritent une protection constitutionnelle parce qu'il servent à promouvoir certaines

¹³⁴ Petter, Andrew, «Legitimizing Sexual inequality: Three Early Charter Cases», *McGill Law Journal*, 4, 1989, p. 358-367; Hutchinson, Allan C. et Petter, A. «Private Rights/Public Wrongs: the Liberal Lie of the Charter», *University of Toronto Law Journal*, 38, 1988, p. 278-297.

¹³⁵ *Ford c. Québec* [1988] 2 R.C.S. 716.

¹³⁶ *Irwin Toys Ltd c. Québec* [1989] R.C.S.

valeurs individuelles et collectives dans une société libre et démocratique¹³⁷.

La Cour suprême ne faisait ici que réitérer un principe qu'elle avait elle-même déjà défini dans une autre de ses toute première décision rendue sous l'empire de la Charte, l'affaire *Hunter c., Southam Inc.* Dans cette décision, la Cour opposait le droit à la vie privée à l'encontre de l'autorisation de la Commission institué en vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* d'autoriser une fouille dans les locaux d'une compagnie, et elle développe son argumentation de la manière suivante:

L'équilibre constitutionnel entre des attentes justifiables en matière de vie privée et les besoins légitimes de l'État ne peut pas dépendre de l'appréciation subjective d'un arbitre¹³⁸.

Le plus intéressant, dans la suite de ce jugement, c'est bien cette rationalité qui est développée par la Cour, rationalité en vertu de laquelle l'État est d'entrée de jeu placé dans une position éminente, et éventuellement dominatrice, non pas, comme on serait porté à la croire, vis-à-vis des citoyens, mais bien vis-à-vis des particuliers, une notion qui englobe aussi bien la personne physique que la personne morale, c'est-à-dire la compagnie ou l'entreprise. C'est ainsi que nous rencontrons, dans ce même jugement, le raisonnement suivant;

Le droit de l'État de déceler et de prévenir le crime commence à l'emporter sur le droit du particulier de ne pas être importuné lorsque les soupçons font place à la probabilité fondée sur la crédibilité. L'histoire confirme la justesse de cette exigence comme point à partir duquel les attentes en matière de la vie privée doivent céder le pas à la nécessité d'appliquer la loi¹³⁹.

Or, ce qui est proprement étonnant ici, c'est moins la référence au droit à la vie privée, mais bien la référence à une

¹³⁷ Ford c. Québec, op. cit., p. 716.

¹³⁸ Hunter c. Southam Inc. [1988] R.C.S. 166.

¹³⁹ Idem, p. 167-168.

histoire dont on cherche à nous faire accepter qu'elle a basculé quand il a été question d'aller perquisitionner dans des locaux d'une corporation ou d'une compagnie. La Cour semble à ce point obnubilée par les dispositions de la Charte, qu'elle propose rien moins qu'une relecture tout à fait originale de l'histoire de la promotion et de la défense des droits et libertés.

Synthèse et conclusion

Les quelques éléments soulignés, de même que les citations retenues, me permettent de cerner plus avant le problème circonscrit au point de départ. Nous voyons la Cour suprême étendre son pouvoir de juger des activités législatives et réglementaires de la sphère politique mais surtout, nous la voyons assumer le rôle de grand interprète des paramètres fondateurs de la société canadienne, et de la société québécoise par conséquent, sans s'être prémunie d'une théorie politique ni même de principes politiques adaptés aux contextes analysés. Nous la voyons également exercer son droit de regard sur tout un ensemble de relations entre citoyens, entre citoyens et associations, entre citoyens et pouvoirs publics, sans s'être non plus doté d'une théorie politique de la société et de l'Etat, sans se préoccuper des caractéristiques et particularités propres aux institutions et à leur histoire. Prise au piège de devoir préciser les sens et portée de la notion de société à cause même de la constitutionnalisation de cette notion dans l'expression «société libre et démocratique» apparaissant à l'article premier de la *Charte*, la Cour est en passe de vider cette notion de sa richesse historique pour lui substituer un contenu exsangue en vertu duquel le mot «société» n'englobe plus qu'un rassemblement d'individus et d'entreprises liés entre eux sur la base d'une liberté entendue dans le sens le plus formel qui soit. Quelle est la conséquence de cette vision? Elle place toutes ces autres associations et regroupements fondés sur le rassemblement d'intérêts convergents portés par une majorité démocratiquement élue dans la position la plus précaire. Quant à sa vision de l'État maintenant, on peut y lire, en filigrane, la

montée d'une remise en cause de ses fonctions redistributrices d'une part, la marginalisation de sa mission sociale de l'autre¹⁴⁰.

Le problème qui se trouve très spécifiquement posé dans ces conditions c'est moins celui de savoir ce que peut apporter à la théorisation engagée à l'instigation des tribunaux la réintroduction de concepts que l'on tenait encore pour suspects il y a peu, en droit en tout cas, mais bien plutôt celui de fournir la réponse à deux questions: *premièrement*, quelle est la signification de cette notion de société qui est utilisée à tort et à travers et qui ne renverrait plus désormais qu'à une forme préétablie d'institutionnalisation des relations entre sujets et qu'elle est également la signification de la notion d'État ou de gouvernement? *deuxièmement* et subsidiairement, quelle est la fonction première et dernière de cette dogmatisation à outrance de deux concept-clé du vocabulaire socio-politique et quelles visées idéologiques ces rhétoriques couvrent-elles? On assiste, quelque part au tournant du XVIII^e siècle, à la fixation, en théorie du droit et en science politique, d'un vocabulaire essentiellement inspiré de la tradition juridique romaine. Auparavant, dans les ouvrages des XV, XVI et XVIII^e siècles, les auteurs, juristes, philosophes ou romanciers utilisent indifféremment les notions d'Estats, de royaume, de république, de «commonwealth» dans l'une ou l'autre des langues vernaculaires et ce, quel que soit le régime politique en vigueur, pour désigner ce que désignera bientôt la notion de société. À un niveau plus fondamental cependant, comme l'a montré Otto Gierke à la fin du siècle dernier¹⁴¹, la question théorique et juridique consistait à savoir quelle était la portée pratique de l'enjeu de la fixation d'un vocabulaire à ce moment-là dans le temps et dans l'espace. Dans ces conditions, le fait que les juristes et les théoriciens se soient détournés du recours à la

¹⁴⁰ Ce genre de question n'a pas encore été tranché par la Cour suprême, mais plusieurs décisions de tribunaux de première instance vont déjà dans ce sens.

Re Phillips and Lynch et al. [1986] 27 D.L.R. (4th) 15b, où le juge, placé devant le choix d'étendre au père seul une disposition qui prévoit des bénéfices d'assistance sociale pour la mère seule, préfère déclarer nulle la disposition en question sous prétexte qu'il ne peut se substituer au législateur.

¹⁴¹ Gierke, Otto, *Political Theories of the Middle Age* (1900), Cambridge, Cambridge University Press, 1987.

notion d'*universitas* propre au droit médiéval et qu'ils aient choisi d'avoir plutôt recours à celle de *civitas*, directement inspirée du droit romain, est déjà significatif d'un déplacement paradigmatique important en vertu duquel le droit civil se trouvera désormais placé en complète extériorité par rapport au droit canon et ce, malgré que celui-ci soit supposé occuper la prééminence par rapport au premier¹⁴². On se rendra compte par la suite qu'en traduisant *civitas* par «*commonwealth*» sans autre précision, et en déplaçant tout le poids de la personnalité collective du côté de l'Etat-Léviathan représenté par un souverain qui bénéficie seul de la double personnalité, physique et morale, et disposant seul de la volonté que Rousseau appellera «générale», la solution envisagée par Hobbes était intolérable, non seulement en théorie politique mais également en droit, puisqu'elle équivalait à dénier leur autonomie et leur volonté propres à toutes ces organisations qui jouissaient déjà de cette personnalité fictive d'une part, qu'elle risquait de remettre en cause le départage des droits et des obligations engagé entre individus et leurs organisations sous l'égide de cette distinction d'autre part. La notion juridique de société telle qu'elle avait été élaborée en droit romain offrait une solution d'autant plus intéressante à cette lacune que le contrat de société était de plus en plus utilisé, et que sa transposition, par métonymie en quelque sorte, à l'ensemble du corps social semblait aller de soi. Mais ce que cette conceptualisation venait surtout accomplir, c'était de placer désormais les citoyens dans une relation d'association spécifique les uns à l'endroit des autres, tout comme les associés ou les partenaires à un contrat de société sont liés par les termes de l'entente intervenue entre eux.

Or, si cette approche offrait une solution au problème de la reconnaissance d'une autonomie des citoyens suffisamment large pour embrasser la création des personnalités fictives sous l'Etat, cette approche n'en suscitait pas moins deux difficultés majeures: la première était de savoir quelle était la nature des nombreuses formes d'associations intervenues entre les citoyens; la seconde quelle était la place, la portée et la

¹⁴² Reiffenstuel, A., *Jus Canonicum Universum*, 5 vol., Ingolstadt, 1740, I, par. 9 De jure civili, P. 29 et ss.

responsabilité de ces diverses associations dans l'ensemble du corps social. Concernant la première difficulté, la solution s'en trouvera dictée par la métaphore juridique elle-même à laquelle on avait eu recours. Alors, si on avait eu recours à la notion juridique de société et que les citoyens fussent entre eux dans un rapport de sociétaires les uns vis-à-vis les autres, il va de soi que ceux-ci devaient être liés par une entente préalable qui avait nécessairement pris la forme d'un contrat. Comme l'a relevé F.W. Maitland, traducteur et préfacier de Gierke: «Si Rousseau écrit *Le Contrat social* et Pothier *Le Contrat de société*, il devrait y avoir, et il y a effectivement, un lien entre leurs livres dissemblables et un Allemand dirait que tous deux ont traité du pacte social, («*Gesellschaftsvertrag*»), l'un avec passion, l'autre avec érudition»¹⁴³.

Ce que ceci veut dire, c'est que le recours même à la notion de société fixait les termes des débats à venir autour de l'institutionnalisation du contrat d'une part, laissait en suspens le problème de la hiérarchisation des corporations, organisations et compagnies d'autre part, un problème qui fera les beaux jours des théoriciens politiques par la suite. Cette seconde difficulté est encore présente de nos jours et ce n'est pas la démarche formelle et elliptique appliquée par les tribunaux canadiens qui pourra contribuer à son élucidation.¹⁴⁴

Il est malgré tout indéfendable que les juges de la Cour suprême, venant si tard à la réflexion théorique, n'aient pas le souci de mettre leur propre réflexion à niveau et de développer

¹⁴³ Gierke, op, cit., p. xxiii.

Voir aussi: Bosanquet, Bernard: *The Philosophical Theory of the State* (1989), Londres, Macmillan and Co., 1965; Davis, John P.: *Corporations. A Study of the Origin and Development of great Business Combinations and of their Relations to the Authority of the State* (1905), New York, Capricorn Books, 1961.

¹⁴⁴ On aura une confirmation de ceci dans la façon dont la Cour conçoit le droit d'association comme une prérogative strictement individuelle: Bazowski, Raymond, «Collective Action in the Age of the Charter», in Gagnon, Alain-G., et Tanguay, A. Brian (ed.) *Democracy with Justice/La Juste démocratie. Mélanges en l'honneur de K. Z. Paltiel*, Ottawa, Carleton University Press, 1992, p. 52-65. Cette contribution, ainsi que celle de Michael Behiels (p. 125-139), vont tout à fait dans le sens de l'argument qui est développé ici, sans toutefois pousser l'interprétation au-delà de la mise en cause d'un parti-pris politique de la part des juges de la Cour suprême.

leur argumentation de manière à asseoir leur propre discursivité dans la philosophie politique, d'une part, de lier leurs argumentations à l'histoire des institutions et des associations canadiennes de l'autre, au lieu de jouer les apprentis sorciers en laissant la densité des relations sociales filer entre les mailles de leur incompréhension des enjeux fondamentaux. Obnubilée par la défense des droits des particuliers, la discursivité jurisprudentielle ignore les contenus spécifiques des liens que particuliers et associations ont tissé entre eux d'une part, escamote les transformations intervenues dans le pouvoir de l'État d'autre part. En attendant, on aura compris que cette démarche, toute lacunaire qu'elle soit, s'inscrit de manière presque caricaturale dans ce grand dessein d'une intégration continentale placée à l'ombre d'un libéralisme étatsunien obnubilé par les lois du marché et la défense des opportunités individuels.

CHAPITRE VII

HAYEK ET LE DÉBAT SUR LE DROIT DE PROPRIÉTÉ

Dans une étude publiée en 1964 et dédiée à la mémoire du président Kennedy, assassiné l'année précédente, Arnold Forster et Benjamin R. Epstein relèvent à quel point les travaux sur la droite américaine étaient rares au moment même où ses idées et son activisme politique gagnaient en expansion et en intensité. Alors qu'on avait pu croire la pensée d'extrême droite en déclin dans la foulée de la mise au rancart du McCarthyisme, puis de l'interdiction du Klu Klux Klan par la Cour suprême, il s'était avéré au contraire que sa résurgence se faisait de plus en plus présente, ainsi que pouvait en témoigner la propagande anti-catholique menée durant la campagne présidentielle de 1960 contre le candidat démocrate John F. Kennedy justement.

Dans leur étude, qui constitue en même temps une nomenclature des principaux groupes de droite aux États-Unis, les auteurs établissent une distinction générale entre la droite radicale et les ultra-conservateurs («*The Extreme Conservatives*») dans les termes suivants:

La mythologie de la droite radicale diffère en degré et en intensité de l'approche des ultra-conservateurs, mais pas en nature [...] la différence de base tient au fait que, contrairement à la droite radicale, les ultra-conservateurs ne tendent pas à imputer le soi-disant socialisme [prévalant aux USA] à un complot tramé en haut-lieu, mais plutôt à l'aveuglement, à la

stupidité et à l'incompétence de la part des quatre [derniers] présidents et de leurs aviseurs libéraux ¹⁴⁵.

En conséquence, les politiques et les stratégies appliquées depuis la présidence de F.D. Roosevelt mèneraient les Américains sur «la route de la servitude». À cet égard, les ultra-conservateurs avancent et défendent une approche beaucoup plus sophistiquée intellectuellement que ce n'est le cas pour la droite radicale. Or, parmi les moyens mis en œuvre, le recours aux sociétés intercollégiales d'individualistes au tournant des années soixante semble avoir été une stratégie déterminante dont les effets atteignent leur pleine mesure aujourd'hui, près d'une trentaine d'années plus tard, c'est-à-dire au moment où il apparaît de plus en plus clairement à quel point l'influence conjuguée de Hayek, von Mises et Friedman sur les politiques fiscales et budgétaires de la Maison Blanche durant les règnes des présidents Reagan et Bush aura été décisive ¹⁴⁶.

La petite histoire de la mise sur pied de ces sociétés mérite d'être esquissée à grands traits. Pour Frank Chodorov, un ancien gauchiste qui avait basculé à l'extrême-droite durant la Deuxième Guerre, la transmutation du naturel américain de l'individualisme au collectivisme avait été précipitée par la fondation, à l'instigation des écrivains Jack London et Upton Sinclair, de la *Intercollegiate Socialist Society* en 1905. Plus tard, en 1921, grâce à l'apport de personnalités du calibre de Norman Thomas, Walter Lippmann, Walter Reuther, John Dewey et Clarence Darrow, entre autres, l'ISS donne naissance à la *League for Industrial Democracy*, une association qui gagne bientôt une indéniable respectabilité intellectuelle et académique. Chodorov arrive à la conclusion que si le socialisme avait pu être implanté dans les esprits à l'époque, il n'y avait aucune raison pour que des idées adverses ne puissent être enseignées à la nouvelle génération. C'est ainsi que, lui et

¹⁴⁵ Forster, A. et B. R. Epstein, *Danger on the Right*, New York, Random House, 1964, p.xvi.

¹⁴⁶ Harbour, W. R., *The Foundations of Conservative Thought*, Notre Dame University Press, 1982, p.109.

Frank Hanghen, tous deux rattachés à la revue *Human Events*, fondent la *Intercollegiate Society of Individualists* en 1952.

De toutes les publications issues de ces rassemblements d'étudiants de droite, la *New Individualist Review*, publiée à l'Université de Chicago de 1961 à 1968, apparaît comme la plus éminente et la plus prestigieuse. Le numéro 1 de la revue, daté d'avril 1961, rassemble sur son comité éditorial les noms de Milton Friedman, F.A. Hayek et Richard M. Weaver. C'est d'ailleurs dans ce numéro qu'apparaît l'article de Friedman, «*Capitalism and Freedom*», un titre qui connaîtra une vogue impressionnante par la suite. Et même si Hayek ne contribue que deux textes sur dix-sept livraisons au total, ses travaux et ses idées sont régulièrement cités et commentés, non seulement parce que l'initiative de la création de la revue est issue de ses propres étudiants, mais également parce que, en tant que membre fondateur de la Société du Mont Pèlerin en 1947, son prestige était déjà considérable¹⁴⁷.

À elle seule, l'arrivée de F.A. Hayek aux États-Unis en 1950 correspondait à une démarche précise définie et menée à terme au sein du corps enseignant de l'Université de Chicago, et du département d'économie en particulier. L'enjeu, à ce moment-là, était de faire face à l'emprise que s'était assurée, durant les années trente, l'institutionnalisme et John R. Commons, un des héritiers intellectuels de T. Veblen, sur le droit et son interprétation, mais avant tout, de confronter l'ascendant qu'exerçait le recours à la législation et à l'interprétation judiciaire dans le dessein de façonner les esprits et les comportements devant la montée des contradictions sociales. En définitive, ce qui est attaqué très spécifiquement c'est cette approche développée par Roscoe Pound, notamment, pour qui le législateur et le magistrat devaient s'engager sur la voie de l'interventionnisme, une démarche qui relevait alors de ce que l'on appelait le «*social engineering*».

Or, à cause même de l'étanchéité prévalant entre le département d'économie et l'école de droit à l'Université de Chicago, l'engouement de certains juristes pour les idées réformistes et leur adhésion à l'école du «réalisme légal» ont

¹⁴⁷ Friedman, Milton, «Introduction», *New Individualist Review*, Liberty Press, 1981, p.ix.

poussé des économistes comme A. Director ou G. L. Stigler à mettre sur pied une école anti-interventionniste. Ainsi, grâce à une mise de fonds initiale du *William Volker Fund*, financé par un riche grossiste de Kansas City, on a par la suite procédé à rapatrier et subventionner Ludwig von Mises, qui fut rattaché à la New York University Business School, F.A. Hayek, rattaché au *Committee on Social Thought* de l'Université de Chicago et à faire embaucher Aaron Director à l'École de droit de la même université¹⁴⁸. Durant les douze années qu'il a passées à Chicago, F.A. Hayek a exercé son influence depuis son poste au *Committee on Social Thought* et, même s'il ne semble pas avoir été directement impliqué dans le lancement de cette école de pensée appelée «*Law and Economics*», qui devait faire paraître la revue du même nom à compter de 1959, son ascendant sur les initiateurs du projet fut considérable.

Ainsi, que ce soit de manière directe, à travers la *New Individualist Review* ou, de façon plus diffuse, par l'entremise du lancement du *Journal of Law and Economics*, l'influence de F.A. Hayek sur l'évolution des idées de droite aux États-Unis aura été déterminante. Mais, en définitive, à quoi peut-on attribuer cette résurgence d'un débat de fond sur la nature et les fondements du droit de propriété dans la société américaine à l'époque, et en quoi cet enjeu s'avère-t-il indispensable pour comprendre l'évolution du système économique et social aux États-Unis à l'heure actuelle? Ce sont les questions que je voudrais aborder maintenant en étudiant successivement la problématique du libéralisme classique (section 1), la démarche juridique de Hayek (section 2) et les termes du débat aux États-Unis (section 3), avant d'ouvrir la réflexion sur le rôle et la portée du questionnement actuel autour du droit de propriété en conclusion.

La société «illibérale»

Fritz Machlup écrit ceci, qui servira d'entrée en matière:

¹⁴⁸ Kitch, E. W., «The Fire of Truth: A Remembrance of Law and Economics at Chicago 1932-1970», *Journal of Law and Economics*, 26, 1983, p. 163-234, à la page 180.

Dans une société «illibérale», le libéral doit être un réformateur s'il entend instaurer la liberté, dans une société libérale, il doit être un conservateur s'il entend sauvegarder la liberté¹⁴⁹.

Si la gouverne politique a contribué à déporter la société civile du côté de l'«illibéralisme», il appartient au penseur libéral qui souscrit à cette analyse de soutenir les paramètres libéraux classiques, une démarche qui, sur le plan pratique, peut signifier tout à la fois la réclamation des réformes et la sauvegarde des acquis, à condition que les premières approchent du modèle idéal et que les secondes le consolident. Il ne suffirait pas de conclure de cette manière de poser la relation entre l'ordre et la théorie qu'elle reflète un parti-pris idéaliste, car l'essentiel ne réside pas là, sinon dans l'importance axiologique qui est accordée au droit par la pensée libérale. Et c'est en ce sens que la théorie libérale appartient moins au registre de la philosophie sinon au domaine des sciences politiques et sociales. En effet, l'ordre qui est validé par la théorie libérale n'a rien à voir avec un ordre abstrait ou avec un vague accommodement entre théorie et praxis, il s'agit bien plutôt d'un ordre juridiquement implanté et juridiquement sanctionné bref, d'un ordre de droit. La revendication de liberté qui sert de nœud dans la justification de cet ordre n'est dès lors pas cette liberté antique et solennelle défendue par Platon ou Aristote, que l'on voit reprise depuis sous la plume de certains philosophes, il s'agit bel et bien d'une liberté instrumentale précise et déterminée, la liberté juridique dont dispose le sujet de droit de faire ou de ne pas faire sous l'empire des législations civiles existantes. C'est donc à tort que l'on confond ces deux dimensions de la liberté, aussi bien dans les écrits des libéraux que dans d'autres, en laissant entendre que la notion de liberté désigne l'autonomie du sujet devant les règles prévalentes, alors qu'il s'agit bien de souligner, au préalable, que les prérogatives individuelles n'ont de légitimité qu'à la condition de reconnaître que le droit de propriété privée agit comme le seul droit absolu.

¹⁴⁹ Machlup, F., «Liberalism and the Choice of Freedom», dans E. Streissler (dir.), *Roads to Freedom*, Augustus M. Kelley, 1970, p. 212.

Ce flottement à l'intérieur de certains courants de la pensée libérale permet de relever deux choses: la première, c'est la place centrale occupée par le droit et le respect de la loi dans la doctrine libérale, une stratégie qui conduit le libéral à hypostasier la valeur de la liberté sous l'empire de la société civile au point de justifier la dissidence à la condition qu'elle réaffirme l'emprise de la règle de droit elle-même; la seconde, c'est la valeur paradigmatique dont est investie la propriété privée. Le penseur libéral n'aura ainsi de cesse qu'il n'ait contesté les interventionnismes même les plus ponctuels, comme peuvent en témoigner ces travaux auxquels a participé Hayek qui visaient à faire la démonstration de l'inefficacité économique et sociale des mesures publiques de contrôle des loyers¹⁵⁰.

En tant que penseur libéral, ou même en tant que penseur du libéralisme, Hayek n'a de cesse de décanter la doctrine libérale de tous les compromis qu'elle a pu engager au cours de l'histoire du dernier siècle et demi pour s'accommoder théoriquement ou tactiquement avec les interventionnismes les plus variés. À cet égard, sa démarche est transparente en autant qu'on y voie à l'œuvre moins un travail de construction qu'un travail de déconstruction, c'est-à-dire une entreprise visant à réinstituer la validité des paramètres les plus classiques du libéralisme contre toutes ces contagions qui en ont dénaturé l'impact et la pertinence. Et parce que ce travail doit composer avec les perversions introduites par l'accumulation des interférences idéologiques et politiques subséquentes, il en résulte que l'auteur est contraint d'accumuler les exigences théoriques et, en particulier, de dresser un réseau de séparations indispensables au déploiement de sa réflexion. Ainsi, les distinctions entre économie et catallaxie, c'est-à-dire le marché, entre économie et politique, entre privé et public, entre individu et société sont non seulement étanches et incontournables, elles sont surtout essentielles dans la défense de l'ordre civil «classique».

Ces remarques conduisent maintenant à aborder la dimension juridique de l'approche de Hayek. Or, même si ses

¹⁵⁰ Block, W., et E. Olsen (dir.), *Rent Controls*, Vancouver, Fraser Institute, 1981.

réflexions sur le droit se retrouvent éparpillées dans la plupart de ses nombreux travaux et interventions, nous allons tirer de son œuvre majeure consacrée à ces questions, *Droit, législation et liberté*, quelques éléments importants. La saisie hayékienne du droit est tributaire d'un constat laconique qui relève du décret; celui-ci consiste, au point de départ, à établir «l'ignorance nécessaire et irrémédiable où se trouve tout le monde, de la plupart des faits particuliers qui déterminent les actions de chacun des nombreux membres de la société humaine»¹⁵¹. Avant de relever les fondements épistémologiques de ce constat, on peut d'ores et déjà indiquer que c'est sur cette lancée que l'auteur s'autorise à investir la règle juridique de base, à savoir le droit de propriété, d'un contenu objectif tel qu'elle puisse s'imposer indifféremment auprès de tous.

En ce sens, le constat d'ignorance n'a rien à voir avec une forme d'universalisation de l'incapacité de qui que ce soit de s'occuper de quoi que ce soit; il relève plutôt de l'imputation, c'est-à-dire que ce constat renvoie à cette idée que nul ne peut substituer sa propre vision de l'intérêt d'un autre à celle que cet autre a de son intérêt propre. D'où cette intuition hayékienne tout à fait centrale qui consiste à distinguer entre un «ordre spontané» qu'il appelle «*kosmos*» et l'ordre construit, «*taxis*». Le marché régit le premier ordre, alors que les interventionnismes déportent inmanquablement l'ordre du marché vers la consolidation des rigidités. Dans l'état actuel de nos sociétés, ce sont les gouvernements qui assument la seconde fonction malgré que, pour préserver l'ordre social, il faudrait plutôt améliorer «les règles qui conduisent à la formation d'un ordre spontané»¹⁵².

Le marché occupe ainsi chez Hayek un lieu central, il est, pour paraphraser Sartre, «le lieu de la réalisation de toutes les valeurs». En effet, une fois l'individu institué à l'instar d'une monade dans l'enchevêtrement privé de ses jouissances et de ses angoisses, le marché apparaît comme le seul espace public d'échange. L'échange de biens, de services, de paroles, de sentiments, est hypostasié au détriment des conditions concrètes

¹⁵¹ Hayek, Friedrich, *Droit, Législation et liberté*, tome 1, Presses universitaires de France, 1980, p.14.

¹⁵² Idem, p.59.

de leur production, des processus qui échappent désormais à l'analyse. Dans ces conditions, le droit assume, aux yeux de Hayek, deux fonctions antithétiques: il peut soit établir des règles abstraites auxquelles tous doivent se conformer, soit sanctionner des règles spécifiques qui protègent ou avantagent certains individus ou certains groupes au gré des circonstances. Les premières accroissent l'espace de la liberté, les secondes, la sujétion. Or, le critère qui permet de départager les deux ordres de règles, c'est la «trinité indissociable» que forme «le droit, la liberté et la propriété»¹⁵³.

En attendant, l'autre versant de l'analyse est laissé en suspens, à savoir pourquoi les gouvernements et leurs dirigeants ont-ils été conduits à accumuler les interventions dans l'ordre civil? Afin de répondre à cette question, il faudrait faire intervenir tout un réseau d'implications sociales et politiques qui appartient davantage à l'ordre politique qu'à l'ordre civil. Je fais référence bien sûr ici à l'universalisation et à l'approfondissement du recours à la démocratie et au démocratisation dans la définition des fonctions de la gouvernance et de la gestion politiques. Car c'est bel et bien dans la foulée de l'élargissement de la responsabilité politique des citoyens, plus tard des citoyennes, que les pouvoirs publics ont été contraints de composer avec des revendications sociales et économiques par opposition à la situation qui prévalait encore au moment de la mise en place de la société civile, alors que le suffrage était passablement restreint, puisque le statut de citoyen ne rassemblait que les individus appartenant à une seule classe sociale précise et définie, la bourgeoisie.

Poser, au point de départ et de manière lapidaire, l'universalité de l'ignorance revient en définitive à contester la validité à la fois théorique et politique du recours au démocratisation et, en conséquence, à établir une contradiction liminaire entre la démocratie et la liberté, entendue au sens hayékien du terme. Alors, ce sont moins les gouvernements eux-mêmes qui sont mis en cause à cette occasion, mais bien les capacités collectives des individus rassemblés autour de

¹⁵³ Idem, p.129.

revendications sociales précises d'exiger de leurs commettants des mesures susceptibles d'alléger les contradictions sociales. Le point aveugle de ce retour vers l'approche libérale classique, c'est son impuissance à repérer, entre l'ordre spontané et l'Etat, l'importance historique de l'émergence de l'ordre politique dans la transformation des fonctions du pouvoir politique lui-même.

La liberté qui est valorisée à cette occasion, c'est donc essentiellement la liberté civile au détriment de cette autre liberté, la liberté politique, c'est-à-dire cette capacité aussi réduite soit-elle du citoyen d'avoir son mot à dire dans la gouverne sociale et politique.

On comprend alors en quoi et pourquoi le constat d'ignorance sert en même temps à invalider la compétence du citoyen à s'exprimer collectivement et à contester l'évolution des sociétés vers ce surcroît d'implication. En effet, si l'individu est impuissant à repérer l'intérêt de l'autre, il ne reste plus qu'à se rabattre sur une instance méta-sociale dans l'allocation des avantages et des désavantages réciproques, une fonction assumée comme par magie par le marché et son ordre spontané. Liberté et démocratie se trouvent alors placées l'une devant l'autre, en totale opposition et, au lieu que la démocratie apparaisse comme un acquis de civilisation, elle est envisagée au contraire comme une profonde aberration programmatique.

Hayek et le débat sur le droit de propriété

Avant d'entreprendre la définition des principaux termes des débats actuels sur le droit de propriété, il n'est pas inutile de chercher à évaluer quel a été l'apport de Hayek au droit. Plusieurs voies s'offrent à nous ici: la première consiste à relever l'accueil qui a été réservé par les juristes, voire par les magistrats, à un livre comme *Droit, législation et liberté*, publié en anglais en trois volumes entre 1973 et 1979 dont le titre seul indiquait que ce public était en premier lieu visé dans les thèses soutenues par l'auteur; une seconde voie nous est offerte dans l'évaluation qui est faite par des non-juristes de l'apport de Hayek au domaine du droit, qu'il s'agisse de théorie du droit, de philosophie du droit ou de domaines plus nouveaux comme

le droit et l'économie. Parce que la seconde voie a été plus fouillée que la première et que, tout compte fait, l'ascendant de Hayek sur les débats actuels concernant la propriété privée est diffus, je commencerai par celle-là avant de m'engager dans le domaine du droit.

John Gray, un ardent propagateur de la pensée de Hayek dans le monde anglo-saxon, s'est attaché à établir la filiation entre l'auteur et Kant, surtout dans sa défense de la fonction essentielle qu'assume la règle de droit («*rule of law*» en droit anglais) dans l'établissement de la liberté¹⁵⁴. Cependant, dans la mesure où Hayek serait porté à accorder peu de crédit à la définition des droits individuels, plusieurs critiques en ont conclu que la règle de l'universalité des droits risquait alors de demeurer trop formelle et son applicabilité, sans substance véritable. Gray mène ensuite son argumentation en reprenant les trois critères d'universalité définis par Kant, et repris également par des néo-kantiens comme John Rawls dans ses travaux sur la justice. Ces critères sont: l'uniformité («*consistency*»), l'impartialité et la neutralité morale («*moral neutrality*»).

À la condition qu'elles respectent ces critères, les lois de la justice peuvent prétendre promouvoir le bien-être social. En ce sens, leur fonction dernière est bel et bien utilitaire, voire utilitariste, si l'on entend souligner la parenté avec David Hume, une influence déterminante sur Hayek. La prétention de Hayek repose dès lors sur l'idée qu'un «soutien impartial en faveur du bien-être général est une des exigences de l'universalité»¹⁵⁵. Il suit de là plusieurs conséquences parmi lesquelles nous en retiendrons trois: *premièrement*, que la justice ne saurait être attribuée qu'à des actions humaines et non pas à des états de faits («*state of affairs*»);; *deuxièmement*, que les règles de justice devraient essentiellement assumer un caractère prohibitif, c'est-à-dire qu'elles devraient prévenir l'injustice; *troisièmement*, que l'injustice à prévenir consiste dans la protection contre l'empiètement du domaine protégé de nos semblables. La liberté ainsi entendue ne tient pas tant au

¹⁵⁴ Gray, John, «F. A. Hayek and the Rebirth of Classical Liberalism», *Literature of Liberty*, 5, 4, 1982, p. 19-66.

¹⁵⁵ Idem, p.152.

respect de la règle de droit, mais elle tient d'abord et avant tout au respect de la propriété.

La première et la plus significative critique qui a pu être adressée à cette conceptualisation nous vient de James M. Buchanan pour qui l'approche hayékienne interdit toute forme d'interférence dans l'état social prévalent, y compris bien sûr dans le système législatif. La question de fond consiste à savoir s'il est légitime de poser à un niveau premier d'indifférence un ordre initial ordonné, ou s'il n'est pas plutôt indiqué d'avoir recours à l'idée que l'ordre est, au point de départ, chaotique ou désordonné. Or, pour autant que l'on adopte une attitude le moins distante ou critique vis-à-vis des institutions sociales prévalentes, il semblerait contre-indiqué d'opter pour la première alternative. D'ailleurs, est-ce que la démarche de Hayek ne le conduit pas lui-même à proposer la réinstauration des paramètres libéraux dans une société qui a dérivé du côté des interventionnismes? Et, si tel est le cas, n'est-ce pas précisément parce que l'ordre et l'équilibre doivent être sanctionnés, il ne peuvent donc pas être inférés? À cet égard, il ne fait pas de doute que la démarche d'un Robert Nozick qui propose carrément d'enclencher le retrait de l'État des affaires civiles et sociales est plus conséquente. Face à ce genre de paradoxe, John Gray a pu avancer que l'approche de Hayek proposait ni plus ni moins qu'un syncrétisme des idéaux libertaires et traditionnels ou conservateurs, tout en admettant que, si le marché capitaliste devait avoir des effets corrosifs sur la moralité publique, l'enjeu d'une éventuelle intervention du politique dans la société demeurait toujours possible. Cependant, Hayek était plutôt porté à imputer la responsabilité de la corrosion, non pas au marché, mais bien aux politiques interventionnistes des gouvernements elles-mêmes. La référence obligée ici nous renvoie à la *Fable des abeilles* (1714) de Mandeville, un livre très prisé de Hayek, fort à propos sous-titré «vices privés, vertus publiques» qui défend, plus d'un demi-siècle avant Adam Smith, les fondements épistémologiques d'un ordre de la ruche et une «division des occupations» qui n'est pas sans évoquer la «main invisible» et la «division du travail» de son illustre successeur.

On peut conclure cette première incursion à l'intérieur de la démarche hayékienne face au droit, en consignait les quelques réflexions suivantes. En premier lieu, le sous-titre de l'œuvre majeure consacrée au droit, à savoir «Une nouvelle définition des principes libéraux de justice et d'économie politique» apparaît quelque peu surfait, compte tenu de la nature des thèses avancées. Qu'il s'agisse des analyses consacrées au débordement des activités des gouvernements, au rôle bénéfique des monopoles et des oligopoles dans la société, à la fonction paradigmatique occupée et assumée par le marché, voire même à la fonction créatrice de droit que devraient assumer les juges dans la «société ordonnée», aucune de ces thèses n'est vraiment nouvelle. Ce qui l'est par contre, c'est bien le ton particulièrement pessimiste des dernières sections de l'ouvrage qui débouche sur une vision catastrophiste dont l'auteur fait usage pour souligner la profonde irrésolution de la crise actuelle, ce qui le conduit à envisager, au lendemain d'un effondrement majeur du système, l'établissement d'un véritable ordre du marché, une éventualité qui lui donnerait raison par défaut en quelque sorte puisque ses propres thèses auraient alors quelque chance d'être reconnues et d'être appliquées. Ce n'est sans doute pas tant cette immodestie qui risquait de rebuter certains penseurs américains, mais bien la critique implicite très forte du modèle américain lui-même que la thèse soutenait.

Les juristes ont, pour leur part, accordé beaucoup moins de crédit à l'apport de Hayek au domaine du droit que les philosophes qui se sont attardés à évaluer cette dimension. Cependant, ce constat n'est pas un indicateur suffisant pour évaluer l'apport théorique d'un auteur dans un champ quelconque, car on sait quelle distance sépare les juristes des autres sciences morales et sociales, de sorte que la théorie du droit ou la philosophie du droit peuvent tenir pour importants ou significatifs des auteurs que les juristes ont, à toutes fins utiles, ignorés. L'exemple le plus célèbre nous est fourni par Kant dont nul ne contesterait la contribution à la philosophie du droit, mais qui n'aurait exercé qu'une influence nulle ou à peu près, tant sur les professeurs que sur les praticiens de droit en

France¹⁵⁶. Ajoutons immédiatement que ce cas apparaît exceptionnel et l'analyse quelque peu contestable puisque le philosophe Kant a exercé, et continue toujours d'exercer, une influence absolument déterminante non seulement sur les philosophes du droit et de la justice, sur les moralistes ou les éthiciens, mais également sur les juristes, aux États-Unis en tout cas.

Ainsi, compte tenu de l'ascendant exercé par le kantisme et le néo-kantisme sur les écoles et les facultés de droit aux États-Unis, et compte tenu également de l'importante filiation entre Kant et Hayek que nous avons relevée précédemment, c'est bien le relatif silence qui a entouré la publication de *Droit, législation et liberté* qui mérite explication. Or, le nombre restreint de recensions n'est pas un indicateur probant, car l'œuvre de Hayek est régulièrement citée par les rédacteurs d'articles importants traitant des questions de théorie de la propriété, ou de liberté, surtout s'ils logent dans cette constellation définie par l'expression «*law and economics*». Il est mentionné par Richard Posner, entre autres. Par contre, Hayek serait peu ou prou utilisé, même de manière polémique, par les adversaires de cette école.

La raison de ceci tient vraisemblablement au fait que l'apport de Hayek ne s'insère pas directement dans les débats qui ont cours actuellement aux États-Unis autour des questions abordées dans son ouvrage, mais qu'il s'y insère médiatement en quelque sorte. En ce sens, Hayek, malgré des positions théoriques et des projets de réformes avec lesquelles des auteurs libéraux ou néo-libéraux pourraient être en accord, échafaude un cadre d'analyse à ce point utopique et dogmatique qu'il perd sa pertinence face aux contraintes très pratiques imposées par la conjoncture. La convergence est dès lors beaucoup plus objective qu'empiriquement démontrée ou démontrable.

Quelques remarques autour du débat actuel sur le droit de propriété aux États-Unis

¹⁵⁶ Villey, Michel, «La doctrine du droit dans l'histoire de la science juridique», dans I. Kant, *Métaphysique des mœurs*, Paris, Vrin 1979, p. 7-26.

Les débats actuels sur le droit de propriété sont à ce point polymorphes et primordiaux qu'il s'avère présomptueux de vouloir rendre compte de leurs coordonnées ou de leurs implications multiples. Le droit de propriété se trouve désormais placé au centre des enjeux à la fois les plus névralgiques et les plus complexes. Depuis la remise en cause de l'État providence, en passant par la mise en marché des fœtus, les conséquences écologiques de l'exploitation des richesses naturelles ou la prise de contrôle des conglomérats par les «*raiders*», toutes ces questions nous y ramènent inmanquablement. Derrière la reconnaissance des droits de *l'homme*, en passant par l'enjeu de l'égalité et la contestation des pouvoirs publics, nous sommes confrontés à la définition de cette relation pivotale entre l'individu et ses biens, et, au-delà, à la définition d'une relation de base entre les individus eux-mêmes.

C'est prendre une certaine mesure de l'importance du legs des auteurs libéraux classiques et tout à la fois de celle du droit de propriété dans la société actuelle que de relever à quel point une réflexion le moins profondie sur des questions sociales et éthiques nous ramène à redéfinir le socle sur lequel repose l'ensemble des réseaux de sociation.

Pour les besoins d'une seconde incursion dans les débats actuels, il semble indiqué, en prenant prétexte de la contribution de Hayek, de nous attarder désormais sur quelques critiques qui ont pu être adressées au courant de pensée connu sous l'appellation «*law and economics*». En procédant de la sorte, je n'ai pas l'intention d'aborder le problème d'une filiation entre Hayek et les principaux tenants de l'approche en question, mais plutôt de poser, au point de départ, que la nature de la liaison défendue reflète et reprend une des thèses centrales de Hayek à savoir que, dans une société libre, le respect de la règle de droit exclut toute forme de gestion macro-économique¹⁵⁷. En ce sens, l'approche hayékienne hypostasie l'ordre juridique civil au détriment de tous les interventionnismes et, par conséquent, au détriment de toute velléité constructiviste. C'est sur ce point précis que Hayek s'insère dans les débats contemporains sur le

¹⁵⁷ Gray, op. cit., p. 43.

droit de propriété, insertion d'autant plus justifiée d'ailleurs que l'auteur fait sienne la démarche de John Rawls et de son modèle de choix rationnel posé derrière un «voile d'ignorance».

La notion clé qui permet de démarquer la règle de droit des autres normes sociales et économiques c'est, comme cela vient d'être souligné, la règle de l'universalisation. Or, on peut toujours disputer de la validité de cette démarche dans ses applications à l'ordonnement des relations entre individus au sein de la société civile et se demander, par exemple, comment et pourquoi les rapports d'ordination et de subordination entre les sexes, les races et les générations ont pu, et peuvent encore de nos jours, se maintenir, voire même s'approfondir, au-delà ou malgré l'adoption et la sanction de principes universels depuis plus d'un siècle.

La réponse à ce genre d'argument, dans une perspective libérale classique, pourrait consister tout bonnement à relever que ni l'adoption de *Codes civils*, ni la définition jurisprudentielle d'un droit de propriété privée n'ont été mis les sujets à l'abri des interventions de la part des pouvoirs publics, avec le résultat que l'universalisme des principes a croulé sous le poids des contingences. Il n'empêche qu'en procédant de la sorte, la légitimation de l'apparente universalité du principe de propriété omet de prendre en compte un phénomène fondamental qui traverse toute l'histoire du capitalisme et celle du droit par conséquent, c'est-à-dire la distinction entre la propriété privée et le capital. J'aurai tout à l'heure l'occasion de revenir sur la question spécifique de savoir si ce n'est pas à dessein que la distinction entre les versants actif et passif de la propriété privée sont actuellement confondus par les tenants d'écoles qui favorisent le retour au libéralisme classique, c'est-à-dire à une période dans le temps et dans la théorie qui ne connaissait pas au même degré que nous le connaissons l'extraordinaire phénomène du développement de l'entreprise capitaliste, et celui, concomitant, de la socialisation des relations de production et de consommation. À cet égard, tant que la doctrine libérale classique se contentait de défendre l'autonomie de la volonté individuelle, on pouvait encore lui accorder quelque crédit, mais à partir du moment où elle prétend désormais juxtaposer l'individu et l'organisation

économique moderne, qu'il s'agisse d'une compagnie, d'un monopole ou d'un trust, il faut désormais se demander si ce genre de réduction à l'unité de la réflexion ne sert pas des fins économiques, politiques ou idéologiques précises. Qu'advient-il, en effet, des individus, fussent-ils employés, clients ou consommateurs, devant des catastrophes de l'ordre de celle que représentent Soweto, Three Mile Island ou Tchernobyl?

La différence prépondérante entre l'individu et la compagnie réside dans le fait que le premier dispose d'une personnalité juridique pleine et entière tandis que la seconde est dotée d'une personnalité morale. À son tour, cette distinction permet de détacher la compagnie de ceux qui en font nommément partie et de lui conférer une personnalité juridique propre, distincte de celle de ses membres. En conséquence de quoi la compagnie peut s'engager et engager les autres envers elle, nouer des contrats, hypothéquer ses biens et le reste. L'incorporation vise essentiellement à limiter la responsabilité de l'entreprise, de la firme ou de la compagnie, par opposition à celle qui s'abat sur le citoyen. Cette limitation de responsabilité était rendue nécessaire à l'époque à cause essentiellement des avantages financiers considérables que procuraient les activités entrepreneuriales engagées à l'intérieur de ce cadre juridique¹⁵⁸. Quoiqu'il en soit, et sans m'attarder davantage sur le problème des origines de l'incorporation, il n'en reste pas moins que l'on peut être justifié de considérer que le régime de la responsabilité limitée a servi grandement la croissance du système économique sous l'égide de l'entreprise privée et ce, de deux façons distinctes: la première, c'est que la limitation des responsabilités minimisait les risques inhérents au lancement des entreprises, tout en leur garantissant une certaine marge d'immunité indispensable pour assurer leur croissance soutenue et accélérée; la deuxième, et la plus déterminante sans doute, c'est que, advenant ou bien l'accumulation des imputabilités à l'intérieur du système juridique prévalent, ou bien leur débordement sous la poussée des implications nouvelles, l'entreprise pouvait et peut toujours compter sur l'intervention

¹⁵⁸ Davis, J. P., *Corporations*, *op. cit.*

de l'État en sa faveur. En ce sens, ainsi que l'a montré François Ewald, l'État providence a institué et constitué une véritable «société assurantielle» en assumant les faux frais des conséquences sociales imprévisibles et négatives de la croissance économique sous l'égide du capital, en prenant à sa charge, dans un premier temps, les accidents du travail, plus tard, en substituant des régimes publics et universels d'assurance à des régimes privés défaillants en matière de santé, d'hospitalisation ou d'éducation, voire même en matière de production de services publics comme la poste, le transport ou l'énergie.

Dans le même ordre d'idées, l'État a pu légiférer en matière d'assurance-chômage, d'éducation permanente et de recyclage de la main-d'œuvre inemployée ou sous-employée. Les législations adoptées, dans la foulée de menaces encore plus grandes qui pèsent désormais aussi bien sur les milieux de vie que sur des cohortes beaucoup plus considérables d'individus et de familles, ne visent pas autre chose que celles qui étaient mises en place au moment de l'émergence de la «société assurantielle», à savoir garantir et cautionner le développement économique engagé par des entreprises aux responsabilités réduites dans un contexte où les risques sociaux inhérents à leurs activités vont croissants de jour en jour. En revanche, ces interventions n'ont pas nécessairement porté fruit, comme peut en témoigner le pouvoir exercé par des agences gouvernementales comme celle qui est prévue par le *National Environment Policy Act* de 1969 aux États-Unis, dont la fonction idéologique semble aller bien au-delà de son pouvoir de réglementation qui demeurera réduit tant et aussi longtemps que les entreprises n'auront aucun compte à rendre sur les conséquences de leur activité vis-à-vis de l'environnement¹⁵⁹.

Devant ce genre d'imbrication entre les réseaux privés et publics de la vie sociale, l'école «*law and economics*» a proposé de renouveler la pensée libérale en l'articulant essentiellement autour de l'idée que le marché demeure encore et toujours l'unique et le meilleur système d'allocation des

¹⁵⁹ Chamoussis, N. «The National Environment Policy Act of 1969», *Columbia Journal of Law and Social Problems*, 12, 2, 1976, p. 221 et suivantes.

ressources dans la société d'une part, que l'entreprise capitaliste peut être réduite à une unité abstraite à l'instar du sujet de droit, d'autre part¹⁶⁰. Dans cet ordre d'idées, il y a plus de vingt ans déjà que Henry Manne identifiait le «marché du contrôle des organisations» comme la seule puissance susceptible de contrer la discrétion et l'inefficacité du pouvoir des managers. Depuis lors, le phénomène des acquisitions n'a fait que gagner en ampleur et en importance, avec le résultat que la spéculation prend de plus en plus d'importance sur la gestion interne des entreprises. Quoi qu'il en soit des résultats positifs ou négatifs de ce genre d'intervention, ce que l'on peut observer surtout, c'est qu'elle a non seulement contribué à accroître la validité d'une sanction ultime par le marché à tous les niveaux de la société aux yeux des libéraux, mais qu'elle a également conduit à accroître la légitimité de la thèse de la souveraineté quasi-absolue du «propriétaire», en l'occurrence ici, le petit actionnaire, voire l'épargnant. Or, parmi les analyses critiques qui ont pu être adressées à l'endroit de la prise de contrôle de certains actifs par des *outsiders*, c'est-à-dire des financiers ou des capitalistes étrangers à l'entreprise, on peut au moins retenir que les effets bénéfiques de la stratégie sont loin d'être probants et que certaines prises de contrôle avantagent essentiellement les spéculateurs au détriment non seulement des actionnaires, mais également au détriment du fonctionnement «harmonieux» de l'entreprise elle-même¹⁶¹.

Il suffit de juxtaposer ce genre de thèse et l'évolution actuelle du capitalisme financier caractérisé par l'extraordinaire gonflement de la valeur des actifs des entreprises sur les marchés boursiers, pour relever à quel point la doctrine de la sanction pure par le marché a contribué à pousser le système mondial vers une fragilisation croissante. En ce sens, l'école de «droit et économie» a eu une influence considérable sur l'évolution présente du capitalisme, avec le résultat d'ailleurs que son fonctionnement récent et la crise financière qui le confrontent semblent bien plutôt une conséquence du «libre»

¹⁶⁰ Coase, R. H. «The Problem of Social Cost», *Journal of Law and Economics*, 3. 1, 1960, p. 2-15.

¹⁶¹ Coffee, J. C. «Regulating the Market for Corporate Control», *Columbia Law Review*, 84, 5, 1984, p. 1145 et suivantes.

fonctionnement de cet ordre qu'un résultat des interventions des pouvoirs publics qui se sont avérées tout compte fait de plus en plus rares en ce domaine depuis l'arrivée à la Maison Blanche de l'administration Reagan en 1980.

Conclusion: le débordement du débat sur la propriété privée

Une des caractéristiques de la vie intellectuelle américaine, c'est sans contredit l'importance et la persévérance investies dans les débats sur et autour de la propriété privée, comme si toutes les questions philosophiques, éthiques, économiques et politiques amenaient obligatoirement à reprendre le fil qui passe par la définition de cette relation de base entre un individu et ses biens. L'explication de cette opiniâtreté ou de cet entêtement doit être recherchée à deux niveaux, axiomatique et juridique. Quant au premier niveau, qu'il suffise de rappeler à quel point, s'il existe quelque chose qui doit s'appeler une vision étatsunienne du monde, celle-ci s'appuie sur l'individualisme, une vertu dont l'éclosion est impensable en dehors d'une apologétique de la propriété privée. Quant au second niveau, il convient simplement d'évoquer que la Constitution américaine a été la première à enchâsser la poursuite de la liberté en tant qu'un des buts premiers de l'union politique et à en articuler le projet à cette institution de base qu'est la propriété privée. Au demeurant, la liaison entre les deux concepts est établie par Alexander Hamilton dans sa toute première contribution à la série des *Federalist Papers* publiée en 1787, dans laquelle il définit les grandes lignes du projet de publication à venir. Compte tenu de l'ascendant qu'ont exercé ces «papiers» par la suite sur le droit constitutionnel américain, de même que sur l'interprétation que les tribunaux ont sanctionnée des textes constitutionnels, il ne faut pas s'étonner de voir ces commentaires servir de référence presque obligée dans les travaux consacrés au droit de propriété, et non sans raison, puisque toute la question politique concernant le rôle et la place du gouvernement dans la société dans un contexte constitutionnel où la défense de la propriété privée apparaît comme un impératif premier, conduit

nécessairement à privilégier une approche solipsiste à la définition des enjeux sociétaux.

Mais il n'en reste pas moins que, si cette obsession monopolise les esprits aux États-Unis depuis deux siècles, on est en droit de se demander quelles sont les circonstances qui ont poussé à son débordement au point où l'enjeu de la propriété privée occupe désormais les énergies intellectuelles dans de tout autres contextes, que ce soit au Royaume-Uni, en France et, dans une moindre mesure, au Canada et au Québec. S'agit-il là d'un effet plus ou moins direct de la crédibilité renouvelée de la puissance de l'économie américaine dans le monde? Ou bien, à l'inverse, peut-on prendre prétexte de l'émergence de ces débats dans d'autres pays comme un révélateur de l'évolution vers une certaine maturité économique et politique qui conduirait ces pays à accorder désormais quelque crédit à des questions qu'ils ignoraient hier encore? Ou bien enfin, faut-il rattacher l'extension de ces polémiques à l'échelle de quelques pays capitalistes développés à l'universalisation des enjeux qu'il recouvre, c'est-à-dire, au fond, à l'usure des paradigmes alternatifs? À cet égard d'ailleurs, la situation en France serait tout à fait caractéristique puisque l'on assiste là-bas, de la part de certaines écoles de pensée et dans la foulée de la crise de l'État providence, à une récupération escamotant à peu près totalement les grandes lignes des affrontements entre partenaires et adversaires de la propriété publique ou de l'interventionnisme étatique aux États-Unis mêmes. Enfin, pour ajouter encore plus de poids à cette réflexion, nous pourrions relever que, au Canada, le débat sur la propriété privée et la critique de l'étatisme interviennent dans une conjoncture politique et économique caractérisée par une extension sans précédent de l'influence américaine, qu'ils sont contemporains de la négociation d'un accord de libre-échange et qu'ils découlent en quelque sorte de la phase actuelle de la continentalisation. D'ailleurs, plusieurs analystes ont pu montrer que la *Loi constitutionnelle de 1982* et, en particulier, que l'enchâssement d'une Charte des droits dans la Constitution, ont contribué à calquer les institutions canadiennes sur le modèle américain, avec toutes les conséquences programmatiques et juridiques que cette imitation

pouvait entraîner sur la redéfinition des rapports entre l'individu et les pouvoirs publics, de même que sur la fonction des tribunaux dans la gestion sociale globale¹⁶². À tous égards, il semble bien, à un niveau intuitif pour le moment, que la troisième piste de réflexion s'avérerait plus intéressante que les deux premières, en vertu de laquelle les effets pervers de l'étatisme conduiraient à réinventer ou à réinstaurer la validité des paramètres d'un capitalisme classique, et que ce ne serait donc pas sous l'effet du hasard si le pays du capitalisme le plus pur était aussi celui qui fournirait les armes théoriques les plus probantes dans cette reconquête épique et mythique du sens demeuré — ou premier — de la course à la consommation individuelle. Et cet effort et cette influence risquent d'ailleurs de s'accroître au fur et à mesure que l'emprise du capitalisme américain sur les économies développées apparaîtra de plus en plus inéluctable, surtout si ce sont les pays qui ont suivi la voie vers l'interventionnisme et la consolidation d'un État providence qui ressentent en première ligne l'effet pervers des entraves à l'accumulation de capital et qui, en conséquence, doivent se résoudre à renoncer d'appliquer les politiques inspirées des paramètres keynésien, néo-keynésien, post-keynésien, sociaux-démocrate ou socialiste. L'instauration de la validité des théories libérale ou néo-libérale apparaîtra ainsi d'autant plus crédible et inévitable, que l'avenir des projets interventionnistes semblera bloqué, irrécupérable et futile. C'est en ce sens que l'on peut interpréter le retour en force d'un débat sur la propriété privée qui déborde désormais les frontières intellectuelles américaines comme un révélateur de l'amplitude du désarroi actuel au sein de l'Occident chrétien, en particulier. Nous aurions d'ailleurs une première indication de ceci dans le fait que nous convenons désormais d'appeler «libérale», une approche ou une démarche qui, il y a un quart de siècle était étiquetée «conservatrice extrémiste» et que l'on plaçait alors d'emblée au sein des réseaux de l'extrême-droite. Grâce à un habile travail politique et au raffinement de leurs outils intellectuels, les extrémistes d'hier ont conquis le pouvoir à partir des campus universitaires, pour arriver à consolider leur

¹⁶² R. D. Bureau et Pierre Mackay, éditeurs, op. cit., 1987.

emprise sur la Maison Blanche. Ce faisant, ils ont gagné également une indéniable crédibilité idéologique puisqu'ils ont su et pu faire accepter comme raisonnables, rationnelles et sociales, des idées et des thèses considérées naguère comme excessives, dangereuses et punitives. Comble de paradoxe, certains leur accordent parfois le qualificatif «néo-libéral», celui-là même qui, il y a un demi-siècle, servait à désigner les libéraux qui penchaient au contraire en faveur de l'étatisme et des interventions publiques dans la vie sociale.

En attendant, l'idée de base des libéraux extrémistes selon laquelle l'individu serait animé par le plus pur solipsisme est vraisemblablement la plus contestable et celle dont la critique s'avère encore et toujours la plus pressante. Sans même faire appel aux travaux de Marx, ou de Kropotkine, des auteurs passablement déconsidérés par les temps qui courent, je voudrais citer, en terminant, les analyses critiques de Carole Pateman et de Nicholas Rescher.

Dans un ouvrage intitulé *The Problem of Political Obligation. A Critique of Liberal Theory*, Carole Pateman défend la thèse selon laquelle l'enjeu de l'obligation politique demeure sans solution dans une société libérale, puisque l'on présuppose que tous et toutes y sont d'emblée soumis, de sorte que seules la théorie et la pratique d'une démocratie à la fois «participative» et auto-gérée pourraient confronter et résoudre le problème très concret de la réalisation des idéaux de justice et d'égalité. Quant à Nicholas Rescher, le titre de son ouvrage, *Unselfishness*, reflète une thèse à portée plus philosophique, voire éthique, où la prise en compte des effets de substitution ou vicaires conduit à repenser les fondements du libéralisme classique. En d'autres termes, l'auteur soutient que le désintéressement compte pour une part essentielle dans la philosophie morale et que l'ignorer conduit à des déformations théoriques graves; or, si l'on accorde au désintéressement toute l'importance qui lui revient de fait, ce sont les fondements d'une «théorie des sentiments moraux» héritée d'Adam Smith qui s'en trouvent ébranlés. Tous deux critiquent ainsi la doctrine libérale classique sur son terrain propre qui est celui de la défense dogmatique de l'individualisme, de la dissipation et

de l'indifférence, en lui opposant l'alternative démocratique dans un cas, le poids des empathies interindividuelles et sociales dans l'autre.

Mais il y a une autre conclusion à tirer des développements précédents, et c'est ce qui me conduit à revenir sur la relation entre l'individu et l'organisation pour relever que la théorie libérale contemporaine semble avoir fait de l'idée de brouiller la distinction entre les deux concepts la finalité première de ses analyses. Et c'est précisément parce que la corporation moderne est envisagée tour à tour et indifféremment comme une addition de sociétaires, de managers, d'actionnaires, d'épargnants, d'employés ou de consommateurs, que l'enjeu du pouvoir est complètement escamoté au profit d'une compilation abstraite des gains et des pertes, tant au niveau interne à l'entreprise, qu'au niveau externe, c'est-à-dire dans ses effets sur la société. Comme John P. Davis l'a si bien démontré, c'est la reconnaissance de la personnalité morale par le droit civil qui a permis cette extraordinaire extension du régime juridique de la corporation moderne, une extension qui reposait en définitive sur un plus grand élargissement de la liberté civile. Dans ces conditions, est-ce que ce rappel ne nous permettrait pas de saisir une des caractéristiques profondes de l'ordre économique actuel, en ce sens que, puisque nous assisterions à une expansion renouvelée des firmes et des monopoles, cet agrandissement de pouvoir de personnes morales entraînerait, avec lui, une intensification de l'apologie du sujet de droit et de ses libertés individuelles? Entre les deux, c'est-à-dire entre le pouvoir des monopoles et l'exercice des prérogatives individuelles, c'est le démocratisme, avec tout ce qu'il peut et pourrait impliquer en terme d'engagements inter-individuels, sociaux et politiques, qui est mis de côté.

CHAPITRE VIII

L'ATTRAIT DU VIDE: REMARQUES SUR L'INDIVIDUALISME ACTUEL

En première analyse, et au niveau le plus superficiel, l'observation la plus déconcertante que l'on pourrait commettre à propos de la crise économique des années quatre-vingt concerne l'apathie des populations. Et c'est bien à dessein que ce terme en vogue à l'aube du siècle auprès d'un Paul Vidal de la Blache et de l'école française de géographie humaine est utilisé ici de préférence aux notions de peuple, de classes, voire de masse, dont les connotations sémantiques sont encore alourdis par des renvois plus ou moins transparents à des sociologies de l'émancipation sociale dont les démarches apparemment subversives servent davantage à accroître la distance qui sépare la théorisation de la praxéologie, qu'à transcrire ou à relever les tourments d'un «réel sans issue» (Paul Éluard). Ni le peuple, ni la classe dominée non plus que la masse ne semblent vouloir répondre à la sollicitation des théories dissidentes et des mots d'ordre militants. Les exhortations par le haut de l'intellectuel révolutionnaire n'ont pas plus d'emprise sur l'environnement social que les sacrifices humains des terroristes, sinon dans la mesure où ils justifient l'accroissement des contrôles policiers.

Faut-il voir dans l'installation de cette impassibilité sociale la conséquence des échecs des projets libérateurs, la remontée du communautarisme civil avec son mépris de la politique, ou bien encore un pur et simple endormissement des exaspérations? Ce stoïcisme est-il un signe de maturité politique et philosophique, ou n'est-il qu'une manifestation

d'insensibilité? Cette passivité reflète-t-elle une plus grande tolérance ou s'appuie-t-elle sur la paralysie, la désillusion, ou l'«engourdissement» comme le diagnostiquait Marcuse? Faut-il chercher à vérifier l'application d'une loi de la baisse tendancielle du sens de l'indignation dans la société contemporaine ou faut-il, au contraire, repérer et valoriser l'élargissement de nos susceptibilités collectives qui annexent désormais au sort des déshérités, celui des femmes battues, des enfants maltraités et des espèces animales ou végétales en voie de disparition? Parce que les théories libératrices d'hier promettaient de faire chanter des lendemains en appuyant leurs stratégies sur la promotion d'un groupe, d'une classe, d'une caste ou d'une race, l'accroissement et le fractionnement des enjeux à l'heure actuelle défieraient les théorisations les plus téméraires, tout en rendant caducs les cadres d'analyse classiques. Alors ce qui, à première vue, apparaissait comme le reflet d'une léthargie sociale révèle au fond les mésévaluations des doctrines émancipatrices elles-mêmes qui n'avaient pu prévoir ni l'éclatement des foyers d'intervention ni, surtout, la montée des éthiques parcellaires.

La mise à mort des grandes utopies sera jouée une première fois vers la fin des années soixante à l'instigation des mouvements étudiants dont les revendications libertaires sauront dévoiler le dépassement et l'irréalisme des théories de l'émancipation socio-politique, et du marxisme officiel surtout. D'ailleurs, ce sont autant les approches libérales que socialistes qui ont été incapables de rendre compte de cette crise dans la mesure où la rigidité de leurs prédicats les empêchait d'accorder au déploiement de ces manifestations autre chose qu'une inattention condescendante ou qu'un agacement à peine voilé. Et même la convergence entre un Herbert Marcuse, avec ses espoirs déçus face au conformisme de la classe ouvrière américaine, dans son rôle de maître-à-penser de la contestation et le mouvement étudiant lui-même, n'a conduit en définitive qu'à accroître l'éloignement entre l'approche marxiste et l'univers des jeunes. Le pessimisme politique d'une raison hégélienne revue et corrigée par la montée du nazisme avait buté l'espace d'un instant sur la séduisante perspective de l'utopie réalisée. Mais la théorie critique portait en elle, depuis

la mise en place de ses premiers linéaments, trop de défiance à l'endroit des mouvements des jeunes pour pouvoir rajuster ses cadres d'analyse et ses canons devant le débordement des «projections libérantes» (Paul-Émile Borduas) d'une jeunesse contestataire.

La «Préface à l'édition française» de *L'Homme unidimensionnel* cerne les grandes transformations intervenues dans le système mondial. L'arrière plan du texte est dominé par deux éléments: d'abord l'accroissement de l'intégration des classes dans la société américaine, ensuite, la guerre au Vietnam. La notion d'extériorité est nécessaire pour saisir un double mouvement: l'opposition de la jeunesse qui ouvre la possibilité de la rébellion au centre d'une part, la destruction du capitalisme menée par les «damnés de la terre» (Franz Fanon) à la périphérie d'autre part. Mais, et c'est cela qui est essentiel pour mon propos, ces mouvements des jeunes et des dominés ne sont pas en mesure de se libérer «tout seuls» parce qu'il leur manque la «puissance matérielle» que Marcuse définit d'abord parce qu'elle n'est pas avant de préciser ce qu'elle est:

[...]celle-ci n'appartient pas à la classe ouvrière qui, dans la société d'abondance, est liée au système des besoins, mais non à sa négociation. Ses héritiers historiques seraient plutôt ces couches qui, d'une manière croissante, occupent des positions de contrôle dans le processus social de production et qui peuvent l'arrêter le plus facilement, à savoir les savants, les techniciens, les spécialistes, les ingénieurs, etc. Mais ce ne sont que des héritiers très potentiels et très théoriques, car ils sont en même temps les bénéficiaires bien rémunérés et satisfaits du système; la modification de leur mentalité constituerait un miracle de discernement et de lucidité¹⁶³.

Les mouvements de rébellion seraient ainsi contraints au repli devant la force matérielle des sciences et des techniques, tandis que la libération elle-même serait liée à l'éveil des «héritiers historiques» de cette puissance matérielle. La centralité de la notion marxienne de «forces productives» enferme la réflexion critique en plaçant l'adolescent à la

¹⁶³ Marcuse, Herbert, *L'Homme unidimensionnel*, 1968, Éditions de Minuit, p. 10.

remorque des sciences et des techniques alors que c'est précisément le progrès scientifique qui institue ce moratoire entre l'enfant et l'adulte au cours duquel on assiste au déploiement des aliénations et des exclusions nouvelles. Le progrès scientifique, les nécessités de la formation et la réingénierie combinés ont contribué à allonger indûment un âge intermédiaire qui chemine désormais depuis la jeunesse à travers l'adolescence et le statut de jeune adulte jusqu'au seuil de la trentaine. Deux paradoxes méritent d'être relevés à ce sujet: le premier concerne bien sûr la «libération» du travail en tant que telle, c'est-à-dire le phénomène d'accroissement de productivité qui rend caduque toute volonté politique de maintien du plein-emploi; le second, sur un autre registre, concerne plutôt les progrès de la médecine, de la biologie ou de la diététique qui permettent dorénavant d'entretenir les corps humains de manière à retarder les effets biologiques du vieillissement. L'un dans l'autre maintenant, ces paradoxes s'additionnent pour mettre en place cette fonction phagocytaire des allures juvéniles dans les comportements et les mentalités des adultes eux-mêmes qui se trouvent alors à déposséder les jeunes de toute une panoplie de référents. Cette dépossession atteint son point ultime dans la constitution du phénomène de la jeunesse en objet de science à l'intérieur d'une sociologie de la jeunesse, par exemple, où l'on cherchera à repérer les dimensions endogènes des formes actuelles de l'aliénation pré-adulte en négligeant d'envisager le problème sous l'angle d'une évolution systémique particulière où cet âge est mis en attente avant que de pouvoir accéder au monde adulte. L'étirement de la jeunesse apparaît alors comme un processus sociologique d'autant plus contradictoire qu'on assiste dans le même temps à l'abaissement de l'âge auquel on accède à la majorité politique et légale. Fixée il n'y a pas si longtemps encore à vingt-et-un ans, la majorité politique et civile a été déplacée à dix-huit ans tandis que, sur le plan pénal, la responsabilité criminelle a été poussée à quatorze ans dans certains pays comme le Canada. Impuissants devant la redéfinition des projets politiques, marginalisés économiquement, les jeunes sont alors envisagés soit comme des isolats culturels sur le plan sociologique, soit comme des criminels en puissance sur le plan pénal.

Dans un autre ordre d'idées, durant la décennie suivante, quand les revendications des femmes ressurgiront après l'apaisement des mouvements étudiants, nous assisterons une nouvelle fois à l'irruption des projections subversives contre les formes prévalentes de la domination. Beaucoup plus nombreuses et plus radicales que les fois précédentes, ces interventions féministes venaient derechef buter contre les schèmes de la théorie critique. C'est ainsi, par exemple, que selon le «principe espérance» d'Ernst Bloch ni les femmes ni les jeunes peuvent prétendre occuper une place centrale dans le processus d'émancipation révolutionnaire parce que ces mouvements viseraient essentiellement à opérer une «sécession» d'avec les autres forces sociales.

Cependant, cette double intervention sur la scène sociale, même si elle n'appartient pas au même noyau des contradictions du système social puisque la révolte de la jeunesse s'explique par une exclusion qui ne remonte pas au-delà des années cinquante, tandis que l'oppression sexuelle remonte beaucoup plus loin dans le temps, cette double intervention caractérise au mieux l'état des contradictions présentes où, au lieu de voir émerger de grands bouleversements révolutionnaires allumés par les flambeaux des concepts centraux de la théorie critique, ce sont tout simplement des groupes de femmes et de jeunes, entre autres, qui ont surgi des mailles de l'exploitation capitaliste, non pas parce que les ouvriers et leurs intellectuels se seraient engourdis, mais peut-être parce que les projets libérateurs qui les avaient pris à partie n'avaient plus leur raison d'être.

Ces quelques réflexions suggérées par la lecture de deux auteurs qui ont en commun d'appartenir à un courant critique permettent de faire ressortir à quel point l'emprise d'un certain dogmatisme ouvriériste dans le marxisme, en particulier, a conduit à une mésévaluation des capacités contestataires de certains groupes exclus ou marginalisés par suite du développement actuel du capitalisme.

Pourtant, quand on se tourne du côté de la théorie libérale, la prise en compte de ces phénomènes s'est avérée tout

aussi lacunaire. Pour illustrer ce fait, on peut juxtaposer les démarches de John Rawls et de Robert Nozick qui occupent une place prépondérante dans les débats autour de la théorie libérale à l'heure actuelle aux Etats-Unis. D'un côté John Rawls propose d'édifier sa théorie de la justice sur la compatibilité de l'exercice des libertés de base de la part des sujets, tandis que, de l'autre, Robert Nozick conteste que tout sacrifice individuel puisse accroître le bien-être total. Si le premier appartient au courant contractualiste, tout en reconnaissant le bien fondé de l'intervention publique, le second se rattache aux penseurs libertaires. Or, malgré des différences axiologiques importantes, ces deux approches ont en commun un parti pris principal fondamental, à savoir que ni la différenciation sexuelle, ni la démarcation générationnelle pourraient prétendre lézarder une construction théorique reposant sur le socle d'une individualité universelle et universalisante. Qu'il s'agisse de la notion de personne chez Rawls ou chez Nozick, la neutralité du concept emporte celle de démarches tout entières rivées à la défense d'une moralité prémunie contre les contaminations sociologiques. La question surgit alors de savoir quel poids accorder au rôle et au statut, au sexe ou à la couleur de peau dans la revendication de l'individu. En d'autres mots, la question est de savoir s'il est légitime de maintenir une telle distance entre la compétence juridique du sujet et la promotion politique des groupes, des races ou des genres.

Otto Kirchheimer, un des penseurs les moins connus de l'École de Francfort, avait déjà relevé que les dimensions civile et politique de la justice étaient inextricables au point où il pouvait s'avérer illusoire de les séparer, de sorte qu'il fallait plutôt tendre à en accroître la visibilité. Qu'il s'agisse du mécanisme constitutionnel de nomination des juges, des législations pénales ou civiles concernant la subversion, le libelle ou la responsabilité, de l'établissement de la preuve ou du choix des procureurs par le ministère public, les institutions juridiques et judiciaires sont politisées à des degrés divers, une politisation qui repose, en dernière analyse, sur les normes et les valeurs qui les soutiennent. Or, l'ordre du droit et la sanction de la règle de droit quant à eux reposeraient au contraire sur un cadre théorique faisant appel à une raison juridique détachée du

mieux que possible des contingences politiques; il y a donc une contradiction nette entre les deux, c'est-à-dire entre le fonctionnement des institutions et le cadre théorique sur lequel ce fonctionnement s'appuie pour assurer sa légitimité. Dans cette perspective, ce que l'on appelle aujourd'hui le pluralisme juridique apparaît comme la seule voie qui puisse permettre de lier le cadre juridique d'ensemble à la pratique des acteurs, une approche qui contredit de manière radicale celle qui avait été soutenue par Hans Kelsen qui appelait de ses vœux la constitution d'une véritable «science juridique» résolument séparée à la fois de la politique et des méfaits d'une sociologie du droit plus portée à relever les jeux de coulisses et les faits d'inégalité qu'à relever le défi de la définition d'une «théorie pure du droit». Est-ce donc bien par hasard si la démarche «séparatiste» de Kelsen, pour reprendre l'épithète que lui avait adressée Niklas Luhmann, elle-même directement inspirée de Kant, se retrouve aujourd'hui reprise par un défenseur du libéralisme de la stature de John Rawls? L'enjeu étant encore et toujours ici de prétendre ébaucher une théorie libérale du droit qui puisse réclamer le statut de théorie «pure», c'est-à-dire épurée de la politique et de l'idéologie.

Dans ce monumental ouvrage qu'est *A Theory of justice*, Rawls apporte une solution originale au problème de la réconciliation des normes et des valeurs dans le droit. L'on doit à la vérité de dire cependant que l'originalité de sa démarche tient moins à la nouveauté de la démonstration qu'à la fertilité de l'idée de transposer une axiomatique économique dans le domaine de l'éthique et du droit. En effet, et malgré que l'auteur tende à accorder une place minimale à l'économie politique, la «société bien ordonnée» de Rawls apparaît bel et bien comme un système social régi par le marché libre où la production des marchandises en espèce et en quantité est une fonction des préférences des ménages¹⁶⁴. Il résulte de ceci, en particulier, qu'il n'y a pas de lien nécessaire entre le marché et la propriété privée des moyens de production¹⁶⁵ d'une part, que ce système d'allocation est compatible avec une répartition

¹⁶⁴ Rawls, John, *A Theory of Justice*, op. cit., p. 270.

¹⁶⁵ Idem, p. 271.

égalitaire des libertés et la juste attribution des opportunités¹⁶⁶ d'autre part. Ainsi que l'a relevé Carole Pateman, la démocratie sociale de Rawls bute contre les portes des usines et des bureaux. Ce faisant, non seulement l'auteur établit-il une coupure radicale entre les sphères publique et privée de la vie sociale, mais il supprime surtout ce lieu particulièrement dense de la socialité où le public et le privé sont ensemble confondus dans l'exercice des droits «réels», au premier rang desquels il convient de placer le droit de propriété.

C'est pourquoi j'ai évoqué l'idée d'éthique lacunaire quand j'ai introduit cette démarche, essentiellement parce que la prétention à l'universalité d'une théorie libérale de la justice ne peut être atteinte qu'à la double condition de supprimer un ensemble aussi important de relations sociales que celui que représente le réseau des rapports de production, c'est-à-dire l'ensemble des relations que les individus nouent à l'occasion de leur travail d'une part, de confondre la sphère politique avec le domaine public, c'est-à-dire de dénier au pouvoir politique en tant que tel à la fois son autonomie propre et sa dépendance vis-à-vis de certains groupes d'intérêts, d'autre part. La réduction à l'unité de la réflexion éthique induit ainsi une dissolution des rapports de pouvoir dans la société au profit d'une addition des opportunités d'une poussière d'individus formellement égaux et parfaitement interchangeable. À cette condition, et avec ces réserves, une théorie de la justice peut confondre universalité et libéralisme ou, mieux encore, elle peut prétendre subsumer l'un dans l'autre.

Cette prétention n'est pas neuve pourtant, puisqu'elle ne fait que reprendre le filon de réflexions commises en économie sous l'égide de l'École de Vienne entre les deux guerres. En effet, l'homologie entre les thèses d'un Ludwig von Mises ou d'un Friedrich Hayek avec celles de John Rawls ne laisse pas d'être révélatrice; et si les deux premiers n'ont droit à aucun renvoi dans *A Theory of Justice*, il n'en reste pas moins que Hayek, lui, a su reconnaître la convergence des idées de Rawls avec les siennes propres. Ainsi, Ludwig von Mises écrivait en 1949 que «la propriété privée des moyens de production (était)

¹⁶⁶ Id. p. 272.

l'institution fondamentale de l'économie de marché (...) Là où cette institution fait défaut, on ne peut parler d'une économie de marché»¹⁶⁷. Est-ce à dire qu'en dissociant le droit de propriété et l'ordre du marché Rawls fait preuve de pluralisme là où von Mises d'abord, F. Hayek par la suite, faisaient preuve au contraire d'inflexibilité praxéologique, surtout devant les montées de l'intervention de la part des États contemporains? Ou bien ne faudrait-il pas conclure, à l'inverse, que cette séparation établit une fausse équivalence entre les droits au profit d'une dépolitisation à peu près complète des relations sociales en général et des rapports de pouvoir en particulier?

À la vérité, la jonction entre la propriété et le marché ne suffit pas, en elle-même, à rapprocher l'analyse des relations sociales réelles si, comme le fait von Mises, le droit de propriété est assimilé à un mandat accordé par les consommateurs aux producteurs de leur fournir des marchandises en quantité suffisante à des prix satisfaisants. Alors, la démarcation suggérée par Rawls porte au moins l'avantage d'universaliser le statut juridique des individus mais, ce faisant, elle accroît l'impuissance politique des groupes. Tout se passe en effet comme si, une fois le système de production mis de côté, c'est-à-dire placé en dehors du cadre de sa réflexion, on laissait libre cours au surgissement d'individualités isolées, fragmentées et parcellaires bref, incapables de procéder à quelque rassemblement que ce soit de leurs opportunités ou de leurs vexations. Restent seuls en présence, incessamment confrontés dans une lutte épique et sisyphienne, l'individu et l'Etat; entre les deux, subsiste le vide théorique et praxéologique.

En attendant, dans l'interstice creusé entre deux temps fort de la théorie, celui qui périt sous le coup des praxéologies éclatées et celui dont on attend qu'il rassemble des paramètres épars dans une synthèse originale, nous assistons à un flottement paradigmatique caractérisé par l'émiettement des éthiques justement. La question surgit alors de savoir si ce n'est pas précisément une des caractéristiques essentielle de la crise

¹⁶⁷ Von Mises, Ludwig, *Human Action*, Contemporary Books, 1966, p. 682.

actuelle que de justifier la légitimité d'un repli sur la théorie libérale et, par voie de conséquence, sur l'idéologie libérale, ses projets, ses programmes et ses propositions? Si nous pouvions répondre par l'affirmative à cette question, la théorie libérale apparaîtrait alors comme un cadre d'analyse auquel on a recours par défaut, c'est-à-dire dans le vide créé par l'affaissement des paradigmes keynésiens, post-keynésiens voire providentialistes ou socialistes d'une part, l'émergence des nouvelles éthiques sociales d'autre part.

L'exploration de ce problème pourrait nous permettre de préciser les sens et portée de la crise actuelle, tout en nous autorisant à considérer que des manifestations sociales aussi contradictoires que celles qui étaient évoquées tout à l'heure puissent co-exister sans s'annuler. En ce sens, l'approche retenue devrait nous éviter de moraliser les comportements sociaux actuels pour considérer plutôt l'accumulation des interventions ponctuelles en faveur de groupes ou des individus rassemblés autour d'une ou de plusieurs discriminations précises et identifiées comme une expression des indignations propres à l'état actuel d'effritement et de compartimentalisation dans les sciences humaines, sociales et biologiques elles-mêmes, et non pas comme un révélateur du degré de progression des aliénations ou des incohérences sociales. Avancer cela, c'est simplement faire droit à la suprématie des sciences et des scientifiques dans notre mode de représentation d'être au monde et dans le monde. En ce sens, les grandeurs et les lacunes dans les modalités des implications sociales passent par les grilles d'analyse prévalentes, avec le résultat que non seulement les sciences et les techniques dictent-elles les termes du débat, mais avec le résultat surtout que les sciences et les techniques sont elles-mêmes le point de départ le point d'arrivée de tous les débats. Les débats de la science sont, en même temps, des débats sur la science, et c'est vraisemblablement le meilleur indicateur de nos aliénations actuelles que cet ascendant de la science sur l'éthique et, en conséquence, que ce fractionnement des sciences sur le morcellement des éthiques.

Nous serions alors en passe de glisser des projets globaux aux projets partiels d'émancipation, glissement qui reflète à la

fois le dépassement des anciens paradigmes et la vanité d'une recomposition théorique totalisante dans l'état actuel de nos impuissances. Cependant, au niveau sociétal maintenant, ce passage des théories émancipatoires de naguère à l'emprise de la théorie libérale aujourd'hui révèle l'adaptabilité du cadre démocratique prévalent, puisque tout se passe en effet comme si les revendications les plus éclatées pouvaient trouver niche dans le cadre socio-politique actuel à la seule condition que l'on évite le piège du rassemblement des antinomies sociales. Alors, paradoxalement, au moment même où l'on assiste à une homogénéisation sans précédent des normes et des cultures à l'échelle des pays développés en tout cas, nous assisterions également à l'effritement des grandes revendications rassembleuses d'hier. Dans de telles circonstances, et devant la précarité des solutions globales, l'esprit critique devient le point d'appui privilégié des individus, des groupes ou des institutions dont la dissidence même sert à mousser ces nouvelles indignations qui imposent des rajustements dans la gestion globale. À leur tour, ces revendications accroissent le réseau des implications publiques, avec le résultat que l'extension des domaines d'intervention contribue à étendre la légitimité de l'ensemble du système social.

Mais puisque, au départ comme à l'arrivée, c'est toujours de régime capitaliste de production qu'il s'agit, et puisque, parmi les théories et les idéologies existantes, c'est encore la théorie libérale qui s'est avérée la moins endommagée par les rajustements en cours, il en résulte que le libéralisme occupe à lui seul, ou tant s'en faut, le champ de la validation et de la légitimation de l'évolution présente. Ceci dit, je voudrais chercher à explorer plus avant cette idée selon laquelle l'emprise des sciences et des techniques sur la société conduirait au fractionnement de l'éthique, c'est-à-dire à la multiplication des enjeux moraux et, par voie de conséquence, à l'émiettement des indignations; ensuite, je me pencherai plus particulièrement sur la fonction idéologique assumée par le libéralisme actuel dans sa tentative de dépassement des antinomies sociales.

L'emprise des sciences et des techniques

La distinction que des Américains avaient établie entre «grande science» et «petite science», où la première couvre l'ensemble des activités de recherche financées par les institutions, la seconde, l'activité isolée du chercheur solitaire, distinction qui recouvrait une démarcation entre domaines nobles et domaines mineurs d'investigation, n'a plus sa place dans un contexte caractérisé par l'institutionnalisation des savoirs, des pratiques et des praticiens de la science. Depuis la fondation de recherche, en passant par les centres, universités, instituts de même que les pompes-à-idées («*think tanks*», en américain) toute la pratique scientifique est engagée sous l'égide des autorités constituées. Même le fait que des travaux dissidents puissent être poursuivis dans certaines aires, dans certains domaines ou dans le confort de certaines théories contribue au mieux à légitimer la tolérance et la souplesse du système dans son ensemble, au pire à allonger son emprise sur les foyers éventuels de discorde doctrinale ou programmatique.

Il est désormais acquis que les Etats étendent leurs contrôles sur la recherche par le biais du financement et de l'élaboration de la politique scientifique nationale; ce qui l'est moins par contre, c'est le fait que les principaux groupes de pression dans l'État s'associent en amont avec des centres de recherches ou des pompes-à-idées qui mettent au point l'applicabilité de leurs programmes et leurs scénarios d'interventions. Ainsi, les associations patronales, qu'elles soient nationales ou sectorielles, les partis politiques, quelle que soit leur allégeance, les syndicats et les «corps intermédiaires» ou bien possèdent leur propre centre de recherche, ou bien s'allient à des équipes de chercheurs et de scientifiques, quand ils n'ont pas recours aux deux réseaux à la fois. Depuis la campagne de publicité axée autour de la mise en marché d'un nouveau produit, jusqu'à la définition des grands axes des programmes politiques, en passant par l'accroissement de la crédibilité des associations patronales, des associations de consommateurs ou de défense des droits, les enjeux qui agitent notre époque sont rivés aux humeurs d'une opinion publique que l'on sonde à satiété afin de mieux s'en réclamer.

Cette préoccupation révèle à la fois le constant souci de légitimation qui préoccupe les agences concernées, tout en servant à détourner les projectiles d'éventuelles contestations. Quoi qu'il en soit, ce recours à la technique du sondage en l'occurrence n'est qu'un aspect secondaire d'un enjeu beaucoup plus fondamental qui est la recherche de la scientificité en tant que telle, c'est-à-dire la poursuite d'une exigence de rationalisation de l'action sociale institutionnelle. Le ministère du Travail s'appuie sur les recherches et les travaux des départements de Relations industrielles, le ministère de l'Économie sur ceux des départements d'Économie, le ministère de l'Environnement sur les départements des Sciences biologiques, le ministère de la Justice sur les départements de Criminologie, les bureaux nationaux de statistiques sur les départements de Sociologie, et ainsi de suite; à quoi il faudrait ajouter les études menées à l'intérieur des ministères, le recours aux centres de recherches, les interventions des fondations privées de recherches, celles des organismes internationaux comme l'OCDE, le FMI et la Banque mondiale.

L'enchevêtrement des pouvoirs et des savoirs atteint alors une symbiose telle que l'utilitarisme et l'applicabilité deviennent les seuls et uniques critères de la scientificité. Nous ne sommes plus désormais en présence de deux pouvoirs, l'État et ses agences d'un côté, la science de l'autre, mais bien confrontés à l'intrusion des normes de faisabilité et de neutralité au coeur même de l'épistémologie scientifique elle-même. Cette ingérence se vérifie, au niveau le plus banal, dans la substitution des termes ou notions trop chargées sémantiquement par d'autres plus inexpressifs, comme cela se produit quand on remplace dans des études, plus tard dans des lois ou dans des codes, les mots «chômeur» par «demandeur d'emploi», et «viol» par «victime d'agression sexuelle», ou quand la présence des syndicats dans une négociation salariale devient une «rigidité» et la pollution industrielle, une «externalité». Neutralité devient alors synonyme d'impassivité et le discours scientifique est aussi lénifiant qu'une déclaration ministérielle; les sciences ont beau être classées et reclassées en sciences lourdes et légères, sèches et humides, elles tendent uniformément vers l'application.

Cette exigence de formalisation des interventions institutionnelles dans la société civile s'est universalisée au point de frapper d'impertinence toute expression ou toute manifestation de spontanéisme social ou individuel qui se déploie en marge des discours scientifiques avec le résultat que, faute d'être scientifiquement encadrée, la revendication même la plus légitime, même la plus juste est d'emblée déclarée hors d'ordre. Elle est placée en dehors des discours prévalents et demeure sans emprise sur eux. Néanmoins, en rassemblant ainsi autour de ses nouveaux canons, la cohorte des êtres abstraits qui habite ses conceptualisations, la science marginalise par le fait même l'individu réel et la réalité de sa société; on pourrait alors définir comme les nouveaux opprimés les exclus des sciences, qu'il s'agisse des exclusions produites par la science elle-même ou de celles dont elle ne peut tout simplement pas rendre compte.

Il serait particulièrement révélateur de prendre en considération à cet égard le sort des jeunes, non pas parce que les sciences s'en sont détourné, loin de là, mais bien parce que le discours fondamentalement adulte des sciences ne peut pas dissoudre ou digérer les réquisitoires de la jeunesse. Les prononcés ou les énoncés publics, tout scientifiques et lénifiants qu'ils soient, ne pourraient alors ni rendre compte des tourments sociaux réels ni non plus s'y substituer. L'accroissement de l'emprise des sciences sur la société s'accompagnerait alors d'un déploiement de l'irrationalité dans la société, avec le résultat concret suivant: au fur et à mesure que croît la formalisation des relations sociales, les coûts du maintien de l'ordre social progressent. À l'alliance du sabre et du goupillon succède celle de l'ordre et de l'ordinateur.

Les sciences moulent, modèlent, forment et confortent la société; mais cette domination ne sert au fond qu'à polir et policer les pouvoirs. Il suffit d'égratigner ces surfaces pour que surgissent à pleine vue les sujétions et les oppressions, les exploitations et les extorsions, tous ces mots bannis du vocabulaire scientifique actuel et, par derrière les mots, les phénomènes de domination et subordination qui persistent, s'étendent et s'intensifient dans la société.

Cependant, les sciences n'ignorent pas l'envers des choses, qu'il s'agisse de l'envers de la croissance économique ou de l'«envers du crime» (Micheline Baril), puisque certaines spécialisations en font l'objet de leurs développements. C'est ainsi qu'ont surgi de nouveaux domaines du savoir ou de nouvelles spécialisations comme le travail social et la victimologie. Et, effectivement, en attendant leur propre institutionnalisation, ces interventions théoriques et praxéologiques constituent d'importants foyers de dissidence qui révèlent les limites des stratégies économiques et sociétales prévalentes. Néanmoins, la nouveauté de ces enjeux contribuent moins à l'approfondissement de la théorie elle-même qu'à l'émergence de nouvelles pratiques de solidarité sociales qui naissent dans la foulée des discriminations existantes. C'est ainsi, par exemple, que la prise en compte du sort des victimes d'actes criminels dans la société a été menée à l'instigation des groupes féministes qui s'étaient dédiés en particulier à la défense des victimes de viol. Cette jonction a ensuite permis de lever le voile sur une discrimination systémique particulière qui s'acharnait contre la victime, depuis le dépôt de la plainte et la mise en preuve de l'accusation, tout au long de l'enquête policière, en passant par l'audition des parties, jusqu'au prononcé du jugement, où l'on s'attardait davantage sur le comportement de la plaignante plutôt que sur celui de l'inculpé. À la suite de ces révélations, plusieurs modifications et amendements ont été apportés aux règlements et aux législations afin d'accroître la protection des victimes d'actes criminels jusqu'à l'adoption récente de mesures de compensation financière. Or, si ces rajustements s'avèrent bénéfiques, il n'empêche que, parallèlement, les taux de victimisation continuent de croître, et c'est là, très précisément, que la science victimologique rencontre le même genre d'obstacle épistémologique qu'ont déjà affronté les autres sciences comme l'économie, la sociologie ou la criminologie. Et si le croisement des approches, dans une sociologie juridique, par exemple, permet un temps d'attiser de nouveaux espoirs théoriques et programmatiques, il s'avère très tôt que les paramètres utilisés sont ou bien trop apologétiques, ou bien trop

utopiques pour donner lieu à des opérationnalisations pratiques et efficaces.

Le libéralisme de fin de siècle

Je reviens donc au libéralisme ici puisque, dans la foulée de l'argument soutenu, c'est essentiellement la théorie libérale qui s'emploie à l'heure actuelle à combler le vide entre la science et l'éthique en se proposant de dégager l'individu des aliénations qui s'abattent sur lui. À cet égard, le libéralisme actuel n'est ni une philosophie ni une science, mais bel et bien une idéologie qui emprunte aux sciences quelques formalisations afin d'accroître la légitimité du scientisme régnant. La démarche libérale actuelle cherche ainsi à échafauder l'individu rationnel intégral, un *homo economicus universalis* qui serait en mesure d'accroître son détachement face aux tourments et aux contraintes sociales de son temps au point d'être exclusivement rivé à l'évaluation à la fois abstraite et pratique de ses opportunités, de ses utilités et désutilités marginales, de ses attributs. Cet individu, ni homme ni femme ni enfant, cet être abstrait, devrait ensuite se saisir lui-même au-delà des solidarités et des contraintes sociales.

C'est ainsi que, à un premier niveau d'analyse, le libéralisme de cette fin de siècle se présente moins comme une extension et un approfondissement du libéralisme classique, sinon comme deux démarches séparées, voire déconnectées. D'un côté, nous avons le libéralisme économique avec ses préceptes simplistes comme le «laisser-faire, laisser-passer» ou le libre-échange, de l'autre, la philosophie libérale individualiste. La première variante, celle qui appartient en propre à l'économie politique, a été mise en application une première fois au niveau national dans le domaine des politiques de production et de gestion des sociétés. Cette démarche a pu gagner un ascendant tel que nous la voyons reprise aujourd'hui par les organismes internationaux les plus puissants. D'un autre côté, le libéralisme philosophique a peu à voir avec la gestion des agrégats économiques, il s'acharne plutôt à faire surgir l'homme rationnel. La complémentarité entre les deux approches est manifeste, mais c'est la séparation qui

m'intéresse ici. En effet, il n'est pas acquis, au niveau intuitif pour le moment, que la gestion de la masse monétaire, des taux d'intérêts ou des pratiques d'investissement doive s'appuyer sur l'universalisation du comportement de l'*homo liberalis*.

Depuis les ententes intervenues entre les chefs d'État dans le cadre d'un G-7, par exemple, et les admonestations de la Banque mondiale d'une part, le comportement des agents économiques d'autre part, il subsiste une distance d'autant plus incommensurable que la gestion de l'économie mondiale est éloignée des pratiques quotidiennes de vie et de survie des populations touchées. Or, c'est précisément sur ce plan concret, immédiat, basal ou insignifiant, comme on voudra, qu'entre en jeu l'autre libéralisme, cette doctrine analgésique qui conforte l'individu dans cette illusion que la sauvegarde des institutions nationales, et celle de la stabilité mondiale par conséquent, passe par sa docilité devant la revendication égotiste.

Ce libéralisme, qu'on affuble parfois du préfixe «néo», représente sans doute l'entreprise la plus prétentieuse de conformation d'un individu abstrait à un modèle abstrait, une entreprise qui n'a de parallèle que celle que poursuivaient les missionnaires quand ils s'étaient adonnés à la conversion des «sauvages» dans le but de les mener à souscrire aux valeurs chrétiennes. En vertu de cet idéal nouveau genre, l'homme devrait pouvoir envisager la femme comme une utilité ou une désutilité marginale, compte tenu du niveau de l'offre des putains et des cuisinières sur le marché, et vice-versa, la femme pourra évaluer le coût d'un homme sur le marché à l'aune de critères semblables, puisque la doctrine est soi-disant neutre à ce chapitre, tout comme le criminel aura balancé en toute sérénité les avantages et les désavantages personnels de son acte répréhensible au regard des rigidités sociales prévalentes.

Aux exigences de la croissance de l'économie mondiale à un bout de la chaîne correspond l'exigence singulière de l'individu à l'autre bout. Depuis la guerre économique avec ses exigences mondialisées jusqu'à l'institutionnalisation des mères porteuses, le lien est établi qui a au moins l'insigne avantage de contourner toutes les éthiques en rendant grâce dans le même temps au pouvoir de l'économie et du progrès scientifique.

Mais puisque je n'ai encore abordé que le premier niveau d'analyse, j'en viens maintenant au second, celui où le libéralisme est envisagé moins sous sa double facette d'économie politique et de philosophie individualiste, sinon comme thérapie. Que l'individu repère ou non son destin dans les mouvements des masses monétaires et qu'il adhère ou non au solipsisme, il n'en demeure pas moins totalement démuné face aux contraintes qui s'abattent autour de lui, C'est alors que le libéralisme l'interpelle, comme si la soumission individuelle était essentielle à l'apaisement des contraintes internationales d'une part, comme si cette sommation suffisait pour départager les bons des mauvais comportements d'autre part. Que cette interpellation s'adresse indistinctement à tous, mais qu'elle ne soit suivie que par certains, cela est tout à fait dans l'ordre des choses, puisqu'il n'est pas donné à tout le monde de pouvoir balancer en toute sérénité ses gains et ses pertes, comme il n'avait pas été donné à tous, au point de départ de la société civile, la faculté d'avoir recours à la raison juridique.

La vogue d'adoption de chartes ou de lois de protection des droits des citoyens et des citoyennes alors que l'on assiste à l'affirmation des pouvoirs des monopoles témoigne avec éloquence de la situation actuelle caractérisée surtout par l'adaptabilité des institutions gouvernementales aux contraintes internationales, tandis que l'irruption des groupes sur la scène nationale contribue à égruger les rigidités infra-nationales.

En conséquence, le retour sur le sujet de droit, ses initiatives et ses opportunités, apparaît comme un programme crédible dans le moment même où l'accumulation des sujétions sociales semble atteindre un point critique. L'équilibre précaire issu des «trente glorieuses» (Jean Fourastié) années de croissance économique d'après-guerre, avec ses alliances de classes et ses compromis politiques, ne pourrait être maintenu qu'à la condition d'accentuer le côté solipsiste du démocratisme en faisant désormais appel à l'individu dans le maintien du système social global. Là où, hier encore, la démocratie impliquait accommodement, négociation et compromis entre groupes, entre sexes, entre classes, désormais la boucle serait bouclée puisque le démocratisme actuel nous reconcilierait avec cette vision issue de la révolution américaine en vertu de

laquelle la démocratie vise essentiellement à sauvegarder les droits de l'individu face à la montée des implications sociales des pouvoirs publics.

Un essai de synthèse

Il est temps désormais de chercher à établir une connexion entre le libéralisme et mes remarques antérieures sur la progression du pouvoir des sciences dans la société.

L'élément-clé de cette jonction m'est fourni par les limites du recours aux sciences et aux techniques dans un contexte caractérisé par les déficiences des théories générales. En effet, l'accumulation des approches sectorielles et ponctuelles, si elle garantit l'ordre social, ne saurait lever l'hypothèque qui pèse sur la signification collective de l'évolution humaine et sociale. Or, à partir du moment où la société semble gérer et s'auto-gérer en toute autonomie, c'est bien l'individu qui ressent en première ligne la perte du sens. Il y a dès lors une illusion en opération dans le recours actuel au solipsisme, une illusion selon laquelle la société, en tant que réseau d'institutions constituées, régit effectivement au mieux de nos connaissances, et à l'intérieur des contraintes économiques et financières prévalentes, la production et la distribution sociales. Mais il y a également un fond de vérité dans cette réaction puisque le sujet de droit est impuissant à recomposer les linéaments de son individualité à travers le chevauchement et la désimbrication de ses statuts; cumulativement ou successivement salarié demandeur d'emploi, précaire, locataire, hypothéqué, consommateur, il demeure au fond une personnalité en constante recomposition. Même les identifications lourdes de naguère ne fonctionnent plus et, puisque les interpellations lancées aux citoyens ou aux camarades sont momentanément inaudibles, il ne reste plus qu'à demeurer sagement consommateur.

Comme le noyé dont tous les mouvements tentent à l'émergence, la doctrine libérale vise à tenir des corps hors de l'implication sociétale. Grâce à cette fiction, les autres contraintes, qu'il s'agisse du marché ou de la concurrence,

pourraient opérer en toute tranquillité; sans elle, rien ne garantit qu'elles ne périraient pas.

L'idéologie libérale actuelle s'est ajustée à l'évolution de l'esprit du temps. En ce sens, l'adhésion au libéralisme se présente moins comme l'émergence d'une nouvelle croyance, voire une nouvelle religion, mais comme un processus de validation extérieur au sujet. Le libéralisme sert aujourd'hui à exalter l'individualisme, le solipsisme au lieu que, selon A. Smith surtout, il s'agissait d'accorder un comportement à la norme ou à la sanction d'un «observateur invisible». Corrélativement, le libéralisme fournit un cadre général de légitimation face à l'éclatement qui prévaut actuellement car ses préceptes sont adaptables à toutes les fragmentations, sans qu'il soit nécessaire d'étayer ou d'approfondir les arguments invoqués dans une rationalisation autre que solipsiste justement. Le libéralisme propose un cadre général de légitimation elliptique d'une rare efficacité.

Cette double fonction serait à son tour rendue inévitable par suite de la fragmentation des cadres sociaux d'existence eux-mêmes puisque l'éthique, en quittant à la fois le monde du travail et celui des rapports de pouvoir en général, n'est plus qu'une activité localisée dans les interstices du bien-être prévalant, quand l'esprit est envahi par la mauvaise conscience: mauvaise conscience de la stabilité d'emploi, mauvaise conscience du *consumérisme*, mauvaise conscience en général du privilégié en proie au «complexe d'Abel» qui rend ses indignations si insurmontables à ses propres yeux. Le libéralisme conforte ainsi en attisant la conviction que les privilèges ne sont pas institutionnalisés mais qu'ils sont acquis et, surtout, acquis par suite de la seule opération individuelle et individualiste du repérage de ses propres opportunités.

À cet égard, le libéralisme actuel appartient moins au registre de la foi, à celui des convictions non plus qu'au rationalisme, mais plutôt à une sorte de médication pour l'esprit confronté au problème de sa propre légitimation et au doute quand, à la bordure de son confort, en son intimité, surgissent les troublantes images des faits d'oppression.

CONCLUSION:

La notion de libéralisme, comme je l'avais souligné au départ, ne renvoie pas seulement à une idéologie, à un corps de doctrines ou à des politiques car, dans la mesure même où le libéralisme est institutionnalisé et s'institutionnalise dans le droit, c'est désormais toute l'interprétation juridique et jurisprudentielle des paramètres fondateurs de la société civile qui sont désormais évalués et sanctionnés à l'aune de ce cadre d'analyse. C'est donc à ce niveau que le libéralisme gagne toute sa force et qu'il est en mesure de maintenir son ascendant à la fois sur la société civile elle-même, mais également sur sa sphère politique. Ceci veut dire, en clair, comme cela avait été souligné en introduction, que si les cadres civil et politique *peuvent* tolérer le pluralisme des idées et des options face à des interprétations divergentes des paramètres fondateurs de la société civile et de la politique, au point d'intégrer le pluripartisme par exemple, en revanche, l'ordre civil actuel repose sur une interprétation tout à fait dogmatique, c'est-à-dire moniste en définitive, au niveau jurisprudentiel. Dans le maintien de la société civile et, surtout, dans la sanction de ses normes de base, c'est bien ce pouvoir sur l'interprétation dernière qui seul compte, en définitive, c'est-à-dire le pouvoir d'interpréter juridiquement et jurisprudentiellement les paramètres fondateurs de cet ordre. C'est d'ailleurs l'exercice de ce pouvoir de dire et d'interpréter le droit qui explique que l'on puisse indifféremment parler d'ordre civil ou d'ordre libéral dans le contexte actuel. En revanche, à partir du moment où la société civile aura su gagner son autonomie vis-à-vis des interprétations libérales de ses paramètres, la confusion des termes ne sera plus justifiée. À son tour, cette autonomie ne peut lui venir que de la sphère politique qui dispose du pouvoir d'imposer des critères sociaux alternatifs d'interprétation du

droit et du pouvoir de nommer les juges qui seront en mesure de s'y conformer.

À partir du moment où l'on a cerné le rôle à la fois dominant et déterminant assumé par les idées libérales sur l'interprétation des paramètres fondateurs de la société civile et de sa sphère politique, on voit mieux à quel point le pluralisme et le monisme peuvent coexister dans un tel contexte. C'est en effet un révélateur important de l'emprise du libéralisme sur l'interprétation des paramètres fondateurs de la société civile que cette capacité de s'arroger le pouvoir d'interpréter le droit à l'intérieur du seul lieu qui compte véritablement, en dernière instance, c'est-à-dire au niveau judiciaire là où les normes sociales et légales sont validées et sanctionnées. Là règne sans partage le monisme, tandis que le pluralisme peut tout à fait légitimement être instauré aux autres niveaux puisque, de toute façon, toutes les initiatives, toutes les normes bref, tout le droit qui proviendra de la société et de ses programmes politiques seront passés au crible de la dogmatique juridique prévalente.

C'est ainsi que l'on peut voir des tribunaux battre en brèche certaines initiatives des citoyens et des gouvernements qu'ils ont portés au pouvoir au nom de la défense plus ou moins absolue d'une vision individualiste et libérale des notions de liberté, d'égalité ou de responsabilité. C'est pourquoi la première, et la plus centrale, critique que l'on doit adresser à l'ordre libéral porte moins sur l'idéologie ou la politique que cet ordre cautionne, et qui ont leur importance, mais bien sur les rôle et fonction du pouvoir judiciaire qui, imbu de libéralisme lui-même mais situé en marge de toute imputabilité apparente en tout cas, sanctionne une interprétation spécifique et apparemment objective de la société civile.

La première conséquence de cet état de choses, c'est de faire prendre conscience de la vanité des réformismes qui omettent d'accorder toute son importance au pouvoir de dire le droit. En effet, à quoi bon adopter des mesures législatives qui reconnaissent les besoins sociaux, à quoi bon promulguer des chartes, si ces initiatives doivent périr emportées par des discours jurisprudentiels qui s'entêtent à réaffirmer

l'interprétation la plus libérale des paramètres sociaux et politiques de base sous l'empire desquels nos sociétés ont été fondées il y a cent ans et plus?

Bien sûr, il n'est pas question de raisonner par l'absurde ici et de proclamer maintenant l'inutilité des mesures et initiatives législatives qui visent à promouvoir l'égalité sociale et les droits sociaux, loin de là; il s'agit par contre de ne pas tomber dans le formalisme et la déclamation, mais de situer l'enjeu de la réinterprétation des paramètres fondateurs d'une société civile plus juste très précisément là où cet enjeu se situe, c'est-à-dire entre les mains du pouvoir judiciaire et des exégètes de la dogmatique juridique. Car les juges, même animé de la meilleure volonté du monde, ne peuvent pas fonder de nouvelles interprétations davantage orientées vers la sanction d'une justice sociale sans disposer de normes légales et de balises d'interprétation qui pourraient soutenir des arguments nouveaux. En ce sens, les voies de la réinterprétation des normes de base passent obligatoirement par un retour sur le droit et, en tout premier lieu, par l'affirmation des droits sociaux et la promotion d'une égalité sociale véritable.

En définitive, c'est en prenant au sérieux ce qui est à la fois la vision et la mission du libéralisme que l'on peut parvenir à mettre en lumière toute son importance et toute son influence dans la définition, puis dans l'interprétation des paramètres fondateurs de la société civile moderne. Cet ascendant lui vient d'ailleurs de deux sources distinctes; il lui vient d'abord de ses maîtres à penser de la philosophie politique dont nous avons cité quelques noms déjà, mais il lui vient également de ses juristes qui ont très souvent été aux premières lignes de l'interprétation des normes de base des sociétés modernes et de leur sphère politique. À la vérité, la courte recherche que nous avons menée du côté des interprétations de la Constitution canadienne par la Cour suprême devrait ajouter quelque poids à l'argument soutenu à l'effet qu'il y a bel et bien une coupure systémique majeure dans nos sociétés civiles entre les interprétations philosophico-politiques de ses paramètres, des interprétations qui demeurent somme toute secondaire par rapport à l'interprétation dogmatique qui a l'insigne avantage,

ou l'inconvénient d'ailleurs, de s'imposer en *droit*, c'est-à-dire en dernière instance, et en toute objectivité apparente, à l'ensemble du corps social.

Bien sûr, dans le contexte canadien en tout cas, une telle ressurgence d'un libéralisme «classique» au niveau du pouvoir judiciaire ainsi que son instauration en tant que cadre d'interprétation dominant ont été rendues possible grâce à la promulgation préalable d'une charte tout à fait libérale dans sa forme et son contenu, une initiative qui a été prise par l'exécutif fédéral à l'époque et une initiative qui reflétait l'importance de réaffirmer la suprématie de la liberté civile et de la liberté de choix dans un contexte où les revendications en faveur de l'égalité sociale et de la promotion de certains droits sociaux se faisaient toujours plus pressantes.

Dans de telles circonstances, pour être efficace, une critique de fond de la société libérale doit pouvoir mettre en valeur l'autre attribut central de la société civile, l'égalité et, par la même occasion, promouvoir la justice sociale en tant qu'objectif central du pouvoir politique *et* en tant que responsabilité du pouvoir judiciaire. Aujourd'hui comme hier, cette critique devrait surtout permettre de montrer qu'il y a antinomie entre la défense des deux paramètres que sont l'autonomie de la volonté et la responsabilité individuelle d'une part, la promotion d'une plus grande égalité sociale entre les citoyens de l'autre. Or, la récente crise économique qui a affecté les pays capitalistes, au lieu d'ouvrir sur un regain de crédibilité de la promotion de la justice sociale, a plutôt ouvert la voie au néo-libéralisme qui est en passe de remettre en cause, les uns après les autres, les fragiles acquis de l'État social, ainsi que la promotion des droits sociaux. Pourtant, dans les circonstances actuelles caractérisées par l'ouverture immodérée des économies et des sociétés, s'il est un objectif qui devrait prévaloir et qui serait d'ailleurs le seul à permettre d'amortir le choc de ces ouvertures, c'est précisément celui-là. Car c'est au nom de la justice sociale que l'ordre civil peut et devrait être arraché à ses compromis libéraux et placé au service de la défense et de la promotion de l'inclusion du plus grand nombre par le droit.

BIBLIOGRAPHIE

- BAREL, Yves, «Le grand intégrateur», *Connexions*, 56,2,1990, p.85-100.
- BARIL, Micheline, *L'envers du crime*, Montréal, Ph.D. criminologie, Université de Montréal, mai 1983.
- BLOCH, Ernst, *Le Principe Espérance*, Paris, Gallimard, 1982.
- BLOCH, Ernst, *Droit naturel et dignité humaine*, Payot, 1976.
- BLOCK, W. et OLSEN, E. (dir.) *Rent Controls: Myth and Realities: International Evidence of the Effects of Rent Controls in Six Countries*, Vancouver, Fraser Institute, 1981.
- BUREAU, Robert et MACKAY, Pierre (dir.) *Le Droit dans tous ses états*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1987.
- BURIN, Frederic S. et SHELL, Kurt L., (compilateurs), *Politics, Law and Social Change. Selected Essays of Otto Kirchheimer*, New York, Columbia University Press, 1969.
- CASTEL, Robert, *Les Métamorphoses de la question sociale*, Paris, Fayard, 1995.
- CHAMOUSIS, N., «The National Environment Policy Act of 1969: What 'Alternatives' Must an Agency Discuss?», *Columbia Journal of Law and Social Problems*, vol. 12, no 2, 1976.
- CHEVALIER, Jacques et alii, *La Société civile*, Presses universitaires de France, 1986.
- COASE, R. H., «The Problem of Social Cost», *Journal of Law and Economics*, vol. 3, no 1, 1960.
- COFFEE, J. C., «Regulating the Market for Corporate Control: A Critical Assessment of the Tender Offer's Role in Corporate Governance», *Columbia Law Review*, vol. 84, no 5, 1984.
- COHEN, Jean L. et ARATO, Andrew, *Civil Society and Political Theory*, MIT Press, 1994.
- COHEN, Yolande (dir.), *Femmes et contre-pouvoirs*, Boréal, 1987.
- COLAS, Dominique, *Le Glaive et le fléau. Généalogie du fanatisme et de la société civile*, Paris, Grasset, 1992.
- DAVID, Hélène, *Femmes et emploi. Le Défi de l'égalité*, Presses de l'Université du Québec et Institut de recherche appliquée sur le travail, 1986.

- DAVIS, J. P., *Corporations*, (1905), New York, Capricorn Books, 1961.
- DONZELOT, Jacques (dir.), *Face à l'exclusion. Le modèle français*, Paris, Éditions Esprit, 1991.
- EWALD, François, *L'État providence*, Paris, Grasset, 1986.
- FAURE, Christine, *La Démocratie sans les femmes*, Presses universitaires de France, 1985.
- FORSTER, A. et EPSTEIN, B. R., *Danger on the Right*, New York, Random House, 1964.
- FRIEDMAN, M., «Introduction», *New Individualist Review*, Indianapolis, Liberty Press, 1981, p. ix-xvi.
- GAULLIER, Xavier, «La machine à exclure», *Le Débat*, 69, mars-avril 1992, p.168-188.
- GRAY, John, «F.A. Hayek and the Rebirth of Classical Liberalism», *Literature of Liberty*, vol. 5, n° 4, 1982, p. 19-66.
- GURVITCH, Georges, *La Déclaration des droits sociaux*, New York, Éditions de la Maison française, 1944.
- HABERMAS, Jürgen, *L'Espace public*, Payot, 1978.
- HABERMAS, Jürgen, *Between Facts and Norms*, MIT Press, 1996.
- HAMILTON, A., MADISON, J. et JAY, J., *The Federalist Papers (1787-1788)*, New York, Mentor Books, 1961.
- HARBOUR, W. R., *The Foundations of Conservative Thought*, Notre Dame, University of Notre-Dame Press, 1982.
- HAYEK, F. A., *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1967.
- HAYEK, F. A., *Droit, législation et liberté. Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique*, 3 volumes, Paris, Presses universitaires de France, 1980, 1981, 1983.
- JALBERT, Lizette et LEPAGE, Laurent (dir.), *Néo-conservatisme et restructuration de l'État*, Presses de l'Université du Québec, 1986.
- KITCH, E. W., «The Fire of Truth: A Remembrance of Law and Economics at Chicago. 1932-1970», *Journal of Law and Economics*, vol. 26, 1983, p. 163-234.
- KLEIN, Jean-Luis et LÉVESQUE, Benoît (dir.), *Contre l'exclusio, repenser l'économie*, Presses de l'Université du Québec, 1995.
- LADRIÈRE, Jean et VAN PARIJS, Philippe, *Fondement d'une théorie de la justice. Essais critiques sur la philosophie politique de John Rawls*, Louvain-la-Neuve, Institut supérieur de philosophie, 1984.

LAMOUREUX, Jocelyne (dir.), *Droits, liberté, démocratie*, Association canadienne-française pour l'avancement des sciences, 1991.

LEPAGE, Henri, *Pourquoi la propriété*, Paris, Hachette, 1985.

LUHMANN, Niklas, *Sistema giuridico et dogmatica giuridica*, Bologne, Il Mulino, 1978.

MACHLUP, F., «Liberalism and the Choice of Freedom», in: E. Streissler (dir.), *Roads to Freedom. Essays in Honour of Friedrich A. von Hayek*, Clifton, Augustus M. Kelley, 1970.

MAIER, Charles S. (éditeur), *Changing Boundaries of the Political: Essays on the evolving balance between the State and Society, public and private in Europe*, Cambridge University Press, 1986.

MANNE, Henry, *The Modern Corporation and Social Responsibility*, Washington, American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1973.

MARCIL-LACOSTE, Louise, *La Raison en procès. Essai sur la philosophie et le sexisme*, Montréal, Hurtubise HMH, 1987.

MARCUSE, Herbert, *L'Homme unidimensionnel*, Paris, Editions de Minuit, 1968.

NOZICK, Robert, *Anarchy, State and Utopia*, New York, Basic Books, 1974.

ORESTANO, Riccardo, *Azione. Diritti soggettivi. Persone giuridiche. Scienza del diritto e storia*, Bologne, Il Mulino, 1978.

PATEMAN, Carole, *The Problem of Political Obligation. A Critique of Liberal Theory*, Berkeley, University of California Press, 1985.

PAUGAM, Serge (dir.), *L'Exclusion. L'état des savoirs*, Paris, La Découverte, 1996.

RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971.

RAWLS, John, *Political Liberalism.*, Columbia University Press, 1996.

RESCHER, N., *Unselfishness. The Role of the Vicarious Effects in Moral Philosophy and Social Theory*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 1975.

SMITH, Adam, *The Theory of Moral Sentiments*, New Rochelle, Arlington House, 1969.

VACHET André, *L'Idéologie libérale*, Paris, Anthropos, 1970; nouvelle édition: Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 1988.

VILLEY, M., «La doctrine du droit dans l'histoire de la science juridique», in: E. Kant, *Métaphysique des moeurs*, Paris, Vrin, 1979, p. 7-26.

Von MISES, Ludwig, *Human Action. A Treatise in Economics*, 3ième édition, Chicago, Contemporary Books, 1966.

WINFIELD, Richard Dien, *Reason and Justice*, State University of New York Press, 1988.

WALLERSTEIN, Immanuel, *After Liberalism*, New York, The New Press, 1995.