



**La lutte pour la pleine reconnaissance des droits ancestraux
Problématique juridique et enquête philosophique**

Thèse

Maxime St-Hilaire

Doctorat en droit
Docteur en droit (LL.D.)

Québec, Canada

© Maxime St-Hilaire, 2013

RÉSUMÉ

Le respect des droits des peuples autochtones sur leurs territoires ancestraux compte parmi les plus grands défis qui se posent aux juristes. La façon tout indiquée de le relever consiste en la conclusion de traités avec ces peuples. Au Canada, une telle pratique est actuellement entravée par la politique de l'« échange » de droits vagues contre des droits définis avec précision. Cette politique indigné la partie autochtone pour qui la négociation doit à l'inverse porter sur la pleine reconnaissance de ses droits ancestraux. Le problème est une aporie pour le juriste jusqu'à ce que sa mise en perspective historique, complétée d'une critique de la pensée juridique, fasse ressortir comment il résulte de la rencontre de deux conceptions différentes, non seulement de l'idée de « droits ancestraux », mais aussi de celle même de « droit ». Cette rencontre est celle du monisme et du pluralisme juridiques. Encore là, le juriste peut se sentir démuni devant la question de la signification normative du processus plus large de reconnaissance progressive, par le droit canadien et supranational, des ordres juridiques autochtones. La défunte entente de principe avec les Innus portait reconnaissance de leurs droits ancestraux comme expression de leur identité. La Commission royale sur les peuples autochtones a fait de la « reconnaissance mutuelle » le maître mot de ses recommandations. Le thème de la « lutte pour la reconnaissance » donne donc à penser que la philosophie sera d'un concours prépondérant. Le multiculturalisme libéral et la politique de reconnaissance autorisent la formulation de l'hypothèse d'une double lutte pour la protection juridique et pour la présomption de valeur d'ensemble des cultures juridiques autochtones. Or ce n'est pas du tout en ayant à l'esprit la problématique multiculturaliste que, à peu près au même moment que Charles Taylor, Axel Honneth s'attelait à la réactualisation systématique d'une thématique qui passe pour hégélienne. La recherche qui suit se présente comme une enquête philosophique relative à une problématique juridique. Elle se veut aussi une enquête sur l'intérêt de la philosophie pour l'élucidation de problématiques juridiques.

ABSTRACT

The respect of aboriginal peoples' rights over their ancestral territory poses serious challenges for jurists. The challenge is best met by the conclusion of treaties. In Canada, this practice is hindered by the policy of "exchanging" vague rights for clearly defined ones. This policy affronts the aboriginal negotiating party, for whom the process should instead focus on the full recognition of aboriginal rights. The problem is a paradox for the jurist until a historical perspective coupled with a critique of legal thought shows how it results from the encounter between two different conceptions; not only of "aboriginal rights", but of the very idea of "law". This encounter is one between legal monism and legal pluralism. Even then, the jurist may feel ill-equipped to address the normative significance of the progressive recognition of the aboriginal juridical order by Canadian and supranational law. The defunct Innu Land Claims Agreement-in-Principle recognized ancestral rights as an expression of aboriginal identity. The Royal Commission on Aboriginal Peoples made "mutual recognition" the touchstone of its recommendations. The centrality of this theme of the "struggle for recognition" suggests that philosophy may provide much-needed guidance. Liberal multiculturalism and the politics of recognition authorize us to pose the hypothesis of a double struggle: for the legal protection of aboriginal legal cultures and for the presumption of their value. Yet, contrary to Charles Taylor, it was not multiculturalism that Axel Honneth had in mind when, at about the same time, he undertook the systematic reactualisation of what passes for a hegelian theme. This thesis presents itself as a philosophical inquiry into a legal problem. It also is a more general inquiry into the relevance of philosophy for the elucidation of legal problems.

Où pouvons-nous donc nous tourner pour trouver une perspective d'avenir qui soit celle d'un respect mutuel? Je crois que la priorité immédiate est d'amorcer une réflexion sur notre vision politique ainsi que sur les buts fixés au cours des luttes menées par nos peuples, québécois et kanien'kehaka, pour la reconnaissance.

TAIAIAKE ALFRED

Il faut avoir complètement perdu la foi dans la théorie pour pouvoir y recourir sans danger.

RUDOLF VON JHERING

SOMMAIRE

INTRODUCTION. Un pari

PREMIÈRE PARTIE. Problématique juridique

Chapitre 1. Le présent des traités : de l'extinction vers une difficile reconnaissance des droits ancestraux

Chapitre 2. Le passé des traités : de la tolérance à l'extinction des droits ancestraux

Chapitre 3. L'obstacle « idéologique » à la pleine reconnaissance des droits ancestraux : le monisme juridique

SECONDE PARTIE. Enquête philosophique

Chapitre 4. Du pluralisme à la reconnaissance : de la théorie juridique à la philosophie

Chapitre 5. Le contexte de la réactualisation du foyer hégélien du reconnaître : du renouveau de la pensée libérale à la politique de reconnaissance

Chapitre 6. Axel Honneth : la lutte pour la reconnaissance

CONCLUSION. Une perte

TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ.....	iii
ABSTRACT.....	v
SOMMAIRE.....	ix
REMERCIEMENTS.....	xiii
INTRODUCTION : un pari.....	1
PREMIÈRE PARTIE : problématique juridique.....	13
Chapitre 1. Le présent des traités : de l’extinction vers une difficile reconnaissance des droits ancestraux.....	15
Section 1. Du besoin impérieux de conclure des traités.....	16
Section 2. La politique d’extinction des droits ancestraux.....	20
Section 3. Les critiques, rapports et hésitations.....	25
Section 4. L’accord Nisga’a.....	37
Section 5. L’accord Tlicho.....	40
Section 6. L’entente de principe avec les Innus.....	45
Chapitre 2. Le passé des traités : de la tolérance à l’extinction des droits ancestraux.....	55
Section 1. Les traités d’alliance avec la France.....	57
Section 2. De l’alliance à la cession de terres sous la colonisation britannique.....	64
Section 3. La <i>Proclamation royale de 1763</i> ou la codification du régime de négociation de cessions.....	74
Section 4. Des cessions de plus en plus larges sur la route de la fédération des colonies britanniques d’Amérique du Nord.....	84
Section 5. Les traités numérotés ou l’extinction totale des droits ancestraux.....	101
Section 6. Vers les traités modernes.....	112
Chapitre 3. L’obstacle « idéologique » à la reconnaissance des droits ancestraux : le monisme juridique.....	119
Section 1. Du positivisme juridique.....	123
Section 2. Le normativisme pur de Kelsen et l’identité du droit et de l’État.....	127
Section 3. Normes juridiques et État dans la <i>sociological jurisprudence</i> et chez Ehrlich.....	141
Section 4. Normes juridiques et État chez Duguit et dans la tradition fonctionnaliste.....	148
Section 5. Normes juridiques et État d’un point de vue « réaliste ».....	160
Section 6. Le normativisme « impur » de Hart et le droit étatique comme « paradigme ».....	175
SECONDE PARTIE : enquête philosophique.....	205
Chapitre 4. Du pluralisme à la reconnaissance : de la théorie juridique à la philosophie.....	207
Section 1. Du pluralisme juridique.....	209
Section 2. La reconnaissance et le lexique.....	231

Section 3. La reconnaissance et le langage juridique.....	235
Section 4. Ricœur et le parcours philosophique de la reconnaissance.....	243
Section 5. Fichte : véritable foyer de la reconnaissance mutuelle.....	260
Chapitre 5. Le contexte de la réactualisation du foyer hégélien du reconnaître : du renouveau de la pensée libérale à la politique de reconnaissance.....	277
Section 1. Communautariens contre libéraux : la soi-disant impasse.....	278
Section 2. La prétendue issue habermassienne.....	285
Section 3. Kymlicka : la théorisation du culturalisme libéral.....	304
Section 4. Taylor : de la protection à la reconnaissance des cultures minoritaires.....	313
Chapitre 6. Honneth : la lutte pour la reconnaissance.....	335
Section 1. Un souci de conformité aux exigences de la théorie critique de la société.....	337
Section 2. La réactualisation systématique d'un argument hégélien.....	342
Section 3. Une socialisation morale.....	351
Section 4. L'échelle sociale du mépris.....	359
Section 5. Sphères de reconnaissance et surplus normatif.....	362
Section 6. La lutte pour la reconnaissance comme pratique sociale émancipatoire.....	369
Section 7. D'une sociologie critique à une morale de la reconnaissance.....	378
Section 8. De la morale de la reconnaissance à la reconstruction normative de la société moderne.....	383
CONCLUSION : une perte.....	395
LISTE DES RÉFÉRENCES.....	423
Section 1. Traités et instruments internationaux.....	423
Section 2. Traités, accords et autres formes d'ententes ou de projets d'entente avec des groupes autochtones.....	424
Section 3. Législation (constitutionnelle et ordinaire), réglementation, décrets, etc.....	426
Section 4. Décisions juridictionnelles et transactions (autres que des traités).....	428
Section 5. Autres sources.....	433

REMERCIEMENTS

Chacune à sa manière, les institutions et personnes suivantes ont rendu possible la réalisation de la présente thèse doctorale : mon directeur, le professeur Bjarne Melkevik ; mon codirecteur, le professeur Carlos M. Herrera ; le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada (CRSH) ; le Fonds de soutien de doctorat de la Faculté de droit de l'Université Laval ; le Centre de philosophie juridique et politique de Cergy-Pontoise ; le Centre de recherche en éthique de l'Université de Montréal (CRÉUM) ainsi que son fondateur et ex-directeur, le professeur Daniel M. Weinstock ; le Deutscher Akademischer Austausch Dienst (DAAD) ; le Centre Marc Bloch (CMB) et le professeur Soraya Nour ; la Commission permanente de coopération franco-québécoise et son programme Frontenac de soutien à la cotutelle de thèses ; le projet de recherche Peuples autochtones et gouvernance ; la Commission de Venise ; l'hon. Marie Deschamps et le programme des auxiliaires juridiques de la Cour suprême du Canada ; mes collègues de la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke, notamment les professeurs Stéphane Bernatchez, David Gilles et Finn Makela ainsi que ma secrétaire, Mme Magali Ratté ; la Faculté de droit de l'Université de Montréal, notamment les professeurs Karim Benyekhlef, Andrée Lajoie et Pierre Noreau ; le professeur Hugo Cyr ; le professeur Pierre Guibentif ; le professeur Axel Honneth ; Mme Caroline Plançon, docteure en droit public et chargée de mission auprès du ministère français des Affaires étrangères ; M^c Jack Woodward ; M^c Paul Dionne ; la professeure Sophie Thériault ; le professeur Ghislain Otis ; le professeur Michel Morin ; les professeurs Kristin Bartenstein, Renaud Baumert, Luc Bégin, Michel Coutu, Olivier Jouanjan et Sylvio Normand. J'adresse aussi des remerciements particuliers au vice-doyen aux études supérieures et à la recherche de la Faculté de droit de l'Université Laval, le professeur Dominique Roux, ainsi qu'à Mme Marjolaine Caron, agente à la gestion des études, d'avoir réussi à organiser la soutenance de ma thèse à l'intérieur d'une échéance regrettamment serrée. Je remercie d'autre part les *Cahiers de droit* de m'avoir autorisé à reprendre ici l'essentiel du contenu d'un article paru en leurs pages. Certains de mes proches m'ont apporté un salutaire soutien émotionnel, parfois même doublé d'une tout aussi providentielle aide matérielle. Il s'agit d'abord de ma mère, Jocelyne Tremblay. Je pense ensuite à mes amis, notamment à Serge Morin, Martin Routhier, Laurence Bich-Carrière, Sacha Ouimet, Gérald Dionne, Jessika Kerwin, Louis-Bernard Levasseur et Hubert Pelletier. J'ai enfin une pensée toute particulière pour Aurée Frenette, qui fut témoin du moment où j'ai mis le point final à cette thèse.

INTRODUCTION : un pari

Une enquête philosophique nous aidera à élucider une problématique juridique complexe, en l'occurrence celle de la lutte des peuples autochtones pour la pleine reconnaissance de leurs droits ancestraux dans les traités qu'ils concluent avec l'État canadien. Tel est le pari à l'origine de la recherche dont les résultats sont consignés dans le texte qui suit. Ce pari s'explique sans doute par un certain trait de notre « culture » intellectuelle et universitaire.

Qu'importe que, dans sa discussion avec le « sociologue » Max Weber dont les travaux épistémologiques et méthodologiques sont d'ailleurs postérieurs aux siens, le juriste Georg Jellinek ne soit « pas à considérer comme une espèce de disciple du grand maître, mais comme un partenaire à part entière dont la réflexion fécondera, sur plusieurs points essentiels – dont le plus connu est la théorie du « type » – le travail wébérien¹ » ? Qu'importe que, contrairement à l'idée répandue, Émile Durkheim n'ait pas vu dans le droit, notamment dans la sanction juridique, un phénomène à expliquer par la sociologie autant qu'un magnifique observatoire du social² ? Qu'importe de savoir que Karl Marx n'a pas reconnu tout ce que devait son idée sans doute la plus sociologique, le matérialisme historique, à l'École historique du droit³ ? Qu'importe que, bien en amont de sa déduction du « droit » à partir de sa morale, Kant ait comparé la « déduction transcendantale » à ce que les jurisconsultes appellent la « preuve en droit », par opposition à celle « en fait »⁴ ? Qu'importe, en effet, que le penseur des conditions de

¹ O. JOUANJAN, « Préface : Georg Jellinek ou le juriste philosophe », dans G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit, L'État moderne et son droit*, réimp. trad. G. Fardis (1911-1913), 2 vol., Paris, Panthéon-Assas/LGDJ, 2005, vol. 1, p. 35.

² Voir not. E. DURKHEIM, *De la division du travail social* (1893), Paris, PUF, 2007 ; D. GARLAND, *Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory*, Chicago, University of Chicago Press, 1990, p. 23.

³ N. LEVINE, « The German Historical School of Law and the Origins of Historical Materialism », *Journal of the History of Ideas*, vol. 48, n° 3, 1987, p. 431-451.

⁴ E. KANT, *Critique de la raison pure* (1781/1787), trad. A. Tremesaygues et B. Pacaud, 5^e éd., Paris, PUF, 1997, p. 100.

possibilité de la connaissance et de l'action morale ait parlé de la raison comme d'un « tribunal » de manière à rapprocher, en dernière analyse, toute question philosophique d'une *quid juris* ? Qu'importe que la philosophie critique fondée par Kant et parachevée par Fichte soit « [e]ssentiellement juridique dans sa démarche, jusques et y compris sur le terrain de la théorie de la connaissance⁵ » ? Qu'importe tout cela, puisque nous continuons, plus ou moins consciemment mais pourtant systématiquement, d'attribuer à tout regard « externe » au droit comme discipline une clairvoyance qui ne pourrait que contraster avec ce seul savoir épidermique sinon factice qu'autoriserait une perspective qui lui est « interne » ? Au Canada, le financement public de la recherche juridique de même que, par ricochet, la formation des chercheurs en ce domaine suivent encore les conclusions du « rapport Arthurs » de 1983, un document qui évoque surtout l'enthousiasme scientifique des grands projets épistémologiques de la première moitié du XX^e siècle, mais qui du même coup obéit à la conception traditionnelle de la philosophie comme « mère des sciences ». Le souci à l'origine du rapport de 1983 serait même « l'absence de travaux de recherche en philosophie du droit et en histoire du droit au Canada⁶ ». Cette part du contexte intellectuel étant faite, certaines précisions et explications supplémentaires de notre démarche s'imposent.

Si, dans toute la gamme des « perspectives externes », c'est la philosophique qui a retenu notre choix, c'est que, au-delà de sa complexité technique et même théorique, la problématique juridique que nous voulions élucider nous a tôt paru avoir pour principaux enjeux des conceptions différentes de ce qu'exige la justice avec un « j » minuscule. Or, si notre « culture » intellectuelle et universitaire, du moins au sein des Facultés de droit canadiennes, explique sans doute généralement ce choix de la perspective externe, et si l'intuition de la nature fondamentalement normative de notre problématique faisait de la philosophie notre destination extradisciplinaire tout indiquée, jamais n'avons-nous pour autant attendu de la philosophie qu'elle nous permette de disposer de l'affaire en dernière instance. Autrement dit, jamais notre recherche n'a reconnu la « maternité » de la philosophie ni autrement adhéré à une conception fondationnaliste de celle-ci, dont nous n'avons toujours attendu qu'un concours « conceptuel » et « logique » à la « clarification » de notre problématique, non pas à sa « résolution ». Plus

⁵ F. FISCHBACH, *Fondement du droit naturel. Fichte*, Paris, Ellipses, 2000, p. 15.

⁶ GROUPE CONSULTATIF SUR LA RECHERCHE ET LES ETUDES EN DROIT, *Le droit et le savoir*, rapport au Conseil de recherches en sciences humaines du Canada (CRSH), Ottawa, CRSH, 1983, p. 71.

exactement, notre pari était que la philosophie serait susceptible d'éclairer le sens d'une lutte donnée qui, en l'occurrence, se présentait comme une lutte pour la justice. Nous avons donc voulu recourir « analytiquement » à la philosophie. Cependant, nous ne nous sommes aucunement restreint à la consultation des seuls travaux philosophiques appartenant à la tradition analytique.

Celle-ci trouve ses origines chez Gottlob Frege, Alfred North Whitehead et Bertrand Russell – qui avaient notamment en commun de vouloir prouver contre Kant que les lois de l'arithmétique déterminaient des vérités analytiques et non synthétiques. Recherche des fondements logiques des mathématiques et projet d'améliorer le langage, suivis du renoncement à toute entreprise cherchant à « représenter » le langage désormais conçu comme « mode de représentation du monde », renoncement suivi à son tour par une prise au sérieux du « langage ordinaire » et de la multiplicité de ses usages, la philosophie « analytique » a connu plusieurs périodes à la faveur de passages qui avaient parfois tout l'air d'une rupture. Sur le plan méthodologique, cette tradition aurait connu deux grands moments : celui d'une logique prédicative constitutive d'une analyse réductionnelle d'abord ; celui d'une « logique grammaticale » présidant à une analyse connexionnelle ensuite, « *the emphasis being placed on elucidating the relationships between concepts without assuming that there is a privileged set of intrinsically basic concepts*⁷ ». Dans quel sens est-il possible alors de parler d'une tradition analytique en philosophie ? Selon Micheal Beaney, la philosophie analytique « *may have fragmented into various interlocking subtraditions, but those subtraditions are held together by both their shared history and their methodological interconnections*⁸ ». Que peuvent bien être ces « interconnexions méthodologiques » ? À vrai dire, nous n'en savons rien, du moins pas à un tel niveau de généralité. Plus particulièrement, c'est l'éthique et la philosophie politique qui en la circonstance étaient susceptibles de nous intéresser. En ce domaine qu'est l'éthique, on a dit de la manière analytique de philosopher qu'elle s'apparentait à un « massage de nos intuitions naïves⁹ ». L'éthique analytique correspondrait ainsi à une forme de mise au jour élucidante de nos « réactions » (*responses*) morales quotidiennes qu'il s'agirait d'interpréter de la manière la

⁷ M. BEANEY, « Analysis » (2009), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, en ligne : <http://plato.stanford.edu>

⁸ *Ibid.*

⁹ F. JACKSON, *From Metaphysics to Ethics: A Defence of Conceptual Analysis*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 47.

plus sémantiquement généreuse possible. On se demandera toutefois par quels moyens et, le cas échéant, de quelle manière précise et dans quelle mesure la reconstruction du philosophe peut se distinguer singulièrement de notre naïveté quotidienne. En philosophie politique, John Rawls caressait le projet d'une espèce d'accord philosophique public supraconstitutionnel, accord qui devait constituer quelque « base publique de justification¹⁰ ». Qu'on ne s'y trompe pourtant pas. Avec un tel accord, l'auteur, qui dans un esprit antifondationaliste entendait appliquer le principe libéral de tolérance à la philosophie elle-même¹¹, avait à l'esprit un passage depuis l'« assentiment initial [déjà] donné à une conception libérale de la justice dans le cadre d'un *modus vivendi* » vers un « consensus par recouplement stable¹² ». La source matérielle première de l'accord envisagé n'était donc pas l'esprit singulier du philosophe, mais la société libérale elle-même. La principale vertu de cet accord devait être de favoriser la stabilité sociale. S'agissant d'un projet d'accord public, l'interprétation du philosophe ne voulait pas être imposée aux citoyens, juridiquement par exemple, mais seulement leur être proposée après avoir été « conçue » par lui. « De cette manière, peut-être », écrit Rawls, « l'impasse concernant la façon de comprendre la liberté et l'égalité pourra être clarifiée intellectuellement, à défaut d'être résolue¹³. » Même si elle est circonscrite au domaine du social – car, contrairement à l'idée répandue, la théorie de Rawls, c'est-à-dire la « justice comme équité », n'est pas une philosophie restrictivement politique mais morale et sociale –, une telle conception de l'enquête philosophique était trop large pour nos fins. C'est plutôt auprès de Philip Pettit et Chandran Kukathas que nous avons obtenu l'assurance du fait que des philosophes patentés pouvaient, de l'enquête philosophique, se faire l'idée articulée dont nous n'avons que le vague sentiment : « *The point may well be to bring conflict to the surface by formulating the claims of particular moral or political standpoints and thereby to facilitate conversation between those standpoints*¹⁴. » Voyons plus en détail quels sont ce problème juridique complexe, cette lutte, ce malentendu de surface et cette mésentente plus profonde qui ont retenu notre attention, et de quelle manière précise nous avons fini par consulter le corpus philosophique.

¹⁰ J. RAWLS, *La justice comme équité : une reformulation de Théorie de la justice* (2001), trad. B. Guillaume, Paris, La Découverte, 2008, par. 26.1.

¹¹ J. RAWLS, « La théorie de la justice comme équité : une théorie politique et non pas métaphysique » (1985), trad. C. Audard, dans *Justice et démocratie*, trad. C. Audard, P. de Lara, F. Piron et A. Tchoudnowsky, Paris, Seuil, 1993, p. 203-241, à la page p. 215.

¹² J. RAWLS, *supra* note 10, par. 59.1.

¹³ J. RAWLS, *Libéralisme politique* (1993), trad. C. Audard, Paris, PUF, 1995, p. 432-433.

¹⁴ P. PETTIT et C. KUKATHAS, *Rawls: A Theory of Justice and its Critics*, Stanford (CA), Stanford University Press, 1990, p. 150.

Le fait est notoire. À travers le monde, les Autochtones – un terme dont il n'existe pas de définition juridique consacrée – se trouvent dans une triste situation. Celle des Autochtones du Canada fait figure d'ombre au tableau de ce qu'il reste de la bonne réputation d'une des plus vieilles démocraties ininterrompues doublée d'un des pays les plus riches de la planète. Elle porte encore la marque de dépossessions et de déplacements de populations. Elle comporte les inconvénients d'une discrimination raciale érigée en système au sein non seulement des structures sociales mais aussi d'un bon nombre d'institutions politicojuridiques, notamment l'institution pénale, à un point tel que, en Saskatchewan par exemple, la prison est devenue pour les jeunes autochtones du sexe masculin la promesse d'avenir que leur fait une société qui aux autres jeunes du pays offre l'accès à une école, un collège ou une université¹⁵. Qu'on considère le revenu, l'éducation, la santé, l'espérance de vie, la mortalité infantile, le suicide, la toxicomanie ou la violence, force est de constater que les conditions de vie des Autochtones, que ce soit dans les réserves, dans les villages nordiques ou en milieu urbain, n'ont pratiquement rien à voir avec celles des autres Canadiens. Dans certains cas, l'écart est tel qu'on s'est senti autorisé à parler d'un « tiers-monde du Canada¹⁶ ». Une frange seulement, particulièrement instruite, curieuse ou sensible, de la population allochtone canadienne découvre en ce moment la réalité de l'horreur de l'ancien système des pensionnats autochtones¹⁷. Mais ce dont les indicateurs statistiques de l'analyse socioéconomique auraient plus de mal à rendre compte, ce serait une certaine déstructuration de l'identité autochtone et la façon dont celle-ci se traduirait par un amenuisement du lien social, une perte de repères de sens ainsi qu'une crise identitaire pouvant aller jusqu'à la privation d'estime de soi¹⁸. Sous l'impulsion de la lutte des Autochtones pour modifier cet état de fait, la partie du droit positif – ou de ce qui a été traditionnellement tenu pour tel par la pensée juridique moderne – qui leur est relative – droit des traités, droit d'usage, possession et propriété des territoires ancestraux, aménagement juridique de l'autonomie

¹⁵ M. JACKSON, « Locking Up Natives in Canada », (1988-1989) 23 *UBC Law Review* 215, p. 216. Voir également CANADA, Commission royale sur les peuples autochtones, *Par-delà les divisions culturelles : un rapport sur les Autochtones et la justice pénale au Canada*, Ottawa, Commission royale sur les peuples autochtones, 1996 ; R. c. Gladue, [1999] 1 R.C.S. 688.

¹⁶ R. DUPUIS, *Quel Canada pour les Autochtones? La fin de l'exclusion*, Montréal, Boréal, 2001, p. 18.

¹⁷ Voir à ce sujet les travaux de la Commission de vérité et réconciliation du Canada, créée aux termes d'une transaction judiciaire : <http://www.trc.ca/websites/trcinstitution/index.php?p=15>

¹⁸ Voir par exemple l'extrait de témoignage du chef innu J.-C. Pietacho, dans CANADA, Commission royale sur les peuples autochtones, *Choisir la vie. Un rapport spécial sur le suicide chez les Autochtones*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1995, p. 45.

gouvernementale – a connu un essor considérable au cours des dernières décennies. Cela non seulement sur le plan national, dans des pays tels que l’Australie ou le Canada, mais également à l’échelon supranational. Trois ans après la Décennie internationale des populations autochtones (1995-2004) dont c’était un des principaux objectifs, une *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* est devenue réalité. Pour nombre de raisons, dont certaines sont évidentes, d’autres non, l’essor actuel du droit relatif aux Autochtones place souvent les juristes devant des problèmes d’une complexité telle qu’ils peuvent se sentir mal outillés pour s’y attaquer seuls.

Un des principaux challenges est celui du respect des droits que détiennent les Autochtones sur leurs territoires ancestraux. Ces droits revêtant un caractère plutôt général dans la loi, la jurisprudence et la doctrine juridique, la façon tout indiquée de relever le défi consiste en la conclusion de traités avec leurs titulaires. Il s’agit là d’une pratique ancienne, quoiqu’elle fut longtemps suspendue par plusieurs États dont le Canada, où elle a été reprise au milieu des années 1970 mais est actuellement entravée par cet élément de la politique fédérale qui assortit tout accord d’une condition d’abandon, en totalité ou en masse, des droits ancestraux. Cette politique est celle d’un « échange », en l’occurrence un échange de droits vagues contre des droits définis avec précision, échange dont la seule idée indignes la partie autochtone, pour qui la négociation doit à l’inverse porter sur la pleine reconnaissance de ses droits ancestraux. Le problème pourra sembler une aporie au juriste jusqu’à ce que sa mise en perspective historique, complétée d’une critique de la pensée juridique moderne, fasse ressortir comment il résulte de la rencontre de deux conceptions différentes de l’idée même de « droits ancestraux ». Tandis que l’objectif poursuivi par l’État est de purger une situation de l’incertitude générée par « le principe de common law des droits et des titres ancestraux¹⁹ », celui des Autochtones est de s’entendre sur les modalités d’exercice de droits qu’ils considèrent dériver de leurs propres ordres juridiques, ordres qui du coup s’en trouveraient reconnus. Ainsi le fait que la défunte entente de principe avec quatre nations innues du Québec prévît de manière inédite une solution pleinement récongnitive des droits ancestraux au problème de l’insécurité juridique qu’ils peuvent autrement générer pourra-t-il être replacé dans son cadre plus large qu’est celui d’un processus

¹⁹ CANADA, Affaires indiennes et du Nord Canada, *Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones*, Ottawa, Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1993, p. 5.

de « reconnaissance » progressive, par le droit canadien et supranational, des ordres juridiques autochtones. Les juristes peuvent se sentir démunis devant la question de la signification normative d'un tel processus, et donc de la lutte qui le meut. En d'autres termes, si c'est dans la négociation de traités que les apparentes apories de la lutte des peuples autochtones pour la reconnaissance de leurs ordres juridiques se manifestent avec le plus d'acuité, la percée théorique que demeure la défunte entente de principe avec certaines communautés innues du Québec se présente comme leur élucidation purement technique, ce qui a pour effet de reporter l'interrogation sur leurs enjeux normatifs. Ce que nous savons désormais techniquement possible, en l'occurrence la pleine reconnaissance des droits ancestraux à titre d'effets d'ordres juridiques autochtones non étatiques, relève-t-il du juste ? Pourquoi ? À quelles conditions ?

Il est déjà possible de relever que l'entente de principe avec les Innus portait sur la reconnaissance, la confirmation et la continuation des droits ancestraux des Premières Nations de Mamuitun et de la Première Nation de Nutashkuan comme expression de leur « indianité » ou, en termes plus heureux, de leur identité autochtone. Du reste, « [l]e maintien de l'identité culturelle est peut-être la question la plus importante soulevée par les autochtones durant les audiences²⁰ » de la Commission royale sur les peuples autochtones, dont les travaux font de la « reconnaissance mutuelle » le maître mot d'une relation renouvelée entre ceux-ci et le reste du pays²¹. Voilà qui, au terme du premier chapitre d'un texte en deux parties en comptant chacune trois, nous mettrait d'entrée sur la piste de la reconnaissance des droits ancestraux comme reconnaissance de l'identité autochtone. Mais, cette piste, il était encore trop tôt pour s'y engager. Mieux valait au préalable élargir et approfondir l'analyse descriptive, prénormative et, ici, préphilosophique de notre problématique.

Afin de pousser plus avant l'analyse descriptive, nous avons d'abord entrepris, dans ce qui allait devenir le deuxième chapitre, de lui donner plus de profondeur historique. Ce que la perspective historique devait inmanquablement donner à voir, c'est que cette actuelle lutte pour la pleine reconnaissance des droits ancestraux dans les traités modernes participe plus largement d'une revendication ininterrompue de reconnaissance des peuples autochtones en tant que

²⁰ CANADA, Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, Ottawa, La Commission, 1996, vol. 1 : *Un passé, un avenir*, p. 19.

²¹ Voir *id.*, p. 741-765.

nations dignes de traiter d'égal à égal avec l'État, comme le seraient leurs propres ordres juridiques d'être reconnus par celui-ci. Si cette lutte connut un certain succès au matin de la colonisation européenne de l'Amérique du Nord, la prise en compte d'une histoire plus récente indique comment la politique fédérale actuelle s'est inscrite dans le prolongement d'une pratique ayant évolué depuis une certaine forme de tolérance vers une entreprise d'abolition totale ou massive des droits ancestraux. Au moyen d'un emploi utilement anachronique et, pour ainsi dire, « anatopique » du terme, Michel Morin soutient la thèse de l'usurpation progressive de la « souveraineté » autochtone : la France, les Pays-Bas et la Grande-Bretagne n'auraient d'abord eu d'autre choix que de reconnaître la souveraineté des nations autochtones avant que celle-ci ne fasse l'objet d'une négation progressive²². Cette thèse tend à être confirmée par, entre autres travaux, ceux de Lauren Benton²³. Dans le même sens, Isabelle Schulte-Tenckhoff parle d'un processus d'« internalisation » pour désigner le transfert graduel des relations avec les nations autochtones depuis le domaine du droit international vers celui du droit interne²⁴. Une prise de recul historique devait donc nous permettre de lever le voile sur les enjeux théoriques pré-normatifs sous-jacents à notre problématique, étant entendu que, d'une telle prime reconnaissance de souveraineté des peuples autochtones, la conclusion de traités est sans doute l'une des traces les plus tangibles.

En effet, à moins de présumer de manière manichéenne de la malveillance des agents de l'État, la réticence du gouvernement fédéral à changer sa politique après 1973 demandait d'être expliquée, à défaut de pouvoir l'être purement et simplement par l'absence de solutions de remplacement satisfaisantes. Il s'imposait de chercher à s'*expliquer*, le plus possible en dehors de tout *jugement* moral – ce qui ne voulait pas dire que des idées morales dominantes ne pourraient pas être prises en compte suivant une posture objectivante –, les « causes » d'une telle résistance à la lutte pour la pleine reconnaissance des droits ancestraux. Notre pari était pour ainsi dire wébérien, les « causes » en question étant ici conçues de manière idéale, comme autant de « raisons », de « significations » sociohistoriquement constituées et conditionnant

²² M. MORIN, *L'usurpation de la souveraineté autochtone : le cas des peuples de la Nouvelle-France et des colonies anglaises de l'Amérique du Nord*, Montréal, Boréal, 1997.

²³ L.A. BENTON, *Law and Colonial Cultures: Legal Regimes in World History, 1400-1900*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

²⁴ I. SCHULTE-TENCKHOFF, *La question des droits autochtones*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 1997, p. 168 et s. ; « Reassessing the Paradigm of Domestication: The Problematic of Indigenous Treaties », (1998) 4 *Review of Constitutional Studies* 239, p. 259.

l'action des agents. Voilà comment l'approfondissement de l'analyse prénormative de notre problématique s'est enfin traduit, dans un troisième chapitre qui devait donc clore la première partie de notre recherche, par une interrogation de la pensée juridique « européenne » ou « occidentale » moderne. Les témoins interrogés furent parmi les auteurs majeurs du corpus juridique moderne. Notre lecteur ne doit toutefois pas se tromper sur la nature de ces convocations. Les principales théories du droit du siècle dernier nous intéressaient à titre de « types idéaux » ou, plus exactement, comme autant de sous-types d'un type idéal que nous étions confiant de pouvoir esquisser par-delà les divergences auxquelles s'intéressent surtout les commentateurs actuels. Notre hypothèse était bien que la lutte qui nous occupait se heurtait à un élément particulier du mode de penser en droit qui s'était cimenté dans le cours du siècle dernier, élément idéal qui devait ainsi constituer un obstacle « idéologique ». Pour employer sans rigueur le mot mis à la mode par Thomas Kuhn, nous pouvons dire des résultats de notre examen qu'ils indiquent que le « paradigme » de la pensée juridique européenne demeure une forme de normativisme étatiste : l'idée que le droit est de nature normative et étatique, d'où une forme certaine de monisme : sur le territoire d'un État, le droit est le système de normes que cet État pose, reconnaît ou représente et que ses tribunaux appliquent. Si dans la négociation des revendications territoriales autochtones la problématique du sort des droits ancestraux tend à se présenter comme la quadrature du cercle, c'est en effet que l'esprit qui anime cette politique est de négation ou de refus d'une pluralité d'ordres juridiques. La politique fédérale d'extinction des droits ancestraux s'expliquerait donc par une forme de monisme juridique.

L'analyse descriptive prénormative de notre problématique nous a donc conduit à soutenir la thèse selon laquelle ce que nous avons appelé la politique fédérale d'extinction des droits ancestraux s'expliquerait principalement par le monisme étatiste de la pensée juridique moderne. Ce serait donc une forme ou une autre de pluralisme juridique qui aurait rendu possible la prouesse technique que représentait l'entente de principe avec certaines communautés innues du Québec. Pour reprendre la terminologie du rapport Arthurs, cette thèse n'est défendue que dans une perspective interne à la discipline juridique. C'est le passage d'une première et descriptive à une seconde et normative partie qui a marqué l'intervention du corpus philosophique au sein de notre recherche. Juste avant d'amorcer cette seconde étape toutefois, il nous a semblé utile de relever rapidement comment, relativement aux éventuels ordres juridiques

autochtones du moins, la pensée étatiste-moniste se retrouvait par moments en porte-à-faux du droit positif étatique canadien ainsi que du droit international. Voilà qui laissait déjà apercevoir qu'un autre courant de la pensée juridique moderne militait en faveur d'une exception pluraliste relative aux ordres juridiques autochtones.

Dans le cours de la recherche dont le premier chapitre de la seconde partie, c'est-à-dire le chapitre quatre, allait rendre compte des résultats, nous avons en effet tôt fait de voir que, en plus de regorger d'ambiguïtés théoriques, le pluralisme juridique ne pouvait en rien éclairer le volet normatif de notre réflexion. Celui-ci devait donc mobiliser les ressources de la discipline philosophique, mais d'une manière que nous avons voulue le plus prudente possible. C'est pourquoi nous avons pris l'usage linguistique comme point de départ, et ce même s'il fallait bien admettre qu'aucune analyse philosophique ne saurait matériellement se contenter d'y recenser, d'y observer des concepts normatifs sans pour ainsi dire « agir » sur eux, du moins en en proposant une interprétation se voulant le plus signifiante possible. Bien entendu, c'est sur l'analyse de l'usage des mots de la « reconnaissance » qu'allait s'ouvrir la phase proprement philosophique de notre enquête. Notre pari à cette étape était alors que le lexique, tout simplement, demeurerait à tout prendre le meilleur observatoire de l'usage linguistique. Or, avant nous, ce pari avait été celui de Paul Ricœur dans son *Parcours de la reconnaissance*²⁵. Nous devons donc pouvoir tirer profit de ces « trois études » de 2004, quitte à faire un détour par le lexique juridique spécialisé, dont nous dégagerions un concept préliminaire, prénormatif, d'« opération de reconnaissance » comme manière, pour un ordre juridique, de se rapporter à un autre. C'est ensuite par un retour à Ricœur, qui s'est quant à lui attaché à retracer le parcours philosophique de la reconnaissance, que, avec la thèse d'un « foyer hégélien », nous serions mis sur la piste normative de la « lutte pour la reconnaissance ». Voilà comment est venu, avant celui de se pencher sur les travaux d'Axel Honneth, le moment de restituer le contexte récent de ce qui passe communément pour la réactualisation d'une thématique hégélienne.

Ce moment fut donc celui d'un cinquième chapitre, au terme duquel une telle réactualisation nous est apparue comme ayant été favorisée à la fois par certaines intuitions de Habermas et par la problématique multiculturaliste. Jumelés, le multiculturalisme libéral et la

²⁵ P. RICOEUR, *Parcours de la reconnaissance. Trois études*, Paris, Stock, 2004.

politique de reconnaissance nous ont amené à formuler l'hypothèse d'une double lutte pour la protection juridique et pour la présomption de valeur d'ensemble des cultures juridiques autochtones. Le premier volet d'une telle lutte impliquait une notion de « droit à son droit », idée qui ne pouvait faire autrement que d'emporter à son tour celle d'une dualité de niveaux de juridicité. Son second volet introduisait quant à lui l'idée d'une « reconnaissance extrajuridique d'ordre juridique », ce qui pouvait notamment s'étendre à un projet d'intégration de l'étude introductive des cultures juridiques autochtones au sein du cursus juridique de premier cycle. Or, chez Taylor pas davantage que chez Habermas la reconnaissance ne dépasse-t-elle guère le stade de l'intuition. En plus d'approfondir l'intuition recognitiviste habermassienne, Honneth, du moins à un premier moment de sa trajectoire intellectuelle, insistera sur l'attention à prêter à la conflictualité dans le repérage des forces sociales d'émancipation.

Un sixième et dernier chapitre serait donc consacré à l'étude du chantier honnethien. Suivant une trajectoire semblable à celle de Habermas depuis la *Théorie de l'agir communicationnel*²⁶ à *Droit et démocratie*²⁷, l'accent mis par Honneth passe, depuis la *Lutte pour la reconnaissance*²⁸ au *Droit de la liberté*²⁹, d'un projet de sociologie critique à une théorie sociale, autrement dit du chantier d'une sociologie normative à une philosophie sociologique. Ce qui se perd lors de ce déplacement est effectivement, du moins en apparence, une attention particulière prêtée à la conflictualité. Bien plus problématique pour nos fins cependant est le fait que, contrairement à la méprise générale qui a structuré la réception angloaméricaine de ses travaux, ce n'est pas du tout en ayant à l'esprit la problématique multiculturaliste que, à peu près au même moment que Charles Taylor, Honneth s'attelait à la réactualisation systématique de l'argument recognitif hégélien.

Si la recherche dont suivent ici les résultats se présente d'abord comme une enquête philosophique relative à une problématique juridique, il faut savoir qu'elle se veut aussi une enquête ou, plus justement, une amorce d'enquête sur l'intérêt même de l'enquête philosophique

²⁶ J. HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel* (1981), trad. J.-M. Ferry (vol. 1) et J.-L. Schlegel (vol. 2), 2 vol., Paris, Fayard, 1987.

²⁷ J. HABERMAS, *Droit et démocratie : entre faits et normes* (1992), trad. R. Rochlitz et C. Bouchindhomme, Paris, Gallimard, 1997.

²⁸ A. HONNETH, *La Lutte pour la reconnaissance* (1992), trad. P. Rusch, Paris, Cerf, 2000.

²⁹ A. HONNETH, *Das Recht der Freiheit: Grundriß einer demokratischen Sittlichkeit* [*Le droit de la liberté : éléments d'une éthicité démocratique*], Berlin, Suhrkamp, 2011.

pour l'élucidation de problèmes juridiques complexes et, par extension, pour la recherche juridique.

PREMIÈRE PARTIE : problématique juridique

Chapitre 1. Le présent des traités : de l'extinction vers une difficile reconnaissance des droits ancestraux *

Un des principaux problèmes avec lesquels les Autochtones sont aux prises partout où ils peuvent se trouver dans le monde est qu'ils n'arrivent pas à s'entendre avec les États sur la délimitation de leurs territoires. Or, au Canada, le processus de négociation des revendications territoriales autochtones est sérieusement entravé par cet élément de la politique fédérale qui prévoit que les nations autochtones doivent, si elles veulent négocier avec l'État l'aménagement précis de leurs droits spéciaux sur certains territoires, envisager d'abandonner en retour la totalité ou une partie importante de leurs droits ancestraux. On comprend dès lors que, en suggérant une solution pleinement « reconnitive » des droits ancestraux à l'insécurité juridique dont ils peuvent autrement être la source, l'entente de principe avec quatre nations innues du Québec aurait pu permettre de débloquer le processus général de négociation ainsi que la venue d'une nouvelle génération de traités entre cet État et les nations autochtones.

Afin de bien exposer cette problématique, il s'agira dans un premier moment d'expliquer en quoi la conclusion de traités entre les États et les nations autochtones doit répondre à un besoin impérieux. Nous verrons ensuite la manière exacte dont la politique fédérale d'extinction des droits ancestraux se constitue en achoppement pour l'entente. Suivra un exposé des principaux rapports, critiques et tentatives hésitantes pour y remédier, puis une analyse des solutions de remplacement somme toute insuffisantes qui ont été d'abord retenues à l'occasion de la négociation de l'*Accord définitif Nisga'a* et de celle de l'*Accord Tliche* avant d'être reprises dans certains autres traités. Pour finir, il sera question de l'entente de principe qui a été

* Nous remercions *Les Cahiers de droit* de nous avoir autorisé à reproduire le contenu d'un article que nous avons fait paraître en leurs pages : « La proposition d'entente de principe avec les Innus : vers une nouvelle génération de traités ? », (2003) 44 *Les Cahiers de Droit* 395. Toutefois, celui-ci a finalement fait ici l'objet d'une mise à jour ainsi que d'une réécriture presque complète.

conclue le 31 mars 2004 avec les Innus de Mamuitun et de Nutashkuan et qui voulait jeter les bases d'un premier « traité moderne » qui fût pleinement « reconnaissant » de droits ancestraux.

Section 1. Du besoin impérieux de conclure des traités

Des travaux réalisés sous les auspices des Nations Unies ont rendu compte de l'importance capitale que revêt aux yeux des peuples autochtones la conclusion de traités avec les États³⁰. En 2000, le Rapporteur spécial auprès de la Sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme constatait que « le problème le plus important qui se pose aujourd'hui aux peuples autochtones est celui de la non-délimitation des terres autochtones par les États³¹ ». Comme solution à ce problème urgent, il se contentait pourtant essentiellement de recommander aux États de « promulguer une législation, y compris des mesures spéciales, à l'effet de reconnaître, délimiter et protéger les terres, les territoires et les ressources des peuples autochtones³² ». Or la conclusion d'accords sur le règlement de revendications globales, c'est-à-dire fondées sur des droits ancestraux³³, accords que la terminologie onusienne désigne par la locution « autres arrangements constructifs³⁴ » et que les autochtonistes canadiens appellent « traités modernes », peut représenter un mode privilégié de définition des droits des peuples

³⁰ Voir ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Conseil économique et social, Commission des droits de l'homme, Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, *Étude des traités, accords et autres arrangements constructifs entre les États et les populations autochtones. Rapport final de M. Miguel Alfonso Martínez, Rapporteur spécial* (« Rapport Martínez »), E/CN.4/Sub.2/1999/20 ; I. SCHULTE-TENCKHOFF, « L'Étude des Nations Unies sur les traités entre peuples autochtones et États », *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. 24, n° 4, 1994, p. 17 ; ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Conseil économique et social, Commission des droits de l'homme, Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, *Étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones. Rapport final de M. José Martínez Cobo, Rapporteur spécial* (« Rapport Cobo »), E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, vol. V.

³¹ ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Conseil économique et social, Commission des droits de l'homme, Sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, *Les peuples autochtones et leur relation à la terre. Document de travail final établi par le Rapporteur spécial, Mme Erica-Irène A. Daes* (« Rapport Daes »), E/CN.4/Sub.2/2000/25, par. 49 (voir aussi par. 125). Le rapport s'appuie sur R.A. WILLIAMS, « Encounters on the frontiers of international human rights law: redefining the terms of indigenous peoples' survival in the world », [1990] *Duke Law Journal* 981.

³² ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Conseil économique et social, Commission des droits de l'homme, Sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, *ibid.*, par. 140.

³³ Voir CANADA, Affaires indiennes et du Nord Canada, *Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones*, Ottawa, Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1993, p. 5 et s.

³⁴ Voir ORGANISATION DES NATIONS UNIES, *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, *infra* note 108, préambule ; « Rapport Martínez », *supra* note 30, par. 128-146. L'ONU hésite à qualifier de tels accords de « traités », car, contrairement aux « traités (en particulier les traités dits "historiques") », les arrangements constructifs [...] sont à proprement parler censés relever exclusivement de l'ordre interne » (par. 145).

autochtones³⁵. D'ailleurs, même lorsque la Cour interaméricaine des droits de l'homme, par exemple, a ordonné à un État de restituer des terres aux Autochtones, elle s'est refusée à se rendre jusqu'à la délimitation de celles-ci. « Les hauts magistrats ont [ainsi] reconnu les limites à la capacité institutionnelle d'un tribunal d'opérer la répartition ultime des terres et des ressources naturelles au sein des sociétés postcoloniales³⁶. »

Avantage considérable, la négociation d'un traité suppose par nature un degré de participation des Autochtones au travail de précision de leurs droits considérablement plus élevé que l'adoption d'une loi. Pour les Autochtones du Canada, il s'agit d'ailleurs de la précision de droits de statut supra législatif, puisqu'en 1982 leurs « droits ancestraux » ont été « reconnus et confirmés » par la Constitution de cet État³⁷. La modification constitutionnelle accordait du reste la même protection aux « droits issus de traités » des peuples autochtones, droits qui, depuis la modification constitutionnelle de 1983, comprennent explicitement ceux provenant d'accords de règlement de revendications territoriales ou « susceptibles d'être ainsi acquis³⁸ ». Aux termes d'un droit international coutumier émergent, relatif aux peuples autochtones et dérivé de ces droits de l'homme que sont la protection contre la discrimination, le droit à l'autodétermination et le droit de propriété, ces peuples doivent pouvoir prendre part à la définition précise des modalités d'exercice de leurs droits, notamment la délimitation de leurs territoires, et ce, en vertu d'un principe de consentement préalable, libre et éclairé³⁹.

Par ailleurs, on s'accorde généralement pour dire que, en regard de la conclusion de traités, la voie judiciaire n'est en principe tenue pour avantageuse ni par les gouvernements ni par les groupes autochtones⁴⁰. Il n'est aucunement surprenant que les parties préfèrent contrôler

³⁵ Au sujet de la conclusion de traités entre l'État canadien et les nations autochtones, voir not. S. GRAMMOND, *Les traités entre l'État canadien et les peuples autochtones*, Cowansville (Québec), Yvon Blais, 1995.

³⁶ G. OTIS, « Les réparations pour violation des droits des peuples autochtones : leçons de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », dans R.J. SHARPE et K. ROACH (dir.), *Taking Remedies Seriously / Les recours et les mesures de redressement : une affaire sérieuse*, Montréal, Canadian Institute for the Administration of Justice / Institut canadien d'administration de la justice, 2010, p. 257-277, à la page 276.

³⁷ *Loi constitutionnelle de 1982*, L.R.C. 1985, app. II, n° 44, art. 35(1).

³⁸ *Id.*, art. 35(3), ajouté par la *Proclamation de 1983 modifiant la Constitution* (TR/84-102).

³⁹ Voir not. F. DESMARAIS, « Le consentement préalable, libre et éclairé des peuples autochtones en droit international : la nécessité d'une redéfinition de son cadre conceptuel », (2006) 19:1 *Revue québécoise de droit international* 161.

⁴⁰ M. ASCH et N. ZLOTIN, « Affirming Aboriginal Title: A New Basis for Comprehensive Claims Negotiations », dans M. ASCH (dir.), *Aboriginal and Treaty Rights in Canada: Essays on Law, Equality, and Respect for Difference*,

le processus de définition de leurs droits respectifs plutôt que de s'en remettre à un tiers décideur. La plus grande souplesse qu'offre la négociation des revendications autochtones par rapport au forum judiciaire permet évidemment l'élaboration de solutions mieux adaptées⁴¹ à des problèmes qui s'inscrivent dans des situations toujours singulières et éminemment complexes. Il faut dire avec Renée Dupuis que « [l]a situation socioéconomique des Autochtones est tellement lamentable que les négociations représentent [aussi] pour eux une occasion d'obtenir les investissements massifs pour y remédier⁴² ». Enfin, la relation particulière avec l'État que suppose et symbolise la signature de tels documents fait en sorte que les traités conclus avec les Autochtones concourent à répondre au besoin de ceux-ci d'être reconnus comme formant des nations⁴³.

En somme, ainsi qu'en a bien pris acte la juge Deschamps dans l'arrêt *Beckman*, il en va du respect du processus de négociation de traité et, partant, des traités eux-mêmes, comme de « la capacité des peuples autochtones de prendre une part active à la définition de leurs droits constitutionnels spéciaux, du respect de leur autonomie de jugement⁴⁴ ». Et, si dans l'affaire *Perry* de 1997⁴⁵ la Cour d'appel de l'Ontario avait statué que l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'imposait pas à la Couronne l'obligation de négocier des traités de règlement de revendications de droits ancestraux, en 2004, en revanche, dans l'affaire de la *Nation haïda*, la Cour suprême du Canada a, dans des motifs unanimes rédigés par la juge en chef, affirmé que, [t]ant qu'un traité n'a pas été conclu, l'honneur de la Couronne exige la tenue de négociations menant à un règlement équitable des revendications autochtones⁴⁶ ».

Dans les années 1970, après que l'onde de choc provoquée par le double impact de la décision qu'a rendue la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Calder*⁴⁷ le 31 janvier 1973 et

Vancouver, University of British Columbia Press, 1997, p. 208, à la page 214 ; CANADA, *Rassembler nos forces. Le plan d'action du Canada pour les questions autochtones*, Ottawa, Affaires indiennes et du Nord Canada, 1997.

⁴¹ Par exemple, certains aspects du régime jurisprudentiel relatif aux droits ancestraux ont été pourfendus par des Autochtones. C'est le cas de la « limite intrinsèque » du titre aborigène, établie dans le jugement qu'a rendu la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010.

⁴² R. DUPUIS, *Quel Canada pour les Autochtones ? La fin de l'exclusion*, Montréal, Boréal, 2001, p. 154.

⁴³ Voir CANADA, Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, Ottawa, La Commission, 1996, vol. 2 : *Une relation à redéfinir*, p. 1139.

⁴⁴ *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, [2010] 3 R.C.S. 103, par. 106.

⁴⁵ *Perry v. Ontario*, 1997 CanLII 2004 (ONCA).

⁴⁶ *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, par. 20.

⁴⁷ *Calder et al. c. Procureur Général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313.

l'octroi, le 15 novembre de la même année, d'une injonction interlocutoire en faveur des Cris du Québec par la Cour supérieure⁴⁸ eut éveillé les autorités gouvernementales, celles-ci prirent acte de la nécessité pressante de circonscrire les droits spéciaux des Autochtones. D'entrée, l'État a préféré la passation d'accords comme moyen d'y parvenir. En effet, les deux événements sont à la source de la politique fédérale sur la négociation des revendications globales⁴⁹ et du premier « traité contemporain », la *Convention de la Baie-James et du Nord Québécois*⁵⁰.

On sait que les droits ancestraux ont été constitutionnellement reconnus et protégés en 1982. Depuis lors, la Cour suprême du Canada n'a pas hésité à rendre un peu plus tangibles les enjeux d'une telle protection. L'ex-juge en chef du Canada, Antonio Lamer, qui a rédigé les motifs principaux du jugement de la Cour suprême dans l'affaire *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*⁵¹, a eu l'occasion de s'expliquer au sujet de l'approche de la Cour en matière de droits ancestraux : « L'essentiel de ma conclusion [dans l'arrêt *Delgamuukw*] est l'avertissement que je donnais au gouvernement : laissez [tomber le recours aux] tribunaux et procédez donc par négociation⁵² ». L'ex-juge en chef du Canada tenait ainsi les politiques pour responsables, en partie du moins, de l'importance du contentieux relatif aux droits constitutionnels des peuples autochtones. Des travaux remis à la Commission royale sur les peuples autochtones ont rendu compte de ce que, face au manque d'engagement des gouvernements, les recours en justice représentent pour les Autochtones des moyens efficaces d'obtenir un plus grand pouvoir de

⁴⁸ *Gros-Louis c. Société de Développement de la Baie James*, [1974] R.P. 38, infirmé par la Cour d'appel du Québec une semaine plus tard, soit le 22 novembre 1973 : *Kanatewat et al. c. James Bay Corporation et al.*, (1973) 8 C.N.L.C. 414, autorisation d'en appeler refusée par la Cour suprême du Canada : *Kanatewat et al. c. Société de développement de la Baie James et al.*, [1975] 1 R.C.S. 48. Décision de la Cour d'appel au fond : *Société de développement de la Baie James c. Chef Robert Kanatewat et autres*, [1975] C.A. 166. Les parties ont préféré négocier un accord plutôt que de voir l'affaire être tranchée de manière ultime par la Cour suprême.

⁴⁹ La politique actuelle (*supra* note 33) est le résultat de révisions d'une politique énoncée à l'origine dans ses grandes lignes en 1973 (CANADA, Affaires indiennes et du Nord Canada, « Déclaration par l'honorable Jean Chrétien, ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, au sujet des revendications des Indiens et des Inuits », Ottawa, 8 août 1973), puis précisée dans un document publié en 1981 (CANADA, Affaires indiennes et du Nord Canada, *En toute justice : une politique des revendications autochtones*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1981).

⁵⁰ *Convention de la Baie-James et du Nord Québécois*, Québec, Publications du Québec, 1998 (conclue le 11 novembre 1975), en ligne : http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/index_f.html

⁵¹ *Supra* note 41.

⁵² A. LAMER, cité dans A.-R. NADEAU, « Le juge Lamer sur... », Montréal, *Le Devoir*, 11 janvier 2000. Pour des développements sur les causes du recours relativement fréquent aux tribunaux par les Autochtones, développements qui permettent de mieux comprendre les propos de l'ex-juge en chef, voir not. R. DUPUIS, *supra* note 42, p. 98-102. Pour d'autres sur les conséquences de cette conjoncture, voir *ibid.*, p. 131-133.

négociation⁵³. Une telle situation s'explique notamment par la stérilité avérée du mécanisme de conférences constitutionnelles qui était prévu aux parties crépusculaires IV et IV.1 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et qui devait permettre de régler les « questions constitutionnelles qui intéressent directement les peuples autochtones », dont celle de la « détermination et la définition » de leurs droits « à inscrire dans la Constitution⁵⁴ ».

Section 2. La politique d'extinction des droits ancestraux

En dépit de telles circonstances, le processus de négociation des revendications globales, sauf un déblocage certain en ce qui concerne les revendications du Nord, avance au ralenti. Plusieurs revendications sont en cours de négociation depuis trop d'années. D'autres, présentées pourtant il y a longtemps, n'ont toujours pas franchi l'étape de l'acceptation pour négociation⁵⁵. Il est vrai que ces négociations, d'ailleurs tripartites en raison du partage fédératif des compétences législatives, atteignent de hauts niveaux de complexité⁵⁶. Une constellation d'intérêts, qui varient sensiblement avec les cas, sont en jeu sur autant de questions. Considérons en outre que la Commission royale sur les peuples autochtones en est venue à la conclusion que le cadre institutionnel dans lequel ces négociations ont lieu « est généralement injuste, inefficace, laborieux et beaucoup trop coûteux », et qu'il « place clairement le ministère des Affaires

⁵³ ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *Rapport du Groupe de travail de l'Association du Barreau canadien sur les solutions de rechange au règlement des conflits : une perspective canadienne*, Ottawa, Association du Barreau canadien, 1989, plus spécialement aux pages 93-94. Ce rapport est mentionné dans CANADA, Commission royale sur les peuples autochtones, *supra* note 43, vol. 2 : *Une relation à redéfinir*, p. 625-626.

⁵⁴ *Loi constitutionnelle de 1982*, *supra* note 37, art. 37(2) et 37.1(2), abrogés respectivement par les art. 54 et 54.1.

⁵⁵ Voir CANADA, *Note d'information générale sur les politiques du Canada sur l'autonomie gouvernementale et les revendications territoriales et état actuel des négociations*, Ottawa, Affaires indiennes et du Nord Canada, janvier 2011, en ligne : <http://www.ainc-inac.gc.ca/fra/1100100031774>

⁵⁶ Sur la portée de ces négociations, voir not. M.L. STEVENSON, « Visions de certitude : question d'hypothèses », dans CANADA, Commission du droit du Canada (dir.), *Parlons franchement à propos des traités*, Ottawa, Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux Canada, 2001, p. 123, à la page 132 ; R. DUPUIS, *supra* note 42, p. 144-159 ; R. DUPUIS, *Tribus, peuples et nations : les nouveaux enjeux des revendications autochtones au Canada*, Montréal, Boréal, 1997, p. 73 ; CANADA, Commission royale sur les peuples autochtones, *supra* note 43, vol. 2 : *Une relation à redéfinir*, p. 81 et s. En vertu de l'article 91.24 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, L.R.C. 1985, annexe II, n° 5, qui traite des « Indiens » et des « terres réservées pour les Indiens », c'est le pouvoir fédéral qui est compétent en matière de spécificité autochtone. Voir à ce sujet S. GRAMMOND, *Aménager la coexistence : les peuples autochtones et le droit canadien*, Bruxelles/Cowansville (Québec), Bruylant/Yvon Blais, 2003, p. 361-377 ; P.W. HOGG, *Constitutional law of Canada*, éd. à feuilles mobiles, Scarborough (ON), Carswell, 1992, chap. 27 ; J. WOODWARD, *Native law*, éd. à feuilles mobiles, Toronto, Carswell, 1989, chap. 3-4. Ces deux ouvrages présentent systématiquement la jurisprudence sur cette question.

indiennes en situation de conflit d'intérêts, puisqu'il est à la fois agent de financement, avocat de la défense, juge et jury⁵⁷ ».

Il n'empêche que chaque fois les parties poursuivent essentiellement les mêmes fins. La nation autochtone et les gouvernements cherchent alors à remédier à l'insécurité juridique générée par les lacunes de la délimitation des droits ancestraux par le droit canadien, insécurité qui menace constamment la paix et qui, en fin de compte, gêne l'épanouissement de tous les habitants de ce pays. Ainsi que le rappelle Jean-Paul Lacasse, tous recherchent donc la certitude⁵⁸.

D'après leur « éthique de partage » les Autochtones admettraient tout aussi bien que l'État le principe du respect des intérêts légitimes des tiers⁵⁹. En droit positif canadien cependant, on peut difficilement parler à coup sûr de « droits » des tiers sur des terres couvertes par un titre aborigène qui n'a jamais été éteint ni restreint dans son exercice de manière régulière. À la lumière de la pratique judiciaire actuelle cependant, il est raisonnable de s'attendre à ce que les collectivités autochtones qui s'adresseront aux tribunaux pour obtenir la restitution de terres occupées par des propriétaires privés en violation de leurs droits ancestraux soient plutôt redirigées vers une demande en dommages-intérêts contre l'État⁶⁰. Voilà qui se situerait en deçà de la protection accordée aux peuples autochtones par la Cour interaméricaine des droits de l'homme⁶¹, dont nous verrons plus loin que la jurisprudence intéresse indirectement le Canada qui n'a toujours pas signé la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*⁶². Le projet de déclaration de l'OEA comme la déclaration de l'ONU sur les droits des peuples autochtones,

⁵⁷ CANADA, Commission royale sur les peuples autochtones, *supra* note 43, vol. 2 : *Une relation à redéfinir*, p. 470.

⁵⁸ J.-P. LACASSE, *Les Innus et le Territoire : Innu Tipenitamun*, Sillery (Québec), Septentrion, 2004, p. 220.

⁵⁹ Voir à ce sujet M. ASCH et N. ZLOTIN, *supra* note 40, p. 216.

⁶⁰ Voir à ce sujet *Skeetchestn Indian Band v. British Columbia (Registrar of Land Titles)*, [2000] 10 W.W.R. 222 / [2001] 1 C.N.L.R. 310 ; *Chippewas of Sarnia Band v. Canada (Attorney General)*, (2000) 195 D.L.R. (4th) 135 / [2001] 1 C.N.L.R. 56 (permission d'en appeler refusée par la Cour suprême du Canada : [2001] SCCA No. 63 (Quicklaw)). À notre sens, cette conclusion vaut tout autant pour les terres occupées par des propriétaires privés en violation de droits autochtones issus de traité, et ce, bien que la restitution soit en principe admise par la politique fédérale sur cette catégorie de revendications qu'elle appelle « revendications particulières ». Voir à ce sujet CANADA, *Politique sur les revendications particulières et Guide sur le processus de règlement*, Ottawa, Affaires indiennes et du Nord Canada, 2009, en ligne : <http://www.ainc-inac.gc.ca/fra/1100100030501>

⁶¹ Voir G. OTIS, *supra* note 36 ; K. RINALDI, « Le droit des populations autochtones et tribales à la propriété dans le système interaméricain de protection des droits de l'homme », dans L. HENNEBEL et H. TIGROUDJA (dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*, Paris, Pedone, p. 215-250, aux pages 236-239.

⁶² *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, *infra* note 128.

sur lesquels nous reviendrons, font pour leur part état d'un droit à une indemnisation juste et équitable lorsque la restitution est impossible⁶³.

Quoi qu'il en soit de cette dernière question, il est un obstacle majeur qui depuis trop longtemps empêche le processus de négociation des revendications globales de répondre aux attentes qu'il a créées à juste titre. Il s'agit de cet élément de la politique fédérale qui « demande aux groupes autochtones d'abandonner les droits ancestraux qu'ils peuvent détenir à l'égard des terres ou des ressources en échange des droits et des autres avantages qui sont énoncés dans l'entente de règlement⁶⁴ ». Cet élément, connu sous l'expression « politique d'extinction des droits ancestraux », constitue en fait le soubassement même de la politique fédérale sur les revendications globales⁶⁵. L'objectif ainsi poursuivi par l'État est de purger une situation de l'incertitude générée par « le principe de common law des droits et des titres ancestraux⁶⁶ ». Relevons déjà que la politique ne correspond plus exactement à l'état du droit, puisque la Cour suprême a précisé à l'occasion de l'affaire *Delgamuukw c. Colombie-Britannique* que « la constitutionnalisation par le par. 35(1) des droits ancestraux reconnus en common law ne signifie pas que ces droits épuisent le contenu de cette disposition⁶⁷ ». Or c'est pour de multiples raisons que les communautés autochtones refusent en principe de signer des traités comportant des clauses extinctives de leurs droits ancestraux⁶⁸. Disons pour résumer que dans l'esprit des nations autochtones, ce qui est alors négociable, ce sont précisément les façons dont elles exerceront leurs droits⁶⁹. Partant, la plupart des négociations « achoppent au moins sur ce point majeur⁷⁰ ». Au sujet des accords qui ont été conclus en conformité avec la politique fédérale, il pourrait même être spécieux de parler d'un consentement à l'échange ou à l'abandon des droits ancestraux.

⁶³ Voir *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, *infra* note 108, art. 28, et *Record of the current status of the Draft American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, *infra* note 121, art. XII(2).

⁶⁴ CANADA, Affaires indiennes et du Nord Canada, *supra* note 33, p. 10.

⁶⁵ Voir *id.*, p. 5.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, *supra* note 41, par. 136.

⁶⁸ Voir M. ASCH et N. ZLOTIN, *supra* note 40, p. 208 ; A. LAJOIE, *Conceptions autochtones des droits ancestraux au Québec*, Montréal/Paris, Thémis/LGDJ, 2008, p. 67.

⁶⁹ UNION OF BRITISH COLUMBIA INDIAN CHIEFS, *Treaty-Making and Title: A Non-Extinguishment Alternative for Settling the Land Question in British Columbia*, Discussion Paper no. 1, 1989, p. 23, cité dans *ibid.*, p. 217.

⁷⁰ R. DUPUIS, *Tribus, peuples et nations : les nouveaux enjeux des revendications autochtones au Canada*, *supra* note 56, p. 74.

Généralement, le désaccord porte aussi sur un autre élément de la politique fédérale. Cet élément présente un rapport certain avec la politique d'extinction des droits ancestraux, mais on s'abuse souvent à le confondre avec elle. Nous voulons parler ici de cette ligne de conduite que s'est manifestement donnée le gouvernement fédéral en cherchant systématiquement à signer des accords définitifs. La brochure du ministère canadien des Affaires indiennes et du Nord n'envisage bien à cet égard que la conclusion de « traités modernes qui fournissent une définition [...] sûre et durable des droits aux terres et aux ressources⁷¹ ». En fait, c'est surtout des dispositions des traités modernes qui ont été conclus jusqu'à maintenant que se déduit la politique fédérale de conclusion d'accords définitifs, dans la mesure où ces dispositions ne prévoient pas de mécanismes de réexamen du traité.

La logique de la politique fédérale est la suivante : avec l'extinction des droits ancestraux, il n'y a plus de litige possible sur cette question, et donc plus besoin de négocier, ni en neuf ni de manière complémentaire. Les « traités modernes » souhaités par la politique fédérale peinent à être plus que d'énormes contrats réglant des contestations à naître ou mettant un terme à des procédures judiciaires, c'est-à-dire de gigantesques transactions. Or rien n'empêche de concevoir tant des accords « extinctifs » des droits ancestraux prévoyant les conditions et modalités de leur révision que des accords « reconnaîtifs » des droits ancestraux qui soient intangibles. Il ne faudrait pas non plus assimiler « accord complet » à « accord définitif ». Au demeurant, les notions d'extinction des droits ancestraux, d'accord définitif et d'accord complet, elles-mêmes différentes les unes des autres, ne devraient pas être identifiées à celle d'« accord sûr ». Au sujet de cette dernière notion, nous avons dit que la partie autochtone cherche, elle aussi, la sécurité juridique en ce qui a trait à ses droits ancestraux. On peut également présumer que le respect des traités valablement conclus compte au moins autant pour les Autochtones que pour les États⁷². La politique fédérale de conclusion d'accords sûrs ne constitue donc pas un objet de mécontentement. Il nous semble par ailleurs difficile de nier que

⁷¹ CANADA, Affaires indiennes et du Nord Canada, *supra* note 33, p. 5.

⁷² Il existe une littérature abondante sur les problèmes qu'engendre l'irrespect des traités conclus avec les nations autochtones de la part des États. Au Canada, cette réalité représente l'une des raisons d'être de la politique fédérale sur les revendications dites « particulières ». À ce sujet, voir : CANADA, Affaires indiennes et du Nord Canada, *supra* note 33, p. iii-v et 19 et s. C'est parce que l'irresponsabilité des États est si fréquente que l'ONU a commandé des études sur les traités conclus avec les peuples autochtones (voir *supra* 30).

l'établissement par traité d'une sécurité juridique exige de celui-ci qu'il tende vers la complétude. C'est surtout au sujet de l'extinction des droits ancestraux et du caractère définitif de l'accord que les parties s'opposent.

Mentionnons d'ores et déjà que nous partageons l'avis de ceux qui affirment que les traités modernes conclus avec les nations autochtones « ne sont pas des contrats de droit des biens, [mais] des documents constitutionnels décrivant les relations entre les parties », et que, « [b]ien qu'il y ait un besoin de certitude, il existe [également] un besoin [...] de souplesse pour permettre à ces relations de s'épanouir et d'évoluer avec le temps⁷³ ». Les accords sur revendication de droits ancestraux devraient en effet être considérés pour ce qu'ils sont, à savoir des traités constitutionnels, des accords politiques officiels sur l'aménagement de la coexistence de différentes nations sur un même territoire ; il est à notre sens non pertinent de tenter de les appréhender en tant que transactions. De nouveau, nous nous accordons avec Renée Dupuis lorsqu'elle affirme que « [l]es Autochtones doivent tenter de conclure des accords « ouverts », c'est-à-dire qu'ils doivent éviter que leurs droits ne soient encadrés dans un accord définitif⁷⁴ ». Nous trouvons donc légitime l'approche autochtone dite de « *treaty-making* », qui privilégie la négociation soutenue de traités. En effet, les peuples autochtones conçoivent les traités tant « historiques » que « modernes », non pas comme des « contrats figés », mais comme un moyen d'établir entre eux et la Couronne des relations politiques et juridiques évolutives⁷⁵.

Prévu à certaines conditions, le réexamen d'un traité — ce qui signifie que pour le mettre à jour et le bonifier on ne se contente pas de le compléter mais qu'on le revoit également — ne congédie aucunement l'impératif de sécurité juridique. De l'avis de la Commission royale sur les peuples autochtones, il est de « l'essence [même] des traités [que] de créer des relations permanentes, susceptibles d'évoluer, de changer et d'être précisées, suivant le désir des parties⁷⁶ ». Il est cependant impératif que les traités conclus avec les peuples autochtones puissent être révisés d'une manière qui soit efficace et équitable, ce qui suppose un certain équilibre du pouvoir de négociation respectif des parties de même que la possibilité, dans les cas d'impasse, de soumettre le différend à l'arbitrage.

⁷³ M.L. STEVENSON, *supra* note 56, p. 132.

⁷⁴ R. DUPUIS, *supra* note 42, p. 154.

⁷⁵ M. ASCH et N. ZLOTKIN, *supra* note 40, p. 216.

⁷⁶ CANADA, Commission royale sur les peuples autochtones, *supra* note 43, vol. 2 : *Une relation à redéfinir*, p. 90.

La politique fédérale d’extinction des droits ancestraux gêne donc gravement et depuis trop longtemps le processus de négociation de ces traités modernes que sont les accords de règlement de revendication territoriale globale, traités dont la conclusion s’élève pourtant en besoin impérieux. Certains efforts cependant ont été déployés qui visaient à son dépassement.

Section 3. Les critiques, rapports et hésitations

La politique fédérale d’extinction des droits ancestraux a fait l’objet de nombreuses critiques émanant de divers milieux. Nonobstant les modifications timides qu’on a pu lui apporter, la politique fédérale sur les revendications territoriales autochtones demeure, tout bien considéré, largement extinctive des droits ancestraux.

Dès 1978, le Québec s’engageait auprès des Autochtones à ne plus faire de l’abandon de leurs droits ancestraux la condition d’un accord. « En pratique, toutefois, la position du Québec n’était pas déterminante tant que le gouvernement fédéral maintenait son exigence⁷⁷ », car c’est le pouvoir fédéral qui est compétent en matière de spécificité autochtone⁷⁸. Le poids des doléances a conduit ce dernier à former un Groupe d’étude de la politique des revendications globales. Le Groupe a remis son rapport en 1985⁷⁹, rapport à l’origine de la révision de la politique de 1986⁸⁰. Depuis cette révision,

un groupe requérant peut choisir de conserver, après le règlement des revendications, les droits ancestraux qu’il peut détenir à l’égard des terres, dans la mesure où ces droits ne sont pas incompatibles avec l’entente de règlement. La politique garantit également que les droits ancestraux qui ne sont pas liés aux terres et aux ressources ou à d’autres points négociés ne seront pas touchés par l’échange des droits dans le règlement négocié⁸¹.

La politique de 1986 reconduit donc l’essentiel de la logique de l’échange des droits. L’abandon des droits a cessé d’être une règle absolue pour devenir un principe admettant une exception, leur conservation.

⁷⁷ R. DUPUIS, *supra* note 42, p. 105-106.

⁷⁸ Voir *supra* note 56.

⁷⁹ CANADA, Affaires indiennes et du Nord Canada, *Traités en vigueur : ententes durables*, Rapport du Groupe d’étude de la politique des revendications globales, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1985. Le rapport est aussi connu sous l’appellation « Rapport Coolican », du nom du président du Groupe d’étude.

⁸⁰ CANADA, Affaires indiennes et du Nord Canada, *Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones*, Ottawa, Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1986.

⁸¹ CANADA, Affaires indiennes et du Nord Canada, *supra* note 33, p. 10.

La politique de 1981⁸² énonçait que les accords devaient porter sur « tous les aspects voulus pour éviter que la revendication puisse être représentée plus tard⁸³ ». Ainsi, tous les droits ancestraux devaient pouvoir faire l'objet de l'échange. Ce souci de tarissement avait animé la négociation de la *Convention de la Baie-James et du Nord Québécois*, dont l'article 2.1 stipule que :

En considération des droits et des avantages accordés aux présentes aux Cris de la Baie James et aux Inuits du Québec, les Cris de la Baie James et les Inuits du Québec cèdent, renoncent, abandonnent et transportent par les présentes tous leurs revendications, droits, titres et intérêts autochtones, quels qu'ils soient, aux terres et dans les terres du Territoire [couvert par la Convention] et du Québec, et le Québec et le Canada acceptent cette cession⁸⁴.

L'article 2.6 (modifié par la convention complémentaire n° 2, a. 2) prévoyait que la législation fédérale de mise en œuvre la Convention éteindrait les droits ancestraux, ce qui a été fait en 1977 – avant que les droits des peuples autochtones ne soient reconnus et confirmés par la Constitution. L'article 3(3) de la *Loi sur le règlement des revendications des autochtones de la Baie James et du Nord québécois* a éteint « tous les revendications, droits, titres et intérêts autochtones, quels qu'ils soient, aux terres et dans les terres du Territoire [couvert par la Convention], de tous les Indiens et de tous les Inuit, où qu'ils soient⁸⁵ ». La disposition ne s'est donc pas limitée à l'extinction des droits de ceux qui les avaient d'abord prétendument cédés, d'où le litige actuel avec les Attikameks et certaines communautés innues qui contestent l'extinction unilatérale de leurs droits sur le territoire couvert par la Convention sur la base de certaines dispositions du décret impérial de 1870 relatif au transfert de la Terre de Rupert et du Territoire du Nord-Ouest⁸⁶. Ce décret a été pris en vertu de l'article 146 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et prévoit le droit des Indiens d'être indemnisés, « par le gouvernement canadien de concert avec le gouvernement impérial », pour la réquisition de leurs terres aux fins de la colonisation », que, « lors du transfert des territoires en question au gouvernement du Canada, il sera procédé, selon les principes d'équité qui ont toujours guidé la couronne

⁸² Voir *supra* note 49.

⁸³ CANADA, Affaires indiennes et du Nord Canada, *En toute justice : une politique des revendications autochtones*, *supra* note 49, p. 19.

⁸⁴ *Convention de la Baie-James et du Nord Québécois*, *supra* note 50, art. 2.1.

⁸⁵ *Loi sur le règlement des revendications des autochtones de la Baie James et du Nord québécois*, S.C. 25-26 Eliz. II, c. 32, art. 3(3).

⁸⁶ Atikamekw - CSM 500-17-018678-030 ; Innus de Betsiamites - CSM 500-17-018685-035 ; Innus de Uashat - CSQ 200-17-007196-036. D'autres communautés innues et algonquines avaient elles aussi pris un tel recours mais se sont depuis désistées.

britannique dans ses rapports avec les autochtones, à l'examen et au règlement des demandes d'indemnisation présentées par les tribus indiennes au sujet des terres nécessaires à la colonisation » et qu'il « incombera [au Canada] de prendre les mesures voulues pour la protection des tribus indiennes concernées quant à leurs intérêts et leur bien être⁸⁷ ».

Relevons le fait que l'abandon et l'extinction subséquente ne concernent que les droits « aux terres et dans les terres » ou « à l'égard des terres ». On retrouvera la formule dans la *Convention du Nord-Est québécois*⁸⁸, par laquelle les Naskapis adhéraient au régime de la *Convention de la Baie James et du Nord québécois*. L'abandon s'étendra parfois aux droits sur les « zones extracôtières contiguës⁸⁹ ». Les Cris du Québec, par exemple, peuvent donc affirmer qu'une partie seulement de leurs droits a pu être éteinte par suite de leur signature de la convention de la Baie James. « D'après eux, toute une panoplie de droits ancestraux subsistent en leur faveur, dont le droit inhérent de se gouverner, puisqu'ils ne les ont pas cédés explicitement en 1975 et que ces droits sont désormais reconnus et protégés par la Constitution⁹⁰. » Dans sa politique de 1986, le gouvernement fédéral annonçait clairement qu'il ne demanderait plus aux Autochtones de renoncer à la totalité de leurs droits ancestraux, et qu'il n'exigerait plus d'eux que l'abandon de tels droits portant sur des matières prévues au traité.

Là où la politique de 1986 voulait vraiment innover, c'est dans l'annonce que les autres droits ancestraux qui allaient pouvoir être épargnés par l'échange seraient ceux « détenus à l'égard des terres », mais « dans la mesure » de leur compatibilité avec l'accord. Eu égard au fait que l'objectif de sécurité juridique oriente de tels accords dans le sens d'une définition exhaustive des droits spéciaux de la partie autochtone, l'hypothèse qu'un droit ancestral à la terre au contenu autre que tout ce qui est prévu à l'accord puisse néanmoins être « compatible » avec ce dernier nous semble purement théorique. À notre avis, la seule conservation de droits

⁸⁷ *Order of Her Majesty in Council admitting Rupert's Land and the North-Western Territory into the Union*, dated the 23rd day of June 1870, trad. fr. du ministère canadien de la Justice.

⁸⁸ *Convention du Nord-Est québécois*, Ottawa, 1984 (conclue le 31 janvier 1978), en ligne : http://www.collectionscanada.gc.ca/webarchives/20071115095342/http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/que/neqa_f.html, art. 2.1.

⁸⁹ *La revendication de l'Arctique de l'Ouest : convention définitive des Inuvialuit*, Ottawa, 1984 (conclue le 5 juin 1984), en ligne : http://www.collectionscanada.gc.ca/webarchives/20071115101820/http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/inu/wesar_f.html, art. 3(4).

⁹⁰ R. DUPUIS, *supra* note 42, p. 106-107.

ancestraux qui était alors utilement envisagée était celle de droits « à la terre » dans la mesure de leur identité avec tout ou partie du contenu des droits prévus à l'accord.

Sauf cette dernière exception de tolérance des fragments de droits fonciers « compatibles » avec elle pour être identiques à au moins une partie de son contenu, l'entente sur une matière, que ce soit dans le cadre d'un premier accord compréhensif ou d'un accord complémentaire, devait conférer des droits et avantages spéciaux en remplacement des droits ancestraux. En somme, la politique de 1986 rectifiait donc le tir en annonçant des échanges plus orthodoxes. En effet, il n'y a pas, dans le cadre d'un échange, de cession sans contrepartie, tout comme il n'y a pas lieu d'échanger des choses identiques. L'objectif demeurait le même, soit le remplacement des droits ancestraux, considérés d'une teneur incertaine, par des droits et autres « avantages » définis plus clairement dans un traité.

Lorsque la politique fédérale sur les revendications autochtones a été révisée en 1993, aucune modification n'a été apportée relativement à l'échange des droits comme moyen d'établissement de la sécurité juridique. Si c'est près d'une dizaine d'accords conclus depuis 1986 – plus précisément depuis 1993 – qui l'ont été conformément à cette politique⁹¹, d'autres

⁹¹ *Entente définitive de la Première nation de Kluane*, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2003 (conclue le 18 octobre 2003), art. 2.5.1.1 et 2.5.1.2 ; *Entente définitive du Conseil des Tlingits de Teslin*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1993 (conclue le 29 mai 1993), art. 2.5.1.1 et 2.5.1.2 ; *Entente définitive de la Première nation des Nacho Nyak Dun*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1993 (conclue le 29 mai 1993), art. 2.5.1.1 et 2.5.1.2 ; *Entente définitive des Premières nations de Champagne et de Aishihik*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1993 (conclue le 29 mai 1993), art. 2.5.1.1 et 2.5.1.2 ; *Entente définitive de la Première nation des Gwitchin Vuntut*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1993 (conclue le 29 mai 1993), art. 2.5.1.1 et 2.5.1.2 ; *Entente définitive de la Première nation de Selkirk*, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1998 (conclue le 21 juillet 1997), art. 2.5.1.1 et 2.5.1.2 ; *Entente définitive de la Première nation de Little Salmon/Carmacks*, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1998 (conclue le 21 juillet 1997), art. 2.5.1.1 et 2.5.1.2 ; *Entente définitive des Tr'ondëk Hwëch'in*, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1998 (conclue le 16 juillet 1998), art. 2.5.1.1 et 2.5.1.2 ; *Entente définitive du conseil des Ta'an Kwach'an*, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2001 (conclue le 13 janvier 2002), art. 2.5.1.1 et 2.5.1.2 ; *Entente définitive de la Première nation de Kluane*, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2003 (conclue le 18 octobre 2003), art. 2.5.1.1 et 2.5.1.2 ; *Entente définitive de la Première nation des Kwanlin Dun*, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2004 (conclue le 19 février 2005), art. 2.5.1.1 et 2.5.1.2 ; *Entente définitive de la Première nation de Carcross-Tagish*, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2005 (conclue le 22 octobre 2005), art. 2.5.1.1 et 2.5.1.2. Ces ententes ont toutes été conclues aux termes de l'Accord-cadre définitif entre le gouvernement du Canada, le Conseil des Indiens du Yukon et le gouvernement du Yukon, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1993 (conclue le 29 mai 1993) (voir plus spécialement les art. 2.5.1.1 et 2.5.1.2). Ces ententes de même que l'accord-cadre sont accessibles en ligne : *supra* note 50. Les seuls droits ancestraux auxquels ces ententes prévoient la renonciation sont ceux à l'égard des terres et des eaux, dans la mesure de leur incompatibilité avec les dispositions de l'entente, ainsi que certains droits ancestraux concernant les

ont retenu soit l'ancienne formule⁹², soit des solutions inédites au problème de l'insécurité juridique, ainsi qu'on le verra. Car la rigueur de la politique fédérale d'extinction des droits ancestraux a commencé de céder sous la pression des critiques, si bien qu'on est aujourd'hui fondé de se demander si la négociation par le gouvernement fédéral de dispositions relatives à la sécurité juridique dans le cadre du règlement d'une revendication territoriale autochtone globale répond toujours à une politique.

En 1994, soit deux ans avant la production de son rapport final, la Commission royale sur les peuples autochtones faisait paraître, en raison de l'urgence du problème, un rapport spécial sur la politique fédérale d'extinction des droits ancestraux⁹³. La même année, le ministre canadien des Affaires indiennes et du Nord nommait un enquêteur spécial dont la tâche comprenait l'étude de nouvelles façons de rendre certain le statut juridique des terres et des ressources qui sont objets de droits ancestraux. En conclusion de son rapport, l'enquêteur spécial suggérait à son tour une solution de remplacement⁹⁴. Quatre ans plus tard, le Vérificateur général du Canada recommandait dans son rapport annuel que le gouvernement « [donne] suite à l'engagement qu'il a pris d'étudier des méthodes autres que celle de la renonciation aux droits et aux titres ancestraux par mesure de cession ou d'extinction⁹⁵ ».

Aussi faut-il rappeler qu'en mars 1996 un séminaire d'experts avait été organisé par l'ONU à Whitehorse sur la question des revendications territoriales autochtones, et que cette réunion s'était notamment conclue sur la condamnation du principe de l'extinction du « titre foncier autochtone⁹⁶ ». Remis à l'ONU en 1999, le « Rapport Martínez » évoquait quant à lui

terres, les eaux ou les mines et minéraux, sans égard à la question de leur éventuelle compatibilité avec ces mêmes dispositions.

⁹² *Accord sur les revendications territoriales du Nunavut*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1993 (conclu le 25 mai 1993), art.2.7.1a) ; *Entente sur la revendication territoriale globale des Dénés et Métis du Sahtu*, 2 vol., Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1993 (conclue le 6 septembre 1993), art. 3.1.11. L'accord et l'entente sont accessibles en ligne : *supra* note 50.

⁹³ CANADA, Commission royale sur les peuples autochtones, *Conclure des traités dans un esprit de coexistence : une solution de rechange à l'extinction du titre ancestral*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1994.

⁹⁴ CANADA, Affaires indiennes et du Nord Canada, *Le Canada et les peuples autochtones : un nouveau partenariat*, Rapport de l'hon. A.C. Hamilton, 1995, p. 107-123.

⁹⁵ CANADA, Vérificateur général, « Commentaires d'introduction au Comité des comptes publics », Chapitre 14 – Affaires indiennes et du Nord Canada – Revendications territoriales globales, 24 novembre 1998, en ligne : http://www.oag-bvg.gc.ca/domino/other.nsf/html/pa14_f.html

⁹⁶ ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Conseil économique et social, Commission des droits de l'homme, Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, *Rapport du Séminaire*

dans ses conclusions la question des politiques étatiques prévoyant l'extinction des droits ancestraux comme condition du règlement des revendications autochtones. De l'avis du Rapporteur spécial,

[i] rest[ait] à analyser dans quelle mesure l'existence de ces « points non négociables » (« comme le principe selon lequel l'extinction de ce qu'on appelle les droits autochtones sur les terres est la condition du règlement des revendications autochtones ») – s'ils sont imposés par les négociateurs de l'État – compromet la validité non seulement des accords déjà conclus mais [aussi] des accords à venir. Le libre consentement des peuples autochtones, qui est indispensable pour que ces accords aient une valeur juridique, risque d'être singulièrement compromis par cette forme de contrainte particulièrement efficace⁹⁷.

Déposé devant la même organisation l'année suivante, le « Rapport Daes » faisait état de ce que, concernant le Canada, « le sujet de préoccupation le plus souvent évoqué, tant par les groupes autochtones que par les organes de surveillance des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies, concern[ait] la poursuite par [cet État] de sa politique d'extinction des titres autochtones⁹⁸ ».

En 1999, le Comité des droits de l'homme de l'ONU exhortait le Canada à mettre un terme à sa « pratique consistant à éteindre les droits naturels des autochtones [...] parce qu'elle est incompatible avec l'article premier » du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*⁹⁹. L'article en question prévoit que :

1. Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel.
2. Pour atteindre leurs fins, tous les peuples peuvent disposer librement de leurs richesses et de leurs ressources naturelles, sans préjudice des obligations qui découlent de la coopération économique internationale, fondée sur le principe de l'intérêt mutuel, et du droit international. En aucun cas, un peuple ne pourra être privé de ses propres moyens de subsistance.
3. Les États parties au présent Pacte, y compris ceux qui ont la responsabilité d'administrer des territoires non autonomes et des territoires sous tutelle, sont tenus de faciliter la réalisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, et de respecter ce droit, conformément aux dispositions de la Charte des Nations Unies¹⁰⁰.

d'experts des Nations Unies sur les expériences concernant les droits et titres fonciers autochtones, Whitehorse (CA), 24-28 mars 1996, E/CN.4/sub.2/AC.4/1996/6.

⁹⁷ ORGANISATION DES NATIONS UNIES, « Rapport Martínez », *supra* note 30, par. 302.

⁹⁸ ORGANISATION DES NATIONS UNIES, *supra* note 31, par. 101.

⁹⁹ ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Comité des droits de l'homme, *Observations finales du Comité des droits de l'homme : Canada*, CCPR/C/79/Add.105, 7 avril 1999, par. 8. Au sujet du droit supranational des Autochtones, voir not. : S.J. ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law*, 2^e ed., New York/Oxford, Oxford University Press, 2004 ; *International Human Rights and Indigenous Peoples*, New York, Aspen, 2009 ; J. GILBERT, *Indigenous Peoples' Land Rights under International Law: from victims to actors*, Ardsley (NY), Transnational Publishers, 2006.

¹⁰⁰ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, ONU, 16 décembre 1966, (1976) 999 R.T.N.U. 171 (entrée en vigueur : 23 mars 1976 ; adhésion du Canada : 19 mai 1976), article premier.

S'il était vrai que la politique fédérale d'extinction des droits ancestraux enfreigne cet article – de formulation très générale – du Pacte, il y aurait alors de fortes chances qu'elle ne soit pas davantage conforme à la *Convention (no 169) concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants*¹⁰¹. Dans cette convention signée sous l'égide de l'OIT, les parties stipulent qu'« il incombe aux gouvernements, avec la participation des peuples intéressés, de développer une action coordonnée et systématique en vue de protéger les droits de ces peuples et de garantir le respect de leur intégrité¹⁰² », et que « cette action doit comprendre des mesures visant à promouvoir la pleine réalisation des droits sociaux, économiques et culturels de ces peuples, dans le respect de leur identité sociale et culturelle, de leurs coutumes et traditions et de leurs institutions¹⁰³ ». Le Canada n'est pas partie à la Convention n° 169. Toutefois, la Cour suprême du Canada a souvent reconnu l'autorité de source matérielle et interprétative de droit interne, non seulement aux traités ratifiés par le Canada (sans avoir pour autant été incorporés à son droit interne)¹⁰⁴, mais aussi aux « valeurs exprimées » par le droit et la communauté internationaux¹⁰⁵, la plus haute cour au pays parlant parfois indifféremment des deux¹⁰⁶.

La *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, enfin adoptée par résolution de l'Assemblée générale le 13 septembre 2007 au terme de plus de vingt ans de travaux, va plus loin¹⁰⁷. Son article 5 énonce que :

¹⁰¹ ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, Bureau international du Travail, *Convention (no 169) concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants*, *Bulletin officiel*, 27 juin 1989, vol. LXXII (1989), Série A, n° 2, p. 63-74 (entrée en vigueur : 5 septembre 1991 ; toujours pas ratifiée par le Canada). À ce sujet, voir not. I. SCHULTE-TENCKHOFF, *La question des peuples autochtones*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 1997, p. 125-132.

¹⁰² *Id.*, art. 2.1.

¹⁰³ *Id.*, art. 2.1, al. 2b).

¹⁰⁴ *Health Services and Support - Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, [2007] 2 R.C.S. 391, au paragraphe 70 – qui ne concerne cependant que la *Charte* ; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, *Daniels c. White*, [1968] R.C.S. 517 ; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, par. 31.

¹⁰⁵ *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, par. 175-176 ; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 70.

¹⁰⁶ *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, [2011] 2 R.C.S. 3, par. 75 ; *R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292, par. 53.

¹⁰⁷ Au sujet de la Déclaration et de l'histoire de son adoption, voir not. G. COURCHESNE, « Interprétation excessive ou crainte fondée : pourquoi le gouvernement canadien rejette la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* », (2010) 40 *Revue générale de droit* 97 ; M. DAVIS, « Indigenous Struggles in Standard-Setting: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples », (2008) 9:2 *Melbourne Journal of International Law* 439 ; J. GILBERT, « Indigenous Rights in the Making: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples », (2007) 14 *International on Minority and Group Rights* 207 ; R. COULTER, « Using International Human Rights Mechanisms to Promote and Protect Rights of Indian Nations and Tribes in the United

Les peuples autochtones ont le droit de maintenir et de renforcer leurs institutions politiques, juridiques, économiques, sociales et culturelles distinctes, tout en conservant le droit, si tel est leur choix, de participer pleinement à la vie politique, économique, sociale et culturelle de l'État¹⁰⁸.

Il est relayé par l'article 34 :

Les peuples autochtones ont le droit de promouvoir, de développer et de conserver leurs structures institutionnelles et leurs coutumes, spiritualité, traditions, procédures ou pratiques particulières et, lorsqu'ils existent, leurs systèmes ou coutumes juridiques, en conformité avec les normes internationales relatives aux droits de l'homme¹⁰⁹.

L'article 26 déclare que la reconnaissance que les États doivent aux « terres, territoires et ressources que les peuples autochtones possèdent et occupent traditionnellement ou qu'ils ont utilisés ou acquis » se fait « en respectant dûment les coutumes, traditions et régimes fonciers des peuples autochtones concernés¹¹⁰ ». Est d'un intérêt particulier ici également l'article 27, qui prévoit que :

Les États mettront en place et appliqueront, en concertation avec les peuples autochtones concernés, un processus équitable, indépendant, impartial, ouvert et transparent prenant dûment en compte les lois, traditions, coutumes et régimes fonciers des peuples autochtones, afin de reconnaître les droits des peuples autochtones en ce qui concerne leurs terres, territoires et ressources, y compris ceux qu'ils possèdent, occupent ou utilisent traditionnellement, et de statuer sur ces droits. Les peuples autochtones auront le droit de participer à ce processus¹¹¹.

Enfin, il serait difficile de passer sous silence le fait que son article 40 prévoit, non seulement que les peuples autochtones « ont le droit d'avoir accès à des procédures justes et équitables pour le règlement des conflits et des différends avec les États ou d'autres parties et à une décision rapide en la matière, ainsi qu'à des voies de recours efficaces pour toute violation de leurs droits individuels et collectifs », mais encore que « [t]oute décision en la matière prendra dûment en considération les coutumes, traditions, règles et systèmes juridiques des peuples autochtones concernés et les normes internationales relatives aux droits de l'homme¹¹² ».

Il est vrai qu'une telle déclaration n'a pas force contraignante. Par ailleurs, celle-ci ne se veut pas créatrice de nouveaux droits, mais interprétative du droit international relatif aux droits de l'homme sous l'angle particulier de leur rapport aux « peuples et individus autochtones¹¹³ ».

States: An Overview », (2006-2007) 31 *American Indian Law Review* 573 ; I. SCHULTE-TENCKHOFF, *supra* note 101, p. 99-119.

¹⁰⁸ ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Assemblée générale, *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, A/RES/61/295, 107^e séance plénière, 13 septembre 2007, art. 5.

¹⁰⁹ *Id.*, art. 34.

¹¹⁰ *Id.*, art. 26(1) et (3).

¹¹¹ *Id.*, art. 27.

¹¹² *Id.*, art. 40.

¹¹³ ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Instance permanente sur les questions autochtones, « Déclaration sur les droits des peuples autochtones : foire aux questions », en ligne :

Cette Déclaration de 2007 a d'ailleurs été qualifiée de dernier né de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*¹¹⁴. En effet, ainsi que le rappelle à juste titre Guyanne Courchesne, « la *Déclaration [sur les droits des peuples autochtones]* n'est pas un instrument isolé : elle est partie intégrante d'un large système [qui est] celui des droits de la personne¹¹⁵ ». L'actuel Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones, S. James Anaya, soutient que cette dernière Déclaration « engage l'Organisation des Nations Unies et ses États membres, eu égard aux obligations définies par la *Charte des Nations Unies* touchant la promotion et la protection des droits de l'homme sans discrimination d'aucune sorte¹¹⁶ ». Car de telles Déclarations sont tenues pour refléter le droit international coutumier en même temps que d'en aiguiller l'évolution. Aussi le prédécesseur de S. James Anaya, Rodolfo Stavenhagen, avait-il quant à lui déclaré que la Déclaration de 2007 « donnera [...] un nouvel élan à la cristallisation du droit coutumier qui émerge à propos des droits des peuples autochtones au niveau international et, dans ce sens, [...] devra motiver des réformes législatives et inspirer les décisions des tribunaux internes¹¹⁷ ». La principale institution chargée de la promotion de la Déclaration est cependant l'Instance permanente sur les questions autochtones, un organe consultatif du Conseil économique et social créé par résolution de celui-ci en 2000 pour se voir attribuer le mandat de discuter des questions autochtones liées au développement économique et social, à la culture, à l'environnement, à l'éducation, à la santé ainsi qu'aux droits de l'homme¹¹⁸.

Relevons que la Déclaration de 2007 a été adoptée à la majorité avec 144 voix pour, onze abstentions et quatre voix contre, à savoir celles de l'Australie, de la Nouvelle-Zélande, des États-Unis d'Amérique et... du Canada. Au terme d'un peu plus de trois ans de résistance

www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/faq_driips_fr.pdf

¹¹⁴ D. MULLAN, « The Duty to Consult Aboriginal Peoples: The Canadian Example », (2009) 22 *Canadian Journal of Administrative Law & Practice* 107, p. 108. Pour la référence de la *Déclaration universelle*, voir *infra* note 127.

¹¹⁵ G. COURCHESNE, *supra* note 107, p. 124, cet auteur s'appuyant sur A. XANTHAKI, *Indigenous Rights and United Nations Standards: Self-Determination, Culture, and Land*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 108.

¹¹⁶ ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Conseil des droits de l'homme, *Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones*, M. S. James Anaya, A/HRC/9/9, 11 août 2008, par. 41.

¹¹⁷ ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Conseil des droits de l'homme, *Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones*, M. Rodolfo Stavenhagen, A/HRC/4/32, 27 février 2007, par. 79.

¹¹⁸ ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Conseil économique et social, « Création d'une instance permanente sur les questions autochtones », Rés. E/2000/22, 45^e séance plénière, 28 juillet 2000.

décriée¹¹⁹, le gouvernement canadien se résignait, le 12 novembre 2010, à l'« appuyer¹²⁰ ». Le 16 décembre 2010, le président américain a annoncé que son pays « signerait » la déclaration, ce devait en faire le dernier à y prendre part.

La déclaration onusienne devrait bientôt trouver une résonance à l'échelon régional sur le continent américain. Le projet de *Déclaration américaine des droits des peuples autochtones* envisage à son article VI(2) la reconnaissance par les membres de l'OEA du droit des peuples autochtones à leurs systèmes juridiques, mais tout comme plusieurs autres, cette disposition ne fait toujours pas l'objet d'un consensus¹²¹. Le principe est reconduit à l'article XXI(2) : « *The indigenous law and legal systems shall be recognized and respected by the national, regional and international legal systems* », disposition qui fut finalement approuvée le 18 janvier 2011¹²². Le projet comprend aussi le principe de reconnaissance des différents modes autochtones de propriété et possession des terres et territoires, mais cela en conformité avec les principes du système juridique de chaque État¹²³. Les droits des peuples autochtones à leurs terres et territoires traditionnels y sont qualifiés de « *permanent, exclusive, inalienable, imprescriptible, and indefeasible*¹²⁴ ». Enfin, le projet contient un article, en l'occurrence l'article XXXIV, dont le contenu est équivalent à celui de l'article 40 de la Déclaration onusienne relatif au droit des peuples autochtones à ce que leurs ordres juridiques soient pris en considération par les tribunaux des États¹²⁵. La part de l'OEA dans la protection des droits des peuples autochtones ne se limite cependant pas à cette contribution virtuelle.

¹¹⁹ P. JOFFE, « *UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Canadian Government Positions Incompatible with Genuine Reconciliation* », (2010) 26 *National Journal of Constitutional Law* 121 ; G. COURCHESNE, *supra* note 107.

¹²⁰ CANADA, Affaires étrangères et commerce international, *Énoncé du Canada appuyant la déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones*, 12 novembre 2010, en ligne : http://www.international.gc.ca/indig-autoch/un_declaration_nov2010_onu.aspx?lang=fra&view=d

¹²¹ ORGANISATION DES ÉTATS AMÉRICAINS, Conseil permanent, Commission des questions juridiques et politiques, Groupe de travail chargé de l'élaboration du Projet de déclaration américaine des droits des peuples autochtones, *Record of the current status of the Draft American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, OEA/Ser.K/XVI, GT/DADIN/doc.334/08, 20 mars 2011, art. VI(2).

¹²² *Id.*, art. XXI(2).

¹²³ *Id.*, art. XXIV(2).

¹²⁴ *Id.*, art. XXIV(3).

¹²⁵ *Id.*, art. XXXIV et XXXIV bis.

En effet, le système interaméricain des droits de l'homme, qui se compose d'une *Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme*¹²⁶ (qui fut adoptée quelques mois avant la *Déclaration universelle des droits de l'homme*¹²⁷) ainsi que d'une *Convention américaine relative aux droits de l'homme*¹²⁸ dont la mise en œuvre relève d'une commission à laquelle s'est ajoutée une cour dont la reconnaissance de compétence est facultative, assure déjà un niveau de protection remarquablement élevé des droits des peuples autochtones à la faveur, notamment, d'une interprétation novatrice des droits à la protection contre la discrimination, à l'autodétermination et à la propriété¹²⁹.

Comme le résume bien Ghislain Otis, même si le Canada n'est pas partie à la Convention américaine sur laquelle se fonde pour l'essentiel la Cour de San José, « on ne saurait escamoter le fait que le Canada est, en tant que signataire de la Charte de l'Organisation des États américains [...], néanmoins lié par la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme* [...], dont les dispositions sont souvent identiques à celles de la Convention et reçoivent de la Commission interaméricaine des droits de l'homme une interprétation étroitement alignée sur celle de la *Convention américaine* en matière de droits des peuples autochtones¹³⁰ ». Rappelons du reste que la Cour suprême du Canada tend à reconnaître la qualité de source matérielle de droit interne aux valeurs exprimées par le droit international¹³¹.

En se prononçant sur la recevabilité d'une plainte portée à l'encontre du Canada, la Commission interaméricaine des droits de l'homme a eu récemment l'occasion de rappeler que

¹²⁶ IXÈME CONFÉRENCE INTERNATIONALE AMÉRICAINE, *Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme*, adoptée à Bogota le 2 mai 1948, Doc. off. OEA/Ser.L/V/II.23/Doc.211, rev. 6.

¹²⁷ ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Assemblée générale, *Déclaration universelle des droits de l'homme*, adoptée à Paris le 10 décembre 1948, Rés. AG 217(III), Doc. off. AG NU, 3^e sess., supp. n° 13, Doc. NU A/810 (1948) 71.

¹²⁸ *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, adoptée à San José (Costa Rica), le 22 novembre 1969, OAS Treaty Series No. 36.

¹²⁹ ORGANISATION DES ÉTATS AMÉRICAINS, Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Indigenous and Tribal Peoples' Rights over their Ancestral Lands and Natural Resources: Norms and Jurisprudence of the Inter-American Human Rights System*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56/09, 30 décembre 2009 ; J. DHOMMEAUX, « Les communautés autochtones et tribales dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », dans L. HENNEBEL et H. TIGROUDJA (dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*, Paris, Pedone, p. 183-213 ; K. RINALDI, *supra* note 61.

¹³⁰ G. OTIS, *supra* note 36, p. 258. Voir aussi C. HILLING, « Le statut de la *Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme*, reflet de l'évolution du système interaméricain de protection des droits de la personne », (1998) 11:1 *Revue québécoise de droit international* 47.

¹³¹ Voir *supra* notes 105-106 et texte correspondant.

« *the jurisprudence of the Inter-American system has determined that with regard to indigenous peoples, the State must provide them with effective protection that takes into consideration their own traits, their social and economic condition as well as as their specially vulnerable condition, their common law, values, practices and customs*¹³² ».

Dans l'affaire *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community c. Nicaragua*, par exemple, la Cour interaméricaine a jugé que l'article 21 de la Convention américaine¹³³, relatif au droit de propriété, « *protects the right to property in a sense which includes, among others, the rights of members of the Indigenous communities within the framework of communal property*¹³⁴ ». La Cour avait alors donné quinze mois à l'État du Nicaragua pour que celui-ci mène à bien la délimitation des terres des Awas Tingni, et ce, avec la pleine participation de ces derniers au processus et en conformité avec leur droit coutumier. Il vaut d'être noté que la Cour avait insisté sur ce que, dans l'intervalle, « *Nicaragua must abstain from acts which might lead the agents of the State itself, or third parties acting with its acquiescence or its tolerance, to affect the existence, value, use or enjoyment of the property located in the geographic area where the members of the Awas Tingni Community live and carry out their activities*¹³⁵ ». En droit du moins, cela représente assurément un niveau de protection sensiblement supérieur à celui accordé par la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, en vertu de laquelle n'incombe à l'État qu'une obligation de « consulter » les Autochtones intéressés ou, dans des cas de figure exceptionnels dont il serait exagéré de dire que cette dernière a défini précisément les contours, de les « accommoder »¹³⁶.

Le principe de l'arrêt *Awas Tingni* a été suivi dans l'arrêt *Communauté Moiwana c. Suriname*¹³⁷. Dans l'affaire *Comunidad Indigena Sawhoyamaya c. Paraguay*, la Cour interaméricaine a subséquemment écrit que :

¹³² ORGANISATION DES ÉTATS AMÉRICAINS, Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Report No 105/09*, Petition 592-07, Admissibility, Hul'Qumi'Num Treaty Group, Canada, 30 octobre 2009, par. 36.

¹³³ *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, supra note 128.

¹³⁴ *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, I/A Ct. H.R., (Ser. C) No. 79 (2001), par. 148.

¹³⁵ *Id.*, par. 164.

¹³⁶ Voir *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, supra note 46 ; *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, [2004] 3 R.C.S. 550 ; *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, [2010] 2 R.C.S. 650.

¹³⁷ *Moiwana Community v. Suriname*, I/A Ct. H.R., (Ser. C) No. 124 (2005).

[...] indigenous communities might have a collective understanding of the concepts of property and possession, in the sense that ownership of the land « is not centered on an individual but rather on the group and its community ». This notion of ownership and possession of land does not necessarily conform to the classic concept of property, but deserves equal protection under Article 21 of the American Convention. Disregard for specific versions of use and enjoyment of property, springing from the culture, uses, customs, and beliefs of each people, would be tantamount to holding that there is only one way of using and disposing of property, which, in turn, would render protection under Article 21 of the Convention illusory for millions of persons¹³⁸.

Outre des groupes de pression et des instances officielles, certains auteurs ont également exhorté le gouvernement fédéral à adopter une approche différente de celle visant à l'extinction des droits ancestraux¹³⁹. Or c'est plutôt sur certains accords conclus en prenant plus ou moins ses distances par rapport à la politique fédérale d'extinction des droits ancestraux qu'il convient de se pencher sans plus tarder.

Section 4. L'accord Nisga'a

Une avancée significative vers la résolution de la problématique de l'extinction des droits ancestraux a été menée avec la signature, le 27 avril 1999, de l'*Accord définitif Nisga'a*¹⁴⁰. En concluant ce traité moderne, la nation Nisga'a, le gouvernement de la Colombie-Britannique et le gouvernement du Canada infléchissaient le principe d'échange des droits comme moyen d'établissement d'une sécurité juridique¹⁴¹. C'est ainsi que l'accord Nisga'a retenait une technique inédite : l'énoncé détaillé, exhaustif et définitif des droits ancestraux de la partie autochtone par voie de modification de certains de ces droits et de renonciation aux autres.

Aux termes du traité, ce dernier « constitue le règlement complet et définitif concernant les droits ancestraux de la Nation Nisga'a au Canada¹⁴² » et « énonce de façon exhaustive les droits Nisga'a de l'article 35 [de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁴³]¹⁴⁴ », à savoir :

¹³⁸ *Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay*, I/A Ct. H.R., (Ser. C) No. 146 (2006), par 120.

¹³⁹ Voir not. M.L. STEVENSON, *supra* note 56 ; M. ASCH et N. ZLOTIN, *supra* note 40 ; G. OTIS et A. ÉMOND, « L'identité autochtone dans les traités contemporains : de l'extinction à l'affirmation du titre ancestral », (1996) 41 *Revue de droit de McGill* 543.

¹⁴⁰ Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1999, en ligne : *supra* note 50.

¹⁴¹ Pour une étude détaillée sur le sujet, voir L. DUFRAIMONT, « Continuity and Modification of Aboriginal Rights in the Nisga'a Treaty », (2002) 35 *University of British Columbia Law Review* 455.

¹⁴² *Accord définitif Nisga'a*, *supra* note 140, art. 22.

¹⁴³ *Supra* note 37.

¹⁴⁴ *Accord définitif Nisga'a*, *supra* note 140, art. 23.

les droits ancestraux au Canada, y compris le titre aborigène, tels que modifiés par l'Accord, de la Nation Nisga'a et de son peuple aux Terres Nisga'a et dans les Terres Nisga'a et aux autres terres et ressources au Canada et dans ces autres terres et ressources ;

les compétences, pouvoirs et droits du gouvernement Nisga'a ; et

les autres droits Nisga'a de l'article 35¹⁴⁵.

Les parties ont d'ailleurs pris soin de stipuler avec plus de précision la modification des droits ancestraux qu'elles entendaient ainsi opérer, et ce, dans les termes suivants :

Malgré la common law, en conséquence de l'Accord et de la législation de mise en vigueur, les droits ancestraux de la Nation Nisga'a, y compris le titre aborigène, tels qu'ils existaient où que ce soit au Canada avant la date d'entrée en vigueur, y compris leurs attributs et leur étendue géographique, sont modifiés et se continuent tels que modifiés, comme il est énoncé dans l'Accord¹⁴⁶.

Il est entendu que le titre aborigène de la Nation Nisga'a, qui existait où que ce soit au Canada avant la date d'entrée en vigueur, est modifié et se continue comme les domaines en fief simple [*fee simple*] dans les régions identifiées dans l'Accord comme Terres Nisga'a ou terres Nisga'a en fief simple¹⁴⁷.

Elles ont également précisé ce qu'elles voulaient dire en parlant d'un énoncé exhaustif des droits constitutionnels des Nisga'a en prévoyant que

[s]i, malgré l'Accord et la législation de mise en vigueur, la Nation Nisga'a a un droit ancestral au Canada, y compris le titre aborigène, qui est autre que les droits Nisga'a de l'article 35 tels qu'énoncés dans l'Accord, ou qui en diffère par ses attributs ou son étendue géographique, la Nation Nisga'a renonce (*releases*) à ce droit ancestral en faveur du Canada dans la mesure où le droit ancestral est autre que les droits Nisga'a de l'article 35 tels qu'énoncés dans l'Accord, ou en diffère par ses attributs ou son étendue géographique¹⁴⁸.

Modifier une chose, c'est la changer « sans en altérer la nature, l'essence¹⁴⁹ ». En préférant la modification de certains droits à leur échange, l'accord Nisga'a marquait une percée significative vers la résolution de la problématique de la politique fédérale d'extinction des droits ancestraux. Il représentait en effet les prémices de la manifestation d'un esprit plus reconnaissant devant animer la partie étatique. Les droits ancestraux méritaient qu'on leur accorde plus de valeur ; il ne paraissait plus juste de se borner à tolérer la conservation des quelques droits qui n'étaient pas susceptibles de gêner l'application du régime prévu à l'accord. Sur le plan de la technique juridique par ailleurs, la modification par traité des droits ancestraux n'était pas non

¹⁴⁵ *Id.*, art. 23.a., b. et c.

¹⁴⁶ *Id.*, art. 24.

¹⁴⁷ *Id.*, art. 25.

¹⁴⁸ *Id.*, art. 26.

¹⁴⁹ P. ROBERT (pour la 1^{re} éd.), J. REY-DEBOVE et A. REY (pour l'édition revue et amplifiée) (dir.), *Le Nouveau Petit Robert*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2003.

plus dépourvue de hardiesse. La distinction entre les droits ancestraux et les droits issus de traités gagnait en nuances.

Or l'éventail des droits ancestraux éteints aux termes de l'accord Nisga'a demeure large, peut-être même plus large que celui qui est prévu aux traités qui l'ont précédé. À l'évidence, nous ne parlons pas en l'occurrence des droits aux terres et aux ressources modifiés par l'accord dans leur état antérieur à cette modification. Nous envisageons bien tous ces droits qui, d'une essence autre que celle des droits aux terres et aux ressources qui sont définis dans l'accord, ne pourront être interprétés comme le produit d'une des modifications que les parties ont opérées. Suivant les dispositions du traité, ces droits auront fait l'objet d'une renonciation, auront été « *released* ». Dans un guide publié par le Nisga'a Tribal Council, on trouve des explications sur ce que les parties ont ainsi entendu : en common law, le « *release* » est une technique employée en matière de transaction et qui permet de s'entendre sur le règlement d'un différend sans crainte qu'il ne survive, et à la différence d'un « *surrender* », il n'évoque pas la défaite et l'oppression¹⁵⁰. De manière signifiante, la technique est moins humiliante ; elle demeure pourtant « *extinctive* » des droits ancestraux. Au reste, en ce qui a trait à la protection des droits ancestraux autres que ceux aux terres et aux ressources, l'accord Nisga'a se situe en deçà des exigences de la politique de 1986, par laquelle le gouvernement fédéral s'engageait à n'exiger de la partie autochtone que l'abandon de ses droits portant sur des matières prévues au traité.

Enfin, s'il contient quelques stipulations relatives à son éventuelle modification¹⁵¹, l'accord conclu avec la nation Nisga'a, marqué du sceau du règlement définitif, cherche à fixer pour un avenir sans bornes ses statuts juridique et politique.

À tout prendre, l'*Accord définitif Nisga'a*, s'il marque une avancée significative à différents égards, demeure l'exemple d'une solution imparfaite à la problématique de la politique fédérale d'extinction des droits ancestraux, et ce, notamment parce qu'il est largement « *extinctif* » de tels droits.

¹⁵⁰ NISGA'A TRIBAL COUNCIL, *Understanding the Nisga'a Treaty*, « Certainty », « How does the Final Agreement deal with these issues? », en ligne : <http://www.ntc.bc.ca/treaty/certainty.htm>

¹⁵¹ Voir *Accord définitif Nisga'a*, *supra* note 140, art. 36-43, not..

Imparfaite, cette solution a pourtant été reprise dans les accords de règlement de la revendication des Inuit du Labrador¹⁵², de la Première nation de Tsawwassen¹⁵³ et de la Première nation Maa-Nulth¹⁵⁴. Sur cette question, l'accord des Inuit du Labrador marque en réalité un recul par rapport à l'accord des Nisga'a dans la mesure où il prévoit aussi la cession des droits ancestraux des Inuit du Labrador autres que ceux « aux terres et dans celles-ci » ainsi que, parmi ces derniers, les droits aux ressources souterraines, seuls les droits aux terres autres que ceux aux ressources souterraines étant « continués tels que modifiés »¹⁵⁵. Quant aux accords avec les premières nations de Tsawwassen et de Maa-Nulth, ils bonifient au contraire légèrement la formule de l'accord avec les Nisga'a, puisqu'ils se contentent de modifier les droits des nations autochtones signataires, sans en prévoir aucune forme de cession ou renonciation. Tous ces accords se veulent néanmoins définitifs¹⁵⁶.

Section 5. L'accord Tlicho

Une autre solution de remplacement est tentée dans l'*Accord Tlicho*¹⁵⁷, qui a été signé par les représentants du Conseil des Dogrib (aujourd'hui les Tlicho) visés par le Traité n° 11, du gouvernement des Territoires du Nord-Ouest et du gouvernement du Canada le 25 août 2003. Étant donné les doutes sérieux quant à la validité de l'extinction de droits ancestraux prévue au traité d'abord signé le 27 juin et auquel a adhéré la Première Nation Tlicho le 22 août 1921¹⁵⁸, et compte tenu de son inaptitude à répondre aux besoins des nations autochtones signataires, le gouvernement fédéral avait accepté en 1992 de négocier la revendication globale des Tlicho. La revendication territoriale de la Première Nation Tlicho a été négociée en même temps que sa revendication de l'autonomie gouvernementale. La technique consignée dans l'accord pour

¹⁵² *Accord sur les revendications territoriales entre les Inuit du Labrador et Sa Majesté la Reine du Chef de Terre-Neuve-et-Labrador et Sa Majesté la Reine du Chef du Canada*, conclu le 29 août 2003, Ottawa, Affaires autochtones et Développement du Nord Canada, en ligne : <http://www.ainc-inac.gc.ca/al/ldc/ccl/fagr/labi/labi-fra.asp>, partie 2.11.

¹⁵³ *Tsawwassen First Nation Final Agreement*, conclu le 6 décembre 2007, Victoria, Ministry of Aboriginal Relations and Reconciliation, en ligne : <http://www.gov.bc.ca/arr/firstnation/tsawwassen/default.html>, art. 11-15.

¹⁵⁴ *Accord définitif des premières nations maa-nulthes*, conclu le 9 avril 2009, Port Alberni (C.-B.), The Maa-Nulth First Nations, en ligne : http://www.maanulth.ca/the_treaty_final_agreement.asp, art. 1.11.1-1.11.5.

¹⁵⁵ *Accord sur les revendications territoriales entre les Inuit du Labrador et Sa Majesté la Reine du Chef de Terre-Neuve-et-Labrador et Sa Majesté la Reine du Chef du Canada*, supra note 152, art. 2.11.2-2.11.3.

¹⁵⁶ *Idem*, art. 2.11.1a) ; *Tsawwassen First Nation Final Agreement*, supra note 153, art.11 ; *Accord définitif des premières nations maa-nulthes*, supra note 154, art. 1.11.1.

¹⁵⁷ Ottawa, Affaires indiennes et du Nord Canada, 2003, en ligne : supra note 50.

¹⁵⁸ Sur les circonstances ayant entouré la conclusion du Traité n° 11, voir not. O.P. DICKASON, *Les Premières nations* (1992), trad. J. Des Chênes, Sillery (Québec), Septentrion, 1996, p. 377-379.

remédier à l'insécurité juridique générée par les droits ancestraux des Tlicho était inouïe à l'époque. Il est entre autres prévu, à son article 2.6.1, que le peuple Tlicho « n'exerce ni ne fera valoir l'existence de tous droits ancestraux ou issus de traités autres que l'un des droits énoncés dans l'Accord¹⁵⁹ ». L'article 2.6.4 précise que ce procédé a pour but de permettre à chacun, au lendemain de l'accord, de jouir de ces droits comme si ceux dont il est question à l'article 2.6.1 « avaient cessé d'exister¹⁶⁰ ». Par surcroît de protection contre l'insécurité juridique, l'accord prévoit que si jamais il s'avère que l'article 2.6.1 ne peut s'appliquer à un droit foncier et que cela

(a) entraîne, pour le gouvernement ou toute autre personne, une obligation liée à ce droit envers [le peuple Tlicho] [...];

(b) affecte la capacité des citoyens Tlicho, de la Première nation Tlicho ou du gouvernement Tlicho à exercer et jouir de l'ensemble de leurs droits, pouvoirs, compétences et privilèges énoncés dans l'Accord; ou

(c) affecte la capacité de toute autre personne ou gouvernement à exercer et jouir de l'ensemble des droits, pouvoirs, compétences et privilèges dont ils bénéficieraient si ce droit ne continuait pas à exister,

[le peuple Tlicho] cède et renonce [...] à ce droit foncier dans la mesure nécessaire pour réaliser l'objet prévu à l'article 2.6.4¹⁶¹.

Et par excès de protection cette fois, l'accord dispose en outre que

[s]i la pérennité d'un droit foncier qui, [en vertu de l'article 2.6.1], ne peut être exercé ou invoqué

(a) entraîne, pour un gouvernement ou une autre personne, une obligation liée à ce droit envers [le peuple Tlicho] [...];

(b) affecte la capacité des citoyens Tlicho, de la Première nation Tlicho ou du gouvernement Tlicho à exercer et jouir de l'ensemble de leurs droits, pouvoirs, compétences et privilèges énoncés dans l'Accord; ou

(c) affecte la capacité de toute autre personne ou gouvernement à exercer et jouir de l'ensemble des droits, pouvoirs, compétences et privilèges dont ils bénéficieraient si ce droit ne continuait pas à exister,

[le peuple Tlicho] cède et renonce [...] à ce droit foncier dans la mesure nécessaire pour réaliser l'objet prévu à l'article 2.6.4¹⁶².

Le procédé que met en œuvre l'article 2.6.1 de l'*Accord Tlicho* ne se veut pas modificatif des droits ancestraux des Tlicho. Il ne prétend pas non plus les préciser ou en prévoir les modalités d'exercice. Le mécanisme évoque plutôt ce qu'indique la politique de 1986 au sujet des droits se rapportant aux « terres », sauf qu'ici la polarité même/autre et l'interdiction d'exercice ou extinction *de facto* se substituent à la dichotomie compatible/incompatible et à

¹⁵⁹ *Accord Tlicho*, supra note 157, art. 2.6.1(a).

¹⁶⁰ *Id.*, art. 2.6.4, *in fine*.

¹⁶¹ *Id.*, art. 2.6.9.

¹⁶² *Id.*, art. 2.6.10.

l'extinction *de jure*. Que vaut, en effet, un droit ancestral privé définitivement de toute modalité d'exercice ? Et si le procédé en question en vient, soit directement soit indirectement, à échouer en ce qui a trait aux droits ancestraux « fonciers », c'est, en vertu des articles 2.6.9 et 2.6.10, la traditionnelle extinction par voie d'abandon qui agira comme frein de secours. En principe donc, cet accord éteint *de facto*, et parfois même *de jure*, les droits ancestraux dont la substance diffère des droits qu'il prévoit. Le remède qu'entend apporter l'article 2.6.1 de l'accord conclu avec les Tlicho à l'insécurité juridique liée à leurs droits ancestraux n'est donc certainement pas plus reconnaissant qu'extinctif de ces droits. Or l'article en question renvoie expressément à une exception, en l'occurrence celle des « cas prévus à la section 2.10¹⁶³ ». Il est en effet stipulé à l'article 2.10.2 de l'*Accord Tlicho* que,

[s]i le gouvernement Tlicho propose que soit exercé, par des citoyens Tlicho, la Première nation Tlicho ou le gouvernement Tlicho, un droit qui n'est pas un droit foncier et qui n'est pas énoncé dans l'Accord, les Parties entameront des discussions afin de déterminer quels sont leurs intérêts respectifs à l'égard du droit proposé. Les Parties pourront, à l'issue des discussions, accepter d'entamer des négociations en vue de la modification de l'Accord afin d'y incorporer le droit proposé¹⁶⁴.

Puis à l'article 2.10.3 que,

[s]i les Parties n'acceptent pas d'entamer des négociations dans les 90 jours suivant réception par le gouvernement, aux termes de l'article 2.10.2, du droit proposé ou si elles ne consentent pas au texte de la modification dans un délai d'un an suivant l'accord en vue d'entamer des négociations, ou d'un délai plus long fixé par les Parties, le gouvernement Tlicho pourra demander à la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest de dire si le droit proposé est un droit ancestral de la Première nation Tlicho. Dans le cadre de toute demande, le gouvernement aura la qualité de partie à l'instance¹⁶⁵.

Et enfin à l'article 2.10.5 que,

[s]i la haute juridiction saisie d'une demande présentée en vertu de l'article 2.10.3 confirme l'existence d'un droit ancestral de la Première nation Tlicho, les Parties entameront des négociations en vue d'incorporer ce droit à l'Accord¹⁶⁶.

Le cas de l'échec de ces dernières négociations est prévu par l'accord. Les parties sont alors reportées, par le jeu de l'article 2.10.6, à la procédure de résolution des différends qu'établit le chapitre 6, et qui fonctionne selon la séquence suivante : discussion ; médiation ; arbitrage¹⁶⁷. Les articles 2.10.7, 2.10.8 et 2.10.10 viennent toutefois régir avec plus de précision cet arbitrage particulier. Les effets d'une telle sentence arbitrale sont déterminés par l'article 2.10.9. Les articles 2.10.11 et 2.10.12, quant à eux, restreignent l'ensemble des droits non

¹⁶³ *Id.*, art. 2.6.1.

¹⁶⁴ *Id.*, art. 2.10.2.

¹⁶⁵ *Id.*, art. 2.10.3.

¹⁶⁶ *Id.*, art. 2.10.5.

¹⁶⁷ Voir *id.*, art. 6.1.1-6.5.12.

fonciers dont les Tlicho pourront demander l'incorporation à l'accord, et ce, en prévoyant qu'ils seront réputés y être déjà énoncés.

Ce mécanisme dérogatoire au principe de l'article 2.6.1 paraît efficace et équitable. L'économie des stipulations qui le cristallisent, notamment les articles 2.10.11 et 2.10.12, et celle du traité en général font cependant distiller un processus de négociations complémentaires seulement ; il ne s'agit pas d'ainsi permettre la renégociation. Dans quelle mesure une telle procédure d'ajout au traité par « l'incorporation » de certains droits non fonciers pourra-t-elle s'avérer réconfortante de droits ancestraux ? L'avenir nous dira avec quel succès les parties au traité, les magistrats de même que les arbitres sauront relever le défi d'une véritable incorporation des droits ancestraux. Le défi peut être de taille pour les arbitres en particulier, qui devront chaque fois s'assurer de la conformité de leur sentence « au libellé et à la forme de l'Accord¹⁶⁸ ». Qu'on n'arrive pas à incorporer un droit ancestral dont le contenu diffère de chacun des droits que pose l'accord, et celui-là continuera d'être éteint de fait. Et même lorsqu'il y aura finalement ajout à l'accord, il est possible que, au-delà des apparences, la procédure prévue à la section 2.10 ne fasse que reconduire l'extinction *de facto* des droits ancestraux en aboutissant à l'aménagement de droits de remplacement plutôt qu'à une véritable incorporation de droits ancestraux par voie de leur modification ou de précision de leurs modalités d'exercice.

Alors que l'accord conclu avec les Nisga'a reconnaît un éventail considérable de leurs droits ancestraux se rapportant aux terres et aux ressources tout en voulant procéder à l'extinction de leurs autres droits ancestraux, celui conclu avec les Tlicho reconnaît leurs droits ancestraux qui sont les mêmes que les droits qu'il énonce, envisage qu'on y incorpore toute une gamme de leurs droits ancestraux non fonciers et veut éteindre *de facto* — sinon *de jure* lorsqu'il s'agit de droits fonciers — tous leurs autres droits ancestraux. L'un et l'autre accords, chacun à sa manière certes, veulent reconnaître certains droits ancestraux et en éteindre d'autres, beaucoup d'autres. En ce sens donc, l'*Accord définitif Nisga'a* et l'*Accord Tlicho*, c'est blanc bonnet et bonnet blanc.

¹⁶⁸ *Id.*, art. 2.10.7.

La solution élaborée par l'*Accord Tlicho* a été reprise en une version synthétisée dans l'*Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Nunavik*¹⁶⁹.

Malgré les diverses tentatives pour y remédier ou s'en délier, donc, la politique fédérale d'extinction des droits ancestraux continue de gêner l'avancée du processus de négociation des revendications autochtones; quoi qu'il en dise¹⁷⁰, le gouvernement fédéral persiste à exiger des communautés revendicatrices l'abandon en masse de leurs droits ancestraux. Il est justifié de se demander comment cela peut s'expliquer en dépit de l'ensemble des critiques, rapports et observations dont cette pratique a fait l'objet. Et ce davantage encore dès lors qu'on prend bien en considération toute la pression exercée par tant d'années de lutte des peuples autochtones contre l'extinction et pour la reconnaissance de leurs droits ancestraux dans des traités modernes, par les normes supranationales en vigueur et projetées, par le poids des revendications en suspens — alors que les communautés autochtones sont affligées de maux structurels et moraux qu'il est urgent de soulager¹⁷¹ — et, enfin, par les mises en garde émanant du pouvoir judiciaire. Comment se fait-il donc que, à tout prendre, l'extinction — du moins substantielle — des droits ancestraux puisse ainsi demeurer « l'une des pierres angulaires des politiques menées par l'État dans la négociation des traités¹⁷² » ?

Au terme de son examen du cinquième rapport périodique produit par le Canada en vertu de l'article 40 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies « [relevait] avec intérêt les initiatives prises par le Canada en vue de mettre en place des politiques alternatives à l'extinction des droits ancestraux des autochtones dans les traités modernes, mais [restait] préoccupé par le fait que ces nouveaux modèles risquent dans la pratique d'équivaloir à l'extinction des droits ancestraux (art. 1^{er} et 27) ». Le Comité formulait alors la recommandation suivante :

¹⁶⁹ *Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Nunavik*, conclu le 1^{er} décembre 2006, Ottawa, Affaires indiennes et du Nord Canada, en ligne :

http://www.collectionscanada.gc.ca/webarchives/20071115102844/http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/nunavik/lca/index_f.html, partie 2.29.

¹⁷⁰ CANADA, Affaires indiennes et du Nord Canada, *Règlement des revendications des Autochtones. Un guide pratique de l'expérience canadienne*, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2003, en ligne : http://www.aadnc-aandc.gc.ca/DAM/DAM-INTER-HQ/STAGING/texte-text/rul_1100100014175_fra.pdf, p. 24.

¹⁷¹ Voir R. DUPUIS, *supra* note 42.

¹⁷² M.L. STEVENSON, *supra* note 56, p. 141.

L'État partie devrait réexaminer sa politique et ses pratiques de façon à garantir qu'elles n'aboutissent pas à l'extinction des droits ancestraux. Le Comité souhaiterait également des renseignements plus détaillés concernant l'accord sur les revendications territoriales globales que le Canada est en train de négocier avec les Innus du Québec et du Labrador, en particulier concernant sa compatibilité avec le Pacte¹⁷³.

Justement, à la faveur de l'entente de principe avec quatre nations innues du Québec, le Canada est, ou était, peut-être sur le point de connaître un changement profond dans l'ordre de la résolution des problèmes liés à l'insécurité juridique que peuvent produire les droits ancestraux.

Section 6. L'entente de principe avec les Innus

On relate que « Pierre de Chauvin de Tonneluit demanda et obtint des Montagnais la permission d'établir un comptoir à Tadoussac en 1600 » et que, « [p]our sa part, Champlain, selon son propre témoignage, se vit reconnaître par les Montagnais qui se trouvaient à Tadoussac le droit de peupler "leur terre"¹⁷⁴ » (alliance de Tadoussac). Aussi Québec et ses environs étaient-ils reconnus territoire innu en 1630¹⁷⁵.

Quelque quatre siècles plus tard, plus précisément en avril 2002, et par suite de plus de vingt ans de négociations somme toute difficiles¹⁷⁶, était rendue publique une proposition d'entente de principe avec certaines communautés innues établies sur le territoire du Québec au sujet de leurs revendications territoriales fondées sur des droits ancestraux. À l'hiver 2003, le projet faisait l'objet d'un rapport commandé par le gouvernement¹⁷⁷, d'un examen en commission parlementaire à l'Assemblée nationale du Québec et d'une motion unanime de celle-

¹⁷³ ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Comité des droits de l'homme, *Examen des rapports présentés par les États parties en vertu de l'article 40 du Pacte. Observations finales du Comité des droits de l'homme : Canada*, 85^e session, 20 avril 2006, CCPR/C/CAN/CO/5.

¹⁷⁴ S. NORMAND, « Les droits des Amérindiens sur le territoire sous le Régime français », dans A. LAJOIE *et al.*, *Le statut juridique des peuples autochtones au Québec et le pluralisme*, Cowansville (Québec), Yvon Blais, 1996, p. 107-141, à la page 116. Cet auteur se réfère à B.G. TRIGGER, *Les Indiens, la fourrure et les Blancs*, trad. G. Khal, Montréal/Paris, Boréal/Seuil, 1990, p. 184, 241 et 414.

¹⁷⁵ R. PARENT, *Histoire des Amérindiens du Saint-Maurice jusqu'au Labrador : de la préhistoire à 1760*, 4 vol., Québec, Université Laval, mémoire de maîtrise, 1985, vol. 1, p. 241.

¹⁷⁶ Voir not. J.-P. LACASSE, *supra* note 58, p. 215-217 ; A. MAK et G. BELLEFLEUR, « L'interminable négociation des Innus de la Côte-Nord », *Le Devoir*, samedi 4 août 2001 ; R. DUPUIS, « Historique des négociations sur les revendications territoriales du Conseil des Attikamekw et des Montagnais », *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. 23, n^o1, 1993, p. 35-48.

¹⁷⁷ G. CHEVRETTE, *Pour la négociation d'un traité juste et équitable. Rapport du mandataire spécial du gouvernement du Québec M. Guy Chevette concernant la proposition d'entente de principe d'ordre général avec les Innus de Mamuitun et de Nutashkuan*, Québec, Gouvernement du Québec, Ministère du Conseil exécutif, Secrétariat aux Affaires autochtones, 2003, en ligne : http://www.mce.gouv.qc.ca/d/publications/rapport_chevette.pdf

ci appuyant les conclusions de ce même rapport. Ces conclusions comprenaient notamment l'invitation faite au gouvernement à donner son aval au projet et à hausser le niveau d'information, de consultation, de transparence et de participation régionale dans la poursuite des négociations. Le 31 mars 2004, la proposition des négociateurs recevait les signatures exigées des représentants des parties pour en faire une véritable entente de principe. Ainsi les bases d'un premier traité moderne pleinement « reconnaissant » de droits ancestraux étaient-elles enfin jetées. Et si les négociations avaient avancé aussi lentement, c'est, particulièrement, en raison du désaccord des parties, non seulement sur les questions de la reconnaissance du droit inhérent des Innus à l'autonomie gouvernementale et du pouvoir que ces derniers devaient détenir sur le territoire, mais également sur celle de l'extinction des droits ancestraux prévue par la politique fédérale¹⁷⁸. Elles avaient en effet connu une avancée significative lorsque, en 2000 et en 2001, les deux comités de juristes externes qu'elles s'étaient adjoints avaient proposé l'enrichissement du titre aborigène par un droit de pleine propriété sur une partie du territoire appelée *Innu Assi* ainsi que la reconnaissance du titre aborigène ailleurs dans le Nitassinan assortie d'une suspension de ses effets et modalités sauf dans la mesure où ceux-ci allaient être prévus au traité¹⁷⁹.

*L'Entente de principe d'ordre général entre les Premières Nations de Mamuitun et de Nutashkuan et le Gouvernement du Québec et le Gouvernement du Canada*¹⁸⁰ portait sur les revendications globales des Premières Nations innues de Betsiamites, Essipit et Mashteuiatsh, formant les Premières Nations de Mamuitun, ainsi que de la Première Nation de Nutashkuan ayant pour objet des territoires situés à l'intérieur des frontières du Québec¹⁸¹.

Selon ses termes exprès, l'entente est intervenue « attendu que », notamment, dans l'état actuel du droit on ne peut dire avec certitude quelle collectivité innue est titulaire de droits ancestraux, y compris le titre aborigène, et [qu'elles] s'entendent pour déterminer, pour l'avenir, quelle communauté innue exercera les droits reconnus, confirmés et protégés par le Traité¹⁸².

¹⁷⁸ J.-P. LACASSE, *supra* note 58, p. 217.

¹⁷⁹ Voir not. *id.*, p. 221.

¹⁸⁰ (conclue le 31 mars 2004) en ligne : http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/index_f.html

¹⁸¹ *Id.*, art. 1.1, 3.3.1, al. 3, et 3.3.19.

¹⁸² *Id.*, « Préambule », p. 1.

L'entente de principe prévoit en conséquence que le traité contiendra, en préambule et entre autres, les attendus suivants :

Attendu que les parties entendent assurer par la voie d'un traité plutôt que par la voie judiciaire la reconnaissance, la confirmation et la continuation des droits ancestraux des Premières Nations de Mamuitun et de la Première Nation de Nutashkuan, y compris le titre aborigène, et non leur extinction¹⁸³ ; [...]

Attendu que les parties ont résolu de ne pas définir les droits ancestraux, y compris le titre aborigène, des Premières Nations de Mamuitun et de la Première Nation de Nutashkuan, et notamment de ne pas en déterminer l'assise territoriale, et qu'elles s'entendent plutôt pour en régler, pour l'avenir, les effets et les modalités d'exercice dans un traité protégé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁸⁴.

On s'entend donc sur le principe de « la reconnaissance, [de] la confirmation et [de] la continuation des droits ancestraux » des premières nations innues signataires d'une part et sur celui de « la suspension de [leur] exercice [...] selon des effets ou des modalités autres que ceux prévus au Traité¹⁸⁵ » d'autre part. Et ce notamment dans le but avoué de favoriser le développement de ces premières nations « indépendamment des caractéristiques de ces droits [...] telles que définies par les tribunaux¹⁸⁶ ».

Le traité à venir est censé reconnaître et protéger les droits ancestraux, dont le titre aborigène, découlant de la production juridique de quatre nations innues relative au Nitassinan, c'est-à-dire à leur terre ancestrale, et ce précisément en en prévoyant les modalités d'exercice plutôt qu'en les définissant.

Cette production comprend notamment le droit innu relatif à l'Innu Aitun, à savoir « toutes les activités [...] rattachées à la culture nationale, aux valeurs fondamentales et au mode de vie traditionnel des Innus associé à l'occupation et l'utilisation de Nitassinan et au lien spécial qu'ils possèdent avec la Terre¹⁸⁷ ». En d'autres termes, l'Innu Aitun, c'est la vie innue elle-même, axée sur la gestion du territoire sur lequel elle entend s'épanouir, et le droit qui y est relatif se doit d'être un corollaire du titre innu sur le Nitassinan¹⁸⁸.

¹⁸³ *Id.*, art. 2.1, 3^e attendu.

¹⁸⁴ *Id.*, 5^e attendu.

¹⁸⁵ *Id.*, 7^e attendu.

¹⁸⁶ *Id.*, 8^e attendu.

¹⁸⁷ *Id.*, art. 1.2. Voir également art. 1.3.

¹⁸⁸ Voir J.-P. LACASSE, *supra* note 58, p. 238 et s.

En vertu du traité dont l'entente de principe jette les bases, outre un droit à la pratique d'Innu Aitun¹⁸⁹, les droits ancestraux de ces nations innues s'exerceront sous la forme de : un titre aborigène « réputé posséder tous les attributs de la pleine propriété¹⁹⁰ » sur un territoire appelé « Innu Assi¹⁹¹ » ; un droit à l'autonomie gouvernementale¹⁹² et de recevoir de l'État une partie de son financement¹⁹³, droit qui en emporte d'autres, de nature fiscale¹⁹⁴ ; un droit à l'administration de la justice¹⁹⁵ ; un droit de participation à la gestion du territoire, des ressources naturelles et de l'environnement¹⁹⁶ ; un droit au partage des redevances perçues sur les ressources naturelles¹⁹⁷ ; un droit à des mesures favorisant le développement socioéconomique¹⁹⁸.

Dans le but d'établir quelque sécurité juridique, le projet prévoit donc que

[l]es droits ancestraux, y compris le titre aborigène, de chacune des Premières Nations seront reconnus, confirmés et continués sur Nitassinan par le Traité et la législation de mise en vigueur. Dorénavant, ces droits seront également protégés par le Traité. Ils auront les effets et s'exerceront selon les modalités prévues par le Traité sur Nitassinan [...].

Les droits de la Couronne visés par le Traité s'exerceront dorénavant, à l'égard de [*sic*] terres de Nitassinan, en respectant ce que prévoit le Traité quant à l'exercice de ces droits¹⁹⁹.

Toujours conformément à ses attendus,

[l]e Traité ne vise[ra] pas à énumérer de façon exhaustive ni à remplacer les droits ancestraux, y compris le titre aborigène, de chacune des Premières Nations par des droits issus de traité. Il assure[ra] à ces droits, de même qu'aux droits qu'il crée[ra], la protection d'un traité visé par l'article 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*²⁰⁰.

Nous avons fait, nous l'espérons, les nuances qui s'imposent entre les notions d'accord « sûr », d'accord « extinctif », d'accord « complet » et d'accord « définitif ». Le traité envisagé avec quatre nations innues du Québec se veut sûr, c'est-à-dire qu'il veut établir une sécurité juridique, en recourant à la suspension des modalités, incertaines, d'exercice des droits

¹⁸⁹ Voir *Entente de principe d'ordre général entre les Premières Nations de Mamuitun et de Nutashkuan et le Gouvernement du Québec et le Gouvernement du Canada*, supra note 180., art. 5.1-5.13.

¹⁹⁰ *Id.*, art.4.2.3.

¹⁹¹ Voir *id.*, art. 4.1-4.12.

¹⁹² Voir *id.*, art. 3.3.3 et 8.1-8.4.

¹⁹³ Voir *id.*, art. 11.1-11.7.

¹⁹⁴ Voir *id.*, art. 12.1-12.4.

¹⁹⁵ Voir *id.*, art. 9.1-9.5.

¹⁹⁶ Voir *id.*, art. 6.1-6.9.

¹⁹⁷ Voir *id.*, art. 7.1-7.6.

¹⁹⁸ Voir *id.*, art. 13.1-13.10.

¹⁹⁹ *Id.*, art. 3.3.1, al. 1 et 2.

²⁰⁰ *Id.*, art. 3.3.2, al. 1.

ancestraux que constituent les caractéristiques de ces droits tels que les ont définis les tribunaux ainsi qu'en stipulant que les droits ancestraux de ces nations innues ne pourront être exercés que selon les modalités qu'il posera. De façon juste, même en tendant vers la complétude, le traité n'ira pas pour autant jusqu'à prétendre l'avoir atteinte, ce qui aurait pour effet d'exclure en principe toute modification portant sur une question dont on aurait omis de tenir compte. Et de manière novatrice, le traité sera sensible au besoin de permettre aux relations entre l'État et les nations autochtones d'évoluer avec le temps²⁰¹. D'une durée certes indéterminée²⁰², il prévoira pourtant, outre la simple possibilité d'y apporter une modification conventionnelle²⁰³, les modalités de son réexamen périodique²⁰⁴. Sa modification et son réexamen devraient permettre de régler entre autres questions celles relatives aux effets et modalités d'exercice d'un droit ancestral que le traité, à défaut de les prévoir et sans pour autant en emporter l'abandon ou l'extinction, aurait suspendus²⁰⁵. Aux termes de l'entente de principe, le traité n'empêcherait les nations innues de bénéficier ultérieurement ni « de toute modification constitutionnelle relative aux peuples autochtones²⁰⁶ », ni des conventions internationales relatives aux peuples autochtones²⁰⁷, ni de ce qu'un « tribunal judiciaire de juridiction d'appel confirme [...] l'existence d'un droit ancestral se rapportant à une question que [ses] dispositions n'ont pas pour objet véritable de régler²⁰⁸ », notamment.

Par suite de la suspension des modalités d'exercice de leurs droits ancestraux que constituent les caractéristiques de ces droits tels que les ont définis les tribunaux, les Premières Nations de Mamuitun et la Première Nation de Nutashkuan perdront un pouvoir de négociation significatif²⁰⁹, d'où l'importance d'un mécanisme efficace et équitable de négociation complémentaire et de renégociation périodique. Un tel mécanisme suppose notamment un mode tout aussi efficace et équitable de résolution des conflits en cas d'échec des négociations complémentaires ou des renégociations.

²⁰¹ Voir *supra* note 73 et le texte correspondant.

²⁰² Voir *Entente de principe d'ordre général entre les Premières Nations de Mamuitun et de Nutashkuan et le Gouvernement du Québec et le Gouvernement du Canada*, *supra* note 180, art. 3.3.10, al. 1.

²⁰³ Voir *id.*, art. 17.1.

²⁰⁴ Voir *id.*, art. 17.2.

²⁰⁵ Voir *id.*, art. 3.3.4.

²⁰⁶ *Id.*, art. 3.3.11.

²⁰⁷ Voir *id.*, art. 3.3.12.

²⁰⁸ *Id.*, art. 3.3.13, al. 1.

²⁰⁹ Voir not. ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *supra* note 52.

Dans le cas où un tribunal judiciaire de juridiction d'appel en viendrait à confirmer l'existence d'un droit ancestral se rapportant à une question que les dispositions du traité n'auraient pas pour objet véritable de régler, l'entente de principe prévoit que les nations innues signataires pourraient s'adresser à un tribunal en vue d'obtenir un jugement déclaratoire de l'existence, à leur bénéfice, d'un tel droit²¹⁰. Cette même entente de principe prévoit également que, à défaut d'entente sur les stipulations à insérer au traité pour y ajouter les effets et modalités d'exercice d'un tel droit dont l'existence est admise par les parties ou établie par un tribunal, une partie pourra soumettre le différend « à l'arbitrage conformément au chapitre 15²¹¹ ». Ce dernier chapitre propose en principe un processus de règlement des différends qui pourront se soulever dans l'interprétation et l'application du traité²¹² et de ses éventuelles ententes complémentaires²¹³, et non au sujet de leur modification ou réexamen. À l'exception des situations où elles viseront à sa prise en considération d'un tel développement jurisprudentiel donc, les négociations de modification et de réexamen du traité ne pourront être menées à l'ombre de la possibilité de recourir à un tiers décideur. Et même dans ce cas exceptionnel, l'arbitre agira comme simple amiable compositeur²¹⁴, alors qu'il sera pourtant chargé de déterminer des droits constitutionnels. Rappelons qu'un amiable compositeur est un arbitre « autorisé par les parties à régler un différend en se fondant sur l'équité plutôt que sur les règles de droit et sans être tenu d'observer les règles ordinaires de la procédure²¹⁵ ». À tout prendre, la mesure dans laquelle le futur traité permettra une véritable « évolution ordonnée des effets et modalités d'exercice des droits ancestraux²¹⁶ » des nations innues de Mamuitun et de Nutashkuan paraît plutôt incertaine.

Le préambule du traité que projette l'entente de principe avec les Innus contiendra aussi l'attendu suivant :

²¹⁰ Voir *Entente de principe d'ordre général entre les Premières Nations de Mamuitun et de Nutashkuan et le Gouvernement du Québec et le Gouvernement du Canada*, supra note 180, art. 3.3.13, al. 1, *in fine*.

²¹¹ *Id.*, al. 3, *in fine*. Voir également al. 2.

²¹² Voir *id.*, art. 15.2.1.

²¹³ Voir *id.*, art. 15.2.2.

²¹⁴ Voir *id.*, art. 13.3.13, al. 4.

²¹⁵ H. REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2001.

²¹⁶ *Entente de principe d'ordre général entre les Premières Nations de Mamuitun et de Nutashkuan et le Gouvernement du Québec et le Gouvernement du Canada*, supra note 180, art. 2.1, 6^e attendu.

[a]ttendu que les parties entendent maintenir entre elles ainsi qu'avec les autres communautés des rapports fondés sur le respect, la reconnaissance et le partage mutuel[s]²¹⁷.

Assurément, il y a là correspondance avec les travaux de la Commission royale sur les peuples autochtones²¹⁸. Et c'est justement en prenant appui sur de telles fondations que le traité devrait contenir la stipulation suivante :

La culture des Innus ainsi que leur langue, Innu Aimun, sont protégées par le Traité. Celui-ci facilite la prise de mesures de protection et de promotion de la culture innue et de Innu Aimun. Dans le cas de la prise de mesures non prévues par le Traité, les mesures prises ne doivent pas être incompatibles avec le Traité²¹⁹.

Justiciable de ce même esprit, l'entente de principe avec les Innus l'est certainement dès lors que, plutôt que de ne prévoir qu'une traduction officieuse dans la langue des parties autochtones, elle envisage que le traité soit « rédigé en langues innue, française et anglaise²²⁰ ». Or elle l'est de même en ce qu'elle porte sur une solution pleinement récongnitive des droits ancestraux à l'ensemble des problèmes découlant des lacunes dans leur définition par le droit étatique. En effet, il est prévu que soient reconnus, confirmés et continués les droits ancestraux des nations innues de Mamuitun et de Nutashkuan comme « expression » et « partie » de leur « indianité²²¹ », c'est-à-dire de leur identité autochtone, de leur « autochtonité ».

En permettant de purger le droit des incertitudes liées aux droits ancestraux sans pour autant éteindre ceux-ci, la solution retenue dans l'actuelle entente de principe avec quatre des nations innues du Québec franchit un obstacle que d'aucuns avaient fini par croire techniquement insurmontable. Au moment d'écrire ces lignes cependant, le dépassement demeure hypothétique, puisque depuis mars 2004 le texte qui nous occupe n'est toujours pas devenu celui d'une entente définitive, c'est-à-dire d'un traité.

²¹⁷ *Id.*, art. 2.1, 9^e attendu.

²¹⁸ Voir CANADA, Commission royale sur les peuples autochtones, *supra* note 43, vol. 1 : *Un passé, un avenir*, p. 741-765.

²¹⁹ *Entente de principe d'ordre général entre les Premières Nations de Mamuitun et de Nutashkuan et le Gouvernement du Québec et le Gouvernement du Canada*, *supra* note 180, art. 3.3.9.

²²⁰ *Id.*, art. 3.5.1.

²²¹ *Id.*, art. 2.1, 8^e attendu, et 3.3.22.

En 2005, en raison du litige relatif à l'exploitation forestière de leur territoire ancestral, litige dans le cadre duquel ils ont saisi la justice, les Innus de Pessamit suspendaient leur participation aux négociations menées par le Conseil tribal Mamuitun mak Nutashkuan. Le 6 octobre 2010, à la suite de ce qui était selon toute vraisemblance de la part du ministère fédéral une rupture, fort tardive, de l'entente de principe de 2004, du moins en son chapitre 3 relatif aux « dispositions générales » qui viennent de retenir notre attention, le Conseil tribal Mamuitun mak Nutashkuan, visiblement ébranlé, suspendait temporairement les négociations, le temps de réfléchir à la signification d'une telle volte-face²²². Les négociations ont repris le 2 novembre, mais il s'est longtemps agi d'une reprise théorique. Désirant savoir si la rupture au moins partielle de l'entente de 2004 était le fait de fonctionnaires ou du ministre, voire du gouvernement, les chefs innus ont sollicité une rencontre avec le deuxième²²³. Vers la mi-janvier 2011, la réponse du ministre se faisait toujours attendre²²⁴. Fin mars, exaspéré, le « négociateur en chef » des Innus quittait ses fonctions²²⁵. À la suite d'une rencontre tenue enfin le 20 juin de cette même année 2011, les chefs Innus ont accepté de participer aux travaux du comité chargé d'étudier une proposition de modification du chapitre 3 de l'entente de principe de 2004 de la part du ministre²²⁶. Entretemps, le 1^{er} avril 2011, aux fins de la négociation de la revendication territoriale des Innus, le Conseil tribal Mamuitun nak Nutashkuan était devenu, avec des effectifs et autres moyens réduits, le Regroupement Petapan. Au moment d'écrire ces lignes, nous n'avions pas eu accès à l'« alternative » proposée par le ministre canadien des Affaires autochtones et du Développement du Nord.

À défaut d'acquiescer force de loi, la percée que représentait la solution envisagée par l'entente de principe de 2004 à l'égard du problème qui nous occupe ici demeurerait cependant bien réelle sur le plan de la technique juridique. Mais au-delà de la prouesse technique, la signification fondamentalement normative, c'est-à-dire morale ou éthique, d'un tel dépassement reste peut-être à saisir. C'est du moins notre hypothèse.

²²² CONSEIL TRIBAL MAMUITUN MAK NUTASHKUAN, « Approche commune : les Innus suspendent la négociation », communiqué, Mashteuiatsh, 7 octobre 2010.

²²³ L. LEVESQUE, « Ottawa et les Innus. Les négociations reprennent », Saguenay, *Le Quotidien*, 2 novembre 2010.

²²⁴ L. LEVESQUE, « Continuité des droits ancestraux. La réponse d'Ottawa se fait attendre », Saguenay, *Le Quotidien*, 14 janvier 2011.

²²⁵ CONSEIL TRIBAL MAMUITUN MAK NUTASHKUAN, « Approche commune : exaspéré, le négociateur des Innus quitte son poste », communiqué, Mashteuiatsh, 31 mars 2011.

²²⁶ REGROUPEMENT PETAPAN, « Entente de principe d'ordre général (« Approche commune »). Les chefs innus tentent un ultime effort », communiqué, Essipit, 29 juin 2011.

Il est déjà possible de relever que l'entente de principe avec les Innus porte sur la reconnaissance, la confirmation et la continuation des droits ancestraux des Premières Nations de Mamuitun et de la Première Nation de Nutashkuan comme expression de leur « indianité » ou, en termes plus heureux, de leur identité autochtone. Souvenons-nous d'ailleurs que « [l]e maintien de l'identité culturelle est peut-être la question la plus importante soulevée par les autochtones durant les audiences²²⁷ » de la Commission royale sur les peuples autochtones, dont les travaux font de la « reconnaissance mutuelle » le maître mot d'une relation renouvelée entre ceux-ci et le reste du pays²²⁸. Voilà qui nous met sur la piste de la reconnaissance des droits ancestraux comme reconnaissance d'une identité autochtone. Mais, cette piste, il est trop tôt pour s'y engager. Mieux vaut au préalable élargir et approfondir l'analyse descriptive de la problématique de la lutte des Autochtones pour la reconnaissance de leurs droits ancestraux.

En effet, on se demandera d'abord, en dehors de toute considération éthique, quelles peuvent bien être les « causes » ou « raisons » effectives pour lesquelles la politique fédérale d'extinction des droits ancestraux s'est si longtemps et quasi systématiquement montrée réfractaire au point de vue des Autochtones ainsi qu'à la critique en général. D'une manière plutôt wébérienne, notre pari à cet égard consistera à interroger la pensée juridique de tradition européenne que nous tenons pour conditionner les raisons de l'action dans la sphère du droit. Il convient toutefois de situer préalablement la lutte des Autochtones pour la reconnaissance par traité de leurs droits ancestraux dans une perspective historique.

²²⁷ CANADA, Commission royale sur les peuples autochtones, *supra* note 43, vol. 1 : *Un passé, un avenir*, p. 19.

²²⁸ Voir *id.*, p. 741-765.

Chapitre 2. Le passé des traités : de la tolérance à l'extinction des droits ancestraux

Qu'il soit question d'« occupation » ou d'« utilisation », d'une « pratique », d'une « promesse » ou de « relations avec la Couronne », le qualificatif d'« historique » prend des accents de leitmotiv dans le discours politique autochtone. Une telle exhortation au devoir de mémoire entend notamment servir leur lutte pour la pleine reconnaissance par traité de leurs droits ancestraux. Ce que la perspective historique donne inmanquablement à voir, c'est que cette actuelle lutte participe plus largement d'une revendication ininterrompue de reconnaissance des peuples autochtones en tant que nations à part entière, dignes de traiter d'égal à égal avec l'État, comme le serait le droit qu'elles produisent d'être « reconnu ». Mais on y distingue tout aussi bien comment la politique fédérale d'extinction des droits ancestraux s'inscrivait dans le prolongement naturel d'une pratique ayant évolué depuis une certaine forme de tolérance vers une entreprise d'abolition totale ou massive.

On s'entend généralement aujourd'hui pour dire que, dès les premiers temps des migrations européennes en Amérique du Nord, « la conclusion de traités entre l'État occidental et les peuples autochtones a symbolisé et concrétisé le contact d'univers juridiques profondément dissemblables²²⁹ ». Sur le territoire que recouvre actuellement le Canada, les premiers traités qui interviennent entre l'État et les nations autochtones s'insèrent, entre autres, dans un contexte de mercantilisme et de concurrence coloniaux. Au matin de la conquête de l'Amérique par les puissances européennes, la conclusion de traités apparaît à ces dernières comme un moyen de s'allier à des groupes autochtones à des fins autant commerciales que militaires et d'opposer à leurs rivales leur contrôle, leur soi-disant souveraineté sur certains des « nouveaux »

²²⁹ G. OTIS et A. ÉMOND, « L'identité autochtone dans les traités contemporains : de l'extinction à l'affirmation du titre ancestral », (1996) 41 *Revue de droit de McGill* 543, p. 545.

territoires²³⁰. À ce dernier égard, il vaut d'être souligné au passage qu'on a dit de l'affirmation d'une « souveraineté²³¹ » par les puissances européennes sur les territoires américains à l'époque des « grandes découvertes et conquêtes » que, si elle a suscité alors de doctes développements doctrinaux qui sont parfois considérés comme la trame du droit international public moderne, elle est peut-être davantage une question de fait qu'une question de droit²³². Or Michel Morin défend sagement la thèse de l'usurpation progressive de la souveraineté autochtone : la France, les Pays-Bas et la Grande-Bretagne n'auraient d'abord eu d'autre choix que de reconnaître la souveraineté des nations autochtones avant que celle-ci ne fasse l'objet d'une négation progressive²³³. Cette thèse tend à être confirmée par, entre autres travaux, ceux de Lauren Benton²³⁴. D'une telle reconnaissance de souveraineté, la conclusion de traités est sans doute l'une des traces les plus tangibles. Dans le même sens, Isabelle Schulte-Tenckhoff parle d'un processus d'« internalisation » pour désigner le transfert graduel des relations avec les nations autochtones depuis le domaine du droit international vers celui du droit interne, en d'autres termes le passage de l'obligation d'en arriver à des accords négociés avec les Autochtones à l'affirmation d'une compétence sur ces derniers²³⁵ ; on pourrait également parler du passage des Autochtones du statut de sujets de droits à celui d'objets de droit.

²³⁰ Voir not. D. DELAGE, *Le pays renversé : Amérindiens et Européens en Amérique du Nord-Est, 1600-1664*, Montréal, Boréal, 1991 ; O.P. DICKASON, *Les Premières nations du Canada* (1992), trad. J. Des Chênes, Sillery (Québec), Septentrion, 1996 ; J.D. HURLEY, *Children or Brethren: Aboriginal Rights in Colonial Iroquoia*, Saskatoon, University of Saskatchewan Native Law Centre, 1985 ; F. JENNINGS, *Empire of Fortune, Crowns, Colonies, and Tribes in the Seven Years War in America*, New York, W.W. Norton, 1988 ; J.R. MILLER, *Skyscrapers Hide the Heavens: A History of White-Indian Relations in Canada*, 3^e éd., Toronto, University of Toronto Press, 2000. Voir également l'interprétation de tels traités par la Cour suprême du Canada : *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456 ; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025 ; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387.

²³¹ Sur la genèse de cette notion, voir not. J. BARTELSON, *A Genealogy of Sovereignty*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995 ; J.-L. HAROUEL, J. BARBEY, É. BOURNAZEL et J. THIBAUT-PAYEN, *Histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution* (1987), 11^e éd., Paris, PUF, 2006.

²³² Voir not. J.-M. BRISSON, « L'appropriation du Canada par la France de 1534 à 1760 ou les rivages inconnus du droit », dans A. LAJOIE *et al.*, *Le statut juridique des peuples autochtones au Québec et le pluralisme*, Cowansville (Québec), Yvon Blais, 1996, p. 61, plus spécialement aux pages 62-76. Voir également M. MORIN, *L'usurpation de la souveraineté autochtone : le cas des peuples de la Nouvelle-France et des colonies anglaises de l'Amérique du Nord*, Montréal, Boréal, 1997.

²³³ M. MORIN, *supra* note 232.

²³⁴ L.A. BENTON, *Law and Colonial Cultures: Legal Regimes in World History, 1400-1900*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

²³⁵ I. SCHULTE-TENCKHOFF, *La question des droits autochtones*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 1997, p. 168 et s. ; « Reassessing the Paradigm of Domestication: The Problematic of Indigenous Treaties », (1998) 4 *Review of Constitutional Studies* 239, p. 259.

Section 1. Les traités d'alliance avec la France

À l'époque des explorations européennes dans les Amériques, la France comme l'Angleterre et les Pays-Bas ne reconnaissent pas la validité de la bulle *Inter Caetera* ni ne se sentent liés par le traité de Tordesillas qui prétend partager le « Nouveau Monde » entre l'Espagne et le Portugal. Au départ, la justification de leur présence sur ce continent varie au gré des circonstances : découverte, occupation, achat de terres, etc. Une analyse approfondie tend en effet à démontrer « l'insuffisance du mode d'appropriation par possession fictive²³⁶ ». En cette matière, il semblerait que « les États colonisateurs [aient] invoqué en leur faveur – ou imposé aux autres – des règles du jeu variables selon la conjoncture et les enjeux en cause²³⁷ ».

Les traités conclus avec des groupes autochtones au matin de l'entreprise coloniale européenne en Amérique du Nord, sans opérer nécessairement de cessions ou de renonciation de souveraineté, ont parfois été invoqués par les métropoles dans le but d'opposer un titre à leurs concurrentes. Ce fut notamment le cas des Pays-Bas, car au début du XVII^e siècle ceux-ci ne peuvent justifier la fondation de colonies en Amérique en invoquant quelque bulle pontificale ni la découverte de nouveaux territoires. « En 1625, le gouverneur de la Compagnie hollandaise [des Indes occidentales] reçoit l'ordre de négocier des cessions de territoire. L'année suivante, l'île de Manhattan est achetée contre 60 florins, l'équivalent d'une dizaine de peaux de castor²³⁸ ».

²³⁶ J.-M. BRISSON, *supra* note 232, p. 74.

²³⁷ *Ibid.* L'auteur se réfère not. à F.A.F. VON DER HEYDTE, « Discovery, Symbolic Annexation and Virtual Effectiveness in International Law », (1935) 29 *American Journal of International Law* 448, p. 457 et s. Afin de voir comment l'interprétation que donnaient les puissances européennes des traités qu'elles avaient conclus avec les Autochtones pouvait varier suivant les faits et les auditoires, comparer les thèses de D. HURLEY (*supra* note 230) et de B. SLATTERY (« Did France Claim Canada Upon "Discovery"? », dans J.M. BUMSTED (dir.), *Interpreting Canada's Past* (1986), 2^e éd., 2 vol., Toronto/New York, Oxford University Press, 1993, vol. 1, *Pre-Confederation*, p. 2-26) selon lesquelles elle servait à opposer aux autres puissances leur souveraineté sur un territoire, avec les faits rapportés par S. NORMAND, « Les droits des Amérindiens sur le territoire sous le Régime français », dans A. LAJOIE *et al.*, *supra* note 232, p. 107, aux pages 126-127, entourant la réaction des Abénaquis au traité d'Utrecht.

²³⁸ M. MORIN, *supra* note 232, p. 120. Voir également A.S. KELLER *et al.*, *Creation of Rights of Sovereignty through Symbolic Acts, 1400-1800*, New York, Columbia University Press, 1938, p. 132-141 ; H.R. BERMAN, « Perspectives on American Indian Sovereignty and International Law, 1600 to 1776 », dans J.C. MOHAWK et O.R. LYONS, *Exiled in the Land of the Free: Democracy, Indian Nations and the U.S. Constitution*, Santa Fe, Clear Light, 1992, p. 125 aux pages 135 et s. ; B.G. TRIGGER, *Natives and Newcomers: Canada's « Heroic Age » Reconsidered*, Kingston (Ontario)/Montréal, McGill-Queen's University Press, 1985, p. 330-331. Ce dernier ouvrage a été traduit en français sous le titre : *Les Indiens, la fourrure et les Blancs*, trad. G. Khal, Montréal/Paris, Boréal/Seuil, 1990.

Quant à la France, en l'absence de conquête réelle ou de quelque traité par lequel les Autochtones concernés auraient véritablement cédé des territoires ou renoncé à leur propre souveraineté, celle-ci n'a probablement jamais acquis la souveraineté sur plusieurs territoires que l'histoire traditionnelle a présentés comme faisant partie de la Nouvelle-France²³⁹. Jean-Paul Lacasse enseigne par exemple que, malgré leurs affirmations de souveraineté sur la scène internationale, les Français « n'avaient pas le contrôle effectif des pays d'en haut ni du Nitassinan²⁴⁰ », le territoire des Innus qui, rappelons-le au passage, relevait pour l'essentiel, en droit français, du « domaine du roi ». L'auteur explique que, de fait, « en droit dit interne, les Français qui s'y aventureraient observaient le « droit » autochtone en vigueur », si bien que s'ils s'y mariaient, par exemple, « c'était « à la mode du pays », c'est-à-dire selon l'ordre autochtone qui s'y appliquait²⁴¹ ». Et même là où la souveraineté française peut être tenue pour acquise, plusieurs raisons portent à croire à un curieux dualisme, celui d'une autonomie gouvernementale des nations autochtones sous cette souveraineté²⁴². Par exemple, en 1760, même les Amérindiens « domiciliés », c'est-à-dire les Hurons, Abénaquis, Iroquois, Algonquins et Nipissingues convertis au catholicisme et parfois réfugiés qui se sont établis dans la vallée du Saint-Laurent à la suite des Français, sur des terres seigneuriales qui n'étaient pas leurs terres ancestrales, et qui ont constitué la fédération des Sept-Feux²⁴³, pouvaient conclure certains traités aussi bien avec les Anglais qu'avec les Français²⁴⁴.

En effet, les Français ont en Nouvelle-France conclu des traités avec les Autochtones. Relativement aux premiers occupants du territoire, la France – du moins jusqu'en 1717 – se réserve les deux options suivantes afin d'asseoir sa « domination » : « par voye d'amitié ou

²³⁹ Voir not. J.-M. BRISSON, *supra* note 232 ; C.J. JAENEN, *Les relations franco-amérindiennes en Nouvelle-France et en Acadie*, Ottawa, Affaires indiennes et du Nord Canada, 1985, p. 32 ; A. LAJOIE et P. VERVILLE, « Les traités d'alliance entre les Français et les Premières Nations sous le Régime français », dans A. LAJOIE *et al.*, *supra* note 232, p. 143-217 ; S. NORMAND, *id.*

²⁴⁰ J.-P. LACASSE, *Les Innus et le Territoire : Innu Tipenitamun*, Sillery (Québec), Septentrion, 2004, p. 93.

²⁴¹ *Ibid.*

²⁴² C.J. JAENEN, *ibid.* Voir également M. MORIN, « Des nations libres sans territoire ? Les Autochtones et la colonisation de l'Amérique française du XVI^e au XVIII^e siècles », (2010) 12 *Journal of the History of International Law* 1 ; J.-M. BRISSON, *id.* ; S. NORMAND, *id.*

²⁴³ Voir J.-P. SAWAYA, *La Fédération des Sept-Feux de la Vallée du Saint-Laurent, XVII^e-XIX^e siècles*, Sillery (Québec), Septentrion, 1998.

²⁴⁴ M. MORIN, « « Manger avec la même micoine dans la même gamelle » : à propos des traités conclus avec les Amérindiens au Québec, 1665-1760 », (2003) 33 *Revue générale de droit* 93, p. 121 ; A. BISSONNETTE, « L'influence du Régime français sur le statut et les droits des peuples autochtones du Canada : une relecture critique de la jurisprudence », dans A. LAJOIE *et al.*, *supra* note 232, p. 219, aux pages 252-253. L'auteur se réfère à l'arrêt qu'a rendu la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Sioui*, *supra* note 230, plus spécialement p. 1056.

aymables compositions, si faire se peult, [ou] par force d'armes, main forte et autres voyes d'hostilité [...]»²⁴⁵ ». Jamais la seconde option ne deviendra la politique coloniale de la France en Amérique du Nord. D'ailleurs, il faut dire qu'elle n'en aurait pas eu les moyens. Quant à la première option, qui était dès le départ privilégiée, les instructions données à Roberval reconnaissent la capacité des peuples autochtones de conclure des alliances, l'obligation de respecter la parole donnée devant découler du droit naturel. Il est notoire que l'aventure coloniale que représentait la Nouvelle-France procédait plus de l'entreprise commerciale que du peuplement. Or son succès passait par la création de partenariats avec des nations autochtones d'abord, puis par l'établissement d'une relation pacifique entre les partenaires commerciaux des Français et ceux qu'on a longtemps appelés les Iroquois, les Haudenosaunes²⁴⁶. Et c'est au moyen de traités que les Français se sont employés, voire parfois évertués, à établir de tels rapports. En 1717, le roi crée par lettres patentes la Compagnie d'Occident à laquelle il confère un monopole commercial en Louisiane et sur les peaux de castor grasses exportées du Canada. Selon Michel Morin, ce document « résume les grands principes qui gouvernent les relations avec les Autochtones depuis 1664, en y apportant certaines modifications²⁴⁷ ». L'extrait pertinent se lit comme suit :

Pourra ladite compagnie, dans le dit pays de sa concession, traiter et faire alliance en notre nom avec toutes les nations du pays, autres que celles dépendantes des autres puissances d'Europe²⁴⁸, et convenir avec elles des conditions qu'elle jugera à propos pour s'y établir et faire son commerce de gré à gré, et en cas d'insulte, elle pourra leur déclarer la guerre, les attaquer ou se défendre par la voie des armes, et traiter de paix et de trêves avec elles²⁴⁹.

Comme le fait remarquer notre auteur, « il n'est plus question de chasser ou de soumettre [les nations autochtones] qui ne sont pas alliées aux Français²⁵⁰ ».

Le 27 mai 1603 est conclue à Tadoussac une alliance entre la France et les nations algonquines, etchemines et innues. L'alliance de Tadoussac a pour corollaire de faire des Français de nouveaux ennemis des Cinq Nations haudenosaunes, constituées en confédération

²⁴⁵ « Roberval's Commission », dans H.P. BIGGAR (dir.), *A Collection of Documents Relating to Jacques Cartier and the Sieur de Roberval*, Ottawa, Éd. off., 1930, p. 178, cité dans M. MORIN, *supra* note 232.

²⁴⁶ M. MORIN, *id.*, p. 106.

²⁴⁷ M. MORIN, *supra* note 242, p. 46.

²⁴⁸ Conformément à l'esprit de l'article XV du traité d'Utrecht de 1713, *infra* note 263.

²⁴⁹ *Lettres patentes pour l'établissement d'une Compagnie de Commerce, sous le nom de « Compagnie d'Occident »*, 1717, article VI.

²⁵⁰ M. MORIN, *supra* note 242, p. 47.

depuis le XV^e ou le XVI^e siècle. Celles-ci posent rapidement la principale menace d'échec de l'entreprise coloniale, tellement le conflit s'aggrave²⁵¹.

Après que quelques traités eurent été conclus, toutes tentatives infructueuses de pacification, celui qui intervient en 1665-1666 entre la France et les Cinq Nations parvient à ramener, mais seulement précairement, la paix. Michel Morin relève que le document officiel rédigé par les Français et devant constater l'entente en question porte un texte qui a « toutes les apparences d'un traité entre puissances européennes. Il a été publié dans le *Mercur françois*, ensuite dans un recueil édité par Leonard et, en 1731, dans le *Corps universel diplomatique du droit des gens* de J. Dumont²⁵² ». Notons que c'est l'article 5 de ce traité, relatif à l'« échange de familles », qui est à l'origine de la « domiciliation » de familles iroquoises à Deux-Montagnes et sur la rive sud de Montréal.

Mais les années 1680 voient les Français, ayant en vue d'étendre leur approvisionnement en fourrures, s'associer de nouveau à des ennemis des Cinq Nations, et par conséquent reprendre le conflit avec celles-ci. C'est dans un tel contexte que se situe la Grande Paix de Montréal, qui est conclue le 4 août 1701, événement mémorable qui « réunit plus de 1300 délégués autochtones dans une ville où vivent à peine mille Français²⁵³ »! Outre la France, c'est une quarantaine de nations amérindiennes qui s'engagent alors par traité. Car non seulement les représentants des Cinq Nations apposent-ils la marque de leur clan sur le compte rendu des déclarations solennelles, mais également ceux de tous les Amérindiens domiciliés à l'exception des Hurons ainsi que ceux des nations des « pays d'en haut », de l'Ouest, telles celles des Outaouais, des Sauteux, des Algonquins du nord des Grands Lacs, des Miamis, des Illinois, des Renards, des Mascoutens et des Folles-Avoines. On est autorisé à dire que, jusqu'à la Conquête, c'est sous le soleil de la Grande Paix que vit la Nouvelle-France. Il convient encore ici de citer Michel Morin, qui enseigne que, même « si elle ne sera respectée par tous les signataires, du

²⁵¹ M. MORIN, *supra* note 232, p. 107-109.

²⁵² *Id.*, p. 112.

²⁵³ *Id.*, p. 120.

point de vue français, la paix de 1701 est un succès, car elle assure la neutralité des Cinq Nations au cours des conflits avec l'Angleterre et permet un approvisionnement stable en fourrures²⁵⁴ ».

Tous ces traités ne ressortissaient en rien à l'improvisation ; les lettres patentes par lesquelles étaient nommés les vice-rois ou les lieutenants du roi en Amérique, les provisions des gouverneurs, la charte de la Compagnie des Cent Associés — qui administra la Nouvelle-France de 1628 à 1663 — ainsi que celle de la Compagnie des Indes Occidentales — qui prit le relais de 1664 à 1674 — envisageaient, parfois explicitement, parfois de manière implicite, « le maintien d'une relation pacifique formalisée par des traités de paix ou d'alliance avec les Autochtones²⁵⁵ ».

D'une manière qui laisse douter de la fidélité à l'entente conclue oralement, au moyen de déclarations solennelles et le plus souvent suivant le droit de la partie autochtone en la matière, les documents rédigés par les Français et qui sont censés consigner l'entente contiennent souvent un passage où la partie autochtone se déclare fidèle sujet de Sa Majesté. Encore là, « rien ne s'oppose à ce qu'un peuple autochtone devienne du roi au plan militaire, tout en conservant une autonomie interne beaucoup plus grande qu'une nation intégrée au royaume²⁵⁶ ». Aussi Colbert a-t-il écrit à l'intendant Talon qu'il avait lu le traité de 1665-1666 avec des nations haudenosaunées, « ayant fort bien remarqué » que son correspondant avait « eu principalement en veüe d'acquérir une possession contre les prétentions — présentes ou de l'avenir des nations de l'Europe²⁵⁷ ».

Or, qu'ils le soient à de telles fins, à des fins commerciales, militaires ou autres, les traités conclus entre les autorités françaises et les nations autochtones, traités qui sont en fait des traités de paix, ne prévoient pas de cessions de terres et n'ont apparemment aucune incidence restrictive sur les droits ancestraux ; le temps qu'a duré le Régime français, aucune cession de terres n'a été obtenue. L'histoire du droit traditionnelle expliquait cette circonstance en prétendant que la souveraineté française avait eu pour corollaire l'extinction de tout droit ancestral, autrement que

²⁵⁴ *Id.*, p. 121. L'auteur renvoie not. à J. PARMENTIER, « Neutralité active des Iroquois durant la guerre de la Succession d'Autriche, 1744-1748 », *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. 32, n° 1, 2002, p. 29.

²⁵⁵ M. MORIN, *id.*, p. 99-100.

²⁵⁶ M. MORIN, *supra* note 242, p. 32.

²⁵⁷ « Lettre de M. Colbert à M. Talon », A.N. Colonies, série C11A, vol. 1, f° 294, cité dans *id.*, p. 117.

la France n'avait pas reconnu les droits des premiers occupants de ce dont elle a voulu faire une « Nouvelle-France »²⁵⁸. Il semble maintenant que la raison en soit plutôt que les Français n'ont tout simplement pas peuplé les terres alors occupées par des Autochtones. En Nouvelle-France, il était rare que des terres soient concédées à même des territoires occupés par des Autochtones. « Dans les « Pays d'en haut », les rares concessions de terre accordées à des Français suscitent d'ailleurs des protestations de la part des Autochtones²⁵⁹ ». C'est pourquoi en Nouvelle-France la menace de conflits résultant d'empiétements sur les terres des Autochtones était généralement un problème inexistant²⁶⁰. Rappelons à cet égard que, par exemple,

[...] la fondation de Québec, en 1608, et celle de Montréal, en 1642, ont lieu dans un territoire où les Autochtones n'ont pas d'habitations permanentes. Elles sont bien accueillies par les alliés des Français. Par la suite, les concessions seigneuriales sont concentrées dans la région qui débute un peu en amont de Montréal et qui s'étend le long du Saint-Laurent jusqu'en aval de Québec; entre les deux se situe la ville de Trois-Rivières. Pendant le Régime français, la majeure partie du territoire est recouverte de forêts et les nouvelles exploitations agricoles ne nuisent pas aux activités de chasse des Autochtones²⁶¹.

Aussi a-t-on démontré que,

[a]u-delà de leurs prétentions officielles, les Français ont généralement respecté les droits des Amérindiens sur leurs terres [...]; [m]ême à l'intérieur de la colonie du Canada, les Amérindiens [...] ne furent pas [toujours] soumis au même régime juridique que les Français [...]; au reste, [l]'ancien droit français admettait, plus aisément que le droit actuel, l'existence d'une pluralité de droits sur la propriété foncière, [de sorte que] [p]lusieurs usages auxquels s'adonnaient les Amérindiens sur des terres soumises au régime seigneurial pouvaient donc s'avérer compatibles avec des droits exercés simultanément par d'autres personnes, sans heurter pour autant les fondements du droit coutumier français²⁶².

Pour reprendre quelques exemples parmi les nombreux que donne Michel Morin : en 1665, les ordres de Louis XIV au gouverneur Courcelles intiment à celui-ci veiller à ce que les Autochtones soient traités de façon équitable et lui rappelle que personne n'a le droit de « prendre leurs terres sous prétexte qu'il est préférable qu'elles deviennent françaises » ; en 1716, les ordres de Louis XV par l'intermédiaire du régent Philippe d'Orléans interdisent aux colons français de s'établir ou de cultiver la terre à l'Ouest des seigneuries de la région de Montréal ; en 1720, un mémoire préparé dans le cadre des travaux d'une commission établie à la

²⁵⁸ Voir not. H. BRUN, « Les droits des Indiens sur le territoire du Québec », dans *Le territoire du Québec : six études juridiques*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1974, p. 33-95, aux pages 49-50.

²⁵⁹ M. MORIN, *supra* note 242, p. 40.

²⁶⁰ P.A. CUMMING, N.H. MICKENBERG *et al.*, *Native Rights in Canada*, 2^e éd., Toronto, The Indian-Eskimo Association of Canada in association with General Publishing, 1972, p. 83.

²⁶¹ M. MORIN, *supra* note 244, p. 98.

²⁶² S. NORMAND, *supra* note 237, p. 140-14. Voir également A. BISSONNETTE, *supra* note 244.

suite du traité d'Utrecht²⁶³ dans le but de tracer la frontière entre la Nouvelle-France et la baie d'Hudson reconnaît que les territoires de chasse des Autochtones « appartiennent » à ceux-ci ; au terme d'une conférence tenue à Québec en 1748 et à laquelle participent quelque 80 représentants iroquois, le gouverneur La Galissonnière et l'intendant Bigot confirment une fois de plus que les Autochtones « se disent et sont un peuple indépendant de toutes les nations, et il est incontestable que les territoires qu'ils habitent leur appartiennent »²⁶⁴.

En droit, même les peuples autochtones domiciliés conservent, en Nouvelle-France, un degré élevé d'autonomie. Ils signent des traités et ne sont généralement pas assujettis au droit français. Les nations domiciliées formaient d'ailleurs, à partir de 1722, une organisation politique, la confédération des Sept Feux, ou Sept Nations, avec laquelle la France a conclu des alliances militaires. De plus, « c'est uniquement dans la mesure où un texte le prévoit expressément que les Autochtones domiciliés seront assujettis au droit français. En outre, à cette époque, il est nécessaire d'obtenir leur consentement pour appliquer celui-ci dans les faits²⁶⁵ ». En somme, si les Amérindiens domiciliés « sont bien soumis à la souveraineté française, celle-ci leur reconnaît un degré d'autonomie impensable pour des Français²⁶⁶ ».

Signalons que la Cour suprême du Canada a eu à se pencher sur ces questions à l'occasion des affaires *R. c. Adams*²⁶⁷ et *R. c. Côté*²⁶⁸, affaires qui mettaient en cause l'éventuel impact de la colonisation française en Amérique du Nord sur les droits ancestraux. La Cour a conclu que, du moins aux yeux du droit du conquérant britannique, la souveraineté française ne pouvait pas avoir eu pour effet d'éteindre les droits ancestraux à l'intérieur des frontières de ce qui constituait la Nouvelle-France²⁶⁹. Cette thèse voulant que, du simple fait de la Conquête de 1760, le droit public de l'ancien Canada français aurait été écarté au profit de celui que contient

²⁶³ *Traité de paix entre la France et l'Angleterre conclu à Utrecht le 11 avril 1713*, suivant la copie imprimée à Paris, à La Rochelle, chez Michel Salvin, libraire au Canton des Flamans, 1713, avec privilège de Sa Majesté, accessible en ligne : <http://eco.canadiana.ca/view/oocihm.41706/3?r=0&s=1>

²⁶⁴ M. MORIN, *supra* note 242.

²⁶⁵ *Id.*, p. 33.

²⁶⁶ *Id.*, p. 33-34.

²⁶⁷ *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101.

²⁶⁸ *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139.

²⁶⁹ *Id.*, par. 51. La jurisprudence antérieure à ces deux arrêts est critiquée par A. BISSONNETTE, *supra* note 244.

la common law sera affirmée par une certaine jurisprudence²⁷⁰ mais sérieusement mise en doute par la recherche en histoire du droit²⁷¹.

Section 2. De l'alliance à la cession de terres sous la colonisation britannique

La pratique anglaise sera d'abord de nier les droits des Autochtones (1606-1662) avant de les reconnaître (à partir de 1662). Les Anglais commenceront par nier que l'on puisse détenir des droits sur des terres qu'on ne fait que « parcourir » plutôt que de les cultiver. Ils invoqueront donc, à compter de 1620, la doctrine de la découverte et de *terra nullius* à l'encontre des cessions de terres obtenues des Autochtones par les Néerlandais.

En 1608, dans le *Case of Tanistry*²⁷², le *King's Bench* anglais a jugé une coutume successorale irlandaise trop « barbare » pour être tolérée par la common law, qui aurait fini par s'appliquer dans l'ensemble de l'île à compter du XVI^e siècle à la faveur d'une présence suffisante d'organes administratifs et judiciaires pour son application – ce qui, comme le fait remarquer Michel Morin, n'était certainement pas le cas des terres ancestrales autochtones dans l'Amérique du Nord du début du XVII^e siècle. Le *Case of Tanistry* suggère donc que, au terme de la conquête de l'Irlande, les coutumes irlandaises ne valent que dans la mesure où leur « barbarie » ne répugne pas à la common law qui a été rendue applicable dans l'île. La même année, le même *King's Bench*, dans une affaire entendue par tous les juges d'Angleterre, en l'occurrence le *Calvin's Case*²⁷³, a précisé les conditions de réception du droit des pays conquis par l'Angleterre. Si la conquête est celle d'un pays chrétien, les lois (le droit privé) de ce dernier

²⁷⁰ *Ruding v. Smith*, (1821) 161 E.R. 774 (Consistory Court), lord Stowell, à la page 778: «Even with respect to the ancient inhabitants [of a conquered country], no small portion of the ancient law is unavoidably superseded by revolution of government that has taken place. The allegiance of subjects, and the law that relates to it – the administration of the law in the sovereign, and appellate jurisdiction – and the laws connected with the exercise of sovereign authority – must undergo alterations adapted to the change», prenant ses distances par rapport à *Campbell v. Hall*, (1774) 98 E.R. 1045 (King's Bench), lord Mansfield: «For before the 7th October 1763, the original constitution of Grenada continued, and the King stood in place of [the inhabitants'] former Sovereign».

²⁷¹ Michel MORIN, «Les changements de régimes juridiques consécutifs à la Conquête de 1760», (1997) 57 *Revue du Barreau* 689 ; Michel MORIN, «Portalis c. Bentham ? Les objectifs assignés à la codification du droit civil et du droit pénal en France, en Angleterre et au Canada », dans CANADA, Commission du droit du Canada (dir.), *La législation en question*, Ottawa, Commission du droit du Canada, 2000, p. 139-217.

²⁷² *Case of Tanistry*, (1608) Davis 28 [80 E.R. 519] (Lord Mansfield). Voir à ce sujet F.H.N., « The Case of Tanistry », (1950-1952) 9 *Northern Ireland Legal Quarterly* 215.

²⁷³ *Calvin's case*, (1608) 7 Co. Rep. 1a, 17b, 23a [77 E.R. 377, 398, 404] (Lord Coke). Voir à ce sujet G. LOUGHTON, « Calvin's Case and the Origins of the Rule Governing "Conquest" in English Law », [2004] *Australian Journal of Legal History* 8, en ligne : <http://www.austlii.edu.au/au/journals/AJLH/2004/8.html>

continuent de s'appliquer jusqu'à ce que le souverain en décide autrement. Si le pays conquis est celui d'infidèles (musulmans), alors c'est plutôt l'« équité naturelle » qui s'applique dans l'intervalle. Quant aux païens conquis, ils sont dépourvus de tout recours en justice. Il faudra attendre 1774 pour que cette jurisprudence soit renversée dans le sens d'une généralisation du premier cas de figure²⁷⁴. Lord Mansfield parlera alors de l'« *absurd exception as to pagans, mentioned in the Calvin's case, [which] shews the universality and antiquity of the maxim [according to which the laws of a conquered country continue in force until they are altered by the conqueror, for] that distinction could not exist before the Christian æra; and in all possibility arose from the mad enthusiasm of the Croisades*²⁷⁵ ». En ce début de XVIIe siècle toutefois, une telle jurisprudence n'inaugure rien de bon pour les Autochtones d'Amérique appelés à fréquenter les Anglais. Mais la conquête de ceux-là par ceux-ci n'a, pour le moment du moins, aucune correspondance avec la réalité. Du reste, s'il s'agit là de la doctrine juridique officielle qu'attestent généralement les concessions obtenues par des compagnies comme celles de la Virginie et de Nouvelle-Angleterre, ce droit est contredit par la pratique qui voit parfois les autorités coloniales ainsi que les colons particuliers négocier des cessions de terre avec les Autochtones²⁷⁶. En outre, les autorités coloniales se comportent comme si le consentement de ces derniers était requis pour qu'elles leur appliquent le droit anglais²⁷⁷. Autrement dit, les Anglais n'avaient pas les moyens de mettre en pratique leurs théories juridiques.

D'ailleurs, dès 1662, la General Court of Massachusetts Bay a reconnu l'existence juridique du titre aborigène : « *such haue binn the incouragement of the Indians in their improvements thereof, the which, added to their native right, which cannot, in strict justice, be vtterly extinct, doe therefore order, that the Indians be not dispossessed of such lands as they at present are possessed of there*²⁷⁸ ».

En 1664, en reprenant les établissements néerlandais, les Anglais renouvellent les ententes conclues entre ces derniers et les Autochtones. C'est l'origine de la « *Covenant Chain* ».

²⁷⁴ *Campbell c. Hall*, *supra* note 270, p. 1048.

²⁷⁵ *Id.*

²⁷⁶ M. MORIN, *supra* note 232, p. 112.

²⁷⁷ *Id.*, p. 113.

²⁷⁸ La Cour est citée dans J.W. SPRINGER, « American Indians and the Law of Real Property in Colonial New England », (1986) 30:1 *American Journal of Legal History* 25, p. 56.

En 1665, une commission royale est créée pour enquêter notamment sur les relations des autorités coloniales avec les chefs autochtones. Les commissaires auraient condamné nettement l'acte de faire la guerre aux Autochtones sans « juste cause » (terme relevant du droit des gens), l'appropriation sans leur consentement de terres qu'ils occupent et le défaut d'honorer les traités conclus avec eux²⁷⁹. Comme suites, le rapport des commissaires n'aurait connu que des directives, et non pas des normes juridiques. Ces directives favoriseront la négociation directe entre particuliers et Autochtones²⁸⁰, ce qui se révélera problématique par la suite.

En 1701, juste avant la conférence de Montréal qui se conclura par la Grande Paix, les chefs iroquois auraient, aux termes du Traité d'Albany, accepté de « céder », sous réserve de leurs droits de chasse et de pêche, toutes les terres des Grands Lacs en échange de la protection du souverain anglais. Mais des traités entre Britanniques et Autochtones seront aussi conclus dans le contexte de la conquête par ceux-là de la majeure partie de la Nouvelle-France.

Du fait même de la conquête, l'essentiel du droit public britannique se substituerait automatiquement à celui du pays conquis. Voilà qui du moins finira par être affirmé par une certaine jurisprudence²⁸¹. Au terme de la guerre de succession d'Espagne (1702-1713), la France et la Grande-Bretagne signent, le 11 avril 1713, le traité d'Utrecht. Le bassin hydrographique de la baie d'Hudson (Terre de Rupert), Terre-Neuve et l'Acadie (N.-E., mais pas l'île du Cap-Breton ni le N.-B.) sont cédés à la Grande-Bretagne. Comme l'indique Michel Morin, les Autochtones (Abénaquis, Micmacs et Malécites (« Amalécites »)) vivent cette cession comme un affront²⁸². Initialement, la France aurait même été « disposée à céder toute la Baie de Fundy et la côte du Maine, en réinstallant [ses précieux alliés militaires que sont] les Abénaquis au cap Breton ! Les protestations véhémentes de ces derniers convainquent les autorités de changer de

²⁷⁹ M. MORIN, *supra* note 232, p. 115.

²⁸⁰ *Ibid.*

²⁸¹ *Ruding v. Smith*, (1821) 161 E.R. 774 (Consistory Court), Lord Stowell, p. 778 : « *Even with respect to the ancient inhabitants [of a conquered country], no small portion of the ancient law is unavoidably superseded by revolution of government that has taken place. The allegiance of subjects, and the law that relates to it – the administration of the law in the sovereign, and appellate jurisdiction – and the laws connected with the exercise of sovereign authority – must undergo alterations adapted to the change* », prenant ses distances par rapport à *Campbell v. Hall*, *supra* note 270, (Lord Mansfield) : « *For before the 7th October 1763, the original constitution of Grenada continued, and the King stood in place of [the inhabitants'] former Sovereign* ».

²⁸² M. MORIN, *supra* note 232, p. 121.

position [...]»²⁸³ ». L'article XV du traité prévoit que les Français ne molesteront ni les « Cinq Nations ou Cantons des Indiens soumis à la [Grande-Bretagne ni les] autres Nations de l'Amérique, amies de cette Couronne²⁸⁴ ». Celle-ci s'engage réciproquement à se comporter de façon « pacifique » avec les autochtones sujets ou amis de la France. De plus, ce même article reconnaît aux uns et aux autres Autochtones la « pleine liberté de se fréquenter pour le bien du commerce ». Un différend portera également sur les frontières de l'Acadie. « Avec le temps, chaque couronne conteste le droit de sa rivale de s'établir dans l'État du Maine et dans le Nouveau-Brunswick actuels²⁸⁵ ». Lors des conférences diplomatiques de 1755 sur les nombreux différends frontaliers entre la France et la Grande-Bretagne en Amérique du Nord et dans les Antilles, les représentants français soutiendront que le « pays » des Etchemins doit être distingué de l'Acadie²⁸⁶. Ils affirmeront l'indépendance des Abénaquis afin d'éviter à la France d'être tenue responsable de leurs actions, mais cela sans revendiquer de titre sur leur territoire²⁸⁷. Mais la stratégie française a pour but de nier réciproquement les implications territoriales des alliances conclues entre Britanniques et Autochtones, en niant même la stabilité et la valeur juridique d'une telle alliance. Il s'agit donc pour la France, dont la mauvaise foi paraît ici évidente, de soutenir la thèse de l'indépendance totale mais aterritoriale et inconstante des peuples autochtones²⁸⁸. À quelques reprises, la France remettra aussi en question l'alliance des Britanniques avec les Micmacs.

Sur le territoire que comprennent la Nouvelle-Écosse et, Nouveau-Brunswick et la Gaspésie actuels, les Britanniques ont conclu une série de traités dit « de paix et d'amitié » avec les Micmacs (Mi'Kmaq), les Malécites (Maliseet) et les Passamaquoddy sur une période allant de 1725 à 1779. S'ils se présentent souvent comme des ententes commerciales, ces traités

²⁸³ M. MORIN, *supra* note 242, p. 54.

²⁸⁴ Cité dans *id.*, p. 30. Voir C. PARRY (dir.), *Consolidated Treaty Series*, Dobbs Ferry, Oceana, 1969, vol. 21, p. 409.

²⁸⁵ M. MORIN, *supra* note 242, p. 55.

²⁸⁶ *Id.*, p. 57.

²⁸⁷ *Id.*, p. 65.

²⁸⁸ Les Français soutiennent alors que les « Sauvages » sont « libres & indépendants » au point de ne pas pouvoir être appelés « sujets de l'une ou l'autre Couronne; l'énonciation du traité d'Utrecht à cet égard, est fautive & ne peut changer la nature des choses ». Cette nature est soudainement celle de peuples qui demain peuvent cesser d'occuper le terrain qu'ils occupent aujourd'hui en même temps que de devenir alors l'ennemi de son ami de la veille (« MÉMOIRE remis par M. le Duc de Mirepoix au Ministère de Londres, le 14 mai 1755 », dans J.-N. MOREAU (dir.), *Mémoire contenant le précis des faits avec leurs pièces justificatives pour servir de réponse aux observations envoyées par les Ministres d'Angleterre dans les Cours de l'Europe*, Paris, Imprimerie royale, 1756, p. 250-257, cité dans *id.*, p. 66).

obéissent néanmoins à des impératifs politiques. Ainsi que l'explique le professeur William Wicken :

L'intérêt de la Grande-Bretagne pour les échanges commerciaux est à l'origine d'une série de traités négociés avec les Mi'kmaq, les Maliseet et les Passamaquoddy après 1713. Ces traités visaient principalement à établir une alliance durable entre les Britanniques et les collectivités autochtones de la région. Dans ce contexte, les Britanniques étaient préoccupés par les relations entretenues par chacune de ces collectivités avec la Couronne française. Ces alliances, pensaient les Britanniques, savaient leurs efforts visant à établir une forme de contrôle politique dans la région. Afin de remédier à ce problème, ils négocièrent des traités créant une série de lois conçues pour normaliser leurs relations avec les trois sociétés autochtones de la région²⁸⁹.

Avant même l'implantation de colons sur leurs territoires au début du XVII^e siècle, les Autochtones qui fréquentaient les côtes du Maine, de la Gaspésie et des provinces maritimes actuelles étaient, dans le cours du XVI^e siècle, devenus dépendants de certains produits par suite de leurs relations commerciales avec les pêcheurs européens, basques, espagnols, français, portugais et anglais :

Les couteaux étaient des outils pratiques qui furent rapidement intégrés dans la vie familiale, de même que les mousquets et les étoffes. Mais pour acquérir ces biens, les familles devaient piéger davantage d'animaux à fourrure, plus qu'ils ne l'avaient jamais fait auparavant. Cela signifiait également qu'elles devaient passer davantage de temps à chasser à l'intérieur des terres qu'avant les années 1500²⁹⁰.

La connaissance du fait, contemporain de leurs premiers contacts, de l'interdépendance économique entre ces Autochtones et les Européens, est essentielle à la compréhension des traités de paix et d'amitié qu'ils ont conclus au XVIII^e siècle.

Le premier traité de paix et d'amitié est sans doute le traité conclu en 1726 entre la Couronne britannique et ces alliés des Abénakis (Wabanakis), autre que la France, qu'étaient jusqu'alors les Micmacs, les Malécites et les Passamaquoddy. Ce traité intervenait après la guerre de 1722-1725 entre les Britanniques et les Abénakis :

Pour leur part, les Mi'kmaq et les Maliseet acceptaient de ne pas molester les sujets de Sa Majesté des « colonies déjà existantes ou qui seront établies légalement à l'avenir ». [...] En contrepartie, les Britanniques acceptaient de ne pas nuire aux « activités licites » des membres des collectivités, comme la pêche, la chasse et la culture. [...] Ces traités n'avaient pas pour but d'instituer un nouveau système juridique à l'intention des peuples autochtones de la région, mais uniquement de créer des mécanismes de médiation pour leurs relations avec les Britanniques²⁹¹.

Il ne s'agissait encore que d'une espèce de pacte de non-agression, et non d'une alliance, du moins dans la mesure où les Micmacs sont demeurés des alliés de la France jusqu'à la fin des

²⁸⁹ W.C. WICKEN, « Traité de paix et d'amitié de 1760 », fiche d'information préparée pour le ministère fédéral des Affaires indiennes et du Développement du Nord, en ligne :

<http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100028599/1100100028600>

²⁹⁰ *Id.*

²⁹¹ *Id.*

années 1750²⁹². En 1749 est renouvelé le traité de 1726, mais avec Malécites et une communauté Micmac (parmi de nombreuses) seulement. Des combats sporadiques entre Britanniques et Micmacs ont d'ailleurs lieu jusqu'à la fin de l'année 1751²⁹³. Ce n'est donc qu'en 1752 que le traité de 1726 sera renouvelé avec les Micmacs des territoires sous souveraineté britannique. Or :

Les tentatives de Cope pour convaincre les autres collectivités, particulièrement celles qui vivaient dans la sphère d'influence française de l'Île Royale (île du Cap-Breton), de l'Île Saint-Jean (Île-du-Prince-Édouard) et à l'intérieur des frontières actuelles du Nouveau-Brunswick, de signer le traité ont échoué et au cours de l'été et de l'automne 1753, les relations entre les Britanniques et les Mi'kmaq se sont détériorées. La déclaration de guerre opposant les forces britanniques et françaises dans la vallée de l'Ohio en 1754 a anéanti tout espoir de conclure un traité plus général avec les autres collectivités. La guerre s'est rapidement propagée à tout l'est de l'Amérique du Nord, puis à l'Europe²⁹⁴.

Le traité (de renouvellement) de 1752 présente cependant cette addition qui mérite d'être relevée et qui consiste en une clause commerciale relative aux maisons de troc ainsi qu'au droit corrélatif de chasse et de pêche des Micmacs :

It is agreed that the said Tribe of Indians shall not be hindered from, but have free liberty of Hunting & Fishing as usual: and that if they shall think a Truckhouse needful at the River Chibenaccadie or any other place of their resort, they shall have the same built and proper Merchandize lodged therein, to be Exchanged for what the Indians shall have to dispose of, and that in the mean time the said Indians shall have free liberty to bring for Sale to Halifax or any other Settlement within this Province, Skins, feathers, fowl, fish or any other thing they shall have to sell, where they shall have liberty to dispose thereof to the best Advantage²⁹⁵.

Dans l'affaire *Simon*, la Cour suprême du Canada a, sous la plume du juge en chef Dickson, conclu que, en principe, ce traité de 1752 était toujours en vigueur, sauf la question de savoir si les droits dont il était porteur avaient été éteints, question sur laquelle la Cour précisait n'exprimer aucune « opinion²⁹⁶ ». Le juge en chef Dickson a alors parlé de ce traité comme d'une « source positive de protection contre les violations des droits de chasse²⁹⁷ ». Il était également d'avis que les modalités d'exercice de ce droit de chasser pouvaient avoir évolué avec le temps²⁹⁸ et que ce droit devait « comprendre les activités qui sont raisonnablement accessoires à l'acte de chasser lui-même²⁹⁹ », et il laissait entendre que ce droit pouvait très bien être exercé à des fins commerciales³⁰⁰.

²⁹² Voir *id.*

²⁹³ Voir *id.*

²⁹⁴ *Id.*

²⁹⁵ CANADA, ministère des Affaires autochtones et du Développement du Nord, *Treaty or Articles of Peace and Friendship Renewed 1752*, en ligne : <http://www.aadnc-aandc.gc.ca/eng/1100100028593/1100100028594>

²⁹⁶ *Simon c. La Reine*, *supra* note 230, par. 37-41.

²⁹⁷ *Id.*, par. 26.

²⁹⁸ *Id.*, par. 29.

²⁹⁹ *Id.*, par. 31.

³⁰⁰ *Id.*, par. 30.

Au terme de la Guerre de Sept ans, la Couronne britannique conclura des traités de paix, non seulement avec les Malécites et les Passamaquoddy en 1760, mais aussi, finalement, avec les Micmacs la même année ainsi qu'en 1761. À la différence des traités conclus avec les Malécites et les Passamaquoddy, ceux conclus avec les Micmacs ne renvoient pas expressément au traité de 1726. Ils le font cependant tacitement, puisque, comme le fait remarquer encore Willam Wicken, « [l]es six premiers articles des traités plus récents correspondent aux six premiers articles du traité de 1726³⁰¹ ». D'autre part, et à la différence du traité de 1760, les uns et les autres traités de 1760 et 1761 contiennent tous les mêmes dispositions en vertu desquelles la Couronne britannique obtient des Autochtones concernés qu'ils renoncent à commercer avec les Français, en échange de quoi elle s'engage à maintenir un système de maisons de troc.

En droit canadien, la locution « traités de paix et d'amitié » tend ainsi à désigner les traités d'alliance conclus entre les nations autochtones et la Couronne britannique le plus souvent, de la part de la nation autochtone, en échange de garanties relatives aux droits ancestraux et, parfois, d'avantages commerciaux³⁰². Ces traités constituent un précieux témoignage du statut qu'ont longtemps reconnu aux nations autochtones les puissances colonisatrices européennes. En toute rigueur juridique cependant, il faut se garder d'ériger les diverses « générations de traités » en catégories directement opérantes. Voici en effet ce qu'écrivait récemment fort justement la juge Deschamps dans l'arrêt *Beckman* :

Il est vrai que le par. 35(3) de la Loi constitutionnelle de 1982 reconnaît l'existence d'une catégorie de traités, appelés « accords sur des revendications territoriales », dont la loi constitutionnelle confirme qu'ils créent des droits « issus de traités » visés au par. 35(1). Cela dit, les tribunaux prendront certes acte du contexte des négociations de chaque traité, mais ils éviteront, par exemple, de dégager des règles particulières pour chaque catégorie de traités reconnue par la doctrine ou l'administration publique (p. ex. traités « de paix et d'amitié », traités « préconfédératifs », traités « numérotés », traités « modernes »).

Dans *Québec (Procureur général) c. Moses*, 2010 CSC 17, [2010] 1 R.C.S. 557, le juge LeBel et moi avons rejeté la date de conclusion comme critère déterminant les règles d'interprétation des traités conclus avec les Autochtones : « . . . le choix de la méthode d'interprétation se rattache au contexte de la négociation et de la signature d'un accord, et non à la date à laquelle il a été signé » (par. 114). Cette conclusion procédait d'un refus de reconnaître une signification juridique autonome ou immédiate aux diverses catégories de traités que la doctrine et l'administration publique ont établies sur la base d'un découpage historique. Cette approche a aussi été défendue par la juge McLachlin, dissidente sur une autre question, qui a affirmé, dans l'arrêt *Marshall*, que « chaque traité doit être examiné à la lumière de son contexte historique et culturel particulier », principe qui « tend à indiquer » que la pratique consistant à « classer les traités en diverses catégories, dont chacune aurait ses propres règles d'interprétation [. . .] devrait être évitée » (par. 80)³⁰³.

³⁰¹ W.C. WICKEN, *supra* note 289.

³⁰² Voir not. *R. c. Marshall, R. c. Sioui et Simon c. La Reine*, *supra* note 230.

³⁰³ *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, [2010] 3 R.C.S. 103, par. 114-115 (j. Deschamps).

Dans les années 1750, le contexte incite Londres à se pencher très attentivement sur la question autochtone en Amérique du Nord. Les colons convoitent les terres des Autochtones. En même temps, voire surtout, la guerre contre la France, bien que non encore officialisée, a déjà repris, et les Britanniques veulent éviter les problèmes causés par leur négligence de cette dimension lors de la guerre de succession d'Espagne et qui ont grevé les acquis du traité d'Utrecht. Il y a aussi que les chefs autochtones nient la validité de nombreuses cessions de terres, notamment à des particuliers, parce que celles-ci n'auraient pas été obtenues des personnes autorisées. La Grande-Bretagne ne peut pas se préparer à l'officialisation du conflit sans compter avec la force militaire autochtone. Enfin, l'achat de terres par des particuliers auprès d'Autochtones directement se traduit par une perte de profits pour la Couronne qui est ainsi privée des fruits de la revente de terres. En 1756, William Johnson³⁰⁴, le « père » sinon inconnu, du moins méconnu de la *Proclamation royale de 1763*, est nommé à titre de surintendant des affaires indiennes des colonies du Nord, un poste créé en 1755 et qui fut jusqu'en 1830 celui de secrétaire militaire du gouverneur. En somme, sa mission consiste à obtenir la neutralité des Autochtones dans le conflit entre l'Angleterre et la France et, plus généralement, à servir d'intermédiaire entre les Autochtones et l'armée dès lors qu'il s'agit pour l'Angleterre d'obtenir des terres pour la construction de forts et d'accéder au commerce des fourrures. Quant à sa méthode, elle consistera largement en la convocation de conférences de paix ainsi qu'en la distribution annuelle de présents.

Peu avant la capitulation de Montréal qui aura lieu le 8 septembre 1760, le général Jeffrey Amherst déclare à l'intention des alliés autochtones des Français, le 26 avril de la même année, que le Souverain britannique ne l'a pas envoyé pour priver quiconque de ses terres et biens, et qu'en échange de leur appui les Autochtones conserveront ceux-ci de même que leurs territoires de chasse. Le 5 septembre, soit trois jours avant la capitulation de Montréal, le général Murray rencontre à Longueuil les Hurons de Lorette. Selon toute vraisemblance, ceux-ci sont au courant des négociations qui ont eu lieu avec Johnson. Murray leur remet un document signé de sa main et qui prévoit que ceux-ci « ne devront pas être molestés ni arrêtés par un officier ou des soldats

³⁰⁴ J. GWYN, « Sir William Johnson », dans J. ENGLISH et R. BELANGER (dir.), *Dictionnaire biographie du Canada en ligne*, University of Toronto Press/Université Laval, 2000 : <http://www.biographi.ca/index-f.html>

anglais lors de leur retour à leur campement de Lorette » et qu'ils seront « reçus aux mêmes conditions que les Canadiens et leur sera permis d'exercer librement leur religion, leurs coutumes et la liberté de commerce avec les Anglais ». Ce document remis par Murray aux Hurons et dont certains parleront plus tard comme d'un simple « sauf-conduit » sera reconnu comme un traité par la Cour suprême dans *Sioui*³⁰⁵. Le « traité de Murray » du 5 septembre 1760 fait à notre sens partie d'un ensemble de traités négociés sous les auspices du surintendant Johnson à partir de 1756. Parmi ces traités comptent sans doute les traités de Swegatchy et de Caughnawaga d'août et septembre 1760, respectivement, soit juste avant et juste après le traité de Murray. En août, à Fort-Lévis, Johnson promet solennellement aux représentants des Sept Feux que seront garanties la possession de leurs terres et la liberté de pratiquer la religion catholique, en échange de quoi ceux-ci promettent que les nations qu'ils représentent resteront neutres dans le conflit qui oppose la Grande-Bretagne à la France. Les 15 et 16 septembre, au terme d'une conférence tenue à Caughnawaga et qui réunit à la fois les Sept-Nations et les Hurons, les ententes de Fort-Lévis et de Longueuil sont confirmées et les huit nations adhèrent à la « *Covenant Chain* », cette série d'alliances qui lie l'Angleterre à la Confédération haudenosaunee. Dans l'affaire *Côté*, la Cour d'appel du Québec avait, en 1993, reconnu comme traités les ententes de Swegatchy et de Caughnawaga et statué que celles-ci ne protégeaient pas seulement le droit d'habiter les villages ou établissements autochtones, mais aussi le droit d'accès et d'exploitation des territoires traditionnels de chasse et de pêche³⁰⁶. Quant à elle, la Cour suprême du Canada a, en 1996, disposé en dernière instance de l'affaire en ne répondant qu'à la question de l'atteinte à un droit ancestral *Côté*, par. 88 (j. en chef Lamer, motifs majoritaires) :

Toutefois, en l'espèce, j'estime que la protection de l'art. 88 [de la LI] ne s'applique pas. L'analyse approfondie de la preuve historique figurant au dossier qu'a faite le juge Baudouin de la Cour d'appel l'a convaincu que les appelants possédaient un droit issu de traité les autorisant à pêcher à des fins alimentaires dans la Z.E.C., suivant les termes d'un traité solennisé par les Algonquins et les Britanniques à Swegatchy, en 1760. À supposer, sans toutefois trancher la question, qu'un tel droit issu de traité existe, je suis convaincu que le règlement provincial contesté n'a pas pour effet de restreindre ce droit ou d'y porter atteinte³⁰⁷.

³⁰⁵ *R. c. Sioui*, *supra* note 230. Ajoutons que, dans *R. c. Marshall*, *supra* note 230, la Cour suprême a aussi reconnu comme traités des accords commerciaux conclus entre les Micmacs et le gouverneur de la Nouvelle-Écosse en 1760 et 1761.

³⁰⁶ *R. c. Côté*, 1993 CanLII 3913 (QCCA).

³⁰⁷ *R. c. Côté*, *supra* note 268, par. 88 (j. en chef Lamer, motifs majoritaires).

L'article 40 de la capitulation de Montréal, signée par Vaudreuil devant Amherst, garantit notamment aux anciens alliés autochtones de la France qu'ils seront maintenus dans les terres qu'ils habitent s'ils veulent y rester et qu'ils auront comme les Français la liberté de religion³⁰⁸.

En droit international, la Conquête est consacrée par le *Traité de Paris* de 1763³⁰⁹. Aux termes de celui-ci, la Grande-Bretagne obtient de la France l'île du Cap-Breton ainsi que le Canada, qui à l'époque s'étend au bassin des Grands Lacs³¹⁰. La France conserve des droits de pêche « sur une partie des Côtes de l'Isle de Terre-Neuve » et dans le golfe du Saint-Laurent, en partie par un renouvellement de l'article 13 du *Traité d'Utrecht*³¹¹, et obtient Saint-Pierre-et-Miquelon comme simple port de pêche³¹². La France cède à la Grande-Bretagne la rive gauche du fleuve Mississippi, à l'exception toutefois de la Nouvelle-Orléans qui (comme la rive droite du Mississippi) doit demeurer française³¹³. Or, par un accord secret de 1762, le soi-disant *Traité de Fontainebleau*, la France aurait préalablement cédé toute la Louisiane de même que la Nouvelle-Orléans à l'Espagne³¹⁴ qui, pourtant, ne s'opposera pas à la cession, par la France, d'une partie de ce même territoire en vertu du *Traité de Paris* de l'année suivante. La Grande-Bretagne restitue à l'Espagne tous les territoires qu'elle a conquis dans l'île de Cuba, « avec la Place de la Havane³¹⁵ », en échange de quoi l'Espagne lui cède « la Floride [...] ainsi que tout ce que l'Espagne possède sur le Continent de l'Amérique septentrionale, à l'Est, ou au Sud-Est, du fleuve Mississippi³¹⁶ ». La Grande-Bretagne obtient par ailleurs de la France la Grenade et les Grenadines et la confirmation de son titre sur les îles de Saint-Vincent, de la Dominique et de Tobago, celui de la France étant confirmé sur celle de Sainte-Lucie³¹⁷. La France se voit également restituer par la Grande-Bretagne les îles de la Guadeloupe, de Mariegalante, de la

³⁰⁸ Rappelons que la capitulation de Montréal prévoyait la liberté de religion, le maintien des droits de propriété et de la Coutume de Paris.

³⁰⁹ *Traité de Paix en le roi d'Espagne et le roi de la Grande Bretagne, conclu à Paris le 10 février 1763, avec l'accession du roi du Portugal*, Paris, Imprimerie royale, 1763.

³¹⁰ *Id.*, art. 4.

³¹¹ *Id.*, art. 5.

³¹² *Id.*, art. 6.

³¹³ *Id.*, art. 7.

³¹⁴ C. HERBERMANN, *The Catholic Encyclopedia: An International Work of Reference on the Constitution, Doctrine, Discipline, and History of the Catholic Church*, New York, Encyclopedia Press, 1913, p. 380.

³¹⁵ *Id.*, art. 19.

³¹⁶ *Id.*, art. 20.

³¹⁷ *Traité de Paix en le roi d'Espagne et le roi de la Grande Bretagne...*, *supra* note 309, art. 9.

Désirade et de la Martinique ainsi que Belle-Isle³¹⁸. Des questions intéressant l’Afrique, l’Asie et l’Europe sont aussi réglées³¹⁹. En revanche, les droits des peuples autochtones n’y sont pas reconnus.

Cependant, outre le droit international, la Conquête devait trouver sa traduction en droit interne. Suivant un procédé d’une constitutionnalité douteuse, cela fut fait par une proclamation de l’exécutif britannique plutôt que par loi. Il s’agit de la *Proclamation royale de 1763*, faite par George III, sur recommandation du gouvernement britannique et du surintendant des Affaires indiennes³²⁰.

Section 3. La *Proclamation royale de 1763* ou la codification du régime de négociation de cessions

La *Proclamation royale du 7 octobre 1763* visait d’abord à pourvoir à la mise sur pied d’un gouvernement dans les nouvelles colonies de Québec, de Floride orientale, de Floride occidentale ainsi que de Grenade. Elle servit ainsi de constitution de la colonie de Québec jusqu’à l’entrée en vigueur de l’Acte de Québec de 1774. Mais elle visait aussi à protéger les droits des peuples autochtones, si bien qu’elle est surnommée la « Grande charte amérindienne ».

Les peuples amérindiens, dont l’amitié paraissait maintenant « inutile » aux colons des Treize colonies qui convoitaient leurs terres à l’Ouest des Appalaches, avaient été plutôt négligés voire méprisés par les autorités coloniales depuis la Conquête. En 1762, le général Amherst met fin à la pratique de distribution de présents pourtant devenus essentiels à la subsistance des Autochtones³²¹. « Les Anglais refusent d’abandonner leurs forts, comme ils l’avaient promis, et occupent ceux des Français. Ils se révèlent incapables d’empêcher les habitants des colonies du Sud de s’établir sur les territoires des autochtones³²². » Voilà d’ailleurs le contexte de la rébellion du chef outaouais Pontiac au printemps de cette même année 1763. « En août 1763, on apprend à

³¹⁸ *Id.*, art. 8.

³¹⁹ *Id.*, art. 10-14.

³²⁰ *Proclamation royale de 1763*, L.R.C. 1985, app. II, no 1. La fidélité de cette version au texte original a été contestée : B. SLATTERY, *The Land Rights of Indigenous Canadian Peoples*, thèse de doctorat, Université d’Oxford, 1979, p. 204 et 362 et s. La version tenue pour la plus fiable par cet auteur est reproduite dans M. MORIN, *supra* note 232, p. 271-274.

³²¹ M. MORIN, *supra* note 232, p. 133.

³²² *Ibid.*

Londres que les autochtones ont pris ou détruit neuf forts situés au sud des Grands Lacs et qu'ils assiègent Detroit³²³ ». Les fruits de la Conquête étaient fragiles. De plus, les autorités impériales tenaient au principe selon lequel les colons (ni les puissances étrangères) ne devaient être autorisés à acheter ou louer des terres directement des Amérindiens, qui devait plutôt impérativement d'abord céder leur titre à la Couronne.

La première grande mesure relative aux Autochtones que prend la Proclamation consiste en la délimitation d'un « Territoire Indien » à l'extérieur des colonies britanniques, anciennes et nouvelles. Ce territoire est donc situé entre la Floride, les Treize colonies, la colonie de Québec, la Terre de Rupert (qui est administrée par la Compagnie de la baie d'Hudson) et, on le devine même si cela n'est pas précisé, le Mississippi (au-delà duquel les territoires relèvent de l'Espagne). Il est toutefois certainement possible, au vu de la technique négative employée pour sa délimitation, d'interpréter le « Territoire Indien » comme une catégorie résiduelle : tout territoire relevant maintenant ou dans l'avenir de l'Amérique du Nord britannique sans être rattaché à une colonie ou au territoire assujéti à la compétence de la Compagnie de la baie d'Hudson (pour le moment la Terre de Rupert) est ou sera territoire indien administré comme tel. Suivant une telle interprétation, les droits autochtones issus de la Proclamation royale devaient plus tard trouver application dans le Territoire du Nord-Ouest et dans ce qui deviendra la Colombie-Britannique (île de Vancouver et Nouvelle-Calédonie). Cette interprétation sera rejetée par trois (motifs du juge Judson) et admise par autant (motifs du juge Hall) de juges de la Cour suprême dans l'arrêt *Calder*³²⁴, le septième juge ne se prononçant pas sur cette question. Dans *Delgamuukw*, le juge en chef Lamer relèvera au passage que, « les droits énoncés dans la Proclamation [royale de 1763...] ont été appliqués en principe aux peuples autochtones dans l'ensemble du pays³²⁵ ». La thèse de l'application de la Proclamation royale à la Colombie-Britannique nous paraît être plus convaincante que son contraire³²⁶.

Dans le « Territoire Indien », la colonisation est suspendue et ne pourra reprendre que sur autorisation des autorités impériales (par opposition aux autorités coloniales). Dans l'intervalle,

³²³ *Id.*, p. 133-134.

³²⁴ *Calder et al. c. Procureur Général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313.

³²⁵ *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 200.

³²⁶ P.M. HUTCHINGS, « The Argument for the Application of the Royal Proclamation of 1763 to British Columbia: Its Force and Effect », thesis (LL.M.), University of British Columbia, 1987.

aucun gouverneur colonial ni « commandant en chef » ne peut faire arpenter ou concéder des titres sur des terres se situant au-delà des frontières de la colonie dont ils sont respectivement chargés de l'administration – le texte ne vise pas expressément Terre-Neuve ni la Compagnie de la baie d'Hudson cependant. Il est donc interdit à tout sujet de Sa Majesté de s'établir dans ce Territoire indien sans y avoir été spécialement et directement autorisé par Londres ou d'y acheter des terres auprès des occupants autochtones. Ceux qui l'ont déjà fait doivent quitter les lieux. La création d'un tel « Pays Indien » fut un des facteurs de la Guerre d'indépendance américaine. Il est capital, pour la suite de l'histoire, de ne jamais oublier depuis combien longtemps les terres indiennes ont été convoitées par les colons britanniques. La décolonisation de ceux-ci par rapport à Londres se traduira par leur colonisation intérieure des Autochtones.

La seconde grande mesure prise par la Proclamation royale relativement aux Autochtones consiste à protéger les droits de ceux-ci sur leurs terres à l'intérieur des colonies et des territoires qui, telle la Terre de Rupert, sont administrés par une compagnie³²⁷. En 1966, la Cour suprême du Canada a statué que la Proclamation « *specifically excludes territory granted to the Hudson's Bay Company*³²⁸ ». Il ne peut s'agir que d'une erreur. Le texte de 1763 fait en sorte que, à l'intérieur des colonies et des territoires administrés par une compagnie, les terres qui n'ont pas été cédées par les Autochtones à Sa Majesté ou autrement achetées d'eux par celle-ci leur sont réservées. L'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Marshall / Bernard* laisse cependant entendre que l'application de la *Proclamation de 1763* dans une colonie n'a jamais eu pour effet de réserver l'ensemble de celle-ci aux Autochtones³²⁹. Dans l'arrêt *Sioui*, cette juridiction avait d'ailleurs eu ce mot ambigu selon lequel « la Proclamation royale du 7 octobre 1763 organisa les territoires récemment acquis par la Grande-Bretagne et réserva aux Indiens deux catégories de terres : celles situées à l'extérieur des limites territoriales de la colonie et les établissements *permis par la Couronne* à l'intérieur de la colonie³³⁰ ». À mon avis, l'interprétation juste des dispositions qui nous occupent est que, à l'intérieur des colonies et de la Terre de Rupert, la Proclamation de 1763 a réservé aux Autochtones les terres qu'ils occupaient sans les avoir jamais cédées à la Couronne.

³²⁷ « [...] and in any case they shall lie within the Limits of any Proprietary Government [...] »

³²⁸ *Sigeareak El-53 v. The Queen*, [1966] S.C.R. 645, p. 650.

³²⁹ *R. c. Marshall / R. c. Bernard*, [2005] 2 R.C.S. 220, par. 85-96.

³³⁰ *R. c. Sioui*, *supra* note 230, p. 1052. Le souligné est de nous.

Concernant cette protection des droits territoriaux des Autochtones à l'intérieur des colonies et de la Terre de Rupert, la rédaction maladroite de la Proclamation royale a donné lieu à de nombreuses controverses qui, faute d'avoir été tranchées par la Cour suprême, perdurent aujourd'hui, notamment relativement à l'application de ces droits au Québec et dans certaines provinces maritimes de l'Est. L'interprétation littérale d'un passage en particulier pourrait suggérer que l'interdiction de faire arpenter ou de concéder toute terre qui, d'une manière ou d'une autre, est réservée à des Autochtones ne vaut que pour les colonies autres que les nouvelles colonies de Québec, Floride orientale et Floride occidentale. À cet égard, de savants débats ont eu lieu sur la signification possible de l'emploi de la virgule et du point-virgule dans ce texte³³¹. Mais comme le défend bien Michel Morin, une interprétation contextuelle et l'examen de la pratique de l'époque suggèrent tous deux fortement que les dispositions de la Proclamation royale relatives à la protection des territoires autochtones à l'intérieur des colonies avaient pour vocation de s'appliquer également dans les nouvelles colonies et sur la Terre de Rupert et qu'elle fut immédiatement et longtemps interprétée ainsi³³². Relativement au territoire de l'ancienne colonie française du Canada, il s'impose de rapprocher les termes de la Proclamation royale de ceux des traités négociés par William Johnson ainsi que de la Capitulation de Montréal. Les Autochtones de la vallée du Saint-Laurent ont du reste reçu un exemplaire de la Proclamation « et ont toujours cru qu'ils étaient protégés par ce document³³³ ». Par la suite, les instructions du gouverneur Murray (a. 61 : interdiction de déranger les Autochtones dans les terres qu'ils occupent alors ; a. 62 : interdiction pour les sujets britanniques d'acheter directement des terres auprès des Autochtones) et des décisions du Conseil exécutif de la colonie (baie Missisquoi/Abénaquis ; Restigouche/Micmacs et Malécites ; Lac-Saint-Jean/Innus) attestent que la Proclamation royale était interprétée comme s'appliquant dans la colonie. Concernant les Innus du Lac-St-Jean, la décision du Conseil du gouverneur a même été confirmée par le Conseil privé en 1767³³⁴.

³³¹ B. SLATTERY, *supra* note 320.

³³² M. MORIN, *supra* note 232, p. 139-151.

³³³ M. MORIN, *supra* note 244, p. 128 ; *supra* note 232, p. 139-145 ; D. DELAGE et J.-P. SAWAYA, *Les Traités des Sept-Feux avec les Britanniques*, Sillery (Québec), Septentrion, 2001, chap. 5.

³³⁴ Voir à ce sujet D. SCHULZE, « L'application de la Proclamation royale de 1763 dans les frontières originales de la province de Québec : la décision du Conseil privé dans l'affaire Allsopp », [1997] 31 *Revue juridique Thémis* 511.

En 1918, dans l'affaire *Bonhomme*³³⁵, la Cour suprême du Canada laisse entendre, dans des *dicta*, que la Proclamation royale protège les droits des Autochtones à l'intérieur du Québec de 1763³³⁶. Au demeurant, de nombreux traités ont été conclus dans les deux Florides avant l'indépendance des colonies américaines, si bien que, dans *Mitchel c. United States*³³⁷, la Cour suprême des États-Unis fut appelée à examiner certains d'entre eux. La plus haute juridiction américaine a alors affirmé que la Proclamation royale avait reconnu des droits de propriété aux Autochtones de ces « nouvelles » colonies.

Par ailleurs, les autorités impériales, coloniales, fédérales et provinciales ont longtemps affirmé que, les droits de certaines communautés autochtones ayant été éteints par la colonisation française ainsi que par les traités d'Utrecht (1713) et de Paris (1763), celles-ci ne pouvaient bénéficier de la *Proclamation royale de 1763*³³⁸. Or, dans la double affaire *Marshall / Bernard*, la Cour suprême du Canada a confirmé que les dispositions de la Proclamation de 1763 relatives aux Autochtones s'appliquent dans l'ancienne Acadie française³³⁹.

Comme le fait bien ressortir entre autres Michel Morin, en ses principes fondamentaux la Proclamation royale n'est pas inédite mais poursuit une pratique qui remonte à 1664, soit la reconnaissance par l'Angleterre de l'occupation de leurs territoires de chasse par les autochtones³⁴⁰. L'évolution consiste notamment ici dans la codification juridique (en droit interne) d'une pratique – peut-être fondée auparavant sur le droit international. Au-delà de la pratique, les droits territoriaux des Autochtones obtiennent ici pleine valeur juridique en droit britannique.

Le 1^{er} août 1764 les termes de la *Proclamation royale de 1763* auraient été expliqués par le surintendant Johnson aux Autochtones réunis en conférence à Niagara, puis ratifiés au fort

³³⁵ *R. v. Bonhomme*, (1918) 59 S.C.R. 679.

³³⁶ M. MORIN, « Un document inédit sur la portée territoriale de la Proclamation royale : les notes des juges de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Bonhomme* », (1995) 26 *Revue générale de droit* 557.

³³⁷ *Mitchel c. United States*, 9 Peters 711 (1835).

³³⁸ Voir not. J. STAGG, *Anglo-Indian Relations in North America to 1763 and an Analysis of the Royal Proclamation of 7 October 1763*, Ottawa, Affaires Indiennes et du Nord Canada, 1981 ; R. DUPUIS, *Tribus, peuples et nations : les nouveaux enjeux des revendications autochtones au Canada*, Montréal, Boréal, 1997, p. 61.

³³⁹ *R. c. Marshall ; R. c. Bernard*, *supra* note 329, par. 87.

³⁴⁰ M. MORIN, *supra* note 232, chap. V (p. 105-127) et p. 138.

Ontario en 1766. La documentation et la littérature historiques parlent généralement à ce sujet du « traité de Niagara ».

En 1774, dans l'affaire *Campbell v. Hall*, lord Mansfield, le juge en chef du *King's Bench* anglais, statue que la Prérogative royale de 1763 représentait un exercice valide de la prérogative royale de conquérant³⁴¹. Au contraire des colonies de peuplement sur lesquelles le roi n'avait aucune compétence législative mais ne pouvait qu'autoriser par ordonnance la convocation d'une assemblée législative et la création de tribunaux locaux, les colonies conquises étaient assujetties à une compétence royale de nature législative à laquelle le roi renonçait dès lors qu'il promettait de convoquer une assemblée législative. Or il ne pouvait normalement s'agir ici que de la conquête des zones françaises d'établissement dans la mesure où rien n'était moins sûr alors que la réalité d'une conquête des peuples autochtones par le souverain britannique.

Le *Quebec Act* de 1774³⁴², qui abrogeait la *Proclamation royale de 1763* « en ce qui concerne la [...] province de Québec³⁴³ », prévoyait d'autre part que « rien de ce qui est contenu dans cet Acte ne s'étendra, ou s'entendra s'étendre à annuler, changer ou altérer aucun droits, titres ou possessions, résultant de quelques concessions, actes de cession, ou d'autres que ce soit, d'aucunes terres dans la dite province, ou provinces y joignantes, et que les dits titres resteront en force, et auront le même effet, comme si cet Acte n'eut jamais été fait³⁴⁴ ». Des clauses équivalentes ont également été prévues dans les lois constitutionnelles ultérieures³⁴⁵. De fait, la *Proclamation royale de 1763* n'a jamais été directement abrogée en son entier. Elle l'a été indirectement dans une large mesure, mais, à l'exception de celles qui portaient création d'un « Pays Indien », ses dispositions relatives aux Autochtones sont toujours en vigueur³⁴⁶. Par ailleurs, l'alinéa 25a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*³⁴⁷ a confirmé « les droits et libertés des peuples autochtones » issus de la *Proclamation royale de 1763*.

³⁴¹ *Campbell c. Hall*, *supra* note 270.

³⁴² *Quebec Act*, (1774) 14 Geo. III, c. 83 (G.-B.).

³⁴³ *Id.*, art. IV, al. 3, trad. de F.J. Cugnet.

³⁴⁴ *Id.*, art. III.II, trad. de F.J. Cugnet.

³⁴⁵ *The Clergy Endowments (Canada) Act*, (1791) 31 Geo. III. c. 31 (G.-B.), art. 33 ; *Act of Union*, (1840) 3-4 Vict., c. 35 (R.-U.), art. 46 ; *British North America Act*, (1867) 30-31 Vict., c. 3 (R.-U.), art. 129. Cette dernière loi sera officiellement réintitulée, en français, «*Loi constitutionnelle de 1867*» aux termes de l'art. 53 de la *Loi constitutionnelle de 1982* (R-U), constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

³⁴⁶ Voir not. *St. Catherine's Milling & Lumber Co. c. The Queen*, (1887) 13 R.C.S. 577, p. 626.

³⁴⁷ *Loi constitutionnelle de 1982*, L.R.C. 1985, app. II, n° 44, Partie I.

En dépit des dispositions de la Proclamation royale, il y aurait eu quelque 50 000 colons établis illégalement à l'ouest des Appalaches en 1774³⁴⁸.

Quitte à anticiper quelque peu sur notre propos, mentionnons que c'est avec l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Calder*³⁴⁹ qu'a enfin été établie avec assurance l'existence en droit canadien d'un titre aborigène de common law indépendant de la *Proclamation royale*, et ce, en rupture avec la jurisprudence qui s'était fondée sur la décision qu'avait rendue le Comité judiciaire du Conseil privé dans l'affaire *St. Catherine's Milling & Lumber Co. v. The Queen*³⁵⁰. Et nous avons vu que la Cour suprême a eu à se pencher sur la question de l'éventuel impact de la colonisation française en Amérique du Nord sur les droits des Autochtones à l'occasion des affaires *R. c. Adams* et *R. c. Côté*³⁵¹. Aussi, ayant longtemps été considérée comme la source véritable du « titre indien », la Proclamation royale n'est-elle pas étrangère à l'émergence d'une nouvelle génération de traités stipulant des cessions de territoires.

Absente lors de celle des traités dits « de paix et d'amitié », la négociation de cessions partielles de territoires autochtones moyennant contrepartie n'en était pas pour autant inconnue des Britanniques au XVIII^e siècle. Comme nous l'avons vu et comme nous y reviendrons plus en détail, en 1701, juste avant la conférence de Montréal qui se conclura par la Grande Paix, les chefs iroquois auraient, aux termes du Traité d'Albany, ou « de Nanfan », accepté de « céder », sous réserve de leurs droits de chasse et de pêche, toutes les terres des Grands Lacs en échange de la protection du souverain anglais. Comme moyen de sécuriser quelque souveraineté sur quelque portion du Nouveau Monde, nous avons vu cependant qu'une telle pratique avait été surtout le fait des Néerlandais³⁵². Michel Morin explique pourtant bien qu'après 1700, alors que l'absence de délimitation des territoires des nations autochtones ayant conclu des traités avec la Grande-Bretagne ou la France avait surtout servi les intérêts stratégiques de celle-ci, celle-là commence à fonder ses revendications de souveraineté « sur les cessions de territoire qu'elle a

³⁴⁸ M. MORIN, *supra* note 232, p. 138.

³⁴⁹ *Calder et al. c. Procureur Général de la Colombie-Britannique*, *supra* note 324.

³⁵⁰ *St. Catherine's Milling & Lumber Co. v. The Queen*, (1888) 14 A.C. 46 (C.P.).

³⁵¹ Voir *supra* notes 267 et 268, et le texte correspondant.

³⁵² Voir *supra* note 238 et texte correspondant.

négociées avec les Autochtones, en particulier avec les Haudenosaunees³⁵³ ». Nous avons vu aussi que, peu après la signature du traité d'Utrecht de 1713, les rôles s'intervertissent entre la France et la Grande-Bretagne : celle-ci s'appuie maintenant sur des traités conclus avec des Autochtones pour affirmer sa souveraineté sur certains territoires alors que celle-là se met soudainement à nier une telle valeur à de telles alliances.

À compter de 1763, les cessions de territoires obtenues des Autochtones par les Britanniques se rapportent aux prohibitions et prescriptions de la Proclamation royale. Celle-ci défend « strictement » aux « sujets » de Sa Majesté « d'acheter ou posséder aucune terre » qu'elle réserve aux « sauvages » ou « d'y former aucun établissement, sans avoir au préalable obtenu [une] permission spéciale et une licence à ce sujet ». Aussi strictement Sa Majesté défend-elle « à qui que ce soit d'acheter des sauvages, des terres qui leur sont réservées dans les parties de [ses] colonies, où [elle avait] cru à propos de permettre des établissements ». Dans une colonie ou dans la Terre de Rupert comme à l'intérieur du Territoire indien, tout intrus doit quitter les lieux d'une terre réservée aux Autochtones, même si le roi se réserve le pouvoir exceptionnel d'autoriser de ses sujets à acheter ou prendre de telles terres ou s'y établir. Or la procédure normale pour ce faire est prévue, mais pour les terres réservées à l'intérieur des colonies et de la Terre de Rupert seulement, et consiste en une cession volontaire à la Couronne de la part des Autochtones concernés au terme d'une assemblée de ceux-ci convoquée à cette fin :

si quelques-uns des sauvages, un jour ou l'autre, devenaient enclins à se départir desdites terres, elles ne pourront être achetées que pour Nous, en Notre nom, à une réunion publique ou à une assemblée des sauvages qui devra être convoquée à cette fin par le gouverneur ou le commandant en chef de la colonie [...]; en outre, si ces terres sont situées dans les limites de territoires administrés par leurs propriétaires [*proprietary government*], elles ne seront alors achetées que pour l'usage et au nom des propriétaires, conformément aux directions et aux instructions que Nous croirons ou qu'ils croiront à propos de donner à ce sujet [...]³⁵⁴.

Les colons n'étaient donc plus autorisés à acquérir des terres directement auprès des Autochtones. Ces derniers devaient d'abord céder dûment les terres convoitées à la Couronne, à la suite de quoi celle-ci pouvait les concéder, les vendre, les louer, etc., à des particuliers ou à des entreprises. Ainsi la Proclamation royale devait-elle apporter une solution à un problème sur lequel avait été appelé à se pencher, entre autres personnes, nul autre que John Locke, qui

³⁵³ M. MORIN, *supra* note 244, p. 122.

³⁵⁴ *Proclamation royale de 1763*, *supra* note 320, aussi accessible en ligne sur le site du Trésor de la langue française au Québec : http://www.tlfq.ulaval.ca/axl/francophonie/Rbritannique_proclamation1763.htm

occupa, de 1696 à 1700, la charge de commissaire du commerce et des colonies de peuplement : l'achat direct de terres auprès des nations autochtones par des colons britanniques dont on craignait qu'ils puissent de cette façon se dérober à la souveraineté de Sa Majesté³⁵⁵. Partant, le moins qu'on puisse dire à ce sujet est que l'obtention de cessions de territoires de la part des Autochtones n'était, pour la Couronne britannique, aucunement étrangère à l'exercice de sa souveraineté.

Or tout porte à croire que de nombreux sinon la majorité des traités historiques de cession n'ont pas été conclus au terme d'une assemblée des Autochtones concernés, ce qui n'a pas toujours empêché les tribunaux de les tenir pour valides. Cet aspect problématique de la jurisprudence nous vient de l'affaire *Bear Island*, où se posait d'abord la question de savoir si les Temagamis avaient été représentés lors de la conclusion du traité de Robinson-Huron de 1850 au point de compter parmi les parties à celui-ci. Après qu'elle a confirmé la réponse positive qu'avait donnée à cette question le juge de première instance, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu subsidiairement que les Temagamis devaient de toute façon être tenus pour avoir ultérieurement adhéré au traité en question en raison des annuités et de la création d'une réserve qu'ils ont respectivement reçues et obtenue à ses termes après en avoir fait la demande. Or une telle conclusion n'était possible qu'au prix d'une autre, selon laquelle les dispositions de la *Proclamation royale de 1763* relatives aux « exigences procédurales » (« *procedural requirements* ») de la cession du titre indien auraient été abrogées par la loi constitutionnelle impériale de 1774, c'est-à-dire le *Quebec Act*³⁵⁶. Puisque rien n'indique, dans les motifs des différents jugements qui ont été rendus dans cette affaire, que les conditions dans lesquelles le traité de Robinson-Huron fut originellement conclu en 1850 répondaient davantage à cette exigence, prévue dans ladite Proclamation, de la tenue préalable d'une assemblée publique des Autochtones concernés, c'est sans doute la validité d'ensemble de ce traité, et même celle de la plupart des traités de cession historiques, qui dépendent de cette conclusion. Bien que les membres unanimes du banc qui a entendu l'affaire en Cour suprême aient tenu à préciser que, du fait qu'ils confirmaient la décision de la Cour d'appel, « [i]l ne s'ensui[vait] pas nécessairement

³⁵⁵ Voir J.Y. HENDERSON, M.L. BENSON et I.M. FINDLAY, *Aboriginal Tenure in the Constitution of Canada*, Scarborough (ON), Carswell, 2000, p. 355-356.

³⁵⁶ *Quebec Act*, *supra* note 342.

toutefois [qu'ils fussent] d'accord avec toutes [ses] conclusions de droit³⁵⁷ », il nous semble très difficile de ne pas voir dans cette dernière conclusion une condition de possibilité de la *ratio decidendi* de leur arrêt, qu'ils exprimaient comme suit : « [...] selon nous, quelle qu'ait pu être la situation à la signature du Traité Robinson du lac Huron, il y a eu renonciation à ce droit [ancestral des Temagamis aux terres en cause], en raison des arrangements ultérieurs par lesquels les Indiens ont adhéré au traité en échange de rentes prévues par le traité et d'une réserve³⁵⁸ ». Il faut donc, en effet, que la Cour suprême ait ici cautionné la thèse de la Cour d'appel selon laquelle « *at the relevant times* », et finalement de 1774 à 1876³⁵⁹, « *there was in existence no positive law prescribing the manner in which aboriginal rights could be ceded to the Crown*³⁶⁰ ». Une telle thèse demeure pourtant très difficile à défendre. Comme l'a reconnu elle-même la Cour d'appel de l'Ontario dans cette affaire, et comme nous l'avons vu, l'article 3 de la loi impériale de 1774 prévoyait le maintien des droits issus de la Proclamation de 1763. En 1887 et en 1931, dans les affaires *St. Catherine Milling*³⁶¹ et *Easterbrook*³⁶² et, la Cour suprême avait jugé que la Proclamation de 1763 continuait de s'appliquer à la cession, même à bail, du titre indien. Dans des décisions ultérieures à l'arrêt *Bear Island*, la Cour d'appel de l'Ontario semble bien avoir été du même avis³⁶³. Dans l'affaire des *Chippewas of Sarnia* cependant, elle a essayé de ménager la chèvre et le chou en reconnaissant à la fois la qualité de précédent à l'arrêt *Bear Island* et celle d'exigence applicable, nonobstant la loi impériale de 1774, à un « *surrender* » en bonne et due forme, c'est-à-dire au terme d'une assemblée publique, pour qu'une cession de titre indien puisse valoir :

The first question [–Did the surrender procedures set out in the Royal Proclamation have the force of law at the time of the sale to Cameron in 1839 and the subsequent letters patent in 1853?–] has been authoritatively determined by this court in Ontario (A.G.) v. Bear Island Foundation et al., (1989), 68 O.R. (2d) 394 (C.A.), aff'd 1991 CanLII 75 (SCC), [1991] 2 S.C.R. 570. This court held that the surrender provisions of the Royal Proclamation were revoked by the Quebec Act, 1774, R.S.C. 1985, App. II, No. 2. The motions judge was bound by this decision and, consequently, he erred in departing from its authority when he determined otherwise. However,

³⁵⁷ *Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570, p. 8 du TI-Lexum.

³⁵⁸ *Id.*, p. 8-9.

³⁵⁹ *Acte pour amender et refondre les lois concernant les Sauvages*, L.C. 1876, c. 18, art. 26. Voir aussi l'art. 27, qui prévoyait not. qu'« [i]l ne sera pas permis d'apporter de matières enivrantes d'aucune sorte aux conseils ou assemblées des Sauvages, ayant pour but de discuter ou consentir une cession de réserve ou partie de réserve, ou l'opportunité de consentir à l'émission d'un permis de coupe de bois ou autre [...] ».

³⁶⁰ *Ontario (Attorney-General) v. Bear Island Foundation*, [1989] OJ No. 267 (Quicklaw) ONCA, p. 13 du TI-Quicklaw.

³⁶¹ *St. Catherine Milling and Lumber Co. v. The Queen*, *supra* note 346.

³⁶² *Easterbrook v. The King*, [1931] S.C.R. 210.

³⁶³ *Skerryvore Ratepayers Association v. Shawanaga Indian Band*, (1993) 16 O.R. (3d) 390 ; *Chippewas of Kettle and Stony Point v. Canada*, (1996) 141 D.L.R. (4th) 1, confirmé par reprise de motifs par la Cour suprême : *Chippewas de Kettle et Stony Point c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 756.

*we are of the view that, in this case, little turns on whether the surrender provisions of the Royal Proclamation had the force of law at the relevant time. Instead, we adopt the view that surrender was necessary as a result of the established protocol between the Crown and First Nations peoples that aboriginal title could be lost only by surrender to the Crown. The precise legal status of the Royal Proclamation at the time of the Cameron transaction is therefore of no consequence to our decision*³⁶⁴.

Section 4. Des cessions de plus en plus larges sur la route de la fédération des colonies britanniques d'Amérique du Nord

L'un des premiers traités de cession de terres à avoir été conclus entre la Couronne anglaise (qui deviendra britannique en 1707) est en réalité le traité de Nanfan, du nom du gouverneur par intérim de la colonie de New York qui l'a négocié et conclu au nom du roi anglais à Albany le 19 juillet 1701, soit juste avant la Grande Paix de Montréal du 4 août entre la France et trente-neuf nations amérindiennes, dont les Cinq Nations iroquoises : sinneke, maquase (mohawk), cayouge, onnandage et onéida. Cette dernière Grande Paix est d'autant plus étonnante que ces mêmes Cinq Nations étaient justement parties au traité de Nanfan. Par celui-ci, outre qu'elles affirment s'y être assujetties entièrement avec leurs territoires³⁶⁵, les Cinq Nations cèdent à la Couronne anglaise un vaste territoire s'étendant, du Nord au Sud, des Grands Lacs jusqu'au Kentucky actuel et, d'ouest en est, de ce qui est aujourd'hui St. Louis, au Missouri, jusqu'aux Appalaches, avec la compétence d'y construire des « forts et châteaux ». Ce territoire, qui est ici appelé leur « chasse au castor » (*beaver hunting ground*) ou, en langue iroquoise, « *Canagariarchio* », les Cinq Nations prétendent le tenir en grande partie de conquêtes effectuées lors des guerres franco-iroquoises (1680-1701), guerres aussi appelées, en anglais, « *Beaver Wars* ». La Couronne anglaise entend ici tirer profit de ces conquêtes iroquoises aux dépens de la France qui, pour sa part, ne reconnaîtra jamais ce traité – pas même quelques semaines plus tard, au moment de la conclusion de la Grande Paix de Montréal. Or si le texte du traité du 19 juillet 1701 se veut expressément porteur d'une cession³⁶⁶, celle-ci est assortie d'une

³⁶⁴ *Chippewas of Sarnia Band v. Canada (Attorney General)*, 2000 CanLII 16991, par. 19 (ONCA).

³⁶⁵ « [...] and wee having subjected ourselves and lands on this side of Cadarachqui lake wholly to the Crown of England [...] ». Le texte du traité de Nanfan a été publié dans : E.B. O'CALLAGHAN (dir.), *Documents Relative to the Colonial History of the State of New York*, vol. 4., Albany (NY), Weed, Parsons, and Co., 1855, p. 908 s.

³⁶⁶ « *Wee say upon these and many other good motives us hereunto moveing have freely and voluntary surrendered delivered up and for ever quit claimed, and by these presents doe for us our heires and successors absolutely surrender, deliver up and for ever quit claime unto our great Lord and Master the King of England called by us Corachkoo and by the Christians William the third and to his heires and successors Kings and Queens of England for ever all the right title and interest and all the claime and demand whatsoever which wee the said five nations of Indians called the Maquase, Oneydes, Onnondages, Cayouges and Sinnekes now have or which wee ever had or*

condition qui prend la forme d'un droit perpétuel de chasse que se réservent les Cinq Nations iroquoises : « [...] *and it is hereby expected that wee are to have free hunting for us and the heires and descendants from us the Five nations for ever and that free of disturbances expecting to be protected therein by the Crown of England [...]* ». Le traité de Nanfan a été renouvelé le 14 septembre 1726 avec trois de ses nations iroquoises signataires d'origine, soit les nations sinneke, cayouge et onnandage³⁶⁷, non sans quelques différences cependant. En plus de confirmer la cession à la Couronne de « *all the Said Land and Beaver Hunting* » situés au sud des Grands Lacs et auxquels fait référence le préambule du traité de 1726 en renvoyant en même temps au traité de 1701³⁶⁸, les trois nations iroquoises parties à la « confirmation » de 1726 cèdent une bande de terres de soixante miles anglais de large bordant en partie le Nord-Est du lac Érié et le sud du lac Ontario, en passant par la vallée du fleuve Niagara³⁶⁹. Or, bien que plus précisément décrites, ces terres devaient faire partie du « *Canagariarchio* » à la cession duquel renvoie le préambule de ce traité de confirmation de 1726. Une autre différence, plus tangible, entre les traités de 1701 et de 1726 concerne à la fois les soi-disant confirmation et addition de 1726 où, en effet, c'est non seulement la bande de terres décrite mais aussi les « *Said Land and Beaver Hunting* » qui sont maintenant cédés « *to be Protected & Defended by his Said Majesty his heirs & Successors to and for the use of us our heirs & successors and the said Three nations* », autrement dit pour être d'une manière ou d'une autre « réservés » au bénéfice de leurs cédants. Le territoire couvert par les traités de 1701 et 1726 coïncidera avec la plus grande partie

that our heirs or successors at any time hereafter may or ought to have of, in or to all that vast Tract of land or Colony called Canagariarchio [...]. »

³⁶⁷ Le traité de confirmation de 1726 a été conclu avec les représentants de sept tribus réparties entre ces trois nations : tribus du castor et du pluvier pour la nation sinneke ; tribus de la tortue, du loup et de l'ours pour la nation cayouge ; tribus du loup et du cerf pour la nation onnandage.

³⁶⁸ « *WHEREAS the Sachims of the five Nations did (on the 19th Day of July in the year of Our Lord one Thousand Seven hundred And one in a Conference held at Albany Between John Nanfan Esqr late Lievt Governr of the Province of New York) Give and Render up all their Land where the Beaver Hunting is which they won With the Sword then Eighty Years ago to CORACHKOO our Great King Praying that he might be their Protector and Defender there.* » Le texte du traité de confirmation de 1726 a été publié dans : E.B. O'CALLAGHAN, (dir.), *Documents Relative to the Colonial History of the State of New York*, vol. 5., Albany (NY), Weed, Parsons, and Co., 1855, p. 800-801.

³⁶⁹ « [...] *all that Land Lying and being Sixty miles distance taken Directly from the water into the Country Beginning from a Creek Call'd Canahogue on the Lake Osweego, all along the said lake and all along the narrow passage from the said Lake to the Falls of Oniagara Called Cahaquaraghe and all along the River of Oniagara and all along the Lake Cadarackquis to the Creek Called Sodoms belonging to the Senekes and from Sodoms to the hill Called Tegerhunkserode Belonging to the Cayouges, and from Tegerhunkseroda to the Creek Called Cayhunghage Belonging to the Onnondages all the Said Land being of the Breadth of Sixty English miles as aforesaid all the way from the aforesaid Lakes or Rivers Directly into the Country and thereby Including all the Castles of the aforesaid Three Nations with all the Rivers Creeks and Lakes within the Said Limits [...]. »*

du « Pays Indien » dont la *Proclamation royale de 1763* portera création, pour ensuite relever, momentanément, de la Province de Québec en vertu de la loi constitutionnelle impériale de 1774, puis, enfin et pour la plus large part, des États-Unis d'Amérique en vertu du traité de Versailles (appelé aussi « de Paris ») de 1783. Les traités de 1701 et de 1726 continuent toutefois, s'agissant des « descendants » des nations iroquoises qui y étaient parties, de couvrir la pointe Sud – en l'occurrence la partie la plus densément peuplée – de l'Ontario actuel. En 1990, dans l'affaire *Ireland*, la Cour de justice de l'Ontario a confirmé l'acquittement de deux indiens onéidas d'une inculpation d'infraction à la loi provinciale sur la chasse et la pêche, et ce en vertu des dispositions du traité de Nanfan par lesquelles les Cinq Nations se sont réservé un droit de chasse³⁷⁰. Parmi les admissions de la Couronne dans cette affaire se trouvait celle selon laquelle le traité de 1701 avait été valablement conclu par des personnes compétentes pour ce faire. Le juge en Chef en est venu à la conclusion que, en vertu du traité en cause, le droit de la Couronne d'user des terres et de développer le territoire cédé ne pouvait être exercé de manière à priver de toute signification le droit corrélatif de chasse des descendants des Cinq Nations iroquoises. Le 25 novembre 2003, ces mêmes dispositions du traité étaient invoquées dans une demande d'injonction, interlocutoire et permanente, adressée à la cour supérieure de l'Ontario de la part d'un indien mohawk et à l'encontre de la ville de Hamilton, relativement à un projet de construction d'autoroute. Début juin 2004, le demandeur se désistait de son recours.

Le traité de Nanfan de 1701 et sa confirmation de 1726 ont donc été signés avant la *Proclamation royale de 1763*, dont nous avons vu que les termes avaient été expliqués par le surintendant Johnson aux Autochtones réunis en conférence au Fort Niagara le 1er août 1764. Or la conclusion du « traité de Niagara » aurait également vu les Six-Nations, les Chippaouais et les Mississaugas céder une bande de terres faisant quatre milles de large en bordure du fleuve Niagara. Comme les terres en question se situaient à l'intérieur du « Pays Indien » créé par la Proclamation de 1763, une telle cession ne pouvait valoir que si elle était spécialement autorisée par les autorités impériales.

Ainsi que le résume bien l'historien Denis Vaugeois :

En 1763, la France avait cédé le Canada, les Canadiens avaient subi la Conquête, les Indiens avaient vécu la fin d'une ultime *French and Indian War*. Aussi longtemps que la rivalité anglo-française avait duré en Amérique du

³⁷⁰ *R. v. Ireland*, [1991] 2 C.N.L.R. 120 (7 novembre 1990, j. Gauthier).

Nord, les Indiens – les Iroquois en particulier – avaient eu une carte à jouer. En quelque sorte, ils détenaient une forme de balance du pouvoir. Dans les années qui suivirent, ils étaient à la merci du vainqueur. Toutefois, Sir William Johnson veillait sur eux. Il savait rappeler aux Britanniques le minimum d'engagements pris. Le schisme anglo-saxon de 1775, en opposant Britanniques et Américains, avait offert une nouvelle chance aux Indiens. [...] Si, au moins, les Indiens avaient pu mettre fin à leurs divisions qu'exploitaient Britanniques et Américains. Pontiac s'y était employé ; Brant l'imita et crut plus d'une fois être sur le point d'y parvenir. Hélas, la fin de la guerre de l'Indépendance des États-Unis place les Indiens de nouveau à la merci des deux anciens belligérants. Dans la paix de 1783, il n'y a rien pour eux³⁷¹.

C'est dans ce contexte qu'il faut situer la conclusion, de 1764 à 1836, des traités dits « du Haut-Canada », qui couvrent l'est et la pointe sud de l'Ontario actuel, si bien qu'ils recourent en partie les traités de 1701 et de 1726. À l'exception du droit de chasse reconnu par le celui de 1701, les traités du Haut-Canada paraissent souvent s'être substitués aux traités de 1701 et de 1726 là où ceux-ci portent sur un territoire qui se trouve aujourd'hui à l'intérieur des frontières du Canada. Or la dimension proprement juridique de cette réalité risque d'être considérablement plus complexe, puisque, lors même qu'ils portent en partie sur un même territoire, les uns et les autres traités ont parfois été conclus avec des groupes autochtones différents. Dans l'affaire *Ireland*, le juge de première instance avait relevé la concurrence entre le traité de Nanfan de 1701 et l'« achat McKee » (ou « *Great Deed* ») de 1790³⁷² : « *There is a historical footnote which relates to aboriginal title in this area and that is that the Indians who drove the Iroquois from this area ceded the lands to the British Crown by the « Great Deed » on the 17th day of May 1790, without reserving the right to hunt and fish*³⁷³. » Or il s'agit ici de bien plus que de quelque matière à « note de bas de page à saveur historique ». Il est invraisemblable, au vu de l'état actuel du droit, qu'un groupe autochtone puisse être tenu pour avoir éteint ou cédé les droits, ancestraux ou issus de traité, d'un autre contre le gré de celui-ci.

La pression des loyalistes, ces réfugiés qui ont tout perdu en raison de leur allégeance indéfectible à la couronne britannique, est énorme. Ceux-ci demandent que leur soient concédées de nouvelles terres. Les traités du Haut-Canada prévoient donc des cessions de titre indien en échange, notamment, de paiements forfaitaires et, à partir de 1818, d'annuités. Il s'agit cependant de traités de cessions partielles, la partie autochtone conservant son titre sur les terres

³⁷¹ D. VAUGEOIS, « Préface », dans M. LAVOIE et D. VAUGEOIS, *L'impasse amérindienne : trois commissions d'enquête à l'origine d'une politique de tutelle et d'assimilation, 1828-1858*, Sillery (Québec), Septentrion, 2010, p. 21.

³⁷² Voir CANADA, ministère des Ressources naturelles, *Atlas du Canada*, en ligne :

http://atlas.nrcan.gc.ca/site/francais/maps/historical/indiantreaties/historicaltreaties/p11.gif/image_view

³⁷³ Cité dans la décision sur l'appel devant la Division générale de la Cour de justice de l'Ontario, *supra* note 370, p. 7 du TI-Quicklaw.

« réservées », c'est-à-dire non cédées. Le texte de ces traités de cession peut être consulté dans la collection des *Indian Treaties and Surrenders, from 1680 to 1890*³⁷⁴. L'état actuel de la recherche historique et juridique sur ces traités suggère la thèse du non-respect des exigences prévues à la *Proclamation royale de 1763*, et même des principes généraux du droit. Cela est particulièrement vrai des « *blank treaties* » d'avant 1794, ces soi-disant traités dont la négociation aurait vu des chefs autochtones signer des documents blancs.

D'autre part, à titre d'indemnité pour les pertes subies au terme de la Guerre d'indépendance américaine, les Iroquois des Six Nations sont invités à choisir des terres parmi celles du Haut-Canada. Des terres leur sont ainsi réservées dans la baie de Quinte et le long de la Grand River. Dans la partie est de la province – soit le Bas-Canada ou le territoire du Québec actuel – aucun traité n'aurait alors été formellement conclu, mais les relations avec les Micmacs suggèrent que lord Dorchester, gouverneur de Québec de 1766 à 1778, était « disposé à négocier avec les autochtones l'extinction de leurs droits sur les territoires de chasse³⁷⁵ ».

Par ailleurs, certains traités conclus entre les États-Unis et la Grande-Bretagne peu après la Guerre d'indépendance (traité de Londres (*Jay Treaty*) de 1794; traité de Greenville de 1796) et au terme de la Guerre de 1812 (traité de Gand), de même que les négociations qui les ont précédés, attestent le niveau élevé d'indépendance que ces pays reconnaissaient à l'époque aux nations autochtones³⁷⁶, même s'il faut bien souligner qu'en 1956 la Cour suprême du Canada a statué qu'à défaut de mise en œuvre législative en ce sens le traité de Londres de 1794 n'était pas un « traité de paix » porteur à lui seul de droits en faveur des Autochtones, à qui il promettait pourtant une exemption de droits de douane³⁷⁷. De nombreux Amérindiens combattent aux côtés des Britanniques en 1812, dans le sud de l'actuel Ontario, avec l'espoir que certaines victoires de ces derniers se traduisent par la récupération de certains territoires. Le 5 octobre 1813, à Moraviantown, le chef amérindien Tecumseh meurt au combat. « Un grand héros était tombé et,

³⁷⁴ CANADA, *Indian Treaties and Surrenders, from 1680 to 1890*, 2 vol., Ottawa, B. Chamberlain, 1891, accessible sur le site de *Notre mémoire en ligne* : <http://eco.canadiana.ca>

³⁷⁵ M. MORIN, *supra* note 232, p. 148.

³⁷⁶ *Id.*, p. 157-161.

³⁷⁷ *Francis v. The Queen*, [1956] S.C.R. 618.

avec lui, ce qui restait de résistance indienne. En 1817, les Indiens étaient chassés de l'Ohio. Quatre ans plus tard, le même sort frappa les Indiens d'Indiana, d'Illinois et du Michigan³⁷⁸. »

Dès 1791, chacun des deux Canada dispose, par l'ajout d'une Chambre d'assemblée à leur Conseil législatif (établi en 1774), d'une pleine législature³⁷⁹. Jusqu'en 1854 toutefois, c'est le Parlement impérial qui demeure titulaire de la compétence législative sur la concession de terres, si bien que tout projet de loi coloniale sur cette question doit être réservé à l'attention de ses deux chambres³⁸⁰. Alors que les droits des Autochtones sur leurs territoires continuent d'y être protégés par la Proclamation royale, dans le Bas-Canada, « la pratique n'est [...] pas à la hauteur de ces attentes. Dans le Haut-Canada, des traités sont conclus avant l'arrivée de nouveaux colons ».

Dans le Bas-Canada, des terres sont concédées « sans qu'on tienne compte des territoires de chasse autochtones³⁸¹ ». Comme l'explique Denis Vaugeois, « [u]ne fois passée l'alerte de 1812-1813, la distribution annuelle des présents sera sérieusement remise en question [et] Londres s'interroge même sur la nécessité d'un département des Affaires indiennes. L'époque des commissions d'enquête s'ouvrait³⁸² ».

Une première commission sur la question amérindienne dans le Haut et le Bas-Canada est confiée en 1828 par le gouverneur Dalhousie au major général Darling qui dépose son rapport le 24 juillet 1828. Ce dernier y ébauche une politique indienne officielle de sédentarisation et d'envillagement, de scolarisation, de christianisation et d'initiation à l'agriculture et aux métiers. Le rapport suggère également que les Indiens seraient incapables de gérer leurs affaires si le ministère des Affaires indiennes était aboli. Il faut d'abord civiliser les Indiens avant de songer à se défaire une fois pour toutes de cette coûteuse administration. Le rapport de Darling est fort bien reçu par le secrétariat aux Colonies à Londres. Les principales recommandations sont adoptées en 1830, lors du passage de la conduite des Affaires indiennes de l'administration

³⁷⁸ D. VAUGEOIS, *supra* note 371, p. 22.

³⁷⁹ *The Clergy Endowments (Canada) Act*, *supra* note 345, art. 2.

³⁸⁰ *Act of Union*, *supra* note 345, art. 42.

³⁸¹ M. MORIN, *supra* note 232, p. 148.

³⁸² D. VAUGEOIS, *supra* note 371, p. 24.

militaire à la branche civile de l'État³⁸³. En 1839, une loi relative à la protection des terres réservées aux Indiens est adoptée par la législature du Haut-Canada³⁸⁴. C'est la première loi du genre à être adoptée par une colonie britannique d'Amérique du Nord.

En 1837, un comité du Conseil exécutif du Bas-Canada reconnaît pourtant généralement que bon nombre des concessions de terre qui y ont été faites le furent en violation des droits que les Autochtones y détiennent en vertu de la Proclamation royale³⁸⁵. Cependant,

le Comité estime que les revendications des anciennes possessions territoriales de ces tribus, et à vrai dire de toutes les tribus indiennes, doivent être réglées à l'heure actuelle par un droit équitable à une indemnisation pour la perte des terres dont elles tiraient par le passé leur subsistance et qui ont pu être requises par le gouvernement à des fins d'établissement; l'indemnisation de ces tribus devrait les placer et leur permettre de demeurer dans une situation au moins aussi avantageuse que celle dont elles auraient joui dans leur état antérieur³⁸⁶.

La liberté que s'autorisent les membres de ce comité du Conseil exécutif de la colonie peut surprendre. À cette époque, le gouvernement de la colonie, Affaires indiennes y comprises, dépend encore de Londres. Ce n'est qu'en 1848, sous l'Union, que le Canada obtiendra la responsabilité ministérielle³⁸⁷. Le gouverneur devra alors s'en remettre en principe à son conseil, qui désormais devra avoir sans cesse la confiance de la chambre d'assemblée. Encore là, il demeurera des matières qui relèveront de l'empire et en lesquelles le gouverneur devra plutôt suivre les instructions qui pourront lui parvenir d'outre-Atlantique. Parmi ces matières se trouveront encore normalement – mais pas pour longtemps – la concession de terres et les affaires autochtones.

En 1842, sous l'Union, le gouverneur Bagot met sur pied une commission chargée encore une fois d'enquêter sur l'administration des Affaires indiennes, rien n'ayant été fait à ce chapitre depuis le rapport 1837, ce qui s'explique en partie par les révoltes « patriotes » de 1837-1838. La commission dépose son rapport en 1844. Ce serait ce rapport qui aurait « le plus influencé la politique indienne du Canada[, b]on nombre des dispositions actuelles de la Loi sur les Indiens

³⁸³ M. LAVOIE, « Introduction », dans M. LAVOIE et D. VAUGEOIS, *supra* note 371, p. 28.

³⁸⁴ *An Act for the Protection of the Land of the Crown in this Province from Trespass and Injury*, S.U.C. (1839) 2 Vict., c. 15.

³⁸⁵ « Report of a Committee of the Executive Council, present the Honourable Mr. Smith, Mr. De Lacy, Mr. Stewart, and Mr. Cochran, on your Excellency's Reference of the 7th October 1836, respecting the Indian Department », dans *British Parliamentary Papers, Colonies – Canada*, vol. 12, Shannon, Irish University Press, 1970, cité par M. MORIN, *supra* note 232, p. 149-150.

³⁸⁶ Traduit et cité par M. MORIN, *supra* note 232, p. 149-150.

³⁸⁷ Voir à ce sujet A. GERIN-LAJOIE, *Dix ans au Canada, de 1840 à 1850*, Québec, L.J. Demers & Frère, 1888.

trouv[a]nt leurs origines dans les nombreuses recommandations de cette commission³⁸⁸ ». Selon les mêmes auteurs, « [e]n soutenant vigoureusement le projet de civilisation, la commission Bagot avait pour but de mettre un terme à la tutelle dans laquelle se trouvaient les Indiens en vue d'assurer leur autonomie et, surtout, de mettre fin aux dépenses qu'entraînait l'administration des Affaires indiennes en vue d'éliminer ce service³⁸⁹ ».

Le rapport de la « commission Bagot » fut néanmoins suivi par la recommandation d'un comité du Conseil exécutif que, entre autres choses³⁹⁰, les Autochtones du Lac-des-Deux-Montagnes soient dédommagés pour la cession illégale de leurs terres à des particuliers³⁹¹. C'est ainsi qu'aux termes d'une loi coloniale de 1851 une réserve est créée pour les Algonquins sur la rivière Désert, près de Maniwaki³⁹². L'année précédente, soit en 1850, le Parlement du Canada-Uni avait justement créé le poste de « Commissaire des terres des Sauvages pour le Bas-Canada », chargé d'administrer les terres réservées aux Autochtones³⁹³. En vertu de la loi de 1850 en effet, le commissaire était chargé de l'administration, non seulement des terres échues à la Couronne à la suite de la dissolution par Rome l'ordre des Jésuites qui auparavant les avaient gérées pour le compte d'Autochtones, mais aussi de celles qui allaient pouvoir être réservées aux Autochtones dans l'avenir. En revanche, la loi de 1850 ne s'appliquait pas aux terres détenues alors en fidéicommiss par toute « corporation », « communauté légalement établie » ou « personne d'origine européenne » au bénéfice d'Autochtones. Une décision que rendra le Conseil privé en 1921 tranchera qu'en vertu de cette loi le Commissaire est fiduciaire au bénéfice de... la Couronne, alors que la loi prévoit clairement que le commissaire sera « investi » des terres en question pour le compte de leurs occupants autochtones³⁹⁴. Il est quelque peu surprenant, du moins d'un point de vue strictement juridique, que ces lois de 1850 et 1851 aient

³⁸⁸ M. LAVOIE, *supra* note 383, p. 28. L'auteur se réfère à : CANADA, Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, Ottawa, La Commission, 1996, vol. 1 : *Un passé, un avenir*, deuxième partie, « La Loi sur les Indiens ».

³⁸⁹ *Id.*, p. 29.

³⁹⁰ Not., le comité recommande que les Innus de la Côte-Nord soient indemnisés pour la perte de l'exploitation de nombreuses rivières à saumons.

³⁹¹ « Rapport sur les affaires des Sauvages du Canada, soumis à l'Honorable Assemblée législative pour son information, Section III » (1844), appendice no 96 et appendice B, *Journaux de l'Assemblée législative de la Province du Canada*, 1847, 11 Victoria, appendice T, cité dans M. MORIN, *supra* note 232, p. 150.

³⁹² *Acte pour mettre à part certaines étendues de terre pour l'usage de certaines tribus de sauvages dans le Bas-Canada*, S.P.C. 1851, 14-15 Vict., c. 106.

³⁹³ *Acte pour mieux protéger les terres et les propriétés des sauvages dans le Bas-Canada*, S.P.C. 1850, 13-14 Vict., c. 42.

³⁹⁴ *A.G. for Canada v. A.G. for Quebec*, [1921] A.C. 401 (C.P.).

obtenu la sanction royale dans la mesure où la compétence législative sur les affaires autochtones, compétence qui relevait notamment de la disposition des terres de la Couronne après l'avoir fait surtout de la défense, ressortissait en pratique à l'empire. Ces lois n'ont pas été soumises à l'examen du Parlement impérial comme l'exigeait l'article 42 de la loi de 1840 sur l'union pour tout projet de loi colonial susceptible d'affecter la prérogative royale relative à la disposition des terres de la Couronne. Elles ne semblent pas non plus avoir été réservées au bon plaisir de Sa Majesté par le gouverneur de la colonie, mais avoir plutôt reçu la sanction royale par le truchement de ce dernier. Elles marquent un tournant négatif dans l'histoire de notre droit relatif aux Autochtones dans la mesure où, derrière une reconnaissance de façade des droits territoriaux de ceux-ci, elles se traduisent par leur expropriation. Les Autochtones sont alors « indemnisés » en obtenant des réserves dont les dimensions ont peu à voir avec celles des terres qui leur ont été illégalement ravies, et ce, soit sur ce qui leur reste de leurs propres terres, soit sur des terres qui sont étrangères à leur occupation historique du territoire. La loi de 1851 prévoit d'ailleurs que la superficie totale des terres qui seront réservées aux « Sauvages » ne doit pas excéder 230 000 acres. Comme l'explique Michel Morin :

[l]es terres ne sont [...] pas octroyées en échange d'une renonciation aux droits territoriaux des autochtones, puisque le gouvernement tient pour acquis qu'il en est déjà propriétaire. La plupart d'entre elles sont situées dans des territoires ancestraux. Les autochtones n'ont guère d'autre choix que de s'y installer afin de mettre un frein à l'occupation de leurs terres. Dans d'autres cas, les habitants des missions du Régime français obtiennent une réserve à une distance considérable de leur village. Cette tentative de déplacer des communautés entières se solde le plus souvent par un échec. En agissant ainsi, le gouvernement se conforme à une tendance plus générale qui voit dans la création de réserves la solution à tous les problèmes des autochtones³⁹⁵.

À compter de 1854, le Parlement du Canada-Uni est compétent en matière de concession de terres, dans la mesure où en cette matière les projets de loi de la colonie n'ont plus à être examinés par le Parlement impérial³⁹⁶. En 1856, Richard Pennefather est nommé surintendant aux Affaires indiennes par le gouverneur et chargé d'enquêter sur les mesures à prendre pour accélérer la marche du processus de « civilisation » des Indiens :

Dans une atmosphère de crise financière et de décentralisation, le mandat sous-jacent consistait à mettre un terme définitif à la coûteuse distribution annuelle des présents et à permettre l'entière prise en charge de la politique

³⁹⁵ M. MORIN, *supra* note 232, p. 211. Cet auteur renvoie entre autres à G. L. FORTIN et J. FRENETTE, « L'acte de 1851 et la création de nouvelles réserves indiennes au Bas-Canada en 1853 », *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. 19, n° 1, 1989, p. 31-37 ; R. H. BARTLETT, « Indian Reserves in Quebec », *Studies in Aboriginal Rights*, n° 8, University of Saskatchewan Native Law Center, 1984, p. 13-14.

³⁹⁶ *An Act to empower the Legislature of Canada to alter the Constitution of the Legislative Council of that Province, and for other purposes*, (1854) 17-18 Vict. 118 (R.-U.), art. 6 – qui abroge l'art. 42 de l'*Act of Union*, *supra* note 345.

indienne et de son administration par le gouvernement colonial canadien. En dépit des protestations indiennes, la distribution des présents fut interrompue en 1858³⁹⁷.

En 1857, le Parlement du Canada-Uni adopte l'*Acte pour encourager la civilisation graduelle des tribus sauvages en cette Province, et pour modifier les lois relatives aux Sauvages*³⁹⁸.

En 1860, le gouvernement impérial accorde la sanction royale à un projet de loi colonial relatif aux Autochtones, ce qui confirme que la législature de la colonie est devenue compétente en ce domaine³⁹⁹. Au-delà des frontières de la colonie du Canada cependant, il convient d'examiner quelle était la pratique dans l'Ouest de l'Amérique du Nord britannique.

En 1811, Lord Selkirk, du reste actionnaire minoritaire de la Hudson's Bay Company (HBC), s'entend, à titre de particulier, avec celle-ci :

En juin 1811, Selkirk signa avec la Hudson's Bay Company un accord en vertu duquel, contre l'engagement de fonder une colonie agricole, entre autres considérations, il recevrait pour la somme [symbolique] de 10 shillings quelque 116 000 milles carrés, soit cinq fois la superficie de l'Écosse, comprenant en grande partie de la fort belle terre. C'est ce territoire que lady Selkirk, avec une ironie amère, appellerait plus tard le « royaume de la Rivière-Rouge »⁴⁰⁰.

La colonie fut officiellement appelée « d'Assiniboia » par la HBC, du nom de la nation autochtone et de la rivière au confluent de laquelle et de la rivière Rouge elle devait avoir son centre. Elle devait, en accueillant quelque 1000 familles écossaises, pouvoir fournir la HBC en vivres ainsi qu'en employés⁴⁰¹. Le 15 juin 1811, Miles Macdonell en était nommé gouverneur et recevait sa « *commission* », ses instructions, enfin, son mandat des mains de Joseph Berens, gouverneur adjoint de la HBC⁴⁰². La Charte royale de 1670 constituant « *The Governor and Company of Adventurers of England, trading into Hudson's Bay* », soit la HBC, habilite

³⁹⁷ M. LAVOIE, *supra* note 383, p. 29-30.

³⁹⁸ *Acte pour encourager la civilisation graduelle des tribus sauvages en cette Province, et pour modifier les lois relatives aux Sauvages*, S.P.C. (1857) 20 Vict., c. 26.

³⁹⁹ *Acte relatif à l'administration des terres et des biens des sauvages*, S.P.C. 1860, 23 Vict., c. 151, sanctionnée par Londres le 30 juin.

⁴⁰⁰ J.M. GRAY, « Douglas, Thomas, baron Daer et Shortcleuch, 5^e comte de Selkirk », dans *Dictionnaire biographique du Canada*, Université de Toronto/Université Laval, 2000, en ligne : <http://www.biographi.ca/index-f.html>

⁴⁰¹ *Id.* Voir aussi : Canada, Commission royale sur les peuples autochtones, *supra* note 388, vol. 1, p. 172-173. La Commission renvoie not. à J. GALLO, « The Yellow Quill Band and the Land Question: The 1906 Expropriation and the 1908 Land Surrender of part of Swan Lake Reserve » (rapport d'enquête n^o 7), *Treaties and Aboriginal Rights Research*, mai 1977, revu et corrigé en mars 1978.

⁴⁰² H. MAYS, « Macdonell, Miles », dans *Dictionnaire biographique du Canada*, Université de Toronto/Université Laval, 2000, en ligne : <http://www.biographi.ca/index-f.html>

expressément la Compagnie à créer des « *Colonies or Plantations* » ainsi qu'à en nommer les gouverneurs⁴⁰³.

Le 18 juillet 1817, un traité de cession était signé entre, d'une part, « *the Right Honorable Thomas Earl of Selkirk* », et, de l'autre, cinq « *Chiefs and warriors of the Chippeway or Saulteaux Nation and of the Killistine or Cree Nation*⁴⁰⁴ ». En échange d'un « présent » ou d'une « rente » annuels de cent livres de tabac, les chefs chippaouais et cris auraient consenti à céder au souverain britannique :

*[...] all that tract of land adjacent to Red River and Ossiniboyne River, beginning at the mouth of Red River and extending along same as far as Great Forks at the mouth of Red Lake River, and along Ossiniboyne River, otherwise called Riviere des Champignons, and extending to the distance of six miles from Fort Douglas on every side, and likewise from Fort Daer, and also from the Great Forks and in other parts extending in breadth to the distance of two English statute miles back from the banks of the said rivers, on each side, together with all the appurtenances whatsoever of the said tract of land [...]*⁴⁰⁵.

En 1836, la HBC rachetait, sous réserve des droits consentis depuis aux colons, les terres concédées en 1811 des héritiers de Selkirk. Voilà qui devait dépendre de la validité du traité de cession de 1817, et même de celle de la concession de 1811.

Nous avons déjà eu l'occasion de suggérer que la Cour suprême du Canada s'est trompée lorsque, en 1966, elle a affirmé que la *Proclamation royale de 1763* « *specifically excludes territory granted to the Hudson's Bay Company*⁴⁰⁶ ». J'ai aussi eu l'occasion de m'objecter au principe de l'arrêt *Bear Island* selon lequel les exigences prévues à la Proclamation de 1763 en matière de cession de titre indien avaient été levées par le *Quebec Act* de 1774⁴⁰⁷. La HBC pouvait recevoir des cessions de titre indien en bonne et due forme, et, sauf autorisation spéciale de la part des autorités impériales, elle se devait de le faire avant d'accorder des droits ou d'autrement occuper les terres des Autochtones. Cela fait déjà douter de la validité de la concession foncière de juin 1811. Quant à la cession de 1817, elle fut, entre autres témoins, signée en la présence de, mais non par Miles Macdonell, le gouverneur de la colonie

⁴⁰³ *Royal Charter of the Hudson's Bay Company*, as transcribed and produced for Gutenberg Project Sean Barrett, Charles Franks and the Online Distributed Proofreading Team from images generously made available by the Canadian Institute for Historical Microreproductions, en ligne sur le site web de la HBC : <http://www2.hbc.com/hbcheritage/collections/archival/charter/charter.asp?pm=1>

⁴⁰⁴ E.H. OLIVER (dir.), *The Canadian North-West: Its Early Development and Legislative Records*, Ottawa, 1915, p. 1288-1289.

⁴⁰⁵ *Ibid.*

⁴⁰⁶ Voir *supra* note 328 et texte correspondant.

⁴⁰⁷ Voir *supra*, texte correspondant aux notes 356 s.

d'Assiniboia. Il serait toutefois raisonnable de la part d'une cour de justice de passer outre à un tel vice de forme. Milite plus sérieusement à l'encontre de la validité du traité de Selkirk le fait qu'aucune assemblée publique des Chippaouais et Cris intéressés n'a autorisé la cession de titre dont celui-ci se veut porteur. Qui plus est, compte tenu des doutes qu'entretient à raison la jurisprudence elle-même à l'égard de la fiabilité de la version écrite des traités historiques, de cession notamment, l'absurdité du déséquilibre entre les obligations apparemment échangées par les parties est à mon sens génératrice d'une présomption factuelle d'invalidité du soi-disant traité de 1817. Quoiqu'il en soit, la question demeure théorique, puisque le chantier de négociation des traités dits « numérotés » a justement été lancé, à l'origine, dans le but de remplacer le virtuel traité de Selkirk, une fois la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest transférés au « *Dominion* » du Canada⁴⁰⁸.

La convention de 1818, un traité signé entre les États-Unis et le Royaume-Uni, définit la frontière entre ce premier pays et la « Terre de Rupert » à l'ouest du Lac des Bois (où ce rejoignent aujourd'hui les frontières de l'Ontario, du Manitoba et du Minnesota), jusqu'aux Rocheuses, en empruntant le tracé du 49^e parallèle nord. À l'Ouest – où se trouvent aujourd'hui la Colombie-Britannique, l'État de Washington et l'Oregon – se situe à l'époque ce que les Britanniques d'Amérique appelaient le district de Columbia de la Terre de Rupert, et que les Américains connaissaient sous le nom de Pays de l'Oregon. En réalité, si la Terre de Rupert s'entendait à l'origine du bassin hydrographique de la Baie d'Hudson, les territoires situés à l'ouest et au nord de la ligne de partage des eaux (le « Territoire du Nord-Ouest ») ont indiscernablement été tenus par les autorités coloniales faire partie du domaine de la Compagnie de la Baie d'Hudson⁴⁰⁹. Les parties à la Convention de 1818, qui toutes deux ont des revendications sur ce territoire, semblent s'entendre pour le moment pour considérer celui-ci comme « Territoire indien » au sens de la Proclamation royale ou dans un sens voisin. Les sujets britanniques et citoyens américains sont reconnus libres d'y commercer⁴¹⁰. En 1846, aux termes du Traité de l'Oregon, la frontière de 1818 est prolongée vers l'Ouest, mais de manière à ce que l'île de Vancouver revienne en entier au Royaume-Uni. Le 13 janvier 1849, une « concession royale » (« *royal grant* ») accordée par le gouvernement impérial en vertu de la prérogative

⁴⁰⁸ CANADA, Commission royale sur les peuples autochtones, *supra* note 388, vol. 1, p. 173.

⁴⁰⁹ Voir en ce sens *Re Eskimos*, [1939] S.C.R. 104.

⁴¹⁰ M. MORIN, *supra* note 232, p. 202.

royale détache l'île du « Territoire indien » pour en faire une « colonie de la Couronne » (« *Crown Colony* ») dont l'administration est cependant confiée à la Compagnie de la Baie d'Hudson pour une période de dix ans⁴¹¹. Une loi impériale de la même année y prévoit quant à elle la mise sur pied de tribunaux⁴¹². La Compagnie demande alors au gouverneur de la nouvelle colonie d'obtenir des Autochtones la cession des terres qu'ils cultivent ou sur lesquelles ils ont construit des habitations⁴¹³. De 1850 à 1854, quatorze traités de cessions partielles, les traités dits « de Douglas », du nom du gouverneur colonial qui les a négociés, ont donc été conclus sur l'île de Vancouver, couvrant ensemble quelque 358 milles carrés de terres. La partie autochtone à ces traités recevait une somme forfaitaire et se réservait, outre un titre indien formulé dans les termes d'un droit perpétuel d'« usage » sur les terres non cédées, la liberté de chasser et de pêcher « comme autrefois » (« *as formerly* ») sur les terres inhabitées. L'affaire *R. v. White and Bob*⁴¹⁴ a donné l'occasion à la jurisprudence de confirmer l'existence de ce droit. Tout comme les autres traités de cession de l'époque et d'avant, les traités de Douglas semblent avoir été simplement conclus avec des chefs autochtones plutôt qu'en conformité avec les exigences de la *Proclamation royale de 1763*. Par la suite, les autorités impériales ont refusé à Douglas de lui avancer des fonds afin de conclure d'autres traités⁴¹⁵. Le texte des traités de Douglas est disponible dans le *Guide des traités* publié par le ministère fédéral des Affaires autochtones et du Développement du Nord sur son site web⁴¹⁶.

En 1858⁴¹⁷, une autre loi impériale crée une colonie de plus à partir de ce qui devait rester du « Territoire indien » situé à l'ouest des Rocheuses⁴¹⁸ mais que la Compagnie de la Baie d'Hudson appelait son district de la Nouvelle-Calédonie. Cette nouvelle colonie est appelée Colombie-Britannique. Les premières instructions données au gouverneur ne traitent pas des droits des Autochtones, mais celles de 1864 « demandent expressément au gouverneur de

⁴¹¹ *Royal Grant*, 13 January 1849, dans H.W. HOWAY et E.O.S. SCHOLEFIELD, *British Columbia from the Earliest Times to the Present*, Vancouver, S.J. Clarke, 1914, vol. 1, p. 500.

⁴¹² *An Act to provide for the Administration of Justice in Vancouver Island Act*, (1849) 12 & 13 Vict c. 48 (R.-U.).

⁴¹³ Lettre de « Barclay to Douglas, December 1849 », dans *Hudson's Bay Company Archives*, Londres, et Archives publiques du Canada, A-11/72.

⁴¹⁴ *R. v. White and Bob*, (1964) 50 D.L.R. (2d) 613 (BCCA), conf. (1965) 52 D.L.R. (2d) 481 (CSC).

⁴¹⁵ M. MORIN, *supra* note 232, p. 204.

⁴¹⁶ CANADA, ministère fédéral des Affaires autochtones et du Développement du Nord, *Guide des traités*, en ligne : <http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100029052/1100100029053>

⁴¹⁷ *An Act to Provide for the Government of British Columbia*, 1858, 21-22 Vict., c. 99 (R.-U.).

⁴¹⁸ Le Territoire indien situé à l'est des Rocheuses entre la Russie (futur Alaska) et la Terre de Rupert était appelé Territoire du Nord-Ouest.

protéger les autochtones et leurs possessions⁴¹⁹ ». Aucun traité ne sera conclu. En 1866, le Parlement impérial unit la colonie de l'île de Vancouver à celle de Colombie-Britannique⁴²⁰.

Comme le résume Michel Morin :

[u]ne série d'ordonnances et de proclamations sont adoptées entre 1858 et 1871. Elles prévoient entre autres choses que toutes les terres de la Colombie-Britannique, ainsi que les mines et les minerais qui s'y trouvent, appartiennent à la couronne « en fief », terme de *common law* qui désigne le droit de propriété. Les sujets britanniques et les étrangers ayant prêté le serment d'allégeance sont autorisés à acquérir les terres incultes et innocupées de la couronne. Ils peuvent alors réclamer un droit de préemption; leur titre devient définitif après un arpentage. La politique de Douglas consiste à limiter l'étendue des réserves; il encourage les autochtones à acquérir des terres en les cultivant et en se prévalant du droit de préemption. En 1864, après son départ, le responsable des terres de la couronne emploie plusieurs prétextes pour réduire la taille de certaines réserves autochtones. Dès 1866, une loi exige que les autochtones obtiennent l'autorisation du gouverneur avant d'exercer un droit de préemption. Ceux-ci sont alors placés dans une situation intenable : ils sont confinés dans des réserves minuscules en comparaison de celles qui ont été créées dans les autres provinces, mais peuvent difficilement avoir accès aux terres propres à l'agriculture⁴²¹.

Si dans les premières phases de la colonisation européenne de l'Amérique du Nord les relations avec les peuples autochtones s'apparentent à des relations de droit international, ces relations se sont progressivement « internalisées » de manière à devenir *sui generis*. La reconnaissance de la souveraineté autochtone est progressivement passée d'une reconnaissance de pleine souveraineté à la reconnaissance d'une souveraineté *interne* seulement. Au fur et à mesure que le développement économique et institutionnel des colonies ou (concernant les États-Unis) anciennes colonies s'est accru, il est graduellement apparu que le monopole d'un État européen ou américain sur l'acquisition de terres auprès d'autochtones sur un territoire donné du continent nord-américain supposait l'affirmation par cet État d'une souveraineté *externe*.

Les puissances européennes furent davantage enclines à respecter les droits ancestraux des Autochtones d'Amérique du Nord tant que ceux-ci pouvaient leur être utiles sinon représenter des partenaires obligés. « Après la Révolution américaine et la Guerre de 1812, l'importance des peuples autochtones en tant qu'alliés militaires des Britanniques diminue⁴²² ». Les victoires remportées par les forces américaines contre les armées autochtones alliées des Britanniques ont fait en sorte que le gouvernement des États-Unis hésite moins à traiter bon

⁴¹⁹ M. MORIN, *supra* note 232, p. 205.

⁴²⁰ *An Act for the Union of the Colony of Vancouver Island with the Colony of British Columbia*, (1866) 29-30 Vict., c. 67 (R.-U.).

⁴²¹ M. MORIN, *supra* note 232, p. 205.

⁴²² CANADA, Commission royale sur les peuples autochtones, *Conclure des traités dans un esprit de coexistence : une solution de rechange à l'extinction du titre ancestral*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1994, p. 29. La Commission se réfère à J.R. MILLER, *supra* note 230, p. 83-98.

nombre de nations autochtones en conquises. Comme si ce fardeau n'était pas suffisant, autour de 1821 commence à s'épuiser le commerce des fourrures⁴²³ et par conséquent l'influence des Autochtones en tant que partenaires commerciaux⁴²⁴. Par ailleurs, le développement agricole que connaît le Haut-Canada au cours de la première moitié du XIX^e siècle fait, comme le souhaitent les politiques, s'accroître brusquement la demande de terres⁴²⁵. À compter du milieu du siècle, le législateur intervient de plus en plus dans la vie communautaire d'Autochtones qui, du moins en ce qui concerne les « Indiens », sont assujettis à une tutelle de plus en plus sévère ainsi qu'à un régime discriminatoire d'assimilation que codifiera la *Loi sur les Indiens*.

Une autre catégorie de traités de cession conclus avant la fédération, en 1867, de certaines colonies britanniques d'Amérique du Nord regroupe les traités conclus par les autorités de la colonie du Canada-Uni, créée par la loi constitutionnelle impériale de 1840⁴²⁶. Ces traités dits « de la Province du Canada » sont les premiers traités de cession à avoir été conclus avec de nombreux peuples autochtones à la fois de manière à dégrever de vastes territoires. Toutefois, il s'agit encore de cessions partielles qui, pas davantage que celles prévues aux traités du Haut-Canada, ne semblent avoir été obtenues conformément aux exigences de la *Proclamation royale de 1763*. Le texte de ces traités peut être consulté dans la collection des *Indian Treaties and Surrenders, from 1680 to 1890*⁴²⁷.

Vers la fin de ce même XIX^e siècle, le droit angloaméricain commencera à se faire généralement moins respectueux des droits territoriaux des Autochtones. Une distinction s'introduit en cette matière en se rabattant sur celle entre la colonie conquise ou cédée d'une part et la colonie de peuplement de l'autre. En somme, la colonisation des territoires occupés par des peuples jugés particulièrement « primitifs » est considérée tenir de la colonie de peuplement et s'accompagner par conséquent de l'introduction automatique du droit anglais. Cela sera clairement articulé, en 1921, par le comité judiciaire du Conseil privé de Londres dans le renvoi

⁴²³ Voir F. OUELLET, *Histoire économique et sociale du Québec, 1760-1850 : structures et conjoncture*, Montréal, Fides, 1966, p. 216. S'il est vrai qu'on situe généralement autour de 1821 la fin du commerce colonial des fourrures, c'est par exemple vers 1850 que, en ce qui concerne les Innus, on en situe le début (J.-P. LACASSE, *supra* note 240, p. 31).

⁴²⁴ Voir O.P. DICKASON, *supra* note 230, p. 213.

⁴²⁵ CANADA, Commission royale sur les peuples autochtones, *supra* note 422, p. 29-30. La Commission se réfère not. à J.R. MILLER, *supra* note 230, p. 83-98.

⁴²⁶ *Act of Union*, (1840) 3-4 Vict., c. 35 (U.K.).

⁴²⁷ CANADA, *supra* note 374.

sur la Rhodésie du sud⁴²⁸. Auparavant, en 1889, ce même Conseil privé avait déclaré la Nouvelle-Galles du Sud *terra nullius* au moment où a commencé sa colonisation⁴²⁹, alors que, au tournant des années 1830, les tribunaux australiens avaient reconnu l'application de leurs coutumes à la résolution des litiges entre Autochtones⁴³⁰. En revanche, les Maoris de la Nouvelle-Zélande, avec qui la Couronne britannique a conclu le traité de Waitangi en 1840, voient leurs droits territoriaux confirmés par la Cour suprême de cette colonie sept ans plus tard, en 1847⁴³¹, et cette confirmation sera reconduite par le Conseil privé en 1901⁴³². Plus tôt, de 1823 à 1832, la Cour suprême des États-Unis avait rendu trois arrêts sur le statut des peuples autochtones en droit américain, que le juge en chef John Marshall s'efforcera d'interpréter de manière conforme au droit international... qu'il consultera surtout à travers Vattel. Il s'agit des arrêts : *Johnson v. M'Intosh*⁴³³; *Cherokee Nation v. Georgia*⁴³⁴; *Worcester v. Georgia*⁴³⁵. Dans ce premier arrêt, il laisse entendre que, bien que peut-être contraire au droit naturel et des gens, la doctrine de la découverte se situe au fondement de l'ordre constitutionnel et juridique américain⁴³⁶. Dans le deuxième arrêt, il prend implicitement ses distances par rapport à la doctrine de la découverte et se rapproche du droit des gens dans la mesure où il prend appui sur les traités conclus avec les peuples autochtones dans lesquels ceux-ci « *acknowledge themselves [...] to be under the protection of the United States*⁴³⁷ ». Le juge en chef Marshall parlera alors des peuples autochtones des États-Unis comme de « *domestic dependent nations* » et rapprochera leur relation au gouvernement américain de celle d'un pupille à son tuteur. Dans le troisième arrêt, le juge en chef Marshall proposera une interprétation du droit américain se voulant conforme au droit international et récusant la doctrine de la découverte. Les Autochtones (ou du moins ceux d'entre eux qui sont suffisamment organisés) sont alors reconnus titulaires d'« *original natural rights* » que la seule découverte ne saurait avoir éteints⁴³⁸, mais plutôt la cession ou encore la conquête effective. Cette jurisprudence sera plus tard invoquée autant pour

⁴²⁸ *In re Southern Rhodesia*, [1919] A.C. 211.

⁴²⁹ *Cooper v. Stuart*, (1889) 14 A.C. 286.

⁴³⁰ *R v. Tommy*, *Monitor*, 28 novembre 1827 ; *R v. Ballard*, *Sydney Gazette*, 23 April 1829; *R v. Boatman or Jackass and Bulleyes*, *Sydney Gazette*, 25 février 1832.

⁴³¹ *The Queen v. Symonds*, [1847] N.Z.P.C.C. 387.

⁴³² *Nireaha Tamaki v. Baker*, [1901] A.C. 561.

⁴³³ *Johnson v. M'Intosh*, (1823) 21 U.S. / 8 Wheat. 543.

⁴³⁴ *Cherokee Nation v. Georgia*, (1831) 30 U.S. / 5 Pet. 1.

⁴³⁵ *Worcester v. Georgia*, (1832) 31 U.S. / 6 Pet. 515.

⁴³⁶ *Johnson v. M'Intosh*, *supra* note 433, p. 591-592.

⁴³⁷ *Cherokee Nation v. Georgia*, *supra* note 434, p. 17.

⁴³⁸ *Worcester v. Georgia*, 435, p. 559.

reconnaître que pour nier les droits de certains peuples autochtones (en fonction de leur degré présumé d'évolution).

Les traités de cession conclus avec les Autochtones se font donc de plus en plus inéquitables et se mettent progressivement à procéder d'une politique systématique de dégrèvement du territoire. La partie autochtone cède de plus en plus vastes territoires en échange de sommes ou autres prestations dérisoires. Les Autochtones conservent des droits de chasse sur les territoires cédés, mais seulement jusqu'à ce que l'État y consente des droits à des tiers aux fins du développement : agriculture, exploitation forestière, exploitation minière, développement du chemin de fer ou du réseau routier, etc. Qui plus est, les traités de cession sont parfois conclus en contravention de la Proclamation royale⁴³⁹. Du reste, il arrive que l'État intervienne indûment « dans la sélection des chefs ou des négociateurs autochtones, n'hésitant pas, si nécessaire, à choisir ceux qui se montr[ent] mieux disposés à accepter les conditions offertes⁴⁴⁰ ». En 1850, à la suite de la découverte de ressources minière dans le Nord-Ouest de cette région, des traités d'un genre nouveau sont conclus avec diverses nations objiwases, soit les traités dits Robinson-Huron et Robinson-Supérieur. Ceux-ci sont les premiers traités de cession à être conclus avec de nombreux peuples autochtones à la fois de manière à dégrever des territoires d'une telle envergure ainsi qu'à prévoir en retour, outre la préservation de droits de chasse et de pêche sur les terres de la Couronne, la création de réserves et le versement d'annuités. À l'époque de la « Confédération », ils inspireront les traités dits « numérotés ». Pour le moment cependant, les parties autochtones peuvent encore conserver quelques droits ancestraux sur des terres qui échappent à la cession et sur lesquelles seront établies les réserves prévues au traité. Le traité Robinson-Supérieur du 7 septembre 1850 prévoit en effet que :

the said Chiefs and Principal Men, on behalf of their respective tribes or bands, do hereby fully, freely and voluntarily surrender, cede, grant and convey unto Her Majesty, Her heirs and successors forever, all their right, title, and interest to and in the whole of the territory above described, save and except the reservations set forth in the schedule hereunto annexed, which reservations shall be held and occupied by the said Chiefs and their tribes in common for the purposes of residence and cultivation⁴⁴¹.

Le traité Robinson-Huron contient des dispositions équivalentes.

⁴³⁹ Voir par exemple *Chippewas of Sarnia Band v. Canada (Attorney General)*, (2000) 51 O.R. (3d) 641 (C.A. Ont.).

⁴⁴⁰ S. GRAMMOND, *Aménager la coexistence : les peuples autochtones et le droit canadien*, Bruxelles/Cowansville (Québec), Bruylant/Yvon Blais, 2003, p. 247, se référant à R. FUMOLEAU, *As Long as this Land Shall Last*, Toronto, McClelland & Stewart, 1973 (trad. fr. A. Moreau : *Aussi longtemps que le fleuve coulera : la nation dènèe et le Canada*, Sillery (Québec), Septentrion, 1994), p. 218.

⁴⁴¹ CANADA, *supra* note 374, vol. 1, No. 60, p. 147-149, à la page 147.

Ce n'est qu'à la fin du XIX^e siècle, après la première fédération de colonies britanniques d'Amérique du Nord, que surgira un nouveau type de traité par lequel l'État cherchera systématiquement à obtenir l'extinction totale des droits ancestraux des Autochtones.

Section 5. Les traités numérotés ou l'extinction totale des droits ancestraux

Si quelque politique d'extinction totale des droits ancestraux n'est en effet pratiquée qu'à partir de 1871, alors que débute le processus de conclusion des traités dits « numérotés », certains éléments du programme plus large dont elle participe sont bien conçus dès 1829 : regroupement des Autochtones dans des villages de réserve, développement de l'agriculture, assimilation culturelle et religieuse, notamment au moyen de l'éducation, et aide financière à ces fins⁴⁴². C'est qu'à compter du XIX^e siècle « [d]eux idées concernant les Amérindiens dominent la pensée de l'administration civile impériale dans l'Amérique du Nord britannique [...] : primo, leur peuple est en voie de disparition et, secundo, ceux qui restent devraient soit être relégués dans des collectivités à l'écart des Blancs, soit être assimilés⁴⁴³ ». Forte du fruit de moult enquêtes et délibérations,

la position officielle s'arrête sur ce qu'on perçoit être un devoir : « civiliser » les indigènes nomades en les forçant à s'établir comme agriculteurs [...]. Bien que d'aucuns ne manquent pas de s'interroger sur le rapprochement entre l'agriculture et la civilisation, à toutes fins utiles, cela demeure un principe directeur en matière d'administration des Amérindiens tout au long du XIX^e siècle [...]. L'éducation, confiée aux missionnaires, permettra d'atteindre la « civilisation »⁴⁴⁴.

Voilà comment, « dans la foulée des théories raciales et sociales de Darwin alors en vogue », les fonctionnaires fédéraux s'activent à appliquer « dans tout le Canada des mesures d'ingénierie sociale qui postulent la supériorité de la culture non autochtone, convaincus de servir ainsi la cause du progrès⁴⁴⁵ ». Voilà aussi comment en 1876 le Parlement du Canada codifie et affermit le programme d'assimilation des Autochtones dans sa première *Loi sur les*

⁴⁴² Voir Sir. J. KEMPT au lieutenant-gouverneur Colborne, 16 mai 1829, dans *British Parliamentary Papers* (Irish University Press Series), « Correspondence and other Papers Relating to the Aboriginal Tribes in British Possessions », 1834, n^o 617, p. 40-41, cité dans CANADA, Commission royale sur les peuples autochtones, *supra* note 422, p. 32.

⁴⁴³ O.P. DICKASON, *supra* note 424, p. 222.

⁴⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁴⁵ CANADA, Commission royale sur les peuples autochtones, *supra* note 422, p. 34-35. La Commission se réfère not. à J.R. MILLER, *supra* note 230, p. 96-98.

*Indiens*⁴⁴⁶. Cette loi a été précédée de l'*Acte pourvoyant à l'organisation du Département du Secrétaire d'État du Canada*⁴⁴⁷ et de l'*Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages*⁴⁴⁸. Selon Olive Dickason, le programme de 1876 prévoit déjà que son financement doit venir du réinvestissement des sommes provenant de la vente des terres acquises des Amérindiens, autrement dit que ces derniers paieront eux-mêmes leur marche vers la civilisation⁴⁴⁹. Relevons au passage qu'un des épisodes les plus sombres de la mise en œuvre de cette politique assimilationniste fut celui des pensionnats pour enfants autochtones⁴⁵⁰.

Nous avons vu qu'en 1860 l'empire a délégué officiellement à la colonie la compétence législative sur les affaires autochtones. En 1867, certaines colonies britanniques d'Amérique du Nord se font sur demande fédérer par l'empire. Le *British North America Act* du 29 mars 1867⁴⁵¹, réintitulé officiellement, en français, «*Loi constitutionnelle de 1867*» en 1982⁴⁵², est une loi impériale portant, à l'origine, fédération de trois colonies britanniques d'Amérique du Nord, en l'occurrence la Nouvelle-Écosse, le Nouveau-Brunswick et le Canada, à cette exception près que, en vertu de l'article 6, ce dernier est alors scindé de manière à former non pas une seule, mais deux entités, l'Ontario et le Québec. Jusqu'alors le détail matériel de la délégation par l'empire britannique de compétences législatives à ses colonies d'Amérique du Nord résidait surtout dans la pratique de l'exécutif impérial, notamment dans les instructions de celui-ci aux gouverneurs coloniaux relativement à la sanction royale des projets de loi. Or, en faisant à droit à

⁴⁴⁶ *Loi sur les Indiens*, S.C. 1876, c. 18.

⁴⁴⁷ *Acte pourvoyant à l'organisation du Département du Secrétaire d'État du Canada, ainsi qu'à l'administration des Terres des Sauvages et de l'Ordonnance*, S.C. 1868, c. 42.

⁴⁴⁸ *Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages, à la meilleure administration des affaires des Sauvages, et à l'extension des dispositions de l'acte trente-et-un Victoria, chapitre quarante-deux*, S.C. 1869, c. 6. Au sujet de ces textes et des lois coloniales qui les ont précédés, voir not. D. JOHNSTON, « First Nations and Canadian Citizenship », dans W. KAPLAN (dir.), *Belonging: The Meaning and Future of Canadian Citizenship*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1993, p. 353 ; J.L. TOBIAS, « Protection, Assimilation, Civilization: an Outline History of Canada's Indian Policy », dans J.R. MILLER (dir.), *Sweet Promises: A Reader on Indian-White Relations in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1991, p. 127-143 ; J.S. MILLOY, « The Early Indian Acts: Developmental Strategy and Constitutional Change », dans *id.*, p. 145 ; J.R. MILLER, *supra* note 230, en particulier p. 83-115.

⁴⁴⁹ O.P. DICKASON, *supra* note 230, p. 222.

⁴⁵⁰ Voir à ce sujet CANADA, Commission royale sur les peuples autochtones, *supra* note 388, chap. 10. Voir également la *Convention de règlement relative aux pensionnats indiens*, accessible depuis le site internet de la « Commission vérité et réconciliation du Canada », commission établie aux termes de cette convention, qui est en fait une transaction : <http://www.trc.ca/websites/trcinstitution/index.php?p=15>

⁴⁵¹ *British North America Act*, (1867) 30-31 Vict., c. 3 (R.-U.).

⁴⁵² Aux termes de l'art. 53 de la *Loi constitutionnelle de 1982* (R.-U.), constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

la demande de colonies d'être regroupées au sein d'une «union fédérale» (pour reprendre les termes du préambule de sa loi de 1867), le législateur impérial se devait forcément de prévoir dans sa loi constitutionnelle la répartition des compétences législatives entre ce nouveau pouvoir central et ces nouvelles entités fédérées, ce qui, en même temps, devait le conduire à préciser quelque peu la gamme de compétences législatives qu'il allait reconnaître à la colonie. En vertu du paragraphe 91(24) de cette loi impériale de 1867, c'est le nouveau législateur central colonial, le Parlement du Canada, qui hérite, en l'occurrence exclusivement et non concurremment, de la compétence sur les « Indiens et les terres réservées aux Indiens ». Même si la *Loi sur les Indiens* de 1876 ne s'applique qu'aux « Indiens », c'est-à-dire les Amérindiens, qui furent longtemps les seuls à retenir l'attention des autorités publiques, la Cour suprême du Canada devait reconnaître, dans un avis de 1939, que la compétence fédérale prévue au paragraphe 91(24) de la loi impériale constitutionnelle de 1867 s'étendait aux « Eskimos », c'est-à-dire aux Inuits⁴⁵³. Toutefois, la question de savoir si la compétence fédérale exclusive prévue à cette disposition s'étend aux Métis n'a pas encore reçu de réponse définitive. La position traditionnelle du gouvernement fédéral suggère la négative. La Commission royale sur les peuples autochtones a recommandé que lui soit plutôt donnée une réponse affirmative⁴⁵⁴. L'article 31 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* – loi qui fait partie de la « loi suprême » du Canada aux termes de l'al. 52(2)b) de la *Loi constitutionnelle de 1982* – reconnaît bien un « titre indien » aux Métis⁴⁵⁵. Dans l'arrêt *Blais* de 2003, la Cour suprême du Canada a cependant statué que les Métis n'étaient pas des « Indiens » au sens du par. 13 de la *Convention sur le transfert des ressources naturelles* relative au Manitoba, convention qui figure en annexe de la *Loi constitutionnelle de 1930*, mais elle a tenu à souligner que serait « tranchée à une autre occasion la question de savoir si le mot « Indiens » au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* s'entend également des Métis⁴⁵⁶ ». Dans l'intervalle, en Alberta par exemple, le statut particulier des Métis est largement sinon principalement régi par une loi provinciale, la *Metis Settlements Act*⁴⁵⁷.

⁴⁵³ *Re Eskimos*, [1939] R.C.S. 104.

⁴⁵⁴ CANADA, Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, Ottawa, La Commission, vol. 5 : *Vingt ans d'action soutenue pour le renouveau*, section 2.3.

⁴⁵⁵ *Loi de 1870 sur le Manitoba*, 33 Vict., c. 3 (Canada), art. 31. Voir aussi *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14.

⁴⁵⁶ *R. c. Blais*, [2003] 2 R.C.S. 236, par. 36.

⁴⁵⁷ *Metis Settlements Act*, R.S.A. 2000, c. M-14.

Mais la jurisprudence a établi que la *Loi constitutionnelle de 1867* ne fait pas que traiter les Autochtones comme des « objets » de droit; elle reconnaît implicitement leurs droits. Son paragraphe 92(5) attribue exclusivement aux provinces la *compétence* sur les terres qui sont propriété publique de la province. Et c'est l'article 109 qui reconnaît aux provinces un tel droit de *propriété*. Or l'article en question précise que les terres, mines, minéraux et réserves royales publics provinciaux demeurent « soumis aux charges dont ils sont grevés, ainsi qu'à tous intérêts autres que ceux que peut y avoir la province ». Le Conseil privé a confirmé que les droits des autochtones sur leurs terres tels que ceux que leur reconnaît la *Proclamation royale de 1763* représentent de tels intérêts⁴⁵⁸.

Dès 1870, comme cela est prévu non seulement à l'article 146 de la *Loi constitutionnelle de 1867* mais aussi par une loi impériale de 1868⁴⁵⁹, un décret du gouvernement britannique transfère la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest au Canada, plus exactement à son pouvoir central (au « *Dominion* »). L'année d'avant, soit en 1869, une loi canadienne a préparé l'instauration d'un gouvernement provisoire devant entrer en fonction au moment de la cession⁴⁶⁰. Le décret prévoit le droit des Indiens d'être indemnisés, « par le gouvernement canadien de concert avec le gouvernement impérial », pour la réquisition de leurs terres aux fins de la colonisation, « et la Compagnie sera libérée de toute obligation à cet égard⁴⁶¹ ». Son annexe A prévoit à son tour que « lors du transfert des territoires en question au gouvernement du Canada, il sera procédé, selon les principes d'équité qui ont toujours guidé la couronne britannique dans ses rapports avec les autochtones, à l'examen et au règlement des demandes d'indemnisation présentées par les tribus indiennes au sujet des terres nécessaires à la colonisation⁴⁶² ». Son annexe B prévoit en outre qu'il « incombera [au Canada] de prendre les mesures voulues pour la protection des tribus indiennes concernées quant à leurs intérêts et leur bien être⁴⁶³ ». En 1895, dans l'affaire *Ontario c. Canada*, la Cour suprême du Canada

⁴⁵⁸ *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen*, (1888) 14 A.C. 46 (C.P.).

⁴⁵⁹ *An Act for Enabling Her Majesty to Accept a Surrender upon Terms of the Lands, Privileges, and Rights of « The Governor and Company of Adventurers of England Trading into Hudson's Bay », and for Admitting the Same into the Dominion of Canada*, 1868, 31-32 Vict. c. 105 (R.-U.).

⁴⁶⁰ *Acte concernant le gouvernement provisoire de la Terre de Rupert et du Territoire du Nord-Ouest après que ces territoires auront été unis au Canada*, S.C. 1869, c. 3; L.R.C. (1985), app. II, no 7.

⁴⁶¹ *Order of Her Majesty in Council admitting Rupert's Land and the North-Western Territory into the Union*, dated the 23rd day of June, 1870.

⁴⁶² *Id.*, annexe A, trad. ministère de la Justice du Canada.

⁴⁶³ *Id.*, annexe B, trad. ministère de la Justice du Canada.

interprétera cette première « disposition indienne » du décret impérial de 1870 comme étant, à l'instar de la *Proclamation royale de 1763*, porteuse d'une obligation incombant à la Couronne d'obtenir la cession volontaire des droits des Autochtones sur leurs terres avant de se les approprier, de les utiliser ou d'y concéder des droits⁴⁶⁴.

De manière similaire, le décret impérial portant adhésion de la Colombie-Britannique à la fédération, décret lui aussi pris en vertu de l'article 146 de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoyait que :

Le gouvernement du dominion prend en charge les affaires indiennes ainsi que la gestion en fiducie des terres réservées à l'usage et au bénéfice des Indiens, en menant à cet égard après l'union une politique aussi libérale que l'a été jusqu'alors celle du gouvernement de la Colombie-Britannique⁴⁶⁵.

Avant la révision constitutionnelle de 1982, la Cour suprême du Canada a, dans l'affaire *Jack*, eu l'occasion de se pencher sur la première disposition. Dans des motifs majoritaires, le juge en chef Laskin a alors écrit que :

[R]ien dans l'art. 13 n'a l'effet de restreindre le pouvoir législatif fédéral en matière de pêcheries. Peu import[e] la ligne de conduite qui était suivie en Colombie-Britannique avant la Confédération et qui permettait aux Indiens de pêcher pour se nourrir dans les rivières ou dans d'autres eaux de l'île Vancouver comme de la Colombie-Britannique avant que l'île en fasse partie et par la suite, cette ligne de conduite ne semble assise sur aucun fondement juridique. En outre, l'art. 13 ne contient aucune reconnaissance juridique de droits de pêche des Indiens⁴⁶⁶.

Dans des motifs concordants, le juge Dickson exprimait plutôt à cet égard l'avis selon lequel, par l'expression « une ligne de conduite aussi libérale », on avait entendu « accorder la première priorité à la pêche par les Indiens à des fins d'alimentation et une certaine priorité à une pêche commerciale restreinte, partagée entre la pêche commerciale et sportive ». Le juge Dickson était cependant d'avis que « il est clair que les mesures destinées à la protection des ressources – totalement absentes des textes réglementaires avant 1871 – priment sur tout genre de pêche, qu'il s'agisse de la pêche par les Indiens, de pêche commerciale ou sportive⁴⁶⁷ ».

De 1869 à 1870, les Métis de la Rivière rouge se soulèvent. Le « gouvernement provisoire » de Louis Riel négocie la création de la province du Manitoba. L'article 31 de la *Loi*

⁴⁶⁴ *Province of Ontario v. Dominion of Canada*, (1895) 25 S.C.R. 434.

⁴⁶⁵ *Order of Her Majesty in Council admitting British Columbia into the Union*, dated the 16th day of May, 1871, annexe, par. 13, trad. ministère de la Justice du Canada.

⁴⁶⁶ *Jack et autres c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294, p. 299.

⁴⁶⁷ *Id.*, p. 311.

de 1870 sur le Manitoba – loi fédérale qui fait partie de la « loi suprême » du Canada aux termes de l'al. 52(2)b) de la *Loi constitutionnelle de 1982* – reconnaît l'existence d'un « titre indien » dans la nouvelle province, notamment en faveur des Métis, en ce qu'il prévoit que :

Attendu qu'il importe, pour l'extinction du titre indien sur les terres de la province, d'affecter une fraction des terres non concédées, dans la limite de un million quatre cent mille acres, au profit des familles métisses qui y résident, il incombe au lieutenant-gouverneur, en application des règlements pris en tant que de besoin par le gouverneur général en conseil, de procéder au partage, entre les enfants des chefs des familles métisses qui résident dans la province lors du transfert, de terrains dont le choix, dans la limite mentionnée ci-dessus, et la localisation relèvent de son appréciation, et de les leur concéder selon les modalités et aux conditions d'établissement ou autres fixées par le gouverneur général en conseil⁴⁶⁸.

La *Loi constitutionnelle de 1871*⁴⁶⁹, une loi impériale, est venue confirmer la validité de la loi fédérale de 1870 sur le Manitoba ainsi que la compétence du Parlement du Canada de créer d'autres provinces à même les territoires du Canada qui ne sont toujours pas constitués en province. Son article 3 prévoit d'autre part que toute modification du tracé des limites d'une province pourra être apportée par le Parlement fédéral si c'est avec le consentement de, et aux conditions agréées par, la législature de cette province. Aussi, à la différence toutefois de celles de 1898⁴⁷⁰, les lois fédérale et québécoise de 1912 relatives à l'extension des frontières du Québec transposeront-elles l'essentiel des « dispositions indiennes » du décret impérial de 1870⁴⁷¹.

C'était notamment « la question de savoir ce qui avait été convenu dans le Traité Selkirk et [celle de savoir] qui possédait les terres [qui] s'est posée vers la fin des années 1860, lorsque le transfert envisagé de la Terre de Rupert au Dominion a été rendu public. Il s'en est suivi de longues discussions sur la nécessité d'établir de nouvelles ententes relatives à ces terres et puis la négociation du Traité 1 et du Traité 2⁴⁷². » De 1871 à 1921, en effet, sont conclus les 11 traités numérotés du Nord-Ouest ontarien, des Prairies et d'une partie des Territoires du Nord-Ouest et du Yukon. Le Traité n° 1 a été conclu avec les Chippaouais et les Cris du Manitoba et des

⁴⁶⁸ *Loi de 1870 sur le Manitoba*, 33 Vict., c. 3 (Canada), art. 31. Voir à ce sujet *Manitoba Métis Federation Inc. v. Canada (Attorney General) et al.*, 2010 MBCA 71 (CanLII).

⁴⁶⁹ *British North America Act*, (1871) 34-35 Vict., c. 28 (R.-U.), réintitulée officiellement, en français, « *Loi constitutionnelle de 1871* » aux termes de l'art. 53 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

⁴⁷⁰ *Acte concernant la délimitation des frontières nord-ouest, nord et nord-est de la province de Québec*, (1898) 61 Vict., c. 3 (Can.); *Loi concernant la délimitation des frontières nord-ouest, nord et nord-est de la province de Québec*, 1898 S.Q., c. 6.

⁴⁷¹ *Loi de l'extension des frontières de Québec*, (1912) 2 Geo. V, c. 45 (Can.), al. 2c); *Loi concernant l'agrandissement du Territoire de la province de Québec par l'annexion de l'Ungava*, (1912) 2 Geo. V, c. 7 (Qué.), art. 1.

⁴⁷² CANADA, Commission royale sur les peuples autochtones, *supra* note 388, p. 173.

territoires contigus le 3 août 1871. Le Traité n° 11 a quant à lui été conclu avec les Amérindiens et les Métis de l'ancien district de MacKenzie du 27 juin 1921 au 17 juillet 1922. Il s'agit de traités de cession inspirés des traités Robinson-Huron et Robinson-Supérieur, mais avec ceci de particulier qu'ils procèdent d'une entreprise systématique de dégrèvement du territoire, ces traités s'emboîtant les uns dans les autres dans leur portée territoriale respective à la manière des pièces d'un puzzle pour former un système étanche. En retour, la partie autochtone (composée encore ici de nombreuses nations) obtient des droits de chasse et de pêche – parfois d'une portée commerciale réduite – sur les terres cédées à la Couronne – parfois à condition que celles-ci n'aient toujours pas été cédées par la Couronne à des privés, parfois non, suivant les traités⁴⁷³ – qui ne font pas de sa part l'objet d'un usage incompatible, une somme forfaitaire, des annuités, une « réserve », de l'équipement agricole, du bétail, des munitions, des médailles, des drapeaux et des vêtements. Mais, afin de « préparer la voie à l'assimilation des peuples autochtones et à la colonisation de leurs terres par des non autochtones⁴⁷⁴ », les négociateurs du gouvernement s'assurent maintenant à chaque fois que le traité, ou plutôt sa version écrite, contienne une stipulation par laquelle les Autochtones concernés « *cede, release, surrender and yield up to Her Majesty the Queen and successors forever all the lands included* », ou leurs droits sur ceux-ci, dans la totalité du territoire couvert par celui-ci. En contrepartie, « *Her Majesty the Queen [...] agrees and undertakes to lay aside and reserve for the sole and exclusive use of the Indians* » des terres dont les tenants et aboutissants sont indiqués, mais dont il est prétendument entendu qu'elles ou les droits autochtones dont elles faisaient l'objet ont été préalablement cédés à la Couronne par la partie autochtone⁴⁷⁵. Autrement dit, ces traités sont de cessions totales. Une assemblée des autochtones concernés paraît avoir été systématiquement convoquée, mais préalablement à la négociation et dans le but d'élire des négociateurs plutôt que dans celui d'en faire approuver le résultat.

⁴⁷³ *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, par. 51, j. Cory, motifs majoritaires : « Alors que certains traités comportent des dispositions touchant expressément la chasse sur des terres privées, d'autres, comme le Traité no 8, n'en ont pas. »

⁴⁷⁴ CANADA, Commission royale sur les peuples autochtones, *supra* note 422, p. 37.

⁴⁷⁵ La citation provient du Traité n° 1. Dans les traités n°s 1 et 2, ce sont les termes « *all the lands* » qui sont employés, alors que dans les traités n°s 3 à 11 ce sont plutôt les mots « *all their rights, titles and privileges whatsoever, to the lands* ». Voir CANADA, *supra* note 374, vol. 1, p. 283 (Traité n° 1), 292 (Traité n° 2), 304 (Traité n° 3) et 314 (Traité n° 4) ; vol. 2, p. 17 (Traité n° 5), 36 (Traité n° 6) et 56 (Traité n° 7) ; R. FUMOLEAU, *Aussi longtemps que le fleuve coulera : la nation dènèe et le Canada* (1973), trad. A. Moreau, Sillery (Québec), Septentrion, 1994, p. 98 (Traité n° 8) et 231 (Traité n° 11).

Il y eut en fait deux générations de traités numérotés. Entre 1871 et 1877, les traités n^{os} 1 à 7 ont pour objectif d'ouvrir les Prairies à la colonisation ainsi qu'au passage du chemin de fer. Quelque vingt-deux ans plus tard, de 1899 à 1921, les traités n^{os} 8 à 11 visent à donner accès aux ressources naturelles du nord. Dans l'intervalle, en 1885, les Métis se soulèvent à nouveau, cette fois dans le territoire de la Saskatchewan (qui ne formera une province qu'en 1905). Cette « Rébellion du Nord-Ouest » ou « Rébellion de la Saskatchewan » est écrasée. Louis Riel sera jugé, puis pendu, pour trahison⁴⁷⁶. Le texte, en versions anglaise et française, ainsi que la carte respective des traités numérotés sont disponibles dans le *Guide des traités* publié par le ministère fédéral des Affaires autochtones et du Développement du Nord sur son site web⁴⁷⁷.

En 1923, après un siècle de doléances et au terme une commission d'enquête, deux traités de cession furent conclus, l'un avec les Chippaouais de Rama et des îles Christian et Georgina⁴⁷⁸, l'autre avec les Mississaugas d'Alderville et des lacs Rice, Mud et Scugog⁴⁷⁹. Il s'agit des traités de Williams dont, à l'exception de l'indication de la partie autochtone, le texte est identique. Ces traités se veulent porteurs de cessions totales, et de rien d'autre. En échange d'une somme de vingt-cinq dollars qui serait versée à chacun de leurs membres ainsi que d'un « montant additionnel de - \$233 425 - qui sera administré au nom de la tribu par le département des Affaires indiennes de Sa Majesté, conformément aux dispositions de la Loi sur les Indiens », les groupes autochtones signataires des traités de Williams auraient renoncé, non seulement à leurs droits sur un vaste territoire allant de la rivière des Outaouais jusqu'au lac Ontario, mais aussi à « tous [...] droits, titres, intérêts, prétentions, demandes et privilèges [...] relatifs à toutes les autres terres situées dans la province de l'Ontario [...], à l'exception des réserves que Sa Majesté le Roi a mises de côté jusqu'à maintenant à leur intention⁴⁸⁰ ». Ces traités, dont la portée territoriale chevauche sur celle d'autres traités, ne garantissent d'ailleurs aucun droit de chasse ou de pêche. À la différence de ce qui a prévalu dans l'affaire *Taylor et Williams* relative au traité du 5 novembre 1818 ainsi que dans l'affaire *Jones* relative au traité du 9 août 1836, il a été

⁴⁷⁶ La dernière décision dans ce dossier est le refus du comité judiciaire du Conseil privé de recommander que soit accordée à Riel l'autorisation d'en appeler : *Riel v. The Queen*, (1885) 10 A.C. 675.

⁴⁷⁷ <http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100028653/1100100028654>

⁴⁷⁸ Signature : 21 et 31 octobre et 3 et 7 novembre 1923.

⁴⁷⁹ Signature : 15, 16, 19 et 21 novembre 1923.

⁴⁸⁰ CANADA, ministère des Affaires autochtones et du Développement du Nord, *Copie du traité conclu le 31 octobre 1923, entre sa Majesté le Roi et les chippaouais des îles Christian et Georgina, et de Rama ; Copie du Traité Conclu le 15 novembre 1923, entre sa Majesté le Roi et les mississaugas d'Alderville et des lacs Rice, Mud et Scugog*, en ligne : <http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100028996/1100100028998>

statué par la Cour suprême, dans l'affaire *R. c. Howard*, que, le traité de 1923 ne suscitant « pas les mêmes préoccupations que les traités signés à une époque plus lointaine ou dans des territoires plus éloignés à propos desquels on peut légitimement s'interroger sur la compréhension des parties indiennes⁴⁸¹ », il fallait conclure de ses dispositions claires que par celles-ci « la bande Hiawatha a cédé tout droit spécial existant de chasse et de pêche dans la région de la rivière Otonabee⁴⁸² ». Tout comme lors de la négociation des traités numérotés, une assemblée des autochtones concernés aurait été convoquée, mais dans le simple but d'élire des négociateurs, le préambule des deux traités « considérant que » :

les Indiens appartenant à ladite tribu, après avoir été réunis en conseil aux endroits désignés ci-dessous et avoir été priés par lesdits commissaires de se choisir parmi leurs chefs et dirigeants des représentants pour négocier avec lesdits commissaires la cession des droits susmentionnés, signer un traité à cet égard et être comptables à Sa Majesté du respect par la tribu et ses diverses bandes, des obligations contractées en vertu du traité, ont effectivement nommé les chefs et dirigeants qui ont adhéré au traité [...] ⁴⁸³.

Préfigurant ainsi les « traités modernes », les traités de Williams se distinguent des précédents en ce que, du côté de la partie étatique, ils ont été négociés en collaboration entre le gouvernement fédéral et celui de la province. Ils avaient pour prétention de compléter le règlement de toutes les revendications de titre indien ou aborigène dans le territoire ontarien. Or les Algonquins du nord-est de la province y revendiquent toujours des droits ancestraux dont ils négocient actuellement le règlement avec les autorités fédérales et provinciales⁴⁸⁴. Au sujet des traités de Williams, on se référera à grand profit à l'ouvrage de Peggy Blair⁴⁸⁵.

En vertu de l'article 30 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* comme en vertu des dispositions équivalentes des lois ultérieures portant création des provinces de l'Alberta⁴⁸⁶ et de la Saskatchewan⁴⁸⁷ – lois elles aussi constitutionnalisées par l'al. 52(2)b) de la *Loi constitutionnelle de 1982* –, la propriété des terres et ressources naturelles publiques avait été

⁴⁸¹ *R. c. Howard*, [1994] 2 R.C.S. 299, p. 10-11 du TI-Lexum. Le juge Gonthier se réfère ici aux arrêts suivants : *R. c. Sioui*, *supra* note 230, p. 1036 ; *Bande d'Eastmain c. Canada (Administrateur fédéral)*, [1993] 1 C.F. 501 (C.A.F.), p. 515-516.

⁴⁸² *Id.*, p. 11.

⁴⁸³ CANADA, Affaires autochtones et Développement du Nord, *Copie du traité conclu le 31 octobre 1923, entre sa Majesté le Roi et les chippaouais des îles Christian et Georgina, et de Rama ; Copie du Traité Conclu le 15 novembre 1923, entre sa Majesté le Roi et les mississaugas d'Alderville et des lacs Rice, Mud et Scugog*, *supra* note 480.

⁴⁸⁴ Voir l'*Entente relative au cadre des négociations* de 2009, en ligne sur le site du ministère fédéral des Affaires autochtones et du Développement du Nord : <http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100032098/1100100032099>

⁴⁸⁵ P.J. BLAIR, *Lament for a First Nation : The Williams Treaties of Southern Ontario*, Vancouver, UBC Press, 2008.

⁴⁸⁶ *Loi sur l'Alberta*, (1905) 4-5 Éd. VII, c. 3 (Can.), art. 21.

⁴⁸⁷ *Loi sur la Saskatchewan*, (1905) 4-5 Éd. VII, c. 42 (Can.), art. 21.

réservée à la Couronne fédérale. Plus tard, la *Loi constitutionnelle de 1930*⁴⁸⁸, une loi impériale toujours en vigueur et qui fait partie de la « loi suprême » du Canada aux termes de l'al. 52(2)b) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, venait donner valeur juridique aux conventions de transfert des ressources naturelles conclues entre le gouvernement fédéral et ces trois provinces. Une des conditions du transfert était le respect du droit des « Indiens » de « se livrer en toute saison à la chasse, au piégeage et à la pêche, pour se nourrir, sur toutes les terres inoccupées du domaine public et sur les autres terres auxquelles ils ont un droit d'accès par ailleurs reconnu par les traités numérotés, de chasse, de trappe et de pêche des Autochtones sur les terres de la Couronne⁴⁸⁹ ». Cette loi constitutionnelle reconnaît donc aux Indiens signataires de traité numéroté des provinces du Manitoba, de la Saskatchewan et de l'Alberta un droit non commercial de chasse, de trappe et de pêche sur les terres inoccupées de la Couronne et sur les autres terres dont l'usage n'est pas incompatible. Dans l'arrêt *Blais* de 2003, la Cour suprême du Canada a statué que les Métis n'étaient pas des « Indiens » au sens du par. 13 de la *Convention sur le transfert des ressources naturelles* relative au Manitoba⁴⁹⁰. D'autre part, dans une décision de 1990, l'arrêt *Horseman*⁴⁹¹, la Cour avait laissé entendre que ces dispositions de 1930 relatives aux droits des Autochtones dans les provinces des Prairies s'étaient substituées aux droits issus de traités dans ces trois provinces. Cela fut cependant sévèrement critiqué par la doctrine, ainsi que le relève Sébastien Grammond⁴⁹². Dans une décision de 1996, l'arrêt *Badger*, la Cour a précisé que cette extinction se limitait à la portée commerciale des droits issus de traités en cause, le « droit de chasser pour se nourrir » se continuant⁴⁹³. En 1999, dans l'affaire *Sundown*, la Cour parlera du rapport de la *Loi constitutionnelle de 1930* aux droits issus de traités numérotés comme d'un rapport de modification par extinction partielle⁴⁹⁴. Ces arrêts ne traitent cependant que des droits de chasse que les traités numérotés reconnaissent aux Autochtones sur les terres publiques, et non des droits que ces traités leur reconnaissent relativement aux terres devant leur être réservées, même si c'était à la suite de l'extinction de leur titre aborigène.

⁴⁸⁸ *Loi constitutionnelle de 1930*, 20-21 Geo. V, c. 26 (R.-U.).

⁴⁸⁹ Par. 13, 12 et 12, respectivement, des conventions relatives au Manitoba, à l'Alberta et à la Saskatchewan figurant en annexe à la *Loi constitutionnelle de 1930*, 20-21 Geo. V, c. 26 (R.-U.).

⁴⁹⁰ *R. c. Blais*, [2003] 2 R.C.S. 236, par. 36.

⁴⁹¹ *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901, p. 933. Voir aussi *Frank c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 95, p. 100 ; *Prince c. The Queen*, [1964] R.C.S. 81, à la page 84.

⁴⁹² S. GRAMMOND, *supra* note 440, p. 89.

⁴⁹³ *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, par. 43-48.

⁴⁹⁴ *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393, par. 8.

Comme l'a reconnu la Cour suprême, tous les traités « anciens » ont été conclus verbalement, ce qui fait surgir un doute sur la fiabilité du texte anglais qui les a consignés après le fait⁴⁹⁵. D'où l'importance de la preuve par tradition orale et l'interprétation favorable à la partie autochtone en cas de doute⁴⁹⁶. En réalité, une forte preuve historique suggère que les autochtones n'ont jamais consenti à la cession de leurs droits. Ils concevaient ces traités comme ceux de la génération précédente, et comprenaient probablement qu'on leur demandait l'autorisation que des colons puissent s'installer ou des entreprises exploiter leurs terres⁴⁹⁷.

Ainsi que le reconnaît aujourd'hui le ministre fédéral des Affaires autochtones, « [l]a réduction substantielle de leurs territoires de chasse et de pêche ancestraux » a rendu les Autochtones « très dépendants des sources de subsistance non traditionnelles et du soutien du gouvernement fédéral⁴⁹⁸ ».

La zone couverte par les traités de cession dits « historiques » (par opposition à « modernes ») ne s'étend ni au Québec ni aux provinces maritimes. Au Nord, elle comprend la majeure partie des Territoires du Nord-Ouest et une petite partie du Nunavut et du Yukon actuels. Vers l'Ouest, elle s'étend, à l'exception de son extrémité Nord-Est, depuis l'Ontario jusqu'à environ le quart, Nord-Est, du territoire de l'actuelle Colombie-Britannique.

Selon Olive Dickason, à l'époque « les traités constituent une obligation morale, mais pas légale », et « en pratique ils apparaissent comme un moyen d'éviter les conflits⁴⁹⁹ ». Quoiqu'il en soit, si au moment où les colonies britanniques d'Amérique du Nord se sont fédérées 123 traités et cessions territoriales y avaient été conclus, « leur nombre approchera les 500 [...] quand sera ratifiée la Convention de la Baie James⁵⁰⁰ ».

⁴⁹⁵ Une transcription de la négociation des sept premiers traités a été publiée par un représentant du gouvernement d'alors : A. MORRIS, *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories*, Toronto, Belfords, Clarke & Co., 1880.

⁴⁹⁶ *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, p. 798.

⁴⁹⁷ S. GRAMMOND, *supra* note 440, p. 253.

⁴⁹⁸ CANADA, Affaires indiennes et du Nord Canada, *Règlement des revendications des Autochtones. Un guide pratique de l'expérience canadienne*, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2003, en ligne : http://www.aadnc-aandc.gc.ca/DAM/DAM-INTER-HQ/STAGING/texte-text/rul_1100100014175_fra.pdf,

p. 4.

⁴⁹⁹ O.P. DICKASON, *supra* note 424, p. 272.

⁵⁰⁰ *Ibid.*

Section 6. Vers les traités modernes

D'un point de vue juridique au sens large, la période qui sépare la génération des traités numérotés de celle des traités modernes est d'aspect, au pire, opaque, au mieux, chatoyant. Il s'agit en réalité d'une période de transition à laquelle préside une évolution plus profonde dans l'ordre d'une culture juridique qui s'universalise. Cette transition ne s'achève pas au moment où, au Canada, naissent les traités autochtones dits « modernes », mais se poursuit jusqu'à l'heure actuelle. Nous aurons certes l'occasion de revenir sur ce point. Mais il nous faut déjà souligner que les droits de l'homme, ou « droits de la personne », sur lesquels s'alignera un droit international redevant droit supranational après la Seconde Guerre mondiale, que ce retour, non pas seulement par la « petite » porte de la doctrine, mais aussi par la « grande » porte du droit positif ou (s'agissant des « déclarations ») quasi positif⁵⁰¹, de la personne humaine comme sujet de droit international, ne pouvait être sans conséquence pour les Autochtones. À ce recentrement humaniste du droit international viendra s'ajouter, du moins dans la sphère d'influence juridique des États-Unis, le « mouvement des droits civiques » (*civil rights movement*). Encore une fois, nous aurons l'occasion d'y revenir, mais disons déjà que, au Canada, la réception de ces idées et principes juridiques de degré supérieur fût, du moins en ce qui concerne leur rapport aux Autochtones, souvent maladroite sinon malheureuse.

Le premier moment « logique » de cette dialectique réceptive contingente attire à juste titre l'attention sur la discrimination (négative) dont sont victimes les Autochtones sous la forme de différences positives (c'est-à-dire prévues dans le texte) de traitement, telle, jusqu'en 1985, la privation du droit de vote, mais de manière à assimiler systématiquement tout statut ou droit particulier pour les Autochtones à de la discrimination. Son deuxième moment consiste à admettre que l'altérité autochtone peut parfois justifier le maintien ou l'introduction de certaines différences de traitement, mais alors sans pouvoir concevoir celles-ci autrement que comme « dérogations » au principe des droits fondamentaux de la personne. Son troisième et dernier

⁵⁰¹ La *Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme* (Doc. off. OEA/Ser.L/V.II.23/Doc.211, rev. 6) est adoptée à Bogota le 2 mai 1948. Suit l'adoption, à Paris le 10 décembre de la même année, de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* (ONU/AG/Rés. 217 (III) A). La *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* (Convention européenne des droits de l'homme, CdE/STCE no 005) est conclue à Rome et s'ouvre à signature le 4 novembre 1950 pour entrer en vigueur le 3 septembre 1953.

moment, qui malheureusement peine à advenir, coïncide avec la prise de conscience d'une « synthèse » qui était pourtant déjà présente chez la plupart des « pères » du droit international et qui continue de structurer l'approche des principaux organes supra-nationaux de protection des droits de la personne, soit la conception, dérivative, des droits spéciaux de groupe des Autochtones comme principe d'effectuation des droits de la personne, dans le prolongement des droits économiques, sociaux et culturels.

Comme le relate la Commission royale sur les peuples autochtones :

[Une certaine] prise de conscience, par la population, de l'importante contribution des militaires indiens à l'effort de guerre du Canada [...] a provoqué un regain d'intérêt pour les questions touchant les Indiens ». De nombreuses personnes ont réclamé la création d'une commission royale d'enquête afin d'examiner et de réviser la *Loi sur les Indiens* et de mettre fin à ce qui prenait de plus en plus figure de législation discriminatoire. Le gouvernement fédéral de l'époque a réagi en mettant sur pied un comité mixte du Sénat et de la Chambre des communes chargé d'examiner l'administration générale des affaires indiennes⁵⁰².

Le comité en question est formé en 1946. Ses travaux, qui se terminent en 1948, sont à la source matérielle de la révision de 1951 de la *Loi sur Indiens*. Suivant la Commission royale sur les peuples autochtones :

Curieusement — mais cela s'inscrit dans la logique des interventions des non-Indiens devant le comité mixte — il est généralement reconnu que la révision de 1951 a, en définitive, eu pour effet de faire revenir la législation canadienne sur les Indiens à sa forme originale, c'est-à-dire l'*Acte des Sauvages* de 1876. Sur des points essentiels, les versions de 1876 et de 1951 de la loi présentent de nombreuses similitudes⁵⁰³.

En 1960 les dispositions de la loi électorale canadienne à être discriminatoires à l'endroit des Indiens sont abrogées⁵⁰⁴. Seulement l'objectif plus général est-il l'abolition de tout « statut » autochtone particulier. C'est ce qu'atteste sans l'ombre d'un doute la politique autochtone énoncée par le gouvernement fédéral dans son « Livre blanc » de 1969⁵⁰⁵. Aux termes de celle-ci les revendications de droits ancestraux sont dépourvues de fondement juridique⁵⁰⁶, et toute particularité de nature permanente dans le rapport qu'entretient le droit avec les Autochtones constitue de la discrimination raciale ou ethnique dont l'édification d'une société juste passe par l'éradication⁵⁰⁷.

⁵⁰² CANADA, Commission royale sur les peuples autochtones, *supra* note 388, p. 332.

⁵⁰³ *Id.*, p. 335.

⁵⁰⁴ *Loi modifiant la Loi électorale du Canada*, L.C. 1960, c. 7.

⁵⁰⁵ CANADA, Affaires indiennes et du Nord Canada, *La politique indienne du gouvernement du Canada, 1969*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969.

⁵⁰⁶ *Id.*, p. 12.

⁵⁰⁷ *Id.*, p. 8.

Il est cependant notoire que, étouffé sous le déferlement des critiques, le projet consigné dans le Livre blanc a fait long feu. C'est que, dans l'intervalle, les droits universels de la personne avaient aussi vu s'organiser autour d'eux les Autochtones du pays, notamment au sein de l'Assemblée des Premières Nations⁵⁰⁸, même si une première tentative de groupement national avait eu lieu encore plus tôt, durant l'entre-deux-guerres, avec la Ligue des Indiens du Canada.

Or, même s'ils mobilisent régulièrement les droits de la personne sur la scène internationale, les Autochtones du Canada, craignant sans doute une interprétation formaliste du droit à l'égalité en droit interne, inscrivent paradoxalement, notamment lors des débats sur la révision constitutionnelle, les droits constitutionnels spéciaux qu'ils revendiquent dans une logique d'opposition avec les droits et libertés de la personne⁵⁰⁹.

Une certaine confusion intellectuelle règne donc au Canada au sujet des droits des peuples autochtones lorsqu'en 1967 les Nisga'a de la Colombie-Britannique s'adressent aux tribunaux pour que soit reconnu leur titre aborigène et qu'au début de la décennie 1970 des mandataires du gouvernement du Québec entreprennent d'exploiter le potentiel hydroélectrique de la Baie-James. Le Canada a achevé son industrialisation et est un État souverain depuis 1926⁵¹⁰. Les droits ancestraux et issus de traité des peuples autochtones n'ont pas encore été constitutionnalisés. Ces peuples tiennent parfois un double discours sur le rapport de leurs droits spéciaux aux droits fondamentaux de la personne. Dans l'esprit de la vaste majorité des officiels, toute différenciation juridique relative aux Autochtones appartient à une autre époque et doit désormais forcément se révéler discriminatoire. C'est non seulement la *Loi sur les Indiens* qui paraît dater, mais aussi, à plus forte raison, les dispositions relatives aux Autochtones de lois telles que celles de 1912 relatives à l'extension des frontières du Québec, du décret impérial de 1870 et de la *Proclamation royale de 1763*. Le retentissement de ces deux décisions de justice dont il a été question au chapitre précédent, soit l'arrêt que rend la Cour suprême dans l'affaire

⁵⁰⁸ Voir P. MCHUGH, *Aboriginal Societies and the Common Law: A History of Sovereignty, Status, and Self-Determination*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 289 s.

⁵⁰⁹ Voir R. ROMANOW, J. WHYTE et H. LEESON, *Canada... Notwithstanding. The Making of the Constitution, 1976-1982* (1984), éd. du 25^e anniversaire, Toronto, Thomson/Carswell, 2007, p. 121-122.

⁵¹⁰ Voir not. P.C. OLIVER, *The Constitution of Independence: The Development of Constitutional Theory in Australia, Canada, and New Zealand*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

Calder le 31 janvier 1973 et l'injonction interlocutoire qu'accorde le juge Malouf le 15 novembre de la même année (même si celle-ci sera annulée en appel le 21 novembre 1974), s'apprécie beaucoup mieux à la lumière de ce contexte historique. C'est donc dans l'urgence et sous la menace de la justice des tribunaux que les gouvernements fédéral et québécois ont négocié, puis, le 11 novembre 1975, conclu ce premier « accord de règlement de revendication territoriale globale », ce premier « traité moderne » que représente la *Convention de la Baie-James et du Nord Québécois*. Voilà donc qui est en même temps le contexte d'adoption de la politique fédérale sur le règlement des revendications territoriales autochtones.

Il convient de préciser cependant qu'à l'époque cette qualité de traité que devait avoir la Convention de 1975 échappe encore à la partie étatique qui ne lui reconnaît de valeur juridique autonome qu'à titre de transaction, c'est-à-dire d'entente mettant fin à une procédure judiciaire. Suivant une telle logique, cette transaction se double d'une entente administrative de type intergouvernemental qui pourra n'avoir d'existence juridique qu'à la faveur de lois de mise en œuvre. Nous l'avons vu au chapitre précédent, ce n'est qu'en 1982 que la loi constitutionnelle canadienne « reconnaîtra et confirmera » les droits « existants », ancestraux comme issus de traité, des peuples autochtones, et qu'en 1983 qu'y sera expressément précisé que ces droits issus de traité s'entendent aussi des droits issus d'accords de règlement de revendication territoriale ou susceptibles d'être ainsi acquis.

Sinon toujours dans le droit positif des États qui se sont succédé sur le territoire que recouvre aujourd'hui le Canada, du moins dans l'application de ce droit, dans la « politique autochtone » de ces États, le traitement des droits ancestraux a suivi le cours de ce processus que, à la suite d'une « prophétie » de Grotius⁵¹¹, Michel Morin désigne par le mot d'« usurpation de la souveraineté autochtone⁵¹² ». Moins avancé sous le régime français, ce dernier processus se serait accéléré de manière appréciable sous le régime anglais, et bien

⁵¹¹ H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix* (1625), trad. P. Pradier-Fodéré, 3 vol., Paris, Guillaumin et Cie, 1867, vol. 1, p. 279-281.

⁵¹² M. MORIN, *supra* note 232.

davantage encore à partir de la reconnaissance officielle par Londres de la compétence du Canada sur les affaires autochtones, pour aboutir au « Livre blanc » de 1969. Mais lorsque la question des droits ancestraux s'est de nouveau posée de façon bien tangible dans les années 1970, l'État canadien, faute de pouvoir continuer à nier carrément l'existence de tels droits, s'est presque mécaniquement rabattu sur leur extinction par traité. S'il n'était dès lors plus possible à l'État d'ignorer les droits ancestraux, celui-ci n'était pour autant aucunement contraint de, ni disposé à, leur reconnaître quelque valeur morale. Les droits ancestraux devenaient pour ainsi dire des problèmes persistants qu'il fallait régler une bonne fois pour toutes. Il ne s'agissait pas de droits constitutionnels « sacrés » qui méritaient d'être préservés, mis en œuvre et promus.

De nos jours encore, et ce d'une manière qui pourrait à la rigueur suggérer une certaine méconnaissance de la problématique entourant les traités dits « historiques », la plupart des experts s'accordent pour dire que les zones ayant fait l'objet d'une occupation historique par des Autochtones et sur lesquelles ne porte aucun traité constituent le « fondement des revendications territoriales contemporaines⁵¹³ ». Or le problème n'est peut-être pas dû tant au fait que, au Canada, tous les droits ancestraux n'aient pas été éteints par traité ou autrement qu'à celui que, par la loi, dans bon nombre de traités « anciens » ainsi que dans les traités « modernes », ils n'y aient pas été pleinement reconnus. Toutefois, tout plaidoyer en faveur d'une telle reconnaissance risquerait pour le moment d'être hâtif.

À cette étape de l'analyse, on situe certes mieux la revendication autochtone de pleine reconnaissance des droits ancestraux, mais sa dimension identitaire et ses enjeux normatifs demeurent hors de portée. Aussi la prochaine étape doit-elle centrer l'analyse sur certaines dimensions théoriques qui sont restées dans l'ombre. À moins de présumer de manière manichéenne de la malveillance des agents de l'État, la réticence du gouvernement fédéral à changer sa politique après 1973 demande toujours d'être expliquée, à défaut de pouvoir l'être par l'absence de solutions de remplacement satisfaisantes. On se demande en effet quelles peuvent bien être ces « raisons d'État » sans la connaissance desquelles l'essentiel du dépassement théorique que représente l'entente de principe avec les Innus ne peut que nous échapper. À cet

⁵¹³ R. DUPUIS, *supra* note 338, p. 68.

égard, l'interrogation de la pensée juridique « européenne » ou « occidentale » moderne nous a d'emblée paru s'imposer.

Chapitre 3. L'obstacle « idéologique » à la reconnaissance des droits ancestraux : le monisme juridique

La politique fédérale d'extinction des droits ancestraux s'est inscrite dans le prolongement d'une pratique historique de conclusion de traités avec les Autochtones ayant évolué, avec le rapport des forces en présence, depuis une certaine tolérance de ces droits vers leur extinction totale ou massive. Depuis, les Autochtones n'ont pas laissé de demander à ce que leurs droits ancestraux soient à l'inverse reconnus positivement dans les accords de règlement de revendication territoriale. Ce n'est toutefois qu'après des décennies de tergiversations que, le 31 mars 2004, la politique fédérale était pour une première fois écartée complètement lorsque fut signée l'entente de principe avec les Innus, ce qui a réalisé au moins un dépassement théorique.

Si la question des droits ancestraux a pu se poser à nouveau dans les années 1970, c'est déjà qu'il n'était plus possible à l'État canadien de simplement continuer d'en nier l'existence, les victoires de la lutte autochtone sur la scène internationale comme sur le terrain du droit positif interne ayant commencé d'affecter les rapports de force, de dessiner une nouvelle tendance. La politique d'extinction des droits ancestraux peut ainsi sembler tenir de la « réaction ». Nous croyons cependant que le moment de porter l'analyse sur le plan normatif n'est pas venu. Mieux vaut au préalable tenter de s'*expliquer*, le plus possible en dehors de tout *jugement* moral – ce qui ne veut pas dire que des idées morales dominantes ne pourront pas ici être objets d'étude –, les « causes » d'une telle résistance à la lutte pour la pleine reconnaissance des droits ancestraux. Notre pari est pour ainsi dire wébérien, les « causes » en question étant ici conçues comme des « raisons », des « significations » sociohistoriquement constituées et conditionnant l'action des agents. Notre hypothèse est que la lutte qui nous occupe tend à se heurter à un élément particulier du mode de pensée en droit qui s'est cimenté dans le cours du

siècle dernier. Cet élément idéal constituerait ainsi un obstacle « idéologique⁵¹⁴ ». Le moment est donc plutôt celui d'interroger la pensée juridique européenne sur les raisons possibles de l'hésitation persistante du gouvernement fédéral à revoir radicalement sa politique sur les revendications territoriales autochtones.

Il est remarquable que le document consignant cette dernière politique fasse état de ce que les peuples autochtones et les gouvernements « se présentent souvent à la table de négociations avec des conceptions fondamentalement différentes de la nature des droits ancestraux et de la forme que devrait prendre le règlement final⁵¹⁵ ». Cette divergence a du reste bien été mise en relief par la recherche⁵¹⁶. Les Autochtones considèrent que leurs droits ancestraux tirent leurs source et substance, ou sources formelle et matérielle, d'autre chose que le système juridique canadien⁵¹⁷. Ces droits, ils les conçoivent comme relevant avant tout de leurs propres ordres juridiques. Et ce qu'ils ont souhaité négocier avec l'État d'une manière soutenue historiquement, ce sont les modalités d'exercice de leurs droits ancestraux ainsi conçus⁵¹⁸. De cette façon, la conclusion de traités serait l'occasion autant pour le droit étatique de produire des effets au sein des ordres juridiques autochtones que l'inverse. La partie autochtone pourrait ainsi renoncer à exercer ses droits ancestraux aux termes du régime jurisprudentiel pour le faire plutôt conformément à un régime qu'elle a négocié avec la partie étatique⁵¹⁹. Or, selon ce qui est prévu à la politique fédérale, l'État canadien s'est plutôt donné pour objectif de négocier systématiquement le remplacement de droits de common law indéterminés par un ensemble de droits et autres avantages définis nettement dans un traité. C'est que, traditionnellement pour les représentants de l'État, la théorie des droits ancestraux n'est pas autre chose qu'un principe de

⁵¹⁴ Le terme d'« idéologie » est ici employé au sens large et peu rigoureux d'« idée dominante et structurante », non pas au sens de l'orthodoxie marxo-engelsienne de *L'idéologie allemande* (1845), dans K. MARX, *Œuvres*, trad. L. Évrard, M. Jacob, J. Malaquais, C. Orsoni, M. Rubel et S. Voutet, t. 3, Paris, Gallimard, 1982 (*L'idéologie* a été écrite en collaboration avec F. ENGELS).

⁵¹⁵ CANADA, Affaires indiennes et du Nord Canada, *Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones*, Ottawa, Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1993, p. 8.

⁵¹⁶ M. ASCH et N. ZLOTKIN, « Affirming Aboriginal Title: A New Basis for Comprehensive Claims Negotiations », dans M. ASCH (dir.), *Aboriginal and Treaty Rights in Canada: Essays on Law, Equality, and Respect for Difference*, Vancouver, University of British Columbia Press, 1997, p. 208, à la page 214 ; J.-P. LACASSE, *Les Innus et le Territoire : Innu Tipenitamun*, Sillery (Québec), Septentrion, 2004, spécialement p. 37-38.

⁵¹⁷ M. ASCH et N. ZLOTKIN, *id.*, p. 215-216.

⁵¹⁸ UNION OF BRITISH COLUMBIA INDIAN CHIEFS, *Treaty-Making and Title: A Non-Extinguishment Alternative for Settling the Land Question in British Columbia*, Discussion Paper no. 1 (1989), p. 23.

⁵¹⁹ La Cour suprême du Canada a confirmé que, même après la constitutionnalisation des « droits ancestraux » en 1982, le « titre aborigène » pouvait être abandonné : *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 131.

common law. « Si la common law a en principe reconnu les « titres ancestraux » des autochtones » sur leurs terres traditionnelles », d'expliquer Ghislain Otis, « la loi et l'administration coloniales n'ont pas pris en charge, au moyen d'une procédure formelle de validation et d'immatriculation, une tenure foncière autochtone issue exclusivement de la coutume et gouvernée par elle⁵²⁰ ». L'État canadien identifie donc généralement les droits ancestraux au « principe de common law des droits et des titres ancestraux⁵²¹ ». Suivant une telle assimilation, il paraît en effet incompréhensible que les Autochtones puissent tenir à leurs droits ancestraux au point de refuser leur extinction à la suite de leur remplacement par des droits issus de traités et davantage précis, et ce d'autant plus qu'ils semblent bien sentir le besoin de négocier avec l'État quelque remède à l'insécurité que ces droits engendrent. Un tel refus apparaîtra d'autant plus incompréhensible que, depuis 1982, la loi suprême du Canada accorde la même protection aux « droits issus de traités » qu'aux « droits ancestraux⁵²² ».

On comprend ainsi que l'alternative de la « reconnaissance » ou de l'« extinction » des droits ancestraux ne revêt pas le même sens chez l'une et l'autre parties à la négociation d'un règlement de revendication territoriale autochtone. Le point de vue du gouvernement fédéral est ainsi insensible sinon aveugle au sens tout autre que peut prendre aux yeux des Autochtones l'extinction de leurs droits ancestraux. Sa politique atteste en effet une certaine déconsidération des demandes de la part des nations autochtones visant à ce que ce soit précisément la reconnaissance de leurs droits ancestraux qui fasse l'objet des négociations en même temps qu'elle témoigne d'une banalisation de l'extinction de tels droits. Mais c'est essentiellement parce qu'il est incapable de concevoir que des droits puissent découler d'autre chose que du droit étatique, de *son* droit, que l'État identifie les droits ancestraux aux droits jurisprudentiels dont il veut obtenir l'abandon. Si dans la négociation des revendications territoriales autochtones la problématique du sort des droits ancestraux tend à se présenter comme la quadrature du cercle, c'est en effet que l'esprit qui anime cette politique est de négation ou de refus d'une pluralité d'ordres juridiques. La politique fédérale d'extinction des droits ancestraux s'expliquerait donc

⁵²⁰ G. OTIS, « Rencontre des cultures juridiques dans la toundra subarctique : vers une nouvelle gouvernance foncière au Nunatsiatvut », *Télescope*, n° 15, automne 2009, p. 108-115 (rééd. dans G. OTIS *et al.*, *Cultures juridiques et gouvernance dans l'espace francophone*, Paris, Éditions des archives contemporaines, 2010, p. 75-85), à la page 109.

⁵²¹ CANADA, Affaires indiennes et du Nord Canada, *supra* note 515, p. 5.

⁵²² *Loi constitutionnelle de 1982*, L.R.C. 1985, app. II, n° 44, art. 35(1).

par une forme de monisme juridique. Celui-ci n'aurait rien de circonstanciel. Il serait plutôt solidement ancré chez les juristes à travers une pensée qui les baigne et qui conditionnerait souterrainement la signification de l'exercice de la politique qui nous intéresse ici telle qu'elle apparaît à la conscience individuelle des agents.

Pour employer sans rigueur le mot mis à la mode par Thomas Kuhn⁵²³, on peut dire que le « paradigme » de la pensée juridique européenne demeure une forme de normativisme étatiste : l'idée que le droit est de nature normative et étatique, d'où une forme certaine de monisme : sur le territoire d'un État, le droit est le système de normes que cet État pose, reconnaît ou représente et que ses tribunaux appliquent. Il peut cependant ne s'agir que d'une forme « vulgaire », le terme de « normativisme » renvoyant principalement à la « théorie pure » de Hans Kelsen et, à la rigueur, à sa contrepartie britannique, le concept de droit selon Herbert Hart⁵²⁴. Bien entendu, aucune sophistication philosophique ne passe parfaitement ou intégralement dans la pensée juridique, ici conçue comme l'ensemble des idées qui caractérisent et structurent plus ou moins consciemment l'activité des juristes. Mais déjà sur ce seul plan de la pensée savante sur le droit, nous verrons les natures normative et étatique du droit sont des idées qu'on retrouve, parfois ensemble, parfois séparément, même en dehors du « normativisme » qui, du reste, représente d'abord une forme de « positivisme juridique ». Autrement dit, ces idées dépassent les grands débats théoriques, épistémologiques et philosophiques qui animent la pensée savante sur le droit, pensée qui, prise ainsi comme un objet d'étude, devient comme une galerie de « caricatures » d'une pensée juridique plus « commune » et structurante. Bref, les principales théories du droit du siècle dernier peuvent à notre sens être prises comme autant de « types idéaux »

⁵²³ T.S. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques* (1962), nouv. éd. augmentée (1970), trad. L. Meyer, Paris, Flammarion, 1983.

⁵²⁴ Voir not. S.L. PAULSON, « Continental Normativism and its British Counterpart: How Different are They? », *Ratio Juris*, vol. 6, n° 3, 2007, p. 227-244.

Section 1. Du positivisme juridique

Ainsi que le relate Hugo Hardy :

Lorsqu'il apparaît au XIV^e siècle, *positif* signifie « posé par une autorité, par un acte volontaire », par opposition à « naturel », c'est-à-dire « résultant de la nature des choses ». On parle ainsi de religion positive et de religion naturelle, de théologie positive et de théologie naturelle, de droit positif et de droit naturel. Une deuxième acception du terme apparaît vers le XIV^e ou le XVII^e siècle. *Positif* signifie alors aussi « qui a un caractère de certitude, d'évidence », puis (1749) « fondé sur l'expérience, sur l'observation des faits », par opposition à « négatif ». [...] Lorsque Comte se met à employer *positivisme* dans les années 1830 pour signifier *philosophie positive*, il entend *positif* selon la deuxième acception, à savoir « fondé sur l'observation des faits »⁵²⁵.

Aucune définition du positivisme juridique ne fait l'unanimité⁵²⁶. Il n'en demeure pas moins que l'idée générale en est, soit d'opposition à une certaine forme de jusnaturalisme, soit d'un projet « véritablement », « modernement » scientifique prenant le droit pour objet.

Comme le résume bien Alf Ross :

Nous rencontrons d'Aristote à nos jours une tradition ininterrompue de théories jusnaturalistes. Il est vrai, bien sûr, que le fondement théorique et la teneur pratique de cette philosophie ont largement varié. Parfois, le droit naturel était fondé sur des conceptions théologiques ; à d'autres moments, il était conçu rationnellement. La nature de laquelle les principes universels ont été dérivés fut la nature du cosmos, ou celle de Dieu, ou celle de la société et de l'histoire, mais le plus souvent c'était la nature de l'homme, comprise comme son essence rationnelle. Nous pouvons ainsi distinguer entre un droit naturel théologique, un droit naturel sociologique, un droit naturel historique et un droit naturel rationnel et anthropocentrique. Et d'un point de vue politico-pratique, les théories jusnaturalistes ont été conservatrices, aussi bien que réformistes ou révolutionnaires⁵²⁷.

Plus précisément, le terme de « jusnaturalisme » peut renvoyer au moins aux deux idées suivantes : 1) l'idée selon laquelle tout droit véritable tire nécessairement sa source de la volonté de Dieu, de la nature, de la raison ou de la morale (universelle ou particulière), si bien que la validité ou l'existence en tant que droit de tout droit posé ou autrement produit par l'homme dépendrait de sa conformité au droit naturel⁵²⁸; 2) l'idée selon laquelle le droit positif trouve dans une telle conformité sa justification en termes de légitimité, de valeur morale, d'autorité,

⁵²⁵ H. HARDY, « Bentham, père du positivisme juridique ? Sur les rapports théoriques et historiques entre Jeremy Bentham, le juspositivisme et le jusnaturalisme », *Revue d'études benthamiennes*, 2012/11, p. 1-2 de la version PDF, en ligne : <http://etudes-benthamiennes.revues.org>

⁵²⁶ V. VILLA, « Positivism, Legal », dans C.B. GRAY (dir.), *The Philosophy of Law: An Encyclopedia*, 2 vol., New York, Garland, 1999, vol. 2, p. 661.

⁵²⁷ A. ROSS, *infra* note 772, p. 153.

⁵²⁸ Cette première idée est généralement attribuée par les juristes et théoriciens positivistes à Thomas d'Aquin et, par son entremise, à Augustin d'Hippone. Or il s'agit selon toute vraisemblance d'une caricature dont les traits se grossissent de l'oblitération, non seulement du contexte, mais encore de certains mots parmi ceux cités. En effet, Augustin a écrit : « *Nam mihi lex esse non videtur, quae justa non fuerit* », soit : « Ainsi ne me semble pas être la loi ce qui n'est pas juste » (AUGUSTIN, *De libero arbitrio*, 1.15.11). Thomas a repris le mot d'Augustin de la manière suivante : « *Non videtur esse lex, quae justa non fuerit* », c'est-à-dire : « Ne semble pas être la loi ce qui n'est pas juste » (THOMAS D'AQUIN, *Summa Theologica*, qu. XCV, art. 2, 4). Nous savons gré à Hugo Cyr d'avoir dirigé notre attention vers cette question.

etc. Or, comme le précise encore davantage Herbert Hart, les théories jusnaturalistes se situent le plus souvent quelque part entre ces deux idées et :

admettent habituellement [...] que le conflit entre le droit et les exigences même les plus fondamentales de la morale ne suffit pas à priver une règle de son statut juridique ; elles interprètent le lien « nécessaire » entre droit et morale d'une autre manière. Elles exigent comme condition de l'existence d'un système juridique que la reconnaissance de l'obligation morale d'obéir au droit soit, sinon universelle, au moins largement répandue, bien que l'obligation morale plus pressante de ne pas obéir à des règles de droit particulières qui seraient iniques d'un point de vue moral puisse la supplanter dans des cas déterminés⁵²⁹.

En philosophie du droit, contrairement à une idée répandue chez les juristes, le positivisme juridique en tant qu'opposition au jusnaturalisme ne s'oppose aucunement à celui-ci en ce second mais seulement en ce premier sens. Selon sa formulation canonique par John Austin, le positivisme juridique soutient seulement que : « *The existence of law is one thing; its merit or demerit another*⁵³⁰. » Aussi, « *[l]egal positivism does not deny that moral and political criticism of legal systems is important, but insists that a descriptive conceptual approach to law is valuable, both on its own terms and as a necessary prelude to criticism*⁵³¹ ». C'est donc abusivement que les juristes qualifiaient souvent de « positiviste » une théorie formaliste selon laquelle le droit est toujours clair et, même lorsque insensé ou injuste, doit être rigoureusement appliqué par les officiels et obéi par les sujets⁵³². Bien qu'on le fasse parfois remonter à Hobbes ou même jusqu'au juge Edward Coke, et même si l'on peut déplorer la méconnaissance généralisée, dans l'historiographie philosophique anglo-américaine, de la contribution de Gustav Hugo dont le « traité de droit naturel » de 1798 ne se veut rien d'autre qu'une « philosophie du droit positif⁵³³ », celui-ci doit sa première formulation élaborée au « Fragment » de Jeremy Bentham de 1776⁵³⁴, et sa popularisation, sous une forme quelque peu modifiée, aux travaux de

⁵²⁹ H.L.A. HART, *Le concept de droit* (1961), trad. M. van de Kerchove, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2005, p. 174-175.

⁵³⁰ J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), rééd. W. Rumble, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, « Lecture V », p. 157.

⁵³¹ B. BIX, « John Austin » (2010), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, en ligne : <http://plato.stanford.edu>

⁵³² Voir L. GREEN, « Legal Positivism » (2003), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, en ligne : <http://plato.stanford.edu>

⁵³³ G. HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts [Traité de droit naturel comme philosophie du droit positif]*, Berlin, Mylius, 1798.

⁵³⁴ J. BENTHAM, *Fragment sur le gouvernement* (1776), suivi de *Manuel de sophismes politiques*, trad. J.-P. Cléro, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 1996. Voir également J. BENTHAM, *Truth versus Ashurst; or Law as It Is; Contrasted with What it is Said to Be* (écrit en décembre 1792, publié pour la première fois en 1823), reproduit dans John BOWRING (dir.), *The Works of Jeremy Bentham*, vol. V, Édimbourg, William-Tait, 1843, p. 231-237.

John Austin⁵³⁵. Or rien n'empêchait ces deux « pères du positivisme juridique » de convoquer l'ajustement du droit au principe d'utilité⁵³⁶. À l'instar de Hart, « [n]ous utiliserons ici l'expression « Positivisme juridique » pour désigner la simple thèse selon laquelle il n'est en aucune manière nécessairement vrai que les règles de droit reflètent ou donnent satisfaction à certaines exigences morales, bien qu'en réalité elles l'aient souvent fait⁵³⁷ ».

Une certaine confusion des idées, plus précisément celle des positivismes juridique et épistémologique, qu'il s'agisse du positivisme sociologique ou du positivisme logique, tend également à identifier le positivisme juridique avec le projet d'une véritable science du droit ou autre conquête scientifique du juridique⁵³⁸. D'un point de vue analytique, les rapports qu'ont pu entretenir ces différents positivismes tiennent surtout de la contingence de l'histoire des idées. Le positivisme juridique a pu s'accompagner ou non de velléités scientifiques, et lorsque ce fut le cas, celles-ci ont pu tenir de toutes sortes d'orientations épistémologiques. Par ailleurs, certains projets d'intelligence scientifique du juridique, parmi lesquels des projets d'orientation positiviste au sens épistémologique du terme, ont pu être perçus comme des avatars du jusnaturalisme, au premier sens que nous avons relevé, par les juristes positivistes. Plus généralement, juristes positivistes et prétendus scientifiques du juridique furent souvent des jusnaturalistes, au premier ou au second sens, les uns aux yeux des autres.

Sur le plan historique, le positivisme épistémologique, ce fut d'abord la philosophie positive d'un Auguste Comte qui chantait la venue, après un âge théologique, puis un âge métaphysique, d'un âge positif dans l'histoire de la pensée, où la « sociologie » couronnerait l'édifice d'une science encore perçue comme se devant d'être unitaire⁵³⁹. On sait ce que la philosophie de Comte comportait de métaphysique, même avant sa reformulation dans les termes d'une « religion positive⁵⁴⁰ ». C'est un positivisme purgé de ces éléments métaphysiques que

⁵³⁵ J. AUSTIN, *supra* note 530, et *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, 5^e éd., Londres, John Murray, 1885. Il existe une traduction française partielle de ce dernier ouvrage par G. Henry : *La philosophie du droit positif*, Paris, A. Rousseau, 1894.

⁵³⁶ J. BENTHAM, *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Londres, T. Payne and Son, 1789 ; J. AUSTIN, *id.*, not. les *Lectures II-V de The Province of Jurisprudence Determined*.

⁵³⁷ H.L.A. HART, *supra* note 529, p. 204.

⁵³⁸ Voir not. L. GREEN, *supra* note 532, et M. WALINE, « Positivisme philosophique, juridique et sociologique », dans *Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1933, p. 516.

⁵³⁹ A. COMTE, *Discours sur l'esprit positif* (1842), Paris, Vrin, 1995.

⁵⁴⁰ A. COMTE, *Catéchisme positiviste* (1852), Paris, Garnier-Flammarion, 1966.

voulait reconduire la méthode sociologique durkheimienne qui, à tout prendre et malgré une prise de distances par rapport à la question d'une virtuelle conscience collective, exercera une influence certaine sur la sociologie juridique de Léon Duguit⁵⁴¹ qui, avec Paul Huvelin et Emmanuel Lévy, demeure l'exemple le plus connu de durkhémisme juridique. En un sens plus large, le positivisme en sciences humaines regroupe les approches suivant lesquelles l'étude scientifique de l'homme ne saurait différer, épistémologiquement et méthodologiquement, de celle de la nature. Toute tentative pour le caractériser tend à présenter l'image caricaturale et révolue d'une science empirique absolument objectivante, à la recherche de lois universelles éternelles devant lui permettre d'expliquer son objet. De ce positivisme entendent se distinguer les « sciences de l'esprit » et épistémologies voisines, qui se proposent de faire la part du particulier historique et culturel qu'il s'agirait de « comprendre » plutôt que d'expliquer (Dilthey, Simmel), ou d'expliquer par des « raisons » davantage que des lois (Weber), ou encore d'interpréter (Gadamer et la tradition herméneutique). En raison de leur posture subjectiviste, des courants tels que l'ethnométhodologie ou l'interactionnisme se détacheraient donc eux aussi du positivisme⁵⁴². Or en opposition au positivisme en sciences humaines s'inscrit également la perspective critique, sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir, qui renvoie dos à dos la tradition durkheimienne et celle des « sciences de l'esprit » et qui se propose de mettre au jour la logique des forces sociohistoriques d'émancipation, de dépassement de la domination. Outre celles de Durkheim et de Duguit donc, et pour autant différentes qu'elles puissent être par ailleurs, les sociologies juridiques de Talcott Parsons ou de Niklas Luhmann, par exemple, représentent en ce sens elles aussi des tentatives de faire entrer le droit dans la composition de l'objet d'une sociologie positiviste⁵⁴³.

⁵⁴¹ E. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique* (1895), Paris, Flammarion, 1988 ; L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel* (1911), 3^e éd., t. 1, Paris, E. de Boccard, 1927, chap. 1 ; L. DUGUIT, *Leçons de droit public général*, Paris, E. de Boccard, 1926, p. 23-37 ; S. PINON, « Le positivisme sociologique : l'itinéraire de Léon Duguit », (2011) 67 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 69 ; R. BONNARD, « Léon Duguit : ses œuvres, sa doctrine », *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, janvier-mars 1929, p. 5-51 ; F. CHAZEL, « Émile Durkheim et l'élaboration d'un « programme de recherche » en sociologie du droit », et J.-F. PERRIN, « Duguit et la « Science du droit » », dans F. CHAZEL et J. COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, p. 27-38 et 87-94.

⁵⁴² J. HABERMAS, *Logique des sciences sociales et autres essais*, trad. R. Rochlitz, Paris, PUF, 1987.

⁵⁴³ T. PARSONS, « A Sociologist Looks at the Legal Profession », dans *Essays in Sociological Theory* (1949), 2^e éd., New York, Free Press, 1954, p. 370-385 ; « The Law and Social Control », dans W.M. EVAN (dir.), *Law and Sociology: Explanatory Essays*, New York, Free Press, 1962, p. 56-72 ; « Book Review: Hurst's Law and Social Process in U.S. History », *Journal of the History of Ideas*, vol. 23, 1962, p. 558-564 ; « Law and Sociology: A Promising Courtship? », dans A.E. SUTHERLAND (dir.), *The Path of the Law from 1967*, Cambridge (MA), Harvard Law School, 1968, p. 47-54 ; « Law as an Intellectual Stepchild », *Sociological Inquiry*, vol. 47, 1977, p. 11-58. Sur

Section 2. Le normativisme pur de Kelsen et l'identité du droit et de l'État

Tel qu'élaboré d'abord par Kelsen, le normativisme est une forme de positivisme juridique au sens à la fois d'une opposition au jusnaturalisme, y compris celui qui ne voit dans sa conformité au droit naturel qu'une condition de légitimité du droit positif, et d'une tentative de fondation d'une science juridique « pure »⁵⁴⁴. Il faut bien ici s'attarder à exposer la « théorie pure du droit », puisque, au-delà de la relative originalité de son argumentaire, celle-ci peut être interprétée comme une paradigmatization des idées clés de la pensée juridique moderne d'origine européenne. Kelsen affirmera d'ailleurs souvent que sa théorie ne fait que, tout en en résolvant les principaux problèmes et ambiguïtés, porter à la conscience ce qui est déjà présent dans la pratique de la « science du droit ».

Chez le maître autrichien, la locution de « droit naturel » sert à désigner, non pas seulement un courant de la philosophie du droit, mais tout ce qu'il tient pour de l'« idéologie juridique » : les droits de l'homme, le contrat social, la conception traditionnelle de l'État, le marxisme... Kelsen ne voit au-delà du droit positif qu'une pluralité d'intérêts et de valeurs souvent conflictuels. S'il préfère la démocratie comme régime politique, ce n'est pas en vertu d'un droit naturel, mais parce qu'il y voit le régime le mieux compatible avec le relativisme et le pluralisme axiologique qu'il privilégie⁵⁴⁵. Cependant, pour être bien un projet de science du droit, la forme de positivisme juridique que constitue le normativisme kelsénien ne peut que malaisément être considérée comme un positivisme au sens épistémologique du terme. Tout au plus est-ce un positivisme plutôt impur qui, chez Kelsen, sert de soubassement à un projet de

la sociologie juridique de Niklas Luhmann, voir d'abord K.A. ZIEGERT, « The Thick Description of Law: An Introduction to Niklas Luhmann's Theory of Operatively Closed Systems », dans R. BANAKAR et M. TRAVERS (dir.), *An Introduction to Law and Social Theory*, Oxford/Portland (OR), Hart Publishing, 2002, p. 55-75.

⁵⁴⁴ De son vivant, Kelsen a fait paraître deux grandes versions de la synthèse que se veut la « théorie pure du droit », l'une en 1934, l'autre en 1960. Pour la première, on se référera à sa traduction anglaise, pour la seconde, à sa traduction française : H. KELSEN, *Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law*, trad. B.L. Paulson et S.L. Paulson, New York, Oxford University Press, 1997 ; *Théorie pure du droit*, 2^e éd. mod. (1960), trad. C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962. Sur la philosophie du droit de Kelsen, voir d'abord C.M. HERRERA, *La philosophie du droit de Hans Kelsen : une introduction*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2004 ; *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Paris, Kimé, 1997.

⁵⁴⁵ H. KELSEN, *La démocratie : sa nature, sa valeur*, 2^e éd., trad. C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 2004 ; « Justice et droit naturel », dans [collectif] *Le droit naturel*, Paris, PUF, 1959, p. 64.

science pure du droit, en l'occurrence « une science du droit qui se veut normative par la méthode mais positiviste quant à l'objet⁵⁴⁶ ».

L'idée d'une science du droit est bien ancrée dans la tradition germanique⁵⁴⁷. Mentionnons, sans pour autant y voir un unique facteur, que dans un contexte de scientification forcée de l'université dans l'Allemagne de la première moitié du XIX^e siècle, du succès de la thèse de l'existence d'une science du droit dépendait le maintien de l'ancrage universitaire de la formation juridique⁵⁴⁸. On peut faire remonter la thèse au moins jusqu'au fondateur de l'École historique, Friedrich Carl von Savigny, et notamment à son célèbre pamphlet programmatique de 1814⁵⁴⁹. Ce fut d'abord une soi-disant « science historique » – en fait un organicisme spiritualiste largement inspiré de l'idéalisme objectif – du droit privé. Elle se développa, avec le pandectisme issu de la tendance romaniste qui s'était opposée au courant germaniste, en une systématique conceptuelle à laquelle on doit largement le haut niveau d'abstraction de la codification du droit civil allemand qu'au final Savigny aura réussi à reporter de près d'un siècle. Dans le cours de la seconde moitié du XIX^e siècle éclot un « pandectisme de droit public » porteur d'un projet d'épuration de la théorie de l'État. « Une science juridique positiviste, faisant fi à la fois de tout substrat sociologique et de toutes déterminations éthiques et métaphysiques, fut inaugurée par Gerber/Laband à titre de théorie de l'État et, au bout du compte, ce formalisme totalement abstrait et isolé fut élevé au rang de méthode exclusivement scientifique et juridique de la théorie de l'État⁵⁵⁰. » Aussi réducteur que ceci puisse être, il n'en demeure pas moins commun, parce que suggestif, de présenter Paul Laband comme l'exécuteur testamentaire intellectuel de Karl von Gerber, et Kelsen, comme celui de Laband⁵⁵¹. La théorie pure du droit aurait aussi une dette importante envers Georg Jellinek, dont le fondateur de l'École de Vienne a suivi le séminaire à

⁵⁴⁶ C.M. HERRERA, *La philosophie du droit de Hans Kelsen : une introduction*, supra note 544, p. 19.

⁵⁴⁷ O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, Paris, PUF, 2005.

⁵⁴⁸ R. STICHWEH, « Motifs et stratégies de justification employés pour fonder la scientificité de la jurisprudence allemande au XIX^e siècle », dans P. AMSELEK (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994, p. 169-186, à la page 171.

⁵⁴⁹ F.C. von SAVIGNY, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit* (1814), trad. A. Dufour, Paris, PUF, 2006.

⁵⁵⁰ H. HELLER, « Die Krisis der Staatslehre » [« La crise de la théorie de l'État »], 1926, cité dans O. JOUANJAN, supra note 547, p. 187 ; C.F. GERBER, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts* [*Principes du droit public allemand*], Leipzig, Tauchnitz, 1848 ; P. LABAND, *Le droit public de l'Empire allemand*, trad. C. Gandilhon, Paris, Giard & Brière, 1900-1904.

⁵⁵¹ O. JOUANJAN, supra note 547, p. 188 ; C.M. HERRERA, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, supra note 544, p. 71.

Heidelberg en 1907-1908 et 1908-1909. Cette dette n'aurait pas été justement reconnue par Kelsen qui, contrairement à Weber qui n'a jamais caché l'influence déterminante qu'ont eue les travaux de Jellinek sur les composantes les plus importantes de son œuvre, aurait entretenu un rapport ambigu avec l'auteur du *Système des droits publics subjectifs*, rapport fait d'admiration intellectuelle à laquelle succède une certaine mésestime personnelle⁵⁵². À la suite de Jellinek, Kelsen se propose de devenir pour la science juridique ce que Kant représente pour les sciences naturelles⁵⁵³. Et c'est à l'instar du maître quelque peu méprisé que l'élève postule, contre l'approche « gerbero-lanbandienne », que c'est un critère purement méthodologique, et non pas ontologique, qui permet de distinguer la science juridique des autres disciplines scientifiques⁵⁵⁴. Mais le « labandisme » d'ensemble de Kelsen, dont le projet semble le plus souvent demeurer de rendre compte d'une science purement juridique⁵⁵⁵, tranche avec l'idéalisme subjectif du maître de Heidelberg :

À une époque de rétrécissement positiviste du champ de la science du droit public, inaugurée par Gerber et Laband, [Jellinek] s'est constamment efforcé d'établir son traitement dogmatique sur la base de l'histoire des idées, de la philosophie, du droit comparé ainsi que de la sociologie. [...] Il a essayé, même si ce ne fut pas toujours avec succès, de combiner la sociologie de l'État — complètement négligée jusque-là par les juristes allemands — avec la science du droit public⁵⁵⁶.

Selon Carlos Herrera, « la préoccupation première de la théorie de Kelsen est de nature épistémologique : il lui faut construire une théorie scientifique de l'État et du droit qui décrive son objet avec autant d'objectivité et de neutralité que les sciences naturelles, tout en conservant les traits propres à une *Geisteswissenschaft* [science de l'esprit]⁵⁵⁷ ». À notre sens, Kelsen n'entend pas autant produire quelque savoir scientifique sur le droit que rendre philosophiquement raison du « fait » de la science juridique, science qui s'en trouverait du coup

⁵⁵² R.A. METALL, *Hans Kelsen, Leben und Werk* [*Hans Kelsen, vie et œuvre*], Vienne, Deuticke, 1969, p. 11 s., cité dans O. JOUANJAN, *supra* note 547, p. 290, et dans C.M. HERRERA, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, *supra* note 544, p. 84 ; G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte* [*Système des droits publics subjectifs*], Fribourg-en-Brisgau, Mohr, 1892 ; *L'État moderne et son droit*, réimp. trad. G. Fardis (1911-1913), 2 vol., Paris, Panthéon-Assas/LGDJ, 2005 ; *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : contribution à l'histoire du droit constitutionnel moderne* (1895), trad. G. Fardis, Paris, A. Fontemoing, 1902.

⁵⁵³ O. JOUANJAN, *supra* note 547, p. 291 ; C.M. HERRERA, *La philosophie du droit de Hans Kelsen : une introduction*, *supra* note 544, p. 15.

⁵⁵⁴ O. JOUANJAN, « Préface : Georg Jellinek ou le juriste philosophe », dans G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit*, *supra* note 552, vol. 1, p. 46-47.

⁵⁵⁵ À cette exception près que, en se positionnant par rapport à Weber, Kelsen paraît parfois suggérer qu'une science juridique pure serait la science sociale par excellence.

⁵⁵⁶ H. HELLER, « Jellinek, Georg », dans *Encyclopedia of the Social Sciences*, New York, Macmillan, 1932, cité dans O. JOUANJAN, *supra* note 547, p. 295.

⁵⁵⁷ C.M. HERRERA, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, *supra* note 544, p. 38.

épistémologiquement épurée. Au creuset de l'éclectique épistémologie kelsénienne, le positivisme est fondu avec diverses théories néokantiennes censées contredire celui-ci, au premier rang desquelles figure l'affirmation de la possibilité d'une science normative, une science qui ne serait pas une science d'explication nomologique-causale. « Entre les deux courants — dont on dénonce parfois l'incompatibilité à l'intérieur du système kelsénien —, il y a une autre composante que l'on passe souvent sous silence, celle du pragmatisme (ou fonctionnalisme). Elle servira de point de passage et même de soudure, entre ce néokantisme et le positivisme⁵⁵⁸. » Ce « pragmatisme » n'est pas celui du *Metaphysical Club* de Cambridge, au Massachusetts, mais du néokantisme de l'école de Marbourg, deux approches qui à notre sens se situent aux antipodes⁵⁵⁹. Au contraire du néokantisme d'un Hermann Helmholtz qui se focalise sur l'esthétique transcendantale à laquelle il entend donner un contenu physiologique, celui de Hermann Cohen et de Paul Natorp adresse à l'esthétique transcendantale kantienne une critique de psychologisme subjectiviste et congédie, non seulement la sensibilité, mais toute intuition, pure comme empirique, du domaine de l'a priori, c'est-à-dire des conditions de possibilité de la science naturelle moderne. Les Marbourgeois substituent une « logique » à l'esthétique transcendantale kantienne⁵⁶⁰. Il s'agit en apparence de la « méthode » des sciences (naturelles), définie en somme comme une objectivation nomologique conçue comme un mouvement, un acte libre et public. Mais au fond une telle construction épistémologique suppose l'idée de lois fondamentales de la pensée⁵⁶¹. Carlos Herrera indique que le « pragmatisme fonctionnaliste » est présent chez le dernier grand représentant de l'école de Marbourg, Ernst Cassirer, ainsi que chez Hans Vaihinger, qui auraient tous deux fortement influencé Kelsen⁵⁶². On peut voir chez tous ces auteurs un relationnisme qui entend généraliser les thèses d'Ernst Mach selon lesquelles nous ne pouvons connaître que des relations fonctionnelles sur un mode mathématique, la matière n'étant rien pour nous en dehors des relations entre ses éléments. Kelsen y appuiera sa critique des « concepts-substance » auxquels il substituera des « concepts-fonction », critique qu'il fera notamment porter sur le concept substantialiste d'État et le dualisme État/droit. Dans les

⁵⁵⁸ C.M. HERRERA, *La philosophie du droit de Hans Kelsen : une introduction*, supra note 544, p. 15.

⁵⁵⁹ Bien qu'elles aient en commun d'affirmer que toute science véritable est empirique et de récuser tout discours sur la « chose en soi », ces deux approches philosophiques divergent profondément du moment que le pragmatisme américain évalue la science à l'aune de ses résultats tandis que le néokantisme de Marbourg le fait en fonction de son respect de la « méthode ».

⁵⁶⁰ J.-C. BILLIER, *Kant et le kantisme*, Paris, Armand Colin, 1998, p. 76-79.

⁵⁶¹ Voir A. KIM, « Paul Natorp » (2003), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, en ligne : <http://plato.stanford.edu>

⁵⁶² C.M. HERRERA, *La philosophie du droit de Hans Kelsen : une introduction*, supra note 544, p. 15.

Hauptprobleme, Kelsen se réfère aussi à la phénoménologie logiciste d'Edmund Husserl⁵⁶³. Par ailleurs, nonobstant une communauté d'inspiration d'ordre très général relativement à la critique de la métaphysique, le positivisme logique demeure étranger à l'épistémologie kelsénienne⁵⁶⁴. De ses recherches sur la question, Carlos Herrera conclut que « l'influence philosophique dominante chez Kelsen, du moins jusqu'en 1960, est celle du néokantisme, auquel s'intègre des éléments positivistes⁵⁶⁵ ». Olivier Jouanjan ne le contredit pas, mais suggère que, aux seuls néokantiens dont Kelsen se reconnaît redevable, il faudrait ajouter Jellinek, auquel son ancien étudiant, on l'a vu, ne rendrait pas toujours justice⁵⁶⁶. Par exemple, l'ouvrage de Cassirer intitulé *Substanz und Funktion* date de 1910⁵⁶⁷, tandis que certaines idées s'y trouvant, dont celle de concepts fonctionnels ou opératoires plutôt que substantiels, sont exprimées par Jellinek dès 1892⁵⁶⁸.

L'apport général du néokantisme à l'épistémologie kelsénienne est l'idée selon laquelle la science constitue elle-même son objet. Contre Wilhelm Dilthey et Georg Simmel, Heinrich Rickert, pour parler maintenant des néokantiens du Sud-Ouest, avait soutenu que la distinction entre sciences de la nature et sciences de l'homme ne pouvait se situer que sur un plan logique ou épistémologique, non pas sur un plan ontologique en se fondant sur des thèses relatives à la nature de leurs objets respectifs⁵⁶⁹. Il préférera d'ailleurs l'expression de « sciences de la culture » à celle de « sciences de l'esprit » pour désigner la méthode herméneutique de la « critique de la raison historique » selon Dilthey⁵⁷⁰. Le collègue de Rickert à Fribourg, Max Weber, fera sien ce rejet de l'herméneutique ainsi que ce choix d'un critère épistémologique de démarcation et distinguera, au sein des sciences humaines, entre « sciences dogmatiques » et « sciences empiriques de l'action », ce qui lui permettra notamment de différencier la sociologie

⁵⁶³ H. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* [Principaux problèmes de la théorie juridique de l'État], 2^e éd., Tübingen, J.C.B. Mohr, 1923, cité dans C.M. HERRERA, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, *supra* note 544, p. 41-42.

⁵⁶⁴ C.M. HERRERA, *La philosophie du droit de Hans Kelsen : une introduction*, *supra* note 544, « Fiche n° 2 : Kelsen et le Cercle de Vienne », p. 30-31.

⁵⁶⁵ C.M. HERRERA, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, *supra* note 544, p. 48.

⁵⁶⁶ O. JOUANJAN, *supra* note 554, p. 53-54.

⁵⁶⁷ E. CASSIRER, *Substance et fonction*, trad. P. Caussat, Paris, Minuit, 1977.

⁵⁶⁸ G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, *supra* note 552.

⁵⁶⁹ H. RICKERT, *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung* [Les limites de la formation des concepts en sciences naturelles], Fribourg-en-Brigau, Mohr, 1896.

⁵⁷⁰ H. RICKERT, *Sciences de la culture et sciences de la nature* (1898), trad. A.-H. Nicolas, Paris, Gallimard, 1997.

de la science juridique, et du coup les points de vue sociologique et juridique sur le droit⁵⁷¹. La sociologie de Weber, qui se veut causale-explicative mais non nomologique, se présente comme une science « historique » ou « culturelle », c'est-à-dire comme une science humaine. Or, pour Kelsen, une science qui décrit la conduite humaine à l'aide du principe de causalité est certes possible, « mais il faut bien voir qu'une semblable science sociale n'est pas essentiellement différente des sciences de la nature ». Car, « [s]'il doit exister une science sociale différente des sciences de la nature, il faut nécessairement qu'elle décrive son objet d'après un principe différent du principe de causalité. En tant qu'objet d'une telle science différente des sciences de la nature, la société est un ordre normatif de conduite humaine⁵⁷² ». En fait, s'il est bien d'avis que la science construit son objet, Kelsen estime que ce n'est pas arbitrairement :

Pour avoir le droit de distinguer la société de la nature comme un ordre différent, et d'opposer comme essentiellement différentes, les sciences de la nature et les sciences qui appliquent dans la description de leur objet cet autre principe d'ordre, il faut que l'on puisse prouver qu'un tel principe est présent dans notre pensée et est appliqué par les sciences qui ont pour objet la conduite réciproque des hommes en tant que déterminée par des normes, c'est-à-dire en d'autres termes : qui ont pour objet les normes qui réglementent cette conduite⁵⁷³.

Autrement dit, de la même manière que Cohen et Natorp entendaient partir du fait de la science physique moderne, Kelsen se propose de partir de celui de la science juridique moderne, dont il laisse entendre qu'une compréhension épistémologique épurée mettrait au jour la qualité de science sociale par excellence. En filigrane du projet épistémologique se cache un projet politique : celui de favoriser une conception juridique du social qui soit sympathique au principe de légalité, principe qui, dans la théorie kelsénienne de la démocratie, vient accompagner une défense du régime parlementaire⁵⁷⁴. Mais comme la théorie kelsénienne de la démocratie se fonde sur un relativisme axiologique qui à son tour prend ancrage dans une épistémologie, il faut comprendre que les conceptions de notre auteur sur le savoir et le pouvoir sont interdépendantes.

Cela dit, ce principe d'ordre et de description autre que celui de causalité et que les sciences proprement humaines seraient appelées à mettre en œuvre est, pour Kelsen qui, à la suite de Jellinek, s'inspire de la distinction de Windelband entre loi naturelle et norme, le

⁵⁷¹ M. WEBER, *Économie et société* (1922), trad. J. Freund, P. Kamnitzer, P. Bertrand, E. de Dampierre, J. Maillard et J. Chavy, 2 vol., Paris, Pocket, 1995, vol. 1, p. 28-52 ; *Rudolf Stammler et le matérialisme historique* (1907), trad. M. Coutu et D. Leydet, intro. M. Coutu, D. Leydet, G. Rocher et E. Winter, Sainte-Foy (Québec)/Paris, Presses de l'Université Laval/Cerf, 2001.

⁵⁷² H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2 éd. mod., *supra* note 544, p. 84.

⁵⁷³ *Ibid.*

⁵⁷⁴ H. KELSEN, *La démocratie : sa nature, sa valeur*, *supra* note 545.

principe d'« imputation » (*Zurechnung*). Tandis que les propositions scientifiques fondées sur la loi naturelle causale prennent la forme « si A est, B est », les propositions de la science du droit, ou propositions juridiques (*Rechtssätze*), prennent la forme « si A est, B doit être⁵⁷⁵ ». Ce dualisme des principes de causalité et d'imputation veut prendre appui sur la distinction kantienne entre « être » (*Sein*) et « devoir être » (*Sollen*), dont Kelsen s'impose de « prouver » la présence dans la pensée. Cette « preuve » consistera essentiellement en l'affirmation de ce que cette distinction « est donnée à notre conscience de façon immédiate⁵⁷⁶ ». Il est rarement relevé qu'ici Kelsen se réclame de celui qui passe pour le fondateur de la philosophie analytique, George Edward Moore, dont il reprend la critique de sophisme adressée à toute conception naturaliste (*naturalistic fallacy*) de la notion de « bien⁵⁷⁷ » pour l'appliquer à la notion de « devoir ». Il en va du devoir pour Kelsen comme du bien pour Moore : il s'agit d'une notion indéfinissable. Dans un ouvrage posthume paru à l'origine en 1979, l'impossibilité d'une définition du « *Sollen* » se fondera, non seulement sur le « néokantien » Simmel, mais également sur l'utilitariste Henry Sidgwick, ce qui ne fait qu'ajouter encore à l'éclectisme épistémologique de Kelsen⁵⁷⁸.

Il est d'autant moins aisé de présenter ici en quelques lignes le projet kelsénien de science pure du droit que celui-ci fut constamment remanié par son auteur jusqu'à la fin de sa vie⁵⁷⁹. La science purement juridique qu'envisage Kelsen n'est pas une science empirique mais une science normative. Aussi ne s'agit-il pas de produire des normes mais d'en connaître. Le « *Sollen* » juridique de Kelsen est le droit positif et a un caractère purement formel et une valeur toute relative. Il y a rejet de la philosophie pratique dans le néokantisme de Kelsen qui récuse vertement toute forme de jusnaturalisme. L'objet de la science juridique pure se compose de normes qui, dans une version modifiée de la seconde édition de la *Théorie pure du droit*, sont définies comme des significations objectives d'actes de volonté qui, partant, relèvent de l'ordre du « *Sollen* » prescriptif⁵⁸⁰. Cette science décrit donc de telles normes, « et par là même elle décrit les relations fondées par ces normes juridiques entre les faits sur lesquels elles portent. Les

⁵⁷⁵ *Id.*, p. 85.

⁵⁷⁶ *Id.*, p. 14.

⁵⁷⁷ G.E. MOORE, *Principia Ethica*, Cambridge, Cambridge University Press, 1922, p. 7 s.

⁵⁷⁸ H. KELSEN, *Théorie générale des normes* (1979), trad. O. Beaud et F. Malkani, Paris, PUF, 1996, p. 366.

⁵⁷⁹ Voir not. N. DUXBURY, « Kelsen's Endgame », (2008) 67 *Cambridge Law Journal* 51.

⁵⁸⁰ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2 éd. mod., *supra* note 544, p. 12 et s. ; C.M. HERRERA, *La philosophie du droit de Hans Kelsen : une introduction*, *supra* note 544, p. 19 s.

propositions par lesquelles la science du droit décrit ces relations sont les propositions de droit (*Rechtssätze*)⁵⁸¹ ». Elles consistent en des « jugements hypothétiques qui énoncent qu’au regard d’un certain ordre juridique [...], si certaines conditions définies par cet ordre sont réalisées, certaines conséquences qu’il détermine doivent avoir lieu⁵⁸² ». De telles propositions veulent quant à elles tenir du « *Sollen* » descriptif⁵⁸³. La conséquence attribuée dans la relation d’imputation que doit restituer le jugement hypothétique en lequel consiste la proposition juridique n’est rien d’autre que la sanction de la contrainte. La contrainte comme sanction occupe une place centrale dans la conception kelsénienne du droit comme ordre social normatif de contrainte.

Or, si Kelsen finira par concéder, se rapprochant ainsi de la thèse wébérienne, qu’« un ordre de contrainte qui se présente comme un ordre juridique n’est considéré comme valable qu’à la condition qu’il soit en gros efficace⁵⁸⁴ » et qu’un « minimum d’« efficacité » est [...] une condition de la validité des normes juridiques⁵⁸⁵ », en revanche cela n’est pas censé équivaloir à un renoncement au caractère normatif de la théorie pure du droit qui repose sur la soi-disant étanchéité de la division entre être et devoir être. La juridicité ne saurait être une question d’efficacité ou effectivité, mais bien de validité⁵⁸⁶. La validité est le « mode d’existence spécifique des normes⁵⁸⁷ », une existence idéale, non pas factuelle ou réelle. Aussi la validité d’une norme est-elle « chose distincte de l’existence de l’acte de volonté dont elle constitue la signification objective⁵⁸⁸ ». Pour la science juridique pure, la validité d’une norme « ne peut avoir pour fondement que la validité d’une autre norme⁵⁸⁹ », de sorte qu’une telle science se doit de « supposer » la validité d’une norme fondamentale (*Grundnorm*). En effet, « il est impossible que la quête du fondement de la validité d’une norme se poursuive à l’infini, comme la quête de la cause d’un effet⁵⁹⁰ ».

⁵⁸¹ H. KELSEN, *id.*, p. 78.

⁵⁸² *Id.*, p. 79.

⁵⁸³ C.M. HERRERA, *La philosophie du droit de Hans Kelsen : une introduction*, *supra* note 544, p. 19 s.

⁵⁸⁴ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd. mod., *supra* note 544, p. 54.

⁵⁸⁵ *Id.*, p. 19.

⁵⁸⁶ *Ibid.*

⁵⁸⁷ *Id.*, p. 18.

⁵⁸⁸ *Ibid.*

⁵⁸⁹ *Id.*, p. 193.

⁵⁹⁰ *Id.*, p. 194.

Dans un premier moment, Kelsen parlera de la norme fondamentale comme d'un principe d'économie de pensée au sens du positivisme critique de Mach⁵⁹¹. Dans son ouvrage posthume de 1979, il le fera dans les termes d'une norme fictive, d'une « fiction véritable au sens de la « philosophie du comme si » de Vaihinger », c'est-à-dire « un expédient de la pensée dont on se sert si l'on ne peut pas atteindre le but de la pensée avec les données dont on dispose⁵⁹² ». L'autocritique porte alors sur la conception de la norme fondamentale défendue dans la seconde version de la *Théorie pure du droit*, à savoir comme hypothèse épistémologiquement nécessaire en tant que « condition logique transcendantale » de possibilité de la connaissance scientifique du droit⁵⁹³. Voilà pour sa « nature », une nature plutôt fonctionnelle, au sens logique et mathématique du terme. Or, cette fonction doit se rapporter à une « Constitution qui est la base d'un ordre de contrainte efficace⁵⁹⁴ ». La norme fondamentale « fonde la validité de cette Constitution d'abord, et de l'ordre juridique tout entier dont celle-ci est la base, ensuite⁵⁹⁵ ». Quant à son contenu, il correspondrait à ce qui suit : « on doit obéir aux commandements du constituant⁵⁹⁶ » ; autrement dit : « on doit se conduire comme la Constitution le prévoit⁵⁹⁷ ».

Cet ordre normatif de contrainte de l'appartenance auquel toute norme juridique tient sa validité, son « existence », n'est pour Kelsen pas distinct de l'État. En soutenant que le droit était formé des commandements (ordres accompagnés de menaces) du souverain, le positivisme juridique classique d'Austin avait congédié tout contenu matériel comme critère de juridicité pour lui préférer le critère formel de la qualité de l'auteur et ainsi associé étroitement le droit à l'État. Kelsen va plus loin pour qui l'État n'est pas l'auteur du droit, mais le droit lui-même : « l'État ne peut être pensé comme une autorité dominant les hommes qu'en tant qu'il est un ordre contraignant les hommes à un comportement déterminé et donc, un système de normes

⁵⁹¹ C.M. HERRERA, *La philosophie du droit de Hans Kelsen : une introduction*, supra note 544, p. 24.

⁵⁹² H. KELSEN, supra note 578, p. 344.

⁵⁹³ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2 éd. mod., supra note 544, p. 201. Kelsen précise, p. 201-202 : « De même que Kant pose la question de savoir comment une interprétation des faits donnés à nos sens exempte de toute métaphysique est possible dans les lois naturelles par les sciences de la nature, de même la théorie pure du droit pose la question de savoir comment est possible une interprétation de la signification de certains faits comme un système de normes juridiques objectivement valables, descriptibles dans des propositions de droit, une interprétation qui ne recoure pas à des autorités méta-juridiques telles que Dieu ou la Nature. »

⁵⁹⁴ *Id.*, p. 54.

⁵⁹⁵ *Id.*, p. 201.

⁵⁹⁶ *Id.*, p. 203.

⁵⁹⁷ *Id.*, p. 202.

réglant le comportement humain⁵⁹⁸ ». Il n'y a pas ici simple association, fût-elle étroite, mais bien identification. La science pure du droit se veut donc en même temps une science pure de l'État dont elle propose une réinterprétation des éléments traditionnellement tenus pour essentiels en termes exclusivement juridiques, notamment ceux de peuple, de territoire, de puissance et de souveraineté. S'en prenant à la théorie du double aspect de l'État (*Zwei-Seiten-Staatslehre*), juridique et social, exposée par Jellinek avant d'être reprise par Weber, Kelsen juge même impossible de concevoir l'État comme étant pourvu d'existence réelle afin de le connaître à la lumière du principe de causalité propre aux sciences naturelles. L'idée, exacerbée par Hegel à la suite de Rousseau, d'État comme unité réelle de la société formée d'un intérêt général ou supérieur n'est qu'idéologie. Toute approche « réaliste » de l'État est une contradiction dans les termes qui voit s'évanouir celui-ci et qui ne peut être qu'une sociologie de la multitude des rapports de force et de domination. L'unité sociale n'est que juridique, tout État ne pouvant exister que sur le plan idéal⁵⁹⁹. Le rapport d'identité qu'établit Kelsen et qui nous occupe ici a en fait, non pas deux, mais trois termes : droit, État et ordre social. Il vaut toutefois d'être relevé, ainsi que nous l'avons fait ailleurs⁶⁰⁰, que Kelsen, qui est né sujet d'un empire multinational et qui a bien connu Karl Renner⁶⁰¹, parlera de la nation en tant que « communauté de civilisation et de langue » pour faire une distinction entre « société nationalement une » et « État de nationalités mélangées », ce qui l'autorise à évoquer, dans les termes d'une « relative homogénéité culturelle », les limites « quasi-naturelles » de l'application du principe démocratique majoritaire⁶⁰²... et, à notre sens, de sa thèse de l'unité purement juridique de toute société. La thèse de Kelsen semble plus exactement être que l'unité d'un ensemble de personnes au sein d'un même État ne peut être ramenée à autre chose qu'au fait que ces personnes ressortissent à un même ordre juridique ; « sur le terrain de l'interaction psychologique réelle, souvent des hommes qui ressortissent d'États différents sont liés les uns aux autres de façon

⁵⁹⁸ H. KELSEN, *Sozialismus und Staat* (Le socialisme et l'État), Leipzig, Hirschfeld, 2^e éd. augmentée, 1923, p. 29, cité dans C.M. HERRERA, *La philosophie du droit de Hans Kelsen : une introduction*, supra note 544, p. 22.

⁵⁹⁹ H. KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* [Le concept sociologique et le concept juridique d'État], Aalen, Scientia Verlag, 1981, p. 253, cité dans C.M. HERRERA, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, supra note 544, p. 114.

⁶⁰⁰ M. ST-HILAIRE, « De la protection de la minorité à la reconnaissance des minorités », dans S. NOUR (dir.), *The Minority Issue: Law and the Crisis of Representation*, Berlin, Duncker & Humblot, 2008, p. 319-341, aux pages 326-327.

⁶⁰¹ Voir not. K. RENNER, *La nation : mythe et réalité*, trad. S. Pierré-Caps et C. Tixador, Nancy, Presses universitaires de Nancy, 1998, et S. PIERRE-CAPS, « Karl Renner et l'État multinational », *Droit et Société. Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, n° 27/1994, p. 421-441.

⁶⁰² H. KELSEN, *La démocratie : sa nature, sa valeur*, supra note 545, p. 76-77.

beaucoup plus intense que des individus qui font partie d'un même État. Car ce n'est que sur le plan du droit, juridiquement, qu'ils font partie de cet État⁶⁰³ ». Une forme d'unité culturelle ou linguistique peut exister entre des individus, mais cela ne saurait constituer un État. À l'État comme « substance » doit succéder l'État comme « fonction », c'est-à-dire comme relation juridique.

Si « tout droit est droit étatique⁶⁰⁴ » chez Kelsen, alors l'étatisme juridique semble y atteindre à son paroxysme. Or le rapport d'identité entre droit et État n'y est pas symétrique. L'État fait entièrement partie de l'ensemble droit, mais celui-ci couvre plus large. Tels sont les mots de Kelsen : « En tant qu'organisation politique, l'État est un ordre juridique. Mais tout ordre juridique n'est pas un État : ni l'ordre juridique pré-étatique des sociétés primitives, ni l'ordre juridique international, supra-étatique ou inter-étatique, ne représentent un État⁶⁰⁵ ». Ainsi que l'explique Carlos Herrera, ici la « coïncidence logique n'est toutefois pas historique⁶⁰⁶ ». Car la forme étatique ne correspond en fait pour Kelsen qu'à un stade du processus d'évolution du droit, fût-il ultime. La direction de l'évolution juridique est celle de la centralisation des fonctions juridiques : la juridiction d'abord, la création des normes ensuite et, enfin, l'exécution forcée de la sanction. Au stade primitif, la justice est rendue et la sanction exécutée par tout un chacun, et il en va de même de la création des normes, qui se fait de façon coutumière. Au stade le plus avancé, le droit se fait État, ce que Kelsen définit finalement comme « un ordre juridique relativement centralisé⁶⁰⁷ ». Même avec la mise sur pied de l'Organisation des Nations Unies, compte tenu des imperfections de celle-ci le droit international ne présente toujours pas un degré suffisant de centralisation pour former un État.

Au final, tout droit n'est donc pas forcément étatique pour Kelsen. Est-ce à dire possible une lecture « pluraliste » du maître autrichien ? Sûrement pas. D'abord, notre auteur défend explicitement une « construction moniste » du rapport entre droit national et droit international. Dès lors qu'on prend bien acte de la positivité de ce dernier, il serait épistémologiquement

⁶⁰³ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2 éd. mod., *supra* note 544, p. 283. Voir également H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État* (1945), trad. B. Laroche et V. Faure, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 1997, p. 242.

⁶⁰⁴ H. KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, *supra* note 599, cité dans C.M. HERRERA, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, *supra* note 544, p. 114.

⁶⁰⁵ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2 éd. mod., *supra* note 544, p. 281.

⁶⁰⁶ C.M. HERRERA, *La philosophie du droit de Hans Kelsen : une introduction*, *supra* note 544, p. 43.

⁶⁰⁷ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2 éd. mod., *supra* note 544, p. 281.

nécessaire de le concevoir également comme formant un seul et même ordre avec les droits nationaux. Une conception pluraliste serait à l'inverse logiquement insoutenable⁶⁰⁸. Pour le jurisconsulte autrichien, « la connaissance du droit cherche — comme toute connaissance — à concevoir son objet comme un tout pleinement intelligible, et à le décrire en propositions non-contradictaires⁶⁰⁹ ». Tout comme les sciences de la nature, la science du droit doit s'attacher à « présenter son objet comme une unité⁶¹⁰ ». C'est un « postulat de la théorie de la connaissance » qu'il faille « comprendre tout ce qui est droit en un système⁶¹¹ ». Mais il n'est pas ici question d'unité systémique réelle : « Il n'existe qu'une unité scientifique de la totalité du droit⁶¹². » C'est pourquoi Kelsen parle parfois du « droit de la science du droit ». N'ayant pas le choix d'adopter une perspective moniste, la science du droit pourrait néanmoins privilégier aussi bien une prééminence du droit national qu'une primauté du droit international. L'enjeu n'est ici que le fondement ultime de la validité de l'« ordre juridique total », un tel choix ne devant avoir aucune incidence sur le contenu de celui-ci. En d'autres termes, le choix épistémologique ne porte que sur le rapport entre la norme fondamentale du droit national et celle du droit international que Kelsen finira par définir comme « une norme qui fait de la coutume fondée par la conduite mutuelle des États un mode de création de droit⁶¹³ ». Que la décision épistémologique soit prise dans un sens ou dans l'autre, pour conserver le même contenu, le droit international remplira la même fonction, celle de déterminer le principe de validité et le domaine de validité des ordres juridiques étatiques⁶¹⁴. Cette fonction, le droit international la remplit au moyen d'une norme positive, le principe d'effectivité, qui prévoit qu'« un gouvernement qui exerce un contrôle effectif indépendant de tous autres gouvernements sur la population d'un certain territoire constitue le gouvernement légitime, et que le peuple qui vit sous ce gouvernement sur ce territoire forme un État au sens du droit international⁶¹⁵ ». Plutôt que de faire dépendre la validité d'un tel principe de la reconnaissance du droit international par le droit national, et donc en dernière analyse de la norme fondamentale d'une constitution effective donnée, Kelsen, en

⁶⁰⁸ *Id.*, p. 318.

⁶⁰⁹ *Id.*, p. 206.

⁶¹⁰ *Id.*, p. 318.

⁶¹¹ *Ibid.*

⁶¹² *Ibid.*

⁶¹³ *Id.*, p. 315. Voir aussi p. 218-219. Dans un premier moment, Kelsen avait fait coïncider la norme fondamentale du droit international avec le principe *pacta sunt servanda*. À ce sujet, voir C.M. HERRERA, *La philosophie du droit de Hans Kelsen : une introduction*, *supra* note 544, p. 67.

⁶¹⁴ *Id.*, p. 318.

⁶¹⁵ *Id.*, p. 218. Voir aussi p. 325.

optant pour la thèse de la prééminence du droit international, peut faire correspondre celui-ci à la norme fondamentale de tout ordre national. Celle-ci cesse d'être simplement hypothétique pour devenir une norme positive de droit international, une norme posée, et non plus seulement supposée, ce qui devient le cas de la seule norme fondamentale du droit international en tant que fondement ultime de validité de l'ordre juridique total, mondial ou universel, bref, de tout droit⁶¹⁶.

Si la coïncidence logique entre État et droit n'est pas historique dans les travaux de Kelsen, le monisme juridique y dépasse néanmoins le cadre du rapport entre droit national et droit international, et l'étatisme y domine, même sans tenir compte de la valorisation kelsénienne de la forme étatique comme dernier stade de l'évolution juridique. Hormis le fait que l'auteur de la *Théorie pure du droit* ait, avant de revoir à la baisse ses prédictions et espoirs, appelé sinon prophétisé la centralisation du droit international jusqu'au point d'émergence d'un État mondial⁶¹⁷, sous sa forme nationale déjà, l'État occupe une place centrale dans la conception kelsénienne du juridique, ne serait-ce que par le rôle qu'il se voit assigner au sein de la norme fondamentale du droit international qui, pour l'instant du moins, prévoit toujours une création décentralisée, en l'occurrence coutumière, des normes juridiques internationales par les États nationaux. En outre, l'État national est en définitive pour Kelsen « un ordre juridique partiel immédiat au droit international, relativement centralisé, avec un domaine de validité territorial et temporel internationalement limité, et avec une vocation à la totalité, relativement au domaine de validité matériel, qui n'est limitée que par la réserve du droit international⁶¹⁸ ». Il n'y a donc pas d'espace pour un éventuel droit infra-étatique chez Kelsen qui préfère parler de droit pré-étatique ; il y a seulement un moment, un moment révolu. Par exemple, aucun principe de droit international analogue au principe d'effectivité n'y est dégagé selon lequel la pratique coutumière des États reconnaîtrait à certaines conditions la validité d'un ordre infra-étatique. Encore là, il ne pourrait s'agir que d'un principe de validité admis par la conduite des États.

Il est vrai qu'il y a « quelque chose d'émouvant dans l'attitude d'un penseur de plus de quatre-vingts ans, mondialement connu et reconnu, qui ouvre les discussions d'un forum en

⁶¹⁶ *Ibid.*

⁶¹⁷ Voir C.M. HERRERA, *La philosophie du droit de Hans Kelsen : une introduction*, supra note 544, p. 47 et 63 s.

⁶¹⁸ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2 éd. mod., supra note 544, p. 327.

affirmant que la conception de la norme qu'il avait soutenue pendant longtemps était erronée, et qu'il fallait par conséquent l'abandonner », en l'occurrence au profit d'une conception en terme de simple énoncé prescriptif du langage⁶¹⁹. La ténacité et l'honnêteté exemplaires de Kelsen n'auront pas suffi. La science juridique pure n'aura jamais existé qu'à l'état de programme dans l'esprit et les travaux théoriques du grand maître. Du reste, lorsque ce dernier se livre, à partir des années 1930, à une analyse du droit international public, il ne s'astreint pas à décrire son objet à l'aide de « propositions juridiques non contradictoires », mais fait la part large à la critique, même si celle-ci se veut « technique » ou fondée sur sa théorie de l'évolution centralisatrice du droit⁶²⁰. Il n'empêche que, abstraction faite de son soubassement épistémologique plutôt sophistiqué, la pensée de Kelsen reconstruit avec une netteté hyperbolique les idées structurantes de la pensée des juristes depuis le milieu du XIX^e siècle environ, dont celles de la nature normative du droit ainsi que du lien indissoluble et exclusif qui unit celui-ci à l'État, bref, l'idée que le droit se compose des normes créées ou reconnues par l'État. Le succès que connaîtra Hart accrédite une telle thèse. Au-delà d'une critique par moments amusée, celui qui fut titulaire de la chaire oxfordienne de philosophie du droit de 1952 à 1968 relatera certaines thèses essentielles du normativisme, mais cela dans l'esprit de la philosophie analytique – celle d'après le tournant linguistique –, en sacrifiant un peu de la soi-disant « pureté » théorique au sens commun.

Hart défend donc parfois Kelsen qu'il critique par ailleurs et qui n'est pas son seul interlocuteur⁶²¹. Lorsque, au début du second grand conflit mondial, l'auteur de la *Théorie pure du droit* se résigne à quitter l'Europe pour s'installer aux États-Unis, il rencontre là-bas une culture juridique, philosophique et épistémologique dont il ne maîtrise pas les codes. « Incontestablement, sa théorie n'aura jamais un grand succès dans ces contrées, malgré les efforts d'acclimatation auquel s'adonne le juriste autrichien [...]»⁶²² et qui se traduisent notamment par certaines concessions à l'empirisme dans sa définition de la norme juridique.

⁶¹⁹ C.M. HERRERA, *La philosophie du droit de Hans Kelsen : une introduction*, supra note 544, p. 10 et 20.

⁶²⁰ Voir not. H. KELSEN, *The Law of the United Nations*, Londres, Stevens, 1950 ; *Théorie du droit international public*, dans *Recueil des cours*, La Haye, Académie de droit international, vol. 84, 1953-III, p. 1-203 ; *Principles of International Law*, New York, Rinehart, 1952 ; *Écrits français de droit international*, Paris, PUF, 2001.

⁶²¹ Sur les rapports théoriques entre Kelsen et Hart, voir not. E. PICAUVET, *Kelsen et Hart. La norme et la conduite*, Paris, PUF, 2000 ; « Hart, critique de Kelsen », dans C.M. HERRERA (dir.), *Actualité de Kelsen en France*, Paris, LGDJ, 2001, p. 123-136. Sur leurs rapports sur un plan davantage personnel, voir R.A. METALL, supra note 552, et N. LACEY, *A Life of H.L.A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*, New York, Oxford University Press, 2004.

⁶²² C.M. HERRERA, *La philosophie du droit de Hans Kelsen : une introduction*, supra note 544, p. 9.

Kelsen n'a jamais bien compris le libéralisme de la *rule of law* de tradition britannique et encore moins le prolongement naturel que celle-ci a trouvé dans le constitutionnalisme américain. D'autre part, ne découvrant Hume qu'au cours de sa période américaine, la tradition philosophique angloaméricaine lui est étrangère à son arrivée à Harvard. Il méconnaît alors le pragmatisme des Peirce, James et Dewey autant que les récents développements en logique et le tournant linguistique de la tradition analytique. L'émergence, aux États-Unis, d'une sociologie empirique professionnelle recourant largement à l'analyse quantitative est un phénomène qu'il ne maîtrise pas. Il a du mal à comprendre assez bien la « *sociological jurisprudence* » et le réalisme juridique américain pour être en mesure de nouer le débat avec leurs héritiers⁶²³.

Section 3. Normes juridiques et État dans la *sociological jurisprudence* et chez Ehrlich

On sait qu'Oliver Wendell Holmes Jr. fut, avec Charles Sanders Peirce et William James, membre fondateur du plutôt mal nommé *Metaphysical Club* de Cambridge, au Massachusetts⁶²⁴. Roscoe Pound, à qui l'on doit la formulation de l'expression et du programme de la « *sociological jurisprudence* », verra dans l'illustre magistrat, dont les motifs dissidents dans l'affaire *Lochner*⁶²⁵ passent pour des pages d'anthologie, un représentant de ce mouvement qui promeut le pragmatisme en philosophie du droit⁶²⁶. La méthodologie juridique de Pound, à laquelle nous nous limiterons même si les figures des Louis Brandeis, Benjamin Cardozo et Felix Frankfurter sont aussi rattachées à ce mouvement « sociologique », se présente comme la promesse de participation de la discipline juridique à ce programme d'une science sociale normative qui connaît un vaste succès dans les États-Unis du tournant du XX^e siècle et qui représente bien une répercussion du pragmatisme – qu'il ne faudrait toutefois pas interpréter,

⁶²³ Sur ces mouvements, voir not. F. MICHAUT, *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, Paris, L'Harmattan, 2000 ; B. LEITER, « Legal Realism », dans D. PATTERSON (dir.), *A Companion to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell, 1996 ; W.W. FISHER III *et al.* (dir.), *American Legal Realism*, New York, Oxford University Press, 1993 ; A. HUNT, *The Sociological Movement in Law*, Londres, MacMillan, 1978 ; J.H. SCHLEGEL, *American Legal Realism and Empirical Social Science*, Chapel Hill (NC), University of North Carolina Press, 1995 ; L. KALMAN, *Legal Realism at Yale, 1927-1960*, Union (NJ), Lawbook Exchange, 2001 ; W.E. RUMBLE, *American Legal Realism: Skepticism, Reform and Judicial Process*, New York, Cornell University Press, 1968 ; N.E.H. HULL, *Roscoe Pound and Karl Llewellyn: Searching for an American Jurisprudence*, University of Chicago Press, 1997 ; W.L. TWINING, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, Londres, Weidenfeld and Nicolson, 1973.

⁶²⁴ Voir not. L. MENAND, *The Metaphysical Club: A Story of Ideas in America*, New York, Farrar, Straus, and Giroux, 2001 ; G.E. WHITE, *Oliver Wendell Holmes Jr.* (2000), 2^e éd., New York, Oxford University Press, 2006.

⁶²⁵ *Lochner c. N.Y.*, (1905) 198 U.S. 45.

⁶²⁶ F. MICHAUT, *supra* note 623, p. 61.

même chez Dewey, comme une philosophie préconisant un traitement scientifique de l'éthique ou de la politique⁶²⁷. Docteur en botanique, Roscoe Pound, qui devient successivement doyen des facultés de droit du Nebraska et de Harvard sans n'avoir jamais complété ses études de droit au cours desquelles il s'intéresse à Austin, à Holmes, à l'École historique ainsi qu'à Kant et Hegel, est appelé à travailler dans le 37^e État en étroite collaboration avec le sociologue Edward Ross, auteur du *Social Control*⁶²⁸, qui l'initie à l'œuvre de Lester Ward, premier président de l'American Sociological Association. La « *sociological jurisprudence*⁶²⁹ » représente ainsi le volet juridique de la « sociologie publique » américaine qui s'articule notamment autour de l'idée – qui n'est pas sans évoquer la tradition francfortoise – que la science doit se mettre au service des intérêts de l'humain et s'axer sur les résultats qu'elle obtient dans cette entreprise. La sociologie publique, c'est aussi l'idée de l'« ingénierie sociale » (*social engineering*), qu'on retrouve chez Pound⁶³⁰ et qui, entre Spencer à droite et Marx à gauche, s'est frayé un chemin politique, celui du libéralisme social, la sociologie publique ayant eu une influence déterminante sur les présidences de Woodrow Wilson et de Franklin D. Roosevelt.

Pound prétend notamment trouver des points d'articulation entre sociologie publique et théorie du droit chez le « second » Rudolf von Jhering, associé à la théorie des intérêts (*Interessenjurisprudenz*) – qu'échafaudera surtout Philipp Heck – ainsi qu'à l'idée du droit comme moyen⁶³¹, ainsi que chez Eugen Ehrlich, fondateur avec Hermann Kantorowicz⁶³² de

⁶²⁷ J.-P. COMETTI, « Le pragmatisme : de Peirce à Rorty », dans M. MEYER (dir.), *La philosophie anglo-saxonne*, Paris, PUF, 1994, p. 387-492, plus spécialement aux pages 417-438.

⁶²⁸ E.D. ROSS, *Social Control: A Survey of the Foundations of Order*, New York, Macmillan, 1901.

⁶²⁹ R. POUND, « Mechanical Jurisprudence », (1908) 8 *Columbia Law Review* 605 ; « The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence », (1911) 24 *Harvard Law Review* 591 et (1912) 25 *Harvard Law Review* 140 et 489 ; *Outlines of Lectures on Jurisprudence* (1914), 5^e éd., 1943, dans D. LLOYD, *Introduction to Jurisprudence* (1959), Londres, Stevens and Sons, 2^e éd., 1965.

⁶³⁰ R. POUND, « The Theory of Judicial Decision », (1923) 36 *Harvard Law Review* 641, 802 et 940, p. 954 ; *Contemporary Juristic Theory*, Claremont (CA), Claremont Colleges, 1940.

⁶³¹ R. POUND, *Jurisprudence*, 5 vol., St. Paul (MN), West Publishing, 1959, vol. 3, p. 15 ; R. von JHERING, *Der Zweck im Recht [Le but dans le droit]* (1877-1883), 2 vol., Hildesheim, Olms, 1970. Du *Zweck* projeté par Jhering à l'origine, les deux volumes qui sont finalement parus ne constituent pas même l'entière première partie. Il existe une traduction française du premier des deux volumes de la troisième édition allemande de cet ouvrage publié à l'origine de 1877 à 1883, parue sous le titre *L'évolution du droit*, trad. O. de Meulenaere, Paris, Chevalier-Marescq, 1901. Ce même volume a été traduit en anglais sous le titre *The Law as a Means to an End*, par I. Husik (réimp. Union (NJ), Lawbook Exchange, 1999). Voir également R. von JHERING, *La lutte pour le droit* (1872), trad. O. de Meulenaere, Paris, Marescq aîné, 1890, réimp. avec une prés. de O. Jouanjan, Paris, Dalloz, 2006. Il existe une traduction française antérieure : *Le combat pour le droit*, trad. A.F. Meydiou, Vienne/Paris, Manz/Durand et Pedone-Lauriel, 1875.

⁶³² H. KANTOROWICZ (sous le pseudo. de « Gnaeus Flavius »), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft [La lutte pour la science du droit]*, Heidelberg, C. Winter, 1906.

l'École du droit libre, qui se réfère à son tour à Jhering, à laquelle on associe aussi parfois la figure de François Gén⁶³³ – qu'Ehrlich tenait en haute estime – et qui préconise une « découverte » du droit par le juge qui soit affranchie de la loi étatique à la faveur d'une « logique juridique » et d'une sociologie du droit⁶³⁴. C'est pourtant un des vastes malentendus de la philosophie juridique qui fait qu'on ne voit généralement que ce qui rapproche Ehrlich de Pound à qui le premier doit l'essentiel de son succès, même en Europe germanique⁶³⁵. Si dans son maître ouvrage l'éminent jurisconsulte de Czernowitz rend explicitement hommage à Holmes⁶³⁶, rien n'est moins sûr qu'il se serait rallié aux motifs dissidents de ce dernier dans l'affaire *Lochner* qui, rappelons-le, a vu une loi de l'État de New York limitant la durée du travail être invalidée par la Cour suprême des États-Unis⁶³⁷. Partisan du « laissez-faire » dont l'œuvre est traversée par une critique de l'instrumentalisation étatique du droit au profit de la volonté politique, Ehrlich n'aurait pu admettre l'interventionnisme mélioriste de Pound, qui faisait de la création d'un ministère de la Justice capable de proposer des réformes législatives sur la base d'études le septième et dernier point de son programme⁶³⁸. Ehrlich n'avait certainement rien contre le projet des Holmes et Pound d'une plus grande flexibilité de la common law, d'une plus grande ouverture de celle-ci sur la société de préférence à sa reconduction dogmatique de principes premiers au moyen d'une « logique juridique⁶³⁹ ». Mais s'il ne cache pas son admiration pour ce dernier système juridique, c'est justement parce qu'il y voit ce qu'on pourrait appeler une « liberté judiciaire ». Quitte à anticiper quelque peu sur notre

⁶³³ F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, Paris, LGDJ, 1932 ; *Science et technique en privé droit positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Paris, L. Tenin, 1914-1921.

⁶³⁴ Voir not. E. EHRLICH, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft [Libre découverte du droit et libre science du droit]*, Leipzig, C.L. Hirschfeld, 1903, trad. angl. partielle « Judicial Freedom of Decision: Its Principles and Objects », dans *Science of Legal Method*, « The Modern Legal Philosophy Series », vol. 9, Boston, 1917, p. 47-84 ; *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München, Leipzig, Duncker & Humblot, 1913, trad. W.L. Moll, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, New Brunswick (NJ), Transaction publ., 2002 (réimp. de l'édition de 1936 comprenant une introduction de R. Pound, avec une nouv. introduction de K.A. Ziegert) ; « The Sociology of Law », (1922) 36 *Harvard Law Review* 129 ; *Die juristische Logik [La logique juridique]*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1918 ; K.A. ZIEGERT, « The Sociology behind the Eugen Ehrlich's Sociology of Law », *International Journal of the Sociology of Law*, vol. 7, 1979, p. 225-273 ; K. RIEBSCHLÄGER, *Die Freirechtsbewegung [Le mouvement du droit libre]*, Berlin, Duncker & Humblot, 1968.

⁶³⁵ Sur le rôle de Pound dans le succès d'Ehrlich, voir K.A. ZIEGERT, *id.*, p. 232-235.

⁶³⁶ E. EHRLICH, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, *supra* note 634, p. 290.

⁶³⁷ *Lochner c. N.Y.*, *supra* note 625.

⁶³⁸ R. POUND, *Outlines of Jurisprudence*, *supra* note 629, p. 246.

⁶³⁹ O.W. HOLMES jr., « The Path of the Law », (1897) 10 *Harvard Law Review* 457 (rééd. « The Path of the Law », dans *Collected Legal Papers*, New York, Hartcourt, Brace and Howe, 1920) ; R. POUND, « Mechanical Jurisprudence », *supra* note 629 ; « Law in Books and Law in Action », (1910) 44 *American Law Review* 12.

propos, qui nous amènera à traiter des approches actuelles se réclamant d'un « pluralisme juridique », il est opportun d'interroger d'ores et déjà l'œuvre d'un des fondateurs de la sociologie juridique.

À la différence de Pound, Ehrlich ne peut adhérer à l'épistémologie pragmatiste, puisqu'il ne la connaît pas. Il se revendique de l'empirisme et ses ancrages épistémologiques sont plutôt faibles. Klaus Ziegert a recensé dans sa sociologie du droit quatre références à Spencer, deux à Comte, une à Tarde et aucune à Durkheim, Weber ou Simmel⁶⁴⁰. Or le fait qu'Ehrlich affirme que l'intérêt de la sociologie du droit est irréductible à ses possibilités pratiques⁶⁴¹ ne doit abuser personne sur ses vues sur celle-ci qui doit « servir les besoins de la vie⁶⁴² ». C'est parce qu'il sentait que la sociologie théorique générale des fondateurs de cette science n'avait rien à offrir à la pratique juridique qu'Ehrlich entreprit de jeter les bases d'une sociologie juridique des juristes⁶⁴³. Cela, il est vrai, le rapproche déjà beaucoup de Pound. Qui plus est, le plus célèbre juriste de Bukovine admet que l'étude sociologique du « droit vivant » peut éclairer jusqu'à la politique législative et faire ainsi de la loi un facteur de progrès social⁶⁴⁴. Mais encore faut-il bien situer ce qui précède au sein de l'ensemble du programme d'Ehrlich pour qui, même ainsi éclairée scientifiquement, la loi de l'État ne devrait intervenir qu'en cas d'extrême nécessité, lorsque, dans des circonstances tout à fait exceptionnelles et particulièrement difficiles, le droit des juristes, celui des juges et praticiens que reconstruisent les professeurs et auteurs de doctrine, en arrive à une impasse ou accuse un retard trop important sur l'évolution sociale⁶⁴⁵. La contribution de la science théorique à la pratique du droit doit plutôt normalement se faire à l'étape de la décision de justice⁶⁴⁶.

Pour Ehrlich en effet, cette dernière est déjà un phénomène juridique d'ordre secondaire. Quant à la loi de cette forme récente et étriquée d'organisation sociale qu'est l'État, elle se trouvera toujours, non pas au centre, mais bien aux confins du droit. Ehrlich appelle

⁶⁴⁰ K.A. ZIEGERT, *supra* note 634, p. 227.

⁶⁴¹ E. EHRLICH, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, *supra* note 634, p. 503.

⁶⁴² *Id.*, p. 318.

⁶⁴³ K.A. ZIEGERT, *supra* note 634, p. 228.

⁶⁴⁴ *Id.*, p. 496.

⁶⁴⁵ E. EHRLICH, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, *supra* note 634, p. 185 ; « The Sociology of Law », *supra* note 634, p. 142.

⁶⁴⁶ K.A. ZIEGERT, *supra* note 634, p. 250-254. Voir également à la page 239.

« dispositions juridiques » ce que nous aurions à tort l'habitude de concevoir comme formant l'essentiel du droit, c'est-à-dire ces généralisations abstraites originellement de différents ensembles de décisions de justice par les auteurs de doctrine afin d'être en mesure de prévoir les décisions à venir, généralisations que la plupart du temps la loi ne fait que reprendre, témoin le rôle historique de la codification dans l'histoire de la législation. Ces dispositions juridiques ne sont que des normes de décision s'adressant à des magistrats ou à des agents de l'État. Or, suivant la conception consensuelle du social qui est celle d'Ehrlich, la pathologie sociale que constitue le conflit fait de celui-ci un phénomène juridique d'ordre secondaire. Le droit se composerait avant tout, non pas de telles normes de décision ayant pour but de résoudre les conflits, mais de normes de conduite socio-organisationnelles ayant pour fonction de les prévenir⁶⁴⁷ et dont la sociologie du droit doit permettre la connaissance, une connaissance qui devrait éclairer mais qui ne saurait se substituer à la pratique juridique, qui demeurera affaire de normes de décision. Afin de dissiper de virtuels doutes sur l'importance accordée par Ehrlich à de telles normes de conduite qu'il considère constitutives de ce droit qu'il tient pour « vivant », relevons que notre auteur va jusqu'à soutenir qu'en dernière analyse, pour être qualifiée de valide, toute norme juridique se doit d'être effective⁶⁴⁸. Aux yeux d'Ehrlich donc, le droit n'est pas d'abord un instrument politique qu'il s'agit de rendre plus efficace ni même un mode de résolution des conflits, mais une réalité sociale et fonctionnelle qu'il s'impose de mieux connaître afin de tout au plus, tel l'agent de conservation de la faune davantage que l'ingénieur, en accompagner le développement. Autrement dit, suivant une telle conception, la loi de l'État fait davantage figure de médecine de cheval que de technique d'ingénierie sociale.

Une bonne distance sépare donc Ehrlich de Pound pour lequel la science sociale permet de connaître, non pas le droit lui-même, mais ses effets, passés, actuels et futurs, ainsi que les intérêts en présence. Voilà comment la « sociologie » est convoquée afin de faire du droit un moyen plus efficace d'atteindre une certaine fin, en l'occurrence la « justice », que le doyen définit comme un compromis entre différents intérêts⁶⁴⁹. Le théoricien de la *sociological jurisprudence* distingue entre droit et société et défend une conception du premier qui veut en

⁶⁴⁷ E. EHRLICH, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, *supra* note 634, chap. 3. Ehrlich présente le mariage, la famille, la possession, le contrat et la succession comme formant les institutions élémentaires de la société.

⁶⁴⁸ *Id.*, p. 237.

⁶⁴⁹ F. MICHAUT, *supra* note 623, p. 90.

articuler trois composantes : 1) les « préceptes », soit les règles, les principes, les concepts et les « *standards* », autrement dit, les normes ; 2) une « technique » de sélection, d'interprétation et d'application des préceptes dans la maîtrise de laquelle l'« intuition exercée » du juge jouerait un rôle de premier plan⁶⁵⁰ ; 3) un ensemble d'idéaux éthiques et politiques qui se rapportent aux fins du droit et, qu'ils soient conscients ou non, n'ont de cesse de restructurer la technique et, par ricochet, de remodeler le contenu des préceptes⁶⁵¹.

En 1910, Pound avait défendu la primauté de l'humanité du juge sur la règle⁶⁵². Dans le modèle de la décision judiciaire de 1923 que nous venons de voir, c'est au final l'« élément idéal », sur lequel Pound revient en 1931⁶⁵³, qui semble tenir le haut du pavé. Et il est vrai que Pound ne se contente pas de prendre acte, mais valorise généralement le pouvoir discrétionnaire du juge, qui permettrait au droit d'évoluer. Sur un tel plan normatif, il avait affirmé dès 1906 que la meilleure méthode consistait en un équilibre entre deux tendances qui traversent l'histoire du droit, en l'occurrence le respect de la règle et l'adaptation libre aux faits, équilibre censé autoriser chaque fois le choix de la solution qui produira les effets les plus souhaitables en termes de maximisation des intérêts⁶⁵⁴. Or sa pensée semble bien avoir évolué progressivement vers une prise de plus en plus au sérieux de la règle de droit. Ainsi que le relève Françoise Michaut, dans son modèle de 1923 déjà Pound reconnaît que le juge n'est investi d'un pouvoir discrétionnaire que « lorsque plusieurs textes ou plusieurs précédents sont susceptibles de s'appliquer⁶⁵⁵ ». Comme le soulignera Karl Llewellyn, les « préceptes », et surtout les règles et principes, occupent en fin de compte une place centrale dans la pensée théorique de Pound sur le droit⁶⁵⁶, ce à quoi le coauteur de *The Cheyenne Way* aurait pu, nous y reviendrons, ajouter

⁶⁵⁰ Pound se réfère ici à Henri Bergson.

⁶⁵¹ R. POUND, « The Theory of Judicial Decision », *supra* note 630 ; F. MICHAUT, *supra* note 623, p. 96-109.

⁶⁵² R. POUND, « Law in Books and Law in Action », *supra* note 639.

⁶⁵³ R. POUND, « The Ideal Element in American Judicial Decision », (1931) 45 *Harvard Law Review* 136.

⁶⁵⁴ R. POUND, « The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice » (1906), dans R.D. HENSON (dir.), *Landmarks of Law*, New York, Harper and Brothers, 1960 ; « Mechanical Jurisprudence », *supra* note 629.

⁶⁵⁵ F. MICHAUT, *supra* note 623, p. 100.

⁶⁵⁶ K.N. LLEWELLYN, « A Realistic Jurisprudence — The Next Step », (1930) 30 *Columbia Law Review* 431, reproduit en partie dans W.W. FISHER III *et al.* (dir.), *supra* note 623, p. 53-58, à la page 54. Sur le rapport de Llewellyn à Pound, voir également : R. POUND, « The Call for a Realist Jurisprudence », (1931) 44 *Harvard Law Review* 697, et K.N. LLEWELLYN, « Some Realism about Realism — Responding to Dean Pound », (1931) 44 *Harvard Law Review* 1222, tous deux reproduits en partie dans *id.*, p. 59-67 et 68-75 ; N.E.H. HULL, *supra* note 623.

l'État⁶⁵⁷. D'ailleurs, si Pound affirme placer la loi et la décision judiciaire sur un pied d'égalité en tant qu'instruments d'ingénierie sociale, en réalité il n'attribue qu'une fonction législative subsidiaire à la seconde qu'il situe dans un rapport unilatéral de complémentarité avec la première⁶⁵⁸. Même si l'on devait, à la suite d'Ehrlich par exemple, se refuser à assimiler l'ordre judiciaire à l'État, force serait encore de constater que, pour un « *common lawyer* », Pound accorde une importance extraordinaire au législateur.

Tout bien considéré, Pound demeure fort éloigné d'Ehrlich sur nombre de questions capitales. Aussi commençons-nous d'apercevoir que ce n'est pas tant la nature normative du droit que les implications épistémologiques d'une telle nature qui font l'objet de débats fondamentaux dans le domaine de la philosophie juridique et de la théorie générale du droit. Tel est souvent l'enjeu structurant et plus ou moins masqué des oppositions entre validité et effectivité comme mode d'existence juridique, entre la norme juridique comme norme de conduite et la norme juridique comme norme de résolution des conflits ou encore entre conceptions « sociologiste » et « étatiste » du droit. C'est certes clairement que cet enjeu anime la critique kelsénienne de la sociologie du droit selon Ehrlich et Kantorowicz, tout ancrée qu'est cette critique dans un soi-disant rapport épistémologique d'exclusion mutuelle entre *Sein* et *Sollen*, entre fait et norme, et dans l'impossibilité qui en découlerait de connaître les normes comme éléments d'une catégorie de faits⁶⁵⁹. C'est en revanche bien obscurément sinon inconsciemment que ce même enjeu sous-tend les thèses des juristes « pluralistes » de même que celles d'une large part de la littérature secondaire sur le réalisme juridique, tendant ainsi à devenir source de confusion. En d'autres termes, nous commençons à voir comment certains des principaux auteurs à être associés à la conception du droit comme fait continuaient en réalité d'adhérer à une conception normative du droit, prenant leur dissidence épistémologique ou leur changement de perspective depuis l'État vers le « social » pour une profonde divergence ontologique. Voilà qui commence déjà à suggérer que, au-delà des *apparences* que revêt

⁶⁵⁷ K.N. LLEWELLYN et E.A. HOEBEL, *La voie cheyenne. Conflit et jurisprudence dans la science primitive du droit*, trad. L. Assier-Andrieu, Paris, LGDJ, 1999.

⁶⁵⁸ R. POUND, « The Theory of Judicial Decision », *supra* note 630, p. 955-956 ; F. MICHAUT, *supra* note 623, p. 94.

⁶⁵⁹ H. KELSEN, « Zur Soziologie des Rechts. Kritische Bemerkungen » [« Sur la sociologie du droit. Remarques critiques »], *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 1912, p. 601-607 ; « Grundlegung der Rechtssoziologie » [« Fondements de la sociologie du droit »], *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 1915, p. 839-876 ; S.L. PAULSON, *Hans Kelsen und die Rechtssoziologie* [*Hans Kelsen et la sociologie du droit*], Aalen, Scientia, 1992 ; R. TREVES, « Hans Kelsen et la sociologie du droit », *Droit et Société. Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, n° 1/1985, p. 15-25.

paradoxalement la pensée juridique européenne dans la littérature savante, cette pensée demeure *en réalité* structurée par l'idée du droit comme norme. Cela fait un peu plus d'un siècle que le débat est au fond épistémologique, voire surtout méthodologique, et s'explique, non pas par une révolution de l'« ontologie juridique », mais le plus souvent par un déplacement du point de mire depuis l'État vers le social. Nous venons de voir comment Ehrlich se distingue de Pound à cet égard. C'est notre hypothèse que le professeur de Bucovine se distingue alors, non seulement de Pound, mais d'un étatisme prépondérant au sein de la pensée juridique moderne, étatisme dont les premières codifications françaises participent sans doute à la genèse. Ce serait notamment par ce quasi anti-étatisme que s'expliquerait le pluralisme et, au final, le caractère exceptionnel de la figure d'Ehrlich.

Nous nous sommes proposé ici d'interroger la pensée juridique moderne de source européenne à travers ses expressions canoniques. Bien qu'il soit parfois malaisé de ranger un auteur dans l'une ou l'autre catégories des « juristes » ou des « sociologues », par exemple, nous avons fait le pari de trouver des manifestations significatives de cette pensée chez les premiers plutôt que chez les seconds ou autres. Cela dit, l'œuvre de plus d'un grand juriste puise suffisamment à une ou plusieurs autres disciplines pour être aussi révélatrice de la pensée juridique des non-juristes. Voilà qui est le cas de Léon Duguit.

Section 4. Normes juridiques et État chez Duguit et dans la tradition fonctionnaliste

L'œuvre de Léon Duguit passe pour une introduction, ou tentative d'introduction, de la méthode sociologique positiviste en droit, plus précisément en droit public. Il est vrai que Duguit parle de Durkheim comme de son « maître⁶⁶⁰ ». Ce dernier voit la sociologie comme une méthode qui peut être appliquée par toutes les sciences de l'homme existantes et s'attache lui-même amplement à l'appliquer au droit⁶⁶¹. Il faut cependant remettre en question le positivisme (au sens épistémologique général du terme) de Duguit. Certes, celui-ci affirme que c'est « une singulière erreur » que d'enseigner (comme le font les Marbourgeois du Sud-Ouest) que les sciences sociales ont une méthode qui leur est propre, « car toute méthode scientifique est

⁶⁶⁰ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, supra note 541, t. 1, p. 98.

⁶⁶¹ Voir M. DEFLEM, *Sociology of Law. Visions of a Scholarly Tradition*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, chap. 3.

déterminée par les lois de l'esprit humain, qui sont évidemment les mêmes quel que soit le domaine dans lequel il cherche et travaille, lois qui limitent son pouvoir et qui règlent son action⁶⁶² ». Aussi Duguit va-t-il jusqu'à congédier du domaine de la science le concept de causalité, en sus de celui de finalité, ce qui suggère une radicalisation positiviste par rapport à Durkheim⁶⁶³. Or cela n'empêchera pas le doyen de la Faculté de droit de l'université de Bordeaux d'insister sur la différence entre les « faits sociaux » et les « phénomènes du monde vivant ou du monde physique » : « Dans le monde social les faits ayant toujours pour support des actes conscients de volontés individuelles et se manifestant par ces mêmes actes, l'observateur ne peut pas et ne doit pas tenter de formuler des lois de coexistence ou de succession, mais bien des normes ou des règles de conduite⁶⁶⁴ ». Au demeurant, après avoir frappé d'interdit la finalité, Duguit vient décréter que l'« expression *but* doit remplacer l'expression *cause*⁶⁶⁵ ». Cette notion de « but » comme facteur de juridicité, on s'étonne de ne pas voir Duguit, qui du reste en fait le socle de sa théorie du service public⁶⁶⁶, l'emprunter à Jhering. D'ainsi substituer le but à la cause paraît anti-durkhémien⁶⁶⁷, sauf peut-être à se souvenir que, au-delà des « règles de la méthode sociologique », Durkheim préfigure le fonctionnalisme sociologique : la division du travail social voit se différencier diverses fonctions qui ont en commun de servir l'intégration sociale, de maintenir et même de renforcer le lien social, si bien que c'est par un tel « but » que semble s'expliquer le passage de la solidarité mécanique à la solidarité organique⁶⁶⁸.

C'est un lieu commun de la littérature juridique française que de faire de Duguit le père du droit comme « fait social ». S'il s'agit alors d'insister sur le second terme de l'expression, l'affirmation est véridique. Elle ne l'est pas s'il est plutôt question de présenter Duguit comme un théoricien du droit comme fait par opposition au droit comme norme. Ce qui précède

⁶⁶² L. DUGUIT, *Leçons de droit public général*, supra note 541, p. 34.

⁶⁶³ *Id.*, p. 33.

⁶⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁶⁵ *Id.*, p. 89.

⁶⁶⁶ « Toutes les volontés se valent si l'on ne considère que le sujet. Leur valeur ne peut être déterminée que par le but qu'elles poursuivent. La volonté du gouvernant n'a aucune force comme telle; elle n'a de valeur et de force que dans la mesure où elle poursuit l'organisation et le fonctionnement d'un service public. Ainsi la notion de service public vient remplacer celle de souveraineté. L'Etat n'est plus une puissance souveraine qui commande, il est groupe d'individus détenant une force qu'ils doivent employer à créer et à gérer les services publics. La notion de service public devient la notion fondamentale du droit public moderne. » (L. DUGUIT, *Les transformations du droit public* (1913), Paris, La mémoire du droit, 1999, p. XIX)

⁶⁶⁷ E. DURKHEIM, supra note 541, chap. 5.

⁶⁶⁸ E. DURKHEIM, *De la division du travail social* (1893), Paris, PUF, 2007.

concernant le rôle de l'observateur scientifique des faits sociaux selon Duguit le suggère déjà. Le « sociologue », qu'il soit juriste ou autre, doit s'atteler à dégager « des normes ou des règles de conduite ». Le droit est plus exactement pour notre juriste bordelais un « fait » social *normatif*. D'abord, le fait social en général se définirait comme « toute réaction collective provoquée par un acte individuel⁶⁶⁹ ». Ensuite, le fait social d'ordre juridique apparaîtrait « lorsqu'a pénétré dans la masse des consciences individuelles, à un moment déterminé et dans une société donnée, l'idée que tel acte individuel, s'il est accompli, doit provoquer une réaction sociale organisée⁶⁷⁰ ». Le fait social juridique est bel et bien idéal et normatif, en sorte qu'« [i]l n'est pas nécessaire pour que la norme soit une règle de droit que cette sanction sociale soit organisée ; mais il faut qu'il apparaisse à tous qu'il est légitime et désirable qu'elle le soit⁶⁷¹ ». Le droit ainsi défini correspond donc à une idée qui serait à la fois unanimement partagée et doublement normative pour se composer d'une règle et d'un principe de légitimité d'une certaine forme de sanction de cette règle. Se pose alors la question des conditions auxquelles l'idée d'une légitimité peut être celle de « tous ». Duguit y répond en faisant coïncider cette idée avec un double sentiment de « socialité » et de « justice » :

J'ai dit : une règle morale ou économique devient règle de droit au moment où c'est le sentiment unanime ou quasi unanime des individus composant le groupe social considéré que la solidarité sociale serait gravement compromise si le respect de cette règle n'était pas garanti par l'emploi de la force sociale. J'ajoute maintenant que pour qu'il y ait règle de droit, il faut que la sanction d'une règle sociale par l'emploi de la force collective soit conforme au sentiment que l'on a de la justice commutative et de la justice distributive au moment considéré, que la non-sanction de cette règle soit contraire à ce double sentiment, parce que l'acte qui viole ladite règle est attentatoire à l'une des deux formes de la justice. La conscience chez la masse des individus d'un groupe donné que telle règle morale ou économique est essentielle pour le maintien de la solidarité sociale, la conscience qu'il est juste de la sanctionner, voilà les deux éléments essentiels de la formation et la transformation de la règle de droit⁶⁷².

Pour Duguit, le droit « objectif », formant la « discipline sociale », est donc norme, mais norme sociale. Davantage que son positivisme donc, la théorie juridique de Duguit est fidèlement durkhémienne. Reste maintenant à voir si son « sociologisme » autorise à en faire une lecture « pluraliste » ou, à tout le moins, non étatiste.

En effet, la thèse de Duguit selon laquelle la source véritable du droit est « la société » fera normalement anticiper une relativisation du rôle de l'État au sein du phénomène juridique,

⁶⁶⁹ L. DUGUIT, *Leçons de droit public général*, supra note 541, p. 31.

⁶⁷⁰ *Id.*, p. 32.

⁶⁷¹ *Id.*, p. 46.

⁶⁷² L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, supra note 541, t. 1, p. 125.

relativisation dont il faudrait ensuite, le cas échéant, déterminer si elle ne débouche pas ou ne peut pas déboucher sur une forme de pluralisme juridique. En somme, d'une part cette relativisation du rôle juridique de l'État sera elle-même relativisée par ce qui a toutes les apparences d'un évolutionnisme social, et d'autre part tout « pluralisme juridique » sera exclu par la thèse d'une correspondance quasi parfaite entre le droit social et celui de l'État.

Duguit commence par récuser toute prétendue distinction entre les sociétés de droit et celles qui ne le seraient pas : « Du moment où un groupe social existe comme tel, il y a un droit. Ce droit est plus ou moins développé, il est plus ou moins bien sanctionné ; mais il existe par cela même qu'existe la société⁶⁷³ ». Le doyen illustrera même son propos de l'exemple du droit inuit :

Il existe de fait certaines sociétés où aucune différenciation ne s'est encore produite entre gouvernants et gouvernés. Dans de pareilles sociétés, existe-t-il des règles de droit ? On ne saurait le nier. Les sociologues citent en exemple les peuplades d'Esquimaux, chez lesquels aucune différenciation politique n'existe, mais où apparaissent certaines règles dont les individus ont une conscience plus ou moins obscure. Elles forment ce que j'ai déjà appelé une discipline sociale, qui ne peut pas ne pas exister. Sans elle, il n'y aurait pas de groupement permanent. La sanction de la règle est assurément encore inorganisée, mais elle n'en existe pas moins : elle consiste dans la réaction spontanée du groupement tout entier contre les auteurs de violation⁶⁷⁴.

Le juriste pluraliste n'a pas pour habitude d'en demander autant afin de reconnaître un coreligionnaire. Duguit, Ehrlich, même combat alors ? Certainement pas, pour peu qu'on renonce à s'aveugler au contexte. Bien sûr, le pluraliste voudra s'accommoder de l'assertion de Duguit selon laquelle « [l]es choses sont infiniment variables », de ses propos d'après lesquels « [d]ans tel pays, à telle époque, telles règles qui apparaissent avec ce caractère [de règles juridiques] ne l'avaient point ou ne l'auront point à d'autres époques et dans d'autres pays⁶⁷⁵ ». Mais peut-on faire l'économie de la thèse duguitienne voulant qu'il y ait « de nombreuses règles de droit non écrites, qui sont les mêmes pour tous les pays civilisés, et que l'évolution générale du droit [soit] identique chez tous les peuples parvenus au même stade⁶⁷⁶ » ? Qu'en serait-il, selon Duguit pour qui tout est variable mais n'a pas pour autant la même valeur, des prétentions juridiques d'un État tel que le Canada à l'égard d'Inuits se trouvant sur son territoire ? Certes, Duguit qualifie d'erroné le raisonnement qui consiste à dire que, les règles juridiques étant des

⁶⁷³ L. DUGUIT, *Leçons de droit public général*, supra note 541, p. 57.

⁶⁷⁴ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, supra note 541, t. 1, p. 95.

⁶⁷⁵ *Id.*, p. 117.

⁶⁷⁶ L. DUGUIT, *Leçons de droit public général*, supra note 541, p. 27.

lois et seul l'État pouvant faire des lois, le droit ne peut être que le produit de l'État⁶⁷⁷. Car « il n'y a qu'à regarder pour s'apercevoir que toute volonté humaine peut dans certains cas intervenir efficacement avec l'intention qu'il naisse une véritable règle de droit, qui s'imposera à d'autres volontés humaines [...]»⁶⁷⁸. La phrase de Duguit se termine toutefois par « [...] et que les tribunaux seront tenus de sanctionner⁶⁷⁹ », excluant du coup toute forme juridictionnelle de pluralisme pour plutôt faire de la reconnaissance d'une règle par les tribunaux étatiques une condition de sa juridicité. Et les exemples que donne ici Duguit de telles règles juridiques « non étatiques » sont ceux du vote des statuts par la première assemblée des actionnaires d'une société par actions et de la conclusion d'une convention collective de travail entre un groupe patronal et un groupe ouvrier, non pas celui de la « discipline sociale » d'une « peuplade » non politiquement différenciée qui, chez Duguit, ne semble pas pouvoir survivre à l'affirmation de la souveraineté de l'État d'une société plus évoluée. Au reste, s'il est clair à Duguit qu'« il y a une règle de droit supérieure à la loi positive⁶⁸⁰ », en revanche « il n'en est pas moins vrai » à ses yeux que, aujourd'hui,

avec le développement qu'ont acquis les lois écrites, dans les nations civilisées, il y a correspondance à peu près exacte entre le droit objectif et la législation positive de l'État considéré. [...] Il n'y a donc pas, je le répète, coïncidence complète entre le droit objectif et les lois positives d'un pays ; cependant dans la généralité des cas la divergence peut être négligée. Pour faciliter l'exposition on peut parler comme si la coïncidence était complète et dire : la loi, au lieu de dire : le droit objectif⁶⁸¹.

Au sein de cette tradition sociologique positiviste-fonctionnaliste inaugurée par Durkheim et qui, avec Parsons, empruntera notamment à Weber, à Pareto et à la cybernétique de Wiener pour devenir « fonctionnalisme structurel » avant de se faire plus radicalement, avec Luhmann, « théorie des systèmes », il faudra attendre Gunther Teubner – qui du reste demeure à notre sens un juriste théoricien du droit bien davantage qu'un sociologue – pour voir apparaître une théorie pluraliste du droit⁶⁸².

⁶⁷⁷ *Id.*, p. 77.

⁶⁷⁸ *Ibid.*

⁶⁷⁹ *Ibid.*

⁶⁸⁰ *Id.*, p. 42.

⁶⁸¹ *Id.*, p. 47.

⁶⁸² Voir not. G. TEUBNER, « Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society », dans G. TEUBNER (dir.), *Global Law Without a State*, Brookfield (VT), Dartmouth, 1996, p. 3-28.

La nature normative du droit chez Talcott Parsons ne fait aucun doute, le droit y étant décrit comme « système de règles ». Le droit comme « *system of rules* » est en effet une expression récurrente chez Parsons pour qui :

*In the first place, law is not a category descriptive of actual concrete behavior but rather concerns patterns, norms, and rules that are applied to the acts and to the roles of persons and to the collectivities of which they are members. Law is an aspect of social structure but one that lies on a particular level, which should be carefully specified. In a certain set of sociological terms I should call it an institutional phenomenon. It deals with normative patterns to which various kinds of sanctions are applied. This is a level that on general sociological grounds it is important to distinguish from that of the concrete structure of collectivities and roles in them*⁶⁸³.

Le monisme juridique du sociologue harvardien ne saurait faire davantage de doute. Nous venons déjà tout juste de voir que pour lui le droit comme phénomène social se situe « au-dessus » des collectivités concrètes. En tant que « mécanisme généralisé de contrôle social⁶⁸⁴ », le droit s'applique à tous les secteurs et collectivités qui composent ou sur lesquels s'applique le système social. Parsons en infère des conditions essentielles d'effectivité du système juridique telles que sa cohérence et son unicité, autant d'exigences dont la satisfaction est rendue possible par une association étroite entre le droit et l'État⁶⁸⁵.

Avec Niklas Luhmann, un juriste et sociologue de formation qui est surtout connu comme sociologue et théoricien du droit mais dont l'œuvre peut être perçue comme s'inscrivant dans la tradition allemande des grands systèmes philosophiques⁶⁸⁶, la théorie des systèmes et son application au social se radicalisent, pour ainsi dire, et ce notamment au moyen du concept d'« autopoïèse ». La présentation explicative du système de Luhmann et de la place qu'y tiennent le droit et la théorie juridique demanderait de longs développements qui d'ailleurs ne sauraient égaler en qualité ceux qu'y consacre Pierre Guibentif dans un ouvrage qu'il a fait paraître en 2010⁶⁸⁷. Celui-ci nous servira donc de clef d'accès à une œuvre dont d'importants

⁶⁸³ T. PARSONS, « The Law and Social Control », *supra* note 543, p. 56-57.

⁶⁸⁴ *Id.*, p. 57.

⁶⁸⁵ *Id.*, p. 58-64.

⁶⁸⁶ Il s'agit ici d'une opinion que partage par H. RABAULT, « La nature et la fonction de la théorie du droit dans la sociologie de Niklas Luhmann : vers une rénovation de l'épistémologie du droit ? », *Droits*, n° 33, 2001, p. 191-203, à la page 192.

⁶⁸⁷ P. GUIBENTIF, *Foucault, Luhmann, Habermas, Bourdieu. Une génération repense le droit*, Paris, LGDJ, 2010, p. 81-156.

pans n'ont pas encore été traduits en anglais davantage qu'en français et dont pour notre part nous n'avons pas une connaissance intime⁶⁸⁸.

En somme, l'« autopoïèse », ce terme qu'un collègue biologiste, Humberto Maturana, aurait suggéré à Luhmann, renvoie chez ce dernier à l'axiome selon lequel « ce qui fait exister un système – ses opérations et ses structures – est engendré par le système lui-même⁶⁸⁹ ». Ainsi, toute distinction entre un système et le reste (son « environnement ») est le produit de ce système, et par suite « un système « ne comprend pas » les opérations des autres systèmes ; elles ne peuvent pas revêtir pour lui un sens précis ; l'effet qu'elles peuvent avoir est appelé, dans le langage de la théorie des systèmes, une irritation ; la fonction des mécanismes de couplage structurel est de « canaliser les irritations »⁶⁹⁰ ». Luhmann définit tout *système* comme un ensemble, auto-produit et auto-maintenu à la faveur d'une « auto-observation », d'opérations répondant à un code binaire, opérations qui produisent à leur tour des « structures ». Ensuite cet auteur définit tout système *social* comme un ensemble d'opérations de « communication », celle-ci consistant en la rencontre d'une information, d'une expression et d'une compréhension⁶⁹¹. Encore Luhmann s'intéresse-t-il principalement aux systèmes sociaux *fonctionnellement différenciés*, tels l'économie, la politique, le droit, la religion, la science et l'art, qui correspondent à des fonctions définies dans la reproduction d'un « système social global » relativement auquel les systèmes fonctionnellement différenciés font figure de sous-systèmes et dont il hésitera de moins en moins à parler comme de celui d'une « société monde ». Pour Luhmann, un sous-système social fonctionnel ne « communique » pas mais « interagit », par le biais de mécanismes de « couplage structurel », avec son « environnement ». Celui-ci se compose d'une part des autres systèmes que sont le système social global, les autres sous-systèmes sociaux – fonctionnellement différenciés et non fonctionnellement différenciés tels que les organisations et les interactions – et les « systèmes psychiques », c'est-à-dire ceux des consciences individuelles qui forment son environnement non plus social mais « humain ». D'autre part il se compose d'un « environnement naturel ». Contrairement à Parsons, Luhmann

⁶⁸⁸ L'ouvrage de Pierre Guibentif contient de nombreuses références à la littérature secondaire sur Luhmann, et not. sur Luhmann et le droit. Or c'est ce commentaire de Guibentif, axé sur la question du droit, qui est demeuré le plus éclairant à nos yeux, même si, pour une introduction générale à l'œuvre de Luhmann nous recommanderions également le livre d'E. FERRARESE, *Niklas Luhmann : une introduction*, Paris, Pocket, 2007.

⁶⁸⁹ P. GUIBENTIF, *supra* note 687, p. 85.

⁶⁹⁰ *Id.*, p. 150.

⁶⁹¹ *Id.*, p. 100-106.

est d'avis que rien ne garantit que les sous-systèmes fonctionnels opèrent en tenant compte les uns des autres, qu'ils n'engendrent pas de dynamiques conflictuelles et que, dans l'ensemble, ils assurent un rapport non destructeur, ni pour l'un ni pour l'autre, de la société globale à son environnement⁶⁹². « Il n'est pas possible, d'après Niklas Luhmann, de dériver de la seule définition d'une fonction sociale comment évoluera concrètement un système social⁶⁹³ ». Reste à voir les « nature » et « place » du droit au sein d'un tel échafaudage conceptuel et terminologique. Si sa « découverte » de l'autopoïèse et le développement de sa théorie générale des systèmes ne sera pas sans incidence sur ses travaux sur le droit – qui passera du statut de structure du système politique à celui de système fonctionnel à part entière –, Luhmann nous paraît maintenir l'essentiel de sa conception normative du droit et du lien qui unit étroitement celui-ci à l'État et aux tribunaux étatiques lors du passage de sa *Rechtssoziologie* (1972)⁶⁹⁴ à *Das Recht der Gesellschaft* (1993)⁶⁹⁵.

Pierre Guibentif dégage de l'ouvrage de 1993 la définition du droit suivante : « système social fonctionnel dont les opérations mettent en jeu la distinction [le « code binaire »] « *Recht/Unrecht* »⁶⁹⁶ ». Il serait à la rigueur possible de traduire cette dernière opposition par « conforme au droit/contraire au droit », mais, ainsi que l'explique Pierre Guibentif :

En allemand, cette opposition a, cependant, d'autres connotations. En effet, elle suggère aussi les oppositions « avoir tort »/« avoir raison » (« *recht haben* » voulant dire « avoir raison », et l'adjectif « *unrecht* » étant volontiers associé aux significations « *nicht richtig* », « *falsch* », c'est-à-dire « faux ») et « juste »/« injuste » (« *ein Unrecht antun* » veut dire « faire subir une injustice »), des sens qui se prêtent à l'évocation de situations plus éloignées des instances judiciaires. La terminologie allemande permet ainsi, mieux que les possibles traductions françaises, de suggérer le flou de la transition entre ces différents types de situations⁶⁹⁷.

De telles opérations communicationnelles se rapportent toutefois à des « attentes normatives », la fonction du droit étant définie, tant dans la *Rechtssoziologie* (1972) que dans *Das Recht der Gesellschaft* (1993), comme celle de stabilisation de nos attentes normatives⁶⁹⁸. Nous

⁶⁹² *Id.*, p. 112.

⁶⁹³ *Id.*, p. 145, se référant à N. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft, Gesellschaft* [Le droit de la société], Francfort, Suhrkamp, 1993 (trad. angl. K.A. Ziegert : *Law as a Social System*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2004), not. p. 165.

⁶⁹⁴ N. LUHMANN, *Rechtssoziologie* [Sociologie du droit], 2. vol., Hambourg, Rowohlt, 1972 (trad. angl. E. King-Utz et M. Albrow : *A Sociological Theory of Law*, Londres/Boston, Routledge & Kegan, 1985).

⁶⁹⁵ N. LUHMANN, *supra* note 693.

⁶⁹⁶ P. GUIBENTIF, *supra* note 687, p. 138.

⁶⁹⁷ *Ibid.*

⁶⁹⁸ *Id.*, p. 144.

reviendrons sous peu sur cette notion d'attentes normatives et sur son lien avec le « droit » au sens usuel du terme. Auparavant, il nous faut voir ce que peut bien vouloir dire ce mot chez un Luhmann muni du concept d'autopoïèse où il est assorti de la locution « système social », autrement dit ce que veut dire, chez Luhmann en 1993, le « droit comme système social » ou, peut-être plus exactement, ce que veut y dire l'étude du droit ainsi compris. Au sein du modèle luhmannien, l'« observation » scientifique du droit portera bien sûr sur le droit comme système social fonctionnel, ce qui veut dire, non seulement sur des opérations qui sont des observations de premier ordre, mais aussi sur des opérations qui relèveront de l'observation de deuxième ordre (portant sur celles de premier ordre) ou « auto-observation », ou encore « auto-référence » – étant extérieure au système juridique, l'observation sociologique du droit à la luhmannienne pourrait donc être qualifiée d'observation juridique de troisième ordre (ou « épistémologie juridique⁶⁹⁹ ») en même temps que d'observation de premier ordre au sein du système social scientifique. Les premières opérations correspondent aux prétentions ainsi qu'aux décisions juridiques⁷⁰⁰. Quant aux opérations de deuxième ordre, elles appellent d'abord une précision notionnelle. Si l'auto-observation est nécessaire à toute autopoïèse qui suppose que, pour se maintenir, le système puisse lui-même identifier ses opérations basales de distinction comme lui étant propres⁷⁰¹, encore faut-il savoir que, lorsque au sein de ces systèmes complexes que sont les systèmes sociaux fonctionnels cette auto-observation se fait discours théorique, il conviendrait de parler plutôt d'« auto-description ». L'auto-observation du droit comme système social serait l'argumentation juridique⁷⁰², et son auto-description, la théorie du droit⁷⁰³, sur laquelle porte largement la « sociologie » (ou, à cet égard, l'épistémologie) luhmannienne du droit. Au-delà de cette « communication » intérieure, l'observation luhmannienne du juridique porte aussi sur l'« interaction » du système du droit avec son environnement extérieur au moyen de mécanismes de couplage structurel. Une telle interaction a donc notamment lieu avec les autres systèmes sociaux fonctionnels, avec les systèmes sociaux non fonctionnels tels que les organisations ainsi qu'avec cet « environnement humain » formé des « systèmes

⁶⁹⁹ Voir H. RABAULT, « L'épistémologie de Niklas Luhmann : de la phénoménologie de la conscience à la phénoménologie de la communication », *Droit et Société. Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, n° 54/2003, p. 537-546 (recension longue de D. KRAUSE, *Luhmann-Lexikon. Eine Einführung in das Gesamtwerk von Niklas Luhmann*, 3^e éd. rev. et augm., Stuttgart, Lucius & Lucius, 2001).

⁷⁰⁰ P. GUIBENTIF, *supra* note 687, p. 148.

⁷⁰¹ *Id.*, p. 103.

⁷⁰² *Id.*, p. 148.

⁷⁰³ *Id.*, p. 152.

psychiques ». Par exemple, l'État est ainsi interprété comme mécanisme de couplage structurel avec le système de la politique⁷⁰⁴, la théorie des systèmes elle-même avec le système de la science⁷⁰⁵ et les « droits subjectifs » avec les systèmes psychiques individuels⁷⁰⁶. Le pouvoir judiciaire constituerait quant à lui une « organisation », c'est-à-dire un système social non fonctionnel, formant un sous-système du droit (lui-même sous-système du système social global) dans lequel celui-ci aurait son « centre » (et avec lequel il interagirait au moyen du mécanisme de couplage structurel que serait les règles de droit positif ?), par opposition à la « périphérie » où se trouveraient tous les autres domaines d'activité juridique, dont la conclusion de contrats et... la législation, qui du reste ne seraient pas assujettis à des contraintes organisationnelles⁷⁰⁷.

On aura remarqué que, jusqu'ici, rien de ce que Luhmann entend par « droit » comme objet d'étude scientifique ne coïncide avec le sens usuel du terme ni même avec celui qu'il revêt dans la théorie du droit qui, plutôt, entre dans la composition de cet objet. Qui plus est, chez Luhmann, « tous les systèmes fonctionnels modernes se présentent comme une fonction spécifique d'une société monde⁷⁰⁸ », ce qui pose avec un coefficient de difficulté plutôt élevé la question de la place que peuvent bien y tenir les systèmes juridiques nationaux :

Rappelons ce constat de Luhmann : les systèmes fonctionnels sont des systèmes de la société, société qui acquiert maintenant les contours d'une société-monde ; ils n'ont pas de lieu ni, en eux-mêmes, de lien avec des collectivités particulières ; leur fonctionnement effectif, qui requiert des moyens concrets, exige des organisations, lesquelles sont des systèmes sociaux dont le propre est d'être situables et de déterminer des ensembles de personnes dont les activités constituent leur matière. Certaines organisations seraient par vocation liées en particulier à certains systèmes fonctionnels (les banques au système économique ; les églises au système religieux, etc.) ; d'autres interviendraient dans plusieurs d'entre eux, contribuant à leur couplage structurel (des universités entre enseignement et science ; des groupes d'experts entre science et politique, etc.)

Dans le cas du droit, les principales organisations sont les tribunaux, que Luhmann situe au centre du système juridique. Autour d'eux, on peut identifier un large éventail d'autres organisations : organisations professionnelles, services juridiques divers, associations, revues, départements universitaires, etc. Reste des réalités qu'au premier abord on hésiterait à qualifier d'organisations, mais qui ne constituent certainement pas, prises chacune pour elle-même, des systèmes sociaux fonctionnellement différenciés : les « systèmes juridiques nationaux ». Ceux-ci devraient, dans la logique du modèle luhmannien du droit, dans ses versions plus récentes, être qualifiés de phénomènes organisationnels, même s'il faut reconnaître leur particulière complexité⁷⁰⁹.

⁷⁰⁴ *Id.*, p. 150, renvoyant à *Die Politik der Gesellschaft [La politique de la société]*, Francfort, Suhrkamp, 2000, p. 390 s.

⁷⁰⁵ *Id.*, p. 150-151.

⁷⁰⁶ *Id.*, p. 151.

⁷⁰⁷ *Id.*, p. 146-147, citant, en traduisant, N. LUHMANN, *supra* note 693, p. 321 s.

⁷⁰⁸ *Id.*, p. 111.

⁷⁰⁹ *Id.*, p. 155.

Afin de répondre à la question qui nous occupe et qui est celle de la manière dont Luhmann conçoit le droit au sens plus usuel du terme ainsi que la relation de celui-ci à l'État, il est néanmoins possible d'en revenir à sa notion d'« attentes normatives ».

Au cours de l'évolution des sociétés européennes, ce type normatif d'attentes se serait différencié du type cognitif. L'attente normative se porterait sur ce qui doit être et non sur ce qui sera forcément, si bien que, à la différence de l'attente cognitive, nous ne serions pas prêts à l'abandonner sur la base d'une expérience d'ineffectivité mais plutôt sur celle – apparemment plus rare dans la mesure où Luhmann parle de l'attente normative comme de celle que nous maintenons⁷¹⁰ – d'une expérience d'invalidité. Il s'agirait toutefois d'une attente ancrée socialement (dans le sous-système juridique) et donc fondée, non pas concrètement cependant, mais pour ainsi dire abstraitement⁷¹¹. À une telle fondation sociale abstraite correspond la *validité* du droit positif moderne ici compris, même si c'est « sociologiquement », comme norme plutôt que comme fait. À la suite de la différenciation de l'attente normative par rapport à l'attente cognitive, l'évolution historique et sociale de l'occident aurait connu, avec le droit positif valide moderne, un phénomène d'« institutionnalisation » des attentes appartenant à cette catégorie différenciée d'attentes normatives⁷¹². Le critère luhmannien de positivité juridique se veut bien en lui-même sociologique plutôt que juridique⁷¹³, mais demeure un critère de validité, et non d'effectivité⁷¹⁴. Or ce critère sociologique en terme de communication d'attentes normatives semble s'entendre notamment d'un renvoi au critère juridique de validité à travers un autre renvoi, en l'occurrence un renvoi à cette organisation centrale du droit que serait le pouvoir judiciaire. Comme le relève en effet Pierre Guibentif, « implicitement, cette communication [propre au droit comme système social] établit un lien avec une possible décision judiciaire qui dirait la validité de l'attente invoquée, au regard du droit objectif⁷¹⁵ ». Voilà comment ce même commentateur de l'œuvre luhmannienne a pu aussi résumer dans les mots suivants la conception que se faisait l'illustre professeur de Bielefeld de la fonction du droit : « Le droit ne prétend rien

⁷¹⁰ *Id.*, p. 124.

⁷¹¹ *Id.*, p. p. 140.

⁷¹² *Id.*, p. 125.

⁷¹³ *Id.*, p. 124.

⁷¹⁴ *Id.*, p. 129 et 143.

⁷¹⁵ *Id.*, p. 141.

faire d'autre que d'apprécier la validité des règles⁷¹⁶ ». Le droit est donc bel et bien norme pour Luhmann qui, en 1966, écrit d'ailleurs à son sujet que « [l]a complexité de ce qui peut, de cette manière, être formulé en normes et les résultats que l'on peut ainsi obtenir de manière assez prévisible est étonnante et admirable, même si l'appareil est en train de gémir sous la complexité secondaire de ses normes, et s'il réclame avec instance d'en être soulagé⁷¹⁷ ». Demeure la question du rapport du droit à l'État.

Dans un premier moment de l'évolution de la pensée de Luhmann, le droit est pour ce dernier une structure du politique. Notre auteur affirmerait alors que nous ne pouvons parler de droit positif que « lorsqu'il existe des mécanismes permettant d'assurer l'institutionnalisation et la généralisation congruente d'attentes normatives par de simples décisions⁷¹⁸ ». Et ce qui, aux yeux de Luhmann à l'époque de sa *Rechtssoziologie*, permet plus précisément une pleine positivation du droit, c'est la différenciation du système politique. « En effet, le système politique moderne, avec sa capacité de produire des décisions contraignantes, peut assumer, parmi ses fonctions, celle de produire le droit positif dont les différents systèmes sociaux ont besoin⁷¹⁹. » C'est l'État moderne et, notamment, ses tribunaux qui sont au cœur de cette différenciation du système politique et de la capacité de celui-ci de produire des décisions contraignantes. D'ailleurs, Luhmann élabore alors le modèle circulaire suivant qui n'est pas sans rappeler l'identité kelsénienne entre droit et État : « Premier terme du raisonnement : les possibilités de contrainte favorisent la positivation ; mais, deuxième terme du raisonnement, la positivation rend à son tour possibles des usages toujours plus sophistiqués de la contrainte⁷²⁰ ». Dans un second moment, alors que le droit est devenu un sous-système social fonctionnel du système social global au même titre que les autres, l'État devient, ainsi que nous l'avons vu, le mécanisme de couplage structurel entre ce dernier sous-système et celui de la politique. Si l'État, que Luhmann conçoit comme une organisation⁷²¹, n'est pas trouvé par notre auteur au « centre » du système social juridique, ses tribunaux le sont.

⁷¹⁶ *Id.*, p. 111.

⁷¹⁷ N. LUHMANN, « Reflexive Mechanismen » [« Mécanismes réflexifs »] (1960), rééd. dans *Soziologische Aufklärung* 1, 1970, p. 92-112, à la page 96, cité et traduit par P. GUIBENTIF, *supra* note 687, p. 134-135.

⁷¹⁸ P. GUIBENTIF, *supra* note 687, p. 126.

⁷¹⁹ *Id.*, p. 127.

⁷²⁰ *Id.*, p. 129.

⁷²¹ N. LUHMANN, *Die Politik der Gesellschaft*, Frankfurt-am-Main, Suhrkamp, 2000, p. 189 s.

D'aucuns seront sans doute tentés de proposer, à l'instar de Gunther Teubner⁷²², une relecture pluraliste de Luhmann sur la base de passages tels que le suivant : « Il naît du droit, de même que du savoir, sous une forme rudimentaire dans tous les systèmes sociaux, et ce même sans recours au droit officiel édicté et sanctionné par l'État⁷²³ ». Quant à lui, Pierre Guibentif s'explique ce passage de *Soziale Systeme* de la manière suivante :

Voici qui vient perturber l'architecture que suggérait de prime abord la théorie de la différenciation fonctionnelle. D'une part, des communications mettant en jeu la distinction « *Recht/Unrecht* » ont lieu dans des systèmes autres que le système juridique – qui étaient pourtant censés ne mettre en jeu que leur propre distinction – et, d'autre part, de telles communications peuvent ne pas appartenir au système juridique – qui était pourtant censé comprendre toutes les communications mettant en jeu la distinction « *Recht/Unrecht* ». Il faut donc tenir compte de la dynamique des situations envisagées, ce qui revient, d'ailleurs, à prendre au sérieux le terme « rudimentaire » inclus dans la citation. [...] Ce qui nous amène donc à préciser le critère avancé par Luhmann pour délimiter le système juridique : en font partie toutes les communications mettant en jeu la distinction « *Recht/Unrecht* » dans la perspective d'une procédure destinée à établir le fondement légal de l'attente normative déçue⁷²⁴.

En somme, et nonobstant sa référence à une « société monde », la société qu'observe principalement Luhmann demeure la société moderne « occidentale » ou « européenne » au sein de laquelle ce phénomène tout aussi situé qu'est le droit étatique positif, dont la forme est celle d'un droit valide reconnu de manière relativement prévisible par les tribunaux étatiques, joue un rôle de premier plan⁷²⁵.

Section 5. Normes juridiques et État d'un point de vue « réaliste »

Il y eut deux grands « réalismes juridiques », un américain et un scandinave. Le premier a, plutôt lâchement, regroupé une vingtaine d'auteurs sur une période s'écoulant des années 1910 aux années 1940, mais son action s'est concentrée durant les décennies 1920 et 1930⁷²⁶. Le second a encadré de manière plus définie les travaux de quatre grands noms, soit le philosophe Axel Hägerström (Uppsala), puis les principaux juristes à avoir, à des degrés divers, été influencés par ce dernier, en l'occurrence Vilhelm Lundstedt (Uppsala), Karl Olivecrona (Lund) et Alf Ross (Copenhague), et ses activités se sont étendues de la fin des années 1930 au tournant des années 1970, quoiqu'à cette dernière époque le mouvement avait, depuis relativement

⁷²² G. TEUBNER, *supra* note 682.

⁷²³ N. LUHMANN, *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie* [Systèmes sociaux. Fondements d'une théorie générale], Francfort, Suhrkamp, 1984 (trad. angl. J. Bednarz : *Social Systems*, Stanford, Stanford University Press, 1995), p. 451, cité et trad. par P. GUIBENTIF, *supra* note 687, p. 141.

⁷²⁴ P. GUIBENTIF, *supra* note 687, p. 141-142.

⁷²⁵ *Id.*, p. 125-126 et 152.

⁷²⁶ Voir *supra* note 623.

longtemps déjà, perdu beaucoup de son originalité⁷²⁷. Les deux courants se sont développés en parallèle, dans une quasi-ignorance mutuelle⁷²⁸. Il n'empêche que le point d'arrivée de certains auteurs appartenant, l'un au courant américain, l'autre au courant scandinave, se révèle parfois le même, ainsi que nous le verrons⁷²⁹. Dans sa dimension philosophique, l'emploi du terme « réalisme » veut ici mobiliser le sens qu'il revêt dans son opposition à celui d'« idéalisme » plutôt qu'au sens (contraire) qu'il prenait dans son opposition plus ancienne au terme de « nominalisme ». Bien au contraire, le réalisme juridique, qu'il soit américain ou scandinave, se veut normalement nominaliste. Il s'agit certainement dans les deux cas de nier aux textes et mots du droit la capacité de renvoyer – avec les concepts, règles, principes ou autres normes ou « formes » juridiques – à des éléments qui tiendraient d'une sphère de réalité idéale, distincte du monde physique, naturel ou matériel. À la différence du pragmatisme qui préside au réalisme américain, l'empirisme naïf du réalisme scandinave déborde de présupposés ontologiques et épistémologiques relatifs à la possibilité d'une adéquation de l'expérience sensible au « réel » ou encore à la structure logique de celui-ci, d'où un certain amalgame des questions ontologiques et méthodologiques⁷³⁰. Au fond, l'« ontologie » du réalisme juridique nous semble surtout procéder d'un choix méthodologique empiriste. Ce qui exalte la plupart de ces réalistes, c'est avant tout le projet méthodologique d'une observation empirique du droit en tant que soi-disant « catégorie de faits ». Pour la vaste majorité des réalistes américains, le « lieu », sinon l'objet, d'une telle observation sera la décision judiciaire. Cela vaut aussi pour les réalistes scandinaves qui, du moins en théorie, ajoutent cependant à l'activité judiciaire celle des autres organes étatiques d'application du droit⁷³¹. En Amérique comme en Scandinavie « juridico-réaliste », le slogan, au

⁷²⁷ S. STRÖMHOLM et H.-H. VOGEL, *Le « réalisme scandinave » dans la philosophie du droit*, Paris, LGDJ, 1975. Parmi les autres figures, moins proéminentes, de ce mouvement, on compte not. Ingemar Hedenius (philosophie, Uppsala), Per Olof Ekelöf (droit, Uppsala), Tore Strömberg (droit, Lund) et Theodor Geiger (sociologie, Aarhus). Voir à ce sujet J. BJARUP, « Scandinavian Realism », dans *IVR Encyclopaedia of Jurisprudence, Legal Theory and Philosophy of Law*, en ligne : http://ivr-enc.info/index.php?title=Scandinavian_Realism

⁷²⁸ À ce sujet, voir not. la recension du testament intellectuel de Lundstedt (*Legal Thinking revised, infra* note 733) par H.W. JONES, (1958) 58 *Columbia Law Review* 755-759.

⁷²⁹ Voir également en ce sens : M. MARTIN, *Legal Realism: American and Scandinavian*, New York, Peter Lang, 1997 ; G.S. ALEXANDER, « Comparing the Two Legal Realisms. American and Scandinavian », (2002) 50 *American Journal of Comparative Law* 131.

⁷³⁰ « Lundstedt, like the others more or less in the line of descent from Hägerström, is never very far from certain basic epistemological problems that tend to be given the "once over lightly" treatment in characteristic American pragmatism. » (H.W. JONES, *supra* note 728, p. 758.)

⁷³¹ Voir J. BJARUP, « The Philosophy of Scandinavian Legal Realism », *Ratio Juris*, vol. 18, n° 1, 2005, p. 1-15. On pourrait croire que cela ne vaut pas pour Olivecrona, qui reconnaît une réalité à la norme juridique et récuse la thèse de Ross selon laquelle la science juridique est affaire de prédiction des décisions judiciaires (K. OLIVECRONA, *Law as Fact* (1939), 2^e éd., Londres, Steven & Sons, 1971 ; il est à relever que le contenu de cette seconde édition

final méthodologique, du « droit comme fait » dissimule, sauf peut-être chez Frank⁷³² et chez Lundstedt⁷³³, une conception normative du juridique. Le projet était donc surtout celui de l'étude empirique d'une normativité positive, autrement dit d'une approche du droit positif sous l'angle de ses effets « observables » sur le comportement ou sur l'affect. Au sein du positivisme juridique, il faut voir avant tout la tentative de passer du normativisme au réalisme comme celle d'un déplacement de l'accent méthodologique depuis les normes elles-mêmes vers leur application, depuis la validité vers l'effectivité. Voilà ce que nous nous attacherons à démontrer en retraçant la trajectoire des deux principales figures, l'une américaine, l'autre scandinave, du réalisme juridique, c'est-à-dire Karl Llewellyn et Alf Ross.

L'unité fuyante du réalisme américain en fait un mouvement des plus difficiles à caractériser. Parfois chez un même auteur, des programmes descriptifs y côtoient des programmes prescriptifs, des projets scientifiques y voisinent avec des approches pratiques et des critiques exclusivement négatives y jouxtent des propositions davantage constructives. Les instigateurs du mouvement ont d'abord en commun d'être des juristes se voulant bien au fait de la pratique professionnelle, par rapport à laquelle ils reprochent à la Faculté de droit américaine de se situer en profond décalage. La plupart des réalistes américains croient du reste que le rattrapage ne peut se faire qu'avec l'aide des sciences sociales. C'est la thèse de John Henry Schlegel que le réalisme juridique américain se caractérise d'abord comme une tentative pour enrôler la science sociale empirique dans une entreprise de réforme juridique et sociale⁷³⁴. Mais son étude porte essentiellement sur Charles Clark, William Douglas, Underhill Moore et Walter

différerait substantiellement de celui de l'originale : Copenhague/Londres, E. Munksgaard/Oxford University Press, 1939). Or, ainsi que l'explique ici Jes Bjarup, si pour Olivecrona la tâche du scientifique du juridique est d'informer le public en général sur « la conduite à suivre » –ce que serait le droit–, elle l'est aussi d'ainsi informer les tribunaux en particulier : « *This elevates the authority of the legal scientist to provide the proper information, though the information cannot be legal information about rights and duties but only social information about the enforcement of the law by the courts and administrative agencies* » (p. 14).

⁷³² Voir *infra* note 735 et texte correspondant.

⁷³³ A.V. LUNDSTEDT, *Legal Thinking Revised. My Views on Law*, Stockholm, Almqvist & Wiksell, 1956. Selon cet auteur, « *the thought of law in the meaning of a system or body of rules lacks any real basis* » (p. 31) ; « *[law is] nothing but the very life of mankind in organised groups and the conditions which make possible the peaceful co-existence of masses of individuals in social groups and their co-operation for other ends than the mere existence and propagation [... :] 'law' is an intricate machinery which is essentially kept going [...] by means of psychological impulses arising in various ways from the nature of man, his senses, his instincts, and his emotions* » (p. 8). Ainsi qu'en rend compte Jes Bjarup, « *Lundstedt is adamant that there are legal rules, not in the traditional sense of valid or binding rules since this is metaphysics, but in the sense of regularities of behaviour [...]* » ; ainsi « *[w]hat Lundstedt calls « laws » are empirical laws stating the causal relations between the legal words and their effects upon human behaviour* » (J. BJARUP, *supra* note 731, p. 11-12).

⁷³⁴ J.H. SCHLEGEL, *supra* note 623.

Wheeler Cook. Certaines figures du mouvement tendent d'ailleurs à se dérober à toute caractérisation de celui-ci, tel ce « gestalto-freudien » et anti-déterministe qu'est Jerome Frank, chez qui le scepticisme à l'égard des règles s'accompagne d'un scepticisme envers les faits, et ce, pour aboutir sur un scepticisme relatif à la prévisibilité des décisions⁷³⁵. L'historique habituel fait remonter l'origine du réalisme américain à Joseph Bingham⁷³⁶, qui développe une idée de Holmes que Pound a peut-être eu raison, de son côté, de refuser d'isoler de son contexte : « *The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law*⁷³⁷ ». Sur le plan épistémologique, l'empirisme de Bingham procède d'un nominalisme qui ne se veut pas pour autant réaliste (au sens philosophique moderne de la possibilité d'une adéquation de l'expérience sensible avec le réel), mais pragmatiste⁷³⁸. La scientificité d'un

⁷³⁵ J.N. FRANK, *Law and the Modern Mind*, New York, Brentano's, 1930. Sa « formule » de la décision judiciaire est demeurée célèbre : D (décision) = S (stimuli) x P (personnalité). Elle est énoncée dans son *Courts on Trial*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1949, p. 182. Aux pages 170-171 de ce dernier ouvrage, Frank affirme que le juge connaît une « *gestalt* ». Dans « The Sketch of an Influence » (P. SAYRE (dir.), *Interpretations of Modern Legal Philosophies: Essays in Honor of Roscoe Pound*, New York, Oxford University Press, 1947, p. 189), Frank admet que les valeurs de la société influent sur la personnalité du juge, personnalité qui intervient dans l'appréhension des faits par ce dernier qui ne les connaît du reste qu'indirectement. Or Frank ne croit pour autant ni que cette personnalité soit réductible à ces valeurs ni qu'elle et son rapport aux stimuli reçus par le juge puissent jamais être connus de manière à prédire scientifiquement ses décisions. Sur Frank, voir not. : J. PAUL, *The Legal Realism of Jerome N. Frank: A Study of Fact-Skepticism and the Judicial Process*, The Hague, M. Nijhoff, 1959 ; E. CAHN, « Introduction », dans B. FRANK KRISTEIN (dir.), *A Man's Reach: the Philosophy of Judge Jerome Frank*, Westport (CT), Greenwood Press, 1965 ; F. MICHAUT, *supra* note 623, p. 197-208.

⁷³⁶ J.W. BINGHAM, « What is the Law ? », (1912) 11 *Michigan Law Review* 1/109.

⁷³⁷ O.W. HOLMES Jr., *supra* note 639, p. 461. Pour Bingham : « *The field of law is far wider and more complex than an imaginary system of promulgated or developed stereotyped rules and principles. It is a field for scientific study analogous to the field of any other science. [...] As lawyers we endeavor to forecast potential legal consequences of particular causal facts and to influence the actual trend of concrete legal consequences.* » (J.W. BINGHAM, *supra* note 736, p. 11 et 15.)

⁷³⁸ En effet, conformément au pragmatisme américain, les hypothèses ontologiques de Bingham sont fort réduites, ce qui implique un critère de scientificité en fait de résultats pratiques plutôt que de véracité ainsi qu'une réduction de la raison théorique à une forme particulière de raison pratique. Selon cet auteur : « *Every science has a practical bearing, either direct or indirect, immediate or more remote. It deals with sequences of concrete phenomena. The object of scientific inquiry is to obtain thorough knowledge of sequential causes and effects of sorts within a circumscribed field of study and to communicate this knowledge to others.* » (J.W. BINGHAM, *supra* note 736, p. 6-7.) Son critère de scientificité n'est autre que la capacité de prédire des phénomènes : « *In the development of any science, phenomena of certain sorts are studied to ascertain their causes and effects. A purpose common to all intelligent students of a science not purely historical, is the acquisition of an ability to predict that described effects will or will not follow from definite concrete conditions and forces.* » (*Id.*, p. 4.) L'accompagnement, propre au pragmatisme, du nominalisme par une certaine retenue ontologique s'exprime not. chez Bingham dans le fait que les pré-supposés s'y limitent à ce qui suit : « *If we would think clearly, we must distinguish carefully three sorts of things. First, there are objective facts external to our thought, with which our thinking may be concerned; for instance we may think about a bit of scenery, or a picture, or the expression of the thought of another person, or a series of events constituting, perhaps, an experiment. Secondly, there are our mental processes concerning these facts. Thirdly, there is the expression of our consciousness.* » (*Id.*, p. 5). Partant, si les concepts, définitions et principes abstraits sont certes nécessaires parce que la toute connaissance scientifique « *cannot be acquired, retained, used, and imparted without them* », en revanche « *[w]e should not confuse the content of knowledge with its form or with the mode of its expression, nor blur the proper relation between these things to such an extent as to*

énoncé juridique sera fonction de sa qualité de prédiction avérée d'une ou de plusieurs décisions de justice, sans que, apparemment, il ne soit nécessaire de présumer de choses telles que le droit en soi. Bingham entreprend donc de démontrer qu'est « fondamentalement erronée » l'idée selon laquelle « le champ du droit » (*the field of law*) « consists of a system of rules and principles enforced by political authority⁷³⁹ ». Or, en réalité, Bingham ne niera pas que le droit se compose de normes. Ce qu'il contestera, c'est plutôt la thèse selon laquelle le droit se composerait *exclusivement* ou *principalement* de normes⁷⁴⁰. Pour cet instigateur du réalisme américain, la science juridique est une branche de la science politique⁷⁴¹ et son regard doit surtout porter sur l'activité des cours (étatiques) de justice⁷⁴², activité dont la loi demeure un facteur de la plus haute importance⁷⁴³. Qu'en est-il maintenant du droit selon le plus connu des réalistes américains ?

En 1931, Llewellyn précise qu'il n'y a point d'« école » mais seulement un « mouvement » réaliste dans le domaine juridique aux États-Unis⁷⁴⁴. Le mouvement ne se veut pas révolutionnaire. Son originalité résiderait plutôt dans le développement d'un ensemble d'idées programmatiques auparavant limitées à l'état de fragments épars dans la littérature juridique savante⁷⁴⁵. Aussi le réalisme juridique américain ne s'inscrirait-il jamais autant en

think of science as in essence merely formally organized knowledge rather than broad and deep knowledge which is systematized and formulated as a means to effectuating economically the practical scientific ends. » (*Id.*, p. 7.)

⁷³⁹ J.W. BINGHAM, *supra* note 736, p. 3.

⁷⁴⁰ Au sujet du droit, il se demande et répond ce qui suit : « *What are the proper objects of comprehension within this field? Only or primarily rules, principles and definitions? No.* » (*Id.*, p. 9.) Plus loin, il écrit que : « *It would not be true, however, to say that the field of law exists independently of rules and principles as does that of geology. The objective phenomena of law include principally human actions and the legal sequences are brought about through voluntary action. The intelligent direction of human action necessarily involves the use of generalizations.* » (*Id.*, p. 12.)

⁷⁴¹ « *I assume that no one will contradict that the field of law is part of the field of the science of government.* » (*Id.*, p. 9.)

⁷⁴² « *Though the entire range of the operations of authoritative government come within the scope of the lawyer's profession, he is usually concerned with one sort of these operations – those of the law-determining bodies and their complementary and supplementary agencies. Of these, the courts are the most prominent in the view of the student of law, for in the great majority of cases where stubborn disputes over questions of law are fought out, those questions are ultimately determined by the courts. It will facilitate our discussion and not prejudice its soundness, I think, to confine it to law which has been or may be so determined.* » (*Id.*, p. 10.)

⁷⁴³ Bingham ira en effet jusqu'à préciser que « *valid legislative expression is a causal factor of prime importance in determining the adjudication of a case within its scope, and is an element which must be given the most careful consideration in predicting potential governmental consequences* » (*Id.*, p. 24.)

⁷⁴⁴ K.N. LLEWELLYN, « Some Realism about Realism — Responding to Dean Pound », *supra* note 656, p. 72.

⁷⁴⁵ *Id.*, p. 73. Relevons toutefois que Bingham avait lui aussi écrit : « *I do not expect that anything new will be found in these ideas. I imagine that all of them must have been expressed many times before.* » (J.W. BINGHAM, *supra* note 736, p. 1.)

rupture qu'en continuité avec la *sociological jurisprudence* dont il différerait seulement par une substitution de point de mire. Sans leur nier toute influence, le réalisme américain entend reléguer les règles juridiques au second plan pour leur préférer l'interface (*area of contact*) entre le comportement judiciaire ou « officiel » (celui des agents de l'État) et celui des « profanes » (*laymen*), autrement dit des justiciables et administrés⁷⁴⁶. Pourquoi un tel déplacement ? Parce que « le droit lui-même » consisterait avant tout en ce que font les agents officiels de l'État (juges, juges de paix, greffiers, procureurs, etc.) au sujet des conflits et que les règles juridiques permettraient difficilement de rendre compte d'une telle action⁷⁴⁷. Dans ces règles que nous tenons habituellement pour l'essence même du droit et qu'en vertu de son « réalisme » il appelle des « *paper rules* », Llewellyn ne voit que des « *rules of authoritative ought, addressed to officials, telling officials what the officials ought to do*⁷⁴⁸ ». Les « règles juridiques réelles » sont pour notre auteur celles que les agents de l'État appliquent effectivement et que des juristes scientifiques préféreraient appeler des pratiques⁷⁴⁹. Or il faut savoir que la notion que défend ici Llewellyn du « comportement » et des « pratiques » constitutives du droit veut comprendre les « attitudes » et les schémas de pensée (*thought patterns*)⁷⁵⁰.

Llewellyn, qui n'a jamais eu l'intention de se contenter de l'élaboration théorique d'un programme de recherche, avait été étudiant de William Graham Sumner, l'auteur de *Folkways*⁷⁵¹, à Yale. Cela rend peut-être un peu moins étonnant le fait que ce spécialiste du droit commercial ait commencé ses efforts de mise à exécution du programme réaliste en s'adjoignant un jeune anthropologue qui avait suivi son séminaire à Columbia, Edward Adamson Hoebel, avec qui il fit paraître *The Cheyenne Way* en 1941⁷⁵². L'ouvrage rend compte d'une étude de la résolution des conflits chez les Cheyennes sur la période 1820-1880. L'étude couvre au-delà d'une cinquantaine d'« affaires » (*cases*) dont il a été disposé, non seulement en dehors de tout

⁷⁴⁶ K.N. LLEWELLYN, « A Realistic Jurisprudence — The Next Step », *supra* note 656, p. 56.

⁷⁴⁷ K.N. LLEWELLYN, *The Bramble Bush: On our Law and its Study*, New York, Oceana, 1930, p. 3 ; « Some Realism about Realism — Responding to Dean Pound », *supra* note 656, p. 73.

⁷⁴⁸ K.N. LLEWELLYN, « A Realistic Jurisprudence — The Next Step », *supra* note 656, p. 57.

⁷⁴⁹ *Id.*, p. 56.

⁷⁵⁰ *Id.*, p. 58.

⁷⁵¹ W.G. SUMNER, *Folkways: A Study of the Sociological Importance of Usages, Manners, Customs, Mores, and Morals*, Boston, Ginn, 1906.

⁷⁵² K.N. LLEWELLYN et E.A. HOEBEL, *The Cheyenne Way: Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*, Norman, University of Oklahoma Press, 1941. Il existe une traduction française : *La voie cheyenne : conflit et jurisprudence dans la science primitive du droit*, trad. L. Assier-Andrieu, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 1999.

cadre étatique, mais aussi en l'absence d'une classe de juristes ou même de juges professionnels, de règles écrites, de procédure fixe et, finalement, de « formes »⁷⁵³. Ces affaires, nos auteurs y accèdent à la faveur de leur transmission par tradition orale, et en s'y penchant ils ne se considéreront pas étudier autre chose que du droit, dont ils définissent le concept comme renvoyant au mode « officiel » de règlement des conflits qui, sous une forme ou une autre et parce qu'il est nécessaire à son maintien, est présent au sein de toute société⁷⁵⁴. Pour Llewellyn au moins, l'étude de la « jurisprudence » des Cheyennes doit permettre l'élaboration d'une méthode d'observation des « règles réelles » de tout droit, celui des États-Unis notamment : la « *trouble case study method* », qui se veut comportementale. Car, de cette enquête censée mettre au jour un mode de résolution des conflits hautement cohérent et prévisible même en l'absence de règles écrites, nos chercheurs tirent la conclusion que ces « règles de papier », qui ne permettent pas de prévoir les décisions des tribunaux américains, devraient céder le centre d'attention de la recherche juridique à cet « autre niveau de normes » que représentent les schémas de comportement (*behaviour patterns*) relatifs à la résolution « officielle » des conflits⁷⁵⁵.

Llewellyn n'arrivera jamais à dégager ces lois scientifiques du comportement judiciaire qui devaient permettre de prédire les décisions des tribunaux américains. À partir de l'année même où paraît *The Cheyenne Way*, il revoit à la baisse ses ambitions scientifiques. La formation, la tradition et le style professionnels se substituent dans ses travaux aux schémas comportementaux⁷⁵⁶. Comme le remarque bien Françoise Michaut, cette nouvelle version de la prévisibilité des décisions judiciaires ne doit pas faire illusion. « Elle apparaît comme une possibilité pour un avocat à propos d'une affaire donnée, appelée à passer devant une cour donnée, dont la composition est connue, et non comme un espoir pour le théoricien de pouvoir prévoir les décisions de manière générale⁷⁵⁷. » Ajoutons qu'elle concernerait surtout, aux États-Unis, les décisions des juridictions d'appel⁷⁵⁸. Dans le même temps, le discours de Llewellyn bascule plus décidément du côté prescriptif en promotionnant le « *Grand Style* » de décision

⁷⁵³ *Id.*, p. 313, 323 et 329.

⁷⁵⁴ *Id.*, p. 286.

⁷⁵⁵ *Id.*, p. 318-319, 324, 330 et 334-335.

⁷⁵⁶ K.N. LLEWELLYN, « My Philosophy of Law », dans COLLECTIF, *My Philosophy of Law*, Boston, Boston Law Book, 1941, p. 183-197 ; « Afterword », dans *The Bramble Bush*, New York, Oceana, 1951, p. 153-159 ; *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*, Boston, Little, Brown and Co., 1960.

⁷⁵⁷ F. MICHAUT, *supra* note 623, p. 186.

⁷⁵⁸ K.N. LLEWELLYN, « Afterword », *supra* note 756, p. 157

d'appel. D'après l'auteur de *The Common Law Tradition*, lorsque, comme ce fut le cas dans les États-Unis des années 1830 et 1840, ce dernier style prévaut sur le style « formel » qui a marqué les jours qu'il tient pour les moins glorieux de l'histoire juridique de ce même pays, soit les décennies 1880 et 1890, alors la décision à prévoir (en appel) est celle qui fait sens, la plus raisonnable, celle qui retient la solution la plus juste ! À la suite de Françoise Michaut, il faut bien admettre, contre William Twining qui s'y refuse, qu'au terme de sa trajectoire intellectuelle Llewellyn fait plutôt figure de jusnaturaliste⁷⁵⁹. Voilà qui est d'autant plus paradoxal que Llewellyn avait lui-même adressé une telle critique à Pound et à la « *sociological jurisprudence* »⁷⁶⁰. Il s'agit cependant d'un droit naturel au sens ancien du terme, soit celui d'un droit, non pas de la nature humaine, mais de celle des choses, des situations, des affaires particulières.

Quitte à anticiper de nouveau sur notre propos, reconnaissons déjà que c'est presque aussi bien qu'Ehrlich que Llewellyn et Hoebel peuvent être mobilisés par les juristes pluralistes. *The Cheyenne Way* veut en apparence rendre raison d'un droit ni étatique, ni écrit, ni professionnalisé, ni formel, bref, d'un droit « primitif » composé de « normes institutionnelles senties, vivantes⁷⁶¹ » et répondant particulièrement bien aux besoins évolutifs de ses destinataires⁷⁶². Mais l'ancrage social du droit n'est ici pas le même que chez Ehrlich, puisque l'accent est mis sur la « jurisprudence », sur la résolution des conflits, sur la décision et sa sanction, que nos auteurs américains situent au cœur du phénomène juridique. Qui plus est, ces derniers insistent sur l'ascendant que se doit d'exercer le droit ainsi conçu sur la conduite sociale générale, sur la direction (*guidance*) qu'il doit lui imprimer. Aussi affirmeront-ils au final que l'efficacité du droit des Cheyennes a souffert de son défaut de formes⁷⁶³. Enfin, sur cette question du rapport du droit à l'État, force est de constater que *The Cheyenne Way* fait figure d'exception au sein du réalisme américain où le droit demeure étroitement associé à l'État et/ou à ses tribunaux. Replacée dans l'un de ses contextes qu'est l'ensemble de l'œuvre de Llewellyn, *The Cheyenne Way* prend peut-être son véritable sens, celui d'un détour anthropologique devant permettre d'éprouver, de mettre au point une méthode d'observation « scientifique » du droit

⁷⁵⁹ F. MICHAUT, *supra* note 623, p. 194-195 ; W.L. TWINING, *supra* note 623, p. 213.

⁷⁶⁰ K.N. LLEWELLYN, « A Realistic Jurisprudence — The Next Step », *supra* note 656.

⁷⁶¹ K.N. LLEWELLYN et E.A. HOEBEL, *supra* note 752, p. 328.

⁷⁶² *Id.*, p. 323.

⁷⁶³ *Id.*, p. 339.

(étatique) américain. Tournons-nous maintenant vers la principale figure du réalisme juridique scandinave.

Le soubassement épistémologique de l'œuvre théorique du juriste et philosophe danois Alf Niels Christian Ross se présente éclectiquement, tel un amalgame de postures incompatibles, en l'occurrence : Axel Hägerström⁷⁶⁴ ; Rudolf Carnap, Alfred Julius Ayer et le positivisme (ou empirisme) logique ; Karl Popper ; Bertrand Russell ; la pragmatique du langage de l'« École d'Oxford » ; l'émotivisme de Charles Stevenson. Du côté des auteurs juridiques, outre le fait qu'il noue le débat avec Kelsen et qu'il conclue (à la différence du principal intéressé et à notre sens à tort) à l'absence de désaccord entre Hart et lui⁷⁶⁵, Ross se réclame notamment de l'école du droit libre – dont il tient Gény pour « l'initiateur le plus remarquable⁷⁶⁶ » – ainsi que de Wesley Hohfeld. Certaines antinomies qu'une telle présentation laisse appréhender se résolvent dès lors qu'on apprend que la théorie juridique de Ross connaît en réalité quatre périodes : « 1. from 1923 to 1930 [it] is influenced by Hans Kelsen, 2. from 1930 to 1940 [it] is influenced by Axel Hägerström, 3. from 1940 to 1960 [it] is influenced by logical positivism, 4. from 1960 to 1970 [it] is influenced by the Oxford philosophy of linguistic philosophy [sic]⁷⁶⁷ ». Les deux premières périodes sont de gestation. La quatrième relève de l'incursion exploratoire⁷⁶⁸. C'est donc la troisième qui correspond au Ross de la maturité, soit celui de, notamment, « Tû-Tû » (1951)⁷⁶⁹, *Om Ret og Retfærdighed* (Du droit et de la justice, 1953)⁷⁷⁰, son ouvrage le plus

⁷⁶⁴ Sur la philosophie de Hägerström, voir not. J. BJARUP, *supra* note 731 et « Ought and Reality », (2000) 40 *Scandinavian Studies in Law* 11.

⁷⁶⁵ A. ROSS, « Le concept de droit selon Hart » (1962), dans *Introduction à l'empirisme juridique. Textes théoriques*, trad. E. Millard et E. Matzner, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 2004, p. 183-189, à la page 189.

⁷⁶⁶ A. ROSS, « Le problème des sources du droit à la lumière d'une théorie réaliste du droit » (1934), dans *Introduction à l'empirisme juridique. Textes théoriques*, trad. E. Millard et E. Matzner, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 2004, p. 23-37, à la page 28.

⁷⁶⁷ J. BJARUP, « Ross, Alf », dans *IVR Encyclopaedia of Jurisprudence, Legal Theory and Philosophy of Law*, en ligne : http://ivr-enc.info/index.php?title=Ross,_Alf

⁷⁶⁸ « In the 1960s, Ross turns to consider questions within the criminal law presented in articles that are collected in *On Guilt, Responsibility and Punishment* [Londres, Stevens, 1975]. *Considering the concepts of responsibility and guilt, Ross uses the method of linguistic philosophy used within what is called Oxford philosophy. This is a departure from his earlier view, but Ross does not apply it with respect to jurisprudential questions concerning the understanding of the concepts of legal norms and their validity.* » (*Ibid.*)

⁷⁶⁹ A. ROSS, « Tû-Tû » (1951), dans *Introduction à l'empirisme juridique. Textes théoriques*, trad. E. Millard et E. Matzner, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 2004, p. 103-116 (les traducteurs ayant cependant retenu une version de 1957).

⁷⁷⁰ A. ROSS, *On Law and Justice*, trad. M. Dutton, Londres, Stevens & Sons, 1958.

marquant⁷⁷¹ et « La validité et le conflit entre le positivisme juridique et le droit naturel » (1961)⁷⁷². Voilà qui nous amène donc à nous pencher sur une théorie du droit et de la science juridique voulant prendre appui à la fois sur le logicisme de Russell⁷⁷³, l'empirisme logique du Cercle de Vienne et l'émotivisme Charles Stevenson⁷⁷⁴, un cocktail philosophique sur la probabilité duquel on peut s'interroger⁷⁷⁵. D'autant que, contrairement à Jes Bjarup, nous croyons déceler dans les travaux rossiens de la troisième période des traces de l'influence, sinon de l'École d'Oxford, du moins sans doute de son inspirateur qu'est le Wittgenstein des *Recherches*⁷⁷⁶.

Hart parlera à juste titre de « l'insistance particulière de l'École scandinave sur l'idée que, si un énoncé ne peut pas être analysé comme un énoncé de fait, ou comme l'expression d'un sentiment, il *doit* être « métaphysique »⁷⁷⁷ ». Il faut y voir généralement la marque d'Hägerstöm, mais aussi, en ce qui concerne le Ross de la troisième période, celle de l'empirisme logique (pour les énoncés de fait) et de l'émotivisme stevensonnien (pour l'expression de sentiments).

Les prescriptions juridiques comme telles, c'est-à-dire ces énoncés que la théorie du droit tend à concevoir comme étant porteurs de « normes juridiques », doivent donc être réduites à l'expression de sentiments. Ces expressions juridiques de sentiments procèdent d'une intention d'influencer la conduite libre de leurs destinataires. Ross préférera donc parler à leur sujet de « directives », qu'il définit comme des « *utterances with no representative meaning but with the intention to exert influence* »⁷⁷⁸. Or, selon Ross, les destinataires des directives juridiques sont,

⁷⁷¹ Cette troisième période est aussi celle de *Directives and Norms* (trad. B. Loar, Londres, Routledge & K. Paul, 1968), où Ross s'interroge à savoir si les « directives » peuvent être soumises à l'analyse logique de la même manière que les « propositions », et ce pour n'admettre finalement la « logique déontique » que sous bénéfice d'inventaire. À ce sujet, voir not. V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Alf Ross : droit et logique », *Droit et Société. Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, n° 50/2002, p. 29-41.

⁷⁷² A. ROSS, « La validité et le conflit entre le positivisme juridique et le droit naturel » (1961), dans *Introduction à l'empirisme juridique. Textes théoriques*, trad. E. Millard et E. Matzner, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 2004, p. 149-166.

⁷⁷³ Not. par B. RUSSELL, « On Denoting », *Mind*, 1905, p. 479-493.

⁷⁷⁴ Not. par C.L. STEVENSON, *Ethics and Language*, New Haven, Yale University Press, 1944.

⁷⁷⁵ Voir not. H.J. RIBEIRO, « The Present Relevance of Bertrand Russell's Criticism of Logical Positivism », *Revista Portuguesa de Filosofia*, vol. 55, n° 4, 1999, p. 427-458.

⁷⁷⁶ L. WITTGENSTEIN, *Recherches philosophiques* (1953), trad. F. Dastur, M. Élie, J.-L. Gautero *et al.*, Paris, Gallimard, 2005.

⁷⁷⁷ H.L.A. HART, « Le Réalisme scandinave » (1959), trad. E. Millard, dans O. JOUANJAN (dir.), « Dossier : Théories réalistes du droit », *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, nouvelle série n° 4, 2000, p. 43-50, à la page 46.

⁷⁷⁸ A. ROSS, *supra* note 770, p. 8.

non pas les personnes en général, mais les organes d'application du droit, et au premier chef les juges. Soulignons que, si elle n'est pas une « norme » existant sur le mode de la « validité » – terme dans lequel Ross voit (à tort) l'idée d'une force morale obligatoire inhérente⁷⁷⁹ –, la « directive » rossienne, pour tenir de l'*expression*, n'est pas pour autant réduite à un contenu de volonté ou à un acte de force. Ross écrit en effet :

Pour ma part, je veux particulièrement me dissocier d'un ensemble de doctrines découlant d'une conception trop élémentaire des faits sociaux qui constituent un ordre juridique. Je me réfère à l'interprétation austrienne du droit comme commandements émanant d'une volonté puissante qui, en cas de désobéissance, les fera respecter par l'exercice de la force physique⁷⁸⁰.

Encore faut-il savoir que, depuis ses années d'étudiant à Vienne où il a rédigé le manuscrit de sa *Theorie der Rechtsquellen* (*Théorie des sources du droit*), Ross connaît trois catégories de directives juridiques : la loi, la coutume et les « motifs libres »⁷⁸¹.

Il faut ensuite savoir distinguer entre, d'une part, les directives juridiques qui, si elles sont suivies des juges, forment, avec les faits auxquels elles se rapportent, le droit et, d'autre part, les énoncés qui, pour porter sur ces directives, correspondent aux propositions de la science du droit.

Voici comment Ross résume lui-même ses principales thèses :

Le contenu logique d'une norme juridique est une proposition de *devoir-être*, ou, comme je préférerais le dire, une *directive*. Une directive n'est ni vraie ni fautive ; elle ne tend pas à établir quoi que ce soit. Sa fonction est directement d'influencer le comportement humain. Comme exemple, nous pouvons prendre la norme juridique selon laquelle si quelqu'un a commis un meurtre, il doit être puni d'une certaine façon. C'est une directive pour le comportement du juge. Nommons cette directive *D*. La proposition correspondante de la science du droit est cette proposition théorique, qui est une proposition d'*être* :

⁷⁷⁹ Au sujet du mot de « validité » dans la science juridique, Ross écrira en 1961 que, « [s]i ce terme est pris pour signifier que le droit possède une force morale inhérente (« la force obligatoire ») qui contraint les sujets, non seulement par la menace de la sanction, mais aussi moralement, dans leur conscience, il n'a aucune place ou fonction dans la doctrine juridique ». (A. ROSS, *supra* note 772, p. 151 ; voir aussi p. 155.) En 1957, Ross écrivait dans le même sens : « L'idée de la « validité », ou de la « force obligatoire » du droit, n'a pas sa place dans une science empirique. Ce n'est rien qu'une pseudo-rationalisation de certaines expériences psychologiques, de certains sentiments et de certaines attitudes envers les « autorités » juridiques, et envers l'ordre juridique. La préoccupation principale des doctrines du droit naturel a toujours été d'établir une différence intrinsèque entre le droit et un simple ordre de fait, fondé sur la force « nue » : par exemple, l'ordre constitué par une bande de brigands ; le droit possède la « validité », qui lui confère une dignité morale, et l'élève jusqu'à un « domaine des valeurs », fondamentalement différent du monde des faits auquel appartient un ordre fondé sur la force brute. Du point de vue d'une science empirique, il n'y a aucune différence. L'ordre juridique et l'ordre constitué par une bande de brigands sont tout aussi factuels. Mais, bien entendu, nos sentiments et nos attitudes envers les deux phénomènes sont tout à fait différents. » (A. ROSS, *supra* note 784, p. 122.) L'attribution à Kelsen d'une telle conception de la validité juridique en terme de « force morale obligatoire » et la critique de « quasi-positivisme » que lui adresse consécutivement Ross nous paraissent mal fondées.

⁷⁸⁰ A. ROSS, *supra* note 772, p. 152.

⁷⁸¹ A. ROSS, *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen* [*Théorie des sources du droit. Contribution à la théorie du droit positif sur la base de recherches dogmatico-historiques*], Leipzig/Vienne, Deuticke, 1929 ; *supra* note 766, p. 35.

D fait partie du droit en vigueur (dans le pays X).

Le véritable contenu de cette proposition (c'est-à-dire les implications à travers lesquelles la proposition peut être empiriquement testée) est que *D* fait partie d'un système de directives qui sont effectivement respectées. Cette effectivité est un fait social observable, consistant dans le comportement régulier des juges et d'autres autorités d'administration du droit. En définitive, les propositions de la science du droit sont des énoncés concernant des faits sociaux, et rien d'autres [*sic*]⁷⁸².

C'est donc dire qu'il y aurait un décalage entre, d'une part, l'aspect « métaphysique » ou « absurde » sous lequel se présentent au juriste-scientifique « réaliste » les propositions de ce que la tradition continentale appelle la « dogmatique juridique » et, de l'autre, leur « réalité » cachée d'« énoncés concernant des faits sociaux ». Ce serait la théorie russellienne des descriptions définies, théorie qui veut distinguer entre l'« apparence » grammaticale de la phrase et sa « réalité » structurelle logique, qui aurait amené Ross à voir dans les propositions de la science du droit, qui emploient des termes « dépourvus de référents » tels que « droit », « propriété » ou « créance », le recours à une technique économique de présentation permettant, par l'insertion de « droits [forcément] imaginaires », d'exprimer plus pratiquement des relations entre des ensembles factuels⁷⁸³. Dès 1957 pourtant, Ross semble avoir renoncé à tout logicisme en faveur d'une « philosophie du langage ordinaire », puisqu'il écrit que :

Les questions du type : « qu'est-ce que la ou le... » devraient être évitées dans l'analyse logique, parce qu'elles fleurissent l'essentialisme. Vous pouvez demander ce qu'est une certaine substance, par exemple l'« eau » ou la « poudre », quand ce que vous signifiez (désignez) par le terme « eau » ou « poudre » est manifeste. La question est inadaptée lorsque le problème principal est de déterminer la signification avec laquelle le mot est employé effectivement, ou la signification qui pourrait logiquement lui être attribuée, mais qui n'apparaît que de manière diffuse dans l'usage commun⁷⁸⁴.

L'empreinte de l'empirisme logique a, chez le Ross de la maturité, résisté à cette sensibilité naissante au sens généré par le « langage ordinaire », du moins sous la forme d'un critère de scientificité. Aussi tardivement qu'en 1953 en effet – alors que Popper a fait paraître sa *Logik der Forschung* dès 1934⁷⁸⁵ –, Ross reconduit la naïveté de l'empirisme logique auquel il continue d'emprunter ce soi-disant critère de scientificité qu'est le principe de vérification. À la

⁷⁸² A. ROSS, *supra* note 784, p. 121.

⁷⁸³ Voir A. ROSS, *supra* note 769. Voir aussi P. BRUNET, « Alf Ross et la conception référentielle de la signification en droit », *Droit et Société. Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, n° 50/2002, p. 19-28.

⁷⁸⁴ A. ROSS, « Qu'est-ce que la justice ? Selon Kelsen » (1957), dans *Introduction à l'empirisme juridique. Textes théoriques*, trad. E. Millard et E. Matzner, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 2004, p. 117-125, à la page 119.

⁷⁸⁵ K.R. POPPER, *Logique de la découverte scientifique* (1934), trad. N. Thyssen-Rutten et P. Devaux, Paris, Payot, 1973 (s'agissant toutefois d'une traduction, non pas de l'original allemand, mais de la version anglaise de 1959). Nous ne prétendons aucunement pour autant qu'avec son concept de réfutabilité Popper ait eu le fin mot de l'histoire de la philosophie des sciences.

différence des directives juridiques elles-mêmes, comme nous l'avons vu, les propositions de la science du droit seraient quant à elles soit vraies, soit fausses, ce que Ross ne s'autorise à affirmer que des énoncés « vérifiables ». Selon lui, les propositions de la science juridique sont en effet vérifiables dans la mesure où, au fond, elles consistent à prédire les décisions des autorités officielles d'application du droit, à commencer par celles des juges⁷⁸⁶.

Hart a donc raison d'en venir à la conclusion que « l'analyse de Ross ne diffère pas beaucoup des théories réalistes américaines, plus rudimentaires, qui traitent les énoncés des droits et devoirs juridiques comme des prédictions d'actions officielles⁷⁸⁷ ». Dans les deux cas, l'attention se porte d'ailleurs surtout sur l'activité des cours de justice. Une première différence qui semble toutefois échapper à Hart est que, tandis que Ross, à l'instar de l'école du droit libre, cherche surtout à relativiser l'influence de la loi du législateur, les réalistes américains, à la suite de la « *sociological jurisprudence* », cherchent quant à eux avant tout à relativiser celle du précédent, la loi du législateur trouvant le plus souvent grâce à leurs yeux. Une autre est que la méthode rossienne d'« observation » de l'activité juridictionnelle ne se veut pas exclusivement comportementale. Dans *On Law and Justice* en effet, Ross indique que :

A purely behaviouristic interpretation of the concept of validity is, however, not feasible, because it is impossible to predict the behaviour of the judge by a purely external observation of custom. The law is more than a familial, habitual order [...].

To arrive at a tenable interpretation of the validity of the law is possible only by a synthesis of psychological and behaviouristic views [...]. The view is behaviouristic so far as it is directed toward finding consistency and predictability in the externally observed verbal behaviour of the judge. It is psychological so far as the consistency referred to is a coherent whole of meaning and motivation, only possible on the hypothesis that in his spiritual life the judge is governed and motivated by a normative ideology of a known content⁷⁸⁸.

En termes plus pratiques, voire plus traditionnellement juridiques, il écrira dans le même sens que :

[O]n doit admettre que l'interprétation de la réalité sociale sur laquelle est bâtie la science du droit diffère d'une explication causale. Je préférerais dire que c'est une interprétation du comportement humain selon un système de normes, nous permettant de comprendre les actes de différents individus selon un ensemble cohérent de motivations, et de prédire (dans certaines limites) un comportement futur⁷⁸⁹.

En un mot, pour Ross le droit ne se compose pas de normes « valides » au sens précis de normes investies d'une force obligatoire, mais de « directives » suivies par les juges. Son projet de « science empirique du droit » se résume à un appel à l'analyse de la jurisprudence, notamment

⁷⁸⁶ A. ROSS, *supra* note 770, not. chap. 2, p. 34-35, 39, 44 et 50-51.

⁷⁸⁷ H.L.A. HART, *supra* note 777, p. 47.

⁷⁸⁸ A. ROSS, *supra* note 770, p. 73-74.

⁷⁸⁹ A. ROSS, *supra* note 784, p. 124.

dans le but de dégager d'éventuelles « directives » (ou « idéologies normatives ») que recèlerait l'agrégation des « motifs libres ».

Récapitulons en nous référant à un commentaire d'Évelyne Serverin sur Ross et le réalisme juridique scandinave. Au sein du positivisme juridique, ce qui distingue le réalisme de Ross du normativisme n'est finalement qu'une posture méthodologique⁷⁹⁰. Sauf peut-être à mieux considérer les travaux de Lundstedt, « à s'attacher aux énoncés sur les faits que proposent les auteurs de ce courant [qu'est le réalisme scandinave], on constate effectivement qu'ils ne constituent pas des descriptions de pratiques, mais des analyses de règles⁷⁹¹ ». Et sur la question du rapport de cette persistante normativité du droit à l'État, « le programme réaliste exclut de découvrir le droit dans la société [...], au profit d'une recherche des motifs du juge⁷⁹² ». Or,

[s]'agissant de la preuve de l'existence des règles, il est évident que la science du droit [convoquée par le réalisme scandinave] s'en remet aux pratiques habituelles des juristes, lesquelles ne sont ni explicitées ni justifiées.

En termes de gains de connaissance, le bilan de la méthode d'identification des règles valides n'est guère exaltant. Si la démarche empirique revient à dire qu'est du droit valide ce que font les tribunaux, et si on laisse aux juristes le soin de définir ce qu'il en est de ces pratiques, la méthode empirique se confond avec la méthode traditionnelle d'étude de la jurisprudence des tribunaux (dans les systèmes continentaux) ou des précédents (pour les pays de *common law*). De ce point de vue, la démarche ne semble pas pouvoir renouveler les méthodes en cours dans les facultés de droit. L'appel aux « faits » se réduit alors à une pure proclamation rhétorique⁷⁹³.

Relevons enfin, pour conclure sur Ross, que, dans la seconde partie de *On Law and Justice*, ce dernier appelle la science juridique à fonder la « politique juridique » qui, tout comme la « *sociological jurisprudence* », se présente comme une espèce de génie juridique. Le scientifique du droit devrait pouvoir articuler son savoir avec celui des sciences sociales en général pour développer une « sociologie juridique » devant accoucher d'une espèce de technique, la « politique juridique », qui, à son tour, doit pouvoir « éclairer » les « officiels du droit ». D'après la lecture qu'en fait Jes Bjarup : « *The guidance can only be expressed in empirical propositions based upon the social sciences where Ross makes a call for scientific legal sociology. For Ross, the role of the lawyer as a legal politician is to function as a rational technologist that offers his knowledge at the disposal of the politicians in power*⁷⁹⁴. » La nôtre rejoint plutôt celle de Hart selon qui, « [e]n travaillant ces thèmes, qui ne sont pas inconnus,

⁷⁹⁰ E. SERVERIN, « Quels faits sociaux pour une science empirique du droit ? », *Droit et Société. Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, n° 50/2002, p. 59-68, à la page 60.

⁷⁹¹ *Id.*, p. 60.

⁷⁹² *Id.*, p. 64.

⁷⁹³ *Id.*, p. 66.

⁷⁹⁴ J. BJARUP, *supra* note 767.

l'auteur dit encore plus qu'il ne fallait en dire, particulièrement sur le concept de bien-être social, et sur la relation entre les intérêts publics et privés que Pound avait laissé dans un état si nébuleux⁷⁹⁵ ». Nous croyons surtout qu'il ne faut pas être dupe de ces prétentions scientifiques confuses dont certains juristes tels que Ross ont voulu enrober leurs orientations politiques. Au reste, dupe, Bjarup ne l'est certes pas qui relève que « *Ross also contradicts himself since he does not follow his own recommended method when writing his textbooks which in effect turns legal science into legal politics*⁷⁹⁶ ».

Reste à conclure sur le réalisme juridique en général en essayant d'en tirer des leçons sur la conception du droit et de son rapport à l'État au sein de la pensée juridique moderne. À cet égard, il convient d'insister sur le fait que Ross reconnaît aisément que le modèle de Kelsen est représentatif de la « pensée de juristes ». Or, tandis que pour notre part nous nous interrogeons descriptivement sur le contenu de cette pensée, Ross s'en méfie, lui qui veut prescriptivement « fonder » la science « véritable », « empirique » du droit. Le célèbre juriste de Copenhague et ancien étudiant de Kelsen écrit en effet que :

La difficulté qu'implique l'analyse de Kelsen découle de son adhésion à l'idée de « validité », reprise de ce que l'on nomme la « pensée des juristes ». Cette idée, comme je veux le montrer, est dénuée de tout sens descriptif, et n'a aucune place dans une analyse logique, ou dans le domaine de la science⁷⁹⁷.

Or, ce qui est remarquable aux fins de notre propos, c'est que malgré toute la « science » que déploie Ross pour « repenser » le droit, celui-ci en arrive à une conception plutôt traditionnelle du droit comme ensemble de lois, coutumes et « motifs libres » mis en œuvre par le juge. Cela s'applique également aux réalistes américains. Dans l'ensemble, et au fond, le réalisme juridique, dans sa version américaine aussi bien que dans sa version scandinave, conçoit le droit comme un épiphénomène normatif de l'État et se distingue essentiellement du normativisme par un déplacement d'accent méthodologique, l'hypothèse étant que de situer le droit dans la décision judiciaire doit permettre d'en faire un phénomène « observable ». Un peu de « réalisme » à l'égard du droit éloigne donc à peine de la pensée des juristes, alors que beaucoup

⁷⁹⁵ H.L.A. HART, *supra* note 777, p. 45.

⁷⁹⁶ J. BJARUP, *supra* note 767.

⁷⁹⁷ A. ROSS, *supra* note 784, p. 120-121. Voir aussi *ibid.*, p. 122-123, et A. ROSS, *supra* note 772, p. 163 : « [...] cette « pensée des juristes » n'est pas un guide auquel une analyse logique peut faire confiance. Il se peut, et c'est hautement probable dans le domaine du droit et de la morale, que la manière commune de « penser » soit imprégnée d'idéologie reflétant des expériences émotionnelles, mais sans la moindre fonction de description de la réalité, ce qui est la tâche de la science juridique ».

y ramène en son centre. De « peu » à « beaucoup » de réalisme, on passe cependant du sens philosophique au sens commun du terme. Voilà justement ce que fera Hart. Or, avant de voir le « concept de droit » selon ce dernier, il convient de couvrir rapidement la liquidation de la succession du réalisme juridique.

Il serait difficile de nier que personne ne s'est fait connaître pour sa capacité avérée de prédire les décisions judiciaires en se fondant sur quelque connaissance de véritables « lois scientifiques du droit » induites de l'observation des faits. Schlegel n'a pour sa part aucun mal à dresser un constat d'échec du projet réaliste américain⁷⁹⁸. Très rares sont ceux qui, comme Brian Leiter, croient encore au projet au point de s'efforcer à le réactualiser fidèlement⁷⁹⁹. L'héritier le plus prestigieux de la « *sociological jurisprudence* » et du réalisme juridique américain demeure sans conteste la théorie économique du droit⁸⁰⁰. Ses parents pauvres sont les études de type « droit et société », qui ont des prétentions scientifiques ainsi qu'un statut épistémique incertains⁸⁰¹. Ses plus indignes successeurs sont sans doute les *Critical Legal Studies*, qui se basent sur le scepticisme radical de Frank, mais cette fois pour encourager le juge à instrumentaliser cette pure apparence ou coquille vide que serait le droit au profit de l'« idéologie » de leur choix⁸⁰². Le réalisme scandinave fait quant à lui l'objet de quelques tentatives de réactivation en Italie et en France⁸⁰³.

Section 6. Le normativisme « impur » de Hart et le droit étatique comme « paradigme »

Voici comment, en 1959, soit avant même que ne paraisse *The Concept of Law*⁸⁰⁴, Hart résumait sa critique de Ross :

⁷⁹⁸ J.H. SCHLEGEL, *supra* note 623.

⁷⁹⁹ B. LEITER, *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, New York, Oxford University Press, 2007.

⁸⁰⁰ Pour une introduction à ce champ de recherche, voir T. KIRAT, *Économie du droit*, Paris, La Découverte, 1999.

⁸⁰¹ Voir en ce sens M. ST-HILAIRE, « Pour un développement de l'épistémologie juridique au Canada... comme ailleurs », (2004) 30 *Manitoba Law Journal* 463.

⁸⁰² Voir not. D. KENNEDY, *A Critique of Adjudication: fin de siècle*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1997, et R.M. UNGER, *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1986. Sur la filiation contestée de ce mouvement, voir G.E. WHITE, « From Realism to Critical Legal Studies: A Truncated Intellectual History », (1986) 40 *Southwestern Law Journal* 819.

⁸⁰³ Voir not. les travaux de Giovanni Tarello, Paolo Comanducci, Riccardo Guastini, Tecla Mazzarese et Michel Troper.

⁸⁰⁴ H.L.A. HART, *supra* note 529.

Ross traite les énoncés de validité juridique (par exemple : « ceci est une règle valide du droit danois ») comme énoncés externes de fait prédisant un comportement et un sentiment juridiques. Pourtant, l'usage normal et central de : « juridiquement valide » se trouve dans un énoncé normatif interne d'un genre spécial, et l'échec de Ross à fournir un compte rendu plausible de l'usage de cette expression dans la bouche d'un juge, où son caractère interne est clair, est dû à son échec, plus général, à prévoir des usages non factuels, non prédictifs, du langage inséparable de l'usage des règles. L'énoncé interne : « ceci est une règle valide », en tant qu'énoncé distinct de l'énoncé externe prédictif : « en Angleterre, ils suivront cette règle », est approprié quand un système de règles contient, comme les systèmes juridiques, non seulement des règles primaires créant des étalons juridiques de comportement, mais aussi des règles pour reconnaître, ou des critères généraux pour identifier, les règles primaires du système par certains signes. Aussi, quand un juge reconnaît une disposition législative comme « valide », il l'identifie comme règle primaire, se servant pour cela d'une règle de reconnaissance inexprimée, ou de critères d'identification, qui peuvent être formulés ainsi : « Ce que la Reine et le Parlement édictent conjointement constitue un étalon juridique de comportement »⁸⁰⁵.

Ross n'est, bien sûr, qu'un des « interlocuteurs » de Hart, dont nous avons déjà eu l'occasion de dire qu'il allait reprendre certaines thèses essentielles du normativisme. Hart ne se range cependant aux côtés de Kelsen que dans sa critique des réalismes juridiques d'une part et du jusnaturalisme de l'autre. Il s'objectera notamment aux thèses kelseniennes de la norme fondamentale⁸⁰⁶, de l'unité générale du droit⁸⁰⁷, de la règle instituant la sanction comme norme juridique primaire⁸⁰⁸ (et de la définition corrélatrice du délit comme condition de la sanction⁸⁰⁹) et de la nécessaire ignorance réciproque de la science juridique et de l'éthique⁸¹⁰.

Quant à la critique hartienne du jusnaturalisme (au sens 1), elle a pris, dès 1958, sa forme la plus célèbre dans un débat avec Lon Fuller⁸¹¹, bien que *The Concept of Law* contienne deux chapitres sur la question du rapport du droit à la morale. L'histoire du renouveau du jusnaturalisme après la Seconde Guerre mondiale est connue. L'horreur du nazisme a notamment inspiré à Gustav Radbruch cette célèbre formule : « La préséance doit être donnée à la norme de droit positif [...], même lorsque celle-ci est injuste et contraire au bien-être général, à moins que cette injustice soit d'un degré tel que la norme en question n'en devienne en fait du « faux droit » (« *unrichtiges Recht* ») et ne doive pour cette raison céder le pas à la justice⁸¹² ». Il existe une

⁸⁰⁵ H.L.A. HART, *supra* note 777, p. 48-49.

⁸⁰⁶ H.L.A. HART, *supra* note 529, p. 127-128.

⁸⁰⁷ H.L.A. HART, « Kelsen's Doctrine of the Unity of Law », dans H.E. KIEFER et M.K. MUNITZ (dir.), *Ethics and Social Justice*, Albany (NY), State University of New York Press, 1968, p. 171-199.

⁸⁰⁸ H.L.A. HART, *supra* note 529, p. 54-57.

⁸⁰⁹ H.L.A. HART, « Kelsen Visited », (1963) 10 *UCLA Law Review* 709.

⁸¹⁰ *Id.*

⁸¹¹ H.L.A. HART, « Positivism and the Separation of Law and Morals », (1958) 71 *Harvard Law Review* 593 ;

L.L. FULLER, « Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart », (1958) 71 *Harvard Law Review* 630.

⁸¹² G. RADBRUCH, « Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht » [« Faux droit positif et droit supra-positif »], *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, n° 1, 1946, p. 105-108, à la page, 107 (notre trad.).

controverse sur la question de savoir si le fait, pour Radbruch, de tenir une telle position en 1946 relève de la volte-face. À l'encontre de celle de la conversion, on a soutenu la thèse du simple correctif⁸¹³. Pour notre part, nous tendons à croire que le positivisme de ce théoricien antilibéral du « droit social » qu'était le Radbruch de la période weimarienne⁸¹⁴ n'est pas aussi évident qu'on le laisse généralement entendre. En tout état de cause, la « formule de Radbruch » influencera la jurisprudence de la RFA⁸¹⁵ ainsi que de nombreux auteurs, non seulement allemands, mais aussi étrangers, dont Fuller. Après ce ressac, le jusnaturalisme a, au cours des dernières décennies, cessé d'être un courant important en Allemagne⁸¹⁶. Comme l'a bien compris Hart, la thèse selon laquelle la validité du droit dépend de son mérite :

paraît séduisante quand, après une révolution ou des troubles majeurs, les tribunaux appartenant à un système ont à peser leur attitude à l'égard des iniquités morales commises sous un régime précédent et sous une forme légale par de simples citoyens ou par des autorités. Leur châtement peut être ressenti comme étant socialement désirable, mais son obtention au moyen d'une législation ouvertement rétroactive qui érigerait en infraction ce qui était permis ou même exigé par le droit en vigueur sous le régime précédent, peut être difficile, être elle-même moralement odieuse, ou peut-être impossible. Dans ces conditions, il peut apparaître naturel d'exploiter les implications morales latentes dans la terminologie du droit et spécialement dans des mots tels que *ius*, *recht*, *diritto*, *droit*, qui portent le poids de la théorie du Droit naturel⁸¹⁷.

Les juristes formés à la common law connaissent l'adage : « *Bad Facts make Bad Law* ». Afin de rendre explicitement ce que Hart suggère ici de manière plus implicite, on pourrait dire : « *Bad Law makes Bad Legal Theory* ».

Toutefois, celui à qui l'ouvrage le plus fameux de Hart consacre le plus de (et les premières) pages demeure John Austin, qui passe pour le fondateur de l'« approche analytique du droit », cette approche qui ne s'ancre pas dans une autre discipline (telle l'histoire ou la sociologie) pour faire relever le droit d'un objet plus large d'études et qui à cet égard devance historiquement la « théorie pure du droit ». Plus exactement, Hart consacre trois chapitres de *The Concept of Law*, non pas aux travaux d'Austin eux-mêmes qu'à une thèse qu'on leur associe

⁸¹³ S.L. PAULSON, « Radbruch on Unjust Laws: Competing Earlier and Later Views ? », (1995) 15 *Oxford Journal of Legal Studies* 489.

⁸¹⁴ Voir à ce sujet N. LE BOUËDEC, *Gustav Radbruch : juriste de gauche sous la république de Weimar*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2011 ; « Le concept de « droit social » : Gustav Radbruch et le renouvellement de la pensée du droit sous Weimar », *Astérior* 4/2006, mis en ligne le 18 avril 2006 : <http://asterion.revues.org/497>

⁸¹⁵ Voir not. F. SALIGER, *Radbruchsche Formel und Rechtsstaat [La formule de Radbruch et l'État de droit]*, Heidelberg, C.F. Müller, 1995 ; D. KOMMERS, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham (NC), Duke University Press, 1989.

⁸¹⁶ J. HERGET, *Contemporary German Legal Philosophy*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 1996, not. p. 12.

⁸¹⁷ H.L.A. HART, *supra* note 529, p. 225-226.

généralement : « la thèse selon laquelle la clé de la compréhension du droit réside dans la simple notion d'ordre appuyé de menaces, qu'Austin lui-même a appelé un « commandement »⁸¹⁸ ».

En introduction (chap. I) de *The Concept of Law*, Hart identifie en effet trois principales « questions récurrentes » au sein de la théorie du droit : 1) en quoi le droit diffère-t-il d'ordres appuyés par la menace et en quoi leur est-il apparenté ? ; 2) quelle est la relation du droit à la morale ? ; 3) le droit se compose-t-il de règles et, dans l'affirmative, quel est le sens de l'affirmation selon laquelle une règle existe ? Ses réponses seront les suivantes : 1) en ce qu'il se compose essentiellement de règles ; 2) une relation contingente et non nécessaire ; 3) oui, et une telle affirmation signifie soit que règle est « acceptée » et « utilisée », soit qu'elle est valide parce que « reconnue » – en vertu d'une règle de reconnaissance qui est elle-même acceptée et utilisée, mais qui ne saurait être valide. Voilà qui, dans l'ordre, fait de 1) Austin, 2) de Fuller et 3) des réalistes les principaux auteurs dont il se fait le contradicteur. Quant à son rapport à Kelsen, il est principalement d'opposition sur la question 1), principalement d'affinité sur la question 2) et pour moitié de l'une et de l'autre sur la question 3), étant d'avis que, dans les systèmes juridiques modernes, le mode d'existence de la vaste majorité des règles est la validité, alors que le fondement ultime de leur validité n'est pas une norme fondamentale hypothétique mais une règle de reconnaissance acceptée et utilisée par les autorités officielles d'application du droit. Enfin, dans une postface posthume (et inachevée), Hart répond aux objections de Ronald Dworkin, objections qui à notre sens se rapportent à la question 2).

Au plan épistémologique, Hart ne prétend aucunement fonder, contribuer à ou rendre raison de la « scientificité » du droit comme discipline. Son approche analytique du juridique se fonde plutôt sur la « philosophie du langage ordinaire », et notamment sur le Wittgenstein des *Recherches*⁸¹⁹ ainsi que sur un autre John Austin que le philosophe du droit dont il vient d'être

⁸¹⁸ H.L.A. HART, *supra* note 529, p. 34. Hart écrit en effet ce qui suit : « [...] nous énoncerons et critiquerons une position qui est, en substance, la même que la doctrine d'Austin, mais qui s'en distingue probablement à certains égards. Notre intérêt principal, en effet, ne va pas à Austin, mais au crédit dont jouit un certain type de théorie qui exerce une attraction perpétuelle, quels que soient ses défauts. C'est la raison pour laquelle nous n'avons pas hésité, chaque fois que la pensée d'Austin était incertaine ou que ses opinions paraissaient incohérentes, à l'ignorer et à énoncer une position claire et cohérente. De plus, chaque fois qu'Austin laissait seulement entrevoir des orientations qui prêtent à la critique, nous les avons développées (en partie dans la direction suivie par des théoriciens ultérieurs tels que Kelsen) afin de nous assurer de ce que la doctrine que nous analyserons de manière critique soit énoncée dans sa forme la plus convaincante » (*id.*, p. 37).

⁸¹⁹ L. WITTGENSTEIN, *supra* note 776.

question, en l'occurrence John Langshaw Austin, auteur de « A Plea for Excuses »⁸²⁰. Elle prend également appui sur Bentham qui, bien avant Hart et l'École d'Oxford, s'était attaché à l'analyse du langage juridique, dont il avait promu une substitution des « fictions »⁸²¹. En note, par exemple, Hart renvoie aux passages du *Fragment on Government*⁸²² où Bentham traite du « caractère inadéquat de la définition traditionnelle *per genus et differentiam*[⁸²³] en tant que méthode d'élucidation des termes juridiques⁸²⁴ ». De toute façon, Hart, qui en cela est fidèle aux premières critiques wittgensteiniennes du projet logiciste, ne cherche en rien à améliorer le langage relatif au droit par la production, depuis un point de vue extérieur à l'usage, d'une définition appelée à régler celui-ci. Hart indique en effet très clairement que le but de son livre « n'est [...] pas de fournir une définition du droit, au sens d'une règle au regard de laquelle on pourrait examiner la correction de l'emploi d'un mot⁸²⁵ ». Cette précision revient plus d'une fois dans l'ouvrage, ce qui du reste rend fort injuste la critique de « sémantisme » qu'adresse Dworkin à Hart dans le premier chapitre de *Law's Empire*⁸²⁶. Sur la nature de son approche, Hart écrira encore limpide : « C'est précisément parce que nous ne prétendons pas [y] identifier ou régler [...] l'emploi de mots tels que « droit » ou « juridique » que cet ouvrage se présente comme une élucidation du *concept* de droit, plutôt que comme une définition du terme « droit », dont on pourrait naturellement attendre qu'elle fournisse une ou plusieurs règles relatives à l'emploi de ces expressions⁸²⁷. » Il ne s'agit pas pour autant, comme le croit par exemple Brian Tamanaha qui reproche à Hart de ne pas être allé jusqu'au bout de son soi-disant « conventionnalisme »⁸²⁸, de tout simplement s'en remettre à l'usage, ne serait-ce que parce qu'il arrive que celui-ci soit ambigu, paradoxal ou autrement problématique. L'inspiration wittgensteinienne de Hart le conduit plutôt à une conception « thérapeutique » de l'analyse philosophique du langage qu'on pourrait métaphoriquement comparer à la psychanalyse : le philosophe est comme l'« analyste » de l'usage dans la mesure où celui-ci est tenu pour receler

⁸²⁰ J.L. AUSTIN, « A Plea for Excuses », *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 57, 1956-1957.

⁸²¹ Voir à ce sujet G. TUSSEAU, *Jeremy Bentham. La guerre des mots*, Paris, Dalloz, 2011.

⁸²² J. BENTHAM, *Fragment sur le gouvernement*, *supra* note 534, notes relatives au chap. 5, § 6.

⁸²³ La définition de l'espèce par le genre et la différence, suivant la conception scolastique.

⁸²⁴ H.L.A. HART, *supra* note 529, p. 297.

⁸²⁵ *Id.*, p. 435. Voir aussi p. 101 et 173.

⁸²⁶ *Id.*, p. 101, 173 et 262-265, not. ; R.M. DWORKIN, *L'empire du droit* (1986), trad. E. Soubrenie, Paris, PUF, 1994, chap. premier : « Qu'est-ce que le droit ? »

⁸²⁷ *Id.*, p. 231.

⁸²⁸ B.Z. TAMANAHA, « Socio-Legal Postivism and a General Jurisprudence », (2001) 21 *Oxford Journal of Legal Studies* 1.

en lui-même le virtuel remède à ses maux. Dans sa pratique clinique, l'analyste du langage rend compte de la mise au jour de tels remèdes sous la forme de principes explicatifs de l'usage. Il s'agit donc d'élucider les concepts à la lumière d'une restitution principielle de l'usage des mots qui y renvoient ou, dans les mots de Hart lui-même, d'« expliciter et [d']examiner les principes qui ont régi effectivement l'usage en vigueur⁸²⁹ ». C'est donc en ce sens précis qu'il faut comprendre l'entreprise hartienne d'« élucidation du concept de droit ». En vertu d'une telle approche, Hart pourra confortablement prendre d'entrée ses distances par rapport aux principales théories du droit de l'époque qui, hormis, dans une certaine mesure, celle qu'il est possible d'attribuer généralement à Austin, non seulement se contredisent les unes les autres, mais choquent le sens commun. Hart vise notamment le réalisme juridique selon lequel le droit coïncide avec les prédictions relatives à ce que feront les tribunaux (Holmes) ou plus directement à ce que feront les autorités concernant les litiges (Llewellyn)⁸³⁰. À rebours de telles théories dont il concède qu'elles « ressemblent davantage à de nettes extrapolations de quelques vérités relatives au droit, qu'on aurait négligées à tort, qu'à d'authentiques définitions⁸³¹ », son point de départ n'est nul autre que le suivant : « Face à ce débat théorique qui se déroule sans fin dans les ouvrages, nous découvrons un contraste fort étrange dans le fait que la plupart des gens sont capables de citer, avec facilité et assurance, des exemples de règles de droit, si on leur demande de le faire⁸³² ».

Il nous semble que, a priori, Hart s'attend à ce qu'une telle consultation analysante de l'usage permette de dégager un concept de droit en termes à la fois d'activités caractéristiques et d'idées structurantes d'une pensée, en l'occurrence la « pensée juridique⁸³³ ». Or l'axe autour duquel graviteraient ces idées et activités se composerait de règles sociales. Le mode premier d'existence des règles est l'« acceptation » et l'« utilisation », dans la critique d'autrui et l'autocritique autant que dans le comportement, d'un modèle de conduite. Une telle acceptation ne se traduit pas pour autant nécessairement par un sentiment⁸³⁴. Cela dit, si cet « aspect interne » de la règle qu'est l'acceptation d'un modèle de conduite se traduit généralement par

⁸²⁹ H.L.A. HART, *supra* note 529, p. 233.

⁸³⁰ *Id.*, p. 20.

⁸³¹ *Id.*, p. 20-21.

⁸³² *Id.*, p. 21.

⁸³³ *Id.*, p. 173.

⁸³⁴ *Id.*, p. 76.

une conduite qui en est l'aspect externe, l'appréhension de ce seul aspect externe ne permet pas de distinguer une règle d'une simple habitude partagée, d'une simple convergence de comportements⁸³⁵. D'où l'argument de Hart à l'endroit des réalismes juridiques et, par extension, de la plupart des méthodologies du « droit comme fait » : le défaut de prise en compte de l'aspect interne du comportement dont on se contente de relever les régularités ne permet pas de saisir ce qu'on entend normalement par « droit »⁸³⁶. Mais si le droit est affaire de règles, cela est aussi le cas de la morale que Hart conçoit également en termes de règles sociales, si bien que, sauf à renouer avec le jusnaturalisme, l'élucidation du concept de droit ne peut s'arrêter à la distinction entre règles et habitudes à la faveur de l'ajout d'une perspective interne à la perspective externe. Le contenu matériel de règles morales et juridiques pouvant coïncider, ces types de règles ne peuvent se différencier que sur le plan formel. Hart soutient que, historiquement, le type juridique de règles sociales résulte d'un phénomène de différenciation par rapport au type moral, et, nonobstant les autres critères de démarcation qu'il avance par ailleurs, cette thèse hartienne ne peut être comprise qu'à la lumière de la distinction cardinale qu'opère notre auteur entre règles primaires d'obligations d'une part et règles secondaires de reconnaissance, de changement et de décision de l'autre. Dans une société « primitive », le contrôle social se résumerait à l'action d'un ensemble relativement incertain, statique et inefficace de règles primaires d'obligations parmi lesquelles des règles juridiques ne se détacheraient pas de règles morales⁸³⁷. Plus exactement, de préciser Hart :

Cette distinction pouvait exister sous une forme embryonnaire, si certaines règles se trouvaient maintenues essentiellement sous la menace d'un châtement en cas de transgression, alors que d'autres règles se trouvaient maintenues en faisant appel à un respect présumé des règles ou à un sentiment de culpabilité ou de remords. Lorsque ce premier stade est dépassé, et le pas entre le monde pré-juridique et le monde juridique est franchi – si bien que les moyens de contrôle social comportent désormais un système de règles comprenant des règles de reconnaissance, de décision et de changement – le contraste entre les règles juridiques et les autres règles se marque davantage. Les règles primaires d'obligation identifiées grâce au système officiel sont désormais séparées d'autres règles qui continuent à exister parallèlement à celles qui sont officiellement reconnues⁸³⁸.

Ce n'est pas tant la menace d'une sanction qui importe ici que l'émergence d'un critère de démarcation entre deux catégories de règles, ce qui suppose une règle d'identification des règles dont la violation peut faire l'objet d'une sanction. Cette règle, que Hart appelle « règle de reconnaissance », est la première de celles qu'il qualifie de « secondaires » et qui sont des règles relatives à des règles primaires d'obligation. Pour notre auteur, l'articulation, constitutive d'un

⁸³⁵ *Id.*, p. 73-78.

⁸³⁶ *Id.*, p. 84-85, 108-109, 123 et 155-166.

⁸³⁷ *Id.*, p. 110-113.

⁸³⁸ *Id.*, p. 187.

système et non plus d'un simple ensemble, de règles primaires et de règles secondaires n'est rien de moins que le « cœur d'un système juridique⁸³⁹ » et, partant, la clé de la compréhension du concept de droit⁸⁴⁰.

Aussi les trois catégories de règles secondaires, soit celles des règles de reconnaissance, de changement et de décision, rempliraient-elles chacune une fonction précise en remédiant à l'un des trois principaux défauts de la « structure normative⁸⁴¹ » des sociétés préjuridiques « primitives ». Une structure sociale normative se composant simplement d'un ensemble pour ainsi dire organique de règles primaires d'obligation généralement acceptées et utilisées serait : 1) incertaine ; 2) statique ; 3) inefficace. À ces trois maux socio-normatifs correspondraient respectivement, dans l'ordre dans lequel nous les avons présentées, les trois types de règles secondaires. Celles-ci déterminent donc : 1) comment les règles primaires peuvent être identifiées ; 2) comment elles peuvent être édictées, modifiées et abrogées ; 3) comment le fait de leur violation peut être établi de manière définitive⁸⁴². Plus fondamentalement, c'est avec cette première règle secondaire qu'est la règle de reconnaissance qu'émerge, à la suite de l'acceptation/utilisation, la validité comme mode d'existence des normes juridiques :

[L]orsque nous avons affaire, comme dans le cas d'un système juridique développé, à un système de règles qui comporte une règle de reconnaissance, de telle façon que le statut d'appartenance d'une règle au système dépend désormais du fait de savoir si elle satisfait à certains critères fournis par la règle de reconnaissance, nous nous trouvons en présence d'une nouvelle acception du terme « exister »⁸⁴³.

[...]

[L]a présence d'une règle fondamentale de reconnaissance [...] n'est pas une nécessité, mais un luxe, que l'on découvre dans des systèmes sociaux avancés dont les membres ne sont pas seulement amenés à admettre des règles indépendantes une par une, mais sont tenus d'accepter d'avance des catégories générales de règles que l'on distingue à l'aide de critères généraux de validité. Dans la forme la plus élémentaire de société, nous devons attendre pour voir si une règle se fait admettre comme règle ou non ; dans un système doté d'une règle fondamentale de reconnaissance, nous pouvons dire, avant qu'une règle soit effectivement édictée, qu'elle *sera* valide si elle satisfait aux conditions posées par la règle de reconnaissance. La même question peut être présentée sous une forme différente. Lorsqu'une telle règle de reconnaissance se trouve jointe à un ensemble de règles indépendantes, non seulement elle procure les avantages du système et la facilité de l'identification, mais elle inaugure encore la possibilité d'un nouveau type de jugement. Il s'agit des jugements internes relatifs à la validité des règles⁸⁴⁴.

⁸³⁹ *Id.*, p. 117.

⁸⁴⁰ « [C]'est dans l'articulation de ces deux types de règles que gît ce qu'Austin prétendait à tort avoir trouvé dans la notion d'ordres contraignants, à savoir « la clé de la science du droit ». » (*Id.*, p. 101.)

⁸⁴¹ *Id.*, 108, *inter alia*, Hart emploie l'expression de « structure normative de la société ».

⁸⁴² *Id.*, p. 110-118.

⁸⁴³ *Id.*, p. 128.

⁸⁴⁴ *Id.*, p. 252-253.

L'extrait qui précède mobilise plusieurs thèses hartiennes qui demandent ici d'être présentées et dont certaines sont porteuses d'un niveau considérable d'ambiguïté que, dans la mesure du possible, nous nous efforcerons de réduire de manière à présenter le modèle qui nous occupe sous son meilleur jour.

La règle de reconnaissance est, au même titre que les règles primaires, un « fait normatif », à cette exception près qu'un tel fait introduit ici cette normativité plus éthérée qu'est la validité. Toutefois, ce que peu de commentateurs relèvent, c'est que Hart admet en réalité une certaine forme de scepticisme à l'égard de sa propre thèse selon laquelle, dans les systèmes juridiques modernes, la reconnaissance des règles valides obéit elle-même à une véritable règle, autrement dit que notre auteur admet un certain scepticisme relatif à la règle de reconnaissance⁸⁴⁵. En tout état de cause, la règle de reconnaissance ne peut être elle-même « ni valide ni invalide, mais [...] simplement acceptée [...]»⁸⁴⁶. Si elle fonde la validité comme nouveau mode d'existence des règles, la règle de reconnaissance n'existe elle-même que sur le mode premier de l'acceptation/utilisation ; elle correspond à « une forme de coutume judiciaire qui n'existe que si elle est acceptée et mise en pratique par les juridictions dans leurs activités d'identification et d'application du droit⁸⁴⁷ ». Cependant, si l'on comprend aisément que la règle hartienne de reconnaissance préside à l'identification des règles juridiquement valides, une ambiguïté traverse le célèbre ouvrage de 1961 quant à savoir où, au juste, cette règle que notre auteur qualifie d'« ultime⁸⁴⁸ » doit être située sur l'échelle de validité que connaît la théorie du droit. Certains passages suggèrent que la règle de reconnaissance se confond avec la constitution⁸⁴⁹. D'autres la font correspondre sur ce plan à la « norme fondamentale » kelsénienne à titre de règle fondant la validité de la constitution⁸⁵⁰. Enfin, certains passages de *The Concept of Law* laissent plutôt entendre que la règle de reconnaissance n'est jamais autre chose qu'une théorie des sources du droit⁸⁵¹, passages que semble avoir retenus Ross pour qui

⁸⁴⁵ *Id.*, p. 166-172.

⁸⁴⁶ *Id.*, p. 127.

⁸⁴⁷ *Id.*, p. 274.

⁸⁴⁸ *Id.*, p. 124, not..

⁸⁴⁹ *Id.*, p. 88-90, 97, 140-141 et 171.

⁸⁵⁰ *Id.*, p. 127 et 130-131.

⁸⁵¹ *Id.*, p. 120 et 125.

« Hart envisage, sous l'étiquette « règles de reconnaissance », ce que l'on nomme habituellement les sources du droit⁸⁵² ».

Du cours de l'argumentation que développe *The Concept of Law* se dégage une articulation en trois stades de l'évolutionnisme que suppose déjà la thèse hartienne d'une différenciation des règles juridiques des règles morales à la suite de l'émergence d'une règle secondaire de reconnaissance : 1) celui de la société « primitive » préjuridique dont la structure normative ne consiste qu'en un ensemble diffus de règles primaires d'obligation ; 2) celui de la société juridique élémentaire dont la structure normative compte au moins une règle secondaire, soit une règle rudimentaire de reconnaissance ; 3) celui de la société juridique développée dans le cadre d'un État moderne dont la structure normative se compose de règles primaires, d'un système de règles ou critères hiérarchisés de reconnaissance ainsi que d'un complexe d'autres règles secondaires de changement et de décision. Pourtant, dans le dixième et dernier chapitre qu'il consacre au « cas limite » du droit international, Hart défend la thèse de la juridicité de cet ensemble de règles dont il admet qu'il est dépourvu de règle de reconnaissance⁸⁵³.

Une autre ambiguïté que Hart laisse plus ou moins en suspens dans son livre le plus célèbre concerne le rapport des profanes du droit, que notre auteur appelle les « citoyens ordinaires » ou « simples citoyens », aux normes juridiques dans le cadre d'un État moderne. Dans le passage reproduit plus haut en retrait, Hart soutient que les membres des « systèmes sociaux avancés » sont « tenus d'accepter » les règles juridiques valides⁸⁵⁴. Cette affirmation est difficilement conciliable avec les propos de notre auteur qui traitent spécialement de la question du rapport du simple citoyen à la règle de droit valide moderne. Mais pour comprendre ces propos, il faut au préalable connaître la thèse hartienne selon laquelle, dans un État moderne, la règle ou, plus exactement, le système de règles de reconnaissance, système normatif qui permet de connaître les règles primaires d'obligation et les autres règles secondaires que sont les règles de changement et de décision, n'est véritablement accepté et utilisé, et donc connu, que des professionnels du droit, au premier rang desquels figurent les juges. Voilà de quoi suggérer en

⁸⁵² A. ROSS, *supra* note 765, p. 184.

⁸⁵³ Cette thèse, d'autant plus improbable que Hart vient de soutenir que l'articulation de règles primaires à au moins une règle secondaire de reconnaissance, nous paraît d'ailleurs est défendue au prix d'une renonciation inavouée à maintenir un critère *formel* de démarcation des règles juridiques des règles morales.

⁸⁵⁴ *Supra* note 844.

effet que, ne les connaissant pour l'essentiel que sur consultation des juristes, les « citoyens ordinaires » peuvent difficilement être tenus pour « accepter » les règles juridiques valides de manière à les « utiliser ». Il est vrai toutefois que Hart parle ici d'une « acceptation à l'avance »⁸⁵⁵. Hart ne fera pas pour autant de l'« acceptation » générale des règles juridiques par les « simples citoyens » une condition d'existence d'un système juridique moderne. Bien qu'une telle acceptation soit généralement souhaitable et présente dans les faits, il suffit, en ce qui concerne ces profanes, que ceux-ci « obéissent » généralement au droit. Voyons cela plus en détail.

Nous avons vu comment Hart distingue l'aspect interne de l'aspect externe des règles sociales et fait de la prise en compte de cet aspect interne une condition de possibilité de connaissance des règles existant sur le mode premier de l'acceptation/utilisation, une telle connaissance supposant en effet la capacité de distinguer les règles des simples convergences d'habitudes ou autres comportements. Ce que nous n'avons toujours pas vu, en revanche, c'est que, selon notre auteur, dans le seul cas des règles valides il est deux manières de connaître des règles. En effet, ce n'est que le moment venu de traiter de la règle de reconnaissance et, notamment, de son implication fondamentale qu'est la validité comme mode second d'existence des règles, que Hart nous laisse deviner *a contrario* que, à l'exception de celles qui « existent » par leur validité, les règles sociales ne peuvent être véritablement connues qu'à la faveur d'un « jugement externe de fait ». Un tel jugement se situerait dans la « perspective externe » d'un « observateur » qui n'accepte ni n'utilise forcément les règles en question, pourvu cependant que cet observateur joigne au recensement de régularités de comportement la prise en compte de l'aspect interne des règles, c'est-à-dire du point de vue interne de ceux qui les acceptent et les utilisent⁸⁵⁶. S'agissant des règles valides, un autre mode de connaissance serait possible, en l'occurrence le « jugement interne de validité » (justement). Hart écrit en effet que :

lorsque nous avons affaire, comme dans le cas d'un système juridique développé, à un système de règles qui comporte une règle de reconnaissance, de telle façon que le statut d'appartenance d'une règle au système dépend désormais du fait de savoir si elle satisfait à certains critères fournis par la règle de reconnaissance[, alors l']affirmation selon laquelle une règle existe peut désormais ne plus avoir la portée qu'elle avait dans le cas simple de règles coutumières, à savoir celle d'un jugement externe constatant le *fait* qu'une forme déterminée de comportement se trouve généralement admise en pratique comme modèle. Il peut s'agir désormais d'un jugement interne qui fait application d'une règle de reconnaissance admise, bien que non formulée, et qui ne signifie (en gros) rien d'autre que « valide, au regard des critères de validité du système ». À cet égard cependant, comme à

⁸⁵⁵ *Ibid.*

⁸⁵⁶ H.L.A. HART, *supra* note 529, p. 108-109 et 128.

bien d'autres, une règle de reconnaissance diffère des autres règles du système. L'affirmation selon laquelle elle existe ne peut être qu'un jugement externe de fait. Car, alors qu'une règle subordonnée appartenant à un système peut être valide, et en ce sens « exister », même si elle est généralement transgressée, la règle de reconnaissance n'existe que sous la forme d'une pratique complexe, mais habituellement concordante, qui consiste dans le fait que les tribunaux, les fonctionnaires et les simples particuliers identifient le droit en se référant à certains critères. Son existence est une question de fait⁸⁵⁷.

Or, dans une société organisée sous la forme d'un État moderne, la pleine capacité de porter des jugements internes de validité, et donc l'acceptation et l'utilisation d'« une » (d'un système de) règle(s) complexe de reconnaissance, est réservée aux juges d'abord, puis aux autres professionnels du droit, sur lesquels l'« observateur » doit centrer son regard :

En nous référant à notre société élémentaire, nous nous exprimons comme si la plupart de ses membres non seulement obéissaient à la règle de droit, mais comprenaient et acceptaient la règle [de reconnaissance] habilitant une succession de législateurs à légiférer. Dans une société simple, ce peut être le cas ; mais dans un État moderne, même lorsqu'elle se conforme au droit en vigueur, il serait absurde de penser que la majeure partie de la population puisse avoir une conscience claire des règles qui déterminent les qualités qu'un corps de personnes se renouvelant sans cesse doit posséder pour être habilité à légiférer. Situer au même niveau l'« acceptation » des règles par le peuple et la manière dont les membres de quelque tribu restreinte seraient susceptibles d'accepter la règle qui donne autorité à ses chefs successifs, implique que l'on reconnaisse dans le chef des simples citoyens une compréhension des problèmes constitutionnels qu'ils n'ont probablement pas. Nous ne réclamons en vérité une telle compréhension au sein du système que de la part des autorités ou des spécialistes ; il s'agit en l'occurrence des tribunaux qui ont la responsabilité de déterminer ce qu'est la règle de droit, et des juristes que le citoyen ordinaire consulte lorsqu'il veut en prendre connaissance⁸⁵⁸.

Il ne saurait donc faire de doute pour Hart que citoyens ordinaires et juristes « ne contribuent pas de la même façon à l'acceptation de ces règles [fondamentales de reconnaissance], et ainsi, à l'existence d'un système juridique⁸⁵⁹ ». Ce même auteur écrira pourtant quelques dizaines de pages plus loin que, « [c]haque fois qu'une [...] règle de reconnaissance est acceptée, aussi bien les personnes privées que les autorités publiques se voient nanties de critères obligatoires permettant d'identifier les règles primaires d'obligation⁸⁶⁰ », comme s'il oubliait, non seulement que dans son modèle la règle de reconnaissance peut aussi permettre d'identifier d'autres règles secondaires, mais encore que, dans un État moderne, ce ne serait selon lui que par le truchement des « autorités publiques » (et des juristes en général ?) que les « personnes privées » se voient « nanties » d'une règle de reconnaissance. Mais si l'on ne saurait s'attendre des « citoyens ordinaires » d'un État moderne

⁸⁵⁷ *Id.*, p. 128-129.

⁸⁵⁸ *Id.*, p. 79.

⁸⁵⁹ *Ibid.*

⁸⁶⁰ *Id.*, p. 119.

qu'ils « acceptent » la règle de reconnaissance de la même manière que le font les juges et les juristes, que peut-il en être de leur rapport aux règles que celle-ci reconnaît valides ? Peuvent-ils être raisonnablement tenus pour « accepter » généralement, ne serait-ce qu'« à l'avance », des règles qui n'« existent » qu'en vertu d'une autre qu'ils ne maîtrisent pas ? Nous venons d'aborder l'une parmi deux conditions d'existence d'un système juridique développé selon Hart : l'acceptation/utilisation d'un sous-système complexe de règles secondaire par une classe de professionnels du droit. Voilà que notre interrogation relative au rapport des citoyens ordinaires au système juridique de l'État moderne nous conduit à l'autre condition :

Il y a [...] deux conditions minimales nécessaires et suffisantes pour qu'existe un système juridique. D'une part, les règles de conduite qui sont valides selon les critères ultimes de validité du système, doivent être généralement obéies, et, d'autre part, ses règles de reconnaissance déterminant les critères de validité juridique, ainsi que ses règles de changement et de décision doivent être effectivement admises par ses autorités comme constituant des modèles publics et communs de la conduite qu'elles adoptent en cette qualité. La première condition est la seule à laquelle les simples citoyens *doivent* nécessairement satisfaire : ils peuvent obéir chacun « pour sa part seulement » et pour quelque motif que ce soit ; dans une société saine, cependant, ils accepteront souvent en fait ces règles comme des modèles communs de comportement et reconnaîtront l'obligation d'y obéir, ou même feront remonter cette obligation à l'obligation plus générale de respecter la Constitution. Quant à la seconde condition, seules les autorités appartenant au système doivent également la remplir. Il faut qu'elles considèrent ces règles comme des modèles communs du comportement qu'elles adoptent dans l'exercice de leurs fonctions et qu'elles apprécient de manière critique leurs propres écarts de conduite et ceux de tout autre comme des manquements. [...] L'affirmation selon laquelle un système juridique existe constitue, par conséquent, un jugement qui, comme le visage de Janus, se tourne à la fois vers l'obéissance des simples citoyens et vers l'acceptation par les autorités des règles secondaires comme critères communs d'évaluation du comportement qu'elles adoptent en cette qualité⁸⁶¹.

Sur le plan conceptuel du moins, Hart est donc finalement d'avis que les « simples citoyens » d'un État moderne n'ont pas à « accepter » généralement les règles d'un système juridique pour que celui-ci existe, mais seulement à leur obéir dans l'ensemble. Sur le plan pratique cependant, notre auteur est d'avis que :

On ne peut [...] mettre en doute le fait que, en relation du moins avec certaines sphères de la conduite dans un État moderne, les individus manifestent effectivement tout cet ensemble de conduites et d'attitudes que nous avons appelé le point de vue interne. Les règles de droit fonctionnent dans leurs vies [*sic*], non seulement comme des habitudes ou comme le fondement de la prédiction des décisions judiciaires ou du comportement d'autres autorités, mais comme des modèles juridiques de comportement qu'ils acceptent⁸⁶².

Autrement dit, les citoyens d'un État moderne acceptent généralement, en pratique, certaines règles primaires valides qu'ils connaissent... par la consultation plus ou moins directe d'experts juristes. En réalité, sinon une telle acceptation générale de certaines règles juridiques de la part des citoyens non juristes, du moins la connaissance approximative qu'elle suppose, faisait partie

⁸⁶¹ *Id.*, p. 135-136.

⁸⁶² *Id.*, p. 156.

de l'ancrage du point de départ de Hart dans le sens commun. C'est ce que nous paraît attester le premier chapitre de l'ouvrage qui nous occupe où Hart écrit que :

On pourrait attendre de tout homme cultivé qu'il soit capable d'identifier schématiquement ces traits saillants [que partagent les différents systèmes juridiques] de la manière suivante. Ces systèmes comprennent 1° des règles qui interdisent ou prescrivent certains types de comportement à peine de sanction ; 2° des règles qui exigent que des gens indemnisent ceux auxquels ils font du tort d'une façon ou d'une autre ; 3° des règles qui déterminent ce qu'on doit accomplir pour faire des testaments, ou conclure des contrats et autres accords qui confèrent des droits et engendrent des obligations ; 4° des tribunaux pour déterminer quelles sont les règles et quand elles ont été violées, et pour fixer la peine ou l'indemnité à payer ; 5° un corps législatif pour édicter de nouvelles règles et abroger les anciennes⁸⁶³.

À la lumière de ce qui précède, le lecteur ne sera pas surpris d'apprendre (ou de redécouvrir) que, pour Hart, la « règle » est une idée « sans laquelle nous ne pouvons espérer élucider même les formes de droit les plus élémentaires⁸⁶⁴ ». Le droit n'est donc pas à la base un fait volitif de décision, pas davantage en terme de sanction qu'en terme d'ordre. Il s'agit plutôt essentiellement d'un phénomène socio-normatif. Le droit est donc pour Hart avant tout affaire de normes. Mais le concept de droit selon Hart doit-il absolument s'entendre d'un étatsisme juridique ou bien est-il possible de faire une lecture pluraliste du juriste-philosophe britannique ?

Certes, Hart n'entend pas « interdire » l'emploi du mot « droit » au sujet d'ensembles normatifs non étatiques. Certes, il admet l'existence de cas « douteux », « discutables », « limite » ou « problématiques », dont le « droit primitif » et le « droit international »⁸⁶⁵, et se prononce même en faveur de l'emploi de cette dernière locution⁸⁶⁶. Nous croyons néanmoins que ce qui précède devrait suffire à établir que Hart n'est pas un juriste pluraliste. Brian Tamanaha avance que le célèbre ouvrage de 1961 aurait très bien pu s'intituler « *The Concept of State Law*⁸⁶⁷ ». S'il fallait absolument lui trouver un autre titre, il nous semble que *The Concept of Law as State Law* conviendrait davantage. Rappelons d'abord que, si Hart n'entend pas régler l'usage au moyen d'une définition normative, le détail de l'aspect sous lequel l'usage se présente n'est pas non plus pour lui déterminant. Le droit national étatique est pour notre auteur « l'exemple type clair⁸⁶⁸ », le « *paradigm case* » du phénomène juridique, à partir duquel il convient de chercher les principes qui structurent l'usage. Hart est d'avis que l'articulation de

⁸⁶³ *Id.*, p. 21.

⁸⁶⁴ *Id.*, p. 100-101.

⁸⁶⁵ *Id.*, p. 22, 174.

⁸⁶⁶ Voir *supra* note 853 et texte correspondant.

⁸⁶⁷ B.Z. TAMANAHA, *supra* note 828, p. 17.

⁸⁶⁸ H.L.A. HART, *supra* note 529, p. 233.

règles primaires d'obligation à des règles secondaires de reconnaissance, de changement et de décision se situe au cœur du phénomène juridique⁸⁶⁹. Au plan diachronique, son modèle procède d'un évolutionnisme à lui qui soutient qu'« un système juridique, tout comme un être humain, peut, à un certain stade, ne pas être encore né, à un second stade ne pas être encore entièrement indépendant de sa mère, puis jouir d'une existence saine et indépendante, ensuite décliner, et enfin mourir⁸⁷⁰ ». Le passage d'une structure socio-normative depuis un stade préjuridique à un stade de maturité juridique doit se traduire par la réduction de l'incertitude, de la rigidité et de l'inefficacité, dont Hart parle bien comme de « défauts ». Aussi notre auteur écrit-il au sujet du passage du stade élémentaire (celui de l'émergence d'une règle de reconnaissance) à celui de la maturité juridique que :

L'introduction dans la société de règles habilitant des législateurs à modifier et à ajouter des règles imposant un devoir, et des juges à déterminer quand de telles règles ont été transgressées, constitue en effet un progrès aussi important pour la société que l'invention de la roue. Il ne s'agissait pas seulement d'un pas important, mais d'un pas que l'on peut pour ainsi dire considérer [...] comme assurant le passage d'un monde pré-juridique à un monde juridique⁸⁷¹.

Du reste, Hart nous semble tendre en réalité à refuser au « droit primitif » ce que, d'une manière « qui n'est pas en accord avec ses prémisses » comme l'a bien remarqué Norberto Bobbio⁸⁷², il finit par accorder au « droit international ». Il avance en effet que, au-delà des similitudes de forme, le contenu des règles « souvent compliquées [du droit international] est très différent de celui des règles d'une société primitive, et [...] nombre de ses concepts, méthodes et techniques sont les mêmes que ceux du droit national moderne⁸⁷³ ». Enfin, dans la mesure où, comme nous le verrons, le pluralisme juridique vise le plus souvent (non sans ambiguïté) à l'appréhension de la « pleine » coexistence d'ordres juridiques non étatiques avec l'ordre juridique de l'État sur le territoire de celui-ci, Hart est malaisément pluraliste dès lors qu'il rappelle que « [l]e système juridique d'un État moderne se caractérise par une certaine forme de *suprématie* sur son territoire⁸⁷⁴ ». Dans son contexte, ce passage suggère bel et bien que, sur le territoire d'un État moderne, le droit étatique est, à cette exception près du droit international, le seul droit qui, en tout état de cause, a préséance sur les autres systèmes normatifs.

⁸⁶⁹ *Id.*, p. 117, 128 et 135.

⁸⁷⁰ *Id.*, p. 131.

⁸⁷¹ *Id.*, p. 60-61.

⁸⁷² N. BOBBIO, « Pour un lexique de théorie générale du droit », dans *Essais de théorie du droit*, trad. M. Guéret, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 1998, chap. 3, à la page 59.

⁸⁷³ *Id.*, p. 245.

⁸⁷⁴ *Id.*, p. 43.

Une étude de Jeremy Waldron traite de la question du rapport de Hart et de Fuller au pluralisme juridique⁸⁷⁵. Waldron y prétend que, contrairement à l'idée répandue, le modèle de Hart est « compatible » avec le pluralisme juridique, et celui de Fuller, beaucoup moins qu'on ne le croit généralement. L'évolutionnisme juridique de Hart ne lui ferait pas pour autant valoriser en elle-même la forme juridique de structuration normative du social⁸⁷⁶. Si Hart n'a pas davantage développé son modèle dans un sens pluraliste, ce serait simplement parce que cette question des manifestations non étatiques du phénomène juridique l'intéressait peu⁸⁷⁷. Cette thèse d'un Hart crypto-pluraliste nous paraît des moins convaincantes. Nous n'avons eu pour notre part aucune occasion de lire ce Hart qui insisterait sur les avantages de la forme préjuridique de structuration normative de la société⁸⁷⁸, à l'exception peut-être des passages suivants qui veulent révéler des « vérités dégrisantes » :

Le pas franchi entre la forme élémentaire de société, dans laquelle les règles primaires d'obligations constituent les seuls moyens de contrôle de la société, et monde juridique doté d'une organisation centralisée de son pouvoir législatif, de ses tribunaux, de ses fonctionnaires et de ses sanctions fournit ses avantages solides à un certain prix. Les avantages sont ceux de l'adaptabilité au changement, de la certitude et de l'efficacité et ils sont immenses ; le prix à payer n'est autre que le risque de voir le pouvoir doté d'une organisation centrale utilisée pour opprimer une série de gens dont l'appui ne lui est pas indispensable, et cela, d'une manière que ne peut connaître le régime plus simple des règles primaires⁸⁷⁹.

Dans ce système plus complexe, il se pourrait que seules les autorités admettent et utilisent les critères de validité juridique du système. La société dans laquelle il en serait ainsi ressemblerait de façon déplorable à un troupeau de moutons ; et les moutons pourraient finir à l'abattoir. Mais il n'y a guère de raisons de penser qu'un tel système ne saurait exister, ni de lui refuser la qualité de système juridique⁸⁸⁰.

Waldron avait déjà relevé ces passages dans des travaux antérieurs à son étude de 2010⁸⁸¹. C'était toutefois pour conclure que de telles réserves ou mises en garde ne suffisaient pas à mettre en doute la valorisation générale de la forme juridique par Hart⁸⁸². De toute façon,

⁸⁷⁵ J. WALDRON, « Legal Pluralism and the Contrast Between Hart's Jurisprudence and Fuller's », dans P. CRANE (dir.), *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*, Oxford/Portland (OR), Hart, 2010, p. 135-155.

⁸⁷⁶ « *I mention all this to drive home the point that Hart's attempt to draw some distinction, even a blurred and hesitant distinction, between the sort of legal system that positivists are supposed to privilege and the sort of normative order that pluralists are interested in is not associated with the denigration of the latter as problematic. He, as much as the pluralists, sees customary law as just a different kind of normative order from the formal official law of a 'developed' legal system. Both kinds of normative order have their advantages; both have their dangers.* » (*Id.*, p. 145.)

⁸⁷⁷ « *[O]ne has to say that Hart did not seem particularly interested in the fact that, with a bit of pushing and shoving, his jurisprudential framework could accommodate pluralist possibilities.* » (*Id.*, p. 140-141.)

⁸⁷⁸ *Supra* note 876.

⁸⁷⁹ H.L.A. HART, *supra* note 529, p. 219-220.

⁸⁸⁰ *Id.*, p. 136.

⁸⁸¹ J. WALDRON, « All We Like Sheep », (1999) 12 *Canadian Journal of Law and Society* 169 ; « Normative (or Ethical) Positivism », dans J. COLEMAN (dir.), *Hart's Postscript*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 411-433.

⁸⁸² J. WALDRON, « Normative (or Ethical) Positivism », *supra* note 881, p. 430.

Waldron passe à côté de la question essentielle du débat entre monistes et pluralistes juridiques : une pluralité d'ordres juridiques peut-elle exister sur le territoire d'un État ? Ce qui nous paraît être le fil conducteur, la thèse principale (et la plus féconde) de cette étude n'y est quant à elle malheureusement pas explicitée, y est plutôt mal assumée. Il s'agit à notre sens de la thèse selon laquelle l'*esprit* qui baigne l'œuvre respective de ces deux grands auteurs juridiques que sont Hart et Fuller, esprit qui n'est nul autre que celui de la « *rule of law* » de tradition anglo-américaine, milite en faveur d'une conception moniste davantage que d'une conception pluraliste du droit, ce qui expliquerait que la théorie fullérienne, plus idéale, d'une moralité inhérente au droit se révèle au final sensiblement plus moniste que le normativisme sociologique à la hartienne.

Quitte à anticiper quelque peu sur notre propos, il nous faut impérativement mettre ici en relief une autre dimension du modèle de Hart que celui-ci a laissée mal définie. Cette dimension des travaux de Hart, on en a parlé au moyen des termes d'« opérations de reconnaissance⁸⁸³ ». Dans *The Concept of Law* déjà, Hart parle parfois des effets de la règle de reconnaissance en termes, plus stricts, de reconnaissance d'appartenance au système plutôt qu'en ceux, plus larges et ambigus, de reconnaissance de validité⁸⁸⁴. Hart y entrevoit également que l'autonomisation d'un système juridique par rapport à un autre, par exemple le système juridique d'une colonie par rapport à celui de l'empire, ne peut être en définitive qu'une question de fait, les faits pouvant à cet égard démentir les règles de l'un ou de l'autre systèmes juridiques⁸⁸⁵. Ce dont Hart commence alors à s'apercevoir, c'est que, d'une part, sa règle de reconnaissance n'est fondement de validité qu'au sein d'un système dont elle se veut critère d'appartenance, tandis que, d'autre part, et de manière plus accessoire, un système juridique peut très bien, comme c'est normalement le cas avec le droit international privé, prendre acte de l'existence d'autres systèmes juridiques pour leur reconnaître en son sein certains effets qu'il détermine. De telles opérations de reconnaissance de la part d'un système juridique à l'égard d'un autre ne sauraient avoir quelque effet direct sur les conditions de validité des règles juridiques au sein du système ainsi reconnu, autrement dit sur sa règle de reconnaissance, sans quoi il n'y aurait plus lieu de parler de deux systèmes différents. La règle de reconnaissance étant, avec l'existence d'un

⁸⁸³ E. PICAUVET, « Hart, critique de Kelsen », *supra* note 621, p. 132.

⁸⁸⁴ H.L.A. HART, *supra* note 529, p. 127-128, not..

⁸⁸⁵ *Id.*, p. 140.

système juridique qu'elle fonde, une question de fait, elle doit être distinguée de ces opérations de reconnaissance qui sont des questions de droit et qui, s'il fallait s'en tenir, pourraient suggérer à tort que les règles d'un système tiennent leur validité de celles d'un autre. Dans un article de 1968, Hart reprochera à Kelsen d'être tombé dans ce piège sur la question du rapport du droit national au droit international⁸⁸⁶. Dans ce même article, Hart démontre l'absurdité de la thèse kelsénienne au moyen de l'exemple fictif d'une *Soviet Laws Validity Act* :

Suppose the British Parliament (or mutatis mutandis, Congress) passes an Act (the Soviet Laws Validity Act, 1970) which purports to validate the law of the Soviet Union by providing that the laws currently effective in Soviet territory, including those relating to the competence of legislative and judicial authorities, shall be valid. The enactment of this Act by Parliament (or Congress) would not be a reason for saying that English (or American) law together with Soviet law formed one legal system, or for using sans phrase any of the Kelsenian expressions such as Soviet law 'derives its validity' from English law or that English law was 'the reason for the validity' of Soviet law. The reason for refusing to assent to these propositions is surely clear and compelling: it is that the courts and other law enforcing agencies in Soviet territory do not, save in certain special circumstances, recognize the operations of the British (or American) legislature as criteria for identifying the laws that they are to enforce, and so they do not recognize the Soviet Laws Validity Act, though a valid English (or American) statute, as in any way determining or otherwise affecting the validity of Soviet law in Soviet territory⁸⁸⁷.

Par cette illustration notamment, Hart développe un peu plus certaines intuitions qui étaient déjà présentes dans *The Concept of Law*, et ce au point d'être maintenant en mesure d'articuler la thèse selon laquelle : « *When we have laws that explicitly or implicitly refer to other laws, or their existence or validity, we cannot determine from these relationships alone whether they belong to the same or different systems. This depends on facts concerning the making and recognition of laws⁸⁸⁸.* » Ainsi le critère d'appartenance de règles différentes à un même système juridique est-il indépendant de, et supposé rempli par, l'affirmation selon laquelle l'une tient sa validité d'une autre d'entre elles⁸⁸⁹. À la différence de Kelsen, Hart se voit accorder les moyens d'un tel réalisme (au sens courant du terme) par sa conception d'un ordre juridique comme quelque chose qui n'existe à la base que sous la forme d'une pratique sociale située dans la double réalité du temps et de l'espace, l'existence d'un tel ordre étant toujours en définitive une question de fait.

Il n'empêche que son étude de 1968 se termine sur une note hésitante. Hart commence par admettre que, à défaut de préciser cette nouvelle notion de reconnaissance qu'implique ce dont nous avons parlé en termes d'opérations de reconnaissance, il faudra conclure que les règles

⁸⁸⁶ H.L.A. HART, *supra* note 807.

⁸⁸⁷ *Id.*, p. 179.

⁸⁸⁸ *Id.*, p. 174.

⁸⁸⁹ *Id.*, p. 193.

ainsi reconnues appartiennent de la même manière aux deux systèmes juridiques en cause, celui qui reconnaît aussi bien que celui dont des règles sont reconnues⁸⁹⁰. Il envisage alors l'objection selon laquelle les règles ainsi reconnues ne seraient pas appliquées directement comme règles de droit étranger, mais par le truchement de règles de droit national auxquelles l'opération de reconnaissance ne ferait en réalité que donner le même contenu matériel. Mais cela pour concéder qu'une telle solution ne fournit aucun critère satisfaisant de démarcation entre la reconnaissance de droit étranger et la reconnaissance d'appartenance au système, autrement dit entre les opérations de reconnaissance et la règle de reconnaissance, et pour conclure de la manière suivante :

Perhaps this difficulty may be met by distinguishing two different sorts of recognition that might be called 'original' and 'derivative' recognition. In an ordinary case where there is no foreign element, for example, where an English court simply applies an English statute, the court does not base its recognition and application of the statute on the fact that courts of some other country have recognized or would recognize it; this is original recognition. But where as in cases raising questions of private international law, part of the court's reasons for recognizing a law is that it has been or would be originally recognized by the courts of another country this is derivative recognition of a foreign law. Whether in such cases we should say the court applies the law that is thus derivatively recognized or only that it applies a law with similar content does not, I think, affect this distinction, though I have no doubt it needs further elaboration⁸⁹¹.

Cette distinction entre reconnaissance directe et reconnaissance dérivée ne fournit donc aucune réponse satisfaisante à la question de la nature de la seconde : se traduit-elle par l'application d'une règle externe en tant que telle ou par l'incorporation de son contenu dans une règle interne au système ? L'hésitation de Hart nous semble s'expliquer au moins en partie par le fait qu'il n'insiste pas assez pour dire que ces deux types de reconnaissances ne sont pas deux volets de la règle de reconnaissance, qui doit à notre sens conserver un statut théorique distinct de celui des opérations de reconnaissance. Celles-ci correspondent, *grosso modo*, au droit international privé qui, lui, ne saurait se situer sur le même plan que la constitution, la règle qui fonde celle-ci ou encore la théorie des sources du droit. Autrement dit, c'est le caractère accessoire des opérations de reconnaissance qui nous semble ne pas avoir suffisamment retenu l'attention de Hart. La reconnaissance « dérivée » consistant en réalité en l'application d'une règle interne (de droit « international privé »), son objet que constitue le droit étranger se présente à la rigueur davantage comme un fait aux yeux du système qui effectue une telle opération de reconnaissance, un fait dont ce dernier système prévoit souvent qu'il faut en faire la preuve, un fait auquel il reconnaît, au fond, des effets juridiques en son sein. Si seulement Luhmann ne

⁸⁹⁰ *Id.*, p. 196.

⁸⁹¹ *Ibid.*

défendait pas la thèse (à tendance kelsénienne) d'un système juridique comme sous-système d'une société monde, il serait aisé d'établir ici un parallèle avec sa thèse selon laquelle des systèmes sociaux différents ne communiquent pas, mais interagissent entre eux. Enfin, il est à se demander si cette hésitation de la part de Hart ne provient pas en partie d'une mauvaise compréhension de la technique juridique du renvoi.

Il vaut sans doute d'être souligné que, nonobstant la diversité des grands programmes épistémologiques des XIX^e et XX^e siècles, la structure de la pensée juridique est restée essentiellement la même. Si la norme fondamentale kelsénienne est une norme fictive masquant des faits, en revanche le « droit comme fait » des « réalistes » ressemble au final à des faits fictifs masquant des normes. La supériorité de Kelsen sur les réalistes est qu'il ne croit pas à la fiction qui structure sa théorie, fiction dont il est au contraire conscient et affirme qu'elle soutient une science juridique qu'il cherche à expliquer en même temps qu'à « purifier » épistémologiquement. Hart semble donc être fondé de dire des « propositions de devoir-être » et « autres formes d'énoncés normatifs » qu'elles doivent forcément attirer l'attention de toute analyse de la pensée juridique⁸⁹².

Ainsi que le résume bien Brian Tamanaha :

*Hart's core analysis has survived relatively unscathed following almost 40 years of critique. Its hardiness is strong evidence of its soundness. With the notable exception of Ronald Dworkin's engagement, much of the discussion today consists of refinements and modifications of Hart's theory, rather than outright repudiations*⁸⁹³.

Nul besoin ici de traiter longuement de Dworkin au sujet duquel, du reste, nous partageons l'opinion de Brian Leiter selon laquelle, « *on the particulars of the Hart-Dworkin debate, there has been a clear victor, so much that even the heuristic value of the Dworkinian criticisms of Hart may now be in doubt*⁸⁹⁴ », opinion qui est aussi partagée « dans une certaine mesure » par Scott Shapiro⁸⁹⁵. Si, de 1967, date de parution de son article intitulé « The Model of Rules I⁸⁹⁶ »,

⁸⁹² H.L.A. HART, *supra* note 777, p. 49-50.

⁸⁹³ B.Z. TAMANAHA, *supra* note 828, p. 1.

⁸⁹⁴ B. LEITER, « Beyond the Hart-Dworkin Debate », (2003) 48 *American Journal of Jurisprudence* 17, p. 18.

⁸⁹⁵ S.J. SHAPIRO, « The "Hart-Dworkin" Debate: A Short Guide for the Perplexed », dans A. Ripstein (dir.), *Ronald Dworkin*, Cambridge University Press, 2007, p. 22-55, à la page 49.

à 1986, où est paru à l'origine *Law's Empire*⁸⁹⁷, Dworkin a substantiellement revu son argumentaire, ses thèses essentielles sont demeurées les mêmes. Il remet en cause la distinction entre le droit et la morale, même s'il est question pour lui d'une morale sociohistoriquement située, de la morale d'une communauté politique donnée. Il remet aussi en question la notion de sources du droit, bien que son œuvre soit traversée par une confusion entre les notions de source formelle et de source matérielle de droit. Quoiqu'il puisse en dire, Dworkin est à ranger avec les néo-jusnaturalistes. En tout état de cause, s'il se livre à une critique de la notion de « règle juridique », c'est pour faire la part large à une notion (fort ambiguë à notre avis) de « principe » non positif s'entendant en partie d'une justification morale, et non pour plaider en faveur de l'étude du droit comme fait. Enfin, Dworkin, dont la philosophie du droit est peut-être avant tout une théorie idéale de la justice constitutionnelle américaine en matière de droits fondamentaux de la personne, s'intéresse particulièrement à la Cour suprême des États-Unis et n'est assurément pas un apôtre du pluralisme juridique.

Mais si Hart se présente comme le « type idéal » de la pensée juridique moderne, alors comment l'adage (américain) suivant est-il possible ? « *Realism is dead. We are all realists now*⁸⁹⁸. » Est-ce à dire que les juristes occidentaux ou du moins les américains se considèrent généralement capables de prédire les décisions de justice au-delà de ce que me permet la seule connaissance des normes juridiques qui sont censées se dégager des motifs écrits de la jurisprudence ? Certainement pas. La seule véracité de cette assertion serait plutôt de lui faire dire que « tous » sont aujourd'hui un minimum conscients de la part d'indétermination des normes juridiques. Encore là, l'adage est trompeur, une telle conscience n'étant certainement pas la propre des « réalistes ». En effet, dans la mesure où, dans le monde angloaméricain du moins, on oppose souvent le réalisme au positivisme juridiques, et que ce dernier est aussi connu sous le nom d'« approche analytique du droit », l'adage repose à cet égard sur une malheureuse confusion que dénonce très bien Brian Bix :

Analytical jurisprudence, an approach to theorizing about law, has sometimes been confused with what the American legal realists (an influential group of theorists prominent in the early decades of the 20th century) called "legal formalism" – a narrow approach to how judges should decide cases. The American legal realists saw Austin in particular, and analytical jurisprudence in general, as their opponents in their critical and reform-minded

⁸⁹⁶ R.M. DWORKIN, « The Model of Rules I » (1967), rééd. dans *Taking Rights Seriously*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1977.

⁸⁹⁷ R.M. DWORKIN, *supra* note 826.

⁸⁹⁸ W.L. TWINING, *supra* note 623, p. 382.

efforts [...]. In this, the realists were simply mistaken; unfortunately, it is a mistake that can still be found in some contemporary legal commentators⁸⁹⁹.

La confusion est par exemple entretenue par Duncan Kennedy et ses disciples lorsque le premier soutient que l'« *American legal theory, from Cardozo to Dworkin, is antipositivist*⁹⁰⁰ » au moment où il traite en réalité d'une tendance anti-formaliste. Hart, notamment, prend grand soin de se distinguer d'un formalisme⁹⁰¹ auquel n'adhère pas davantage Kelsen, par exemple. Une récente étude suggère même que ce formalisme dont le sacrifice fait figure d'acte de fondation de la science juridique américaine n'a toujours été qu'un ennemi imaginaire⁹⁰².

Aux États-Unis y compris, la pensée juridique moderne loge en réalité à l'enseigne du « positivisme juridique » pour s'articuler autour de l'idée d'un système de normes positives. Ainsi que le résume très bien Alexander Somek, l'esprit du positivisme juridique :

[...] is captured in the maxim to arrive at constructions of legal materials that de-construct, to the greatest extent possible, the idealizations which these materials are encountered in society without, however, thereby eliminating their normative meaning. [...]

Legal knowledge is an instance of social action. Law comes into this world in acts that claim to be law. Aside from being instances of social action, the meaning of those acts is sociological in that they claim to determine authoritatively what situations mean in terms of rights and obligations, powers and immunities or privileges and liabilities.

*The validation of these draws on so-called "sources" of law*⁹⁰³.

Dans les États de droit modernes, l'enseignement du droit et l'accès aux professions juridiques ne sont pas fonction de la compétence de prédiction des décisions de justice ou de celle d'interprétation des valeurs et principes moraux de la communauté politique. Il est plutôt question avant tout de transmettre et de vérifier l'acquisition d'un savoir relatif à certaines normes et au moyen de les identifier, ce moyen étant de recourir à la théorie des sources du droit. L'exercice du « métier de juriste » veut encore dire pour l'essentiel de se pencher sur les énoncés normatifs consignés du « constituant », du « législateur », des « titulaires d'un pouvoir réglementaire » de même que des tribunaux judiciaires et administratifs. L'incapacité de prédire

⁸⁹⁹ B. BIX, *supra* note 531.

⁹⁰⁰ D. KENNEDY, « Legal Formalism », dans N.J. SMELSER et P.B. BALTES, *Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, Amsterdam/Paris/New York/Oxford/Shannon/Singapore/Tokyo, Elsevier, 2001, vol. 13, p. 8634-8637, à la page 8636.

⁹⁰¹ H.L.A. HART, *supra* note 529, p. 141-422, 148, 157-158 et 166.

⁹⁰² B.Z. TAMANAHA, *Beyond the Formalist-Realist Divide: The Role of Politics in Judging*, Princeton (NJ)/Oxford, Princeton University Press, 2010.

⁹⁰³ A. SOMEK, « The Spirit of Legal Positivism », (2011) 12 *German Law Journal* 729, p. 754.

les décisions judiciaires n'est toujours pas un motif de radiation du tableau de l'ordre des avocats ni une raison de recaler un étudiant.

Cependant, la théorie des sources situe l'État et ses tribunaux au centre du droit. Si la pensée juridique savante dominante peut parfois, à la rigueur, admettre que du droit puisse exister sans État, en revanche, non seulement le droit étatique y tient-il toujours la place de paradigme, mais encore y est-il généralement entendu que, sur le territoire d'un État, le droit se résume à l'ordre juridique étatique. La pensée juridique moderne est donc non seulement « positiviste » ou « normativiste », mais aussi étatiste et, partant, moniste.

On nous reprochera peut-être de ne pas accorder suffisamment d'importance à un élément particulier que contient pourtant notre démonstration, à savoir cet évolutionnisme par lequel la pensée juridique « européenne » semble vouloir justifier sa focalisation étatiste. Une telle objection voudra faire du « colonialisme » la pierre d'angle de cette pensée qui a retenu notre attention tout au long du présent chapitre. Or une telle thèse, du reste trop générale, ne contribuerait pas utilement à la présente étape de notre enquête qui vise à l'*explication* d'une politique, d'une pratique juridique du gouvernement relative aux droits ancestraux. La pensée juridique moderne étatiste a certes de nombreuses « affinités électives » avec la pensée colonialiste. Aussi a-t-on, alors qu'il était encore raisonnable de penser que l'entente de principe avec les Innus déboucherait sur un accord de règlement, parlé de ce traité que l'on croyait à venir avec les Innus du Québec comme d'un premier traité « postcolonial⁹⁰⁴ ». Mais si la pensée colonialiste, ne serait-ce que sous la forme de traces, devait expliquer au moins en partie la problématique juridique que cette première partie de notre enquête avait pour propos d'exposer, ce serait alors à un autre niveau de profondeur qui relèverait plutôt de sa seconde partie. Ce qui nous intéresse ici, ce sont les idées constitutives du *modus operandi* de la pensée juridique moderne. Les causes de cette pensée, causes qui seront notamment d'ordre historique, social et éthique, se situent au-delà du cadre de cette première grande étape de notre enquête. Il nous paraîtrait réducteur et historiquement improbable de ramener le normativisme étatiste de la pensée juridique « européenne » à une dimension ou à un vestige du « colonialisme ». Disons

⁹⁰⁴ G. OTIS, « Le Québec sur la voie d'un traité postcolonial avec les Innus ? », dans *Québec 2004*, Montréal, Fides, 2003 p. 773-782.

néanmoins qu'une telle qualification serait de préférence appelée à intervenir utilement à l'étape de la réflexion sur les enjeux normatifs, comme une condamnation morale. Encore là, de telles condamnations, de telles critiques de « colonialisme » se présentent trop souvent comme des figures de rhétorique qui font l'économie d'une articulation des principes moraux qu'elles pourraient autrement mobiliser. Notre lecteur ne saurait s'attendre ni ici ni dans la seconde partie à un discours du genre de ceux tenus par les « études postcoloniales »⁹⁰⁵.

C'est donc notre thèse, au terme de cette première partie de notre enquête, que ce que nous avons appelé la « politique fédérale d'extinction des droits ancestraux » s'explique principalement par le monisme étatique de la pensée juridique moderne. Cette thèse se veut en réalité d'une portée plus large. Si nous avons pris la négociation de traités comme point de départ de notre analyse, c'est parce que s'y pose de sa manière la plus complète la problématique juridique de la lutte des peuples autochtones pour la reconnaissance de leurs droits ancestraux. En d'autres termes, nous voulons soutenir ici que la problématique juridique plus générale des droits ancestraux s'explique essentiellement par la rencontre de deux pensées juridiques, l'une moniste, l'autre pluraliste. Une certaine forme de pluralisme juridique aurait donc rendu possible la prouesse technique que représentait l'entente de principe avec certaines communautés innues du Québec et serait plus généralement une condition nécessaire de la pleine reconnaissance des droits ancestraux. Notre thèse ne se veut toutefois pour le moment que descriptive, non pas normative. Rien ne nous autorise encore à condamner le monisme juridique. Nous savons que la pleine reconnaissance des droits ancestraux est possible dès lors qu'une posture pluraliste est adoptée, mais nous ne savons toujours rien des enjeux moraux de la demande d'une telle reconnaissance. L'hypothèse à formuler pour l'instant est donc que le pluralisme juridique est nécessaire mais non suffisant à l'élucidation de notre problématique juridique. Voilà pourquoi il conviendra de faire des théories pluralistes du droit le point de départ de la seconde étape de notre enquête, où nous chercherons à déterminer la virtuelle signification morale de la lutte autochtone pour la pleine reconnaissance des droits ancestraux en tant que produits d'ordres juridiques distincts du droit étatique. Juste avant d'amorcer cette seconde étape, il est utile de relever rapidement comment, relativement aux éventuels ordres juridiques autochtones, la pensée

⁹⁰⁵ Pour un critique de ce mouvement, voir not. J.-F. BAYART, *Les études postcoloniales. Un carnaval académique*, Paris, Karthala, 2010.

étatiste-moniste se retrouve par moments en porte-à-faux du droit positif étatique canadien ainsi que du droit international.

Dans certaines conditions, le droit étatique canadien reconnaît des effets au mariage et à l'adoption coutumiers autochtones⁹⁰⁶. La *Loi sur les Indiens* permet également la désignation des conseillers ou du chef d'une « bande indienne » en vertu de la coutume de celle-ci⁹⁰⁷. La jurisprudence de la Cour suprême a parfois suggéré que cette forme de pluralisme sous-tendait la notion de droits ancestraux. Dans l'arrêt *Delgamuukw*, le juge en chef Lamer affirme d'une part que l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* a « constitutionnalisé les droits que les peuples autochtones possédaient en common law⁹⁰⁸ », tandis que, de l'autre, il précise que le contenu matériel de cette disposition ne se réduit pas à ce qu'on peut trouver en cette matière dans la common law⁹⁰⁹. Ainsi le contenu du titre aborigène résulterait-il du « rapport entre la common law et les régimes juridiques autochtones préexistants⁹¹⁰ ». Les motifs majoritaires de son successeur la juge en chef McLachlin dans l'affaire *Mitchell* reconduisent ce pluralisme à l'histoire du « droit anglais⁹¹¹ ». Dans l'affaire *Marshall/Bernard*, les motifs majoritaires de la

⁹⁰⁶ Voir généralement : S. GRAMMOND, *Aménager la coexistence : les peuples autochtones et le droit canadien*, Bruxelles/Cowansville (Québec), Bruylant/Yvon Blais, 2003 ; M. MORIN, *L'usurpation de la souveraineté autochtone : le cas des peuples de la Nouvelle-France et des colonies anglaises de l'Amérique du Nord*, Montréal, Boréal, 1997, p. 197-200 et 235-236 ; N.K. ZLOTKIN, « Judicial Recognition of Aboriginal Customary Law: Selected Marriage and Adoption Cases », (1984) 4 C.N.L.R. 1. Sur la reconnaissance du mariage coutumier en particulier, voir not. : *Languedoc c. Laviolette*, (1858) 8 D.T.B.C. 257 ; *Connolly c. Woolrich*, (1867) 17 R.J.R.Q. 75, et (en appel) *Johnstone c. Connolly*, (1869) 17 R.J.R.Q. 266. Sur celle de l'adoption, voir not. : *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. I-5, art. 2 (« enfant ») ; *Loi sur la reconnaissance de l'adoption selon les coutumes autochtones*, L.T.N.-O. 1991, c. 26 ; *Adoption Act*, R.S.B.C. 1996, c. 5, art. 46 ; *Casimel c. Insurance Corp of British Columbia*, 1993 CanLII 1258 (B.C.C.A.) ; G. OTIS (dir.), *L'adoption coutumière autochtone et les défis du pluralisme juridique*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2013 ; « Dossier : la reconnaissance de l'adoption coutumière autochtone », (2011) 41 *Revue générale de droit* 565-732 ; C.L. BALDASSI, « Legal Status of Aboriginal Customary Adoption across Canada: Comparisons, Contrasts, and Convergences » (2006) 39 *University of British Columbia Law Review* 63.

⁹⁰⁷ *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. I-5, art. 2 (« conseil de la bande ») ; G. OTIS, « Élection, gouvernance traditionnelle et droits fondamentaux chez les peuples autochtones du Canada », (2004) 49 *Revue de droit de McGill* 393.

⁹⁰⁸ *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 133, propos repris dans *Mitchell c. MRN*, [2001] 1 R.C.S. 911, par. 11.

⁹⁰⁹ *Id.*, par. 136, propos repris dans *Mitchell c. MRN*, [2001] 1 R.C.S. 911, par. 11.

⁹¹⁰ *Id.*, par. 114.

⁹¹¹ « Le droit anglais, qui a fini par régir les droits des peuples autochtones, acceptait que les Autochtones possédaient des lois et des intérêts préexistants, et reconnaissait leur maintien s'ils n'étaient pas éteints par la cession, la conquête ou la loi : voir par exemple la *Proclamation royale* de 1763 [...]. En conséquence, l'établissement des Européens n'a pas mis fin aux intérêts des peuples autochtones qui découlaient de leur occupation et de leur utilisation historiques du territoire. Au contraire, les intérêts et les lois coutumières autochtones étaient présumés survivre à l'affirmation de souveraineté, et ont été incorporés dans la common law en tant que droits, sauf si : (1) ils étaient incompatibles avec l'affirmation de la souveraineté de la Couronne; (2) ils avaient été cédés volontairement

juge en chef McLachlin définissent le titre aborigène comme un droit (constitutionnalisé) de common law par lequel celle-ci prend acte de certains faits, dont celui de la pratique autochtone antérieure à l'affirmation par la Couronne britannique de sa souveraineté sur le territoire en cause. Nul mot n'est dit au sujet des régimes autochtones préexistants, dont on croit devoir comprendre qu'ils peuvent tout au plus faire partie de ce « point de vue des autochtones », lequel, d'admettre la juge en chef, doit être pris en compte en même temps que la « perspective de la common law⁹¹² ». Quant aux motifs minoritaires concordants du juge LeBel, ils insistent sur le fait qu'« il faudrait recourir à des conceptions autochtones de territorialité, d'utilisation du territoire et de propriété pour modifier et adapter les notions traditionnelles de propriété en common law afin d'élaborer une norme d'occupation qui intègre les perspectives autochtones et de common law⁹¹³ ». Avant même que ne soit rendu l'arrêt *Delgamuukw*, la Cour suprême avait unanimement conclu que le « titre aborigène existait avant la colonisation par les Britanniques et a continué d'exister après les revendications de souveraineté britanniques⁹¹⁴ ». Bien que rarement, un pluralisme de la sorte peut aussi s'observer dans un traité moderne⁹¹⁵.

Enfin, rappelons que nous avons pu voir dans le premier chapitre qu'un pluralisme semblable a commencé à faire son chemin en droit international. Or, pour reprendre à notre compte et sans rigueur le concept de Fernand Braudel, dans la « longue durée » de l'histoire du droit international, le monisme étatiste pourrait bien n'être qu'un épisode. En 1537 déjà, la bulle *Sublimus Dei* du pape Paul III enjoignait à tous les chrétiens de ne pas priver les Indiens, non seulement de leur liberté, mais aussi de la possession de leurs biens⁹¹⁶. On peut y voir une forme primitive de reconnaissance de la capacité des peuples autochtones à produire un rapport juridique aux choses. Dans sa *De Indis* de 1539, Vitoria affirmera que les terres d'Amérique

par traité; ou (3) le gouvernement les avait éteints [...] En dehors de ces exceptions, les pratiques, coutumes et traditions qui définissaient les diverses sociétés autochtones comme des cultures distinctives continuaient de faire partie du droit canadien. » (*Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, par. 9-10.)

⁹¹² *R. c. Marshall / R. c. Bernard*, [2005] 2 R.C.S. 220, par. 46 s.

⁹¹³ *Id.*, par. 127.

⁹¹⁴ *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322, p. 340.

⁹¹⁵ G. OTIS, « La place des cultures juridiques et des langues autochtones dans les traités d'autonomie gouvernementale au Canada », (2009) 54 *Revue de droit de McGill* 237 ; « Rencontre des cultures juridiques dans la toundra subarctique : vers une nouvelle gouvernance foncière au Nunatsiatvut », *Télescope*, n° 15, automne 2009, p. 108-115 (rééd. dans G. OTIS *et al.*, *Cultures juridiques et gouvernance dans l'espace francophone*, Paris, Éditions des archives contemporaines, 2010, p. 75-85).

⁹¹⁶ PAUL III, *Sublimus Dei*, 29 mai 1537, traduction anglaise accessible en ligne : <http://www.papalencyclicals.net/Paul03/p3subli.htm>

n'étaient pas sans propriétaires lors de leur « découverte » par les Européens, en sorte que celle-ci « ne justifie nullement la possession de ces territoires, pas plus que si les barbares nous avaient découverts⁹¹⁷ ». En revanche, Vitoria ne condamne pas davantage qu'il n'approuve la thèse selon laquelle les Indiens d'Amérique pourraient bien n'avoir ni lois ni magistrats convenables et être incapables de se gouverner eux-mêmes, en sorte qu'il serait justifié de le faire pour eux à la manière dont un tuteur s'occupe des affaires de son pupille⁹¹⁸. En 1547, Las Casas publie ses « Trente propositions très juridiques », parmi lesquelles celle voulant qu'aucun peuple autochtone n'est incapable de se gouverner lui-même⁹¹⁹. Le droit des autochtones aux terres qu'ils occupaient lors de leur « découverte » par les Européens et la capacité générale de ses peuples à se gouverner seront par la suite, en 1598, 1621 et 1625 respectivement, défendus par Gentili, Suárez et Grotius⁹²⁰. Comme l'a montré Michel Morin, Pufendorf, dont les travaux paraîtront de 1660 à 1695, reprendra ces thèses en portant une plus grande attention au contenu des régimes fonciers autochtones⁹²¹. En 1758, dans son *Droit des gens ou principes de la loi naturelle*⁹²², Vattel commence l'œuvre de théorisation doctrinale d'une transformation ayant sans doute débuté, dès 1648, avec les traités d'Osnabrück et du Münster, mieux connus, ensemble, sous le nom de « Paix de Westphalie » : la positivation du droit international. Celle-ci s'inscrit dans un processus plus large de sécularisation dont les origines se confondent en réalité avec celles du droit international lui-même. Dans sa célèbre leçon de 1539 déjà, Vitoria, qui passe, sinon pour le « père », du moins pour le « grand-père » du droit international, avait soutenu que la compétence du pape se limitait à la sphère des croyants. D'opposer l'idée d'une société égalitaire d'États à celle d'un empire religieux universel ne fut pas d'abord une interprétation des conséquences juridiques de la Réforme, le moment charnière étant plutôt celui de la rencontre du « nouveau » et de l'« ancien » mondes. Aussi trouve-t-on chez un héritier

⁹¹⁷ F. de VITORIA, *Leçons sur les Indiens et le droit de guerre* (1539), trad. M. Barbier, Genève, Librairie Droz, 1966, par. 161.

⁹¹⁸ *Id.*, par. nos 290-293 et 299-302. Sur l'histoire du statut des peuples autochtones en droit international, voir not. M. MORIN, *supra* note 906, chap. II ; S.J. ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law*, 2^e ed., New York/Oxford, Oxford University Press, 2004, chap. I.

⁹¹⁹ B. de LAS CASAS et J.-A. LLORENTE, *Œuvres de don Barthélemy de las Casas, évêque de Chiapa, défenseur de la liberté des naturels de l'Amérique, précédées de sa vie et accompagnées de notes historiques, additions, développements, etc., avec portrait par J.-A. Llorente*, 2 vol., Paris, A. Eymery, 1822, vol. 1 : « Troisième mémoire de las Casas : Trente propositions » (1547).

⁹²⁰ Voir M. MORIN, *supra* note 906, chap. II.

⁹²¹ *Id.*, p. 52-55.

⁹²² E. de VATTEL, *Le Droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains* (1758), fac-sim. de l'éd. de Washington (DC), Carnegie institution of Washington, 1916, lui même fac-sim., pour le vol. 1, des vol. I et II, et, pour le vol. 2, des vol. III et IV, de l'éd. de Londres, 1758.

intellectuel de Vitoria tel que Suárez une conception du droit des gens comme droit positif non écrit distinct du droit naturel⁹²³. Au sujet de celui-ci, bien qu'il faille sans doute en finir avec l'image arbitraire d'un Grotius rationaliste et laïc se distinguant d'une École espagnole thomiste, on peut voir dans l'histoire de la doctrine du droit des gens de Vitoria à Pufendorf, en passant notamment par Gentili, Suárez et Grotius, le procès de son désancrage de toute volonté divine. Il faudra pourtant attendre Vattel pour que la doctrine du droit des gens se rapproche, quoique encore insuffisamment, de la transformation opérée par les traités de 1648. Ceux-ci consacrent la victoire d'une conception volontariste-subjectiviste sur une conception organiciste-objectiviste de l'ordre juridique international dont on assiste à une positivation libre sans création d'un État mondial, les États, conçus comme souverains, devenant les seuls auteurs et sujets du droit international, à la manière de membres d'une république mondiale de gouverne directe. Un manque flagrant de perspective historique fait qu'il est de bon ton de nos jours de critiquer le « système westphalien », comme si celui-ci n'avait pas été porteur d'un principe d'égalité et d'un autre de liberté, notamment à la faveur d'un concept du juridique voulant situer celui-ci à un niveau d'abstraction supérieur au religieux. Les pourfendeurs de la Paix de Westphalie passent d'ailleurs le plus souvent sous silence les garanties que ces traités prévoyaient en faveur des minorités religieuses⁹²⁴. Quoi qu'il en soit :

[a]lthough he does not rank as a strict positivist, Vattel prepared the ground for the era of uninhibited positivism. He helped to establish, precisely because of his popularity, perhaps more than any of his predecessors or successors, the consensual character of international law and to reduce natural law from the function of supplying an objective basis for the validity, the binding force, of the law of nations to the function of supplying rules for filling gaps in positive international law⁹²⁵.

Dans la pratique comme dans la doctrine, c'est à partir de la fin du XIX^e siècle que, en droit international comme en droit interne, s'affirme le positivisme et, avec lui, l'étatisme

⁹²³ F. SUAREZ, *Tractatus de legibus, ac Deo legislatore* (1612), 2 vol., Naples, Ex typis Fibrenianis, 1872, vol. 1, livre 2 : « *De lege aeterna et naturali ac iure gentium* », chap. 19 : « *Utrum ius gentium distinguatur a naturali tanquam simpliciter positivum humanum* », p. 153-156. Trad. angl. trad. G. Williams, A. Brown et J. Waldron : *Selections from three works of Francisco Suárez*, 2 vol., Oxford, Clarendon Press, 1944, vol. 2, livre 2 : « *On the Eternal Law, the Natural Law, and the Ius Gentium* », chap. 19 : « *Can the Ius Gentium Be Distinguished from Natural Law as Simply as Positive Human Law ?* », p. 341-350, not. p. 343 : « *Therefore, the conclusion would seem to be, in fine, that the ius gentium is in an absolute sense human and positive* » ; p. 344 : « *For it suffices that law should be divided into natural and positive, properly so called, or into divine and human law, each of these being named according to its author, since the two branches are mutually exclusive, as is evident ; but it has been shown that the laws of the ius gentium are not natural law, properly and strictly speaking, and consequently not divine ; and therefore, they must be positive and human* ».

⁹²⁴ Voir not. L. GROSS, « The Peace of Westphalia, 1648-1948 », dans L. GROSS (dir.), *International Law in the Twentieth Century*, New York, Appleton-Century-Crofts, 1969, p. 25-46.

⁹²⁵ *Id.*, p. 41-42.

moniste. C'est alors que le « système Westaphalien » contribue à cette « internalisation » des peuples autochtones dont il a été question au deuxième chapitre de la présente enquête. Ainsi que le recense James Anaya, des années 1890 aux années 1920, trois auteurs majeurs réactualisent la doctrine de la découverte et de la *terra nullius* relativement aux territoires occupés par des Autochtones : John Westlake en 1894 dans ses *Chapters on the Principles of International Law* ; Lassa Oppenheim en 1920 dans la 3^e édition de son *International Law* ; Charles Hyde en 1922 dans son *International Law Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*⁹²⁶. En 1928, dans l'affaire de l'île de Palmas entre les États-Unis et les Pays-Bas, un tribunal international d'arbitrage a tenu à préciser que les « contrats » conclus entre ce dernier État et les chefs autochtones n'avaient aucune valeur juridique en droit international, mais ne comptaient que comme faits, puisqu'ils avaient été conclus avec des peuples non reconnus par la communauté des nations⁹²⁷. En 1933, la Cour permanente de justice internationale tranche entre les prétentions concurrentes de la Norvège et du Danemark sur le Groënland sans accorder d'importance déterminante à ses occupants inuits⁹²⁸. Tout au plus, en vertu par exemple de l'article VI de l'Acte général de la Conférence de Berlin de 1885⁹²⁹ ou de l'alinéa 23b) du *Pacte de la Société des Nations* de 1919⁹³⁰, qui répondent tous deux à une logique tutélaire, les États sont-ils tenus à des obligations relatives aux indigènes. Nous disons bien « relatives », car la logique est ici celle de la stipulation pour autrui. Les principaux intéressés ou bénéficiaires n'ont pas la capacité de faire exécuter ces obligations, mais seulement les États qui se les ont reconnues entre eux et, encore là, jamais pour le compte d'un peuple autochtone comme tel, mais pour celui de citoyens individuels seulement⁹³¹. Ce sont les déclarations de 1948 relatives aux droits de l'homme qui porteront les germes d'un changement de donne à cet égard. Voilà qui laisse déjà apercevoir qu'un autre courant de la pensée juridique moderne milite pour une certaine exception pluraliste en faveur des ordres juridiques autochtones. Témoin les motifs concurrents du juge Ramírez dans l'arrêt *Awás Tingni* :

⁹²⁶ S.J. ANAYA, *supra* note 918, p. 29.

⁹²⁷ *Island of Palmas (U.S. v. Neth.)*, (1928) II *United Nations Reports of International Arbitral Awards* 831.

⁹²⁸ *Affaire du statut juridique du Groënland oriental (Norvège c. Danemark)*, 1933 C.P.J.I. (ser. A/B) no 53.

⁹²⁹ En vertu duquel « [t]outes les Puissances exerçant des droits de souveraineté ou une influence dans lesdits territoires s'engagent à veiller à la conservation des populations indigènes et à l'amélioration de leurs conditions morales et matérielles d'existence [...] ».

⁹³⁰ Aux termes duquel les membres de la Société « s'engagent à assurer le traitement équitable des populations indigènes dans les territoires soumis à leur administration ».

⁹³¹ *Cayuga Indians (Great Britain) v United States*, VI *United Nations Reports of International Arbitral Awards* 173 (1926), p. 176.

A number of countries in the Americas are home to indigenous ethnic groups whose ancestors –this hemisphere’s aborigines– built legal systems that predate the conquest and colonization and that are to some extent still in effect. These ethnic groups established special *de facto* and *de jure* relationships with the land that they possessed and from whence they obtained their livelihood. Since the conquest, their legal institutions –which reflect their framers’ way of thinking and have the full force of law– have withstood countless attempts to undermine them and have managed to survive to this day. In a number of countries, these indigenous legal institutions have been adopted into the national legal systems and are backed by specific international instruments that assert the lawful interests and traditional rights of the original inhabitants of the Americas and their descendents⁹³².

⁹³² *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, I/A Ct. H.R., (Ser. C) No. 79 (2001), opinion concurrente individuelle du juge Ramírez, par. 12.

SECONDE PARTIE : enquête philosophique

Chapitre 4. Du pluralisme à la reconnaissance : de la théorie juridique à la philosophie

Récapitulons. La négociation de traités modernes serait l'observatoire tout indiqué de la problématique juridique de la lutte des peuples autochtones pour la reconnaissance de leurs droits ancestraux dans toute sa complexité. Ce que nous avons appelé la « politique fédérale d'extinction des droits ancestraux » s'expliquerait par une forme de monisme juridique structurant la pensée juridique moderne. Paradoxalement, le droit étatique interne canadien de même que le droit international témoignent, du moins à l'égard des peuples autochtones, de l'existence d'un contre-courant pluraliste. Sur la longue durée, ce dernier tend même à se présenter comme dominant par rapport au premier.

Maintenant, de deux approches des droits ancestraux à lui être *également possibles*, l'une moniste, l'autre pluraliste, il pourrait sembler « logique » de la part de l'État d'adopter celle qui correspond le plus à la perspective des peuples autochtones. Aussi la plupart des discours à nous venir de juristes sur le sujet se limitent-ils pour l'essentiel à plaider en faveur d'un « changement de paradigme », depuis le monisme vers le pluralisme juridique. Ce dernier fait même à notre sens l'objet d'une certaine surenchère, un peu comme si la palme devait revenir à celui qui peut pousser le concept le plus loin. Là, en effet, s'arrête le plus souvent la réflexion « critique » du juriste. Pourtant, nous aurons tôt fait de voir que, en plus de regorger d'ambiguïtés théoriques, le pluralisme juridique n'éclaire en rien la réflexion normative, au sens philosophique du terme. Le pluralisme juridique rend conceptuellement possible la pleine reconnaissance des droits ancestraux, c'est-à-dire leur reconnaissance comme produits, à l'origine, d'ordres juridiques autochtones non étatiques. Il ne dit pas en quoi une telle reconnaissance est souhaitable. Il représente en ce sens un dépassement sans doute nécessaire mais insuffisant.

Quelle peut bien être, en effet, la signification morale, éthique, politique ou autrement normative des revendications de « pleine » reconnaissance des droits ancestraux ? L'entente de principe de 2004 nous met peut-être sur la piste, elle qui devait jeter les bases d'un traité reconnaissant les droits ancestraux des Innus comme « expression » et « partie » de leur identité d'Autochtones⁹³³. La lutte des peuples autochtones pour la reconnaissance de leurs ordres juridiques à travers celle de leurs droits ancestraux se présenterait ainsi comme une revendication identitaire. Voilà qui poserait la question générale de la signification normative des revendications de reconnaissance d'une identité qui se présente à première vue comme collective ainsi que celle, plus particulière, de la virtuelle part du juridique, non seulement dans ce qui demande à être reconnu, mais aussi dans sa reconnaissance même.

Après que cette condition *sine qua non* que demeurera un pluralisme juridique minimal aura (rapidement) révélé sa stérilité normative, nous entreprendrons donc de porter la réflexion sur le plan philosophique. Les conditions actuelles de la pensée normative récusent à notre sens toute approche fondationnelle. La nôtre se veut donc le plus modeste possible en prenant l'usage comme point de départ, et ce, même s'il faut bien admettre qu'aucune analyse philosophique ne saurait matériellement se contenter d'y recenser, d'y observer des concepts normatifs sans pour ainsi dire « agir » sur ceux-ci, du moins en en proposant une interprétation se voulant la plus signifiante possible. C'est bien entendu sur l'analyse de l'usage du mot « reconnaissance », plus précisément, que s'ouvrira positivement la phase plus proprement philosophique de notre enquête. Notre pari à cette étape sera que le lexique, tout simplement, demeure à tout prendre le meilleur observatoire de l'usage linguistique. Or, avant nous, ce pari fut celui de *Parcours de la reconnaissance*, qui demeurera le dernier livre de Paul Ricœur⁹³⁴. Nous devrions donc pouvoir tirer profit de ces « trois études » de 2004, quitte à faire un détour par le lexique *juridique* spécialisé, dont nous dégagerons un concept préliminaire, prénormatif, d'« opération de reconnaissance » comme manière, pour un ordre juridique, de se rapporter à un autre. C'est ensuite par un retour à Ricœur, qui s'est quant à lui attaché à retracer le parcours *philosophique*

⁹³³ Entente de principe d'ordre général entre les Premières Nations de Mamuitun et de Nutashkuan et le Gouvernement du Québec et le Gouvernement du Canada, (conclue le 31 mars 2004), art. 2.1, 8^e attendu, et 3.3.22, en ligne : http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/index_f.html

⁹³⁴ P. RICŒUR, *Parcours de la reconnaissance. Trois études*, Paris, Stock, 2004.

de la reconnaissance, que, avec la thèse d'un « foyer hégélien », nous serons mis sur la piste normative de la « lutte pour la reconnaissance ».

Section 1. Du pluralisme juridique

À en croire Sally Engle Merry, le pluralisme juridique est « *generally defined as a situation in which two or more legal systems coexist in the same social field*⁹³⁵ ». Selon Jeremy Waldron, « *'Legal pluralism' is a term used mostly to describe and characterise the existence of several distinct legal systems, or perhaps legal sub-systems, within a single independent political community, like a nation-state*⁹³⁶ ». Les deux « définitions » ont en commun de contenir l'idée de coexistence de systèmes juridiques. À la différence de celle de Merry, la définition de Waldron envisage que les ordres juridiques coexistants puissent être hiérarchisés, hypothèse que, comme nous le verrons, les zéloteurs du pluralisme juridique attribuent généralement à une version « faible » (*soft*) de celui-ci. La première définition pose la question de savoir ce qu'il faut entendre par « champ social », la seconde, celle de savoir ce qu'y veut dire l'expression de « communauté politique indépendante », hormis l'exemple de l'État. Ainsi que nous le verrons également, les deux définitions posent surtout la question de savoir ce qui constitue un système ou ordre juridique.

Selon certains auteurs, c'est dans l'ethnologie qu'il faudrait voir le berceau du pluralisme juridique. La notion aurait émergé véritablement des travaux de l'École hollandaise du droit coutumier (*Adat Law School*) que dirigeait Cornelius van Vollenhoven au début du siècle dernier et qui a étudié le droit des peuples autochtones d'Indonésie colonisés par la Hollande⁹³⁷. Sauf qu'alors la notion de « pluralisme juridique » semble surtout signifier qu'il peut y avoir du droit dans des sociétés non étatiques, l'accent n'étant pas encore mis sur la coexistence d'ordres juridiques, étatiques et non étatiques par exemple. C'est à partir des années 1930 que cette grille d'analyse des cultures « globales », « sociétales » ou « politiques » aurait été appliquée à divers groupes sociaux entrant dans la composition des sociétés industrielles. Voilà ce que Norbert

⁹³⁵ S.E. MERRY, « Legal Pluralism », (1988) 22 *Law and Society Review* 869, p. 870.

⁹³⁶ J. WALDRON, « Legal Pluralism and the Contrast Between Hart's Jurisprudence and Fuller's », dans P. CRANE (dir.), *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*, Oxford/Portland (OR), Hart, 2010, p. 135-155, à la page 136.

⁹³⁷ M. ALLIOT, « L'anthropologie juridique et le droit des manuels », *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, n° 24, 1983, p. 71-81.

Rouland appelle le passage de l'ethnologie à l'anthropologie juridiques⁹³⁸. Pourtant, en 1922 déjà, un juriste alors relativement étranger à l'anthropologie et à la sociologie et dont nous avons eu l'occasion de traiter, Eugen Ehrlich, écrivait que « *[t]he great mass of law which originates with social institutions come into being and develops, not as one might suppose, only in primitive times, but also in the living present as the natural offspring of society itself*⁹³⁹ ». En tout état de cause, à l'heure actuelle, c'est tout un pan de l'anthropologie juridique ainsi que de la sociologie du droit qui prend pour assise l'idée selon laquelle à une pluralité de groupes sociaux peut correspondre une pluralité d'ordres juridiques. Dans sa synthèse de 1986, Jean-Guy Belley rendait compte de ce que la sociologie des organisations formelles et l'anthropologie des modes de résolution des conflits, principalement, avaient été à l'origine du renouveau d'intérêt suscité par l'idée de pluralisme juridique entre 1960 et 1980⁹⁴⁰. Au début des années 1990, ce même auteur signalait que certains sociologues du droit, dont Georges Gurvitch, « se distinguent par leur insistance à placer la notion de pluralisme juridique à la base même de la discipline⁹⁴¹ ». En 2003, Norbert Rouland indiquait que les théories du pluralisme juridique agissaient comme élément fédérateur des anthropologues du droit⁹⁴². Figurent parmi les principaux théoriciens ou artisans du pluralisme juridique Eugen Ehrlich, Santi Romano, Georges Gurvitch, Clifford Geertz, John Griffiths, Sally Engle Merry, Masaji Chiba, Boaventura de Sousa Santos et Gunther Teubner.

Comme nous avons déjà pu le voir, le positivisme juridique a préféré le critère formel de la qualité de l'auteur, en dernière analyse l'État, au critère matériel du contenu de la norme pour déterminer la juridicité. À ce positivisme normativiste, étatiste et moniste, le pluralisme juridique se trouve à adresser une critique de « jusnaturalisme de la forme » pour vouloir s'édifier sur les ruines de l'association conceptuelle du droit à l'État en substituant à ce dernier terme la fonction de contrôle social. Ainsi détaché de l'État, le droit comme objet d'étude soi-disant

⁹³⁸ N. ROULAND, *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, 1988.

⁹³⁹ E. EHRLICH, « The Sociology of Law », (1922) 36 *Harvard Law Review* 129, p. 144.

⁹⁴⁰ J.-G. BELLEY, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique », *Sociologie et sociétés*, n° 13, 1986, p. 11-32.

⁹⁴¹ J.-G. BELLEY, « Pluralisme juridique », dans A.-J. ARNAUD *et al.* (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd. rev. et augm., Paris, LGDJ, 1993, p. 446.

⁹⁴² N. ROULAND, « Anthropologie juridique », dans D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy/PUF, 2003, p. 63.

« scientifique » s'est toutefois révélé plutôt volatile. Au sein du pluralisme juridique, on nage dans un empirisme diffus ou l'on se perd en conjectures.

Au sujet du « juridique des anthropologues », Louis Assier-Andrieu avance que, quelle que soit la portée qu'on lui prête, le concept fluide de contrôle social finit par oblitérer le problème primordial de la spécificité du juridique, « dissous dans une vision uniforme des rapports de pouvoir et des structures symboliques capables de produire des comportements normalisés⁹⁴³ ». Ce même auteur en vient à la conclusion qu'une telle indétermination conceptuelle conduit, « soit à des tautologies difficilement opératoires hors du cadre de pensée de leurs auteurs, soit vers d'autres problématiques, négligeant alors la question du droit pour tenter d'appréhender la constellation des normes qui ordonnent la vie sociale⁹⁴⁴ ». Dès lors qu'on définit le droit comme l'exercice d'une fonction de contrôle social, il convient en effet de « s'interroger sur les conditions de l'émergence d'un mode juridique de contrôle social parmi les autres moyens disponibles qui tendent vers le même but⁹⁴⁵ ». Se référant à Simon Roberts⁹⁴⁶, notre auteur avance pour sa part que :

[i]l est d'une part difficile de considérer « tout ce qui permet à un groupe de vivre une vie sociale relativement ordonnée » comme la matière *spécifique* de l'anthropologie *juridique* : ici les frontières du juridique s'évanouissent derrière celles de la parenté, de la religion ou des rapports politiques. La délimitation du juridique dans les sociétés occidentales – comme un corpus déterminé de règles et d'institutions qui visent à les faire respecter – correspond d'autre part à une forme de différenciation sociale qu'on est loin de retrouver dans toutes les sociétés⁹⁴⁷.

Il est d'ailleurs notoire que de nombreuses langues ne connaissent pas d'équivalent au mot « droit ». Quoi qu'il en soit, le flou conceptuel qui enveloppe le juridique au pluriel n'est d'aucune façon propre au juridique des anthropologues, loin de là ; c'est sans doute au sein de ce pluralisme qui se revendique, avec un degré de crédibilité variable, de la « sociologie du droit » que l'éclipse juridique se fait totale.

Santos, par exemple, définit le droit comme « *a body of regularized procedures and normative standards, considered justiciable in any given group, which contributes to the*

⁹⁴³ L. ASSIER-ANDRIEU, « Le juridique des anthropologues », *Droit et Société. Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, n° 5/1987, p. 89, à la page 96.

⁹⁴⁴ *Ibid.*

⁹⁴⁵ *Id.*, p. 95.

⁹⁴⁶ S. ROBERTS, « Do we need an Anthropology of Law? », *Royal Anthropological Institute News*, vol. 25, 1978, p. 4-7.

⁹⁴⁷ L. ASSIER-ANDRIEU, *supra* note 943, p. 94.

creation and prevention of disputes, and to their settlement through an argumentative discourse, coupled with the threat of force », et ce pour admettre aussitôt qu'une telle définition « *could easily lead to the total trivalization of law*⁹⁴⁸ » si elle devait être appliquée mécaniquement. Santos fait donc intervenir une limitation externe de sa définition sous la forme d'une théorie des « six groupes (*clusters*) structurels de relations sociales au sein des sociétés capitalistes à assurer l'intégration du système mondial » : 1) le droit domestique ; 2) le droit de la production ; 3) le droit de l'échange ; 4) le droit communautaire ; 5) le droit territorial ou étatique ; 6) le droit systémique (mondial)⁹⁴⁹. Or cette limitation est inopérante, notamment en raison du caractère vague de sa notion de droit communautaire. Santos lui-même s'en rend bien compte, puisqu'il avait anticipé l'objection et était allé pour ainsi dire au-devant des coups : « *It may be asked: why should these competing or complementary forms of social ordering be designated as law and not rather as « rule systems », « private governments », and so on ? Posed in these terms, this question can only be answered by another question: Why not ?*⁹⁵⁰ ».

Nous avons déjà eu l'occasion de mentionner que la théorie des systèmes a dû attendre Gunther Teubner pour embrasser le pluralisme juridique. Reprenant à Luhmann sa conception du droit comme système social ainsi que sa conception du système social comme ensemble d'opérations de communication, Teubner en vient à définir le pluralisme (la pluralité ?) juridique de la manière suivante :

*Legal pluralism is then defined no longer as a set of conflicting social norms in a given social field but as a multiplicity of diverse communicative processes that observe social action under the binary code of legal/illegal. [...] The multiple of orders of legal pluralism always produce normative expectations, excluding, however, merely social conventions and moral norms since they are not based on the binary code legal/illegal. And they may serve many functions: social control, conflict regulation, reaffirmation of expectations, social regulation, coordination of behavior or the disciplining of bodies and souls. It is neither structure nor function but the binary code which defines what is the 'legal proprium' in local or global legal pluralism*⁹⁵¹.

Avec Teubner, la communication au moyen du code licite/illicite se substitue, du moins en apparence⁹⁵², à la fonction de contrôle social et aux propriétés structurelles ou institutionnelles

⁹⁴⁸ B. de S. SANTOS, *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, New York, Routledge, 1995, p. 428-429.

⁹⁴⁹ *Id.*, p. 429-436.

⁹⁵⁰ *Id.*, p. 115.

⁹⁵¹ G. TEUBNER, « Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society », dans G. TEUBNER (dir.), *Global Law Without a State*, Brookfield (VT), Dartmouth, 1996, p. 14-15.

⁹⁵² Selon Brian Tamanaha, « [b]eneath the surface, Teubner's approach to law contains a tension grounded in the fact that he relies upon conventionalism to identify law—law is whatever people code as law—while at the same time having a function-based view of the relationship between law and society » (B.Z. TAMANAHA, *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2001, p. 188).

comme critère d'une juridicité conjuguée au pluriel. Mais cela n'a-t-il pas pour effet de reconduire à ce point de départ de l'analyse dont Hart parlait comme d'un usage problématique ? Brian Tamanaha, qui au final reprochera à Teubner de ne pas s'en remettre réellement à l'usage comme la résolution de l'énigme du juridique l'exigerait⁹⁵³, adresse aussi aux théories du pluralisme juridique en général une critique de « réétiquetage » (*relabelling*). Autrement dit, il leur reproche d'apposer artificiellement et contre-intuitivement l'étiquette « droit » à ce que l'usage ne reconnaît pas comme tel, mais seulement comme des normes ou règles :

Indeed, what are the benefits of squeezing together all of the following under the rubric « law »: the sedimented social relations within the household, the « law » of the corporation, the regulations and normative standards that rule the everyday life of wage labour relations, the « law » of the marketplace, the rules invoked by hegemonic or oppressed groups or by imperial aggressive identities, the « legal » form of the workplace, state law, and much more? In their various and complex manifestations, these phenomena are far more unlike than alike one another. The one—narrow but fundamental—characteristic these myriad phenomena share is that they involve rules. This common element is captured most precisely by calling them rule systems, with the concomitant assertion that social arenas are characterized by rule system pluralism. No information is lost in this formulation because being involved with rules is exactly what they have in common. Instead of the counter-intuitive assertion that much of social life is law, this will result in the uncontroversial assertion that rule systems are pervasive in social life⁹⁵⁴.

Dans ses versions les plus fortes telles que celles de Santos et de Teubner, le pluralisme juridique tend non seulement au panjuridisme, mais également à une espèce de nivellement putatif des différents droits qu'il prétend mettre au jour. Au sujet de sa propre théorie juridique, Teubner insiste pour dire que « *[t]his is in no way a view of 'legal centralism'. It refutes categorically any claim that the official law of the nation-states, of the United Nations or of international institutions enjoy any hierarchically superior position. It creates instead the imagery of a heterarchy of diverse legal discourses⁹⁵⁵* ». Voilà tout l'esprit dans lequel Jean-Guy Belley, par exemple, oppose, à un pluralisme juridique « faible » suivant lequel « la diversité du droit obéit ultimement à une intégration centrale et hiérarchique réalisée par une puissance plus

⁹⁵³ B.Z. TAMANAHA, *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2001, p. 188 : « *Beneath the surface, Teubner's approach to law contains a tension grounded in the fact that he relies upon conventionalism to identify law—law is whatever people code as law—while at the same time having a function-based view of the relationship between law and society* ».

⁹⁵⁴ B.Z. TAMANAHA, *A General Jurisprudence of Law and Society*, *supra* note 953, p. 185 ; voir aussi « The Folly of the “Social Scientific” Concept of Legal Pluralism », (1993) 20 *Journal of Law and Society* 192, p. 212 : « *The legal pluralist attachment of the word 'law' to lived systems of normative order adds no information, and generates resistance and confusion. Consider instead substituting the words 'rule system' for the word 'legal', a move which immediately discharges the baggage carried by the term 'law', and frees 'rule system' pluralists to define their concept in a way which matches the phenomenon they wish to capture. [... L]egal pluralists must stop charging those who hold this view of law [as the law of the state] with suffering from ideologically-induced blindness.* »

⁹⁵⁵ G. TEUBNER, *supra* note 951, p. 15.

ou moins légitime », un pluralisme juridique « fort », tel celui de John Griffiths⁹⁵⁶, « mettant l'accent sur un régime décentralisé d'interactions fluctuantes, voire chaotiques, entre ordres juridiques engagés simultanément dans des pratiques d'autonomie et d'interdépendance⁹⁵⁷ ». Belley se réclame aussi de Georges Gurvitch, mais cela de manière problématique, ainsi que l'a bien relevé Évelyne Serverin qui explique comment son pluralisme fort « articule sur un plan local unique les ordres juridiques que Gurvitch étageait [conformément à sa sociologie générale des paliers en profondeur] à différents niveaux de la société⁹⁵⁸ ».

Et si, comme « phénomène » universitaire ou autrement scientifique, le pluralisme juridique s'expliquait autrement ? On peut certes encore dire, comme l'a fait il y a dix ans Joël Moret-Bailly, qu'à l'heure actuelle la mode est au pluralisme juridique⁹⁵⁹. Ce dernier auteur relevait alors les ambitions et les ambiguïtés théoriques véhiculées par l'utilisation, « relativement courante », dans des travaux « ne se donnant pas explicitement comme théoriques », de concepts renvoyant à l'idée de pluralisme juridique⁹⁶⁰. À notre sens, le « pluralisme juridique » présentait une ambiguïté foncière dès lors qu'il était nommé ainsi. Comme famille de théories juridiques, il se voulait au départ descriptif de phénomènes de *pluralité* d'ordres juridiques. Le mot de « pluralisme », qui est du reste employé plus proprement dans le domaine de la philosophie politique et morale, suggère pourtant la *valorisation* d'une forme ou d'une autre de pluralité. Ainsi que nous avons eu l'occasion de le souligner ailleurs, en dépit de ses prétentions scientifiques, le pluralisme juridique, du moins dans ses versions « fortes », ne tarde pas à prendre des accents militants⁹⁶¹. En résulte d'ailleurs souvent une projection de l'idéal sur la soi-disant réalité observée sous la forme de la constatation du

⁹⁵⁶ J. GRIFFITHS, « What is Legal Pluralism? », (1986) 24 *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 1.

⁹⁵⁷ J.-G. BELLEY, « Le droit comme *terra incognita* : conquérir et construire le pluralisme juridique », (1997) 12 *Canadian Journal of Law and Society / Revue canadienne droit et société* 1, p. 5-6. Voir aussi, not., M.-M. KLEINHANS et R.A. MACDONALD, « What is a Critical Legal Pluralism? », (1997) 12 *Canadian Journal of Law and Society / Revue canadienne droit et société* 25.

⁹⁵⁸ E. SERVERIN, *Sociologie du droit*, Paris, La Découverte, 2000, p. 67 ; G. GURVITCH, *L'Expérience juridique et la Philosophie pluraliste du droit*, Liège/Paris, G. Thone/A. Pedone, 1935 ; *Éléments de sociologie juridique*, Paris, Aubier, 1940 ; *La vocation actuelle de la sociologie*, Paris, PUF, 1950 ; J.-C. MARCEL, « Georges Gurvitch : les raisons d'un succès », *Cahiers internationaux de sociologie*, vol. 110, janv.-juin 2001, p. 97-119.

⁹⁵⁹ J. MORET-BAILLY, « Ambitions et ambiguïtés des pluralismes juridiques », *Droits*, n° 35, 2002, p. 195, à la page 195.

⁹⁶⁰ *Id.*, p. 196.

⁹⁶¹ M. ST-HILAIRE, « Du pluralisme à la reconnaissance juridique », dans C. LAZZERI et S. NOUR (dir.), *De l'inclusion : reconnaissance et identification sociale*, Nanterre, Presses universitaires de Paris Ouest, 2009, p. 325-338.

« pluralisme juridique » d'un champ social donné, au terme d'une étude qui ne s'est pourtant attachée qu'à l'observation d'une pluralité normative de fait⁹⁶². Bien sûr, aucun discours, même le plus scientifique qui soit, ne saurait être absolument objectif. De là à se joindre à la célébration « postmoderne » de la fusion des registres scientifique et politique, il y a pourtant à notre sens tout un monde à franchir, en l'occurrence celui du raisonnable. Notre thèse est donc que, surtout en ses versions « fortes », le pluralisme juridique s'explique avant tout comme une position politique qui définit mal ses enjeux et qui est donc plutôt mal articulée, voire quelque peu esthétisante. Dans sa préface à la réédition de la traduction française de *L'ordre juridique* de Santi Romano, Pierre Mayer s'inquiète de ce que, avec les théories pluralistes, on risque de dériver « du simple *constat* de la pluralité des ordres juridiques, fondé sur la confrontation de la réalité observée avec une définition librement choisie, vers une *attitude politique* de revendication d'autonomies, et de méfiance à l'égard de l'État⁹⁶³ ». Dans le même sens, Brian Tamanaha souligne combien « *[m]any legal pluralists are anti-state law by inclination – as reflected in their attack on legal centralism– and consequently have a tendency to romanticize non-state normative systems*⁹⁶⁴ ». Une telle tendance s'observe aisément chez Jean-Guy Belley, par exemple, pour qui la perspective pluraliste « incite à rendre visibles et audibles les représentations sociales décentrées que les élites de l'État, de l'éducation publique et de la langue tiennent pour inexistantes, rétrogrades, répugnantes ou dangereuses, en un mot comme relevant d'un niveau de réalité, de dignité ou de juridicité inférieur à celui de la culture officielle⁹⁶⁵ ». L'anti-étatisme auquel on reconnaît ce type, « fort » ou « radical », de pluralisme

⁹⁶² Voir par ex. J.-G. BELLEY, « Le pluralisme juridique comme orthodoxie de la science du droit », (2011) 26 *Revue canadienne droit et société* 257, p. 259 : « Si les pratiques de pluralisme juridique gagnent aujourd'hui en légitimité et en visibilité dans la sphère du droit, c'est en d'autres termes parce qu'il s'agit de pratiques significativement théorisées et assumées par les juristes eux-mêmes. »

⁹⁶³ P. MAYER, « Préface », dans S. ROMANO, *L'ordre juridique* (1918), trad. 2e éd. L. François et P. Gothot, intro. de Ph. Francescakis, rééd. présentée par Pierre Mayer, Paris, Dalloz, 2002, non paginée.

⁹⁶⁴ B.Z. TAMANAHA, *A General Jurisprudence of Law and Society*, *supra* note 953, p. 184.

⁹⁶⁵ J.-G. BELLEY, *supra* note 957, p. 10. Dans ses travaux plus récents sur la question, cet auteur s'inquiète de certains effets du pluralisme juridique comme nouvelle « orthodoxie de la science du droit ». À l'en croire, il y aurait un « bon » et un « mauvais » pluralisme, suivant qu'il s'agit de « rendre visible » et d'ainsi « légitimer » du « bon » ou du « mauvais » droit. Belley regrette en effet que la « dynamique dominante du nouveau pluralisme juridique [soit] celle du droit organisé plutôt que du droit spontané » (*supra* note 962, p. 274). L'auteur précise qu'une telle « dichotomie n'a pas ici le sens que lui conférerait Georges Gurvitch » (*ibid.*). Sa notion de droit spontané veut plutôt renvoyer aux « actions et [...] représentations authentiquement personnelles des individus » (*ibid.*). On croit comprendre que c'est surtout la mobilisation du paradigme pluraliste par les grandes entreprises transnationales ainsi que par le droit économique international qui préoccupe notre auteur, dont la réaction est d'appeler un « pluralisme juridique critique » (*id.*, p. 275). L'anti-étatisme d'origine du pluralisme juridique n'est pas ici remis en question ni de véritable piste de réflexion (normative) indiquée pour l'élaboration d'un tel projet « critique ».

juridique situe celui-ci au sein du « paradigme », plus englobant mais lui aussi à la mode, de la « gouvernance⁹⁶⁶ ».

À côté de cette version « forte », il existe un pluralisme juridique « faible » suivant lequel la différenciation juridique des sociétés n'est fonction pas tant de l'existence ou non du droit en leur sein que de l'importance que celui-ci y prend : mépris du droit dans la Chine ancienne ; articulation du droit avec les autres ordres normatifs dans l'Égypte ancienne et l'Afrique animiste ; grande valorisation du droit dans les sociétés de tradition monothéiste, dont les sociétés occidentales modernes, même si largement laïcisées⁹⁶⁷. Pour ce pluralisme faible d'inspiration ethnologique ou autrement anthropologique, s'il « apparaît difficilement concevable de nier l'existence du droit dans les sociétés sans État, il est tout autant inconcevable de nier la prééminence du droit étatique dans les sociétés occidentales⁹⁶⁸ ». Or la posture « idéologique » anti-étatiste du pluralisme juridique (fort) d'orientation « sociologique » tire sans doute sa source, ainsi que l'enseigne Brian Tamanaha, de ce pluralisme juridique ethnologique (faible) : « *There was a time not long ago, especially during the early development of anthropology, when it was important politically to assert that all societies have law*⁹⁶⁹. »

La solution que propose ce dernier auteur à la problématique du pluralisme juridique et, au final, à celle du concept de droit est, sous les noms de « conventionnalisme » et de « non-essentialisme », de s'en remettre dans un premier moment le plus directement possible à l'usage, quitte à reprendre l'analyse sur la base de données qui soient davantage brutes ou « pures », bref, moins corrompues par des *a priori* conceptuels. Voilà le sens de la critique qu'il adresse notamment à Teubner⁹⁷⁰ et à Hart⁹⁷¹. C'est en ce sens que Tamanaha plaide en faveur d'un renoncement à cette « quête du Saint Graal » qu'est la recherche du *concept* de droit⁹⁷² qu'il propose de remplacer par cette démarche en deux temps : 1) le recensement direct de l'usage,

⁹⁶⁶ Voir not. T. LE TEXIER, « Gouvernance » (2009), dans V. BOURDEAU et R. MERRILL (dir.), *DicoPo. Dictionnaire de théorie politique*, en ligne : <http://www.dicopo.fr/spip.php?article115>

⁹⁶⁷ M. ALLIOT, *supra* note 937.

⁹⁶⁸ H. MOUTOUH, « Pluralisme juridique », dans D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy/PUF, 2003, p. 1158, à la page, p. 1161.

⁹⁶⁹ B.Z. TAMANAHA, *A General Jurisprudence of Law and Society*, *supra* note 953, p. 202.

⁹⁷⁰ Voir *supra* note 953 et texte correspondant.

⁹⁷¹ B.Z. TAMANAHA, « Socio-Legal Positivism and a General Jurisprudence », (2001) 21 *Oxford Journal of Legal Studies* 1.

⁹⁷² B.Z. TAMANAHA, *A General Jurisprudence of Law and Society*, *supra* note 953, p. 175.

puis 2) la forge, non pas d'un concept de droit, mais de catégories de droit (autrement dit d'une typologie des phénomènes juridiques) ainsi que de concepts relatifs aux propriétés de ces catégories. Pour ce « conventionnaliste » qui promeut un positivisme « sociojuridique », le droit est en effet « *whatever people identify and treat through their social practices as « law » (or droit, recht [sic] etc.)*⁹⁷³ ». Partant,

*[a] non-essentialist concept of law [...] requires that law be conceived in a way that is empty, or that at least does not presuppose any particular content or nature. But that is impossible—a concept with no content is not a concept at all. Formulating a concept of law, therefore, will not work. Instead what is needed is a way to identify law that is not itself a concept of law, but rather, like Teubner's approach, the specification of criteria for the identification of law*⁹⁷⁴.

Force est de constater que le « conventionnalisme » de cet auteur se veut un empiricisme radical. Un tel positivisme sociojuridique entend ne pas limiter *a priori* l'étude empirique autrement que « quantitativement », par la délimitation d'une « arène sociale » choisie comme objet d'étude et dont les seules exigences sont celles de la clarté et la cohérence⁹⁷⁵. Tamanaha reconnaît alors que :

*The danger is not only that we might be comparing apples and oranges, but that the inconsistencies of usage may give rise to categories with members sharing little in common. Socio-legal positivism avoids this problem by resorting to conventionalism to identify the existence of law, and the content of legal norms, but not to create categories of kinds of law, or a typology of legal phenomena. Usage cannot dictate the construction of analytical categories or appoint their membership. Typologies and categories are analytical devices that are designed to meet the purposes of the theoretician who constructs them. In this case, they must be formulated by the legal theorist following an investigation of the various social practices and phenomena to which convention attaches the name 'law'. These phenomena can be abstracted from and their distinctive features identified, then placed into broader categories based upon complexes of shared features*⁹⁷⁶.

Aux termes d'une telle approche, les concepts, fonctionnalistes et institutionnalistes par exemple, deviennent des propriétés de catégories construites *a posteriori* par le chercheur du juridique sur la base de données empiriques « pures », et le « concept de droit » selon Hart, une catégorie de droit parmi d'autres : « *Hart has already elaborated on the key elements of one of these categories; the others have yet to be constructed*⁹⁷⁷ ». Peut-être bien, en effet, qu'une juste place doit être faite à d'autres « catégories » de droit que le concept hartien. Si cela devait être le cas, on pourrait néanmoins douter de la fécondité de la méthode proposée par Tamanaha dont, ne serait-ce qu'en raison de la diversité linguistique au sein de laquelle les équivalents du mot « droit » n'ont souvent rien d'évident, l'empiricisme nous paraît aussi improbable que radical.

⁹⁷³ B.Z. TAMANAHA, *supra* note 971, p. 27.

⁹⁷⁴ B.Z. TAMANAHA, *A General Jurisprudence of Law and Society*, *supra* note 953, p. 193-194.

⁹⁷⁵ *Id.*, p. 206-208.

⁹⁷⁶ B.Z. TAMANAHA, *supra* note 971, p. 31.

⁹⁷⁷ *Ibid.*

Enfin, la grille d'analyse de Tamanaha est de peu d'intérêt lorsque, comme en l'espèce, deux usages différents du mot « droit » peuvent s'opposer, si bien que se pose la question de la signification normative de la revendication de reconnaissance de juridicité que l'un présente à l'autre. Tamanaha laisse entendre que de nos jours l'« étiquette » juridique n'est plus un enjeu politique. En tout état de cause, cela n'est pas ce que suggère la lutte soutenue de certains peuples autochtones pour ce que nous avons appelé la pleine reconnaissance de leurs droits ancestraux.

Aussi problématique que puisse être le « paradigme » pluraliste au sein de la théorie juridique, il n'en demeure pas moins, comme nous l'avons vu, qu'à l'égard des peuples autochtones le droit étatique interne canadien de même que le droit international attestent l'existence d'un courant pluraliste qui, sur la longue durée, tend à se présenter comme dominant. Il est donc nullement nécessaire à notre propos de proposer ici quelque résolution de l'énigme générale du pluralisme juridique et, au fond, du concept de droit. Qu'il nous suffise de rendre brièvement raison de cette ouverture sur les ordres juridiques autochtones que nous avons déjà eu l'occasion d'observer dans les droits étatiques canadien et international. En d'autres termes, notre analyse peut ici se contenter d'un pluralisme juridique minimal.

En prenant prudemment ancrage dans la manière dont le droit étatique canadien et international renvoie déjà aux ordres juridiques autochtones, nous sommes conviés pour notre part à ne retenir ici ni la définition que donne Merry du pluralisme juridique ni celle qu'en donne Waldron, mais à leur préférer tout au plus l'idée qu'à une pluralité de communautés politiques, ou de ce dont nous verrons que Will Kymlicka parle comme de « cultures sociétales », puisse correspondre une pluralité d'ordres juridiques. Autrement dit, nous nous en tiendrons à une notion de pluralisme juridique selon laquelle le droit serait une dimension de toute culture sociétale.

L'ambiguïté de son concept de droit mise entre parenthèses, le pluralisme juridique fournit par ailleurs une contribution appréciable à l'effort de résolution de la problématique qui nous occupe en apportant un éclairage sur ce que ses partisans appellent l'« internormativité » ou

les « rapports de relevance » entre ordres juridiques, phénomènes dont pour notre part nous préférons parler comme d'« opérations de reconnaissance ».

Jean Carbonnier avance que c'est la notion d'internormativité qui sert à l'appréhension de l'ensemble des phénomènes constitués par « les rapports qui se nouent et se dénouent entre deux catégories, ordres ou systèmes de normes⁹⁷⁸ ». Or, si Jean-Guy Belley dit de Santi Romano qu'il est « probablement celui qui s'est avancé le plus loin dans la clarification de ce problème fondamental pour la pensée juridique⁹⁷⁹ » qu'est le pluralisme juridique, c'est en raison de sa notion de « relevance » juridique comme rapport de *droit*, non pas de fait, entre ordres juridiques différents. Il vaut en la circonstance de s'attarder un moment sur Santi Romano, car, outre la question des rapports entre ordres juridiques, cela tendra à confirmer davantage ce que nous avons déjà pu dire au sujet des limites, non seulement du pluralisme juridique, mais des théories du droit comme fait.

Romano résume dans les mots suivants l'intention du livre de 1918 qui l'a fait passer à la postérité : « j'ai précisément voulu faire entrer dans le monde juridique ce fait de l'ordre social que l'on tenait généralement pour antécédent au droit⁹⁸⁰ ». Dans *L'ordinamento giuridico*, ce professeur de droit public qui sera nommé président du Conseil d'État italien par Mussolini défend d'abord la thèse voulant que le droit soit de nature essentiellement factuelle plutôt que normative, pour ensuite revendiquer la pleine juridicité de l'approche qu'il en propose et qui se distinguerait de toute sociologie⁹⁸¹.

Sur la nature profonde du « droit », terme qu'il finira par situer dans un rapport synonymique avec, non seulement celui d'« ordre juridique », mais également ceux d'« institution » et d'« être (ou corps) social », Romano a d'abord ce mot quelque peu alambiqué : « Cette conscience qui incarne les fondements de la coexistence des individus et du

⁹⁷⁸ J. CARBONNIER, « Internormativité », dans A.-J. ARNAUD *et al.* (dir.), *supra* note 941, p. 313 ; voir également : J. CARBONNIER, « Les phénomènes d'internormativité », *European Yearbook in Law and Sociology*, 1977, p. 42-53.

⁹⁷⁹ J.-G. BELLEY, *supra* note 941.

⁹⁸⁰ S. ROMANO, *supra* note 963, § 13, p. 30, en note.

⁹⁸¹ *Id.*, § 24, p. 71 : dans ses « Remarques de synthèse » du premier des deux chapitres qui composent *L'ordre juridique*, Romano insiste pour dire que, cet « être social », qu'il veut appeler « institution », il ne l'a « pas considéré sociologiquement, mais en soi et pour soi, c'est-à-dire en tant qu'il résulte d'un ordre juridique, et même en tant qu'il est un système de droit objectif ».

système en lequel ils s'unissent, qui sert de médiateur dans les rapports qu'entretiennent les sujets entre eux et avec l'ensemble qu'ils forment, manière d'incarnation du moi social, du *socius* abstrait, typique, objectif, c'est justement le droit qui l'exprime⁹⁸². » Voilà qui nous donnerait la superposition suivante de trois niveaux de réalité : 1) le moi social ou les fondements du système de coexistence des individus ; 2) l'incarnation de ce moi social dans une « conscience supérieure⁹⁸³ » ; 3) l'« expression » ou « incarnation » de cette conscience dans le droit. De manière quelque peu déroutante, l'auteur ajoute à la page suivante qu'il « n'est aucune raison de regarder ce *moi social* comme l'origine du droit », puisqu'il « est le droit lui-même, et [que] la norme n'en est que l'expression⁹⁸⁴ ». Il y a donc aussitôt, non seulement un exit hâtif de l'intermédiaire de la « conscience supérieure », mais aussi une réduction du droit à ce « moi social » que constitueraient les fondements systémiques de la coexistence des individus. Ainsi le lecteur est-il forcé à conclure que, à la page précédente, « droit » ne voulait pas dire « droit »... mais « norme ».

Ramenée à l'essentiel, la théorie juridique de Romano va comme suit. Le droit est consubstantiel au social : seul « ce qui n'excède pas la sphère purement individuelle, qui ne dépasse pas la vie de l'individu comme tel n'est pas du droit (*ubi jus ibi societas*) et de plus il n'est pas de société dans la véritable acception du terme où le phénomène juridique ne se manifeste (*ubi societas ibi jus*)⁹⁸⁵ » ; « [o]n a l'antithèse ou un quelconque contraire du droit que là où apparaît quelque chose d'irréductiblement antisocial, je veux dire individuel par nature⁹⁸⁶ ». Or la « société » n'est « pas simplement une relation entre individus [...], mais une entité distincte des individus qui la composent et constituant de façon concrète une unité⁹⁸⁷ ». Une telle unité doit donc être comprise, non pas comme un ensemble de liens, mais comme un ordre, puisque « toute manifestation sociale, par cela même qu'elle est sociale, est ordonnée au moins à l'égard des membres de la société⁹⁸⁸ ». Enfin, l'ordre social « n'est pas celui qui résulte de l'existence de normes de toutes provenances réglant les rapports sociaux : il n'exclut pas ces normes, il s'en sert même, les intégrant à sa sphère, mais il ne les en précède et ne les en domine

⁹⁸² *Id.*, § 7, p. 12.

⁹⁸³ *Ibid.*

⁹⁸⁴ *Id.*, § 7, p. 13.

⁹⁸⁵ *Id.*, § 10, p. 17-18.

⁹⁸⁶ *Id.*, § 14, p. 32.

⁹⁸⁷ *Id.*, § 10, p. 18.

⁹⁸⁸ *Ibid.*

pas moins⁹⁸⁹ ». Cet ordre social, qui précède et domine les normes, n'est autre chose que le droit lui-même, en sorte que tout ordre social est aussi bien juridique : « Toute force, quand elle est effectivement sociale et se trouve donc organisée, se mue par là-même en droit. [...] Inversement, n'est pas du droit cela et cela seul qui ne présente pas d'organisation sociale⁹⁹⁰ ». Donc « le droit, avant d'être norme, avant d'avoir trait à un ou plusieurs rapports sociaux, est organisation, structure, attitude de la société même dans laquelle il est en vigueur et qui par lui s'érige en unité, en un être existant par soi-même⁹⁹¹ ».

Société, ordre social et priorité sur les normes, les trois composantes essentielles du droit comme ordre juridique seraient également réunies au sein de la notion d'« institution » : « Tout ordre juridique est une institution et, inversement, toute institution est un ordre juridique : il y a, entre ces deux concepts, une équation nécessaire et absolue⁹⁹² ». On ne sera donc pas surpris d'apprendre que, pour notre auteur, « l'existence de personnes reliées entre elles par de simples rapports ne suffit pas pour faire naître une institution, mais qu'il y faut un lien plus étroit et plus organique, [qu']il est nécessaire que se forme une superstructure sociale sous la dépendance ou sous la domination de laquelle se situent non seulement leurs rapports particuliers mais, avant cela, la détermination de leur genre⁹⁹³ ».

On se demandera d'autre part comment le social, d'ailleurs subitement réduit au « juridique » et délesté de cette « conscience supérieure » qui devait l'« incarner » et ainsi expliquer la manière dont il pouvait rejoindre les individus, peut de la sorte passer d'un « moi » abstrait à une unité concrète. La réponse partielle à cette énigme est à notre avis qu'ici « concret » veut surtout dire à la fois « particulier », par opposition à « universel », et « objectif », par opposition à « subjectif ». Autrement dit, sauf au sens où Hegel s'oppose à Kant, « concret » ne s'oppose ici pas véritablement à « abstrait ». Bien au contraire, sommes-nous tentés d'ajouter, puisque cette solution ne permet pas de répondre à la question de savoir comment, chez Romano, peuvent finalement s'établir des liens entre ce social prééminent et cette réalité inférieure que composeraient les individus et leurs interrelations. Si pour notre

⁹⁸⁹ *Id.*, § 10, p. 19.

⁹⁹⁰ *Id.*, § 14, p. 32.

⁹⁹¹ *Id.*, § 10, p. 19.

⁹⁹² *Ibid.*

⁹⁹³ *Id.*, § 18, p. 49.

auteur « l'institution n'est pas une exigence de la raison, un principe abstrait, un *quid* idéal, [mais] au contraire, un être réel, effectif⁹⁹⁴ », encore faut-il savoir que cette « réalité » ou « effectivité » est selon lui immatérielle : « le caractère objectif de l'institution [...] n'implique pas qu'il faille la considérer comme un objet, comme une *res* : l'institution est en réalité un ordre juridique objectif⁹⁹⁵ ».

Lorsqu'il aura défini l'institution comme « tout être ou corps social », Romano voudra préciser que l'« être dont [il] parl[e] doit avoir une existence objective et concrète, et pour être immatérielle, son individualité n'en doit pas moins demeurer apparente, visible : c'est précisément pour mieux rendre ce caractère que nous l'avons même appelé un « corps » social⁹⁹⁶ ». Si en réalité elle n'explique aucunement de quelle manière le droit comme « moi social » se donne à voir, cette métaphore du « corps » permet en revanche de ne pas se laisser dérouter trop facilement par certaines affirmations et expressions de notre auteur qui paraîtraient autrement contredire sa thèse de l'identité du droit et de l'institution. C'est notamment le cas de ce mot d'« ordre social posé par le droit⁹⁹⁷ » tout comme des assertions selon lesquelles « le droit ne peut se révéler qu'en une institution [qui] existe comme telle en tant que le droit la crée et la maintient en vie⁹⁹⁸ », ou voulant que « le droit consiste avant tout dans l'installation et l'organisation d'une entité sociale⁹⁹⁹ ». Voilà qui en effet se présente comme difficilement conciliable avec la thèse voulant qu'« il ne [puisse] y avoir de droit avant ni hors l'institution¹⁰⁰⁰ ». Or, si pour Romano le droit « crée » l'institution, c'est de l'intérieur, à la manière dont on pourrait dire que la vie « crée » et « maintient » le corps vivant, à l'extérieur duquel la première, du moins au sens biologique, est inconcevable :

[L]e droit est le principe vital de toute institution, l'âme qui tient unis les divers éléments dont elle est formée, et qui détermine, fixe la structure des êtres immatériels. Réciproquement, l'institution est toujours un régime juridique. Il peut être, en un sens, inexact de la concevoir comme le corps, l'ossature, la charpente du droit ; il n'empêche qu'on ne peut la séparer de celui-ci, pas plus matériellement que conceptuellement, tout comme on ne peut distinguer la vie du corps vivant. Ce ne sont pas deux phénomènes qui entretiennent un certain rapport, l'un suivant l'autre ; c'est bien plutôt le même phénomène. [En note :] L'affirmation que la poule naît de l'œuf, ne contredit pas celle que l'œuf naît de la poule : le tout est de savoir à quel propos et en quel sens on affirme l'une et

⁹⁹⁴ *Id.*, § 24, p. 71.

⁹⁹⁵ *Id.*, § 11, p. 24.

⁹⁹⁶ *Id.*, § 12, p. 25.

⁹⁹⁷ *Id.*, § 10, p. 19.

⁹⁹⁸ *Id.*, § 13, p. 31.

⁹⁹⁹ *Id.*, § 16, p. 38.

¹⁰⁰⁰ *Id.*, § 16, p. 37.

l'autre choses, vraies toutes deux, comme est vraie aussi l'affirmation qu'œuf et poule sont deux aspects du même phénomène¹⁰⁰¹.

C'est tel un leitmotiv que revient dans *L'ordre juridique* la thèse selon laquelle le droit ne consiste pas toujours, et, surtout, jamais essentiellement, en un ensemble ou système de normes. Romano entend notamment prendre appui sur le « fait » qu'« on rencontre effectivement dans l'histoire, comme chacun sait, des ordres juridiques sans normes écrites et même, à proprement parler sans normes non écrites¹⁰⁰² ». Partant, les normes « sont ou peuvent être une partie de l'ordre juridique, mais restent bien loin de l'épuiser¹⁰⁰³ ». Les normes juridiques, plutôt que d'être l'essence du droit, « se trouvent liées, voire suspendues, à d'autres éléments auxquels elles doivent toute leur force¹⁰⁰⁴ ». Si l'on a pu croire à tort, de poursuivre notre auteur, que le droit était un produit ou effet de l'institution plutôt que de se confondre avec elle, « c'était faute de dépasser la doctrine traditionnelle qui conçoit simplement le droit comme norme ou ensemble de normes¹⁰⁰⁵ ». Au contraire, ce « qui confère au droit son aspect fondamental et premier, c'est l'institution en laquelle il se concrétise et ce ne sont pas les normes ni, plus généralement, les préceptes par lesquels il agit¹⁰⁰⁶ ». Cette « erreur » sur l'essence du droit et, partant, la manière dont celui-ci se rapporte à l'institution serait ainsi celle de Maurice Hauriou, qui est certainement visé par Romano dès lors que ce dernier insiste pour dire qu'il n'est « pas de ceux qui croient que l'institution soit source de droit et qu'ainsi ce dernier soit un effet, un produit de la première, mais [plutôt] qu'entre le concept d'institution et celui d'ordre juridique, envisagé dans son ensemble comme unité, il existe une identité parfaite¹⁰⁰⁷ ».

Sa critique d'Hauriou nous conduit ensuite au pluralisme juridique de Romano pour qui on ne peut « parler d'une institution si compréhensive qu'elle embrasserait toutes les autres indistinctement¹⁰⁰⁸ ». En préface à l'édition de 1907 de son *Précis de droit administratif et de*

¹⁰⁰¹ *Id.*, § 15, p. 34.

¹⁰⁰² *Id.*, § 7, p. 14.

¹⁰⁰³ *Id.*, § 7, p. 15.

¹⁰⁰⁴ *Id.*, § 8, p. 16.

¹⁰⁰⁵ *Id.*, § 11, p. 24.

¹⁰⁰⁶ *Id.*, § 16, p. 36.

¹⁰⁰⁷ *Id.*, § 11, p. 23.

¹⁰⁰⁸ *Id.*, § 25, p. 77.

droit public général, Hauriou avait écrit que l'État était « l'institution des institutions¹⁰⁰⁹ ». Pour notre juriste italien, l'État « désigne aujourd'hui la plus importante des institutions¹⁰¹⁰ », certes, mais sans plus. Hauriou soutiendra ultérieurement de manière apparemment similaire que, « [d]e toutes les institutions que l'ordre social a enfantées, celle de l'État est la plus éminente¹⁰¹¹ ». Il n'en demeure pas moins que Romano se distingue d'Hauriou par l'insistance qu'il met à réitérer que l'État n'est pas la seule institution à intéresser la science juridique.

Notre auteur s'attèle ainsi à une « réfutation de la doctrine réduisant tout droit à celui de l'État¹⁰¹² », y compris celle selon laquelle « ce serait l'État qui [...] imprimerait [aux autres ordres] le caractère juridique, soit qu'il les constitue directement, soit qu'il ne fasse que les reconnaître¹⁰¹³ ». Il s'y prend en opposant au monisme juridique étatiste une théorie de la « pluralité des ordres juridiques » qui, avec celle des relations entre ceux-ci, forme la matière du second et dernier chapitre de son fameux ouvrage. À l'encontre de Kelsen, et d'une manière beaucoup plus ambitieuse que Hart plus tard, Romano prétend tirer toutes les conséquences du caractère non véritablement étatique du droit international. Aussi ne se contente-t-il pas de soutenir que les droits étatiques et le droit international forment autant d'ordres juridiques distincts, mais fait de cette thèse, qu'il généralisera, le point de départ de l'exercice définitif du droit. C'est à tort, selon notre auteur, que « ce principe, que l'on pourrait appeler de la pluralité des ordres juridiques, incontesté aussi longtemps que l'on parle d'États différents et même, au moins dans la doctrine la plus récente, des rapports entre le droit international et les droits étatiques, se voit souvent au contraire farouchement nié pour tous les autres ordres¹⁰¹⁴ ».

En exposant la théorie romanienne de la pluralité des ordres juridiques, le second chapitre de *L'ordre juridique* nous semble mettre au jour certaines thèses plus fondamentales de l'auteur dans la mesure où celles-ci pourraient bien sous-tendre celle, en apparence principale, du droit comme fait. La conception normativiste du droit s'expliquerait par sa conception étatiste, l'étatisme juridique faisant ainsi figure de néojusnaturalisme, un jusnaturalisme auquel

¹⁰⁰⁹ M. HAURIOU, « Préface », dans *Précis de droit administratif et de droit public général*, Paris, L. Larose et L. Tenin, 1907.

¹⁰¹⁰ S. ROMANO, *supra* note 963, § 13, p. 31.

¹⁰¹¹ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1929, p. 78.

¹⁰¹² S. ROMANO, *supra* note 963, § 26-27.

¹⁰¹³ *Id.*, § 25, p. 77-78.

¹⁰¹⁴ *Id.*, § 25, p. 77.

présiderait enfin un certain manque de perspective historique. Romano veut en effet expliquer que :

[...] à mesure que s'affirma l'« État moderne » et que grandit sa force et son hégémonie sur d'autres communautés, jusque là indépendantes et quelques fois rivales, on put se mettre à croire que l'unification de l'ordre juridique était accomplie et ainsi déployer sans se mettre avec la réalité dans une contradiction flagrante, la théorie de l'État seigneur et maître non seulement de son droit, mais de tout le droit.

S'il est vrai que cette théorie s'explique historiquement comme une appréciation inexacte et comme une exagération d'une conjecture d'ailleurs remarquable, il faut, d'un point de vue doctrinal, comprendre qu'elle renoue avec la conception naturaliste du droit, dont elle est à première vue l'antithèse, mais en réalité un effet des plus certains¹⁰¹⁵.

Au-delà des apparences de rupture entre le juspositivisme (normativiste) et le jusnaturalisme, il y aurait continuité (jusmoniste) dans la façon dont l'État a (dans le juspositivisme) relayé la morale comme *unique* source du droit¹⁰¹⁶. Cette continuité serait celle d'une erreur, Romano étant plutôt d'avis que :

[...] il faut nier de la façon la plus tranchante que le système étatique soit devenu l'unique système du monde juridique. Il faut même nier qu'une telle concentration soit matériellement possible. Et si c'était le lieu de s'abandonner à des prophéties, il serait aisé de souligner combien il est probable que dans un avenir non lointain, on assiste à un processus inverse. Ce qu'on appelle la crise de l'État moderne implique précisément qu'un grand nombre de groupes sociaux tendent à se constituer chacun une sphère juridique indépendante¹⁰¹⁷.

Le célèbre juriste italien estime donc pour sa part qu'« il y a autant d'ordres juridiques que d'institutions¹⁰¹⁸ », étant entendu que pour lui « institution » veut dire « tout être ou corps social¹⁰¹⁹ ». Qu'il s'agisse de l'ordre international ou de celui de l'Église, de celui des usines, établissements, entreprises, groupements professionnels, écoles, pensionnats, cercles de jeux ou groupes criminels, par exemple, toute institution est pour Romano un ordre juridique.

Plus fondamentalement encore, l'auteur de *L'ordre juridique* soutient implicitement que l'étatisme juridique est un jusnaturalisme non pas simplement formel mais aussi matériel, comme si le droit étatique était réputé coïncider avec le droit juste. Nier la juridicité des ordres qu'un État tient pour illicites, écrit Romano, « ne peut provenir que d'un jugement éthique, car de telles entités sont souvent délinquantes ou immorales », même si en réalité cela « ne serait admissible que si l'on avait démontré cette dépendance nécessaire et absolue du droit positif par

¹⁰¹⁵ *Id.*, § 26, p. 79-80.

¹⁰¹⁶ Voir *id.*, § 26.

¹⁰¹⁷ *Id.*, § 27, p. 82-83.

¹⁰¹⁸ *Id.*, § 25, p. 77.

¹⁰¹⁹ *Id.*, § 12, p. 25.

rapport à la morale, dépendance qui, au contraire, comprise dans ce sens qui nous paraît bien naïf, est selon nous inexistante¹⁰²⁰ ».

Romano inscrit sa théorie de la pluralité des ordres juridiques dans le prolongement de celle d’Otto von Gierke, selon laquelle le droit peut être produit par toute communauté organique¹⁰²¹ et qu’il affirme avoir élargie et complétée, et ce, respectivement, par la substitution du concept d’institution à celui de communauté ainsi que par le refus de toute réduction du droit à une production normative¹⁰²². Sa théorie du droit comme force sociale primant sur les individus et leurs interrelations nous paraît tout aussi proche de celle d’un Jhering¹⁰²³. Nonobstant ces questions de filiation, on se demandera plus utilement ce que peut bien vouloir dire en fin de compte cette prétendue appréhension pluraliste du droit comme fait dans une perspective *juridique* plutôt que sociologique. Il est à cet égard convenu de se satisfaire de l’explication suivante : tandis que la pluralité des ordres juridiques se présente au sociologue comme une question de fait, le juriste peut quant à lui l’approcher sous l’angle des rapports de droit¹⁰²⁴. Notre thèse à cet égard est plutôt que la grille d’analyse des rapports de « relevance » entre différents ordres juridiques, grille qui constitue de loin la plus féconde contribution Romano à la science juridique, vient en dernière analyse réfuter sa théorie du droit comme fait.

« Du point de vue juridique », d’insister Romano, « il arrive que chaque ordre [...] soit considéré en soi et pour soi, de sorte qu’en en considérant un, on ne puisse tenir compte de

¹⁰²⁰ *Id.*, § 30, p. 90. La thèse de Romano est ici celle de l’absence de lien nécessaire entre droit positif et morale, non pas celle de la nécessité de l’absence d’un tel lien qui au contraire peut, de manière contingente, exister. Si un ordre juridique donné peut être tout à fait étranger à la morale, tout ordre juridique ne l’est pas pour autant forcément. De l’avis de Romano, c’est « une grave erreur d’affirmer, comme tant le font, que dans les sociétés primitives le droit se confond avec les mœurs et même avec la religion. Il ne s’agit pas là de confusion ou d’absence de différenciation entre des éléments qui, par nature, devraient rester séparés ; il y a que dans ces sociétés le droit, sans qu’on puisse le considérer comme moins pur que celui d’autres sociétés plus avancées, est riche en principes tirés des mœurs et de la croyance religieuse. Aujourd’hui encore, le droit anglais, que nul ne voudra juger peu évolué, tient pour « law » non seulement les lois émanant du Parlement, mais toute règle, quels qu’en soient l’origine et le contenu, que les tribunaux appliquent et font observer » (*id.*, § 14, p. 33-34).

¹⁰²¹ O. von GIERKE, *Deutsches Privatrecht* (1895), 3 vol., réimp. Berlin, Keip, 2001, vol. 1, p. 119-120.

¹⁰²² S. ROMANO, *supra* note 963, § 32, p. 96-97.

¹⁰²³ R. von JHERING, *Der Zweck im Recht [Le but dans le droit]* (1877-1883), 2 vol., Hildesheim, Olms, 1970. Du *Zweck* projeté par Jhering à l’origine, les deux volumes qui sont finalement parus ne constituent pas même l’entière première partie. Il existe une traduction française du premier des deux volumes de la troisième édition allemande de cet ouvrage publié à l’origine de 1877 à 1883, parue sous le titre *L’évolution du droit*, trad. O. de Meulenaere, Paris, Chevalier-Marescq, 1901. Ce même volume a été traduit en anglais sous le titre *The Law as a Means to an End*, par I. Husik (réimp. Union (NJ), Lawbook Exchange, 1999).

¹⁰²⁴ Voir par ex. J.-G. BELLEY, *supra* note 941.

l'autre que dans la mesure où le premier y renvoie pour ses propres fins et dans le sens, peut-être très spécial, qu'il lui donne en y faisant appel¹⁰²⁵ ». C'est donc de ce point de vue juridique que s'apprécierait la notion romane de « *relevanz*¹⁰²⁶ » juridique. Pour qu'un ordre juridique soit « *relevant* » pour un autre, il faut que son existence, son contenu ou son efficacité soit conforme aux conditions posées par un autre ordre ; « cet ordre ne vaut pour cet autre ordre juridique qu'à un titre défini par ce dernier¹⁰²⁷ ». La *relevanz* d'un ordre pour un autre n'est que la prise en considération, autrement dit la reconnaissance, du premier par le second, cette reconnaissance pouvant être d'existence, de contenu ou d'efficacité. Or c'est peut-être l'apport principal de Romano que d'expliquer plus précisément que, pour valoir pour un autre ordre, la norme d'un ordre donné n'a pas à être reçue par cet autre ordre afin de lui appartenir, celui-ci pouvant très bien se contenter d'y renvoyer. Contre Kelsen notamment, et un demi-siècle avant Hart, Romano soutient que :

Il est exact que dans un ordre originaire donné, les normes d'un autre ordre ne peuvent valoir qu'en vertu de normes du premier ; en revanche il nous paraît inexact de dire que tout ordre ne considère comme juridique [*sic*] que ses propres normes et regarde comme irrelevantes toutes les autres en tant que telles : cela n'est pas seulement arbitraire, mais est contraire à la réalité. Le principe que tout ordre originaire est toujours exclusif doit s'entendre en ce sens qu'il *peut* mais non qu'il *doit nécessairement* nier la valeur juridique de tout autre. [...] En d'autres termes, un ordre peut en ignorer ou aussi en nier un autre ; il peut le prendre en considération en lui attribuant un caractère différent de celui qu'il s'attribue lui-même et il lui est par conséquent loisible de le considérer comme un pur fait ; mais on ne voit pas pourquoi il ne pourrait pas le reconnaître comme ordre juridique, ne fût-ce que dans une certaine mesure, pour certains effets et avec les qualités qu'il peut juger opportun de lui conférer. Même, il faut observer que pour lui conférer celles-ci, – qu'éventuellement l'ordre concerné ne se donne pas lui-même, – il est parfois nécessaire de le reconnaître comme ordre juridique et non comme un simple fait : ainsi, par exemple [*sic*], quand un ordre qui s'affirme originaire est tenu par un autre pour dérivé¹⁰²⁸.

En somme, écrit Romano au sujet des différents cas de figure que permet d'envisager son pluralisme juridique en matière de *relevanz* :

on peut remarquer la possibilité d'institutions réciproquement indépendantes ; d'institutions dont l'une affirme son indépendance envers une autre, cependant que cette dernière en affirme au contraire la dépendance ; et d'institutions qui, dans leurs rapports réciproques, sont, dans des mesures et en des sens divers, coordonnées sur base d'égalité, ou placées respectivement en position de suprématie ou de subordination¹⁰²⁹.

En d'autres termes, il faudrait distinguer entre : 1) l'irrélevance réciproque ; 2) la *relevanz* unilatérale ; 3) la *relevanz* réciproque, qui nouerait de véritables relations pouvant être de subordination aussi bien que de coordination.

¹⁰²⁵ S. ROMANO, *supra* note 963, § 29, p. 88.

¹⁰²⁶ Les traducteurs français ont préféré franciser le nom italien de « *rilevanza* ». À ce sujet, voir leur seconde note de la p. 65 (*id.*).

¹⁰²⁷ *Id.*, § 34, p. 106.

¹⁰²⁸ *Id.*, § 34, p. 107, en note.

¹⁰²⁹ *Id.*, § 33, p. 106.

Intéressant les relations *juridiques* entre ordres juridiques, la relevance ne doit pas être confondue avec « l'importance de fait qu'un ordre peut avoir pour un autre¹⁰³⁰ ». Il serait même « clair » que, « si un ordre juridique est irrelevant selon tel autre, cela signifie qu'il n'y a aucune relation entre eux¹⁰³¹ ». Dans les faits, l'existence, le contenu et l'efficacité d'un ordre ne dépendraient pas pour l'essentiel de sa relevance pour, de sa reconnaissance par d'autres, l'État y compris ; « le caractère d'institution que revêt telle ou telle entité dépend de sa structure, de son droit interne, non de la façon, d'ailleurs variable, dont les lois de l'État la construisent¹⁰³² ». Ainsi l'efficacité d'un ordre tenu par l'État pour illicite, par exemple, « sera ce qu'elle sera, selon sa constitution, ses fins, ses moyens, ses normes et les sanctions dont il pourra user ; dans le fait, elle sera faible si l'État est fort, comme elle pourra parfois être puissante au point d'ébranler l'existence même de l'État¹⁰³³ ». Quant aux institutions « admises par l'ordre étatique », si leur régime est généralement « établi directement par des lois étatiques ou par des actes juridiques privés soumis à l'ordre étatique », en revanche « il arrive souvent que ce dernier [...] ne réussisse pas à appréhender et régler entièrement la situation de ces entités » qui alors se donnent « un ordre juridique propre, interne, différent de celui que leur attribue l'État [...]»¹⁰³⁴ ». Aussi l'irrelevance, qui est absence de relations juridiques, ne serait-elle pas synonyme de l'absence de rapports de fait. Pour constituer « deux mondes juridiques » qui, « juridiquement, restent ou peuvent rester toujours distincts et autonomes », l'État et l'Église, par exemple, peuvent néanmoins « influencer matériellement » l'un sur l'autre¹⁰³⁵.

Aussi convaincants que puissent être les développements que Romano consacre à la relevance dans le second chapitre de son livre de 1918, une question persiste tant et aussi longtemps que, de ce livre, on conserve la mémoire du premier chapitre et du propos avoué : « j'ai précisément voulu faire entrer dans le monde juridique ce fait de l'ordre social que l'on

¹⁰³⁰ *Id.*, § 34, p. 106.

¹⁰³¹ *Ibid.*

¹⁰³² *Id.*, § 19, p. 55. Le défaut de reconnaissance d'un ordre juridique par l'État « n'emporte que l'absence de tels effets dans l'État mais non l'absence de tous effets hors de la sphère de l'État » (§ 29, p. 86).

¹⁰³³ *Id.*, § 30, p. 90.

¹⁰³⁴ *Id.*, § 31, p. 91-92. C'est donc dire qu'« il est des entités qui pour le droit étatique sont en partie des entités de fait alors que considérées en elles-mêmes, elles présentent ce caractère institutionnel qui en fait des organismes juridiques [...] » (§ 31, p. 94).

¹⁰³⁵ *Id.*, § 29, p. 88.

tenait généralement pour antécédent au droit¹⁰³⁶ ». Reléguant les normes au rang d'épiphénomène du droit, Romano prétend néanmoins fonder une approche juridique plutôt que sociologique du droit comme fait, mais cela juste avant de distinguer entre relations de droit et relations de fait entre ordres juridiques. Voilà qui laisse entendre qu'il y aurait pour notre auteur deux catégories de faits relatifs aux ordres juridiques, ceux qui intéressent le sociologue et ceux qui intéressent le juriste. Justement, c'est à la surprise du lecteur de *L'ordre juridique* que, contrastant avec la fermeté répétée de la récusation de la « doctrine réduisant le droit à un ensemble de normes » dans le premier chapitre, surgit dans le second, en note qui plus est, l'opposition entre, d'une part, ordre juridique et, de l'autre, « pur » ou « simple » fait¹⁰³⁷ ! Sans être de nature essentiellement normative, l'ordre juridique serait donc finalement un fait « impur »... Mais en quoi peuvent bien consister, au juste, ces faits « impurs » qui composeraient les rapports de droit, par opposition à ceux de fait, entre ordres juridiques, si ce n'est en des normes ? La distinction hartienne entre la question de fait de l'existence de, et de l'appartenance à, un ordre juridique et la question de droit de ce que nous avons appelé les « opérations de reconnaissance » d'un ordre juridique entend se fonder sur ce qui différencie la norme qui existe sur le mode factuel de l'acceptation/utilisation de celle qui existe sur le mode plus proprement juridique de la validité. Celle que veut faire Romano entre la reconnaissance d'un ordre juridique par un autre et l'importance de fait d'un tel ordre pour un autre ne peut en réalité opérer qu'au prix d'un renoncement à sa théorie antinormativiste du droit comme fait, dont elle révèle l'improbabilité.

Cela dit, même si, pour des raisons évidentes, nous parlerons pour notre part d'« opérations de reconnaissance » plutôt que de « rapports de relevance », nous reprendrons à notre compte, de préférence aux hésitations de Hart à cet égard, l'observation assurée de Romano selon laquelle l'opération de reconnaissance n'est pas de réception, mais peut très bien être de renvoi, possibilité à laquelle on peut ajouter, par exemple et de manière métaphorique, celle de la « traduction ».

¹⁰³⁶ *Supra* note 980.

¹⁰³⁷ *Id.*, § 34, p. 107, en note.

Contrairement à l'idée répandue, les théories du pluralisme juridique n'apportent qu'un faible éclairage sur la problématique de la lutte autochtone pour la pleine reconnaissance des droits ancestraux. Dans son étude sur le rapport respectif de Hart et de Fuller au pluralisme juridique, Jeremy Waldron précisait d'ailleurs d'entrée que, « *even if we grant that legal plurali[ty] exists and that we need to be able to accommodate it in our categorical scheme, indeed even if we grant that it is pervasive, there may be interesting normative and/or evaluative questions to raise*¹⁰³⁸ ». Si, suivant une conception du juridique comme dimension de la culture sociétale, une certaine partie de la recherche, notamment en anthropologie juridique, ainsi que du droit positif canadien et international admet – dans une mesure certes différente – l'*existence* de régimes juridiques autochtones en marge du droit de l'État, à elle seule elle ne dit pas grand-chose des raisons pour lesquelles ni de la mesure dans laquelle il est souhaitable de voir celui-ci reconnaître ces régimes. Il arrive que des auteurs évoquent la question dans des termes tels que ceux d'Isabelle Schulte-Tenckhoff selon laquelle les Autochtones « ne se reconnaissent pas » dans les catégories politiques et juridiques établies par les États, en sorte que dans la négociation d'un accord de règlement de revendication territoriale ils se préoccupent « de la reconnaissance étatique de leur rapport historique à la terre et de leurs identités propres¹⁰³⁹ ». Mais que peut bien vouloir dire au juste « se reconnaître » dans un ordre ou une culture juridique ? Est-ce donc que, quoi que puissent en dire les sciences sociales, il est possible à une personne d'entretenir un rapport conscient à « la » culture qui la baigne ? S'agit-il plutôt ici, en réalité, d'une mobilisation politique du concept de culture dans le cadre d'une lutte identitaire¹⁰⁴⁰ ? Nous avons pu indiquer en début de chapitre comment, dans le texte même de l'entente de principe de 2004, la lutte des Innus pour la pleine reconnaissance de leurs droits ancestraux se présentait comme une lutte pour la reconnaissance d'une identité autochtone. Nous voilà donc convié, nous semble-t-il, à poursuivre notre enquête en portant celle-ci sur le plan de la philosophie normative, ce que nous nous efforcerons de faire le plus prudemment possible, à partir d'une analyse de l'usage du mot « reconnaissance ». Or, *mutadis mutandis*, ce point de départ nous est déjà fourni par Paul Ricœur.

¹⁰³⁸ J. WALDRON, *supra* note 936, p. 137.

¹⁰³⁹ I. SCHULTE-TENCKHOFF, *La question des peuples autochtones*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 1997, p. 9-10, 149 et 168.

¹⁰⁴⁰ Voir D. CUCHE, *Le concept de culture dans les sciences sociales*, Paris, La Découverte, 2001, p. 82-111.

Section 2. La reconnaissance et le lexique

Ainsi qu'on l'écrivait récemment, *Parcours de la reconnaissance* « n'a pas reçu un accueil aussi enthousiaste que *Temps et Récit* ou *Soi-même comme un autre* ou une réception aussi polémique que l'*Essai sur Freud* ou *la mémoire, l'histoire, l'oubli* », de sorte que, sept ans après sa publication, il semble que l'on soit encore à essayer de comprendre quel statut il faut accorder à la dernière production philosophique de Ricœur¹⁰⁴¹ ». En tout état de cause, ce livre promet beaucoup à notre enquête. L'« investigation » qui lui a donné lieu aurait eu pour origine un « sentiment de perplexité concernant le statut sémantique du terme même « reconnaissance » au plan du discours philosophique¹⁰⁴² ».

Plus exactement, elle s'est ébranlée sous l'effet d'une mise en parallèle du fait qu'il n'existerait pas, en philosophie, de théorie de la reconnaissance « à la façon dont il existe une ou plusieurs théories de la connaissance » avec « la sorte de cohérence qui permet au mot « reconnaissance » de figurer dans un dictionnaire comme unité lexicale unique en dépit de la multiplicité, que cette unité lexicale enveloppe, des acceptions attestées au sein de la communauté langagière rassemblée par la même langue naturelle, en l'occurrence la langue française¹⁰⁴³ ». Cette perplexité de Ricœur à l'égard du statut sémantique du terme « reconnaissance » résultait donc d'un « contraste entre la dispersion d'apparence aléatoire des occurrences du mot au plan du discours philosophique et la sorte de polysémie réglée issue du travail du lexicographe¹⁰⁴⁴ ». Polysémie « réglée » dans la mesure où, selon le mot d'Émile Littré, ce ne serait « point au hasard que s'engendre[raient], dans l'emploi d'un mot, des significations distinctes et quelquefois très éloignées les unes des autres¹⁰⁴⁵ ». L'hypothèse, assurément moins modeste que la notion wittgensteinienne d'« air de famille », est ici celle de l'existence d'une règle de « dérivation des écarts de sens à partir du non-dit implicite à la définition précédente¹⁰⁴⁶ ».

¹⁰⁴¹ G. MARCELO, « Introduction », *Études ricœuriennes / Ricœur studies*, vol. 2, n° 1, 2011, p. 7-11, à la page 7, en ligne : <http://ricoeur.pitt.edu/ojs/index.php/ricoeur/index>

¹⁰⁴² P. RICŒUR, *supra* note 934, p. 9.

¹⁰⁴³ *Ibid.*

¹⁰⁴⁴ *Ibid.*

¹⁰⁴⁵ E. LITTRÉ, « Préface au premier tome », dans *Dictionnaire de la langue française*, Paris, 1859, p. 126, cité dans *id.*, p. 16-17.

¹⁰⁴⁶ P. RICŒUR, *supra* note 934, p. 17.

Ricœur conviendra que, en ce qui le concerne, sa démarche tient de l'inédit : « c'est la première fois que, dans un travail philosophique, je prends pour premier guide un dictionnaire alphabétique et analogique comme *Le Grand Robert*, mon principal informateur¹⁰⁴⁷ ». Pourtant, rappelle-t-il, avant nous, « la grande philosophie allemande du XIX^e et du XX^e siècle avait incorporé l'enquête philologique à l'élaboration de ses concepts directeurs¹⁰⁴⁸ ». Aussi, « nous devançant tous, les penseurs grecs de l'âge classique, le bon professeur Aristote en tête, parcouraient en lexicographes avisés le grand livre des mœurs, pointant chez les poètes et les orateurs la percée de vocables appropriés, avant que l'usage n'ait effacé le relief de ces pièces neuves de l'échange langagier¹⁰⁴⁹ ». L'enquête devait aboutir au retraçage d'un « parcours », retraçage voulant s'insinuer quelque part entre la véritable « théorie » et la simple « rhapsodie d'idées¹⁰⁵⁰ ». Car le « pari » de l'investigateur était de « conférer à la suite des occurrences philosophiques connues du mot « reconnaissance » la cohérence d'une polysémie réglée, digne de donner la réplique à celle du plan lexical » qui, elle, se situe « à mi-chemin de l'homonymie et de l'univocité¹⁰⁵¹ ».

Le Grand Robert, « principal informateur » de Ricœur en matière lexicale, est un ouvrage dont on connaît la présentation, plus précisément le système de dérivation arborescent, et non simplement linéaire comme celui du *Litttré*, des différentes définitions (et donc sous-définitions) d'un mot sous une même entrée. Sous « reconnaître » défilent trois idées mères, dont les deux premières se ramifient suivant cette logique arborescente, l'une en deux, l'autre, en sept acceptations. Ainsi, au niveau de généralité sémantique le plus élevé, le verbe peut signifier, ou « I. Saisir (un objet) par l'esprit, par la pensée, en reliant entre elles des images, des perceptions qui le concerne; distinguer, identifier, connaître par la mémoire, le jugement ou l'action », ou « II. Accepter, tenir pour vrai (ou pour tel) », ou bien « III. Témoigner par de la gratitude que l'on est redevable envers qqn de (qqch., une action) ».

¹⁰⁴⁷ *Id.*, p. 357.

¹⁰⁴⁸ *Id.*, p. 13-14.

¹⁰⁴⁹ *Ibid.*

¹⁰⁵⁰ *Ibid.*

¹⁰⁵¹ *Id.*, p. 10-11.

Le sens I de « reconnaître » se subdivise en deux significations particulières : « 1. Penser (un objet présent) comme ayant déjà été saisi par la pensée » ; « 2. Identifier (qqch.) en établissant une relation d'identité entre un objet, une perception, une image... et un autre (une autre), au moyen d'un caractère commun déjà identifié; penser, juger (un objet, un concept) comme compris dans une catégorie (espèce, genre) ou comme inclus dans une idée générale ».

Au sens II, soit celui d'accepter, de tenir pour vrai ou pour tel, « reconnaître » peut, plus précisément, vouloir dire « 1. Admettre, avouer qu'on a commis (un acte blâmable, une faute) ». Il peut aussi avoir pour sens particulier « 2. Admettre (une personne) pour chef, pour maître, etc. » ou, par extension, « 3. Reconnaître un Dieu [...], une foi, une croyance ». L'emploi du verbe peut également servir à signifier « 4. Admettre pour vrai après avoir nié, ou après avoir douté, accepter malgré des réticences » ou encore « 5. Tenir pour vrai après une recherche; être conduit à connaître, à savoir... » Ces acceptions n'épuisent pas le sens deuxième de « reconnaître », qui peut également équivaloir à « 6. Chercher à connaître, à déterminer », comme dans « reconnaître le terrain ». Enfin, « reconnaître » au sens II peut être « 7. Admettre officiellement l'existence juridique de... »

D'après Ricœur, c'est la toute première définition du substantif « reconnaissance » : « I. Le fait de reconnaître (1) : ce qui sert à reconnaître », plus précisément son dernier segment, qui fait accéder au « non-dit implicite » de la définition I de « reconnaître », à partir duquel s'opère la dérivation de sa définition II. Car cette « deuxième composante » de la définition I de « reconnaissance » permettrait en l'occurrence « au substantif de dire ce que le verbe dissimule, à savoir le passage de l'idée de saisir un objet par l'esprit, par la pensée..., à celle de tenir pour vrai, par le truchement de l'idée signe de reconnaissance¹⁰⁵² ». Le *Robert* définit le signe de reconnaissance comme celui « par lequel des personnes qui ne se connaissent pas (ou qui ne se sont pas vues depuis longtemps) peuvent se reconnaître ». Quant au passage de la deuxième à la troisième idée mère à laquelle peut renvoyer le verbe qui nous occupe, soit le passage de l'idée d'acceptation (comme vrai ou tel) à celle de gratitude, Ricœur affirme qu'il s'effectue à la faveur de l'idée de dette, qui serait « comme le non-dit de l'idée préalable d'acceptation, d'admission,

¹⁰⁵² *Id.*, p. 28.

pour autant que la vérité présumée consiste en une valeur qui appelle une approbation en forme d'aveu¹⁰⁵³ ».

Or il faut en la circonstance prêter une attention particulière à l'hypothèse de Ricœur selon laquelle le « reconnaître » au sens II.7, c'est-à-dire au sens juridique, serait plus difficile à coordonner. L'auteur avance qu'ici :

[l]a dérivation paraît se faire par l'idée de légitimité et de supériorité, implicite à celle de tenir pour vrai, la vérité étant posée tacitement pour une valeur dont la supériorité est simplement morale. Le travail conceptuel ici requis s'avère considérable concernant cette dérivation qu'enrichissent et complexifient encore, outre les rapports analogiques, les exemples et les citations référencées. La reconnaissance de dette, dernière spécification désignée de la reconnaissance-admission, s'avère la plus proche de la troisième idée souche, la reconnaissance-gratitude. Mais d'abord se profile l'énigme du concept d'autorité sous-jacent à la reconnaissance au sens [juridique]¹⁰⁵⁴.

Les exemples que donne *Le Grand Robert* du « reconnaître » au sens juridique sont : reconnaître un gouvernement; reconnaître un droit; reconnaître l'autorité d'une assemblée, la compétence d'un tribunal...; reconnaître à quelqu'un le droit de..., son droit; (par extension) je me suis reconnu le droit de...; reconnaître quelqu'un pour son héritier; reconnaître un enfant pour légitime; (sans complément second) reconnaître un enfant (s'en déclarer le père ou la mère); reconnaître sa signature, une lettre, un billet (admettre qu'on en est l'auteur et en accepter les conséquences juridiques); reconnaître par certificat (certifier); reconnaître une dette. Quant aux citations en question, elles sont de Chateaubriand et de Michelet : « (...) supposant des dangers imaginaires, il (*Fouché*) prétendait forcer la couronne à reconnaître les deux Chambres de Bonaparte (...) (*Mémoires d'outre-tombe*, t. IV, p. 42) » ; « D'autre part, Clovis reconnut dans l'Église le droit le plus illimité d'asile et de protection. À une époque où la loi ne protégeait plus, c'était beaucoup de reconnaître le pouvoir d'un ordre qui prenait en main la tutelle et la garantie des vaincus (*Histoire de France*, II, 1) ».

La reconnaissance *juridique* figure donc dans le lexique, où toutefois elle s'insérerait moins aisément que les autres « reconnaissances » au sein d'une « polysémie réglée ». Cette acception du « reconnaître », Ricœur la fait dériver de l'idée implicite de supériorité et de légitimité du « tenir pour vrai », la reconnaissance juridique se rapprochant ainsi du « tenir pour tel » dans la mesure où ce « tel » est souvent un « chef », un « maître », etc. Partant, on

¹⁰⁵³ *Ibid.*

¹⁰⁵⁴ *Id.*, p. 31.

reconnaîtrait un « droit » de la même façon qu'on reconnaît un pouvoir, une autorité, etc., et donc une certaine légitimité, ce qui à son tour renverrait à des critères de « vérité ». Mais si Ricœur a mis en relief le lien qui associe la reconnaissance à l'idée de gratitude, il aurait pu mentionner comment le « reconnaître une dette » se rapporte également au reconnaître comme avouer, confesser, endosser, ainsi qu'au reconnaître comme se rappeler, se souvenir. Dans le cadre de notre enquête cependant, c'est au sujet de la reconnaissance au sens juridique que nous resterions sur notre faim si nous n'ajoutions pas au menu lexical un service supplémentaire, en l'occurrence quelques bouchées prises à même le langage juridique.

Section 3. La reconnaissance et le langage juridique

Le *Dictionnaire de la culture juridique* contient une notice sur la « reconnaissance ». Signée par Laurent Leveneur, professeur à l'Université Panthéon-Assas, celle-ci présente d'entrée les paramètres de la reconnaissance juridique :

Tantôt manifestation unilatérale de volonté par laquelle une personne accepte de tenir pour établie une situation préexistante, de droit ou de fait, en vue de lui permettre de produire des effets voire de les renforcer (reconnaissance d'enfant naturel, reconnaissance de dette...), tantôt décision officielle par laquelle une autorité confère ou consent à faire produire des effets juridiques à un groupement, un titre ou un acte dont, le plus souvent après contrôle, elle admet l'existence et la valeur (reconnaissance d'utilité publique, reconnaissance de jugement...), tantôt acte unilatéral par lequel un État fait connaître qu'il admet l'existence à son égard d'un fait et s'engage irrévocablement à en tirer, dans ses relations extérieures, les conséquences que le droit international y attache (reconnaissance d'État, reconnaissance de gouvernement...), les divers sens techniques du terme reconnaissance ont pour point commun de désigner un acte unilatéral. Cependant la volonté de son auteur ne dispose pas toujours de la même liberté : totale pour certaines reconnaissances, elle est en revanche des plus réduites pour d'autres. Est également variable l'effet de l'acte au regard de la situation reconnue : le plus souvent déclarative, la reconnaissance a cependant parfois un caractère constitutif¹⁰⁵⁵.

La « logique », du moins celle de la langue s'il en existe d'autres, suggère que la reconnaissance constitutive soit un acte davantage libre que la reconnaissance déclarative; l'« attribution » est normalement plus libre que la « constatation ». Cette « logique » est d'ailleurs celle du positivisme qui préside à la pensée juridique moderne, pour laquelle le « droit qui doit être » est « politique » et relève de l'action tandis que le « droit qui est » est « positif », plus proprement « juridique » et objet de connaissance. En d'autres termes, la positivisation du droit vient encadrer le débat sur les droits et obligations de chacun. La notice de Leveneur donne des exemples tirés des droits français et international.

¹⁰⁵⁵ L. LEVENEUR, « Reconnaissance », dans D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy/PUF, 2003, p. 1303, à la page 1303.

Il n'y a rien d'étonnant dans le fait qu'en droit public français la reconnaissance d'utilité publique, qui est une reconnaissance juridique constitutive « par laquelle le gouvernement admet officiellement le caractère d'intérêt général d'une association ou d'une fondation » d'une manière qui emporte l'octroi à celle-ci de certains droits, soit effectuée « avec une très grande liberté ». Sauf quelques exceptions, tel le vice de procédure, il serait vain « de chercher à combattre juridiquement un refus de reconnaissance en prétendant qu'elle doit être accordée car toutes les conditions sont remplies : parmi ces conditions figure en effet avant tout l'utilité publique, pour laquelle le gouvernement dispose d'un entier pouvoir d'appréciation¹⁰⁵⁶ ».

Il en va autrement de la reconnaissance des jugements, « par laquelle sont admis dans un État tout ou partie des effets de décisions émanant de juridictions étrangères¹⁰⁵⁷ ». S'agissant assurément d'une « décision officielle par laquelle une autorité confère ou consent à faire produire des effets juridiques à un groupement, un titre ou un acte dont, le plus souvent après contrôle, elle admet l'existence et la valeur », cette reconnaissance semble bien devoir être rangée elle aussi parmi les reconnaissances juridiques constitutives. Leveneur précise toutefois que la marge d'appréciation des autorités françaises à cet égard s'est considérablement réduite au cours des quarante dernières années¹⁰⁵⁸. Si elle est effectivement devenue, à l'instar de la reconnaissance de diplômes, un acte pratiquement dépourvu de liberté, la reconnaissance de jugements étrangers ne tient-elle pas maintenant plutôt de la reconnaissance juridique déclarative ? Pour notre part, il nous semble que, par nature, et nonobstant le coefficient de liberté que l'un ou l'autre ordre juridique attribue à cet acte, la reconnaissance des jugements étrangers se veut essentiellement déclarative plutôt que constitutive, puisqu'elle vise à donner effet, dans un ordre, à un jugement qui a été certes rendu dans un autre ordre mais qui n'est pas pour autant conçu comme un « pur fait », un fait à l'origine dépourvu de toute juridicité. Or ce n'est pas sa juridicité d'origine qui contraint les autorités françaises à reconnaître le jugement étranger, mais les normes du droit français relatives à une telle reconnaissance qui, si elle doit être tenue pour « déclarative », se trouve précisément à déclarer certains effets que le droit français a préalablement, abstraitement et librement attribués, en son sein, à de tels jugements.

¹⁰⁵⁶ *Ibid.*

¹⁰⁵⁷ *Ibid.*

¹⁰⁵⁸ *Ibid.*

L'équation logique entre le caractère libre ou non de l'acte reconnaîtif et sa nature constitutive ou déclarative peut encore paraître contredite par l'exemple de la reconnaissance de dette, cet « acte (écrit, verbal ou même tacite selon la jurisprudence) par lequel une personne se reconnaît débitrice envers une autre¹⁰⁵⁹ ». Si cette reconnaissance « n'est que déclarative de la situation reconnue, qu'elle constate sans la modifier juridiquement », en revanche elle n'est qu'un « acte spontané » du débiteur, auquel rien ne l'oblige juridiquement¹⁰⁶⁰. Cette liberté de la reconnaissance de dette nous semble pourtant bien relative. Le débiteur qui refuse de reconnaître sa dette ne s'expose-t-il pas à y être pour ainsi dire contraint par le juge à la demande du créancier ? L'article 2248 du Code civil français – et de même l'article 2898 du *Code civil du Québec* – attribue cependant à la reconnaissance de dette un effet interruptif de prescription. La liberté de l'acte de reconnaissance de dette est donc surtout celle, plutôt limitée, du débiteur de renoncer à se prévaloir de l'écoulement du délai de prescription de l'action du créancier.

La reconnaissance d'enfant naturel en droit français procéderait quant à elle d'une double nature. S'interrogeant sur sa nature déclarative ou constitutive, Leveneur emploie à son sujet des termes qui se reportent à la définition lexicale du « reconnaître » pour se demander, comme on l'avait fait en 1902¹⁰⁶¹, si reconnaître un enfant correspond à une « confession » ou à une « admission » :

[P]ur fait naturel dont l'établissement passe par une simple démonstration, à régler? La reconnaissance n'est alors qu'une preuve (parmi d'autres), une confession. Ou bien le lien qui unit l'enfant naturel à son auteur est-il le produit d'un acte de volonté par lequel celui-ci accepte de le faire entrer dans sa famille? La reconnaissance, et elle seule, est alors cette admission, acte de libre volonté par lequel son auteur consent à admettre dans sa famille l'enfant qui n'y figure pas¹⁰⁶².

On se souvient du « reconnaître » au sens II : « Accepter, tenir pour vrai (ou pour tel) ». Rappelons son premier rameau sémantique : « 1. Admettre, avouer qu'on a commis (un acte blâmable, une faute) ». Le *Robert* renvoie alors aux verbes « avouer », « endosser » et... « confesser ». Sauf que la reconnaissance strictement déclarative d'enfant naturel paraît relever au moins autant du « reconnaître » au sens II.4 : « Admettre pour vrai après avoir nié, ou après avoir douté, accepter malgré des réticences ». Le *Robert* renvoie ici, non seulement de nouveau à

¹⁰⁵⁹ *Ibid.*

¹⁰⁶⁰ *Id.*, p. 1303-1304.

¹⁰⁶¹ A. COLIN, « De la protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, p. 257-300, cité dans *id.*, p. 1304.

¹⁰⁶² L. LEVENEUR, *supra* note 1055, p. 1304.

« admettre », mais aussi à « avérer » et à... « déclarer ». Quant à la théorie constitutive de la reconnaissance d'enfant naturel, aux termes de laquelle « reconnaître un enfant naturel », c'est « consentir à l'admettre dans sa famille », elle ne peut correspondre, au plan lexical, qu'à la deuxième idée mère du « reconnaître » dans toute sa généralité, plus précisément à l'« accepter pour tel ». En effet, parmi les acceptions du sens II en lesquelles se subdivise le sens de « reconnaître », seule, à l'exception de certains de ses emplois au sens juridique (7), la deuxième peut faire exprimer par ce verbe une action à l'endroit d'une personne : « 2. Admettre (une personne) pour chef, pour maître, etc. » On comprend qu'admettre une personne comme son enfant, un enfant comme membre de sa famille, comme le sien, a peu à voir avec le fait d'admettre une personne pour chef, pour maître, etc. S'agissant d'une personne, l'« accepter pour tel » que comprend le « reconnaître » au sens II serait donc irréductible à l'acceptation de sa supériorité. Voilà qui paraît compatible avec l'hypothèse ricœurienne d'une dérivation du sens juridique du « reconnaître » à partir d'une idée de légitimité sous-jacente à celle de vérité. Quoi qu'il en soit, Leveneur conclut à la nature hybride de la reconnaissance d'enfant naturel en droit français : la liberté dont jouit son auteur caractériserait la reconnaissance d'enfant naturel dans ses aspects constitutifs, tandis que sa contrainte le ferait dans sa dimension déclarative. Aux yeux du droit français, « reconnaître un enfant naturel » ne consisterait *pas seulement* à avouer, à confesser des faits, mais également à accueillir, à admettre une personne. D'être à la fois libre et contraint d'accomplir un même acte demeure toutefois obscur à nos yeux. Il est cependant un autre exemple, en l'occurrence le dernier, parmi ceux que donne Leveneur dans sa notice qui rend beaucoup mieux compte de la manière dont la reconnaissance juridique peut être à la fois déclarative et libre. Cet exemple, c'est celui de la reconnaissance en droit international public, et c'est lui qui servira de matériau d'élaboration de ce concept prénormatif de reconnaissance juridique qui sera utile à notre enquête. Disons d'ores et déjà que nous en viendrons à qualifier cette reconnaissance de « déclarative et hétéroréférentielle » pour ensuite, par un retour aux acquis de notre analyse de certains travaux de Hart, parler de manière plus suggestive d'une « opération de reconnaissance » d'un ordre juridique par un autre.

Nous avons eu jusqu'ici plus d'une occasion de nous pencher sur le processus d'« internalisation » des peuples autochtones, c'est-à-dire sur leur assujettissement graduel au seul droit interne des États plutôt qu'au droit international. Nous avons également vu que le

développement plus récent des droits de l'homme tendait maintenant à mettre en branle un processus inverse d'« internationalisation » de ces peuples. Encore là, s'il s'avérait que ceux-ci ne peuvent relever que du « droit interne » à l'exclusion du droit international – ce que nous récusons –, le parallèle entre certaines normes de droit interne qui les concernent spécialement et la reconnaissance en droit international public demeurerait frappant. Cette reconnaissance connaît du reste plus d'une catégorie d'application dans la mesure où « un État peut admettre, et rendre opposable à son égard, l'existence d'un nouvel État, d'un gouvernement issu d'une révolution, d'une modification territoriale, d'une nation qui a des prétentions sur un territoire qu'elle ne maîtrise pas encore, de l'autorité de fait qu'exerce un groupe d'insurgés ou de belligérants, etc.¹⁰⁶³ » Elle est d'autre part décrite par deux grandes théories concurrentes dont Leveneur se demande de chacune quelle place elle accorde à la volonté :

Pour certains, la reconnaissance crée légalement la situation reconnue : elle donne juridicité à ce qui n'était que pur fait, en parachevant le processus de création. Elle est donc d'une nature *constitutive*. Pour d'autres auteurs, en revanche, elle est purement *déclarative* : l'existence juridique d'un État (d'un gouvernement nouveau, etc.) est un fait indépendant de la volonté des États existants, qui ne peuvent que le constater; sans doute par sa manifestation de volonté, l'État qui reconnaît accepte-t-il de rendre la situation opposable à son égard, mais il ne la crée pas juridiquement. Aussi bien, les effets de la reconnaissance remontent au jour de la naissance effective de la situation. Cette conception apparaît aujourd'hui dominante en doctrine; c'est en particulier celle de l'Institut de droit international¹⁰⁶⁴.

La seconde théorie, la déclarative, est notamment celle que défendait le premier avis de la commission d'arbitrage de la Conférence de paix sur la Yougoslavie, communément connue sous le nom de « Commission Badinter »¹⁰⁶⁵. Bien avant, c'est-à-dire en 1933, la théorie déclarative de la reconnaissance en droit international public avait été reprise par la *Convention sur les droits et devoirs des États* (« Convention de Montevideo »)¹⁰⁶⁶.

« Logiquement », d'écrire Leveneur, « à la différence de la conception constitutive, qui fait une plus grande place au consentement, la conception déclarative devrait conduire à rendre obligatoire la reconnaissance dès lors que tous les éléments constitutifs de la situation concernée sont objectivement réunis et à l'interdire lorsque tel n'est pas le cas¹⁰⁶⁷ ». Or notre auteur

¹⁰⁶³ L. LEVENEUR, *supra* note 1055, p. 1306.

¹⁰⁶⁴ *Ibid.*

¹⁰⁶⁵ Cet avis est reproduit en annexe de : A. PELLET, « The Opinions of the Badinter Committee: A Second Breath for the Self-Determination of Peoples », (1992) 3 *European Journal of International Law* 178, à la page 182. L'extrait pertinent se lit comme suit : « The Committee considers : [...] that [...] the existence or disappearance of the state is a question of fact; that the effects of recognition by other states are purely declaratory. »

¹⁰⁶⁶ *Convention sur les droits et devoirs des États*, signée le 26 décembre 1933 à Montevideo au terme de la 7^e Conférence internationale américaine, *Série des traités de la Société des Nations*, vol. 165, art. 3.

¹⁰⁶⁷ L. LEVENEUR, *supra* note 1055, p. 1306.

observe aussitôt que cela n'a rien d'évident dans la pratique internationale et qu'« en définitive le droit international n'impose guère de règle quant à l'utilisation du pouvoir de reconnaissance¹⁰⁶⁸ ». Il en tire la conclusion que la liberté accordée à cet acte par le droit international tient « à ce que la reconnaissance ne relève pas que de la sphère juridique, mais prend une dimension politique, en raison du soutien plus ou moins important que, souvent, elle exprime aussi¹⁰⁶⁹ ». Voilà qui, pour pouvoir vouloir dire tellement de choses différentes, ne dit pratiquement rien. Au mieux cela laisse-t-il entendre vaguement que des questions normatives (au sens philosophique du terme) se profilent à l'horizon de ce type de reconnaissance juridique. Au pis, même à l'étape prénormative, la conclusion de Leveneur repose sur une analyse incomplète du concept juridique de reconnaissance. Au demeurant, Leveneur réduit à tort la théorie constitutive de la reconnaissance en droit international public – théorie dont il est vrai qu'elle a voulu s'inscrire en faux contre le jusnaturalisme qu'elle imputait à la déclarative – à son moment volontariste, celui d'Oppenheim notamment¹⁰⁷⁰, comme si son moment normativiste, kelsénien, n'avait jamais été¹⁰⁷¹.

Nous voilà effectivement rendus aux limites heuristiques de la « reconnaissance juridique dans les dictionnaires ». La notice de Leveneur ne fait aucune mention de la notion, certes un peu plus théorique mais néanmoins consacrée par l'usage juridique, de « règle de reconnaissance » ni de celle, qu'il est aussi possible d'extraire de l'œuvre hartienne, d'« opération de reconnaissance ». La première renvoie à la reconnaissance d'appartenance d'une norme à un ordre juridique, la seconde à la reconnaissance, par un tel ordre et en son sein, d'effets à un autre tel ordre dont en dernière analyse la juridicité même se trouve ainsi reconnue. La « reconnaissance en droit international public », cet acte que le droit international public laisserait à la libre appréciation des États, est donc en même temps une opération de droit interne. Libre à l'origine, une telle opération de reconnaissance vient régler dans une mesure plus ou moins précise à l'intention des organes d'application du droit la question des effets, dans

¹⁰⁶⁸ *Ibid.*

¹⁰⁶⁹ *Ibid.*

¹⁰⁷⁰ L.F.L. OPPENHEIM, *International Law: A Treatise* (1905-1906), 2 vol., 8^e éd. sous la dir. de H. Lauterpacht, Londres, Longmans, 1960.

¹⁰⁷¹ H. KELSEN, « Recognition in International Law: Theoretical Observations », (1941) 35 *American Journal of International Law* 605. Sur la reconnaissance d'État d'un point de vue à la fois général et historique, voir not. M. FABRY, *Recognizing States: International Society and the Establishment of New States since 1776*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

l'ordre juridique qui reconnaît, de l'ordre juridique qui est reconnu. Cela peut prendre la forme de l'adoption de normes particulières aussi bien que de la décision d'assujettir tout ou partie d'un ordre étranger à des normes générales prévoyant les effets que doivent recevoir les ordres ainsi reconnus. Aveugle à la notion d'opération de reconnaissance, Leveneur ne pouvait voir comment la reconnaissance des jugements étrangers en relevait. Autrement, il aurait sans doute rendu compte de la dimension déclarative de cette reconnaissance juridique, reconnaissance dont il aurait du reste traité différemment du caractère lié de l'acte. C'est seulement lorsque, comme telle, l'opération de reconnaissance se trouve mise entre parenthèses par l'adoption d'une perspective kelsénienement moniste que ses effets paraissent constitutifs de juridicité. Or, dans le cours d'une telle opération, les droits issus de l'ordre juridique reconnu sont en réalité traités autrement que comme de purs faits par l'ordre juridique qui reconnaît. Cette catégorie précise de reconnaissance déclarative qu'autorise à distinguer la notion d'opération de reconnaissance diffère de celle dans laquelle doit être rangée la reconnaissance de dette, par exemple, qui porte sur une juridicité intérieure à l'ordre dont elle mobilise les normes. Quant à elle, l'opération de reconnaissance porte sur une juridicité extérieure, si bien que ce n'est que dans un second moment qu'elle pourra accessoirement générer, soit une reconnaissance déclarative du même genre que la reconnaissance de dette, soit une reconnaissance constitutive telle que, à la rigueur – si en dernière analyse les normes de l'ordre qui reconnaît confèrent à ses autorités compétentes à cet égard un large pouvoir d'appréciation –, la reconnaissance des jugements étrangers. Outre la constitutive, il convient donc à notre sens de savoir distinguer entre deux reconnaissances déclaratives de juridicité. L'une est autoréférentielle et il en est question dans la notice de Leveneur, l'autre est hétéroréférentielle et correspond à ce que nous préférons appeler une opération de reconnaissance. La première est plus positivement juridique et donc davantage susceptible d'être contrainte, la seconde, plus libre parce que davantage « politique ». Ainsi que nous l'avons vu, il est possible, aux fins de notre enquête, de nous contenter prudemment d'une forme de pluralisme juridique qui ne corresponde que minimalement à l'ouverture sur les ordres juridiques autochtones que nous avons pu observer de la part des droits étatiques canadien et international. Justement, ce pluralisme minimal tient de la présomption selon laquelle toute « culture sociétale » – notion sur laquelle nous reviendrons – comporte une dimension juridique, autrement dit de la thèse voulant qu'à une pluralité de communautés politiques corresponde en principe une pluralité d'ordres juridiques. Il est donc aujourd'hui possible, depuis le monisme

étatiste de la pensée juridique moderne qu'on se trouve de la sorte à dépasser, de faire remonter la reconnaissance dont il est question en droit international public à un autre niveau de généralité, à l'atteinte duquel cette reconnaissance peut aussi porter sur un ordre juridique non étatique.

Au plan lexical, la reconnaissance juridique *déclarative autoréférentielle* semble bien dériver du « reconnaître » au sens de « tenir pour vrai », dans la mesure où elle consiste à avérer, convenir de, constater ou, enfin, déclarer l'existence d'un droit, d'une obligation juridique, etc. Quant à la reconnaissance juridique constitutive, qui équivaut au fait d'attribuer, sinon d'accorder en vertu d'une autorité, c'est-à-dire de conférer ou d'octroyer des droits, elle pourrait sembler échapper au lexique si l'on oubliait qu'avec elle le « reconnaître » ne porte pas tant sur la juridicité conférée que sur les faits auxquels elle l'est. Miguel Reale suggère qu'il existe un rapport d'identité entre l'« expérience même du droit » et un certain « processus fait-valeur-norme¹⁰⁷² ». Aussi la reconnaissance juridique constitutive apparaît-elle comme moment d'un tel processus. Le droit peut valoriser directement certains faits, en les prescrivant par exemple, ou encore le faire indirectement, notamment par la prohibition de faits tenus pour leur contraire. La thèse du passage à la norme juridique par suite d'une attribution relative de valeur à une catégorie de faits tend à ancrer la reconnaissance juridique constitutive dans le lexique par le truchement de l'idée mère du « reconnaître » comme « accepter », comme « admettre », au sens de « recevoir volontiers ». En ce sens, « accepter » ne revient-il pas en effet à « attacher une valeur suffisante à » ? Or l'ajout d'une exigence axiologique à une exigence pour ainsi dire ontologique fait également correspondre la reconnaissance juridique *déclarative hétéroréférentielle* à la reconnaissance comme « acceptation ». Cela peut sembler paradoxal dans la mesure où, à en croire Leveneur, la reconnaissance juridique déclarative ne peut tenir que de la constatation, l'attribution étant le propre de la reconnaissance constitutive. La contradiction n'est qu'apparente et s'explique comme nous venons de le voir par la méconnaissance de toute notion fonctionnellement équivalente à ce que nous appelons l'opération de reconnaissance. Si elle se distingue de la reconnaissance déclarative autoréférentielle par le fait qu'elle renvoie à une juridicité étrangère, la reconnaissance déclarative hétéroréférentielle se différencie de la

¹⁰⁷² M. REALE, « La science du droit selon la théorie tridimensionnelle du droit », dans *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, 2 vol., Bruxelles/Paris, Bruylant/Sirey, 1963, vol. 1, *Théorie générale du droit*, p. 211 ; « La situation actuelle de la théorie tridimensionnelle du droit », *Archives de philosophie du droit*, vol. 32, 1987, p. 369.

reconnaissance constitutive en attribuant de la valeur à une juridicité étrangère plutôt qu'à de « purs faits ».

Éclairée par celle du lexique, la prise en compte du langage juridique fournit donc, avec cette notion de reconnaissance déclarative hétéroréférentielle ou, plus simplement dite, d'opération de reconnaissance, les linéaments prénormatifs d'un concept de lutte pour la reconnaissance juridique auquel pourrait correspondre la lutte autochtone pour la pleine reconnaissance des droits ancestraux. Le langage juridique reléguant au « politique » toute question relative à une normativité autre que celle du droit positif, l'élaboration d'un tel concept doit maintenant être complétée, c'est notre pari, par la mobilisation du langage philosophique, d'où l'intérêt d'un retour à Ricœur qui, après avoir décliné la « polysémie réglée » du « reconnaître » au plan lexical, s'est employé à dépasser l'apparence d'aléatoire de ses occurrences philosophiques, parmi lesquelles figure la locution de « lutte pour la reconnaissance ».

Section 4. Ricœur et le parcours philosophique de la reconnaissance

Parcours de la reconnaissance se compose de trois études elles-mêmes issues de conférences prononcées à Vienne et à Fribourg. Plus qu'une simple juxtaposition, l'ouvrage entend présenter trois moments d'une même trajectoire qui, bien qu'esquissée à grands traits à titre d'hypothèse de travail en introduction, sera censée demeurer une « énigme » jusqu'à ce que la conclusion ne la résolve. Ce parcours est philosophique. Si Ricœur se reconnaît une grande dette à l'égard du travail du lexicographe¹⁰⁷³, le lexique n'était pour lui qu'un point de départ. Il ne fallait pas s'attendre de la part du philosophe à quelque entreprise d'amélioration du lexique. Ricœur savait bien que de telles tentatives ne mènent « nulle part, sinon à une réécriture sans fin du dictionnaire¹⁰⁷⁴ ». La philosophie est selon lui, non pas justiciable d'une « amélioration du lexique vouée à la description du langage ordinaire selon la pratique commune », mais mobilisée par « l'émergence de problèmes proprement philosophiques qui tranchent sur la simple régulation du langage ordinaire par son propre usage », et ce, au point de contribuer à « une

¹⁰⁷³ P. RICŒUR, *supra* note 1044, p. 357.

¹⁰⁷⁴ *Id.*, p. 32.

certaine dislocation de l'ordre de dérivation lexicographique¹⁰⁷⁵ ». L'émergence de tels problèmes aurait pour origine ce que Ricœur appelle des « événements de pensée », événements dont une « méthode généalogique¹⁰⁷⁶ » permettrait de remonter la chaîne. Ricœur situe donc, du moins en apparence, le plan généalogique de l'enquête philosophique à un plus grand niveau de profondeur que son plan analytique ou systématique. C'est pourquoi ses conclusions ne pourront être reçues que sous bénéfice d'inventaire. Son effort de retracement du parcours philosophique de la reconnaissance fait successivement séjourner Ricœur dans trois « foyers » : un kantien, un bergsonien et un hégélien. S'ils paraissent de prime abord « n'avoir aucune référence commune¹⁰⁷⁷ », ces trois foyers d'une même problématique philosophique doivent être révélés tels par les « périmètres de sens » tracés par notre auteur autour de chacun d'entre eux pour intituler respectivement les trois études qui leur sont consacrées : « la reconnaissance comme identification » ; « se reconnaître soi-même » ; « la reconnaissance mutuelle ».

La première étude prend pour objet le « reconnaître à la voix active » et souligne son aspect d'initiative et de résolution. Elle s'organise autour du concept kantien de « *Rekognition* » tel qu'il est développé dans la *Critique de la Raison pure*, notamment en introduction. Car c'est bien avec Kant que le terme « reconnaissance » s'inscrit au glossaire philosophique pour s'en trouver « doté d'une fonction spécifique dans le champ théorique¹⁰⁷⁸ ». Au sein du criticisme, il est en effet question de la reconnaissance comme identification, en tant que saisie par la pensée d'une unité de sens. On sait comment, au moyen d'une dialectique transcendantale « *a prioriste* », la première *Critique* kantienne se propose d'articuler l'entendement, par lequel les objets sont pensés et dont les catégories seraient restituées par une analytique, avec la sensibilité, par laquelle les objets sont donnés en vertu de principes structurants dont rend compte une esthétique. Ricœur veut rappeler la manière dont, au final, « c'est le jugement qui reste l'axe de la *Critique* ». Voilà qui serait plutôt vrai de l'ensemble des trois critiques kantienne. Ricœur enseigne que chez Kant le jugement consiste précisément en l'acte de subsumer, c'est-à-dire de relier en plaçant sous un concept les intuitions sensibles. Or ce type de jugement qui est également au centre de la deuxième critique kantienne, la *Critique de la raison pratique*, est le

¹⁰⁷⁵ *Id.*, p. 32-33.

¹⁰⁷⁶ *Id.*, p. 225.

¹⁰⁷⁷ *Id.*, p. 33.

¹⁰⁷⁸ *Id.*, p. 43.

jugement déterminant, qui se distingue du jugement réfléchissant dont il est question dans la troisième critique, la *Critique de la faculté de juger*. Ricœur suggère ensuite que le jugement reçoit dans l'œuvre kantienne le nom de « synthèse ». Tout jugement serait pour Kant un acte de synthèse composant ensemble des formes sensibles à des formes d'entendement. Une telle affirmation nous paraît omettre de tenir compte de ce type de jugement déterminant autre que le jugement synthétique qu'est chez Kant le jugement analytique.

Dans sa première édition du moins, celle de 1781, la *Critique* présente la synthèse comme un processus qui se compose de trois moments : 1) synthèse de l'appréhension dans l'intuition (qui peut d'ailleurs être pure) ; 2) synthèse de la reproduction dans l'imagination ; 3) synthèse de la reconnaissance dans le concept. La reconnaissance est ici consubstantielle à la connaissance. Dernier moment du processus cognitif, où la conscience en son unité (par opposition à la diversité des perceptions sensibles) se reconnaît dans le concept, elle ne saurait être distinguée de la connaissance. Et puisque selon Kant cette forme sensible qu'est le temps serait « la condition formelle *a priori* de tous les phénomènes en général¹⁰⁷⁹ », reconnaître au sens kantien du terme reviendrait à relier d'abord grâce au temps. Ricœur en conclut que « ce n'est pas dans le paragraphe consacré à la reconnaissance que se joue le destin de l'idée d'identification comprise comme liaison dans le temps, mais dans l'Application, relevant de l'Analytique des principes, à la faveur de laquelle s'opère l'identification d'un objet quelconque¹⁰⁸⁰ ». Bien entendu, même s'il a eu une influence durable en ce domaine où sa « révolution copernicienne » représente à notre sens un point de non-retour, Kant n'a pas pour autant eu le dernier mot de l'histoire de l'épistémologie. Aussi était-il relativement aisé à Ricœur de prophétiser rétroactivement le fait que c'est « seulement à la faveur de ses apories » que la reconnaissance ainsi conçue « est susceptible d'annoncer une révolution, rendant possible l'affranchissement de la problématique de la reconnaissance à l'égard de celle de la connaissance¹⁰⁸¹ ».

Le foyer kantien de la reconnaissance trouverait toutefois un préalable dans la conception cartésienne du jugement. Certes, chez Descartes le verbe « reconnaître » et le substantif « reconnaissance » n'apparaissent qu'épisodiquement. L'emploi furtif du verbe « reconnaître »

¹⁰⁷⁹ E. KANT, *Critique de la raison pure* (1^{ère} éd. 1781, 2^e éd. 1787), § 6a, cité dans *id.*, p. 67.

¹⁰⁸⁰ P. RICŒUR, *supra* note 1044, p. 86.

¹⁰⁸¹ *Id.*, p. 72.

dans la quatrième *Méditation* traduirait néanmoins chaque fois quelque aveu à la suite de l'hésitation produite par la crainte obsessionnelle de tenir le faux pour vrai, autrement dit par la hantise de l'erreur. Voilà qui constituerait la reconnaissance en une « attestation de certitude¹⁰⁸² », comme si la simple connaissance ne pouvait coïncider qu'avec un savoir douteux. Chez Descartes comme chez Kant, le jugement coordonne certes l'entendement, qui conçoit, mais cette fois avec le concours de la volonté, qui élit¹⁰⁸³. Rappelons au passage que l'œuvre philosophique de Ricœur a commencé avec la préparation de sa thèse de doctorat sur la *Philosophie de la volonté*¹⁰⁸⁴. Dans les formules cartésiennes « recevoir en ma créance » et « recevoir pour vrai », le verbe « recevoir », qui « englobe toutes les figures de rejet et d'accueil », porterait la marque de l'initiative de l'esprit qui présiderait à l'ensemble de l'entreprise que représente la connaissance¹⁰⁸⁵. L'analyse de la reconnaissance-identification n'irait donc pas sans convoquer Descartes qui, dans le *Discours de la méthode* ainsi que dans la quatrième *Méditation*, a placé son analyse du jugement sous le signe de la rupture en se résolvant à tenir « presque pour faux tout ce qui n'était que vraisemblable¹⁰⁸⁶ ». La rupture consommée, Descartes pose cependant trois axiomes : 1) je suis (puisque je pense) ; 2) Dieu existe ; 3) la pensée est substantiellement distincte du corps, axiomes auxquels il faudrait ajouter : 4) Dieu m'a certes investi d'un libre arbitre, mais non d'une puissance de faillir. C'est sur de telles bases qu'il édifiera sa méthode qui, au-delà du simple vraisemblable, entend indiquer la marche à suivre par l'esprit pour en arriver au « tenir pour vrai ». Souvenons-nous des quatre préceptes ou règles de la méthode cartésienne que sont : 1) la règle d'évidence¹⁰⁸⁷ ; 2) la règle d'analyse¹⁰⁸⁸ ; 3) la règle d'ordre¹⁰⁸⁹ ; 4) la règle de dénombrement¹⁰⁹⁰. C'est au premier précepte que serait

¹⁰⁸² *Id.*, p. 53.

¹⁰⁸³ *Id.*, p. 59.

¹⁰⁸⁴ P. RICŒUR, *Philosophie de la volonté : le volontaire et l'involontaire*, Paris, Université de Paris, Faculté des lettres et sciences humaines / Aubier-Montaigne, 1949.

¹⁰⁸⁵ P. RICŒUR, *supra* note 1044, p. 53.

¹⁰⁸⁶ R. DESCARTES, *Le Discours de la méthode* (1637), dans *Œuvres philosophiques*, vol. 1, Paris, Garnier frères, 1963, p. 567, cité dans *id.*, p. 52.

¹⁰⁸⁷ « [...] ne recevoir jamais aucune chose pour vraie que je ne la connusse évidemment être telle : c'est-à-dire éviter soigneusement la précipitation et la prévention ; et de ne comprendre rien de plus en mes jugements que ce qui se présenterait si clairement et distinctement en mon esprit que je n'eusse aucune occasion de le mettre en doute. » *Id.*, p. 586.

¹⁰⁸⁸ « Diviser chacune des difficultés que j'examine, en autant de parcelles qu'il se pourrait et qu'il serait requis pour les mieux résoudre. » *Id.*, p. 586.

¹⁰⁸⁹ « [...] conduire par ordre mes pensées, en commençant par les objets les plus simples et les plus aisés à connaître, pour monter peu à peu comme par degrés, jusqu'à la connaissance des plus composés ; et supposant même de l'ordre entre ceux qui ne se précèdent point naturellement les uns les autres. » *Id.*, p. 586-587.

revenu d'inaugurer cet « événement de pensée » que représente la philosophie cartésienne du jugement ; Ricœur se focalisera sur la règle d'évidence dont on devine qu'elle est censée mieux codifier que les trois autres l'idée du savoir scientifique comme reconnaissance.

En effet, le premier précepte de la méthode, la règle d'évidence, que Descartes formule à la première personne du singulier, est-il de « ne recevoir jamais aucune chose pour vraie que je ne la connusse évidemment être telle : c'est-à-dire éviter soigneusement la précipitation et la prévention ; et de ne comprendre rien de plus en mes jugements que ce qui se présenterait si clairement et distinctement en mon esprit que je n'eusse aucune occasion de le mettre en doute¹⁰⁹¹ ». La précipitation d'après Descartes consiste à juger avant que l'entendement ne soit parvenu à une parfaite évidence, et la prévention, à se fier aux préjugés ou autres fausses évidences. Quant à l'évidente vérité, elle paraîtrait donc claire et distincte à l'esprit, la clarté étant définie, à l'encontre de l'obscurité du souvenir de l'idée n'étant pas perçue immédiatement, comme le sentiment de sa présence immédiate, et la distinction, comme le caractère de l'idée ne contenant que ce qui lui appartient de manière à ne pas être confondue avec une autre. En somme, « clarté » et « distinction », comme caractères de l'idée évidemment vraie, s'opposent respectivement à « obscurité » et « confusion ». Juger, selon Descartes, serait d'atteindre à la certitude en distinguant, bref, ce serait de résoudre.

Fort de sa lecture de Descartes, Ricœur affirme que de pouvoir distinguer le vrai du faux « fait corps avec juger dans la mesure où le verbe appelle un complément, qui assume effectivement la forme d'une alternative : le vrai/le faux¹⁰⁹² ». Il ne s'agit pas pour notre auteur de contredire Kant en soutenant que juger consiste à distinguer plutôt qu'à identifier. Seulement est-il d'avis que, pour identifier, il faut distinguer, si bien que « c'est en distinguant qu'on identifie¹⁰⁹³ ». Or le passage de la distinction à l'identification se ferait grâce à la certitude, cette « volonté qui élit » que cultive la première. Voilà précisément en quoi consisterait l'apport anticipé de la théorie cartésienne du jugement au foyer kantien de la reconnaissance. Par-delà cette contribution, le verbe « recevoir » du « recevoir pour vrai » cartésien tiendrait en réserve

¹⁰⁹⁰ « [...] faire partout des dénombrements si entier, et des revues si générales, que je fusse assuré de ne rien omettre. » *Id.*, p. 587.

¹⁰⁹¹ *Supra* note 1087.

¹⁰⁹² P. RICŒUR, *supra* note 1044, p. 45.

¹⁰⁹³ *Ibid.*

des ressources de description qui excèdent l'opération d'identification, cette « simple opération du définir/distinguer », pour être « régies par la dialectique supérieure du même et de l'autre¹⁰⁹⁴ ».

Pour le moment toutefois, la reconnaissance n'apparaît encore que sur le plan théorique ; elle ne fait encore l'objet que d'un usage « logique ». Ce n'est que plus tard qu'elle fera également l'objet d'un usage « existentiel » dans l'interprétation de la réalité vécue. Il faut bien dire « également », car « l'usage « logique » des opérations de distinction et d'identification ne sera jamais dépassé, mais demeurera présupposé et inclus dans l'usage existentiel qui en restera définitivement enrichi, qu'il s'agisse de distinction et d'identification appliquées à des personnes relativement à elles-mêmes ou à d'autres, ou prises dans leurs relations mutuelles¹⁰⁹⁵ ». Ricœur annonce donc que cet « événement de pensée » qu'est l'épistémologie moderne se répercutera positivement au-delà des limites de son domaine d'origine qu'est la connaissance de la nature. Si Kant a insisté sur les limites inhérentes à la raison théorique, le moment kantien de la reconnaissance l'y confine et se situe à une époque où le sujet est toujours seul maître du sens. L'émergence subséquente d'un usage existentiel du « reconnaître » ne saurait pour autant surprendre outre mesure celui qui, comme Ricœur, n'interrompt pas à la conception cartésienne du jugement son enquête généalogique relative à la reconnaissance-identification.

Notre auteur entend en effet rappeler la manière dont la problématique moderne du jugement est à bien des égards l'héritière d'une spéculation de plus haut niveau, en l'occurrence d'une dialectique du même et de l'autre qui ressortirait à une ontologie de degré supérieur, celle des « plus grands genres », qui remonterait aux présocratiques, même si Platon lui aurait donné « un souffle nouveau dans les dialogues dits métaphysiques¹⁰⁹⁶ » (*Philèbe, Parménide, Théétète, Le Sophiste*). Outre une raison supplémentaire de placer le thème de la reconnaissance-identification au départ du parcours dont le retraçage l'occupe, Ricœur ne voit dans les plis de ce « patronage ancien » d'une dialectique antérieure au primat de la subjectivité rien de moins que « la possibilité de répliquer par une seconde révolution à la révolution copernicienne et de chercher du côté des « choses mêmes » les ressources de développement d'une philosophie de la

¹⁰⁹⁴ *Id.*, p. 61.

¹⁰⁹⁵ *Id.*, p. 45-46.

¹⁰⁹⁶ *Id.*, p. 46.

reconnaissance progressivement soustraite à la tutelle de la théorie de la connaissance¹⁰⁹⁷ ». La « révolution copernicienne » dont il est ici question est bien entendu celle qu'a inaugurée Kant en entreprenant, dans sa première *Critique*, de faire graviter les objets autour du sujet plutôt que l'inverse. C'est celle de cette mise à distance rationnelle du monde que demeurerait la « représentation » (*Vorstellung*). La connaissance serait donc une forme pour ainsi dire sophistiquée de reconnaissance, en l'occurrence celle, dont on tendrait à oublier le fond résolu, de la conscience dans son unité. Voilà du moins qui est le point de vue originel du phénoménologue qui, au départ, se proposait de faire de l'expérience subjective structurée par l'« intentionnalité » le point de départ de la pensée rationnelle, et de l'étude de cette expérience, le fondement « scientifique » de toute (la) philosophie. D'après Ricœur en effet, conjuguée à la prise en compte de l'expérience dramatique du méconnaissable se rapportant à des personnes – dont on trouve un magnifique exemple fictif dans le « bal de têtes » du *Temps retrouvé*¹⁰⁹⁸ –, la « ruine de la représentation » – selon le mot de Lévinas¹⁰⁹⁹ qui attribue celle-ci à Husserl et surtout à *La Crise des sciences européennes et la Phénoménologie transcendantale*¹¹⁰⁰ – donnerait à la reconnaissance son autonomie par rapport à la connaissance et autoriserait ainsi le passage de la reconnaissance comme identification à celle de soi. Le philosophe français soutient que « c'est du côté des choses [elles-mêmes] et de leurs rapports différents au changement, selon qu'elles sont des objets usuels, des êtres animés ou des personnes, que le reconnaître se distingue de façon décisive du connaître au point de le précéder¹¹⁰¹ ». Une dialectique existentielle de niveau supérieur que dévoilerait un retour aux « choses mêmes » telles que celles-ci se présentent dans l'expérience admettrait l'usage logique du « reconnaître », mais sans aucunement l'y réduire, puisque au contraire elle en révélerait les limites.

Sur la méthode, peut-être est-il bon de rappeler que c'est la prétention paradoxale originelle de la phénoménologie que de remonter « scientifiquement » aux sources expérientielles dont la pensée rationnelle a, par définition, toujours voulu se mettre à distance. Sur le contenu, la thèse de Ricœur nous semble être que, s'il est relativement aisé de se

¹⁰⁹⁷ *Id.*, p. 49.

¹⁰⁹⁸ M. PROUST, *À la recherche du temps perdu VII. Le temps retrouvé* (1927), Paris, Gallimard, 1989, p. 224 s.

¹⁰⁹⁹ E. LEVINAS, « La ruine de la représentation » (1959), repris dans *En découvrant l'existence avec Husserl et Heidegger*, Paris, Vrin, 2001, cité dans *id.*, p. 92, note 1.

¹¹⁰⁰ E. HUSSERL, *La Crise des sciences européennes et la Phénoménologie transcendantale* (1954), trad. G. Granel, Paris, Gallimard, 1989.

¹¹⁰¹ P. RICŒUR, *supra* note 1044, p. 54.

reconnaître dans l'unité de sa conscience en connaissant des objets, cela est plus difficile en connaissant des personnes, car une personne peut nous être méconnaissable en même temps que connue. L'unité suggérée par le « connaître » s'en trouve alors troublée par cette qualité de personne pouvant faire l'objet du contraire de la reconnaissance, c'est-à-dire par le « méconnaissable ». Celui-ci ne peut que rejaillir sur la reconnaissance de soi en lui insufflant la conscience du Temps, la temporalité. À la suite de cette contribution phénoménologique, la reconnaissance (au sens philosophique s'entend) se différencierait de la connaissance, qui porterait surtout sur les objets, pour porter quant à elle sur les personnes qui, davantage que d'être connues, demanderaient d'être reconnues. Ainsi rapportée aux personnes, la dialectique du même et de l'autre qui présiderait à la reconnaissance doit à terme pouvoir être restituée dans sa profondeur existentielle.

La première étude de Ricœur ouvre ainsi la voie à sa deuxième, dans laquelle il est question de la reconnaissance de soi et qui reprend de vastes pans de son *Soi-même comme un autre*¹¹⁰². L'interprétation de ce type d'expérience débouche alors sur une « phénoménologie de l'homme capable ». Le texte est introduit par l'affirmation selon laquelle le « chemin est long pour l'homme « agissant et souffrant » jusqu'à la reconnaissance de ce qu'il est en réalité, un homme « capable » de certains accomplissements¹¹⁰³ », mais la phénoménologie de celui-ci est précédée, d'une manière qui du reste n'est pas sans évoquer l'œuvre d'Hannah Arendt, d'un retour sur le « fonds grec » relatif à l'action et son agent : l'épopée, la tragédie et la philosophie d'Aristote. Cela doit permettre de mieux sonder la profondeur d'une phénoménologie du « je peux » et, à l'instar de Bernard Williams dans *La honte et la nécessité*¹¹⁰⁴, de mettre au jour « certaines similitudes méconnues¹¹⁰⁵ » entre les Anciens et les Modernes. Ricœur veut ici asseoir son analyse sur la distinction entre, d'une part, l'assertion, plus ancienne et sous forme d'aveu, de capacités, c'est-à-dire leur « attestation¹¹⁰⁶ » (sens II.4 de « reconnaître »), et, de l'autre, leur reconnaissance, plus moderne, au sens (II.5) de « tenir pour vrai¹¹⁰⁷ ». Il nous semble cependant que la reconnaissance moderne de capacités dont il traitera se présente tout

¹¹⁰² P. RICŒUR, *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, 1990.

¹¹⁰³ P. RICŒUR, *supra* note 1044, p. 109.

¹¹⁰⁴ B. WILLIAMS, *La honte et la nécessité* (1993), trad. J. Lelaidier, Paris, PUF, 1997, cité dans *id.*, p. 111 et s..

¹¹⁰⁵ P. RICŒUR, *supra* note 1044, p. 111.

¹¹⁰⁶ P. RICŒUR, *supra* note 1102, cité dans *id.*, p. 140, note 1.

¹¹⁰⁷ P. RICŒUR, *supra* note 1044, p. 140-141.

aussi bien comme relevant du « reconnaître » au sens (II.7) d'« admettre officiellement l'existence juridique de... », du moins au sens juridique non étroitement positiviste, ou, à défaut, au sens (II) plus général du « tenir pour tel », ce dernier terme renvoyant alors à la qualification de « légitime ».

Les figures les plus remarquables de l'« attestation » seraient le « je peux dire », le « je peux faire », le « je peux raconter et me raconter » ainsi que le « je suis capable d'imputation » (je peux m'attribuer à moi-même comme à son véritable auteur une action blâmable). Encore, une phénoménologie de l'homme capable étudie ici distinctement de l'expérience des capacités qui précèdent celle des capacités de mémoire et de promesse, avec lesquelles la problématique de la reconnaissance de soi atteindrait simultanément « deux sommets¹¹⁰⁸ ». Or le rôle capital du souvenir dans la reconnaissance de soi, y compris dans son propre pouvoir de promesse, confère une importance toute particulière à la mémoire, expérience dont l'énigme, à savoir celle de la présence de l'absent, serait « résolue » par la reconnaissance des images dont traite Bergson dans *Matière et mémoire*¹¹⁰⁹. Dans l'interprétation de l'expérience de ces diverses capacités, une « herméneutique du soi¹¹¹⁰ », c'est-à-dire une phénoménologie faisant la part du rôle structurant du « contexte » qui entoure ce type d'expérience qu'est l'expérience de soi, aurait tôt fait de révéler les limites du reconnaître soi-même dès lors que celui-ci ne s'accompagne pas d'une prise en compte de ce qu'il doit à l'« être reconnu » (par autrui).

On ne saurait pour autant passer sans plus d'analyse de la reconnaissance à la voix active dans la reconnaissance de soi à la reconnaissance à la voix passive dans l'être reconnu, car ce serait souvent collectivement qu'il s'agirait de se faire reconnaître dans ses capacités. Ricœur consacre donc la dernière partie de sa deuxième étude à ces capacités qui, pour ne plus être « seulement attestées par les individus, mais revendiquées par des collectivités », sont « susceptibles de faire transition entre la reconnaissance de soi et la reconnaissance mutuelle¹¹¹¹ ». Au terme d'une analyse qui nous paraît confondre le « reconnaître collectif » avec le « reconnu collectif », autrement dit l'aspect social que peut prendre la reconnaissance de

¹¹⁰⁸ *Id.*, p.165.

¹¹⁰⁹ H. BERGSON, *Matière et mémoire. Essai sur la relation du corps à l'esprit* (1896), dans *Œuvres*, édition du centenaire, Paris, PUF, 1963, cité dans *id.*, p. 182 et s.

¹¹¹⁰ P. RICŒUR, *supra* note 1044, p. 137.

¹¹¹¹ *Id.*, p.199.

capacités (elles-mêmes collectives ou non) avec celui que peuvent revêtir les capacités reconnues (sur une base collective ou non), Ricœur soutient que la simple « attestation » de capacités, qui par nature ne serait qu'individuelle et apparemment justiciable d'une certitude d'ordre exclusivement « pratique », est d'autant dépassée par leur « reconnaissance » que celle-ci, comme l'explique Amartya Sen, peut répondre à une revendication de droits ancrée dans l'idée de justice sociale¹¹¹². Or un tel rapprochement entre capacités et droits sociaux rétroagit aussitôt sur le cours de l'analyse de Ricœur qui se demande dès lors « si l'idée de capacité peut à n'importe quel niveau de l'analyse être tenue pour éthiquement neutre¹¹¹³ ». La réponse que retiendra notre auteur est celle d'une « marque éthique mise sur l'attestation des capacités et sur la revendication des capacités » qui serait « finalement commune à la pensée des Anciens et à celle des Modernes¹¹¹⁴ ». L'attestation de capacités ne serait donc pas, au fond, d'ordre purement pratique. En plus d'ainsi rétroagir, le thème de la revendication de capacités sociales sous forme de droits prélude à la conflictualité à l'œuvre dans le processus de reconnaissance mutuelle. Mais ce qui demeurerait le plus important au terme de cette deuxième étude ricœurienne de la reconnaissance est que « l'identification qui n'a cessé de constituer le noyau dur de l'idée de reconnaissance n'a pas seulement changé de vis-à-vis en passant du quelque chose au soi, mais s'est élevée d'un statut logique, dominé par l'idée d'exclusion entre le même et l'autre, à un statut existentiel en vertu duquel l'autre est susceptible d'affecter le même¹¹¹⁵ ». Le rôle de la « reconnaissance des images » au sein de cette contribution est censé justifier que Ricœur attribue généralement celle-ci à un « foyer bergsonien » de la reconnaissance.

Après la première et la deuxième étude qui devaient porter respectivement sur le moment kantien de la *Rekognition* et sur le moment bergsonien de la reconnaissance des images, la troisième étude de Ricœur s'arrête au moment hégélien de l'*Anerkennung*, de la reconnaissance mutuelle. Cet « événement de pensée » adviendrait alors que Hegel se trouve à Iéna, c'est-à-dire au cours de la période qui va de 1801 à 1807. Celui qui en 1829 sera élu recteur de la jeune mais déjà prestigieuse université de Berlin conçoit la reconnaissance telle une réponse à la politique des Modernes. Lancé par Hobbes lorsque dans le *Léviathan* le philosophe anglais se représente

¹¹¹² A. SEN, *Éthique et économie* (1987), trad. S. Marnat, Paris, PUF, 1993, cité dans *id.*, p. 209 et s.

¹¹¹³ P. RICŒUR, *supra* note 1044, p. 218.

¹¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹¹⁵ *Id.*, p. 224-225.

l'« état de nature », ce défi serait « de savoir si un ordre politique peut se fonder sur une exigence morale qui soit aussi originaire que la peur de la mort violente et le calcul rationnel que celle-ci oppose à la vanité¹¹¹⁶ ».

D'Iéna à Berlin, Hegel n'a pas laissé de revoir sa théorie du processus d'institutionnalisation de la reconnaissance. Se pose donc la question de l'intérêt de remonter jusqu'aux fragments de la première époque. Ricœur répond en expliquant que son « pari était qu'en se confrontant au thème de la reconnaissance à son stade inchoatif, le lecteur pouvait espérer voir porter au jour des ressources de sens que n'auraient pas épuisé les œuvres ultérieures plus achevées, jusqu'à la dernière, les *Principes de la philosophie du droit*, où le thème de la reconnaissance et de l'être reconnu a perdu non seulement sa densité de présence, mais sa virulence subversive¹¹¹⁷ ». La rançon en serait cependant « une lecture laborieuse qui rend les non-spécialistes tributaires de la reconstruction par les experts¹¹¹⁸ ». Ricœur se référera donc à Jacques Taminiaux¹¹¹⁹ ainsi que, surtout, à Axel Honneth¹¹²⁰. Or, à la différence de l'esquisse d'origine qui repose sur un argumentaire purement spéculatif, « la réactualisation entreprise par Honneth tire sa force de conviction de l'équilibre qu'elle préserve entre la fidélité à la thématique hégélienne et le rejet de la métaphysique de l'absolu¹¹²¹ », et ce, par le « couplage de l'argumentaire spéculatif avec une théorisation à base empirique des interactions entre individus¹¹²² ». Le plan systématique l'emportant ainsi en réalité sur le plan généalogique, l'intérêt des travaux de jeunesse de Hegel est ici dérivé de leur réactualisation par Honneth. Dans la troisième et dernière étude qui compose *Parcours de la reconnaissance*, la présentation sommaire de l'argument hégélien d'origine sert surtout de préambule à celle de sa « réactualisation systématique » par Honneth. Celle-ci consiste en une théorie de la « lutte pour la reconnaissance » comme « grammaire morale des conflits sociaux », autrement dit d'une moralité recognitive à l'œuvre dans le type qu'offrirait certaines luttes sociales. Or, chez

¹¹¹⁶ *Id.*, p. 253 ; L. STRAUSS, *La philosophie politique de Hobbes* (1936), trad. A. Enegrén et M.B. de Launay, Paris, Belin, 1992.

¹¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹¹⁸ *Id.*, p. 256.

¹¹¹⁹ J. TAMINIAUX, « Présentation », dans G.W.F. HEGEL, *Système de la Vie éthique* (1802-1803), trad. J. Taminiaux, Paris, Payot, 1976; *Naissance de la philosophie hégélienne de l'État : commentaires et traduction de la Realphilosophie de Iéna, 1805-1806*, Paris, Payot, 1984.

¹¹²⁰ A. HONNETH, *La Lutte pour la reconnaissance* (1992), trad. P. Rusch, Paris, Cerf, 2000.

¹¹²¹ P. RICŒUR, *supra* note 1044, p. 273.

¹¹²² *Id.*, p. 273-274.

Ricœur, la présentation du modèle honnéthien se veut à son tour un préalable, en l'occurrence à ce qui se veut une contribution plus personnelle. Le philosophe français entend apporter un tempérament à la réactualisation honnéthienne, à laquelle il reproche de se focaliser sur cette seule reconnaissance mutuelle qui est issue de la lutte. L'argument de Ricœur veut donc qu'il existe des expériences de reconnaissance mutuelle qui soient de caractère pacifique ou apaisé. De telles expériences trouveraient un modèle dans l'échange cérémoniel de dons. Cette « modélisation » représenterait en même temps l'aplanissement de la difficulté périlleuse que, pour l'assimiler à une improbable expérience symétrique de réciprocité, la phénoménologie aurait toujours eu à rendre compte de celle de la mutualité.

Ce serait en effet « comme un embarras, voire une mise en question de l'entreprise phénoménologique entière, qu'est apparue la difficulté rencontrée par la phénoménologie à surmonter la dissymétrie originaire entre moi et autrui, et à former l'idée de réciprocité aussi essentielle à l'idée de vérité qu'à celle de justice¹¹²³ ». De cette dissymétrie originaire, la phénoménologie donnerait deux versions clairement opposées, « selon qu'elle prend pour pôle de référence le moi ou autrui ». L'« une, celle de Husserl dans les *Méditations cartésiennes*, reste une phénoménologie de la perception ; son approche est en ce sens théorétique ; l'autre, celle de Lévinas, dans *Totalité et Infini* et dans *Autrement qu'être ou au-delà de l'essence*, est franchement éthique et, par implication, délibérément anti-ontologique¹¹²⁴ ». Ricœur n'aura pourtant pas à trancher en faveur de l'une ou l'autre versions, puisque sa solution consiste plutôt à démonter le second terme de l'équation. Entendant tabler sur certains acquis de sa deuxième étude, notre auteur impute au recours à une catégorie strictement *logique* de mutualité sa réduction à la symétrie de la réciprocité. Son argument relatif aux expériences pacifiques de reconnaissance mutuelle sous la figure privilégiée de l'échange de dons veut ainsi ressortir à un concept *existentiel* aux termes duquel la mutualité se délie de l'exigence de symétrie¹¹²⁵. La dissymétrie originaire et irréductible des partenaires pourrait s'en trouver réhabilitée au cœur de la mutualité à l'œuvre dans cet échange, si bien qu'en exhortant à ne pas oublier que l'un n'est pas l'autre, une telle « interprétation de la mutualité du don fondée sur l'idée de reconnaissance

¹¹²³ *Id.*, p. 373.

¹¹²⁴ *Id.*, p. 228.

¹¹²⁵ *Ibid.*, p. 228

symbolique¹¹²⁶ », avec laquelle la reconnaissance devient gratitude, concourrait à conjurer le danger de l'union fusionnelle¹¹²⁷. Ici s'achèverait le parcours philosophique de la reconnaissance. Avec lui aurait pu se terminer l'ouvrage qui nous occupe si l'auteur ne l'avait posé en énigme qu'il devait revenir à la conclusion de résoudre.

Les termes dans lesquels veut tenir la résolution ricœurienne de cette supposée « énigme » du parcours philosophique de la reconnaissance sont ceux du « passage de la reconnaissance-identification, où le sujet de pensée prétend effectivement à la maîtrise du sens, à la reconnaissance mutuelle, où le sujet se place sous la tutelle d'une relation de réciprocité, en passant par la reconnaissance du soi dans la variété de ses capacités qui modulent sa puissance d'agir, son *agency*¹¹²⁸ ». De cette façon « serait donné un équivalent philosophique à la polysémie réglée produite par le travail du lexicographe¹¹²⁹ ». Cet équivalent se veut au final le fruit d'un travail sur certaines « problématiques de fond » qui s'est réparti sur trois lignes distinctes « dont l'enchevêtrement contribue à son tour à la sorte d'enchaînement digne du titre de parcours » : la thématique de l'identité, celle de l'altérité et la dialectique entre reconnaissance et méconnaissance¹¹³⁰.

Dans l'axe de l'identité, la reconnaissance chemine depuis un rapport à un « quelque chose en général » jusqu'à un rapport mutuel avec autrui. Pour ce faire, la reconnaissance doit d'abord passer par un rapport aux personnes qu'établirait la « ruine de la représentation », ruine dont une illustration serait donnée par l'expérience du méconnaissable. Puis, pour devenir « mutuelle », la reconnaissance des personnes doit encore, notamment en passant par celle des capacités, se différencier entre reconnaissance de soi et reconnaissance d'autrui.

Quant à l'altérité, Ricœur commence par en dire qu'elle est à son comble avec la mutualité à l'œuvre dans l'échange cérémoniel de dons. Cet apogée exceptionnel du rapport à l'autre est précédé de l'altérité-confrontation que met en mouvement la « lutte pour la reconnaissance ». Encore une fois, une telle dynamique ne peut se mettre en branle qu'après la

¹¹²⁶ *Id.*, p. 320.

¹¹²⁷ *Id.*, p. 376-377.

¹¹²⁸ *Id.*, p. 359.

¹¹²⁹ *Ibid.*

¹¹³⁰ *Ibid.*

reconnaissance de soi par l'expérience de ses capacités. Ricœur se rattachant au courant herméneutique de la phénoménologie, « autrui », cet auteur de l'« attestation » de capacités, est certes pris en compte en tant que condition de possibilité d'une telle expérience. Or à cette étape du parcours « la mutualité de la reconnaissance s'anticipe dans le devant-autrui, mais ne s'y accomplit pas¹¹³¹ ». À l'étape antérieure de la reconnaissance-identification, « l'assertion investie dans l'acte de jugement » contiendrait, elle aussi, mais en germe seulement, la mutualité dans la mesure où, en tant qu'acte de langage, elle convoque également l'engagement du locuteur, et que « cet engagement ne va pas sans l'attente de l'approbation d'autrui¹¹³² ». Aussi la reconnaissance-identification anticiperait-elle ce schème kantien de l'« action réciproque », qui trouverait sa pleine effectuation « dans les formes recensées de la réciprocité », dont l'échange de dons¹¹³³.

Enfin, sur la dialectique entre reconnaissance et méconnaissance, Ricœur aimerait signaler que, dès l'étape de la reconnaissance-identification où elle est tributaire d'une « revendication de maîtrise de l'esprit sur le sens du quelque chose en général », la reconnaissance tient de la prise, et donc la méconnaissance, de la méprise, qui consiste à prendre une chose ou une personne pour ce qu'elle n'est pas et qui est « prolongée au plan interpersonnel par le malentendu¹¹³⁴ ». À l'étape de la reconnaissance de soi, la méprise consisterait à se prendre soi-même pour ce qu'on n'est pas. Mais puisqu'« on ne se trompe pas sur soi sans se tromper sur les autres et sur la nature des relations que nous avons avec eux¹¹³⁵ », il serait relativement facile à la philosophie de passer de la reconnaissance de soi à la reconnaissance mutuelle. Avec celle-ci, d'annoncer Ricœur, la dialectique entre reconnaissance et méconnaissance acquerra d'abord – avec la lutte pour la reconnaissance – « sa plus grande visibilité » avant de – avec l'échange de dons – « assumer les formes de la plus grande dissimulation¹¹³⁶ ». La « lutte pour la reconnaissance de soi-même par les autres¹¹³⁷ » peut en effet tout aussi bien être décrite comme une lutte contre la méconnaissance de soi-même par autrui. L'expérience de méconnaissance qui se situe à l'origine d'une telle lutte étant plus

¹¹³¹ *Id.*, p. 367.

¹¹³² *Ibid.*

¹¹³³ *Id.*, p. 362.

¹¹³⁴ *Id.*, p. 368.

¹¹³⁵ *Id.*, p. 370.

¹¹³⁶ *Ibid.*

¹¹³⁷ *Id.*, p. 370-371.

précisément vécue comme du mépris, « la langue française permet de placer le terme « mépris » dans un saisissant voisinage lexical avec la méprise, figure de la méconnaissance dans la première étude¹¹³⁸ ». Or, ce qui – comme nous le verrons plus en détail le moment venu d’approfondir notre analyse du modèle de Honneth – est particulier au thème hégélien de l’*Anerkennung*, c’est qu’en tant que mépris la méconnaissance y devient révélatrice de l’être dont la reconnaissance sera enjeu de lutte, si bien qu’on « oserait parler ici du travail de la méconnaissance dans la conquête de la reconnaissance¹¹³⁹ ». C’est pourquoi l’on serait autorisé à dire que la dialectique entre l’une et l’autre y atteint sa plus grande visibilité. En revanche, s’il tient la lutte pour la reconnaissance pour un observatoire de prédilection de la dialectique entre le « reconnaître » et le « méconnaître », Ricœur soutient plus personnellement qu’aux marges de cette trêve que représente une expérience apaisée de reconnaissance mutuelle telle que l’échange de dons se dissimule une méconnaissance se méconnaissant elle-même. Cette méconnaissance ne serait toutefois « pas celle de quelqu’un, mais de la dissymétrie dans la relation entre moi et l’autre¹¹⁴⁰ ». Si la thématique de la lutte pour la reconnaissance tendrait à occulter les formes pacifiques d’expériences de reconnaissance mutuelle, celles-ci, dont l’échange de dons, participeraient à une dissimulation de la dialectique du reconnaître et du méconnaître. Or la thèse ricœurienne est ici que « la découverte de cet oubli de la dissymétrie originare est bénéfique à la reconnaissance sous sa forme mutuelle¹¹⁴¹ ». À l’heure où la plupart des analyses de la reconnaissance mutuelle se traduiraient par une invite « à oublier cette asymétrie originare du rapport entre moi et autrui », Ricœur veut donc pour sa part mettre en garde contre un tel oubli. Au sein du modèle de l’échange de dons, l’« aveu de la dissymétrie menacée d’oubli » rappellerait le « caractère irremplaçable de chacun des partenaires de l’échange ; l’un n’est pas l’autre ; on échange des dons, mais non des places¹¹⁴² ». Aussi un tel aveu protégerait-il « contre les pièges de l’union fusionnelle » de manière à préserver « au cœur de la mutualité » une « juste distance qui intègre le respect à l’intimité¹¹⁴³ ». Voilà qui permettrait enfin à la gratitude comme dernière forme de la reconnaissance de recevoir « un surcroît de sens », puisque « dans le recevoir, lieu de gratitude, la dissymétrie entre le donateur et le donataire est deux fois affirmée ;

¹¹³⁸ *Id.*, p. 371.

¹¹³⁹ *Id.*, p. 372.

¹¹⁴⁰ P. RICŒUR, *supra* note 1044, p. 373.

¹¹⁴¹ *Id.*, p. 376.

¹¹⁴² *Ibid.*

¹¹⁴³ *Id.*, p. 376-377.

autre est celui qui donne et celui qui reçoit ; autre est celui qui reçoit et celui qui rend¹¹⁴⁴ ». Si la reconnaissance se présente comme une limite à la connaissance, elle serait à son tour limitée par une irréductible part de mystère solitaire qui serait le propre de l'existence humaine.

Que nous faut-il donc retenir de l'enquête de Ricœur parce qu'utile à notre propos ? Très peu de choses, du moins sur le plan quantitatif. En cours de route, nous avons relevé un certain nombre de ce qui nous est apparu comme des erreurs de lecture ou d'analyse de la part de Ricœur. Au-delà des erreurs déjà indiquées, l'unité de l'ensemble que composent ces trois études nous paraît dépendre de liens plutôt ténus, ce qui renforce d'autant l'impression de vertige que, le plus souvent, les développements planent bien au-dessus de tout enjeu. Enfin, la soi-disant résolution d'une « énigme » philosophique par quelque production d'un « équivalent philosophique à la polysémie réglée produite par le travail du lexicographe », la génération revendiquée d'un « surcroît de sens » de la gratitude comme « aveu d'une dissymétrie menacée d'oubli », bref, la démarche de Ricœur dans son intégralité reste opaque à nos yeux. Se trouve néanmoins, sur l'un des tronçons cette autoroute aérienne, une sortie vers une route dont tout indique qu'elle est la plus susceptible de nous conduire dans la bonne direction. Ce tronçon, c'est le « foyer hégélien » de la reconnaissance mutuelle. Cette sortie, c'est celle qui permet l'accès aux travaux d'Axel Honneth.

Au moment de solliciter une première consultation philosophique auprès de Ricœur, nous disposions, au terme d'une prise en compte du langage juridique en relation avec le lexique, d'une notion – d'ailleurs très bien concevable en dehors du prétendu et assurément problématique « paradigme » du pluralisme juridique – d'opération de reconnaissance et, avec elle, des linéaments prénormatifs d'un concept de lutte pour la reconnaissance juridique que nous croyions susceptible d'éclairer la lutte autochtone pour la pleine reconnaissance des droits ancestraux. Comme concept anormatif de théorie du droit, celui d'opération de reconnaissance pouvait très bien être descriptif d'un acte unilatéral. L'opération de reconnaissance est celle d'un ordre juridique se rapportant lui-même à un autre. Une telle opération *peut* empiriquement s'effectuer simultanément avec une autre par laquelle l'ordre reconnu reconnaît de son côté celui qui le reconnaît. Comme principe normatif dont nous aurons tôt fait de découvrir le caractère

¹¹⁴⁴ *Id.*, p. 377.

égalitaire, la reconnaissance valorise un rapport *mutuel* dont le modèle est susceptible de fonder une revendication. D'autre part, la reconnaissance mutuelle dont il est question chez Honneth est, ainsi que nous le verrons, celle d'une identité conçue comme un rapport positif à soi qui serait constitué intersubjectivement. Or nous avons vu que la lutte pour la pleine reconnaissance de leurs droits ancestraux fait généralement l'objet d'une ébauche d'explication selon laquelle les Autochtones « ne se reconnaissent pas » dans les catégories politiques et juridiques établies par les États, en sorte que, dans la négociation d'un accord de règlement de revendication territoriale, ils se préoccupent « de la reconnaissance étatique de leur rapport historique à la terre et de leurs identités propres¹¹⁴⁵ ». Nous savons également que, dans le même sens, l'entente de principe de 2004 avec certaines communautés innues du Québec voulait jeter les bases d'un traité reconnaissant les droits ancestraux de celles-ci comme « expression » et « partie » de leur « indiannité¹¹⁴⁶ ». Enfin est-il question chez Honneth, du moins à un premier moment de son œuvre, d'une *lutte* pour la reconnaissance, ce qui – dans la mesure où une telle chose est possible – laisse espérer quelque éclairage philosophique sur la revendication autochtone de pleine reconnaissance des droits ancestraux en tant qu'action collective énergique et soutenue pour obtenir ce qui, en dernière analyse, est vraisemblablement demandé comme la justice. Parmi tout ce que sillonne le parcours philosophique de la reconnaissance, c'est donc bien, précisément, cette catégorie honnethienne qui, pour se décliner notamment en lutte pour la reconnaissance juridique et en lutte pour la reconnaissance solidaire, paraît la mieux à même de contribuer à notre enquête. Comme nous le verrons toutefois, les développements que Ricœur lui consacre dans *Parcours de la reconnaissance* trahissent une mauvaise compréhension du rôle que joue la lutte chez Honneth, où elle ne tend en aucune manière à « occulter les formes pacifiques d'expériences de reconnaissance mutuelle ». Aucune menace de l'oubli de l'asymétrie originiaire des parties à l'interaction mutuelle, aucun piège de l'union fusionnelle ne nous semble échapper à la théorie de Honneth et encore moins en résulter.

Le moment pourrait donc paraître venu maintenant de s'arrêter sur les travaux de ce dernier auteur. Or cela exige une mise en contexte qui aille bien au-delà de celle de Ricœur. Le prochain chapitre sera consacré au contexte récent de ce qui passe généralement pour la

¹¹⁴⁵ *Supra* note 1039 et texte correspondant.

¹¹⁴⁶ *Supra* note 221 et texte correspondant.

réactualisation d'une thématique hégélienne. Justement, d'ici-là, nous n'avons guère d'autre choix que de préciser que, si réactualisation il y a – ce que nous ne serons en mesure de vérifier qu'à la toute fin de notre enquête –, celle-ci ne peut qu'avoir tort en se présentant ainsi généralement comme celle d'une idée proprement hégélienne. En effet, cette idée fut d'abord celle d'un autre, en l'occurrence un autre ayant occupé avant Hegel, de 1810 à 1812, la charge de recteur de la nouvelle Université de Berlin, à savoir Johann Gottlieb Fichte¹¹⁴⁷. Ricœur, à la suite d'une vaste majorité d'auteurs contemporains, a brûlé cette étape ou, du moins, cette sous-étape du parcours philosophique du reconnaître.

Section 5. Fichte : véritable foyer de la reconnaissance mutuelle

La philosophie de Fichte se présente comme une réduction du champ attribué par Kant au subjectivisme, et ce au profit d'une forme d'antériorité d'une objectivité sociale. En ce sens Fichte précède Hegel sur l'essentiel de ce que les conditions actuelles de pensée nous autorisent à conserver de son œuvre. Il trouve d'autant plus problématique qu'in vraisemblable que, tel que décrit, le sujet transcendantal de Kant ne soit pas un sujet empirique. Pour Fichte, le seul véritable Moi est ce moi empirique qu'est le « Moi fini », qu'il faut distinguer du « Moi absolu », cette activité pure et identique à elle-même, qui demeure une simple « Idée » régulatrice de la raison ne commandant pas une réalisation parfaite. La « Doctrine de la science » fichtéenne se veut, comme la philosophie de Kant, une « science » (philosophique) de la raison. Elle comporte donc une partie théorique et une partie pratique – distinction qui ne coïncide aucunement avec celle entre les deux Moi. Dans sa partie théorique, le Moi fini apparaît d'abord comme déterminé par le Non-Moi, ce qui représente une contradiction qui doit être résolue. Dans sa partie pratique, le Moi fini ne crée pas le Non-Moi, n'est pas « activité absolue », mais un « effort » (*Streben*) infini tendu vers cette identité du Moi avec lui-même que serait un Moi absolu. Ainsi, le « Non-Moi est réellement *autre chose* que le Moi, *extérieur* à lui, et en même temps il n'existe que *pour* le Moi et donc *dans* le Moi », en sorte que « [l]e propre de la Doctrine de la science est de soutenir les deux thèses *à la fois*¹¹⁴⁸ ».

¹¹⁴⁷ Voir F. FISCHBACH, *Fichte et Hegel. La reconnaissance*, Paris, PUF, 1999.

¹¹⁴⁸ F. FISCHBACH, *Fondement du droit naturel. Fichte*, Paris, Ellipses, 2000, p. 30.

Or il se révélera que, pour Fichte, tout Moi fini ne peut être que socialement constitué par cette action réciproque qu'est la relation juridique, c'est-à-dire intersubjectivement constitué par un ordre juridique positif de type moderne pour être égalitaire. Cette relation ne crée pas que le sujet moral, mais aussi, dans un second moment, le sujet de connaissance, en sorte que pour Fichte la raison pratique fonde la raison théorique. Dans celle-ci, le Moi n'est finalement pas déterminé par le Non-Moi mais se représente celui-ci dans un rapport à un objet posé par le Moi pratique : « la raison elle-même ne peut pas être théorique si elle n'est pas pratique, aucune intelligence n'est possible dans l'homme s'il ne possède pas un pouvoir pratique¹¹⁴⁹ ». Comme l'explique Franck Fischbach, Fichte croit que, « [s]i l'intelligence doit être la représentation d'un donné, cela n'est possible en effet que si le Moi a conscience de ce donné par l'intermédiaire d'un sentiment : or le sentiment ne peut apparaître dans le Moi que par l'effet d'une contrainte s'exerçant sur son activité dont on a vu qu'elle n'est pas une activité absolue mais un effort¹¹⁵⁰ ». Sans « effort en général » donc, « pas d'objet possible¹¹⁵¹ ». Car « [c]'est uniquement le sentiment d'une entrave de son effort, ressentie donc par le Moi *pratique*, qui permet au Moi *théorique* de poser l'objet comme raison et fondement de cette entrave¹¹⁵² ». C'est dans cette perspective seulement que pourrait recevoir une réponse la question, fondamentale pour la théorie de la connaissance, de savoir « de quel droit nous rapportons la représentation à quelque chose d'extérieur à nous comme à sa cause¹¹⁵³ ».

Lecteur de la *Critique de la faculté de juger*, Fichte sera particulièrement sensible au rôle qu'y joue le « sens commun » dans la constitution du goût et entretiendra un rapport hésitant avec l'idée d'un « plan de la nature¹¹⁵⁴ », mais finira, dans le *Fondement du droit naturel*¹¹⁵⁵, par substituer la relation de reconnaissance réciproque causée par le droit, la « relation juridique », à la téléologie induite de l'expérience du sublime comme explication de la possibilité du sujet moral empirique, et finalement de tout sujet empirique tout court – la raison

¹¹⁴⁹ J.G. FICHTE, « Principes de la Doctrine de la science » (1794), dans *Œuvres choisies de philosophie première*, trad. A. Philonenko, Paris, Vrin, 1980, p. 135.

¹¹⁵⁰ F. FISCHBACH, *supra* note 1148, p. 17-18.

¹¹⁵¹ J.G. FICHTE, *supra* note 1149, p. 135.

¹¹⁵² F. FISCHBACH, *supra* note 1148, p. 18.

¹¹⁵³ J.G. FICHTE, « Sur le concept de Doctrine de la science », dans *Essais philosophiques choisis (1794-1795)*, trad. L. Ferry et A. Renaut, Paris, Vrin, 1984, p. 70.

¹¹⁵⁴ F. FISCHBACH, *supra* note 1147, p. 59-66.

¹¹⁵⁵ J.G. FICHTE, *Fondement du droit naturel selon les principes de la doctrine de la science (1796-1797)*, trad. A. Renaut, Paris, PUF, 1984.

pratique se situant au fondement de la raison théorique que mobilise le sujet de connaissance. Une telle substitution doit remédier à ce qui était demeuré problématique chez Kant : le passage de la nature à la liberté, ou la réalisation de celle-ci. Chez Kant, la finalité dans la nature, produit d'un jugement réfléchissant – par opposition à la catégorie de jugement déterminant, puisque, la liberté n'étant pas un concept de l'entendement, le jugement qui s'y réfère est condamné à n'avoir qu'une valeur subjective¹¹⁵⁶. Fichte, quant à lui, trouve dans le droit positif un véritable phénomène de la liberté, autrement dit un produit de la liberté, « mais qui possède néanmoins la forme d'un phénomène naturel¹¹⁵⁷ ». Du point de vue de la philosophie juridique, une telle résolution du problème laissé par Kant a d'importantes incidences positivistes de type volontariste. Tandis que pour Kant le droit positif est en réalité le produit d'un mécanisme naturel qui contraint les hommes à limiter réciproquement leurs penchants égoïstes même si la téléologie nous autorise à faire comme s'il pouvait être attribué à une intention de la nature, Fichte trouve inopérant de :

attribuer problématiquement à la nature une intention dont il est très certain en revanche que les hommes l'ont, ou du moins doivent l'avoir : le droit n'est pas un *mécanisme humain* que l'on peut problématiquement rapporter à une *volonté de la nature* et que l'on ne peut donc subsumer sous l'Idée de *liberté* que de manière réfléchissante, c'est au contraire un produit de la *volonté humaine* à laquelle les hommes donnent *par liberté* la forme d'un *mécanisme naturel*¹¹⁵⁸.

Le renversement de perspective est significatif et se traduit à la fois par un gain de liberté et par un gain de positivité. Il n'y a pour Fichte aucun droit naturel au sens usuel du terme, qui procède d'une confusion du droit et de la morale, « c'est-à-dire qu'il n'est pas de relation juridique possible entre des hommes, si ce n'est dans une communauté et sous des lois positives¹¹⁵⁹ ». De deux choses l'une :

Ou bien il existe une moralité générale et une croyance universelle en elle, et de surcroît il se produit ce qui, même avec la meilleure volonté de tous, ne pourrait intervenir souvent, le plus grand hasard de tous les hasards, à savoir que tous les hommes s'accordent dans leurs prétentions : dans ces conditions, la loi juridique n'exerce aucune action, elle n'a pas de sentences à venir rendre, car ce qui devrait arriver d'après elle, arrive sans elle, et ce qu'elle interdit, personne ne le veut. Pour une espèce d'êtres qui seraient parfaitement moraux, il n'y a pas de loi juridique. Que l'homme ne puisse constituer cette espèce, c'est bien clair, ne serait-ce que du fait qu'il lui faut *être éduqué* à la moralité et *s'y éduquer lui-même* ; qu'il n'est pas moral par nature, mais doit d'abord se rendre moral par son propre travail.

Ou bien – deuxième éventualité – il n'existe pas de moralité générale ou du moins pas de croyance universelle en elle, et alors la loi juridique extérieure, assurément, intervient ; mais [III, 149] elle ne peut obtenir d'application, sauf dans une communauté. Par là le droit naturel est supprimé¹¹⁶⁰.

¹¹⁵⁶ Voir F. FISCHBACH, *supra* note 1148, p. 20-23.

¹¹⁵⁷ *Id.*, p. 23.

¹¹⁵⁸ *Id.*, p. 24.

¹¹⁵⁹ J.G. FICHTE, *supra* note 1155, p. 162.

¹¹⁶⁰ *Id.*, p. 162-163.

Tout droit est positif. L'homme n'est pas un animal. C'est ce qui le distingue que de ne pas avoir de nature. Il n'y a donc pas plus de droits originaires que de loi naturelle ; « il n'y a pas d'état des droits originaires et pas de droits originaires de l'homme [...] ; d]e façon effective, il n'a de droits que dans la communauté qui le réunit à d'autres¹¹⁶¹ ». Ainsi, « [a]ucun droit n'est donné à l'homme, mais le droit est voulu et institué librement par les hommes¹¹⁶² ». Le contenu de tout droit est donc variable. Mais en vertu des exigences de la raison tout phénomène juridique *doit* répondre à certaines conditions *formelles* et *matérielles*. Voilà donc en quel sens inusité Fichte emploie la locution de « droit naturel ». Le fondement du droit naturel dégagé par sa doctrine du droit est le produit d'une « déduction transcendantale » (Première partie, Section I, § 1-4), puis d'une détermination des conditions d'« applicabilité » (Première partie, Section II, § 5-7), à son tour suivie, enfin, d'une « application » effective (Première partie, Section III, § 8-16, et Deuxième partie), du « concept de droit ». *Fondement du droit naturel* consigne les résultats d'une entreprise qui se proposait de « déterminer la relation juridique dans la pureté de sa *forme* rationnelle et l'État lui correspondant dans toute la rationalité de son *contenu*, c'est-à-dire de son droit politique¹¹⁶³ » – ce dernier concept étant, dans la tradition philosophique allemande qui ici se fonde sur Aristote, associé à l'idée de justice distributive, par opposition à la justice commutative qui ressortirait au droit privé. Ces exigences conceptuelles formelles et matérielles sont cependant propres au droit, qui est ici déduit sans la morale¹¹⁶⁴. Le concept fichtéen de droit est néanmoins celui du droit moderne *égalitaire*, ce concept d'une liberté positive rendue possible par la réalisation de l'égalité¹¹⁶⁵, et que notre auteur interprète en terme de « réciprocité ». Partant, bien que rien ne les y oblige, des personnes qui décident de coexister en tant que telles « doivent », en vertu de la raison, « vouloir le droit, c'est-à-dire la limitation réciproque de leur liberté d'agir¹¹⁶⁶ ». Ainsi que l'explique encore bien Franck Fischbach, le « concept du droit contient en effet la représentation d'un monde qui, *une fois réalisé*, aura l'objectivité et la nécessité d'une nature, d'une *seconde* nature, comme Hegel le dira plus tard¹¹⁶⁷ ». Mais, notamment en raison de sa composante *matérielle* égalitaire, le concept fichtéen

¹¹⁶¹ *Id.*, p. 127.

¹¹⁶² F. FISCHBACH, *supra* note 1148, p. 43.

¹¹⁶³ *Id.*, p. 10.

¹¹⁶⁴ J.G. FICHTE, *supra* note 1168, p. 68.

¹¹⁶⁵ F. FISCHBACH, *supra* note 1148, p. 10-14.

¹¹⁶⁶ *Id.*, p. 43.

¹¹⁶⁷ *Id.*, p. 24.

de droit ne permet pas de ranger son auteur parmi les juristes positivistes au sens contemporain du terme.

Or si chez Fichte le droit est un réquisit de la raison, c'est qu'il est une condition de possibilité de la conscience de soi comme être libre et responsable, autrement dit, de la subjectivité. Comme l'explique encore une fois parfaitement Franck Fischbach, de la méthode générale transcendantale que Kant emprunte d'ailleurs aux « jurisconsultes »,

Fichte retient quant à lui un élément essentiel : ce qu'il est nécessaire que nous pensions, ce que nous ne pouvons pas ne pas penser en vertu de la constitution de notre esprit, cela possède pour nous une réalité objective. Autrement dit : ce qui dans notre pensée est nécessaire, nous nous le représentons sous la forme d'une contrainte venue de l'extérieur, inhérente à la réalité. Bref, nous ne pouvons pas ne pas donner une valeur objective à ce qui est une nécessité de notre pensée. [...] Fichte peut donc bien dire que tout ce qu'il faut absolument que nous posions (sauf à cesser d'être ce que nous sommes) est aussi ce qui « possède pour nous de la réalité¹¹⁶⁸ ». [...] Ici en l'occurrence, il y va de la déduction de la communauté des êtres libres : une telle communauté existe nécessairement dans la mesure où je ne peux pas ne pas la poser à titre de condition de possibilité de ma propre conscience de soi¹¹⁶⁹.

Il s'agit toutefois ici, comme existence, de celle d'un fait de la raison qui commande qu'existe empiriquement une telle communauté pour que soit à son tour empiriquement possible le Moi (fini), la conscience de soi, c'est-à-dire le sujet. Or cette existence empirique d'une telle communauté doit forcément passer par celle d'un ordre juridique positif moderne, c'est-à-dire égalitaire, car c'est le droit ainsi conçu qui rendrait possible la relation de reconnaissance réciproque par laquelle seule se constitueraient mutuellement les sujets :

Considérer le droit [...] en tant que *concept* originellement contenu dans la raison (ou concept *a priori*), cela signifie donc que le droit exprime une action nécessaire de l'être raisonnable. Montrer que cette action est une condition de la conscience de soi, ou que, sans cette action, aucune conscience de soi n'existerait, c'est effectuer la *déduction du concept du droit*¹¹⁷⁰.

Il est remarquable, comme l'écrit Franck Fischbach, que les conférences de 1794 sur la destination du savant¹¹⁷¹ « placent d'emblée la philosophie fichtéenne sous le signe d'une question fondamentale, la question de l'intersubjectivité¹¹⁷² ». Reste à voir comment Fichte en vient à lui donner une réponse juridique.

¹¹⁶⁸ J.G. FICHTE, *supra* note 1155, p. 88.

¹¹⁶⁹ F. FISCHBACH, *supra* note 1148, p. 45.

¹¹⁷⁰ *Id.*, p. 27.

¹¹⁷¹ J.G. FICHTE, *Conférences sur la destination du savant* (1794), trad. J.-L. Vieillard-Baron, Paris, Vrin, 1980.

¹¹⁷² F. FISCHBACH, *supra* note 1148, p. 27.

Afin d'atteindre à la conscience de soi, le Moi doit d'abord prendre conscience de sa finitude, de sa « non-identité à lui-même », en faisant l'expérience du Non-Moi comme d'une barrière à son « effort », et ce jusque dans un corps qu'il reconnaîtra comme le sien. « Autant le Moi absolu est inconscient et impersonnel dans la mesure même où il est pure identité, pure activité sur soi non affectée de différence, autant le Moi fini ne peut prendre conscience de soi-même qu'au moment même où il découvre son identité comme n'étant pas vraiment et comme toujours déjà affectée par ce qui n'est pas elle¹¹⁷³. » Voilà qui, même si c'est en termes philosophiques, préfigure déjà les travaux de psychologie du développement de l'enfant que mobiliseront les théoriciens de la reconnaissance du tournant du XXI^e siècle. Mais il y a plus, car Fichte a bien vu « qu'il reste à comprendre comment la position par le Moi d'une réalité opposée comme limite à son activité peut ne pas signifier en même temps la négation et la destruction de son activité en tant qu'activité infinie », en tant qu'« effort » infini d'identité à une causalité libre. Sa réponse est que « la conscience de soi [n']est possible [que] si l'être raisonnable, dans un seul et même moment indivis, peut s'attribuer une causalité, et opposer quelque chose à cette causalité¹¹⁷⁴ ». La simultanéité est ici exigée afin de rompre un cercle vicieux – « pour être conscient de soi, le Moi doit s'opposer un objet, ce qu'il ne peut faire que s'il s'attribue une causalité, ce qui ne peut avoir lieu que si le Moi s'est opposé auparavant un autre objet, etc.¹¹⁷⁵ » –, et elle n'est possible que si le « quelque chose », l'« objet » en question est un autre sujet qui, en même temps bien sûr, se nous oppose à sa libre causalité dans une expérience réciproque de reconnaissance. Il faut en effet que cet « objet » ne puisse être conçu autrement que comme « un simple appel à agir adressé au sujet », en sorte que, « dans l'exacte mesure où [celui-ci] conçoit cet objet, il a le concept de sa liberté, c'est-à-dire de sa spontanéité, et cela comme d'une liberté donnée de l'extérieur¹¹⁷⁶ ». C'est seulement à la suite d'une telle expérience que le sujet « peut et doit poser un monde sensible, et s'opposer lui-même à ce monde¹¹⁷⁷ ». Voilà donc comment la Doctrine de la science peut soutenir, ainsi que nous l'avons vu, que, si le Non-Moi « est réellement *autre chose* que le Moi, [...] en même temps il n'existe que *pour* le Moi et donc *dans*

¹¹⁷³ *Id.*, p. 29.

¹¹⁷⁴ J.G. FICHTE, *supra* note 1155, p. 46.

¹¹⁷⁵ F. FISCHBACH, *supra* note 1148, p. 31.

¹¹⁷⁶ J.G. FICHTE, *supra* note 1155, p. 49.

¹¹⁷⁷ *Id.*, p. 50-51.

le Moi¹¹⁷⁸ ». Voilà comment la raison pratique est au principe de la raison théorique. Voilà aussi comment, pour Fichte, la conscience de soi dépend de la reconnaissance de soi par autrui.

Dans la mesure où elle suppose de la part d'autrui un acte de reconnaissance, une telle solution n'était possible qu'en admettant ce que Kant récusait : qu'il soit possible de faire l'expérience d'un autre sujet. Comme l'a mis au jour Alexis Philonenko¹¹⁷⁹, dans ses « Considérations » de 1793 sur la Révolution française¹¹⁸⁰ Fichte adhère encore à la rigoureuse distinction kantienne entre caractère intelligible et caractère empirique¹¹⁸¹, si bien qu'il ne peut concevoir qu'une liberté puisse nous apparaître de l'extérieur, qu'on puisse faire l'expérience de la liberté d'autrui et, ainsi, d'un autre sujet. Pour Kant, on ne peut, par définition, faire l'expérience que du caractère empirique d'autrui, comme d'un objet soumis aux lois de la « causalité », concept qu'il opposait à celui de « finalité »¹¹⁸². Quant à son caractère intelligible, il tient à sa liberté, puisque la liberté est « une idée transcendantale pure qui, premièrement, ne contient rien d'emprunté à l'expérience et dont, en second lieu, l'objet ne peut être donné d'une façon déterminée dans aucune expérience [...] »¹¹⁸³. Ainsi « je ne peux », d'insister Kant, « avoir la moindre représentation d'un être pensant par aucune expérience extérieure, mais simplement par la conscience de moi-même¹¹⁸⁴ ». Pour Kant en effet, « [d]e tels objets ne sont donc rien de plus que le transfert de ma conscience à d'autres choses à titre d'êtres pensants¹¹⁸⁵ ». Voilà qui est pour le moins contre-intuitif et qui laissait sans véritable réponse la question des conditions d'un tel transfert, question à laquelle la reconnaissance se voudra une réponse qui nécessite la levée de l'interdit kantien :

Bref, en raison de la distinction entre caractère sensible et caractère intelligible, il n'y a pas chez Kant de reconnaissance possible d'autrui : autrui ne m'apparaît jamais *comme tel* et je ne puis rien faire d'autre qu'interpréter un phénomène (par ex. un corps qui ressemble à mon corps propre) comme le « signe sensible » d'un caractère intelligible, c'est-à-dire d'un être libre autre que moi dont je n'aurai cependant jamais aucune expérience directe. L'effort de Fichte consistera à surmonter cette limite du kantisme en produisant une théorie de

¹¹⁷⁸ *Supra* note 1148 et texte correspondant.

¹¹⁷⁹ A. PHILONENKO, *Théorie et praxis dans la pensée morale et politique de Kant et de Fichte en 1793*, Paris, Vrin, 1968, p. 133-136 et 138-141, cité dans F. FISCHBACH, *supra* note 1147, p. 33.

¹¹⁸⁰ J.G. FICHTE, *Considérations destinées à rectifier les jugements du public sur la Révolution française* (1793), trad. J. Barni, Paris, Payot, 1974.

¹¹⁸¹ E. KANT, *Critique de la raison pure* (1781/1787), trad. A. Tremesaygues et B. Pacaud, 5^e éd., Paris, PUF, 1997, p. 397-399.

¹¹⁸² *Id.*, not. p. 398-407.

¹¹⁸³ *Id.*, p. 394.

¹¹⁸⁴ *Id.*, p. 281.

¹¹⁸⁵ *Id.*, p. 281.

la reconnaissance qui soit capable de rendre raison (autrement que par un « transfert » qui n'explique rien) du fait que je juge que certains êtres dans le monde sont des êtres raisonnables et libres, et d'autres pas¹¹⁸⁶.

Comme le signale encore le même commentateur, plus tard, avec « la conscience faisant l'expérience de sa rencontre avec une autre conscience de soi, [...] Hegel se donne[ra] donc dès le départ ce que la théorie fichtéenne de l'intersubjectivité se fixait pour tâche de déduire transcendentalement¹¹⁸⁷ ».

Or selon Fichte la conscience de soi exige de la reconnaissance qu'elle soit réciproque et qu'elle consiste en l'attribution mutuelle d'une sphère propre de liberté. La thèse du philosophe de l'idéalisme objectif (dont on pourrait aussi bien parler en terme d'idéalisme *juridique*) est ici qu'il est (rationnellement) nécessaire à la conscience de soi que le Moi qui est reconnu reconnaisse en même temps l'autre Moi qui le reconnaît. Cette reconnaissance d'autrui est décrite par Fichte comme autoposition du Moi comme individu : « l'être raisonnable ne peut se poser comme tel, avec conscience de soi, sans se poser comme *individu*, comme un, au sein d'une pluralité d'êtres raisonnables qu'il admet en dehors de lui dès qu'il s'admet lui-même¹¹⁸⁸ ». C'est donc dire que, en se posant comme individu, le Moi se pose comme être libre singulier parmi une pluralité d'autres êtres libres :

Je me pose comme raisonnable, c'est-à-dire comme être libre. Il y a en moi, lors de cette opération, la représentation de la liberté. Je pose, dans la même activité indivise, en même temps d'autres êtres libres. Je trace donc par mon imagination une sphère pour la liberté que plusieurs êtres se partagent. Je ne m'attribue pas à moi-même toute la liberté que j'ai posée, parce que je dois nécessairement poser aussi d'autres êtres libres et leur attribuer une part de cette liberté. Je m'auto-limite dans mon appropriation de la liberté, du fait que je laisse aussi subsister de la liberté pour d'autres¹¹⁸⁹.

Transcendentalement déduite à partir du concept d'individu¹¹⁹⁰, et donc de celui de la conscience de soi et, au final, de cette « pure forme de la raison » que serait le Moi¹¹⁹¹, la relation de reconnaissance réciproque se veut une forme, un concept, une détermination rationnelle de relations empiriques. Elle renvoie, comme nous l'avons vu, à une « action

¹¹⁸⁶ F. FISCHBACH, *supra* note 1147, p. 19, se référant à J.G. FICHTE, lettre à Reinhold du 29 août 1795 (citée dans A. PHILONENKO, *La liberté humaine dans la philosophie de Fichte*, Paris, Vrin, 1980, p. 52) : « Quels seront parmi les phénomènes ceux auxquels j'appliquerai le concept d'être raisonnable et ceux auxquels je ne l'appliquerai pas ? Tu le sais toi-même fort bien ! devrait répondre Kant. Mais si cette réponse est très juste, elle est toutefois rien moins que philosophique. »

¹¹⁸⁷ *Id.*, p. 74.

¹¹⁸⁸ J.G. FICHTE, *supra* note 1155, p. 24.

¹¹⁸⁹ *Ibid.*

¹¹⁹⁰ *Id.*, p. 67 : « Cette relation [juridique] est déduite du concept de l'individu. »

¹¹⁹¹ *Ibid.* : « En outre le concept de l'individu a été démontré auparavant comme condition de la conscience de soi ; donc le [III, 53] concept du droit est lui-même condition de la conscience de soi. En conséquence, ce concept est dûment déduit *a priori*, c'est-à-dire à partir de la pure forme de la raison, à partir du Moi ».

nécessaire de l'être raisonnable » à titre de « condition de la conscience de soi¹¹⁹² ». Cette action est ici *interaction*, en l'occurrence une interaction recognitive par laquelle les sujets se constituent mutuellement en ayant les uns sur les autres cette influence particulière qui doit conduire à une limitation sans destruction de leur liberté¹¹⁹³. Dans les *Principes* de 1794-1795, Fichte avait déjà écrit : « pas de Toi, pas de Moi ; pas de Moi, pas de Toi¹¹⁹⁴ ». C'est cette « nécessité » de la relation réciproque de reconnaissance qui conduira finalement Fichte à la concevoir en termes juridiques. Dans le *Fondement du droit naturel*, notre auteur en viendra effectivement à la conclusion que « la relation entre êtres raisonnables [qu'il] a déduite, à savoir que chacun limite sa liberté par le concept de la possibilité de la liberté de l'autre, se nomme la *relation juridique*¹¹⁹⁵ ».

Parce que la raison ne saurait exiger que ce qui est à tout le moins possible, Fichte, avant le tournant juridique du *Fondement du droit naturel*, en était arrivé à une impasse. C'est qu'il expliquait alors la possibilité de la relation réciproque de reconnaissance par une tendance sociale de l'homme, tendance qui devait obéir à une autre, plus fondamentale, du Moi à l'identité, c'est-à-dire à évoluer vers l'inatteignable Moi absolu¹¹⁹⁶. Or l'explication posait problématiquement une tendance sociale émancipatoire à la reconnaissance qui ne pouvait que supposer la réalisation préalable de cette reconnaissance. La réinterprétation de l'interaction en termes juridiques aura pour but de résoudre ce problème. Fichte transpose le concept de relation juridique dans les termes d'une proposition, la « *proposition du droit* » : « *Il me faut reconnaître dans tous les cas l'être libre hors de moi comme tel, c'est-à-dire limiter ma liberté par le concept de la possibilité de sa liberté*¹¹⁹⁷. » Et il indique que l'« *objet tout entier* » du concept de droit est « *une communauté entre des êtres libres comme tels*¹¹⁹⁸ ». Toutefois :

Nul ne peut par sa seule volonté réaliser une telle communauté avec un autre, si l'autre n'a pas la même volonté et ne se soumet pas, de ce fait, à la loi juridique qui a cette volonté pour condition. Si l'autre n'a pas cette volonté et, ce qui en est indubitablement la preuve, s'il traite le premier d'une façon contraire à la loi juridique, celui-ci est délié de la loi par la loi elle-même. [... Celle-ci] ne vaut en général que sous la condition et pour le cas où une communauté, une activité d'influence réciproque doit exister entre des êtres libres comme tels, sans dommage pour leur liberté. Mais puisque la fin de cette communauté est elle-même à nouveau conditionnée par le comportement

¹¹⁹² *Supra* note 1170 et texte correspondant.

¹¹⁹³ F. FISCHBACH, *supra* note 1148, p. 34.

¹¹⁹⁴ J.G. FICHTE, *supra* note 1149, p. 83.

¹¹⁹⁵ J.G. FICHTE, *supra* note 1155, p. 67.

¹¹⁹⁶ F. FISCHBACH, *supra* note 1147, p. 37-52.

¹¹⁹⁷ J.G. FICHTE, *supra* note 1155, p. 67.

¹¹⁹⁸ *Id.*, p. 25.

de celui avec lequel on veut entrer en communauté, sa validité pour la personne individuelle est conditionnée à son tour par la question de savoir si l'autre se soumet à la même loi, ou non : dans cette dernière éventualité, elle vaut pourtant, dans le jugement, précisément par la non-reconnaissance de sa valeur, et elle légitime celui qui a été traité contrairement au droit à traiter arbitrairement l'agresseur¹¹⁹⁹.

La « loi juridique » comme « concept du droit » fonderait ainsi négativement un droit de contrainte à l'encontre de celui qui ne s'y soumet pas. À la même époque, voire au même moment, Kant, dans la « Doctrine du droit », défend une thèse semblable :

Personne n'est obligé de se retenir de porter atteinte à la possession d'autrui si celui-ci ne lui fournit pas pareillement la garantie qu'il observera cette même retenue à son endroit. [...] Résolus à exister et à demeurer dans cet état de liberté étrangère à toute loi extérieure, [les êtres humains] ne commettent *les uns envers les autres* absolument aucune injustice s'ils se font entre eux la guerre ; car ce qui vaut pour l'un vaut aussi réciproquement pour l'autre, comme par une convention (*uti partes de jure suo disponunt, ita jus est*)¹²⁰⁰.

Or un « droit de contrainte en général, comme concept universel », se révèle selon Fichte inapplicable, « car jamais il n'est décidable si dans un cas déterminé la contrainte est légitime, ou non¹²⁰¹ ». Voilà pourquoi le droit doit être positif et la contrainte décidée sur sa base par un tiers investi d'une puissance supérieure¹²⁰² :

Ce qui dépend du problème de savoir si un exercice du droit de contrainte par la personne lésée est possible ou non, ce n'est rien de moins que la réponse à la question : un droit naturel *stricto sensu* est-il possible, dans la mesure où par là on désigne une science de la relation juridique entre des personnes en dehors de l'État, et sans loi positive ?¹²⁰³

Fichte est donc d'avis qu'« il n'est pas de relation juridique sans une détermination positive de la limite jusqu'où doit s'étendre l'usage de sa liberté par chaque individu¹²⁰⁴ » et que, la loi juridique n'étant « absolument pas applicable sans la mise en place d'un pouvoir public¹²⁰⁵ », il faut « soumettre inconditionnellement » à l'État sa « force physique » et sa « faculté de dire le droit »¹²⁰⁶. Jusqu'ici, sur la question du droit, rien ne distingue encore significativement Fichte de Kant pour qui, si les êtres humains ne commettent aucune injustice *les uns envers les autres* s'ils se font la guerre dans l'état de nature, « en revanche et globalement, ce en quoi ils commettent le plus haut degré d'injustice tient au fait de vouloir exister et demeurer dans un état

¹¹⁹⁹ *Id.*, p. 104-106.

¹²⁰⁰ E. KANT, « Doctrine du droit » (fin 1796 ou début 1797), dans *Métaphysique des mœurs II*, trad. A. Renaut, Paris, Flammarion, 1994, p. 9-261, § 42, aux pages 121-122.

¹²⁰¹ J.G. FICHTE, *supra* note 1155, p. 114.

¹²⁰² *Id.*, p. 116.

¹²⁰³ *Id.*, p. 114-115.

¹²⁰⁴ *Id.*, p. 206.

¹²⁰⁵ *Id.*, p. 178.

¹²⁰⁶ *Id.*, p. 116.

[...] qui n'est pas un état juridique, c'est-à-dire un état dans lequel personne n'est assuré de ce qui est sien contre la violence¹²⁰⁷ ». Pour Kant, en effet :

[B]ien que chacun, d'après les *idées qu'il se fait du droit*, puisse avoir acquis quelque chose d'extérieur par occupation ou par contrat, cette acquisition n'est cependant que *provisoire* aussi longtemps qu'elle n'a pas encore obtenu en sa faveur la sanction d'une loi publique, dans la mesure où elle n'est déterminée par aucune justice (distributive) publique et n'est garantie par aucune force exerçant ce droit¹²⁰⁸.

Aussi Kant est-il d'avis que, « [c]ontre le souverain législateur de l'État, il n'y a [...] aucune résistance du peuple qui soit conforme au droit [naturel comme positif], car c'est uniquement par soumission à sa volonté universellement législatrice qu'un état juridique est possible¹²⁰⁹ ». Rappelons du reste que pour Kant l'auteur de « la moindre tentative » de résistance au droit étatique positif « ne peut être puni de rien de moins que de la mort¹²¹⁰ ». Fichte n'estime pas utile d'aller jusque là. Pour lui, celui qui ne prend pas part au « contrat social » ne peut certes pas davantage contribuer ni accéder à la conscience de soi, mais demeure libre de cette omission. Ce sera cependant à ses risques et périls, car l'État sera ainsi libéré de toute obligation de protection à son endroit. En sens inverse, celui à l'égard de qui l'État ne s'acquitte pas de ses obligations est déchargé de ses obligations de contribution. Il suffit en effet pour Fichte de s'en tenir à ce que tout « contrat » – forme que prendrait l'application du concept de droit jusqu'au « contrat social » du droit politique – « n'a d'existence que dans la mesure où il est continuellement maintenu en vigueur ; dès qu'il est violé, il est annulé¹²¹¹ ». D'un côté, « [c]'est seulement sous condition de sa contribution que le contrat est conclu avec [l'individu] : par conséquent le contrat est aboli dès que le citoyen ne s'acquitte pas de cette contribution¹²¹² ». De l'autre, réciproquement et par exemple,

tout droit de propriété se fonde sur le contrat de tous avec tous, qui énonce : nous tous conservons ceci, à condition que nous te laissions disposer de ce qui est ton bien. Dès que, par conséquent, quelqu'un ne peut vivre de son travail, ce qui est absolument son bien ne lui est pas laissé, le contrat est donc à son égard totalement supprimé et, dès cet instant, il n'est plus juridiquement obligé de reconnaître la propriété d'un homme quel qu'il soit¹²¹³.

Ce dernier exemple montre au passage combien Fichte, qui, rappelons-le, fonde le droit sur la relation réciproque de reconnaissance, s'avance plus loin que Kant dans l'interprétation du droit

¹²⁰⁷ E. KANT, *supra* note 1200, p. 122.

¹²⁰⁸ *Id.*, p. 127.

¹²⁰⁹ *Id.*, p. 137.

¹²¹⁰ *Ibid.*

¹²¹¹ J.G. FICHTE, *supra* note 1155, p. 206.

¹²¹² *Id.*, p. 217.

¹²¹³ *Id.*, p. 224.

politique comme justice positive distributive ou solidaire. Pour Kant en effet, le « postulat du droit public » est le suivant : « Placé dans la relation d'une inévitable coexistence avec tous les autres, tu dois sortir de cet état de nature pour accéder à un état juridique, c'est-à-dire l'état où intervient une justice distributive¹²¹⁴ ». Plus principalement cependant, il convient de souligner que, au-delà de son affirmation selon laquelle il « faut » soumettre « inconditionnellement » à l'État sa force physique et sa « faculté de dire le droit »¹²¹⁵, Fichte est en réalité d'avis que le « contrat social », dont les deux parties sont l'individu et le « corps de l'État », est « conditionné par la libre volonté formelle des deux parties de passer l'une avec l'autre un contrat » et que la « volonté matérielle sur laquelle les parties doivent se mettre d'accord porte, d'un côté, sur une propriété^[1216] déterminée, de l'autre, sur un renoncement à tout le reste et sur une contribution déterminée au pouvoir protecteur¹²¹⁷ ». Une telle préservation, même parmi la foule d'adhérents au contrat social, de la liberté de ne pas ou de ne plus y prendre part nous paraît contribuer à l'explication de ce que Fichte insiste davantage que Kant pour préciser que « [c]'est seulement à la volonté nécessaire et incapable d'exceptions qui est celle de la loi, que l'on peut raisonnablement aliéner sa puissance et sa faculté de juger du droit, mais nullement à une volonté humaine libre et changeante dans ses décisions¹²¹⁸ ». Relevons enfin au passage, à l'encontre d'une certaine lecture plutôt vulgaire et par définition incomplète de ses travaux¹²¹⁹, que le « *totum* », que la « totalité » à la protection de laquelle le citoyen s'engage à contribuer en adhérant au contrat social est ici une « réalité » conçue en termes juridiques¹²²⁰, et que ce contrat est de contenu libéral. Fichte précise en effet que l'individu qui adhère au contrat social :

ne se donne pas tout entier, lui et ce qui lui appartient. Car dans ces conditions que lui resterait-il que l'État, de son côté, puisse lui promettre de protéger ? [...] En égard à ce par quoi l'individu ne contribue pas à ce que projette l'État, il est totalement libre ; il n'est, de ce point de vue, pas intégré au tout qu'est le corps de l'État, mais reste au contraire un individu, une personne libre, ne dépendant que d'elle-même, et c'est précisément cette liberté qui lui est assurée par le pouvoir de l'État et pour laquelle seulement il participe au contrat¹²²¹.

¹²¹⁴ E. Kant, *supra* note 1200, p. 121.

¹²¹⁵ *Supra* note 1206 et texte correspondant.

¹²¹⁶ Il est ici question de la propriété « au sens le plus large du terme, en tant qu'elle désigne non seulement la possession de biens fonciers ou de biens de ce genre, mais en général des droits à des actions libres dans le monde sensible » (J.G. FICHTE, *supra* note 1155, p. 206-207).

¹²¹⁷ J.G. FICHTE, *supra* note 1155, p. 218.

¹²¹⁸ *Id.*, p. 119.

¹²¹⁹ Voilà l'impression que donne par exemple celle d'I. BERLIN, *La Liberté et ses traîtres* (1952/2002), trad.

L. Folliot, Paris, Payot/Rivages, 2007, p. 96-131.

¹²²⁰ Voir not. J.G. FICHTE, *supra* note 1155, p. 214.

¹²²¹ *Id.*, p. 217.

Il devrait donc être relativement clair que, pour Fichte, si des personnes qui décident de coexister en tant que telles « doivent », en vertu de la raison, « vouloir le droit », rien ne les y oblige pour autant¹²²². Il n'empêche qu'il demeure assez ardu de concilier la liberté individuelle d'adhérer au contrat social avec la thèse selon laquelle « [l]e droit doit se laisser obtenir par la contrainte, même si aucun homme n'avait une bonne volonté », si bien que la « puissance physique, et elle seule, lui donne une sanction dans ce domaine » qu'est l'ordre des choses¹²²³. Force semble être de conclure que la liberté de ne pas adhérer au contrat social est celle d'être contraint... Fichte écrit d'ailleurs en introduction au *Fondement du droit naturel* :

Avec les affirmations de Kant que l'état de paix, autrement dit l'état conforme au droit, n'est pas parmi les hommes un état de nature, mais qu'il lui faut être *institué* ; que l'on a le droit de *contraindre* même celui qui ne nous a pas encore attaqué à nous procurer, par sa [...] soumission à la puissance de l'autorité, la sécurité requise – notre théorie s'accorde parfaitement, et ces propositions y sont démontrées exactement comme chez Kant¹²²⁴.

En revanche, chez Fichte, l'exercice du pouvoir coercitif public est assujéti au contrôle d'une institution qui préfigure dans une certaine mesure la justice constitutionnelle et qu'il appelle, d'un terme emprunté à la constitution de Sparte, « Éphorat¹²²⁵ ». Les éphores peuvent prononcer un « interdit d'État » pour cause de non-conformité de l'action des autorités publiques au « droit », mais cela doit s'accompagner aussitôt de la convocation de la communauté¹²²⁶. Car, à la différence de Kant, Fichte est d'avis que, au final, le peuple tout entier « n'est jamais [...] un rebelle » et que « l'expression de *rébellion*, utilisée à son sujet, est la plus grande aberration qui ait jamais été énoncée¹²²⁷ ». L'État peut donc certes contraindre les individus, mais il peut à son tour être contraint par le peuple « tout entier ».

Nonobstant les difficultés que nous venons d'indiquer, Fichte estime que, si le droit positif opère à la manière d'un phénomène naturel, sa création, son développement et son maintien, quant à eux, n'obéissent pas aux lois de la causalité, ni même à celle d'une finalité naturelle. Comme nous l'avons vu, si le droit a la forme d'un mécanisme naturel, c'est que les hommes, dont il est le produit de la libre volonté, la lui ont donnée¹²²⁸. Voilà du moins ce que laisse encore entendre le *Fondement du droit naturel*. Or, en réponse à la question de savoir

¹²²² *Supra* note 1166 et texte correspondant.

¹²²³ J.G. FICHTE, *supra* note 1155, p. 69.

¹²²⁴ *Id.*, p. 28-29.

¹²²⁵ *Id.*, p. 184-200.

¹²²⁶ *Id.*, p. 186.

¹²²⁷ *Id.*, p. 195.

¹²²⁸ *Supra* note 1158 et texte correspondant.

comment « les hommes » pourront prendre la décision de coexister en tant que personnes au sein d'une communauté en se donnant le droit en partage, Fichte finira par renouer avec la téléologie, avec la ruse de la raison, bref, il faut bien oser le dire, avec la philosophie de l'histoire kantienne¹²²⁹ :

Que la déduction transcendantale des conditions idéales (*i.e.* juridiques) de l'interaction doive s'accompagner d'une philosophie de l'histoire et de la culture permettant de penser le rapport de ces conditions idéales aux distorsions empiriques d'une interaction réelle prise dans les rapports de domination, c'est là une nécessité à l'évidence de laquelle Fichte s'est à nouveau rendu après le *Fondement du droit naturel*, notamment dans ses leçons de Berlin de l'hiver 1804-1805, publiées en 1806 sous le titre : *Le caractère de l'époque actuelle (Die Grundzüge des gegenwärtigen Zeitalters)*¹²³⁰.

[...]

On a pu parler à ce propos d'une « hégélianisation de la pensée de Fichte »¹²³¹, mais l'on aurait tout aussi bien pu parler de sa « (re)-kantisation », tant l'on hésite ici entre une ruse de la nature et une ruse de la raison¹²³².

Le droit se (re)met alors à correspondre chez Fichte à une étape du processus historique émancipatoire d'exécution d'un « plan universel¹²³³ » de réalisation de « but de l'humanité », en l'occurrence celui d'en venir à « régler avec liberté tous les rapports en son sein sur le modèle de la raison¹²³⁴ ». Plus précisément, le droit représente alors la dernière étape avant l'atteinte de ce but et donc la troisième de quatre périodes dont il convient ici d'exposer la séquence : (1) la période de l'« instinct de la raison », celle où la raison ne se manifeste encore que par l'instinct des « individus les plus forts de l'espèce », ce qui en fait une condition humaine initiale de domination ; (2) la période de la « science de la raison¹²³⁵ », dans laquelle il faudrait reconnaître l'époque même de Fichte¹²³⁶ ; (3) la période de la contrainte du « droit », contrainte qui doit permettre la réalisation de la raison dégagée par la science philosophique ; (4) la période ultime de la raison réalisée, où « l'humanité s'érige elle-même, d'une main sûre et infaillible, en la fidèle copie de la raison¹²³⁷ », si bien que la contrainte juridique y devient inutile.

¹²²⁹ E. KANT, *Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique* (1784), trad. L. Ferry, Paris, Gallimard, 1985.

¹²³⁰ F. FISCHBACH, *supra* note 1147, p. 63.

¹²³¹ A. RENAUT, *Le système du droit. Philosophie et droit dans la pensée de Fichte*, Paris, PUF, 1986, p. 455.

¹²³² F. FISCHBACH, *supra* note 1147, p. 65.

¹²³³ J.G. FICHTE, *Le caractère de l'époque actuelle* (1806), trad. Y. Radrizzani, Paris, Vrin, 1990, p. 24.

¹²³⁴ *Id.*, p. 24.

¹²³⁵ *Id.*, p. 26-27.

¹²³⁶ F. FISCHBACH, *supra* note 1147, p. 64.

¹²³⁷ J.G. FICHTE, *supra* note 1233, p. 28.

La lutte des peuples autochtones pour ce que nous avons appelé la pleine reconnaissance de leurs droits ancestraux se confronte à un paradoxe, celui d'une pensée juridique qui se présente comme moniste tout en étant animée d'un contre-courant pluraliste qui, sur la longue durée, tend même à se révéler comme courant dominant. Comme prétendu « paradigme » cependant, le « pluralisme juridique », en plus de regorger d'ambiguïtés théoriques qui, sur le plan descriptif, doivent faire lui préférer d'autres approches, n'éclaire en rien l'interrogation sur la signification morale, éthique, politique ou autrement normative de cette lutte, cet effort collectif soutenu et énergique qui nous occupe. L'entente de principe de 2004 avec certaines communautés innues du Québec, entre autres, suggère qu'il est ici question d'une lutte identitaire. Se voulant prudente, notre enquête philosophique sur la signification d'une telle éventuelle lutte juridico-identitaire a – à l'instar de celle de Paul Ricœur – pris le lexique pour point de départ, pour ensuite – à la différence de Ricœur cette fois – faire précéder le recensement des emplois philosophiques des mots de la reconnaissance de l'exploration du langage juridique spécialisé. À la faveur de ce détour, nous disposons d'un concept prénormatif d'« opération de reconnaissance » d'un ordre juridique par un autre. L'enquête philosophique de Ricœur nous a par la suite mis sur la piste de la catégorie honnéthienne de lutte pour la reconnaissance. Comme nous le verrons dans le détail, cette lutte, qui peut notamment prendre la forme d'une lutte pour la reconnaissance solidaire ou d'une lutte pour la reconnaissance juridique, mobilise un principe normatif de confirmation réciproque d'une identité socialement constituée. En d'autres termes, les travaux de Honneth consignent une théorie recognitive de l'intersubjectivité. Avant Honneth, d'autres, dont Habermas, avaient fait de l'intersubjectivité la tâche de la justice. Avec Honneth, la justice rime avec la reconnaissance, et l'injustice avec le mépris.

Chez son auteur même, cette dernière théorie recognitive de l'intersubjectivité entend se placer sous le patronage de Hegel. Nous savons pourtant que c'est chez Fichte qu'il faut chercher, non seulement la première expression articulée de l'idée d'intersubjectivité, mais, en plus, une interprétation originelle en termes recognitifs de cette thèse de la constitution sociale du sujet. Qui plus est, c'est de manière juridique que Fichte comprend la relation réciproque de reconnaissance intersubjective. Le droit moderne égalitaire et libéral figure ici comme condition de possibilité d'une relation de reconnaissance mutuelle qui seule donne lieu à la conscience de

soi à titre de sujet, de personne, d'individu, c'est-à-dire d'être qui, pour être raisonnable, non seulement se pose comme être libre, mais le fait parmi d'autres êtres qu'en même temps il pose comme également libres, autrement dit qui se pose à la fois comme être libre et responsable. Contrairement à ce que raconte la version la plus connue de l'histoire du « reconnaître » philosophique, l'œuvre de Fichte représentait une meilleure terre d'ancrage que celle de Hegel pour la réactualisation de la reconnaissance si celle-ci devait revêtir un sens intersubjectiviste. Alors que chez Fichte la reconnaissance renvoie à la relation réciproque de sujets qui font l'expérience l'un de l'autre comme limite et confirmation de leur liberté, chez Hegel il sera finalement question d'une « conscience » qui se reconnaît elle-même dans son « universalité » à la faveur du renoncement partiel à sa « particularité ». Mérite aussi d'être souligné ici le traitement fichtéen d'une problématique dont nous verrons qu'elle occupe une place centrale chez Honneth : la solidarité. Entre Fichte et Honneth s'est développé, au sein de la pensée sociale française de la III^e République du moins, le solidarisme. Ainsi que le rappelle avec force pertinence Franck Fischbach, « son fondateur, Léon Bourgeois, auteur de *Solidarité*¹²³⁸], était un lecteur de Fichte¹²³⁹ ». Le même auteur souligne la contribution fichtéenne à la formation des idées socialistes¹²⁴⁰. Au moyen d'un concept large de « propriété », Fichte attribue au droit moderne égalitaire la tâche de garantir à la fois une sphère de liberté individuelle et la possibilité de vivre de son travail. Honneth voudra quant à lui faire de la solidarité une sphère de reconnaissance distincte de la sphère juridique. D'autre part, c'est d'une manière qui préfigure celle de Honneth que, derrière son positivisme juridique apparent, Fichte soutient la thèse d'un principe juridique égalitaire suprapositif dont la « communauté » serait dépositaire. Or, à la différence du Honneth de *La lutte pour la reconnaissance*, Fichte est d'avis que la mise en œuvre de ce principe dans le contrôle du droit positif et de l'action des autorités publiques ne doit pas *d'abord* passer par la lutte sociale, mais par l'intervention d'une institution qui se doit d'être positive : l'Éphorat. Et si Fichte écrit dans le *Fondement du droit naturel* que les éphores doivent en référer à la souveraine communauté et que le « peuple tout entier » n'est jamais un rebelle, ses secondes noces avec la philosophie kantienne de l'histoire prophétisent un

¹²³⁸ L. BOURGEOIS, *Solidarité*, Paris, Colin, 1896 (rééd. Lille, Septentrion, 1998).

¹²³⁹ F. FISCHBACH, *supra* note 1148, p. 39 (en note).

¹²⁴⁰ *Ibid.* L'auteur renvoie à : J. JAURES, *Les origines du socialisme allemand*, chap. 2 et 3, dans *Œuvres de Jean Jaurès. Études socialistes I* (1888-1897), Paris, Rieder, 1931, p. 83-94 ; H. RICKERT, « Die philosophischen Grundlagen von Fichtes Sozialismus » [« Les fondements philosophiques du socialisme de Fichte »], *Logos*, vol. 11, 1922-1923, p. 149-180.

progrès qui viendra d'« en haut », de cette « science de la raison » que serait la philosophie et dont les lumières devraient rendre possible le choix du droit moderne (dont la contrainte éduquera les hommes à la raison), et non d'« en bas », c'est-à-dire de la lutte des dominés. L'attribution d'un rôle de premier plan à la lutte sociale pour la reconnaissance viendra bien de Honneth, non pas de Hegel, chez qui la lutte, qui se termine en lutte pour la domination, est ancrée dans une conscience immédiate, et donc dans une notion purement subjective et incomplète de la liberté, de manière à figurer l'échec de la reconnaissance, qui adviendrait plutôt à la faveur de l'« État », c'est-à-dire du « droit public » :

La dialectique du concept et de la conscience encore immédiate de la liberté produit alors un combat pour se faire reconnaître et la relation de maître à serviteur (*Encyc.* 3^e éd., § 430 et sq. et *Phénom.*, p. 115). Mais pour que l'esprit objectif, le contenu du droit, cessent d'être conçus toujours à travers les notions subjectives correspondantes, pour que, par suite, on cesse de concevoir comme un pur devoir-être le fait que l'homme en soi et pour soi n'est pas destiné à l'esclavage, il faut qu'on reconnaisse que l'idée de la liberté n'est vraiment que dans la réalité de l'État¹²⁴¹.

Encore là, non seulement Honneth insistera-t-il de moins en moins sur la lutte dans le développement de son œuvre, mais déjà une lecture attentive de *La lutte pour la reconnaissance* révèle-t-elle l'octroi d'un rôle essentiel à la « sociologie critique » dans le développement moral de la société.

Nonobstant ce que nous savons maintenant de sa paternité fichtéenne, force nous est de prendre acte du fait que les travaux actuels ou récents qui reprennent cette idée d'intersubjectivité par la reconnaissance affirment le faire de Hegel ou sont généralement compris ainsi. Le moment est donc venu, avant de se pencher sur les travaux de Honneth, de le faire sur le contexte récent de ce qui passe communément pour la réactualisation d'une thématique hégélienne.

¹²⁴¹ G.W.F. HEGEL, *Principes de la philosophie du droit* (1821), trad. A. Kaan, Paris, Gallimard, 1940, § 57, p. 94. Il en existe une traduction plus récente, par J.-F. Kervégan (Paris, PUF, 1998).

Chapitre 5. Le contexte de la réactualisation du foyer hégélien du reconnaître : du renouveau de la pensée libérale à la politique de reconnaissance

Reprenant alors les propos de Honneth, Ricœur présentait la reconnaissance à l'hégélienne comme une réplique au défi hobbesien, c'est-à-dire comme une tentative de penser la manière dont « un ordre politique peut se fonder sur une exigence morale qui soit aussi originaire que la peur de la mort violente et le calcul rationnel que celle-ci oppose à la vanité », en l'occurrence sur le « désir d'être reconnu¹²⁴² ». En se figurant, dans le *Léviathan*, à quoi ressemblerait la vie humaine sans gouvernement, Hobbes ne voit qu'une « guerre de tous contre tous » (« *bellum omnium contra omnes* »), ou « de chacun contre chacun » (« *of every one against every one* »), menée sous l'impulsion de trois passions primitives : la compétition, la défiance et la gloire. C'est d'une telle hypothèse que le premier théoricien accompli du contrat social – qui est ici un contrat de raison, et non un contrat empirique – fait dériver le désir de se défaire de la peur de la mort violente comme fondement rationnel de la soumission de tous au souverain. Quant à lui, le jeune Hegel, s'il reprend certes le modèle de la lutte sociale introduit par Machiavel et Hobbes, lui donnerait une formulation théorique qui permettrait « de rapporter les conflits humains non pas à des motifs de conservation individuelle, mais à des mobiles moraux¹²⁴³ ». Une telle préservation du thème de la lutte ferait en sorte que la philosophie politique de Hegel demande d'être comprise comme une réplique, non seulement à Hobbes, mais aussi à Kant, qui conçoit l'autonomie individuelle comme pure exigence morale plutôt que de prendre en compte sa « part active » dans la « formation historique de la réalité sociale¹²⁴⁴ ».

¹²⁴² P. RICŒUR, *Parcours de la reconnaissance. Trois études*, Paris, Stock, 2004, p. 253 et 241.

¹²⁴³ A. HONNETH, *La Lutte pour la reconnaissance* (1992), trad. P. Rusch, Paris, Cerf, 2000, p. 11.

¹²⁴⁴ *Ibid.*

Honneth précise que les thèses qu'il développe dans *La lutte pour la reconnaissance* ne se trouvent qu'à l'état fragmentaire chez le Hegel d'Iéna. Il n'explique toutefois pas leur intérêt par leur seule qualité de réactualisation d'une réplique hégélienne à Hobbes. Son modèle se veut également un complément rectificatif à l'éthique habermassienne de la discussion, dont le formalisme éthique constituerait la meilleure façon de se sortir de l'impasse théorique et pratique dans laquelle aboutirait la « philosophie politique américaine », tout absorbée qu'elle serait dans les débats sur le libéralisme¹²⁴⁵. Or ces débats portent aussi sur le multiculturalisme, en quoi ils sont *a priori* susceptibles d'intéresser la problématique de la pleine reconnaissance de droits conçus comme originant de cultures sociétales minoritaires, et ce d'autant que, chez Charles Taylor notamment, il est question d'une « politique de reconnaissance ». L'expansion actuelle du foyer philosophique (soi-disant hégélien) de la reconnaissance aurait donc en réalité deux origines parallèles : la lutte honnéthienne pour la reconnaissance et la politique taylorienne de reconnaissance¹²⁴⁶.

Voyons maintenant de plus près ce contexte d'intervention de la réactualisation du reconnaître hégélien. Il s'agira ici pour l'essentiel de la version justificative de cette intervention, plus précisément de la version de Honneth. Nous savons pourtant déjà que la réactualisation en question aurait très bien pu se présenter plutôt comme celle d'une thèse fichtéenne.

Section 1. Communautariens contre libéraux : la soi-disant impasse

L'un des livres les plus importants du XX^e siècle, l'ouvrage qui a ressuscité la philosophie politique, « *The Big Book* », voilà autant de manières appropriées de parler de *Théorie de la justice*, ce livre que John Rawls a fait d'abord paraître en 1971¹²⁴⁷. Avec l'autonomisation disciplinaire, à la fois respectueuse et par rapport à la philosophie, des sciences sociales, le siècle dernier avait été témoin du divorce des deux grandes questions de la théorie politique : le possible (*feasible*) et le souhaitable (*desirable*). Or une telle division du travail se serait révélée relativement stérile :

¹²⁴⁵ A. HONNETH, « Les limites du libéralisme. De l'éthique politique aux États-Unis », dans A. BERTEN, P. DA SILVEIRA et H. POURTOIS (dir.), *Libéraux et communautariens*, Paris, PUF, 1997, p. 359, aux pages 372-374.

¹²⁴⁶ C. TAYLOR, « La politique de reconnaissance », dans *Multiculturalisme : différence et démocratie* (1992), trad. D.-A. Canal, Paris, Falmarion, 1997, p. 41.

¹²⁴⁷ J. RAWLS, *Théorie de la justice* (1971), trad. C. Audard, Paris, Seuil, 1997.

The exploration of the desirable ends of the state might seem to be a job which philosophy could have reasonably pursued, even in isolation from questions of feasibility. But the task was generally neglected in favour of a higher-order activity: the analysis of the concepts relevant to the judgement of desirability or, in Continental mode, the analysis of our experiences of value or desirability. Thus the annals of early twentieth-century philosophy are long on rival analyses of utility and liberty and equality but extremely short on arguments in favour of these or other ideals. This retreat from advocacy to commentary is probably explicable by the fact, given the widespread presumption that science deals with facts only, philosophers were loath to present themselves as defenders of any particular values. There may have seemed to be little room for providing an intellectually respectable defence of any values, at least in the absence of feasibility constraints. The isolated exploration of the feasible did not fare much better than the isolated exploration of the desirable. Feasibility studies are only interesting in relation to specific desirability proposals and, given the vaunted value-freedom of economics and political science, it is not surprising that in the twentieth century those disciplines did little to advance feasibility studies¹²⁴⁸.

À notre sens, une telle infertilité s'explique plus fondamentalement par le « scientisme » de la pensée savante des XIX^e et XX^e siècles, auquel n'a pas échappé la philosophie. Dans l'état où le célèbre livre de 1971 l'a trouvée, la philosophie politique eût eu pour dernier grand auteur Henry Sidgwick¹²⁴⁹, si bien que *Théorie de la justice*, qui consigne et défend une conception de la justice comme « équité », se donne largement à lire comme une critique libérale de l'utilitarisme. Contrairement à l'idée répandue, ce n'est pas au conséquentialisme de l'utilitarisme que Rawls opposera le déontologisme de la justice comme équité, mais à son téléologisme :

Il faudrait noter que les théories déontologiques sont définies comme étant des théories non téléologiques, et non pas comme des doctrines qui caractériseraient ce qui est juste dans les institutions et les actes indépendamment de leurs conséquences. Toute doctrine éthique digne de considération tient compte des conséquences dans son évaluation de ce qui est juste. Celle qui ne le ferait pas serait tout simplement absurde, irrationnelle¹²⁵⁰.

On ne voit pas, en effet, pourquoi une doctrine qui prône que la fin justifie les moyens devrait avoir le monopole du concrétisme, en sorte qu'une autre, qui défendrait la thèse contraire, devrait être condamnée à l'abstraction. Bien au contraire, on peut justement reprocher au téléologiste d'être, par la fin qu'il poursuit, aveuglé à l'égard de certaines conséquences des moyens qu'il mobilise. Ce qui caractérise l'utilitarisme est donc d'être une théorie téléologique, à la différence de la justice comme équité qui, « par définition », est « une théorie déontologique, c'est-à-dire une théorie qui soit ne définit pas le bien indépendamment du juste, soit n'interprète pas le juste comme une maximisation du bien¹²⁵¹ ». Rawls entreprendra de conjuguer le conséquentialisme avec l'individualisme moral en en proposant une interprétation déontologiste.

¹²⁴⁸ P. PETTIT et C. KUKATHAS, *Rawls: A Theory of Justice and its Critics*, Stanford (CA), Stanford University Press, 1990, p. 3-4.

¹²⁴⁹ *Id.*, p. 5.

¹²⁵⁰ J. RAWLS, *supra* note 1247, p. 55-56.

¹²⁵¹ *Id.*, p. 55.

Bien que cet auteur ne fournira jamais de définition positive opérante du juste, on comprend négativement que cette notion renvoie à l'idée de la valorisation de moyens, par opposition à la valorisation de fins. Le libéralisme de Rawls, sa théorie de la justice comme équité accordera la priorité au juste sur le bien, même si, en réalité, ce sera pour soutenir par la suite la thèse de la « congruence » du juste et du bien. Car le juste, politique ou social, dont il est ici question veut au final relever d'une « théorie étroite » du bien qui conçoive momentanément celui-ci comme une forme ou structure, par opposition à une « théorie complète » du bien comme fin.

Outre celui avec l'utilitarisme, la justice comme équité se retrouvera au centre de nombreux débats, dont celui, plus superficiel, avec Robert Nozick et le libertarianisme sur le degré d'intervention étatique que le libéralisme doit être tenu pouvoir admettre¹²⁵². C'est cependant la rencontre du libéralisme rawlsien avec la tradition allemande de la « Théorie critique de la société » (TCS) qui doit ici retenir notre attention. Une des critiques auxquelles Rawls a pris le soin de répondre, en l'occurrence longuement, est celle de Jürgen Habermas qui lui reprochait ses soi-disant priorisation de l'autonomie privée des modernes par rapport à l'autonomie publique des anciens, tentative d'universalisation du constitutionnalisme à l'américaine, fermeture matérielle, « ambition » excessive et trop grande restriction des conditions d'usage public de la raison – autant d'objections dont Rawls n'a pas eu trop de mal à démontrer l'absence de bien-fondé¹²⁵³. Le nouveau chef de file de l'École de Francfort, Axel Honneth, soutient quant à lui plus largement qu'il est possible de faire la preuve des « limites du libéralisme et de la philosophie politique angloaméricaine » en partant du débat entre libéraux et communautariens¹²⁵⁴, débat dans le cadre duquel s'opposeraient l'idéal des droits égalitaires hérité de la tradition kantienne et celui de l'épanouissement communautaire de la tradition aristotélicienne¹²⁵⁵. Voilà sans doute un malheureux point de départ, du moins dans la mesure où il

¹²⁵² Voir not. R. NOZICK, *Anarchie, État et utopie* (1974), trad. É. d'Auzac de Lamartine et P.-E. Dauzat, Paris, PUF, 2003.

¹²⁵³ J. HABERMAS, « Reconciliation through the public use of reason: remarks on John Rawls' political liberalism », *The Journal of Philosophy*, n° 92, 1995, p. 109-131 ; J. RAWLS, « Reply to Habermas », *The Journal of Philosophy*, n° 92, 1995, p. 132-180.

¹²⁵⁴ Voir not. A. BERTEN, P. DA SILVEIRA et H. POURTOIS (dir.), *Libéraux et communautariens*, Paris, PUF, 1997.

¹²⁵⁵ A. HONNETH, *supra* note 1245.

nous semble établi par l'état actuel des débats que la critique communautarienne procédait d'une mauvaise lecture de Rawls¹²⁵⁶.

Honneth rappelle comment le débat s'ouvre avec l'objection de Sandel suivant laquelle, parce qu'elle présuppose à tort une conception atomiste du sujet, la théorie de la justice de Rawls conclut tout aussi erronément à la priorité du juste sur le bien¹²⁵⁷. S'il semble bien concéder à Sandel que c'est « une erreur de partir d'un concept de sujet non situé et éthiquement neutre¹²⁵⁸ », Honneth croit en revanche que Rawls dispose de bonnes raisons de critiquer la deuxième étape de son argumentation, selon laquelle « on ne peut donner à l'idée de l'égalité des droits une priorité normative sur le concept de « Bien » que si les sujets sont pensés à tort comme des êtres qui sélectionnent leurs objectifs de manière monologique¹²⁵⁹ ». Rawls peut en effet répliquer que la garantie juridique de l'autonomie personnelle « ne fait pas obstacle au processus intersubjectif de la formation de l'identité personnelle » et, plus encore, que « la priorité normative des libertés égales de base peut se justifier même si l'on accepte la critique anthropologique de Sandel et si l'on conçoit les sujets comme des êtres « radicalement situés », comme ayant toujours déjà été socialisés par la communication¹²⁶⁰ » : le juste « mérite une priorité normative, car la recherche du Bien « ontologiquement » donné à l'être humain ne devient possible et n'échappe à la coercition que si l'autonomie individuelle de chacun est respectée¹²⁶¹ ».

Du moment qu'il se rendrait à l'objection anthropologique de Sandel, Rawls devrait revoir la fondation de sa théorie, puisqu'il ne serait plus possible de lui faire prendre appui sur la fiction d'un contrat entre sujets individuels, êtres isolés et neutres, calculant en termes d'objectifs rationnels¹²⁶² – Honneth présentant ici, nonobstant les abondantes précisions de Rawls sur la nature de son argumentaire relatif à la « position originelle » (PO)¹²⁶³, une image

¹²⁵⁶ A.E. BUCHANAN, « Assessing the Communitarian Critique of Liberalism », *Ethics*, vol. 99, n° 4, juillet 1989, p. 852-882 ; W. KYMLICKA, « Liberal Individualism and Liberal Neutrality », *Ethics*, vol. 99, n° 4, juillet 1989, p. 883-905 ; P. PETTIT et C. KUKATHAS, *supra* note 1248, p. 92-118.

¹²⁵⁷ M.J. SANDEL, *Le libéralisme et les limites de la justice* (1982), trad. J.-F. Spitz, Paris, Seuil, 1999.

¹²⁵⁸ A. HONNETH, *supra* note 1245, p. 363.

¹²⁵⁹ *Id.*, p. 362.

¹²⁶⁰ *Id.*, p. 365.

¹²⁶¹ *Id.*, p. 366.

¹²⁶² *Id.*, p. 367.

¹²⁶³ Voir not. J. RAWLS, *supra* note 1253.

caricaturale de celui-ci. C'est ainsi, à en croire Honneth, qu'on assisterait au passage du « premier » au « second » Rawls, celui qu'on associe généralement (même si la question n'est pas si simple) au *Libéralisme politique*¹²⁶⁴. Puisque ce dernier pourrait d'autant mieux défendre le principe d'égalité de libertés et le principe de différence, les communautariens se trouveraient contraints de délaissier les arguments d'ordre anthropologique pour préciser le contenu normatif de leur critique du libéralisme¹²⁶⁵. Par des moyens différents, telles une distinction entre libertés négative et positive chez Taylor¹²⁶⁶ et une théorie de la dimension narrative de la réalisation de soi chez MacIntyre¹²⁶⁷, les communautariens en arriveraient alors à une même conclusion, « à savoir que la réalisation de soi du sujet individuel est liée à une précondition sociale, au fait que la communauté qui s'est constituée soit liée à un système de valeurs communes¹²⁶⁸ ». Partant, la critique communautarienne du libéralisme deviendrait d'insuffisance du seul « juste ». Honneth se fait ici fort d'indiquer que, à cette étape du débat, la thèse d'une communauté éthique fait ressortir « une limite bien définie du libéralisme¹²⁶⁹ », mais son interprétation du libéralisme nous paraît sensiblement différente de celle de Rawls, dont la troisième partie de la *Théorie de la justice* semble lui échapper. Cela dit, à cette critique d'insuffisance, Rawls pourrait facilement objecter la pluralité de « doctrines englobantes » (*comprehensive doctrines*) philosophiques, religieuses, ou autres au sein de la société civile des démocraties modernes, pluralité qui occupe chez lui une place centrale à la suite de son tournant « politique »¹²⁷⁰. Ainsi Rawls pourrait-il en effet renvoyer aux communautariens la question de savoir « quels principes normatifs ils ont à leur disposition pour justifier leur distinction entre les bons concepts de la vie bonne et les mauvais¹²⁷¹ ». Voilà ce qu'en dit Honneth. Plus exactement cependant, nous semble-t-il, la réplique de Rawls à la critique d'insuffisance consisterait à rappeler que, depuis la *Théorie de la justice* jusqu'à *La justice comme équité*¹²⁷², son libéralisme comporte une dimension proprement éthique, une conception publique de la justice représentant aussi un bien, en l'occurrence un bien

¹²⁶⁴ J. RAWLS, *Libéralisme politique* (1993), trad. C. Audard, Paris, PUF, 1995.

¹²⁶⁵ A. HONNETH, *supra* note 1245, p. 367.

¹²⁶⁶ Voir C. TAYLOR, « Le juste et le bien », *Revue de métaphysique et de morale*, n°1, 1988, p. 33-56.

¹²⁶⁷ A.C. MACINTYRE, *Quelle justice ? Quelle rationalité ?* (1988), trad. M.V. d'Hollande, Paris, PUF, 1993.

¹²⁶⁸ A. HONNETH, *supra* note 1245, p. 370.

¹²⁶⁹ *Id.*, p. 371.

¹²⁷⁰ Voir not. J. RAWLS, *supra* note 1264 ; « La théorie de la justice comme équité : une théorie politique et non pas métaphysique » (1985), trad. C. Audard, dans *Justice et démocratie*, trad. C. Audard, P. de Lara, F. Piron et A. Tchoudnowsky, Paris, Seuil, 1993, p. 203-241.

¹²⁷¹ A. HONNETH, *supra* note 1245, p. 371.

¹²⁷² J. RAWLS, *La justice comme équité : une reformulation de Théorie de la justice* (2001), trad. B. Guillarme, Paris, La Découverte, 2008.

politique « formel » ou « structurel », par opposition à « matériel » ou « substantiel », qui favorise le développement du respect de soi au sein d'une société constituant une « communauté de communautés¹²⁷³ ». Voilà qui, du reste, rend plus précisément raison du rôle que tient le pluralisme dans la théorie rawlsienne. Il est curieux que cette constante de l'œuvre rawlsienne qu'est la thèse de la « congruence du juste et du bien » au sein de la justice comme équité, tout comme la distinction entre « théorie étroite » (formaliste) et « théorie complète » (substantialiste) du bien dont cette thèse est tributaire, ait selon toute vraisemblance échappé à Honneth. En se méprenant ainsi sur la réponse libérale à la critique de déficit éthique et, partant, sur la manière dont le juste politique, le raisonnable politique, l'usage public de la raison et la neutralité du libéralisme à la rawlsienne se rapportent au « Bien », ce dernier se sent autorisé à conclure que la philosophie politique anglo-américaine se révèle incapable de répondre à la question « de savoir comment on peut assigner une validité normative à l'un des différents concepts de « Bien » communément partagé une fois que l'on a concédé que les communautés éthiquement intégrées jouent un rôle constitutif dans la réalisation des libertés individuelles¹²⁷⁴ ».

Ainsi que l'écrivait Daniel Weinstock dans un article qu'il a fait paraître en 2004, ce débat entre libéraux et communautariens semble déboucher sur une « impasse », le « bien commun » se présentant à son terme comme une notion aussi invraisemblable que nécessaire : « impossible, en raison de la diversité des conceptions de la vie bonne présentes dans une société moderne, et incontournable, puisque toute action politique de la part d'un État renvoie à des valeurs discutables¹²⁷⁵ ». L'inévitabilité d'une composante éthique *matérielle* de l'action étatique au sein des sociétés démocratiques modernes plurielles peut sembler conduire à une impasse d'ordre plus « pratique » qu'il revient, à l'intérieur des limites tracées par le droit et la justice constitutionnels, aux procédures décisionnelles majoritaires de résoudre. Bien sûr, de définir la part du droit et celle de la politique majoritariste est délicat à l'extrême. Certes, les questions que la majorité est appelée à trancher au terme d'un débat démocratique peuvent être presque aussi difficiles. Ce n'est pourtant pas d'une telle impasse qu'il est question chez Honneth au sujet du débat entre libéraux et communautariens, mais d'une impasse plus

¹²⁷³ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, supra note 1247, p. 564-572 ; *La justice comme équité*, supra note 1272, par. 43.2.

¹²⁷⁴ A. HONNETH, supra note 1245, p. 372.

¹²⁷⁵ D.M. WEINSTOCK, « L'actualité du bien commun », *Éthique publique*, vol. 6, n° 1, 2004, p. 117-124, à la page 119.

théorique. L'argument relatif à la PO bien compris, peut-être après les précisions que Rawls n'a eu de cesse d'apporter à partir de 1975¹²⁷⁶, il devait paraître clair à Honneth que libéralisme de la « justice comme équité » se dérobaient à toute critique de fondationnalisme métaphysique. Il est ici possible d'accorder au philosophe francfortois le bénéfice du doute. Or voilà que Honneth renouvelle son objection à Rawls sous la forme d'une critique d'impérialisme culturel. Se poserait à Rawls la question « de savoir quelles raisons il peut avancer pour prêter à la tradition éthique de cette communauté particulière un statut normatif privilégié qui place cette dernière au-dessus de toutes les autres¹²⁷⁷ ». Rawls n'a pourtant destiné ses arguments et sa proposition d'« entente publique¹²⁷⁸ » (*public understanding*) d'ordre philosophique¹²⁷⁹ qu'à la société civile des peuples libéraux¹²⁸⁰. Quant aux communautariens, se devant de rendre compte de leur concept de communauté, ils se verraient « de plus en plus entraînés dans une contradiction théorique », car, « aussitôt qu'ils tentent d'expliquer les concepts concrets de Bien communautaire, il [feraient] intuitivement usage de principes universalistes¹²⁸¹ ». Pour Honneth, qui ne voit pas que ce qu'il avance se trouve déjà pour l'essentiel chez Rawls, la seule issue possible d'une telle impasse théorique consiste en l'adoption d'un modèle non pas substantiel mais formel de la « vie éthique » ou « éthicité » (*Sittlichkeit*), concept qu'il entend reprendre de Hegel (pour le « formaliser », le « désubstantialiser », justement). Ainsi revisité, le concept d'éthicité veut renvoyer aux « principes universalistes d'une moralité postconventionnelle

¹²⁷⁶ J. RAWLS, « Fairness to Goodness », *Philosophical Review*, vol. 84, 1975, p. 536-554, aux pages 546-547 : « [T]he original position does not presuppose the doctrine of abstract individualism. This is defined as the doctrine that the fundamental aims and interests of individuals are determined independently from particular social forms; society and the state are regarded as institutional arrangements that answer to these antecedent individual ends and purposes, as specified by a fixed and invariant human psychology. In contrast to this view, the theory of a well-ordered society stresses that the interests and ends of individuals depend upon existing institutions and the principles of justice they satisfy. » Rawls renvoie alors à la § 79 de *Théorie de la justice* (*supra* note 1247). Il aurait pu renvoyer également aux §§ 9 et 20. Son sociologisme éthique et, plus particulièrement, l'ancrage de son point de vue normatif dans un type précis de société sinon avant tout dans la société américaine, deviendra plus explicite à partir des « John Dewey Lectures » de 1980 : « Le constructivisme kantien dans la théorie morale » (1980), trad. C. Audard, dans *Justice et démocratie*, *supra* note 1270, p. 73-152. Voir aussi sa « Reply to Habermas » (*supra* note 1253). Nous partageons l'opinion de C. Kukathas et P. Pettit (*supra* note 1248, p. 123) selon laquelle « *what is (and has always been) at issue for Rawls is 'background justice' in already existing societies* ».

¹²⁷⁷ A. HONNETH, *supra* note 1245, p. 372.

¹²⁷⁸ J. RAWLS, « La théorie de la justice comme équité : une théorie politique et non pas métaphysique » (1985), *supra* note 1270, p. 215.

¹²⁷⁹ J. RAWLS, *supra* note 1253, p. 144, en note 22 : « [T]here is no political body that acts by vote on the political conception. That is contrary to the idea of the reasonable. The conception of political justice can no more be voted on than can the axioms, principles, and rules of inference of mathematics or logic. »

¹²⁸⁰ Voir not. J. RAWLS, *Paix et démocratie. Le droit des peuples et la raison politique* (1999), trad. B. Guillaume, Paris, La Découverte, 2006.

¹²⁸¹ A. HONNETH, *supra* note 1245, p. 372.

comme conditions limitatives de tout concept de Bien communautaire¹²⁸² ». Honneth se dit alors d'avis que, à cet égard, c'est l'éthique de la discussion qui offre le « point de départ le plus adéquat¹²⁸³ ».

Section 2. La prétendue issue habermassienne

Au sujet de Jürgen Habermas, Manfred Frank affirme ce qui suit :

Aucun de nos contemporains n'a intégré dans sa pensée les courants les plus divergents avec autant d'ouverture et de compétence que lui : la théorie critique et herméneutique, la théorie du fondement ultime et la faillibilisme conséquent, la philosophie analytique et la théorie systémique, le néostructuralisme et l'intersubjectivisme pragmatique, l'idéalisme allemand et le marxisme, la théorie de la société et l'individualisme. Aucune position contemporaine ne possède une pareille envergure¹²⁸⁴.

Stéphane Haber indique pour sa part que cette dernière liste est incomplète et que, « de la psychanalyse à la psychologie du développement, de la sociologie de la modernité au matérialisme historique et à la pragmatique linguistique, [le] projet [de Habermas] est solidaire de la tentative de donner sens, de situer, de relativiser, une part non négligeable des savoirs contemporains¹²⁸⁵ ».

Malgré des rapports ambivalents et évolutifs, Habermas demeure, aux yeux du grand public, associé à l'École de Francfort – école fondée par Max Horkheimer au début des années 1930¹²⁸⁶ et dont le terme de « théorie critique de la société » (TCS) renvoie à la tradition¹²⁸⁷ – dont il serait le représentant le plus éminent de la « deuxième génération ». Comme le rappelle Pierre Guibentif dans son impressionnante étude, deux faits peuvent déjà être invoqués au soutien de cette perception populaire. « D'abord, il débute sa carrière de chercheur, en 1956, à l'*Institut für Sozialforschung* de Francfort-sur-le-Main, et il y travaille jusqu'en 1959. Ensuite, lorsqu'il entre comme professeur à l'université de cette même ville, en 1964, il succède à Max

¹²⁸² *Id.*, p. 373.

¹²⁸³ *Id.*, p. 373.

¹²⁸⁴ M. FRANK, « Préface », *Revue internationale de philosophie*, numéro spécial: Jürgen Habermas, n° 4/1995, p. 405, à la page 406.

¹²⁸⁵ S. HABER, *Jürgen Habermas : une introduction*, Paris, Pocket, 2001, p. 12.

¹²⁸⁶ Voir not. M. HORKHEIMER, « La situation actuelle de la philosophie sociale et les tâches d'un Institut de recherche sociale » (1931), dans *Théorie critique : essais*, trad. Groupe de traduction du Collège de philosophie, Paris, Payot, 1978.

¹²⁸⁷ Voir not. M. JAY, *L'imagination dialectique, l'École de Francfort : 1923-1950* (1973), trad. E.E. Moreno et A. Siquel, Paris, Payot, 1989 ; R. WIGGERSHAUS, *L'école de Francfort* (1986), trad. L. Deroche-Gurcel, Paris, PUF, 1993 ; R. GEUSS, *The Idea of a Critical Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1981 ; J.-M. DURAND-GASSELIN, *L'École de Francfort*, Gallimard, 2012.

Horkheimer, qui vient de prendre sa retraite¹²⁸⁸ ». Sur la base de ses premiers travaux, Habermas sera d'abord jugé naïvement radical par l'influent Horkheimer, qui dirige toujours l'Institut dont, depuis sa réinstallation à Francfort, en 1950 à la suite de son exil américain, il s'efforce de renforcer la légitimité « en l'intégrant de manière constructive à la vie intellectuelle renaissante de la République fédérale¹²⁸⁹ ». La relation entre Habermas et l'École de Francfort s'inversera par la suite :

Les thèses critiques fortes de Horkheimer et Adorno vont bénéficier d'un puissant regain d'intérêt dès la fin des années 1960, au moment où la contestation politique prend de l'ampleur dans le monde occidental. Or, vers cette même époque, Habermas est conduit par ses expériences politiques et par ses recherches à valoriser plus positivement le potentiel démocratique des institutions de la République fédérale allemande et les virtualités du travail universitaire dans la production d'une meilleure connaissance de la société. À la différence des auteurs de *La dialectique de la raison*, dont le diagnostic est globalement négatif, il reconnaît que l'appréciation qu'il fait de son époque est, dès les premières années de sa carrière, « profondément ambivalente »¹²⁹⁰.

À l'origine, l'école francfortoise correspondait à un projet de mise à contribution de l'interdisciplinarité afin d'élaborer une théorie unifiante capable de poser un diagnostic critique sur la réalité sociale. Axel Honneth enseigne que, comme telle, il s'agit d'une tradition qui « n'existe plus depuis bien longtemps¹²⁹¹ ». Il n'empêche qu'on pourrait aujourd'hui parler de TCS pour renvoyer à un certain type de théorie sociale qui partagerait quelque chose avec le programme initial de l'École de Francfort « et peut-être avec la tradition de l'hégélianisme de gauche dans son ensemble¹²⁹² », c'est-à-dire la tradition inaugurée par la critique de la Restauration et de la domination par Ludwig Feuerbach, Max Stirner et Bruno Bauer, notamment. Ce « quelque chose » consisterait en « une certaine forme de critique normative, plus précisément une critique capable d'indiquer l'instance préscientifique à laquelle se rattache son propre point de vue critique, autrement dit un intérêt empirique ou une expérience morale qui possèdent quelque ancrage extrathéorique¹²⁹³ ». C'est l'idée d'une critique de la réalité sociale, d'un diagnostic de ses « pathologies », non pas sur des bases métaphysiques, mais à

¹²⁸⁸ P. GUIBENTIF, *Foucault, Luhmann, Habermas, Bourdieu. Une génération repense le droit*, Paris, LGDJ, 2010, p. 158.

¹²⁸⁹ *Id.*, p. 160.

¹²⁹⁰ *Id.*, p. 160. L'auteur se réfère à J. HABERMAS, « Dialektik der Rationalisierung » [« Dialectique de la rationalisation »], interview avec A. Honneth, E. Knödler-Bunte et A. Widmann, *Ästhetik und Kommunikation*, n° 45/46, octobre 1981, rééd. dans « *Kleine politische Schriften V* » [« *Petits écrits politiques V* »], Francfort, Suhrkamp, 1985, p. 167-208.

¹²⁹¹ A. HONNETH, « La dynamique sociale du mépris. D'où parle une théorie critique de la société ? », dans C. BOUCHINDHOMME et R. ROCHLITZ (dir.), *Habermas, la raison, la critique*, Paris, Cerf, 1996, p. 215, à la page 215.

¹²⁹² *Id.*, p. 216.

¹²⁹³ *Ibid.*

partir du niveau quasi phénoménologique¹²⁹⁴, préscientifique, de la « *Lebenswelt* » – mot traduit souvent par « monde vécu » – de l’expérience quotidienne, ce qui suppose l’idée d’une transcendance « intramondaine » ou, pour tenir de l’oxymore, « immanente¹²⁹⁵ ». C’est en même temps celle d’une critique sociale pluridisciplinaire, autrement dit d’une espèce de « version post-métaphysique de la convergence des savoirs de Leibniz¹²⁹⁶ ». En ce sens, il conviendrait de parler de TCS au sujet du type de théorie sociale dont est justiciable celle de Habermas. Rappelons d’abord que celui-ci propose une approche théorique « au sens où ce terme situe une instance de réflexion où se rejoignent le cognitif et le normatif¹²⁹⁷ », et donc « critique » dans un sens qui s’oppose à une notion large de « positivisme » s’étendant jusqu’à la tradition allemande des sciences dites « de l’esprit » ou « historiques ». Cela est particulièrement manifeste dans *Connaissance et intérêt*, où Habermas finira par associer trois types de connaissance à autant d’« intérêts » correspondant, à leur tour, à trois différents domaines d’activité humaine : (1) sciences de la nature / technique / travail ; (2) sciences historiques / pratique / interaction médiatisée par le langage ; (3) sciences sociales critiques / émancipatoire / domination¹²⁹⁸. Précisons ensuite que Habermas cherchera à situer son point de vue critique dans l’expérience, en l’occurrence communicationnelle, quotidienne. *Connaissance et intérêt* adopte du reste une perspective dont Habermas s’écarte au fur et à mesure que progresse la rédaction définitive de la *Théorie de l’agir communicationnel*¹²⁹⁹. Dans ses travaux plus récents, le philosophe allemand se dit travailler à trois chantiers intellectuels : la théorie de la société, l’éthique de la discussion et la *Diskurstheorie* du droit¹³⁰⁰. Il a pourtant progressivement fait jouer à la troisième le rôle qu’il avait d’abord envisagé d’attribuer à la deuxième¹³⁰¹. Comme nous le verrons, le but que poursuivait Habermas au moyen d’une telle substitution était justement de remonter d’un cran son formalisme éthique, ce qui devait permettre à celui-ci de mieux composer avec ce que Rawls appelle le « fait du pluralisme raisonnable » des sociétés démocratiques et libérales modernes. À partir du milieu des années 1980, et « [p]our une longue période, le droit va devenir non seulement son principal objet de travail, mais l’étude de cet objet va inaugurer un nouveau

¹²⁹⁴ « Quasi », car la théorie critique de la société ne prétend pas que le sens des expériences de la moralité ou de l’immoralité, de la justice ou de l’injustice, soit réservé au philosophe, bien au contraire.

¹²⁹⁵ A. HONNETH, *supra* note 1291, p. 217.

¹²⁹⁶ J.-M. DURAND-GASSELIN, *supra* note 1287, p. 383.

¹²⁹⁷ P. GUIBENTIF, *supra* note 1288, p. 229.

¹²⁹⁸ J. HABERMAS, *Connaissance et intérêt* (1968), trad. G. Cléménçon, Paris, Gallimard, 1976.

¹²⁹⁹ Voir P. GUIBENTIF, *supra* note 1288, p. 193.

¹³⁰⁰ Voir *id.* p. 195.

¹³⁰¹ Voir *id.*, p. 203.

positionnement scientifique, entre le travail en sciences sociales et le travail philosophique¹³⁰² ». C'est donc un formalisme éthique « juridiquement » poussé vers un plus haut degré à la fois d'abstraction et de positivité (*Faktizität*), et non, comme l'écrivait Honneth, l'éthique de la discussion sans contrainte qui, à la suite d'une prise au sérieux, non pas du seul pluralisme, mais aussi du multiculturalisme, dans un soi-disant dépassement de la prétendue impasse du (à notre avis faux) débat entre libéraux et communautariens, contribuera à la réactualisation du « foyer hégélien » de la reconnaissance. Nous aimerions cependant en faire précéder la démonstration d'une remarque de méthode.

Une version antérieure du présent texte se fondait ici principalement sur notre propre lecture des « trois grandes monographies théoriques¹³⁰³ » de Habermas : (1) *Connaissance et intérêt*¹³⁰⁴, (2) *Théorie de l'agir communicationnel*¹³⁰⁵ et (3) *Droit et démocratie*¹³⁰⁶. La parution, en 2010, de l'ouvrage de Pierre Guibentif nous a convaincu de plutôt compter sur celle des experts. Si le principal exposé de la théorie de l'agir communicationnel, par exemple, se trouve bien dans l'ouvrage paru sous ce titre en 1981, il n'empêcherait que, dans la reconstitution de cette théorie, il convienne de tenir compte d'un certain nombre d'autres écrits¹³⁰⁷. Quant à l'éthique de la discussion :

Deux textes lui sont plus particulièrement consacrés : « Notes programmatiques pour fonder en raison une éthique de la discussion », article de 1983 rédigé en hommage à Karl-Otto Apel, et « L'éthique de la discussion : explications », un inventaire bibliographique critique publié en 1991 dans un volume portant, dans l'édition allemande, le même titre : *Erläuterungen zur Diskursethik*¹³⁰⁸. Ces deux textes se présentent cependant comme du travail d'atelier, et non comme rendant compte d'une réflexion aboutie¹³⁰⁹.

Tous les textes n'ont pas été traduits en anglais ou en français dont la prise en compte s'impose à la reconstitution synchronique du modèle habermassien, reconstitution qui, chez Pierre Guibentif, profite d'une fréquentation intime de l'œuvre entière du philosophe francfortois. En tout état de cause, la recomposition synthétique consignée dans ce livre de 2010 nous a paru attribuer à l'œuvre de Habermas de plus grandes cohésion, cohérence et capacité d'éclairage.

¹³⁰² *Id.*, p. 215.

¹³⁰³ *Id.*, p. 193.

¹³⁰⁴ J. HABERMAS, *supra* note 1298.

¹³⁰⁵ J. HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel* (1981), trad. J.-M. Ferry (vol. 1) et J.-L. Schlegel (vol. 2), 2 vol., Paris, Fayard, 1987.

¹³⁰⁶ J. HABERMAS, *Droit et démocratie : entre faits et normes* (1992), trad. R. Rochlitz et C. Bouchindhomme, Paris, Gallimard, 1997.

¹³⁰⁷ Voir P. GUIBENTIF, *supra* note 1288, p. 195-202.

¹³⁰⁸ J. HABERMAS, *De l'éthique de la discussion* (1991), trad. M. Hunyadi, Paris, Flammarion, 1992.

¹³⁰⁹ P. GUIBENTIF, *supra* note 1288, p. 202-203.

Même après le « virage juridique » qui accompagnera son nouveau et plus optimiste diagnostic sur la modernité, Habermas continuera de tabler sur certains acquis de sa théorie de l’agir communicationnel. Son concept d’activité communicationnelle lui est inspiré, dès les textes du début des années 1970, par sa lecture de Ludwig Wittgenstein et – ce qui doit tout particulièrement retenir notre attention ici – de George Herbert Mead¹³¹⁰. Dans toute communication, les interlocuteurs cherchent non seulement à s’entendre sur un objet, mais à se faire reconnaître l’un l’autre comme sujets, autrement dit à se constituer intersubjectivement¹³¹¹. Sur le plan individuel, la notion d’intersubjectivité s’oppose à l’idée d’un sujet qui serait dès l’origine isolément constitué de manière à pouvoir se représenter le monde, et ce pour lui préférer celle d’une subjectivité qui se constitue grâce aux relations avec autrui. Sur le plan sociologique, cette même notion d’intersubjectivité fait jouer la subjectivité contre l’objectivation du social. La communication produirait donc trois choses : (1) des relations interpersonnelles, (2) un « monde partagé » par les personnes parties à la relation et (3) du langage (même si celui-ci est aussi une condition de la communication) :

En même temps, elle n’est possible que s’il existe une certaine expérience partagée (propre à donner un sens aux mots et aux gestes), et une expérience des relations sociales et de l’environnement de celles-ci, réalités qui pourront être invoquées dans la communication. Cette expérience partagée, toujours déjà présente là où s’opère de la communication, et constamment modifiée par la communication, est ce que Habermas désigne par le concept de *Lebenswelt*, et qu’il emprunte à Husserl¹³¹².

Plus tard, à la suite de son « virage juridique », Habermas convoquera la rationalisation juridique progressive d’un tel « consensus d’arrière-plan », hérité de la tradition, comme condition de la communication. Dès maintenant pourtant, le concept habermassien de raison émancipatoire comme instance communicationnelle se comprend à la lumière d’une distinction entre « activité communicationnelle » (du moins en un sens plus strict) et « discussion » (*Diskurs*) :

Déjà dans les premières ébauches de sa théorie, avant d’approfondir l’évolution historique de ces conditions de la communication, Habermas s’intéresse à la différence suivante : entre les situations dans lesquelles la communication s’opère en quelque sorte naturellement, c’est-à-dire sans que le sens des propos ou des gestes fasse problème, et les situations dans lesquelles ce sens est mis en question¹³¹³.

¹³¹⁰ *Id.*, p. 197

¹³¹¹ *Ibid.* L’auteur renvoie à J. HABERMAS, *Sociologie et théorie du langage* (1971/1984), trad. R. Rochlitz, Paris, Armand Colin, 1995, p. 87. Voir aussi J. HABERMAS, « L’individuation par la socialisation. La théorie de la subjectivité de G.H. Mead », dans *La pensée postmétaphysique : essais philosophiques* (1988), trad. R. Rochlitz, Paris, A. Colin, 1993, p. 187-242.

¹³¹² *Ibid.*

¹³¹³ *Id.*, p. 198.

L'activité communicationnelle quotidienne est largement non verbale. En revanche, dès lors que le sens est mis en cause, une situation de discussion s'ensuit, où la communication verbale passe au premier plan. Ainsi que Habermas le rappelait en 2004, « [d]ans l'activité communicationnelle, nous nous comportons d'une certaine manière naïvement, alors que dans la discussion nous échangeons des arguments afin de mettre à l'épreuve des prétentions de validité devenues problématiques¹³¹⁴ ». Bien avant, soit deux ans après la parution de la *Théorie de l'agir communicationnel* alors qu'il commençait d'explorer les conditions de possibilité d'une « reconstruction normative » de la discussion, il avait déjà précisé que :

L'objet [de la discussion] n'est assurément pas de produire des normes légitimées. Il consiste plutôt à tester la validité de normes qui sont proposées ou envisagées à titre d'hypothèse. Il faut donc que les discussions pratiques reçoivent leurs contenus de l'extérieur. Sans l'horizon propre au monde vécu d'un certain groupe social, et sans conflits d'action inhérents à une situation donnée dans laquelle les participants espèrent régler par le consensus une querelle portant sur un problème de société, vouloir mener une discussion pratique ne présenterait aucun intérêt¹³¹⁵.

Ainsi se comprend peut-être mieux la notion de « prétention à la validité » (*Geltungsanspruch*), dont Pierre Guibentif indique qu'elle se trouve dans les travaux de plusieurs auteurs qui ont contribué à la formation intellectuelle de Habermas, parmi lesquels Gadamer¹³¹⁶. Dès le début des années 1970, Habermas distingue trois types de prétention à la validité : (1) la prétention à la vérité, (2) la prétention à la justesse et (3) la prétention à l'authenticité. Or cet « horizon » de la discussion se fera de moins en moins gadamérien pour s'alimenter (ou être appelé à ce faire) de plus en plus au patrimoine juridique moderne, notamment aux droits fondamentaux dérivés du principe d'égalité des personnes humaines.

Se fondant notamment sur Durkheim, Mead et Parsons, Habermas le théoricien de l'agir communicationnel soutient que les trois composantes structurelles de toute *Lebenswelt*, même au sein des sociétés anciennes ou traditionnelles, sont : (1) la culture, (2) la société et (3) la personnalité¹³¹⁷. Sur le plan historique maintenant, et en s'inspirant surtout de Weber, Lukács, et Luhmann, il avance que l'entrée dans la modernité fut marquée par la différenciation, par rapport à la *Lebenswelt*, de deux systèmes, ou « sous-systèmes », le bureaucratique d'abord, puis

¹³¹⁴ J. HABERMAS, *Zwischen Naturalismus und Religion [Entre naturalisme et religion]*, Francfort, Suhrkamp, 2005, extrait traduit et cité par P. GUIBENTIF, *supra* note 1288, p. 189.

¹³¹⁵ J. HABERMAS, *Morale et communication : conscience morale et activité communicationnelle* (1983), trad. C. Bouchindhomme, Paris, Cerf, 1986, p. 125.

¹³¹⁶ Voir P. GUIBENTIF, *supra* note 1288, p. 198.

¹³¹⁷ J. HABERMAS, *supra* note 1305, vol. 2, p. 147 et 152.

l'économique. Pierre Guibentif résume bien que, pour notre théoricien de l'agir communicationnel :

Le développement des administrations étatiques et des économies monétarisées a eu de profonds effets sur l'activité humaine. Ce qui caractérise en effet ces domaines d'activité est que le sens des actions s'y trouve prédéterminé par ce que Habermas appelle, reprenant la terminologie de Talcott Parsons, des médiums de communication généralisés. Dans le système économique, la valeur des actes et des objets est définie par l'argent ; dans le système administratif, la capacité d'action – le pouvoir – de chacun est définie par un ensemble de règlements, et garantie matériellement par des moyens d'action (personnel, outils, etc.). Une action entreprise au sein d'un de ces systèmes [ne] sera vécue que comme mettant en œuvre les finalités du système (obtention d'un gain monétaire ou de pouvoir) et ne pourra prendre un autre sens dans le cadre d'une interaction concrète que de manière secondaire et par référence à son sens systémique. Elle peut donc cesser d'être une activité communicationnelle [, en un sens plus large que celui par lequel une telle activité se distingue d'une discussion,] et mérite d'être qualifiée, pour reprendre une terminologie que Habermas cultive depuis le milieu des années 60 [*sic*], d'« activité instrumentale » (ou « stratégique »). Plus généralement, avec le développement des systèmes, le sens des situations dans lesquelles sont engagées les personnes leur échappe en bonne partie¹³¹⁸.

Les systèmes peuvent remplir efficacement leur fonction de reproduction des conditions matérielles d'existence, dont ils déchargent la *Lebenswelt*, grâce à une mobilisation et à une coordination complexe d'une quantité imposante de ressources diversifiées. Or, sous l'empire des systèmes, l'agir ne vise pas au consensus et à l'intercompréhension, mais se fait instrumentalisant, « stratégique ». Une autre conséquence importante et immédiate de cette différenciation systémique de la communication aurait été l'intensification des besoins discursifs qui, à son tour, aurait favorisé la spécialisation de la discussion au sein de trois différents « domaines » dont la répartition recouperait la catégorisation des prétentions à la validité : (1) la science, où seraient débattues les prétentions à la vérité ; (2) le droit et la morale, où le seraient les prétentions à la justesse ; (3) l'art, où seraient discutées les prétentions à l'authenticité. Cette dernière différenciation aurait permis un développement exceptionnel de la pensée. Ensemble, ces deux pôles de la socialisation moderne que seraient l'agir communicationnel et l'action présidée par les systèmes restitueraient l'« ambivalence de la modernité », et à chacun correspondrait un type d'approches sociologiques différent. Selon qu'il s'agit d'étudier le social « d'en haut » ou « d'en bas », il faudrait adopter, soit une approche telle que le fonctionnalisme, le structuralisme ou le systémisme, soit une approche comme l'herméneutique, l'interactionnisme ou le constructiviste. Au plan épistémologique donc, il ne s'agirait pas de préférer un genre d'approches pour récuser l'autre ni de fondre les deux dans une nouvelle science compréhensive du social. Or, au-delà de l'ambivalence de son diagnostic, Habermas s'inquiète surtout, à ce point de sa trajectoire intellectuelle, de la tendance « pathologique » –

¹³¹⁸ P. GUIBENTIF, *supra* note 1288, p. 200.

selon la terminologie de la TCS – à la « colonisation du monde vécu » par les systèmes¹³¹⁹, si bien qu'il préconisera une systémique éclairée par sa théorie de l'agir communicationnel, autrement dit une forme de sociologie systémique critique.

Un autre acquis de sa théorie de l'agir communicationnel sur lequel pourra compter Habermas dans son effort de reconstruction normative est la notion de « réflexivité », cette conscience accrue, et donc émancipatoire, que générerait la discussion. Celle-ci rationalise la *Lebenswelt*, notamment grâce à l'institutionnalisation de domaines spécialisés :

[L]'existence de telles discussions spécialisées favorise l'apprentissage d'une communication quotidienne rationalisée en ce sens que celle-ci peut, par le rapprochement avec les discussions spécialisées, prendre conscience de sa distance par rapport à la pratique ordinaire, et des types de débats qui peuvent être menés sur celles-ci. Par ailleurs, la différenciation de domaines spécialisés de communication rend matériellement possible ce que l'on peut appeler la réflexivité de la communication. Chaque domaine de spécialisation se présente comme un point de vue à partir duquel apprécier la communication qui se déroule dans les autres domaines : une approche scientifique de la pratique du droit devient possible, de même qu'une discussion normative de la pratique scientifique¹³²⁰.

Enfin, la discussion serait facteur de liaison sociale. Elle permettrait la formation de collectivités « rationnelles ».

La systémique éclairée par la théorie de l'agir communicationnel est une approche inquiète qui cédera de plus en plus à une philosophie, plus optimiste, du « droit ». Pour le moment, Habermas connaît, outre le droit comme composant, avec la morale, un domaine spécialisé de communication, des notions de « droit institution » et de « droit médium ». Celle-ci renvoie au droit en tant qu'il contribue à la constitution des médiums systémiques que sont l'argent et le pouvoir, et dont le mode de légitimité se présente comme formel :

Quant la légitimité d'une norme de droit est mise en cause, il suffit, dans bien des cas, de renvoyer à la réalisation formellement correcte d'une loi, qu'il s'agisse d'un jugement en justice ou d'un acte administratif. Le positivisme juridique a ramené ce processus à la notion d'une légitimité par la procédure, sans voir, certes, que ce mode de légitimation ne se suffit pas à lui-même : il ne fait que renvoyer plus loin, à la nécessité de justifier les pouvoirs publics qui légitiment. Simplement, vu la masse changeante et constamment accrue du droit positif, les ayants droit modernes se contentent, en cas de doute, d'une légitimation à partir de procédures : en effet, dans bien des cas, non seulement une justification matérielle est impossible, mais encore elle n'a pas de sens dans la perspective du monde vécu. C'est vrai de tous les cas où *le droit sert d'instrument pour organiser les sous-systèmes régulés par des médiums*, des sous-systèmes qui par ailleurs sont devenus autonomes par rapport aux contextes normatifs de l'agir orienté vers l'intercompréhension. Sur ce point, la plupart des matériaux juridiques de l'économie, des affaires, de l'entreprise et de l'administration sont significatifs. Le droit s'y combine avec les médiums de l'argent et du pouvoir de telle sorte qu'il assume lui-même une fonction de médium régulateur¹³²¹.

¹³¹⁹ J. HABERMAS, *supra* note 1305, vol. 2, p. 216, 335 et 391.

¹³²⁰ P. GUIBENTIF, *supra* note 1288, p. 207.

¹³²¹ J. HABERMAS, *supra* note 1305, vol. 2, p. 401.

Quant à la notion de « droit institution », elle veut désigner les « institutions du droit », au sujet desquelles Habermas explique ce qui suit :

Par *institutions du droit*, j'entends les normes juridiques qui ne sauraient trouver une légitimation suffisante dans le renvoi positiviste à des procédures. De cet aspect sont typiques les fondements du droit constitutionnel, les principes du droit pénal et de la procédure pénale, ainsi que toutes les réglementations de faits pénaux touchant à la morale (comme le meurtre, l'avortement, le viol, etc.). Dès que la validité de *ces normes-là* est mise en cause dans la pratique courante, le renvoi à leur légalité ne suffit plus. Elles exigent une justification matérielle parce qu'elles appartiennent aux ordres sociaux légitimes du monde vécu lui-même, et qu'elles constituent, avec les normes informelles de l'action, l'arrière-plan de l'agir communicationnel¹³²².

À la différence de Weber, Habermas insiste donc aussi sur la part matérielle de la légitimité du droit moderne, droit qu'il se représente comme une combinaison principes statutaires et de principes de légitimation :

Nous voyons maintenant comment la disjonction entre système et monde vécu est adaptée à cette structure juridique. Le droit appliqué comme médium de régulation se débarrasse de la problématique de la légitimation, et il est relié au corpus juridique, qui nécessite une légitimation de son contenu, uniquement par des procédures formellement correctes. En revanche, les institutions juridiques appartiennent à la composante sociale du monde vécu. Comme les autres normes d'action qui ne sont pas couvertes par le pouvoir de sanctionner de l'État, elles peuvent être moralisées à des occasions données. Des bases de légitimation modifiées ne touchent certes pas directement à l'état des normes juridiques ; mais elles peuvent donner le coup d'envoi pour un changement légal (ou, dans les cas limites, révolutionnaire) du droit existant¹³²³.

Ainsi que le ramasse Pierre Guibentif dans un texte publié en 1989, dans le cadre de la théorie de l'agir communicationnel « [l]a réflexion sur les problèmes de légitimation a conduit Habermas à développer à propos du droit des considérations de deux ordres, les unes concernant les aspects problématiques du développement du droit économique et social, les autres concernant le caractère émancipatoire des principes fondamentaux du droit moderne¹³²⁴ ». À l'image de la modernité dont il procède, le droit moderne est, pour le Habermas de la théorie de l'agir communicationnel, ambivalent, mais, au-delà de ce diagnostic, notre auteur s'inquiète d'une forme particulière de « juridicisation » qu'il considère contribuer à la colonisation du monde vécu. « C'est en effet le développement du droit moderne que Habermas propose comme terrain d'une possible vérification empirique de ses thèses sur la colonisation de la *Lebenswelt* [...]»¹³²⁵. » Le droit moderne serait, dans sa forme actuelle, le produit de quatre poussées successives de juridicisation (*Verrechtlichung*). « Dans cette tendance, nous pouvons distinguer », d'écrire Habermas, « entre l'*extension* du droit, donc entre les normes juridiques mises sur des réalités

¹³²² *Id.*, p. 402.

¹³²³ *Ibid.*

¹³²⁴ P. GUIBENTIF, « Et Habermas ? Le droit dans l'œuvre du Jürgen Habermas. Éléments d'orientation », *Droit et Société. Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, n^{os} 11-12/1980, p. 161-190, à la page 178.

¹³²⁵ *Ibid.*

sociales nouvelles, jusque-là régulées de manière informelle, et la *concentration* du droit, c'est-à-dire la désagrégation, par les spécialistes, des faits juridiques globaux au profit de nouveaux faits particuliers¹³²⁶ ». Ces quatre « poussées » seraient celles de : (1) l'« État bourgeois », qui correspond à notre sens à l'État de droit absolutiste ; (2) l'« État de droit civil-bourgeois », qui correspond à nos yeux à l'État de droit libéral prédémocratique de tradition principalement allemande ; (3) l'« État de droit démocratique », soit l'État de droit à la fois libéral et démocratique ; (4) l'« État de droit social et démocratique », qui correspond à l'État-providence¹³²⁷. Or les effets pathologiques de « réification » – concept que, pour le revisiter bien sûr, Habermas emprunte à Lukács¹³²⁸ – imputables au droit contemporain ne seraient les symptômes que d'un « *genre particulier* » de juridicisation¹³²⁹. Celui-ci n'est pas le simple développement du droit médium. « L'ambivalence de la garantie ou de la perte de liberté ne peut être ramenée à une dialectique entre le droit comme institution et le droit comme médium : en effet, l'alternative entre garantie de liberté et perte de liberté ne se pose que dans la perspective du monde vécu, c'est-à-dire par rapport à des institutions de droit¹³³⁰ ». Le développement du droit médium n'est pathologique que lorsque, intervenant dans la mise en œuvre du droit institution, il s'étend à des domaines socialement structurés par la communication plutôt que par les sous-systèmes bureaucratique ou économique. Habermas prend les exemples du droit social, du droit scolaire et du droit de la famille. L'extension du droit à certaines situations de nécessité ainsi qu'aux sphères de l'école et de la famille « ne signifie pas un réseau plus concentré de réglementations formelles qui existerait de toute façon, mais le complément et le façonnement juridiques d'un contexte d'action communicationnel : ce processus, il va sans dire, n'a pas lieu grâce à l'institution du droit, mais grâce au droit comme médium¹³³¹ ». Or, pour Habermas :

L'extension du droit aux domaines d'action structurés par la communication ne doit pas aller au-delà des principes de l'État de droit à mettre en œuvre, c'est-à-dire de la Constitution *extérieure* que le droit a institutionnalisée [...]. À la place du droit utilisé comme médium doivent intervenir des procédures de règlement des conflits qui soient adaptées aux structures de l'agir orienté vers l'intercompréhension – il s'agirait donc de processus discursifs de formation de la volonté et de procédures de négociation et de décision¹³³².

¹³²⁶ J. HABERMAS, *supra* note 1305, vol. 2, p. 392-393.

¹³²⁷ *Id.*, p. 393-397.

¹³²⁸ G. LUKACS, *Histoire et conscience de classe* (1923), trad. K. Axelos et J. Bois, Paris, Minit, 1960.

¹³²⁹ J. HABERMAS, *supra* note 1305, vol. 2, p. 392.

¹³³⁰ *Id.*, p. 403.

¹³³¹ *Id.*, p. 406.

¹³³² *Id.*, p. 408.

Après que le chantier intellectuel de la théorie de l'agir communicationnel eut débouché sur un projet de sociologie critique, Habermas a exploré les possibilités de traduction de son point de vue normatif « postmétaphysique » dans le langage de la philosophie morale. Il nous semble autorisé de résumer le projet habermassien d'éthique de la discussion comme celui d'une reconstruction formaliste et appuyée scientifiquement d'une tradition remontant à l'éthique classique. Il qualifie sa démarche de « quasi transcendantale », parce qu'elle ouvrirait une voie sûre vers la connaissance, par l'esprit, des conditions de possibilité de sa propre activité. Son éthique de la discussion se veut une reconstruction du point de vue moral sous forme d'explicitation des intuitions morales quotidiennes, ce qui doit éventuellement lui permettre de dégager des exigences morales formelles qui, en pratique, ne sauraient être satisfaites qu'approximativement. Habermas aimerait qualifier de « morales » « toutes celles des intuitions qui nous informent sur la question de savoir comment nous devons nous comporter au mieux afin de contrecarrer *l'extrême vulnérabilité* des personnes, en la protégeant et en l'épargnant¹³³³ ». D'autre part reprend-il de Kant le principe d'universalité des maximes morales, étant entendu qu'il ne pourra toutefois s'agir avec lui que de maximes formelles, non pas matérielles. Voilà qui le conduira à parler plutôt à cet égard d'« universalité ». Ce qui pour notre auteur resterait de l'idée kantienne d'universalité serait l'*intuition* qu'elle exprime, à savoir celle selon laquelle « les normes valables [ou, autrement dit, « valides »] doivent *gagner* la reconnaissance de *toutes* les personnes concernées¹³³⁴ ». Il estime donc qu'une discussion, non pas reproduite dans l'esprit du sujet, mais effective, réelle, entre toutes les personnes concernées, représente le premier critère d'une telle acceptabilité. Partant, il explicite d'abord l'intuition morale par un principe qu'il nomme « D », pour « discussion (effective) ». Selon « D », « seules peuvent prétendre à la validité les normes qui pourraient trouver l'accord de tous les concernés en tant qu'ils participent à une discussion pratique¹³³⁵ ». Si « D » fait dépendre généralement la validité normative de la tenue d'une discussion effective, il ne contient pas, au-delà de l'exigence de la participation de toutes les personnes concernées à la discussion puis à un accord, de prescriptions relatives à la manière dont une telle discussion doit produire un tel accord, d'où la formulation d'un second principe, soit « U », comme dans « universalisation ». Ce second principe, qui tient le rôle d'une « règle » de discussion, veut condenser les structures normatives de tout échange langagier

¹³³³ J. HABERMAS, *supra* note 1308, p. 19.

¹³³⁴ *Id.*, p. 86.

¹³³⁵ *Id.*, p. 17.

qu'une démarche d'induction empirique permettrait de dégager. Il vient, à l'instar de la PO rawlsienne, intégrer certains acquis du conséquentialisme en précisant les conditions dans lesquelles doit avoir lieu l'universalisation. Suivant « U », « dans le cas de normes valides, les conséquences et les effets secondaires de leur application généralisée sur la satisfaction des intérêts de tout un chacun, autant que l'on puisse les prévoir, doivent pouvoir être acceptés par tous sans contrainte¹³³⁶ ». Comme l'explique encore bien Pierre Guibentif :

Une conséquence du principe d'universalisation est que, dans la discussion des conséquences possibles de la règle, un argument aura d'autant plus de poids qu'il est propre à être accepté par tous. [...] Surgit ainsi un motif inspiré en particulier par les échanges avec Apel : celui de « communauté idéale de communication ». Le principe d'universalisation exigerait des interlocuteurs qu'en discutant ils convoquent une audience [*sic*] virtuelle aussi étendue que possible, donc une audience susceptible de soulever les arguments les plus divers, et qu'ils argumentent en fonction de ceux-ci. Cette convocation d'une audience virtuelle peut être qualifiée d'« idéalisation ». Une autre idéalisation est celle qui consiste, conformément au principe selon lequel les arguments doivent être acceptés sans contrainte ni manipulation, à admettre que l'autre s'adresse à moi comme à un interlocuteur capable de se former souverainement sa propre opinion. Ces idéalizations composent ensemble une idée de la discussion qui viendrait nécessairement se superposer à la réalité actuelle de celle-ci. [...] La discussion, dans laquelle on ne s'engagerait pas sans en avoir une notion idéale, et qui est menée selon des règles implicites, génère de multiples expériences normatives. La situation idéale de communication convoquée implicitement équivaut à un complexe de normes qui s'ancrent d'autant plus dans notre expérience que nous persévérons dans la discussion. À chaque moment du débat, nous éprouvons les contraintes que supposent les règles implicites de l'argumentation et, par le fait même de poursuivre l'argumentation ou de prendre connaissance de celle de notre interlocuteur, nous reconnaissons ces contraintes comme des normes ; ou, plus précisément : nous faisons de nous-mêmes l'expérience d'être des interlocuteurs qui se soumettent à des normes¹³³⁷.

Nous y voilà. La reconstruction habermassienne du point de vue kantien porte la trace de l'influence de Mead et, à travers ce dernier, de Hegel qui, à son tour, doit beaucoup plus à Fichte que ne l'admet l'opinion répandue. Dans la discussion, ce ne sont pas que des normes qui sont reconnues, mais aussi des interlocuteurs qui, ainsi, sont constitués l'un par l'autre (ou l'un par les autres) comme sujets moraux. C'est parce qu'elle serait aussi apprentissage que la discussion est tenue par Habermas pour une force de rationalisation émancipatoire. Or cet apprentissage s'entendrait notamment d'une reconnaissance intersubjective, ce qui, dès lors, nous semble devoir approfondir la compréhension de la manière dont la discussion pourrait effectivement être un facteur de liaison sociale « rationnelle ».

Dans ses travaux exploratoires relatifs à une éthique de la discussion, Habermas a été appelé à admettre que la discussion puisse porter sur la vie « bonne » ou « réussie » d'individus donnés. Une fois admise une telle possibilité, il lui fallait apparemment – nécessité dont nous doutons – envisager celle de « discussions éthicopolitiques » relatives à une identité

¹³³⁶ *Id.*, p. 17.

¹³³⁷ P. GUIBENTIF, *supra* note 1288, p. 210-211.

collective¹³³⁸. Or, comme l'indique Pierre Guibentif, « [u]n tel type de discussion pose cependant un problème que Habermas, ici, ne fait encore que mentionner en passant : cette discussion sur l'identité collective doit se faire de telle manière que soit préservée la « multitude des projets de vie individuels »¹³³⁹ ». C'est l'effort de résolution de ce problème qui amènera Habermas à insister de plus en plus sur le rôle de l'institutionnalisation de règles susceptibles de favoriser la discussion, et donc de moins en moins sur celui d'un « consensus d'arrière-plan » comme conditions de possibilité d'expériences réussies de communication. Il en résultera une forte tendance, dans son œuvre, à la substitution d'une philosophie du droit au projet d'une éthique de la discussion ainsi que, en dernière analyse, à celui d'une sociologie critique :

Dans les années qui suivent, la question du pluralisme des formes de vie va prendre une importance croissante. [...] Le pluralisme est d'abord simplement constaté, puis accueilli comme une évolution positive [...] et rattaché aussi bien à la croissante individualisation des projets de vie qu'au brassage des cultures induit par les migrations. Dans ces conditions, l'existence d'un « consensus d'arrière-plan » devient de plus en plus improbable. Les discussions requises pour traiter les questions normatives se posant à une société caractérisée par ce pluralisme ne peuvent plus compter sur un fond assez consistant d'expériences de vie partagées, une *Lebenswelt* commune, et doivent donc, de plus en plus, prendre appui sur des mécanismes institutionnels. D'où l'importance croissante que Habermas accorde au droit comme structure des débats publics [...]. Dans un tel contexte, cependant, la virtualité du cadre institutionnel ne saurait plus guère permettre de créer une collectivité pouvant être qualifiée de communauté. En revanche, le débat pourrait, d'une part, favoriser le développement d'un lien social d'une nature très spécifique entre les différents membres des vastes collectivités que composent les habitants de nos États, les destinataires de nos lois : ce que Habermas appellera quelques années plus tard la « solidarité citoyenne » [...]. D'autre part, il pourrait permettre aux individus et aux communautés impliqués dans des discussions publiques de prendre une conscience pour ainsi dire décentrée de leurs identités respectives et de la pluralité de celles-ci, donc la conscience d'être des « nous » parmi « d'autres », et de participer à un « nous complexe ». Dans une telle perspective, on devrait admettre un type spécifique de débat « éthique », qui porte sur les questions d'identité, sans viser un consensus sur une identité unique, mais sur des modes de coexistence réfléchies [*sic*] entre différentes identités, elles-mêmes repensées¹³⁴⁰.

Mais en quoi le droit peut-il ici valoir à un titre autre que celui d'expédient ? D'abord en ce que le positivisme juridique fait en sorte que le droit n'ose plus prétendre se fonder autrement que sur des raisons proprement humaines, le droit moderne s'astreignant lui-même à l'impératif d'une légitimité à la fois « postmétaphysique » et « matérielle », précisément au sens d'une légitimité irréductible à la légitimité « formelle » au sens wébérien du terme, où celui-ci renvoie finalement au principe de légalité. « Dans les conditions d'une conception postmétaphysique du monde, n'est considéré comme légitime que le droit issu de la formation de l'opinion et de la volonté au moyen de la discussion entre citoyens égaux en droit¹³⁴¹. » C'est donc dire que, si le

¹³³⁸ J. HABERMAS, *supra* note 1308, p. 117-118.

¹³³⁹ P. GUIBENTIF, *supra* note 1288, p. 213.

¹³⁴⁰ *Id.*, p. 214.

¹³⁴¹ J. HABERMAS, *supra* note 1306, p. 436.

droit moderne vaut ici autrement que comme expédient, c'est aussi dans la mesure où il peut être compris comme institutionnalisant, de manière non idéale par définition, l'éthique de la discussion. Dans la *Théorie de l'agir communicationnel*, Habermas avait déjà tenu à préciser que :

les institutions du droit n'ont pas de force *constitutive*, mais uniquement *régulatrice*. Elles sont insérées dans un contexte politico-culturel et social plus vaste, elles se situent en continuité par rapport à des normes éthiques et façonnent les domaines d'action structurés par la communication ; au domaine d'action déjà constitué de manière informelle, elles donnent une forme obligatoire, soumise à des sanctions de la part de l'État¹³⁴².

Après le tournant juridique de l'œuvre de Habermas, un principe démocratique s'y substitue aux principes moraux « D » et « U », et « [d]ans la fondation des règles juridiques, le principe démocratique diffère du principe moral dans la mesure où l'argumentation fait place à la fois à des considérations pragmatiques, éthiques et morales¹³⁴³ ».

Ce sont plus précisément les droits constitutionnels fondamentaux qui sont alors réinterprétés comme institutionnalisation de la discussion. Outre celui de toute personne concernée de participer à la discussion, ils comprennent celui de s'en retirer¹³⁴⁴. C'est dans cette double perspective que devraient être compris tous les droits fondamentaux dont, sur un autre plan, Habermas distingue précisément cinq types : (1) droits, égaux pour tous, à la plus grande liberté subjective d'action possible ; (2) droits relatifs au statut de membre volontaire d'une société ; (3) droits à la protection juridique individuelle, soit à une sphère d'autonomie privée ; (4) droits égaux de participation au processus de formation de la volonté politique, soit à l'exercice de l'autonomie publique ; (5) droits à des « conditions de vie qui soient assurées aux niveaux social, technique et écologique, dans la mesure où cela peut s'avérer nécessaire, dans des conditions données, à la jouissance à égalité de chance des droits civiques [énumérés de (1) à (4)]¹³⁴⁵ ». Le philosophe prétend ainsi penser ensemble ce qui aurait traditionnellement été conçu de manière problématiquement séparée. Une telle relecture des droits constitutionnels fondamentaux est censée militer en faveur d'une conception formaliste – à la kelsénienne même si Habermas semble l'ignorer – de la justice constitutionnelle¹³⁴⁶. Outre son surcroît de

¹³⁴² J. HABERMAS, *supra* note 1305, vol. 2, p. 402.

¹³⁴³ S. BERNATCHEZ, « Droit et justice constitutionnelle de Habermas à Luhmann », (2006) 21 *Revue canadienne droit et société* 113, p. 116.

¹³⁴⁴ J. HABERMAS, *supra* note 1306, p. 137.

¹³⁴⁵ *Id.*, p. 139-140.

¹³⁴⁶ *Id.*, chap. vi : « Justice et législation : rôle et légitimité de la justice constitutionnelle ». Voir aussi : J. HABERMAS, *supra* note 1253 ; S. BERNATCHEZ, *supra* note 1343.

formalisme éthique et sa légitimité d'ensemble, l'effectivité du droit moderne serait à même de remédier à certaines lacunes de la discussion sans contraintes. Par définition, celle-ci peut être infinie. Qui plus est, à sa différence, la discussion juridique a lieu dans la perspective de la mise en œuvre des décisions, dont le droit représenterait le meilleur instrument qui à la disposition d'une société démocratique¹³⁴⁷. Ainsi conçu, le droit deviendrait « le *medium* qui permet au pouvoir fondé sur la communication de se transformer en pouvoir administratif », et l'idée d'État de droit, « l'exigence de lier le système administratif régulé par le code du pouvoir à un pouvoir législatif fondé sur la communication¹³⁴⁸ ». Devant la prétendue insuffisance de la démocratie représentative et l'impossibilité de la démocratie directe, Habermas entreprend de refonder la démocratie dans le sens d'une démocratie *radicale* mettant à contribution un État de droit « théoriquement reconstruit ».

Le mot de « droit » renvoie à de nombreuses idées différentes chez le Habermas d'après le tournant juridique. Le théoricien de l'agir communicationnel connaissait déjà, en sus du (1) droit comme composant, avec la morale, un domaine spécialisé de communication, des notions de (2) « droit institution » et de (3) « droit médium ». Le philosophe du droit continuera, pour y insister même, de considérer celui-ci comme un dispositif institutionnel (par opposition à un consensus d'arrière-plan) réduisant le risque de désaccord dans les situations discursives au sein des sociétés complexes et générant des expériences partagées constitutives de lien social rationnel. L'accentuation du droit institution s'accompagnera de la thèse selon laquelle le droit doit agir à la manière d'un canal d'écluses entre les systèmes et l'activité communicationnelle, notamment au moyen de bonnes procédures législatives, administratives et judiciaires, présidées par le principe des droits fondamentaux. Ainsi, ce seraient non seulement les systèmes qui structureraient et limiteraient l'action communicationnelle, mais aussi celle-ci qui pourrait conditionner le fonctionnement de ceux-là¹³⁴⁹. Dans *Droit et démocratie*, l'activité communicationnelle interne au droit comme domaine spécialisé est aussi « reconstruite » sous la forme d'une « *Diskurstheorie* du droit », d'une « éthique de la discussion juridique ». Il s'agit d'une espèce de théorie du droit, voire de la décision de justice constitutionnelle, en partie descriptive, en partie normative, qui veut à la fois adopter une perspective interne au droit

¹³⁴⁷ *Id.*, p. 51-52.

¹³⁴⁸ *Id.*, p. 169.

¹³⁴⁹ *Id.*, p. 359.

comme discipline et rendre raison de l'ouverture de celui-ci sur la *Lebenswelt*¹³⁵⁰. Dans les mots de Pierre Guibentif, la *Diskurstheorie* du droit se veut « une approche du droit par l'intérieur, mais orientée par un concept de discussion propre à assurer à la fois la reconstitution précise de la logique juridique, tout particulièrement celle du raisonnement judiciaire, et la prise en compte des enjeux sociétaux des débats juridiques, en particulier les débats sur les droits fondamentaux, dans le domaine constitutionnel¹³⁵¹ ». Cette approche interne sera complétée par une approche externe de type « droit et société » s'intéressant au rôle du droit dans la satisfaction des attentes normatives des citoyens¹³⁵², l'objectif étant de défendre au final une double perspective¹³⁵³. Tout comme avec la science sociale au début de sa carrière, Habermas veut ici, avec le droit, rapprocher un domaine de spécialisation de l'expérience quotidienne, rapprochement au terme duquel les deux univers devront avoir quelque peu déteint sur l'un sur l'autre. Voilà à nos yeux le sens de ce « paradigme » juridique « procéduraliste » que finira par promouvoir Habermas. Un tel paradigme, qui prétend transcender l'opposition entre les paradigmes libéral et providentialiste, ne fait pas que viser à la conversion du pouvoir communicationnel en pouvoir administratif ; il correspond tout autant à « une conception du droit basée sur une notion exigeante des effets de la forme juridique sur toute discussion, et qui cherche à tirer le mieux possible parti du droit en tant que générateur, dans les procédures, de lien social¹³⁵⁴ ». Ainsi que le souhaite par conséquent Habermas, « [s]'imposant lentement, la participation politique crée, au moyen de la citoyenneté, un niveau inédit de *solidarité* fondée sur le droit [...]»¹³⁵⁵. » Voilà donc comment, au-delà de ce qui précède, le paradigme procéduraliste comprendrait également une notion de droit comme partie de l'espace public. Au sujet de celui-ci, Habermas, dans *Droit et démocratie*, soutient ce qui suit :

Dans les sociétés complexes, l'espace public constitue une structure intermédiaire qui fait figure de médiateur entre, d'un côté, le système politique et, de l'autre, les secteurs privés du monde vécu et les systèmes fonctionnellement spécifiés. C'est un tissu d'une grande complexité, ramifié en une multiplicité d'arènes qui se chevauchent, aussi bien internationales que nationales, régionales, municipales ou subculturelles ; articulé, sur le fond, suivant des points de vue fonctionnels, des thèmes centraux, des secteurs politiques, générateurs d'espaces publics plus ou moins spécialisés, mais encore accessibles à un public de profanes [...] ; différencié en niveaux en fonction de la densité de la communication, de la complexité de l'organisation et de l'ampleur du rayon d'action,

¹³⁵⁰ *Id.*, chap. iii à vii.

¹³⁵¹ P. GUIBENTIF, *supra* note 1288, p. 221-222.

¹³⁵² J. HABERMAS, *supra* note 1306, chap. vii et viii.

¹³⁵³ *Id.*, chap. ix.

¹³⁵⁴ P. GUIBENTIF, *supra* note 1288, p. 226-227.

¹³⁵⁵ J. HABERMAS, « L'État-nation européen. Passé et avenir de la souveraineté et de la citoyenneté », dans *L'intégration républicaine. Essais de théorie politique* (1996), trad. R. Rochlitz, Paris, Fayard, 1998, p. 95-119, à la page 102.

allant de l'espace public *épisodique* du bistrot, des cafés et des rues, jusqu'à l'espace public *abstrait* créé par les mass media et composés de lecteurs, d'auditeurs et de spectateurs à la fois isolés et globalement dispersés, en passant par l'espace public *organisé*, en présence des participants [...]¹³⁵⁶.

Selon Pierre Guibentif, la prise en compte du droit permettrait « de différencier, dans l'univers pratiquement impossible à délimiter de l'espace public tel que défini ci-dessus, un ensemble plus spécifique de communications, celles ayant pour objet le droit, et surtout la Constitution de l'entité politique à laquelle les personnes participant à ces communications se savent rattachés [*sic*]¹³⁵⁷ ». D'une part, les discussions juridiques institutionnalisées et spécialisées devraient recevoir de l'espace public leurs « impulsions ». Il s'agirait là d'une tendance observable dans les transformations en cours de la régulation juridique, qui apparaîtrait telle une semi-institutionnalisation de la discussion en ce qu'elle ferait intervenir de plus en plus la consultation, la négociation, l'autogestion, etc. D'autre part, un tel rapprochement s'accompagnerait d'une rationalisation l'espace public (par le droit). Autrement dit, ce serait certes dans la réflexivité inhérente à l'expérience communicationnelle discursive telle que celle-ci se produit en dehors du cadre institutionnel que les citoyens feraient l'apprentissage d'eux-mêmes dans la reconnaissance et que se formerait une volonté politique rationnelle, mais le droit moderne se répercuterait dans l'espace public telle une condition de possibilité et de développement d'une telle expérience.

Comme nous l'avons annoncé, la prise au sérieux de la problématique du multiculturalisme verra par la suite le formalisme éthique « juridicisé » de Habermas concourir encore davantage à la réactualisation du « foyer hégélien » de la reconnaissance. Pierre Guibentif fait observer que depuis 1992 les travaux de notre philosophe consistent pour l'essentiel en des applications des catégories et thèses élaborées principalement dans *Théorie de l'agir communicationnel* ainsi que dans *Droit et démocratie* à des « questions politiques concrètes¹³⁵⁸ ». C'est à ce titre qu'y figure celle du multiculturalisme. Or cette dernière période a aussi, exceptionnellement, vu Habermas forger un concept nouveau, mais facilement dérivable à partir de l'appareil théorique existant, soit celui de « solidarité citoyenne », ou « solidarité

¹³⁵⁶ J. HABERMAS, *supra* note 1306, p. 401.

¹³⁵⁷ P. GUIBENTIF, *supra* note 1288, p. 235.

¹³⁵⁸ *Id.*, p. 230.

civique », dont ce même commentateur¹³⁵⁹ indique qu'il trouve sa formulation définitive dans un texte de 1998, plus particulièrement dans les passages suivants :

La conscience nationale apporte à l'État territorial, constitué dans les formes du droit moderne, le substrat culturel qui lui assure la solidarité citoyenne¹³⁶⁰.

Depuis l'époque de la Révolution française et de la Révolution américaine [...] la communauté est [...] limitée par l'universalisme égalitaire ; celui-ci est fondé sur l'idée intuitive d'une inclusion de l'autre, ce dernier disposant des mêmes droits que nous. C'est ce qu'illustrent aujourd'hui les défis que représentent le 'multiculturalisme' et l'individualisme'. L'un et l'autre nous obligent à rompre la symbiose que l'État constitutionnel a formée avec la 'nation' en tant que communauté d'origine, cela afin que la solidarité citoyenne puisse se régénérer au niveau plus abstrait d'un universalisme sensible aux différences¹³⁶¹.

Justement, la solidarité citoyenne s'entendrait d'un lien de reconnaissance réciproque du statut d'individu (autonome, donc libre et responsable) ainsi que des cultures d'appartenance¹³⁶². La « communication citoyenne » au sein d'une composante juridique de l'espace public doit générer de la solidarité citoyenne, la discussion juridique étant génératrice de lien social par la reconnaissance réciproque des interlocuteurs à titre de sujets¹³⁶³. Là veut résider le sens de l'expression habermassienne de « solidarité citoyenne médiatisée par le droit » qui, d'après la lecture de Pierre Guibentif, pourrait renvoyer aux trois catégories de phénomènes suivantes :

– D'abord, des relations sociales de discussion qui se définissent par un thème défini en fonction d'un état du droit positif ; le droit, donc, objet médiateur au sens où la discussion se déroule pour ainsi dire à travers lui. – Ensuite, des relations sociales de discussion dans lesquelles les rôles des interlocuteurs s'inspirent de leur statut juridique. Certes, une discussion spontanée entre citoyens ne se déroule pas « entre égaux » *parce que* le droit impose une telle égalité. Le sens que celle-ci pourrait revêtir précisément dans des contextes non formalisés ne se laisserait d'ailleurs pas aisément déterminer. C'est bien plutôt que les notions juridiques fournissent des références sur la base desquelles peuvent être qualifiées, sans effet contraignant, les expériences actuelles de communication informelle. Ici, l'on peut parler de médiation au sens où les catégories juridiques s'interposent entre l'expérience immédiate et son interprétation. – Enfin, les expériences de solidarité citoyenne peuvent surgir dans des contextes structurés par le droit : rencontres dans le cadre de l'exercice de droits de citoyenneté, ou dans le cadre de l'accomplissement d'obligations juridiques envers des tiers ou envers l'État. Ici, on parlera de médiation par le droit au sens où la pratique du droit est le milieu où s'établit une relation sociale¹³⁶⁴.

C'est cette « solidarité citoyenne médiatisée par le droit » qui est censée permettre jusqu'aux sociétés multiculturelles de passer entre ces Charybde et Scylla du collectivisme et de la désolidarisation. Or, chez Habermas, l'articulation de cette forme juridiquement civique de solidarité vient épouser les contours d'une théorisation plus ancienne, celle du « ». Ainsi que le relate Sophie Heine :

¹³⁵⁹ *Id.*, p. 231.

¹³⁶⁰ J. HABERMAS, « La constellation postnationale et l'avenir de la démocratie », dans *Après l'État-nation. Une nouvelle constellation politique* (1998), trad. R. Rochlitz, Paris, Fayard, 2000, p. 43-124, à la page 52.

¹³⁶¹ *Id.*, p. 83.

¹³⁶² *Id.*, p. 66 ; « Pourquoi l'Europe a-t-elle besoin d'une Constitution ? » (2001), dans *De l'usage public des idées. Écrits politiques 1990-2000*, trad. C. Bouchindhomme, Paris, Fayard, 2005, p. 225-258.

¹³⁶³ Voir P. GUIBENTIF, *supra* note 1288, p. 237, où l'auteur traduit et cite en plus un extrait de J. HABERMAS, *supra* note 1314, p. 25, où il est à cet égard question de la « force mystérieuse de l'intersubjectivité ».

¹³⁶⁴ *Id.*, p. 240.

Le concept de « patriotisme constitutionnel » (*Verfassungspatriotismus*) avait déjà été formulé par le publiciste Dolf Sternberger en 1979, dans un éditorial du *Frankfurter Allgemeine Zeitung* consacré au trentième anniversaire de la Loi Fondamentale allemande. Étant donné le passé national-socialiste et le contexte de partition de l'Allemagne, Sternberger proposait de substituer au sentiment national classique un attachement aux principes et aux droits contenus dans la Constitution allemande. Toutefois, c'est véritablement Habermas dans les années 1980 qui théorisa le mieux ce concept au cours de la désormais célèbre « querelle des historiens ». Face à l'entreprise de banalisation de la période nazie par plusieurs historiens allemands, qui visait à faciliter le retour à une identité nationale traditionnelle, il développa une vision réflexive du rapport au passé se fondant sur l'optique « postnationale » du patriotisme constitutionnel¹³⁶⁵.

Comme politique, le multiculturalisme pourrait donc être déduit du « droit », qui serait reconnaissance. Le virage juridique de Habermas le rapprochera finalement beaucoup de Fichte et de Hegel que de Kant sur la question du rapport du droit à la morale. Il reviendra à Axel Honneth d'approfondir l'intuition recognitive habermassienne. La déception d'attentes de reconnaissance intersubjectivement constituées interviendra notamment chez lui en guise d'explication d'une thèse habermassienne qui l'aura laissé sceptique, soit celle selon laquelle, « [c]haque fois qu'il se mobilise, les structures sur lesquelles s'appuie véritablement l'autorité d'un public qui prend position commencent à vibrer¹³⁶⁶ ». Pour le moment, il convient de remarquer comment, au final, Habermas souhaite, au moyen du « droit », rationaliser la *Lebenswelt*, ce « monde vécu » qui correspond sans doute à un large segment de la société civile et des multiples cultures qui la composent. À l'occasion de son débat avec Habermas, Rawls pourra donc préciser que, quant à elle, « [j]ustice as fairness as a political doctrine wants no part of any such comprehensive account of the form and structural presuppositions of thought and action. Rather, as I have said, it aims to leave these doctrines as they are and criticizes them only so far as they are unreasonable, politically speaking¹³⁶⁷ ». Si l'on peut douter du pluralisme de Habermas, on le peut aussi de son multiculturalisme. On le peut assurément davantage que si, plutôt que substituer progressivement le droit au « consensus d'arrière-plan » comme condition de possibilité d'une discussion réussie pour ensuite lui assigner la tâche de rationaliser le « monde vécu » par le truchement de l'espace public, Habermas, tout en reconnaissant le principe des droits fondamentaux de la personne individuelle comme fondement et limite, avait conservé les moyens d'une véritable prise au sérieux la thèse de Avishai Margalit et Joseph

¹³⁶⁵ S. HEINE, « Patriotisme constitutionnel » (2007), dans V. BOURDEAU et R. MERRILL (dir.), *DicoPo. Dictionnaire de théorie politique*, en ligne : <http://www.dicopo.fr/spip.php?article94> Voir aussi J. HABERMAS, *supra* note 1360, p. 68 ; *Die nachholende Revolution [Une Révolution de rattrapage]*, Francfort, Suhrkamp, 1990, « *Kleine politische Schriften VII* » [« *Petits écrits politiques VII* »], p. 149-156.

¹³⁶⁶ J. HABERMAS, *supra* note 1306, p. 406.

¹³⁶⁷ J. RAWLS, *supra* note 1253, p. 179.

Raz selon laquelle : « *Familiarity with a culture determines the boundaries of the imaginable. Sharing in a culture, being part of it, determines the limits of the feasible*¹³⁶⁸. » Nous verrons à l'instant que, contrairement à Habermas qui convoque avant tout la rationalisation juridico-communicationnelle prétendument émancipatoire des cultures nationales, Will Kymlicka milite en faveur d'une plus grande équité dans la répartition de la capacité politicojuridique d'édification nationale. Juste avant de ce faire, précisons que les limites du pluralisme de Habermas sont inhérentes à son universalisme :

This universalistic focus has been the target of numerous attacks, but it is motivated by a profound distrust for German tradition, stemming from the defining experience of this generation's coming of age. Habermas has described how, on learning as a sixteen-year-old the full scope of the atrocities committed by Germans during the war:

I knew that, despite everything, we would live on in the anxiety of regression, that we would have to carry on in that anxiety. Since then I have cast about, sometimes here, sometimes there, for traces of a reason that unites without effacing separation, that binds without denying difference, that points out the common and the shared among strangers, without depriving the other of otherness¹³⁶⁹.

Section 3. Kymlicka : la théorisation du culturalisme libéral

Will Kymlicka explique que, en parlant de « culture » au sens large de « civilisation », on désignera presque toutes les sociétés modernes comme partageant une même culture. Si à l'inverse on s'en tient avec la plus stricte rigueur au concept de « culture » tel que l'entendent les sciences sociales, alors pratiquement tous les États paraîtront multiculturels¹³⁷⁰. Il serait néanmoins possible d'identifier des problèmes singuliers qui se posent, non pas à tous les États ou associations d'États, mais à certains d'entre eux seulement, en raison de la présence en leur sein d'un type particulier de pluralité culturelle, en l'occurrence celle de « cultures sociétales ». Kymlicka qualifie de « sociétales » ces cultures offrant à leurs membres « des modes de vie, porteurs de sens, qui modulent l'ensemble des activités humaines, au niveau de la société, de l'éducation, de la religion, des loisirs et de la vie économique, dans les sphères publique et privée¹³⁷¹ ». Il ajoute que de telles cultures « tendent à être territorialement concentrées et

¹³⁶⁸ A. MARGALIT et J. RAZ, « National Self-Determination » (1990), rééd. dans J. RAZ, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, New York, Clarendon Press, 1994, p. 110-130, à la page 119.

¹³⁶⁹ J. ANDERSON, « Situating Axel Honneth in the Frankfurt School Tradition », dans D. PETHERBRIDGE (dir.), *Axel Honneth: Critical Essays*, Leiden/Boston, Brill, 2011, p. 31-57, à la page 42, citant J. HABERMAS, *The Past as Future: Interviews with Michael Haller*, trad. et prés. par M. Pensky, Lincoln, University of Nebraska Press, 1994, p. 119-120.

¹³⁷⁰ W. KYMLICKA, *La citoyenneté multiculturelle : une théorie libérale du droit des minorités* (1995), trad. P. Savidan, Montréal/Paris, Boréal/La Découverte, 2001, p. 34.

¹³⁷¹ *Id.*, p. 115.

fondées sur une communauté linguistique¹³⁷² ». Il précise enfin qu'elles « ne renvoient pas simplement à une mémoire ou à des valeurs partagées, mais comprennent en outre des institutions et des pratiques communes¹³⁷³ ». L'idée de culture sociétale permettrait de distinguer la « multinationalité » de certaines autres situations de « multiculturalité », dont la « polyethnicité ». À la différence de ceux des « groupes ethniques » issus pour la plupart de l'immigration, les membres des minorités nationales partagent une culture sociétale qui diffère de celle du groupe majoritaire¹³⁷⁴. Dans le contexte d'un État multinational, la position de force dans laquelle se trouve la culture sociétale majoritaire, qui de ce fait devient une culture dominante une fois déboulonné le mythe d'une possible neutralité ethnoculturelle de l'État¹³⁷⁵, peut compromettre la viabilité des cultures sociétales minoritaires et, partant, la liberté de leurs membres, en sorte que c'est jusqu'à la stabilité de l'État qui peut être aussi compromise. Les minorités nationales réagiraient généralement à cette menace en consolidant leur culture et par des revendications d'autonomie politique¹³⁷⁶.

C'est dans le sillage de Joseph Raz, qui fut un des premiers à démontrer qu'on pouvait être multiculturaliste sans prendre le parti des communautariens contre les libéraux – et dont il inscrit expressément les travaux sur la question dans un rapport de complémentarité mutuelle avec les siens¹³⁷⁷ –, que Kymlicka propose une théorie *libérale* des « droits » des minorités. À la différence de Raz cependant, Kymlicka n'emploie pas le terme de « droits » (*rights*) au sens juspositiviste et technique de la théorie des sources formelles du droit¹³⁷⁸. Kymlicka veut pouvoir tableur sur la *tolérance*, l'*égalité*, la *justice sociale* et la *liberté individuelle* comme valeurs

¹³⁷² *Ibid.*

¹³⁷³ *Ibid.*

¹³⁷⁴ Par la suite, Kymlicka sera appelé à ajuster quelque peu son modèle de manière à pouvoir tenir compte de la situation de groupes qui jusqu'alors échappaient à celui-ci, dont les Roms. Voir not. W. KYMLICKA, « Multiculturalism and Minority Rights: West and East », *Journal of Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, n° 4, 2002, p. 1-25.

¹³⁷⁵ Voir W. KYMLICKA, « Liberal Theories of Multiculturalism », dans L.H. MEYER, S.L. PAULSON et T.W. PODGE (dir.), *Rights, Culture, and the Law: Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 229-250, à la page 237, où l'auteur soutient que « *the idea that liberal-democratic states (or 'civic nations') are ethnoculturally neutral is manifestly false, both historically and conceptually* ».

¹³⁷⁶ W. KYMLICKA, *supra* note 1370, p. 119.

¹³⁷⁷ W. KYMLICKA, *supra* note 1375, aux pages 231 et 245, où l'auteur écrit ce qui suit : « *So most or all of what Raz says regarding the substantive rights of immigrants and national minorities is consistent with the sort of model I am advancing. His account can be seen as putting flesh on the skeletal framework that I have outlined; conversely, my framework can be seen as providing further support for his substantive claims about the legitimate claims of immigrants and national minorities.* »

¹³⁷⁸ *Id.*, p. 229, note 1 : « *I should emphasize that many of the measures that I am describing as 'minority rights' are not 'rights' in Joseph Raz's technical sense.* »

fondamentales au sein de la tradition libérale, dont il admet du reste qu'elle est marquée par une « étonnante diversité de perspectives » qui, « pour la plupart d'entre elles, ont été affectées par les contingences historiques et les exigences politiques¹³⁷⁹ ». Le libéralisme, comme tradition de pensée politique, serait capable, sans aucunement se trahir, bien au contraire, mais à l'intérieur de certaines limites, de satisfaire tant aux revendications des membres des minorités nationales qu'à celles des membres des groupes ethniques. Le philosophe canadien entend plus précisément trouver « un fondement libéral à un large éventail de droits à l'autonomie gouvernementale pour les minorités nationales et de droits polyethniques pour les groupes ethniques¹³⁸⁰ ».

Au sujet de ces derniers groupes issus de l'immigration, Kymlicka rappelle que leurs membres ont laissé dans leur pays d'origine leur culture sociétale¹³⁸¹ pour n'apporter avec eux que « leur langue et leurs récits historiques¹³⁸² ». Leur « spécificité, qui se manifeste essentiellement dans leur vie de famille et au sein des associations auxquelles ils adhèrent, ne s'oppose pas à leur intégration institutionnelle. Ils participeront aux institutions publiques de la (des) culture(s) dominante(s) et communiqueront en employant la (les) langue(s) dominante(s)¹³⁸³ ». On pourrait difficilement concevoir en leur faveur quelque droit de recréer dans le pays d'accueil la culture sociétale du pays d'origine. Il serait en revanche possible d'en faire les titulaires d'un droit à l'expression de l'identité culturelle ; « si nous ne permettons pas aux immigrants de recréer leur culture sociétale, alors nous devons traiter le problème de l'hospitalité de la culture dominante à l'égard des immigrants exprimant leurs différences ethniques. L'intégration est processus où l'on s'engage dans les deux sens — elle requiert que la société dominante s'adapte aux immigrants et que ces derniers s'adaptent à elle¹³⁸⁴ ». Ce « droit » à l'expression de l'identité culturelle se composerait notamment, sur un plan plus proprement juridique, des libertés d'expression et de religion ainsi que de la protection contre la discrimination, ou droit à l'égalité.

¹³⁷⁹ W. KYMLICKA, *supra* note 1370, p. 113. Voir aussi chap. 4.

¹³⁸⁰ *Id.*, p. 189.

¹³⁸¹ *Id.*, p. 116.

¹³⁸² *Ibid.*

¹³⁸³ *Id.*, p. 29.

¹³⁸⁴ *Id.*, p. 142.

Quant aux minorités nationales, Kymlicka entreprend par le raisonnement suivant de démontrer que le libéralisme peut, à l'intérieur de certaines limites, faire droit à leur revendication d'autonomie gouvernementale. Son premier argument veut que l'accès à une culture sociétale comme « contexte de choix » – idée qu'il reprend de Ronald Dworkin¹³⁸⁵ – soit nécessaire à l'exercice de la liberté individuelle, dont la protection est au cœur du libéralisme : « Je crois qu'il n'y a pas de liberté individuelle sans cultures sociétales et que les libéraux devraient, par conséquent, s'intéresser à la viabilité de ces cultures sociétales¹³⁸⁶ », et ce car « la liberté implique la possibilité de choisir entre plusieurs options, et notre culture sociétale ne se contente pas simplement de nous offrir ces options, elle leur donne aussi un sens pour nous¹³⁸⁷ ». Sauf qu'on conviendra de ce que, à l'exception peut-être des cas les plus graves d'exclusion institutionnelle, le risque, pour un individu, de se retrouver sans accès à quelque culture sociétale que ce soit est plutôt théorique, même s'il ne faut ici compter que les cultures susceptibles de faire sens à yeux. La culture n'est pas fixe. L'acculturation est une dynamique inévitable, qui échappe largement aux consciences individuelles et qui voit les sources culturelles du sens s'altérer ou, le cas échéant, se substituer les unes aux autres le plus souvent imperceptiblement¹³⁸⁸. Cet enseignement des sciences sociales n'a pas échappé à un multiculturaliste libéral tel que Joseph Raz, par exemple :

In some countries some of the constituent cultures may lose their vitality and be gradually absorbed by others. So long as the process is not coerced, does not arise out of lack of respect for people and their communities, and is gradual, there is nothing wrong with it. The dying of cultures is as much part of normal life as the birth of new ones. But the process is much slower and rarer than those who trumpet their fears of the death of their cultures proclaim. What they most commonly have in mind is resistance to change, masquerading, innocently or otherwise, as a fight for survival¹³⁸⁹.

Aussi cet argument dworkinien paraît-il être de moindre importance que la réplique de Kymlicka à l'« objection » suivante : « pourquoi les membres d'une minorité nationale ont-ils besoin d'avoir accès à leur propre culture ? Pourquoi ne pas laisser les cultures minoritaires se décomposer, dès lors que ceux qui en relèvent peuvent avoir accès à la culture majoritaire (grâce à l'enseignement de la langue et de l'histoire de la majorité) ?¹³⁹⁰ »

¹³⁸⁵ R.M. DWORKIN, *Une question de principe* (1985), trad. A. Guillaïn, Paris, PUF, 1996.

¹³⁸⁶ W. KYMLICKA, *supra* note 1370, p. 120.

¹³⁸⁷ *Id.*, p. 123.

¹³⁸⁸ Voir Voir D. CUCHE, *supra* note 1040.

¹³⁸⁹ J. RAZ, « Multiculturalism: A Liberal Perspective », dans *Ethics in the Public Domain*, *supra* note 1368, p. 155-176, à la page 167.

¹³⁹⁰ W. KYMLICKA, *supra* note 1370, p. 126.

Une réponse suffisante serait celle du simple *fait* de l'attachement des individus à leur propre culture sociétale. Il est vrai que notre philosophe évoque, pour prendre au passage ses distances par rapport à certaines thèses communautariennes, la question du « rôle que l'appartenance culturelle joue dans l'identité personnelle¹³⁹¹ ». Qu'on ne s'y trompe pas pour autant. Notre auteur se dit être au fond d'avis que l'explication complète de l'attachement des individus à leur culture n'est pas pour demain¹³⁹², son argument voulant plutôt que, en tout état de cause, cet attachement demeure un fait, en l'occurrence un fait qui s'observerait aussi bien dans les cultures sociétales qu'on peut dire « libérales¹³⁹³ » et qu'il n'y aurait aucune raison de déplorer¹³⁹⁴. Autrement dit, si le libéralisme devait se révéler capable d'arranger une telle réalité, alors pourquoi ne le ferait-il pas ? Dans les travaux ultérieurs de Kymlicka, ce même argument du « pourquoi pas ?¹³⁹⁵ » se muera en présomption plus forte de bien-fondé : « *Once we recognize that states are not ethnoculturally neutral, but rather engage in the promotion and diffusion of a dominant societal culture, we must ask whether these nation-building policies create injustices for minorities. The burden of proof falls on the state to show that minority rights are not required to remedy or counteract injustices which arise from state nation building*¹³⁹⁶. » En réalité, dans *La citoyenneté multiculturelle* déjà, l'argumentaire de notre auteur allait au-delà du « pourquoi pas ? » pour avancer que le passage d'une culture sociétale à une autre demeure un processus fort « coûteux » pour l'individu, et donc exceptionnel, à un point tel qu'il conviendrait de concevoir la culture sociétale d'une personne comme une chose à laquelle elle a « raisonnablement droit¹³⁹⁷ ». Par la suite, en réponse à la critique d'essentialisme¹³⁹⁸, Kymlicka finira par insister sur la nature dynamique et, en définitive, politique des « cultures »

¹³⁹¹ *Id.*, p. 132.

¹³⁹² *Id.*, p. 134, où l'auteur « soupçonne qu'une explication complète de [...] l'attachement [des individus à leur culture] impliquerait l'examen de problèmes relevant de la psychologie, de la sociologie, de la linguistique, de la philosophie de l'esprit et même de la neurologie ».

¹³⁹³ *Id.*, p. 131.

¹³⁹⁴ *Id.*, p. 134.

¹³⁹⁵ W. KYMLICKA, *supra* note 1375, p. 241 : « *If the majority can engage in legitimate nation-building, why not national minorities, particularly those which have been involuntarily incorporated into larger states ?* »

¹³⁹⁶ *Id.*, p. 240.

¹³⁹⁷ W. KYMLICKA, *supra* note 1370, p. 128.

¹³⁹⁸ Sur la critique d'essentialisme qui est adressée au multiculturalisme, voir not., outre les travaux de Habermas : N. FRASER, « Recognition without Ethics », *Theory, Culture and Society*, vol. 18, n° 2, 2001, p. 21-42 ; J. COWAN (dir.), *Culture and Rights: Anthropological Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001 ; S. BENHABIB, *The Claims of Culture: Equality and Diversity in the Global Era*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 2002 ; P. MARKELL, *Bound by Recognition*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 2003 ; K.A. APPIAH, *The Ethics of Identity*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 2005 ; D. HOLLINGER, *Postethnic America: Beyond Multiculturalism*, éd. rev., New York, Basic Books, 2006 ; A. PHILLIPS, *Multiculturalism without Culture*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 2007.

sociétales dont les revendications de protection recèleraient au fond autant de demandes d'autonomie gouvernementale. L'expression de « citoyennisation multiculturelle » (*multicultural citizenization*) tendra ainsi chez lui à remplacer celle de « citoyenneté multiculturelle », et de telles revendications d'autonomie politique lui paraîtront fondées, notamment en raison de la légitimité *a priori* des efforts d'édification nationale (*nation building*) de tout groupe national, que celui-ci soit majoritaire ou minoritaire :

[T]he legitimacy of minority rights depends, at least in part, on the legitimacy of nation-building. I would defend a robust set of minority rights, not because nation-building is illegitimate, but precisely because it is legitimate. I believe it is legitimate for states to engage in robust forms of nation-building –nation-building is necessary to achieve liberal values of freedom and equality in complex modern societies– and just for that reason, we must also defend a robust set of minority rights, in order to remedy any inequalities which might arise as a result of (legitimate) nation-building policies¹³⁹⁹.

Au terme de ce léger remaniement de son argumentaire, Kymlicka pourra plus aisément ancrer normativement le multiculturalisme libéral dans le principe des droits de l'homme, dans le processus d'effectuation desquels une telle « politique » représenterait un moment. Le multiculturalisme se présentera alors non plus comme une simple potentialité libérale en attente d'objection valable autant que comme dernier moment en date de la « révolution des droits de l'homme » inaugurée par l'après-guerre :

There is an obvious irony here. [...] When human rights norms were initially codified by the UN after World War II, they were seen precisely as an alternative to the inter-war system of minority rights, rendering the latter unnecessary. And for several decades after World War II, the assumption that human rights replace minority rights prevailed. But the human rights revolution unleashed a set of ideas about ethnic and racial equality, and a set of political movements contesting ethnic and racial hierarchies, that led naturally to contemporary struggles for multiculturalism and minority rights. In these contemporary struggles, unlike inter-war ideas of minority protection, minority rights are tightly interwoven with human rights ideals¹⁴⁰⁰.

Depuis ses premiers travaux toutefois, notre auteur dérive la valeur morale de tout droit collectif de la contribution de celui-ci à la mise en œuvre de la liberté individuelle. Le libéralisme tenant, comme philosophie politique, de l'individualisme moral, les groupes n'ont pour lui aucun statut moral. Les droits collectifs doivent donc, sur le plan philosophique, être reconstruits comme des droits bénéficiant aux individus en fonction de leur appartenance à des groupes¹⁴⁰¹.

¹³⁹⁹ W. KYMLICKA, *supra* note 1375, p. 249.

¹⁴⁰⁰ W. KYMLICKA, *Multicultural odysseys: navigating the new international politics of diversity*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2007, p. 88. Voir aussi W. KYMLICKA, « The rise and fall of multiculturalism ? New debates on inclusion and accommodation in diverse societies », *International Social Science Journal*, vol. 199, 2010, p. 97-112 (rééd. dans S. VERTOVEC et S. WESSENDORF (dir.), *The Multiculturalism Backlash: European discourses, policies and practices*, Londres, Routledge, 2010, p. 32-49), aux pages 100-101.

¹⁴⁰¹ Voir not. W. KYMLICKA, *Liberalism, Community, and Culture*, Oxford, Oxford University Press, 1989.

Entendant en tout état de cause faire la part des « liens inévitables qui existent entre État et culture¹⁴⁰² », Kymlicka soutient que le libéralisme peut très bien s'autoriser à accorder une « protection externe » aux cultures sociétales minoritaires au sein des États multinationaux contre certains effets délétères que peuvent produire les décisions politiques de la majorité, et ce sous la forme d'un droit à l'autonomie gouvernementale, notamment. Il s'empresse toutefois d'ajouter que « les principes du libéralisme imposent deux limites fondamentales aux droits des minorités¹⁴⁰³ ». Premièrement, ces principes ne peuvent admettre d'une minorité nationale, sauf sur une base temporaire et dans les seuls cas où cela se révèle nécessaire pour empêcher la désintégration de sa culture, l'imposition de « contraintes internes », c'est-à-dire qu'elle impose des limitations « aux libertés civiles ou politiques essentielles de ses membres¹⁴⁰⁴ ». Secondement, ces mêmes principes ne sauraient admettre que des droits relatifs à la protection externe de sa culture sociétale permettent à une minorité d'en opprimer ou d'en exploiter une autre¹⁴⁰⁵. Voilà un risque dont Raz est également conscient :

Some cultures repress groups of either their own members or of outsiders. Slave cultures, racially discriminatory cultures, and homophobic cultures are obvious examples. Such cultures may be supported only to the degree that it is possible to neutralize their oppressive aspects, or compensate for them (for example, by providing convenient exit from the oppressive community to members of the discriminated-against group)¹⁴⁰⁶.

Assortis de telles limitations, donc, des droits qui protégeraient les cultures sociétales minoritaires, non seulement seraient compatibles avec les valeurs libérales, mais en feraient la promotion. Enfin, le multiculturalisme libéral kymlickien est favorable à une attribution de droits spéciaux de représentation politique qui devrait cependant se limiter aux deux cas de figure suivants : « 1) les membres du groupe sont en position d'inégalité systémique dans le processus politique ou 2) les membres du groupe peuvent légitimement prétendre à l'autonomie gouvernementale¹⁴⁰⁷ ». Habermas rejoindra ces thèses kymlickiennes. En en venant à la conclusion que l'« identité de l'individu est liée à des identités collectives et ne peut être stabilisée que dans le cadre d'un réseau culturel qui, comme la langue maternelle elle-même, ne s'acquiert pas à la manière d'un bien privé », le philosophe francfortois finira effectivement par affirmer que « l'intégrité de chaque sujet de droit ne peut pas être garantie sans la protection des

¹⁴⁰² W. KYMLICKA, *supra* note 1370, p. 184.

¹⁴⁰³ *Id.*, p. 217.

¹⁴⁰⁴ *Ibid.* Voir aussi W. KYMLICKA, *supra* note 1401, chap. 9.

¹⁴⁰⁵ *Id.*, p. 218.

¹⁴⁰⁶ J. RAZ, *supra* note 1389, p. 169.

¹⁴⁰⁷ W. KYMLICKA, *supra* note 1370, p. 208.

contextes d'expérience et de vie intersubjectivement partagés à l'intérieur desquels il a été socialisé et a formé son identité¹⁴⁰⁸ ».

Or, s'il est convaincu qu'ils peuvent promouvoir les valeurs fondamentales du libéralisme, Kymlicka n'en convient pas moins que se pose au sujet des droits relatifs à l'appartenance à un groupe ou à une minorité la question de leur effet sur « le sentiment d'identité civique commune qui est le ciment de la société libérale¹⁴⁰⁹ » et sans lequel les démocraties deviennent « difficiles à gérer, voire instables¹⁴¹⁰ ». Il trouve assez facile de répondre à la question concernant les droits polyethniques et les droits de représentation collective, qui selon lui « encouragent l'intégration sociale et l'unité politique¹⁴¹¹ ». Il concède cependant que « les droits à l'autonomie gouvernementale constituent un défi plus important lancé à la fonction intégratrice de la citoyenneté¹⁴¹² ». Les demandes d'autonomie gouvernementale obéiraient à « un désir d'affaiblir les liens avec la communauté politique dans son ensemble¹⁴¹³ », de sorte qu'il serait « improbable que l'attribution d'un droit à l'autonomie gouvernementale puisse assumer une fonction intégratrice¹⁴¹⁴ ». Aussi risquerait-on, en satisfaisant à de telles demandes, « d'encourager un désir d'autonomie toujours plus grand, voire d'indépendance¹⁴¹⁵ ». Pourtant, en les rejetant au nom d'un impératif citoyenneté uniculturelle, on ne ferait que « favoriser l'aliénation et les mouvements séparatistes¹⁴¹⁶ ». Le pari de l'autonomie gouvernementale vaudrait donc d'être tenté. Seulement, la question d'une identité civique commune, d'une unité politique malgré une faible intégration ethnoculturelle demeurerait le véritable défi lancé au libéralisme par l'État multinational, question à laquelle Kymlicka se dit douter qu'existe une réponse¹⁴¹⁷. S'il est vrai qu'on trouve souvent, même dans les États multinationaux, des valeurs politiques communes telles que les valeurs libérales ou démocratiques fondamentales, Kymlicka ne croit pas pour autant que de telles valeurs puissent

¹⁴⁰⁸ J. HABERMAS, « La lutte pour la reconnaissance dans l'état de droit démocratique » (1993), dans *L'intégration républicaine*, *supra* note 1355, p. 205-243, p. 225.

¹⁴⁰⁹ W. KYMLICKA, *supra* note 1370, p. 245.

¹⁴¹⁰ *Id.*, p. 249.

¹⁴¹¹ *Id.*, p. 255.

¹⁴¹² *Ibid.*

¹⁴¹³ *Id.*, p. 256.

¹⁴¹⁴ *Id.*, p. 257.

¹⁴¹⁵ *Id.*, p. 262.

¹⁴¹⁶ *Ibid.*

¹⁴¹⁷ *Id.*, p. 263.

suffire à « convaincre deux cultures ou plus de demeurer ensemble au sein d'un même pays¹⁴¹⁸ ». Une telle unité exigerait en outre une identité commune. Dans les États-nations, l'identité commune « procède d'une histoire, d'une langue et peut-être d'une religion partagées¹⁴¹⁹ ». Voilà précisément ce qui fait généralement défaut dans les États multinationaux. À la rigueur, s'il est vrai que, en sus de valeurs communes, un sentiment commun de fierté associé à une histoire reconstituée très sélectivement puisse concourir à la solidarité au sein d'un État multinational, il est peu probable qu'il y suffise. Kymlicka se réfère alors à un article de Charles Taylor dans lequel celui-ci convoque un engagement des citoyens en faveur d'une « diversité profonde » qui s'étendrait jusqu'à celle, pour les membres des différents groupes (groupes ethniques, minorités nationales, majorité), des façons de participer à la vie politique dans son ensemble, et donc des façons d'y appartenir¹⁴²⁰. Ce sera pour dire que, si Taylor lui « paraît ouvrir une voie dans la bonne direction¹⁴²¹ », pour sa part il demeure d'avis qu'un tel engagement ne peut être que « le produit de la solidarité mutuelle [des diverses nations composant l'État] et non pas, pour celle-ci, une base possible¹⁴²² ». Kymlicka est certes d'accord pour dire que l'engagement en faveur d'une diversité profonde pourrait contribuer à maintenir un niveau suffisant de solidarité interculturelle au sein des États multinationaux où, comme en Suisse par exemple, il se révèle parfois très élevé. En revanche, conclut-il, « on ne voit pas comment un État multinational pourrait créer un tel niveau de solidarité lorsque celui-ci fait défaut¹⁴²³ ». Or à ce sujet Kymlicka ne prend pas, du moins pas ouvertement, en considération un autre article, aujourd'hui fameux, de Taylor, bien qu'on en trouve la référence dans sa bibliographie. Cet article est justement celui avec lequel Taylor inaugure, dans le champ de réflexion du multiculturalisme, la « politique de reconnaissance¹⁴²⁴ ».

¹⁴¹⁸ *Id.*, p. 265.

¹⁴¹⁹ *Id.*, p. 266.

¹⁴²⁰ C. TAYLOR, « Shared and Divergent Values », dans R. WATTS et D. BROWN (dir.), *Options for a New Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1991, p. 53-76 (réimp. dans G. LAFOREST, *Reconciling the Solitudes: Essays on Canadian Federalism and Nationalism*, Montréal, McGill-Queens University Press, 1993, p. 155-186).

¹⁴²¹ W. KYMLICKA, *supra* note 1370, p. 269.

¹⁴²² *Ibid.*

¹⁴²³ *Id.*, p. 270.

¹⁴²⁴ C. TAYLOR, *supra* note 1246.

Section 4. Taylor : de la protection à la reconnaissance des cultures minoritaires

Pour Charles Taylor, nous sommes principalement « d'où nous venons¹⁴²⁵ », si bien que le sort de notre identité est lié à celui de notre culture qui, de ce fait, demande, dans le cadre d'un État multiculturel, d'être non seulement protégée, mais reconnue. L'idée d'une « politique de reconnaissance » est évoquée par le philosophe dans *Grandeur et misère de la modernité* déjà. Cet opuscule consigne le contenu de l'édition de 1991 des conférences Vincent Massey, intitulée *The Malaise of Modernity*. Taylor y traite généralement des conditions « culturelles » de préservation du « sens » au sein de la société moderne. La notion taylorienne de « sens » est celle de l'herméneutique philosophique ; le sens serait largement donné par une tradition que partage une communauté d'interprétation, un « arrière-plan d'intelligibilité » que, à la suite de Gadamer, Taylor appelle un « horizon¹⁴²⁶ ». C'est sous un tel éclairage que notre auteur se penche sur l'idéal éthique d'authenticité dont est porteuse la société moderne, ce qui doit lui permettre de contribuer à une meilleure compréhension de cet idéal, au-delà de ses manifestations contradictoires et pathologiques¹⁴²⁷. En filigrane du texte de Taylor est défendue la thèse hégélienne d'une structuration éthique de la société moderne, thèse qui s'accompagne bien sûr d'une flèche décochée contre les sciences sociales positivistes¹⁴²⁸. C'est pourtant, outre Hegel et Gadamer, en s'appuyant sur la psychologie sociale de George Herbert Mead que Taylor voudra faire intervenir un concept approfondi, autrement dit une compréhension accrue de l'individuation, de l'identité et, partant, de l'idéal d'authenticité. Pour continuer de faire sens, l'identité authentique ne saurait se détourner de son « horizon », car toute identité se développe à la faveur d'un « dialogue », celui-ci s'exprimant aussi dans un langage non verbal¹⁴²⁹. Sans véritable développement, Taylor soutient ici la thèse intersubjectiviste selon laquelle l'identité d'une personne se constitue à travers sa reconnaissance : « Nous nous définissons toujours dans un dialogue, parfois en opposition, avec les identités que « les autres qui comptent » [*significant others*] veulent reconnaître en nous¹⁴³⁰ ». Laissant accessoirement à son lecteur le soin de

¹⁴²⁵ C. TAYLOR, *Grandeur et misère de la modernité* (1991), trad. C. Melançon, Montréal, Bellarmin, 1992, p. 50. Voir aussi *Les sources du moi : la formation de l'identité moderne* (1989), trad. C. Melançon, Montréal, Boréal, 1998.

¹⁴²⁶ *Id.*, p. 53.

¹⁴²⁷ *Id.*, p. 115.

¹⁴²⁸ *Id.*, p. 33-35.

¹⁴²⁹ *Id.*, p. 48.

¹⁴³⁰ *Id.*, p. 49.

comprendre qu'il n'y aurait pas lieu de distinguer entre une forme généralisée et anonyme et une autre, personnalisée, de mépris, le plus célèbre des philosophes canadiens en déduit ce qui suit :

La projection d'une image avilissante ou dévalorisante sur l'autre peut réellement dénaturer ou opprimer, dans la mesure où elle est intériorisée. Non seulement le féminisme contemporain mais aussi les relations entre les races et les discussions sur le multiculturalisme sont sous-tendues par cette prémisse qu'un refus de reconnaissance peut constituer une forme d'oppression. On peut se demander si ce fait n'a pas été exagéré, mais il est clair que la redéfinition de l'identité et de l'authenticité a introduit un élément nouveau dans la politique de reconnaissance égale qui comporte maintenant son propre concept d'authenticité, du moins quand il s'agit de dénoncer les préjugés des autres¹⁴³¹.

En somme, le respect d'autrui doit maintenant s'étendre à celui de son « horizon ». « [Q]uelle que soit la façon de l'expliquer », d'écrire Taylor, « il est clair qu'une rhétorique de la « différence », de la « diversité » (voire du multiculturalisme) est essentielle à la culture contemporaine de l'authenticité¹⁴³² ».

Il peut surprendre ici que, allant jusqu'à s'exprimer dans les mots de la « reconnaissance universelle de la différence¹⁴³³ », Taylor ne cite ni ne se réfère autrement à l'auteur de *Justice and the Politics of Difference*¹⁴³⁴, ouvrage publié l'année précédente. Ce n'est qu'en 2000 que, récusant l'essentialisme des politiques identitaires, présentant son approche comme n'ayant toujours défendu que des groupes formés relationnellement plutôt que culturellement et soutenant que, le plus souvent, « *conflict between culturally differentiated groups is not cultural, but a competition over territory, resources, or jobs*¹⁴³⁵ », Iris Marion Young renoncera finalement à défendre une telle « politique de la différence ». Taylor ne la citera pas davantage dans « La politique de reconnaissance », article dans lequel il élabore ce sujet éponyme.

La thèse sur laquelle Taylor fonde la « politique » qui nous occupe est que les demandes de reconnaissance, exprimées chaque fois comme un besoin, dont sont porteurs nombre de mouvements politiques à l'heure actuelle, des nationalismes aux féminismes en passant par les diverses formes que prend la multiculturalité, sont compréhensibles dans la mesure où « notre identité est partiellement formée par la reconnaissance ou par son absence, ou encore par la mauvaise perception qu'en ont les autres : une personne ou un groupe de personnes peuvent subir un dommage ou une déformation réelle si les gens ou la société qui les entourent leur

¹⁴³¹ *Id.*, p. 68.

¹⁴³² *Id.*, p. 54.

¹⁴³³ *Id.*, p. 69.

¹⁴³⁴ I.M. YOUNG, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1990.

¹⁴³⁵ I.M. YOUNG, *Inclusion and Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 91.

renvoient une image limitée, avilissante ou méprisante d'eux-mêmes¹⁴³⁶ », le déni de reconnaissance pouvant « infliger une cruelle blessure, en accablant ses victimes d'une haine de soi paralysante¹⁴³⁷ ». On en déduit qu'à l'inverse la reconnaissance s'entend du fait de renvoyer à l'autre une image positive de lui-même, et serait nécessaire à sa capacité d'agir pour autant qu'elle le serait également à sa capacité de se rapporter positivement à soi. Ainsi qu'il l'avait fait dans *Grandeur et misère de la modernité*¹⁴³⁸, Taylor se réclame ici de Mead¹⁴³⁹, qui parle des « autres donneurs de sens ». Bien entendu, il s'appuie aussi sur Hegel, chez qui « le thème de la reconnaissance [recevrait] son traitement le plus riche d'avenir¹⁴⁴⁰ », mais pour se limiter à la *Phénoménologie de l'esprit*. Au demeurant notre auteur est-il d'avis que l'« importance de la reconnaissance est aujourd'hui universellement reconnue sous une forme ou sous une autre », si bien que, « en notre for intérieur, nous sommes tous conscients à quel point notre identité peut être formée ou déformée au cours de nos contacts avec « les autres donneurs de sens »¹⁴⁴¹ ». En soutenant que les demandes de reconnaissance procèdent d'un « besoin humain vital¹⁴⁴² », Taylor se trouve à ancrer son point de vue normatif dans une anthropologie, à la différence de Honneth qui, comme on le verra, part du fait que les attentes de reconnaissance sont toujours conditionnées par le type particulier de socialisation dans laquelle elles naissent puis se développent. Il est donc paradoxal que Taylor soutienne ce que ne le fait pas Honneth, soit que nous assisterions à l'heure actuelle à un phénomène politique inédit. Mais la contradiction n'est effectivement qu'apparente, puisque pour le premier ce phénomène est nouveau dans la seule mesure où « l'exigence de reconnaissance est à présent explicite¹⁴⁴³ ». D'autre part, si Taylor distingue deux sphères au sein du discours de la reconnaissance, l'une privée, « où l'on comprend la formation de l'identité et du moi comme prenant place dans un dialogue et une lutte continués avec les autres qui nous importent », l'autre publique, où une « politique de reconnaissance égalitaire a fini par jouer un rôle de plus en plus grand¹⁴⁴⁴ », on devine bien que c'est la sphère publique qui intéresse la politique de reconnaissance.

¹⁴³⁶ C. TAYLOR, *supra* note 1424, p. 41.

¹⁴³⁷ *Id.*, p. 42.

¹⁴³⁸ *Id.*, p. 48.

¹⁴³⁹ G.H. MEAD, *L'esprit, le soi et la société* (1934), trad. J. Cazeneuve, E. Kaelin et G. Thibault, Paris, PUF, 1963.

¹⁴⁴⁰ C. TAYLOR, *supra* note 1424, p. 54.

¹⁴⁴¹ *Ibid.*

¹⁴⁴² *Id.*, p. 42.

¹⁴⁴³ *Id.*, p. 88.

¹⁴⁴⁴ *Id.*, p. 55-56.

Une telle politique de reconnaissance égalitaire ou d'égle dignité se serait affirmée au sein de sociétés d'un certain type, moderne en l'occurrence, à la suite de « l'effondrement des hiérarchies sociales qui avaient pour fondement l'honneur¹⁴⁴⁵ ». Avant que n'émergent des mouvements politiques se fondant ouvertement sur le besoin de reconnaissance, la politique d'égle dignité se serait traditionnellement traduite par l'exigence d'un traitement identique ou uniforme des personnes, notamment par la reconnaissance à tous des mêmes droits fondamentaux. Dans la mesure où l'on retrouve une telle exigence dans le libéralisme, les nouvelles demandes de reconnaissance, en ce qu'elles convoquent une « politique de la différence », pourraient sembler remettre celui-ci en question. Taylor explique que, s'il fallait effectivement en faire un adorateur de la trinité de Rousseau qui fait dépendre la liberté, non seulement de l'égalité de droits, mais de l'absence de toute différenciation sociale, puis cette dernière d'une unité de dessein dans la « volonté générale¹⁴⁴⁶ », alors le libéralisme serait à juste titre critiqué pour chercher à « imposer une homogénéité artificielle¹⁴⁴⁷ ». Cette tradition de pensée politique serait alors coupable de chercher à supprimer la différence. Mais dans la mesure où il se poserait de préférence en héritier de Kant, le libéralisme, non seulement n'aurait rien à voir avec une volonté générale au sens où l'entendait Rousseau, mais ferait « abstraction de tout problème de différenciation des rôles¹⁴⁴⁸ », si bien qu'il se voudrait plutôt aveugle à la différence. « Pourtant, cette forme de libéralisme a été attaquée par les tenants radicaux de la politique de la différence comme étant, d'une certaine manière, incapable de donner à la distinction la reconnaissance qui lui est due¹⁴⁴⁹. » Voilà ce que notre auteur entend expliquer par le fait qu'il existe « des formes de ce libéralisme des droits égaux qui ne peuvent donner, dans l'esprit de leurs propres partisans, qu'une reconnaissance très limitée des identités culturelles distinctes¹⁴⁵⁰ ».

Notre auteur vient de faire allusion au problème que Kymlicka circonscrit en termes de multinationalité étatique et veut résoudre au moyen de droits spéciaux de groupe. C'est de manière plutôt ambiguë que pour sa part Taylor avance que l'exemple du Québec et du Canada

¹⁴⁴⁵ *Id.*, p. 43.

¹⁴⁴⁶ *Id.*, p. 71.

¹⁴⁴⁷ *Id.*, p. 65.

¹⁴⁴⁸ *Id.*, p. 72.

¹⁴⁴⁹ *Ibid.*

¹⁴⁵⁰ *Id.*, p. 72.

démontre qu'un libéralisme n'admettant qu'une politique du seul juste – et qu'à la suite de Dworkin il qualifie d'« opératoire » par opposition à « positive »¹⁴⁵¹ – implique une conception tellement large des droits fondamentaux que ceux-ci en viennent à se constituer en empêchement à la survivance des cultures – « sociétales », dirait Kymlicka – minoritaires. Ambigu en effet, car l'auteur de « La politique de reconnaissance » pourrait en même temps sembler proposer une extension des droits en suggérant qu'une telle survivance des cultures minoritaires passe par l'habilitation de ces cultures à promouvoir politiquement certains desseins collectifs, certaines conceptions communes du bien. C'est qu'en réalité Taylor inscrit rudimentairement les droits fondamentaux dans une logique d'opposition à tout aménagement juridique de la différence culturelle, ignorant ainsi, du moins en apparence, la logique juridique de dérivation des droits culturels à partir des droits de l'homme. À un tel modèle de société libérale, donc, qui pratiquerait une politique de respect égal qu'il qualifie d'« inhospitalière à la différence », Taylor entreprend d'en opposer un autre qui, sans remettre en question la priorité qu'accordent au juste sur le bien les droits fondamentaux, ne limiterait pas la politique au juste, mais celui-ci aux « droits fondamentaux et vitaux qui ont été reconnus comme tels depuis le tout début de la tradition libérale : droits de vie, de liberté, de justice, de liberté d'expression, de liberté religieuse, etc.¹⁴⁵² » Ce modèle, notre auteur affirme ne pas pouvoir le défendre en la circonstance¹⁴⁵³, mais annonce déjà que selon lui « on outrepassé dangereusement une limite essentielle en parlant de droits fondamentaux à propos de choses comme les signatures commerciales dans la langue de son choix¹⁴⁵⁴ ». Le philosophe fait alors allusion à l'arrêt qu'a rendu la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Ford c. Procureur général du Québec*¹⁴⁵⁵, où il fut tranché que l'interdiction légale de tout affichage commercial autre qu'unilingue français pour les entreprises d'une certaine taille violait la liberté d'expression. Il nous paraît quelque peu hasardeux de trouver dans la critique de l'interprétation généreuse de la liberté d'expression qui a motivé en partie cette décision judiciaire – dont il faut peut-être rappeler qu'elle était aussi motivée par des considérations relatives aux conditions dans lesquelles l'exercice des droits fondamentaux peut être restreint – l'inspiration d'un « nouveau modèle de libéralisme ». Aussi

¹⁴⁵¹ Taylor se réfère en effet à R.M. DWORKIN, « Libéralisme » (1978), dans A. BERTEN, P. DA SILVEIRA et H. POURTOIS (dir.), *supra* note 1254, p. 51-86.

¹⁴⁵² C. TAYLOR, *supra* note 1424, p. 81.

¹⁴⁵³ *Id.*, p. 84.

¹⁴⁵⁴ *Id.*, p. 81.

¹⁴⁵⁵ *Ford c. Québec (P.G.)*, [1988] 2 R.C.S. 712.

partageons-nous l'avis de Habermas selon lequel la référence juridique de Taylor manque ici de précision¹⁴⁵⁶. Le philosophe allemand verra dans l'ébauche de son confrère canadien une dangereuse défense de l'idée de « droits collectifs », idée à laquelle il préfère celle, qu'il attribue à Kymlicka¹⁴⁵⁷, de « droits de groupe » correspondant à des droits individuels « dérivés » à l'appartenance culturelle qui ne compromettraient d'aucune manière l'idée de « sujet de droit », dont ils se voudraient au contraire un développement¹⁴⁵⁸. C'est à notre sens tout le volet juridique de l'argumentaire taylorien qui est obscurci par un amalgame des dialectiques entre « Juste » et « Bien », entre « égalité » et « inégalité », entre « identité » (ou « uniformité ») et « différence » ainsi qu'entre « droit » (ou « droits ») et « politique ». Or, comme nous venons de le voir, ce n'est pas ce volet qui se veut la principale contribution de la « politique de reconnaissance ».

En effet, Taylor se pose ensuite la question de savoir si ce « nouveau » modèle de libéralisme qu'il intuitionne, et qui est censé tolérer la différence culturelle en contribuant, négativement ou positivement, à sa survie, peut suffire à satisfaire les demandes légitimes, c'est-à-dire les « besoins vitaux » de reconnaissance de la différence. C'est alors qu'il établit une distinction entre la question de savoir si la *survie* culturelle peut être considérée comme un objectif libéral légitime et celle de savoir si peut aussi l'être la *reconnaissance* d'une valeur égale aux différentes cultures, question dont on comprend qu'il y a déjà répondu par l'affirmative. Il est pour Taylor clair que les sociétés pour ainsi dire « multinationales » risqueront toujours d'éclater dès lors qu'en leur sein un « groupe perçoit un manque de reconnaissance à son égard de la part d'un autre¹⁴⁵⁹ ». L'idée d'une politique de reconnaissance égalitaire de la valeur des cultures intervient donc comme une réponse à la question que Kymlicka avait préféré laisser ouverte. La solidarité que ce dernier auteur posait en condition de viabilité des États multinationaux pourrait ainsi se construire sur la base du fait que les membres des différentes cultures sociétales dépendent les uns des autres dans le développement et le maintien d'une identité positive. Il y aurait ici coïncidence entre une condition essentielle de stabilité de l'État et la satisfaction d'un « besoin humain vital ».

¹⁴⁵⁶ J. HABERMAS, *supra* note 1408, p. 210.

¹⁴⁵⁷ Voir *supra* note 1401 et texte correspondant.

¹⁴⁵⁸ J. HABERMAS, *supra* note 1408, p. 225.

¹⁴⁵⁹ C. TAYLOR, *supra* note 1424, p. 87.

L'objet des revendications des membres des cultures sociétales minoritaires ne se laisserait donc pas réduire à la simple protection juridique de ces cultures mais devrait être plus globalement compris comme la réalisation de certaines conditions de possibilité de la solidarité nécessaire à la stabilité de tout État multinational. Si les membres des cultures minoritaires souhaitent « tenir en respect » ceux des cultures sociétales majoritaires, ce ne serait que pour mieux se défaire de cette paralysie générée par la haine de soi, elle-même induite par le mépris. Une fois les demandes d'autonomie gouvernementale ainsi comprises, il cesse d'être évident qu'elles « reflètent un désir d'affaiblir les liens avec la communauté politique dans son ensemble¹⁴⁶⁰ ». On se demandera pourtant comment, au juste, s'opère le passage de la simple capacité d'action interculturelle à la solidarité effective dans le cadre d'une identité commune. Autrement dit, il n'est pas encore tout à fait clair que, si les revendications des membres des cultures minoritaires visent d'abord au « vivre-tous », c'est pour porter à terme sur le « vivre-ensemble ». Une amorce de réponse à cette question nous est suggérée par certaines indications de Taylor relatives à la forme que doit prendre la reconnaissance de valeur d'une culture, à la manière de mettre en œuvre une politique égalitaire à cet égard ainsi qu'à la nature du produit qu'il faudrait en escompter. En somme, il serait normal d'exiger de ceux avec qui nous voulons vivre qu'ils s'intéressent à ce que nous sommes comme nous nous intéressons à eux, et de cet intérêt mutuel doit résulter un « mélange des horizons » correspondant à la forme que doit prendre l'identité commune des membres d'un même État mais de cultures sociétales différentes.

Taylor fait bien reposer la politique de reconnaissance sur l'idée générale qu'un « respect égal » serait dû à toutes les cultures. Or il serait « dépourvu de sens » d'exiger des autres comme le respect de notre droit qu'ils finissent par conclure que la valeur de notre culture est grande ou de même valeur que la leur¹⁴⁶¹. Un tel jugement sur demande serait en effet une « ineptie », sauf à adhérer aux subjectivismes inspirés du poststructuralisme français selon lequel derrière chaque jugement de valeur se profilent inmanquablement des relations de pouvoir¹⁴⁶². Cela reviendrait de toute façon à passer à côté de l'objet véritable des revendications de reconnaissance, soit un « jugement réel de valeur » plutôt qu'une « protection insupportable » ou quelque autre forme de

¹⁴⁶⁰ Voir *supra* note 1413 et texte correspondant.

¹⁴⁶¹ C. TAYLOR, *supra* note 1424, p. 93.

¹⁴⁶² *Id.*, p. 95.

« condescendance¹⁴⁶³ ». Un tel « jugement réel » ne peut être porté qu'au terme d'une « étude réelle » de la culture en cause¹⁴⁶⁴. Le « lieu essentiel » du débat sur la reconnaissance des cultures minoritaires serait donc le « monde de l'éducation au sens large¹⁴⁶⁵ », et de l'« étude culturelle comparative¹⁴⁶⁶ » devrait-on s'attendre à ce que Gadamer appelle un « mélange des horizons¹⁴⁶⁷ ». À la faveur de l'étude « réelle » des autres cultures, de résumer Taylor qui a traité plus en détail de la question ailleurs¹⁴⁶⁸, nous apprendrions « à nous déplacer dans un horizon plus vaste, dans lequel ce que nous avons auparavant considéré comme fondement allant de soi de toute évaluation peut désormais être situé comme *une* possibilité à côté des fondements différents de cultures auparavant peu familières¹⁴⁶⁹ ». On est autorisé à voir dans cette perspective d'horizons qui se fondent partiellement celle d'une identité multinationale commune. Voilà qui est à rapprocher de propos que tiendra ultérieurement Kymlicka, même si pour ce dernier un tel « mélange » doit commencer de se produire dès le niveau « juridique » de la reconnaissance de « droits » en faveur des minorités nationales :

[M]ulticulturalism as citizenisation is a deeply (and intentionally) transformative project, both for minorities and majorities. It demands that both dominant and historically subordinated groups engage in new practices, enter new relationships and embrace new concepts and discourses, all of which profoundly transform people's identities and practices. This is perhaps most obvious in the case of the historically dominant majority nation in each country which is required to renounce fantasies of racial superiority, to relinquish claims to exclusive ownership of the state and to abandon attempts to fashion public institutions solely in its own image. [...] But multiculturalism is equally transformative of the identities and practices of minority groups. Many of these groups have their own histories of ethnic and racial prejudice, of anti-Semitism, of caste and gender exclusion, of religious triumphalism and of political authoritarianism, all of which are delegitimised by the norms of liberal-democratic multiculturalism and minority rights¹⁴⁷⁰.

Sur le plan précis de la reconnaissance valorisante des cultures par opposition à celui de leur protection juridique, Taylor indique que ce qu'il peut à la rigueur admettre que nous revendiquions comme un « droit » (moral) est que les autres abordent l'étude de notre culture

¹⁴⁶³ *Id.*, p. 93-94.

¹⁴⁶⁴ *Id.*, p. 91.

¹⁴⁶⁵ *Id.*, p. 89.

¹⁴⁶⁶ *Id.*, p. 98.

¹⁴⁶⁷ H.-G. GADAMER, *Wahrheit und Methode* (1960), Tübingen, Mohr, p. 289-290, cité dans *ibid.*, p. 91 (*Vérité et méthode: les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*, trad. P. Fruchon, J. Grondin, G. Merlio, Paris, Seuil, 1996).

¹⁴⁶⁸ C. TAYLOR, « Comparison, History, Truth », dans F. REYNOLDS et D. TRACY (dir.), *Myth and Philosophy*, Albany (NY), State University of New York Press, 1990, p. 37-55 ; « Understanding and Ethnocentricity », dans *Philosophy and the Human Sciences*, Cambridge, Cambridge University Press, 1985, p. 116-133.

¹⁴⁶⁹ C. TAYLOR, *supra* note 1424, p. 91.

¹⁴⁷⁰ W. KYMLICKA, « The rise and fall of multiculturalism ? [...] », *supra* note 1400, p. 103.

sociétale en présumant de la valeur de celle-ci¹⁴⁷¹, ce qu'il justifie par l'argument selon lequel il est raisonnable de penser que « toutes les cultures humaines qui ont animé des sociétés entières durant des périodes parfois considérables ont quelque chose d'important à dire à tous les êtres humains¹⁴⁷² ». Ces cultures « sont presque certaines de renfermer quelque chose qui mérite notre considération et notre respect, même si cela s'accompagne de beaucoup d'autres choses que nous serons forcés de détester et de rejeter¹⁴⁷³ ». Taylor précise du reste formuler son argument de cette façon précise afin d'exclure du champ d'application de sa thèse les « milieux culturels fragmentaires à l'intérieur d'une société¹⁴⁷⁴ », ce qui tend à confirmer la nôtre selon laquelle son propos vise bien ce que Kymlicka appelle des « cultures sociétales ». Il veut aussi en écarter les « brèves phases d'une culture majeure » dans la mesure où « chaque culture peut passer par des phases de décadence¹⁴⁷⁵ ». À cet égard, Habermas se contentera d'abord d'affirmer en somme, et sans autre forme de procès, que la « politique de reconnaissance défendue par Taylor reposerait sur des bases bien fragiles si elle dépendait d'une « supposition d'égale valeur » des différentes cultures et de leurs contributions respectives à la civilisation universelle¹⁴⁷⁶ ». Il finira ensuite par admettre l'idée d'une telle politique, et ce sans indiquer comment elle peut exiger autre chose qu'une telle présomption¹⁴⁷⁷. Après qu'il aura affirmé que la justice n'est pas que *politique*, mais aussi *sociale* pour s'entendre de relations symétriques de reconnaissance, y compris entre membres de différents groupes identitaires, le philosophe francfortois, conformément à son concept de « solidarité civique médiatisée par le droit », avancera néanmoins que la politique et le droit peuvent ici agir indirectement, au moyen, non seulement de droits culturels dont il réitère le principe, mais aussi d'une « politique de reconnaissance »¹⁴⁷⁸. Pareillement, Kymlicka en viendra à intégrer au programme du multiculturalisme libéral, en complément des « droits » des minorités, l'idée d'une politique de reconnaissance des identités et des diverses contributions des groupes ethnoculturels à l'« histoire nationale » ainsi qu'à la « culture mondiale¹⁴⁷⁹ »,

¹⁴⁷¹ C. TAYLOR, *supra* note 1424, p. 93.

¹⁴⁷² *Id.*, p. 90.

¹⁴⁷³ *Id.*, p. 98.

¹⁴⁷⁴ *Id.*, p. 90.

¹⁴⁷⁵ *Id.*, p. 90-91.

¹⁴⁷⁶ J. HABERMAS, *supra* note 1408, p. 225.

¹⁴⁷⁷ Voir J. HABERMAS, « Equal Treatment of Cultures and the Limits of Postmodern Liberalism », *Journal of Political Philosophy*, vol. 13, n° 1, 2005, p. 1-28, à la page 15.

¹⁴⁷⁸ Voir *ibid.*

¹⁴⁷⁹ W. KYMLICKA, *supra* note 1375, p. 243. Voir aussi W. KYMLICKA, *Finding Our Way: Rethinking Ethnocultural Relations in Canada*, Toronto, Oxford University Press, 1998, ch. 3 et 13.

notamment dans le but de permettre le développement d'une culture civique commune et, partant, l'avènement d'une solidarité interculturelle.

La reconnaissance se distinguerait donc de la simple *tolérance* qui, quant à elle, se présenterait comme limite à une entreprise générale de « correction » libérale de cultures qui, parce que autres, seraient présumées être globalement dans le faux. Au contraire, le multiculturalisme reconnaîtif « *denies that the variety of cultures it enjoins us to protect and support are in error*¹⁴⁸⁰ ». Et pourquoi le libéralisme simplement tolérant s'autolimité-t-il ainsi ? Bernard Williams soutient que, la plupart du temps, la tolérance libérale n'est en réalité qu'indifférence¹⁴⁸¹. Dans le même sens, Rainer Forst traduit et cite un mot de Goethe : « *Tolerance should be a temporary attitude only: it must lead to recognition. To tolerate means to insult*¹⁴⁸². »

La multiculturalité sociétale, autrement dit la multinationalité intraétatique donne donc lieu chez Taylor à trois grandes thèses : 1) celle d'un droit juridique à la protection des cultures sociétales minoritaires ; 2) celle d'un droit moral à la présomption de leur égale valeur ; 3) celle d'une possible identité multinationale commune grâce au « mélange des horizons » devant résulter du respect de ce dernier droit moral. Il y a pourtant chez lui ambiguïté quant à savoir s'il attribue aux cultures sociétales une valeur morale indépendante de celle de la personne humaine, autrement dit si sa « politique de reconnaissance » est justiciable d'une forme de collectivisme moral. Certains de ses travaux militent plus clairement en faveur d'une réponse affirmative à la question¹⁴⁸³. Dans l'ensemble, Kymlicka en fait une lecture ambivalente :

Even Charles Taylor's account of the 'politics of recognition', which is often described as a 'communitarian' position, can be seen as a form of 'liberal culturalism', since he too argues that people demand recognition of their differences, not instead of individual freedom, but rather as a support and precondition for freedom. [...] However, Taylor mixes this liberal argument for multiculturalism with another more communitarian argument

¹⁴⁸⁰ J. RAZ, « Multiculturalism », *Ratio Juris*, vol. 11, n° 3, 1998, p. 193-205, aux pages 204-205.

¹⁴⁸¹ B. WILLIAMS, « Tolerating the Intolerable », dans S. MENDES (dir.), *The Politics of Toleration in Modern Life*, Durham (NC), Duke University Press, 1999, p. 65-76.

¹⁴⁸² R. FORST, « "To Tolerate Means to Insult": Toleration, Recognition, and Emancipation », dans B. VAN DEN BRINK et D. OWEN (dir.), *Recognition and Power: Axel Honneth and the Tradition of Critical Social Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 215-237, à la page 215, citant J.W. GOETHE, « Maximen und Reflexionen », *Werke* 6, Francfort, Insel, 1981, p. 507.

¹⁴⁸³ C. TAYLOR, « Irreducibly Social Goods », dans *Philosophical Arguments*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1995, p. 127-145.

*about the intrinsic value of group survival, and his policy recommendations reflect this hybrid mixture of liberal and communitarian reasoning*¹⁴⁸⁴.

Au terme du chapitre précédent, nous étions appelé à formuler l'hypothèse selon laquelle la lutte des peuples autochtones pour des « opérations de reconnaissance » de leurs propres ordres juridiques par celui de l'État, notamment sous la forme de ce que nous avons appelé la « pleine reconnaissance » des droits ancestraux, pourrait bien, dans la mesure où, généralement, elle se présente et est interprétée comme une lutte identitaire, correspondre à ce que, avec Honneth, la philosophie appelle une « lutte pour la reconnaissance ». C'était après que nous eûmes vu que, nonobstant ses origines fichtéennes, la problématique philosophique actuelle de la reconnaissance passait pour la réactualisation d'une thématique hégélienne. Il convenait donc, avant d'entreprendre de vérifier notre hypothèse, de reconstituer le contexte de cette récente expansion du « foyer hégélien » de la reconnaissance. En fin du présent chapitre, une telle expansion nous paraît avoir été favorisée à la fois par certaines intuitions de Habermas et par la problématique multiculturaliste. Sur le rôle que serait conviée à jouer la reconnaissance dans l'élucidation de cette problématique, les mots de Margalit et Raz sont d'une utile puissance synthétique :

It may be no more than a brute fact that our world is organized in a large measure around groups with pervasive cultures. But it is a fact with far-reaching consequences. It means, in the first place, that membership of such groups is of great importance to individual well-being, for it greatly affects one's opportunities, one's ability to engage in the relationships and pursuits marked by the culture. Secondly, it means that the prosperity of the culture is important to the well-being of its members. If the culture is decaying, or if it is persecuted or discriminated against, the options and opportunities open to its members will shrink, become less attractive, and their pursuit less likely to be successful.

*It may be no more than a brute fact that people's sense of their own identity is bound up with their sense of belonging to encompassing groups, and that their self-respect is affected by the esteem in which these groups are held. But these facts, too, have far-reaching consequences. They mean that individual dignity and self-respect require that the groups membership of which contributes to one's sense of identity be generally respected and not be made a subject of ridicule, hatred, discrimination, or persecution*¹⁴⁸⁵.

Ces propos paraissent récapituler une grande partie du présent chapitre. Le multiculturalisme, qui se justifierait par le rôle essentiel que joue la culture d'appartenance, non seulement dans l'offre de choix individuels, mais aussi dans les relations interpersonnelles et le respect de soi¹⁴⁸⁶, favoriserait le développement d'une nécessaire solidarité civique avec celui d'une culture

¹⁴⁸⁴ W. KYMLICKA, *supra* note 1375, p. 233, note 8.

¹⁴⁸⁵ A. MARGALIT et J. RAZ, *supra* note 1368, p. 119.

¹⁴⁸⁶ J. RAZ, *supra* note 1389, p. 162-163.

commune, d'un *ethos*, bref, en termes hégéliens, d'une « vie éthique » ou « éthicité » de degré d'abstraction supérieur, c'est-à-dire qui soit davantage formelle. Selon Raz, une telle culture devrait comporter trois dimensions essentielles dont chacune aurait ses propres conditions institutionnelles de possibilité. Une première dimension consisterait en une communauté d'exigences et de critères de valorisation liés à un marché commun. Une deuxième dimension correspondrait à une culture politique commune ressemblant à notre sens à ce que Rawls appelle une conception publique de la justice faisant l'objet d'un consensus par recoupement et se développant au sein d'une même « société politique » grâce à, d'indiquer Raz, un « *roughly equal access to the sources of political power and to decision-making positions*¹⁴⁸⁷ ». Enfin, cette indispensable culture civique de degré supérieur que serait à même de générer le multiculturalisme comprendrait un volet dont Raz parle comme d'une culture de la « tolérance » et du « respect » mais qui, en étant d'ailleurs tenu pour un enjeu éducatif primordial, nous semble coïncider avec la production que Taylor assigne à sa « politique de reconnaissance » :

*[C]oexistence calls for the cultivation of mutual toleration and respect. This affects in a major way first and foremost the education of the young in all the constituent groups in the society. All of them will enjoy education in the cultural traditions of their communities. But all of them will also be educated to understand and respect the traditions of the other groups in the society. This will also apply to the majority group, where such a group exists. Its young will learn the traditions of minority groups in the society. Cultivation of mutual respect and toleration, of knowledge of the history and traditions of one's country with all its communities, will provide one element of a common culture*¹⁴⁸⁸.

Davantage encore qu'une récapitulation, Raz apporte des précisions sur la pratique de la reconnaissance valorisante des cultures :

*At the heart of multiculturalism lies the recognition that universal values are realised in a variety of different ways in different cultures, and that they are all worthy of respect [...]. This –I should emphasise– is not to endorse all aspects of any culture. My culture no less than others is flawed. Many cultures are flawed in similar ways: the suppression of sexuality, at least in some of its forms, is common to many, to give but one example. We should fight superstition, repression and error wherever we find them, in our culture and in others. When we do so we are of course constrained by principles of toleration and of respect for peoples. But we should not confuse the fight against error and repression with the condemnation of cultures other than our own. We should recognise that they realise important values, and that they provide a home, and a focus of identity which are entirely positive to their members, just as our culture realises important values, and provides a home and a focus of identity for us*¹⁴⁸⁹.

La « politique de reconnaissance » viserait ainsi à abolir une certaine asymétrie dans la portée du « jugement correctif », selon qu'il s'agit de notre culture ou de celle d'autrui :

We tend to condemn alien cultures when we find them riddled with error. But we do not condemn our own culture when we find it riddled with error. The idea is not even considerable for most people. For each person his own

¹⁴⁸⁷ *Id.*, p. 173.

¹⁴⁸⁸ *Id.*, p. 172-173.

¹⁴⁸⁹ J. RAZ, *supra* note 1480, p. 204.

*culture covers the horizon. This is well and good, but then nor should we condemn other cultures for their failings, rather we should –as we do with our own– reject the failings, but not the culture as a whole*¹⁴⁹⁰.

Or, si tous nos auteurs finissent par admettre l'idée d'une « politique de la reconnaissance », l'ambiguïté de la justification qu'en donne Taylor n'est pas sans conséquences juridiques pratiques. C'est visiblement en raison du relatif collectivisme moral de ce dernier auteur que Habermas y a vu le spectre des « droits collectifs »¹⁴⁹¹. Le philosophe allemand croit plutôt que l'aménagement de droits à l'appartenance culturelle en faveur des membres des minorités culturelles ne peut que participer d'un processus d'effectuation, ou « réalisation », des droits fondamentaux de la personne humaine¹⁴⁹². C'est de droits culturels de l'individu que doivent être dérivés les droits de groupe¹⁴⁹³. Des pays comme les États-Unis, l'Australie et le Canada auraient, dans le but de remédier à l'injustice historique commise à l'endroit de peuples autochtones, fait fausse route en octroyant des droits culturels collectifs non dérivés en faveur de sociétés tribales, de formes de vie ou de pratiques culturelles incompatibles avec le cadre politique que dessine un ordre juridique égalitaire et individualiste¹⁴⁹⁴. De manière plutôt sommaire, sans préciser la nature de l'inégalité alléguée ni les dispositions ou la jurisprudence en cause, et sans appuyer une telle allégation sur quelque autre forme d'exemple, Habermas juge que ces groupes « *use the concession of far-reaching autonomy to maintain or to restore particular forms of traditional authority and collective property, even though in individual cases these conflict with the egalitarian principle and individualistic reference of "equal rights for all"*¹⁴⁹⁵ ». Malgré le manque de fondements de ces allégations, Habermas doit ici se voir concéder que la thèse du caractère non dérivé des droits constitutionnels des peuples autochtones peut malheureusement trouver certains appuis en droit droit canadien.

C'est un principe général et non contesté du droit constitutionnel canadien que, à l'exception des dispositions qui aménagent le pouvoir constituant, une partie (valide) de la « loi

¹⁴⁹⁰ *Id.*, p. 205.

¹⁴⁹¹ Voir *supra* note 1458 et texte correspondant.

¹⁴⁹² Voir J. HABERMAS, *supra* note 1408, p. 213.

¹⁴⁹³ Voir J. HABERMAS, *supra* note 1477, p. 20.

¹⁴⁹⁴ Voir *id.*, p. 23.

¹⁴⁹⁵ *Ibid.*

suprême » ne peut en invalider, autrement neutraliser ou même « atténuer » une autre¹⁴⁹⁶. Bien que « non écrit » dans sa généralité dans la loi suprême, ce principe reconnu par la jurisprudence y trouve certaines manifestations écrites partielles. À titre d'illustration, le droit à l'égalité qui est garanti par l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁴⁹⁷ ne saurait être invoqué à l'encontre du fait que la loi de différentes provinces peut varier, puisqu'il s'agit là d'une conséquence normale du fédéralisme, pour sa part aménagé principalement dans la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁴⁹⁸. Ce même droit à l'égalité ne saurait davantage être invoqué à l'encontre de la portée restreinte du droit de faire instruire ses enfants dans la langue officielle de la minorité que confère l'article 23 de la même Charte¹⁴⁹⁹. De ce principe, entre autres, veut se déduire celui de la non-hiérarchisation des droits et libertés constitutionnels, qui d'ailleurs est reconnu en droit international par la *Déclaration de Vienne* de 1993¹⁵⁰⁰ comme corollaire du principe d'indivisibilité des droits et libertés et qui, en droit canadien, a d'abord été formulé par la Cour suprême dans l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada* de 1994 :

La règle de common law qui, avant l'adoption de la *Charte*, régissait les ordonnances de non-publication, accordait une plus grande importance au droit à un procès équitable qu'à la liberté d'expression de ceux qui étaient touchés par l'interdiction. À mon sens, l'équilibre que cette règle fixe est incompatible avec les principes de la *Charte*, en particulier avec l'égalité de rang qu'accorde la *Charte* aux alinéas 2*b*) et 11*d*). Il ne conviendrait pas que les tribunaux continuent d'appliquer une règle de common law qui privilégie systématiquement les droits garantis à l'alinéa 11*d*) par rapport à ceux que garantit l'alinéa 2*b*). Il faut se garder d'adopter une conception hiérarchique qui donne préséance à certains droits au détriment d'autres droits, tant dans l'interprétation de la *Charte* que dans l'élaboration de la common law. Lorsque les droits de deux individus sont en conflit, comme cela peut se produire dans le cas d'une interdiction de publication, les principes de la *Charte* commandent un équilibre qui respecte pleinement l'importance des deux catégories de droits¹⁵⁰¹.

Depuis, ce principe fut confirmé à plusieurs reprises par la jurisprudence¹⁵⁰². Si deux droits de la *Charte* constitutionnelle paraissent entrer en conflit, le juge ne peut déclarer la préséance générale de l'un sur l'autre. Il devra plutôt s'efforcer de concilier les droits en cause de manière à

¹⁴⁹⁶ Voir *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319 (j. McLachlin, motifs majoritaires, version électronique publiée par Lexum non paginée) ; *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148 ; *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609.

¹⁴⁹⁷ *Loi constitutionnelle de 1982*, L.R.C. 1985, app. II, n° 44, Partie I (art. 1-34).

¹⁴⁹⁸ La jurisprudence va même jusqu'à prévoir que les distinctions entre les provinces que peut opérer la loi fédérale « ne donnent pas automatiquement naissance à une présomption de discrimination », de telles distinctions pouvant représenter « un moyen légitime de promouvoir les valeurs propres à un système fédéral » [*Haig c. Canada (Directeur général des élections)*], [1993] 2 R.C.S. 995, se référant à *R. c. S.(S)*, [1990] 2 R.C.S. 254.

¹⁴⁹⁹ *Gosselin (Tuteur de) c. Québec (P.G.)*, [2005] 1 R.C.S. 238.

¹⁵⁰⁰ *Déclaration et programme d'action de Vienne*, Doc. off. A.G. N.U., 48^e sess., Doc. N.U. A/CONF.157 (1993) 23.

¹⁵⁰¹ *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, à la p. 877.

¹⁵⁰² Voir not. *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698, par. 50 ; *Gosselin*, *supra* note 1499. Voir à ce sujet L.-P. LAMPRON et E. BROUILLET, « Le principe de non-hiérarchie entre droits et libertés fondamentaux : l'inaccessible étoile ? », (2011) 41 *Revue générale de droit* 93.

résoudre le conflit, quitte à bien ancrer sa décision dans les faits de l'espèce ou à prendre en considération le droit concurrent à celui allégué dans la vérification, en vertu de l'article premier, du caractère justifié de la restriction¹⁵⁰³. Il serait toutefois illusoire de penser que ce principe puisse être mis en œuvre dans sa pureté théorique. Malgré l'interdit de principe prévu par le droit international, des hiérarchies se sont dans les faits développées au sein des régimes juridiques nationaux¹⁵⁰⁴. Dès lors qu'on se penche sur l'économie des dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés*, on constate d'abord que l'article 33 suggère une étrange hiérarchie en autorisant la dérogation à des droits reconnus par les standards internationaux et le bon sens comme étant d'une importance première, mais non à d'autres, qui sont manifestement d'une importance secondaire. Une telle aberration s'explique par une malheureuse contingence politicohistorique plutôt que par des considérations proprement juridiques¹⁵⁰⁵. Par ailleurs, l'article 28 et le paragraphe 35(4) de la *Loi constitutionnelle de 1982* font de l'égalité entre les sexes un principe intangible, principe qui ajoute au droit général à l'égalité de l'article 15 de manière à assurer une telle égalité dans la garantie de droits par la *Charte canadienne* (Partie I) et dans celle de droits spéciaux aux peuples autochtones par la Partie II, et ce indépendamment des autres dispositions. Voilà qui paraît d'autant plus accorder une importance privilégiée à l'égalité entre les sexes que l'article 33 de la *Charte* ne permet pas de déroger à l'article 28 – et encore moins, si possible, au paragraphe 35(4), qui ne se trouve pas dans la *Charte*. La question délicate se pose toutefois du rapport des droits pour l'essentiel individuels que protège la *Charte canadienne* aux droits « collectifs » des peuples autochtones « reconnus et confirmés » par la Partie II de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L'article 25 de la *Charte* veut préciser que :

Le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits ou libertés – ancestraux, issus de traités ou autres – des peuples autochtones du Canada, notamment :

- a) aux droits ou libertés reconnus par la proclamation royale du 7 octobre 1763;
- b) aux droits ou libertés existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis.

Le principe voulant qu'une partie de la constitution ne puisse en invalider ou en atténuer une autre paraît donc y trouver une manifestation écrite. La jurisprudence de la Cour suprême ne

¹⁵⁰³ *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, par. 73 ; *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 R.C.S. 772, par. 29-35 ; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256, par. 30.

¹⁵⁰⁴ Voir V. SAINT-JAMES, « Hiérarchie et conciliation des droits de l'Homme », dans J. ANDRIANTSIMBAZOVINA *et al.* (dir.), *Dictionnaire des droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2008, p. 477-478.

¹⁵⁰⁵ Voir R.J. ROMANOW, J.D. WHYTE et H.A. LEESON, *Canada... Notwithstanding. The Making of the Constitution, 1976-1982* (1984), éd. du 25^e anniversaire, Toronto, Thompson/Carswell, 2007.

renferme pour le moment que des « *obiter dicta* » contradictoires à ce sujet. Dans les motifs concordants qu'il signait dans l'arrêt *Kapp*, le juge Bastarache suggérait non seulement que les droits et libertés individuels garantis par la *Charte* ne pouvaient invalider les droits constitutionnels spéciaux des peuples autochtones, mais que, à la faveur d'une théorie du « bouclier » protecteur, ces derniers devaient systématiquement l'emporter sur les premiers¹⁵⁰⁶. Plutôt qu'à une telle manifestation juridique du collectivisme moral, la préférence nous semble devoir aller aisément aux motifs concordants de la juge Deschamps dans la récente affaire *Beckman* :

À l'occasion du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, paragraphe 48-82, notre Cour a dégagé quatre principes qui sous-tendent l'ensemble de notre Constitution et de son évolution : (1) le constitutionnalisme et la primauté du droit; (2) la démocratie; (3) le respect des droits des minorités; (4) le fédéralisme. Ces quatre principes structurants s'articulent dans trois pactes fondamentaux : (1) pacte entre l'État et les personnes au sujet des droits et libertés fondamentaux de ces dernières; (2) pacte entre la population allochtone et les peuples autochtones sur le respect des droits ancestraux des seconds et des traités conclus avec eux; (3) « pacte fédératif » entre les provinces. [...]

Notre *Loi constitutionnelle de 1982*, paragraphe 35(1), reconnaît et confirme les droits ancestraux et issus de traités des peuples autochtones du Canada. Le constituant a également jugé bon de préciser, à l'article 25 de cette même loi, que le fait qu'il reconnaisse des droits et libertés fondamentaux aux personnes et citoyens ne devait pas être jugé en soi incompatible avec la reconnaissance de droits spéciaux aux peuples autochtones. Autrement dit, lorsqu'on interprète les premier et deuxième pactes, il ne faut pas le faire de sorte qu'ils entrent en conflit, mais plutôt qu'ils se complètent¹⁵⁰⁷.

L'article 25 se trouve d'ailleurs dans la même section, que la *Charte canadienne* consacre à ses « Dispositions générales », que l'article 27, qui dispose que « [t]oute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens ». Nul ne songerait à voir dans cette disposition le principe d'une préséance du multiculturalisme sur les droits et libertés fondamentaux de la personne.

Aux fins de notre enquête, une autre difficulté provient du fait que les cultures minoritaires qui nous intéressent particulièrement sont des cultures juridiques, ce qui pose en effet la question de la manière de concevoir un éventuel « droit à son droit », une idée qui ne peut faire autrement que d'impliquer celle d'une dualité de niveaux de juridicité. Souvenons-nous que c'est en prenant prudemment ancrage dans la manière dont le droit étatique canadien et international renvoie d'ores et déjà aux ordres juridiques autochtones que nous nous sommes sentis invité, plutôt qu'à retenir la définition qu'en donnent Merry ou Waldron, à nous en tenir à

¹⁵⁰⁶ *R. c. Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483, par. 67-123 (j. Bastarache, motifs concordants).

¹⁵⁰⁷ *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, [2010] 3 R.C.S. 103, par. 97-98 (j. Deschamps, motifs concordants).

une notion de pluralisme juridique selon laquelle le droit serait une dimension de toute culture sociétale. Benjamin Berger déplore que la notion kymlickienne de culture sociétale soit pour ainsi dire « infrajuridique »¹⁵⁰⁸, de sorte qu'elle ne saurait permettre l'extension du multiculturalisme libéral au pluralisme juridique. C'est pourtant faux. Comme nous l'avons vu, Kymlicka n'emploie pas les termes de « droit » ou « droits » au sens juspositiviste technique de la théorie des sources formelles du droit. De toute façon, il est à se demander pourquoi le modèle de Kymlicka ne pourrait pas admettre que puisse exister plusieurs niveaux de juridicité positive au sein d'un droit moderne constitué en « pyramide ». Dans *La citoyenneté multiculturelle*, l'auteur ne désigne pas explicitement, à côté de la société, de l'éducation, de la religion, des loisirs et de la vie économique, le droit comme faisant partie de « l'ensemble des activités humaines » que modulerait toute culture sociétale à travers des modes de vie porteurs de sens. Cela ne l'a pas empêché de prendre acte, dans d'autres textes, du fait que les revendications légitimes des peuples autochtones s'étendent généralement à celle de « systèmes juridiques séparés »¹⁵⁰⁹, ni de recenser la reconnaissance des régimes juridiques autochtones coutumiers parmi les mesures multiculturalistes connues¹⁵¹⁰. Le « culturalisme libéral » de Kymlicka permet donc de penser un « droit à sa culture juridique », du moins par le truchement des « droits à l'autonomie gouvernementale ». Or le droit à sa culture juridique minoritaire devra en pratique comprendre aussi celui à sa « reconnaissance » par la culture juridique majoritaire.

Sur le plan de la *protection juridique* des cultures juridiques minoritaires par distinction avec celui de la présomption de leur valeur d'ensemble, la reconnaissance, outre un éventuel et matériellement variable droit à l'autonomie gouvernementale, devra selon toute vraisemblance s'entendre d'un complexe d'« opérations de reconnaissance » de la part du système juridique autour duquel gravite la « culture juridique » majoritaire. Au sein de ce dernier système, on distinguera dès lors effectivement deux niveaux : (1) celui auquel seront prévues les opérations de reconnaissance ; (2) celui auquel se situeront les effets de ces opérations. En effet, outre la philosophie politique – qui du reste trouve fréquemment de ses arguments dans le droit positif –, et outre encore la doctrine juridique, un « droit à sa culture juridique » peut se retrouver plus ou

¹⁵⁰⁸ B. BERGER, « The Cultural Limits of Legal Tolerance », (2008) 21 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 245, p. 269.

¹⁵⁰⁹ W. KYMLICKA, « The rise and fall of multiculturalism ? [...] », *supra* note 1400, p. 104.

¹⁵¹⁰ *Id.*, p. 101.

moins positivisé, non seulement comme « standard » ou dans le droit supranational, mais aussi dans le droit constitutionnel d'un État. Voilà à la lumière de quoi il faut maintenant relire les conclusions de la première partie de notre enquête. Chez Kymlicka, le « droit à sa culture juridique » comme dimension de sa « culture sociétale » relève d'abord, dans *La citoyenneté multiculturelle* notamment, d'une théorie libérale. Comme nous l'avons vu, dans de plus récents travaux ce même auteur trouve un ancrage normatif important sinon premier dans le principe et le droit supranational relatifs aux droits de l'homme ainsi que dans le principe et la pratique modernes du constitutionnalisme et de l'État de droit¹⁵¹¹ – qui comprennent le principe des droits de l'homme et l'assujettissement au droit supranational. Entre autres, lui sert d'argument la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*¹⁵¹², texte certes non techniquement contraignant, mais qui peut être compris, comme le font le premier et l'actuel rapporteurs onusiens sur les droits des peuples autochtones¹⁵¹³, tel qu'une simple interprétation contextualisée des droits fondamentaux reconnus dans les instruments internationaux contraignants, et dont nous savons que les articles 5, 26, 27, 34 et 40 sont porteurs d'un principe de reconnaissance, au sens entendu par notre concept d'« opération de reconnaissance », des ordres juridiques autochtones par les droits nationaux¹⁵¹⁴. La théorie de Kymlicka doit à notre sens être comprise comme militant en faveur de la codification, en droit interne constitutionnel, d'un tel principe. Quant à lui, ajoutant ainsi à sa (sans doute trop) vaste gamme de concepts « juridiques », Habermas en viendra à distinguer explicitement entre « forme » et « substance » juridiques d'une manière que peut s'approprier ce « pluralisme juridique » minimal qu'est le nôtre. Comme le fera Raz¹⁵¹⁵, Habermas avance que « tout ordre juridique n'est pas seulement le reflet du contenu universel des droits fondamentaux, mais aussi l'expression d'une forme de vie

¹⁵¹¹ Voir not. W. KYMLICKA, *Multicultural odysseys*, *supra* note 1400, p. 27-55 ; « The rise and fall of multiculturalism? [...] », *supra* note 1400, p. 100-103.

¹⁵¹² ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Assemblée générale, *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, A/RES/61/295, 107^e séance plénière, 13 septembre 2007.

¹⁵¹³ Voir *supra* notes 113-117 et texte correspondant ainsi que : S.J. ANAYA, « The Right of Indigenous Peoples to Self-Determination in the Post-Declaration Era », dans C. CHARTERS et R. STAVENHAGEN (dir.), *Making the Declaration Work: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, trad. E. Bolton, Copenhague, International Workgroup for Indigenous Affairs, 2009, p. 184-199 ; R. STAVENHAGEN, « Making the Declaration Work », dans *id.*, p. 352-371.

¹⁵¹⁴ Voir *supra* notes 108-112 et texte correspondant.

¹⁵¹⁵ Voir *supra* note 1489 et texte correspondant.

particulière¹⁵¹⁶ », d'où « l'inévitable coloration éthique de toute communauté juridique et de tout processus démocratique de réalisation des droits fondamentaux¹⁵¹⁷ ».

Sur le plan de la *présomption de valeur d'ensemble* des cultures juridiques minoritaires maintenant, le projet taylorien d'une politique de reconnaissance devant satisfaire des revendications en réalité plus « fortes » que la simple demande de protection juridique introduit pour ainsi dire un concept de « reconnaissance extrajuridique d'ordre juridique ». L'ordre juridique reconnu se veut ici d'autant plus véritablement apprécié qu'il le serait dans sa dimension culturelle, se voyant ainsi attribuer une valeur qui serait de degré supérieur à celui de la valeur que posséderait la stricte juridicité. Il serait alors notamment question, nous semble-t-il, d'une valorisation de ce qui n'est visible que depuis ce que Weber et Kelsen appellent le « point de vue sociologique » sur le droit, c'est-à-dire des représentations juridiques qui « orienteraient » réellement l'action des individus¹⁵¹⁸. Le « monde de l'éducation au sens large » se voulant le « lieu essentiel » de mise en œuvre de cette composante fondamentale de la « politique de reconnaissance » qu'est la présomption de valeur d'ensemble des cultures sociétales minoritaires, l'application de cette politique aux cultures juridiques devrait conduire, outre un développement de la recherche juridique anthropologique et historique sur les régimes juridiques autochtones, à l'intégration au cursus juridique de premier cycle de cours d'introduction à ces régimes¹⁵¹⁹.

Il nous faut pourtant poursuivre plus avant notre enquête. Chez Habermas, une éthique intersubjectiviste, formaliste et même « juriste », ancrée dans une théorie sociale communicationnelle, finit par rejoindre le multiculturalisme, quoique le doute subsiste au sujet du pluralisme culturel d'un modèle qui se révèle au final plutôt favorable à ce qui se présente à nos yeux telle une colonisation juridique de la société civile. La reconnaissance y intervient sous

¹⁵¹⁶ J. HABERMAS, *supra* note 1408, p. 221.

¹⁵¹⁷ *Id.*, p. 222.

¹⁵¹⁸ Voir not. M. WEBER, *Rudolf Stammler et le matérialisme historique* (1907), trad. M. Coutu et D. Leydet, intro. M. Coutu, D. Leydet, G. Rocher et E. Winter, Sainte-Foy (Québec)/Paris, Presses de l'Université Laval/Cerf, 2001 ; H. KELSEN, « Zur Soziologie des Rechts. Kritische Bemerkungen (Sur la sociologie du droit. Remarques critiques) », *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 1912, p. 601-607 ; « Grundlegung der Rechtssoziologie (Fondements de la sociologie du droit) », *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 1915, p. 839-876.

¹⁵¹⁹ Voir not. J. BORROWS, « A Proposal: Indigenous Legal Tradition and Legal Education », *McGill Law Journal* (à paraître).

deux aspects : (1) celui de la reconnaissance réciproque et constitutive des parties à la discussion à titre de sujets ; (2) celui de la politique de reconnaissance. L'œuvre de Habermas finit donc par embrasser tout le contexte de la réactualisation systématique de la thématique philosophique qui nous occupe et qui passe pour hégélienne. Il convient en effet de ne parler ici que d'un « contexte », car une telle réactualisation systématique sera le fait de son successeur, Axel Honneth. Chez Taylor pas davantage que chez Habermas la reconnaissance ne dépasse-t-elle guère le stade de l'intuition. Or, en plus d'approfondir l'intuition cognitiviste habermassienne, Honneth, du moins à un premier moment de sa trajectoire intellectuelle, insistera sur l'attention à prêter à la conflictualité dans le repérage des forces sociales d'émancipation. Lorsque le sens est mis en question dans le cours de l'activité communicationnelle quotidienne, Habermas ne voit que trois possibilités d'action : (1) l'agir moral de la recherche d'un consensus dans la discussion ; (2) l'agir amoral stratégique ou instrumental de la négociation d'un compromis ; (3) l'agir immoral du recours à la violence. Quant à lui, Honneth dégagera dans *La lutte pour la reconnaissance* une catégorie de conflits distincte de la violence et renvoyant à une force motrice de développement moral de la société. La « lutte pour la reconnaissance » qui, comme nous nous apprêtons à le voir, pourrait entre autres prendre la forme d'une lutte pour la « reconnaissance solidaire » ou celle d'une lutte pour la « reconnaissance juridique », mobiliserait chaque fois un principe normatif de confirmation réciproque d'une identité socialement constituée, en sorte que les travaux de Honneth consignent une théorie cognitive de l'intersubjectivité. Rappelons-nous ce que nous avons déjà eu l'occasion d'annoncer. Relativement à la notion honnethienne de « reconnaissance juridique », Fichte fait figure de précurseur, puisque, derrière son positivisme juridique apparent, il a soutenu la thèse d'un principe juridique égalitaire suprapositif dont la « communauté » serait dépositaire. Fichte était cependant d'avis que la mise en œuvre de ce principe dans le contrôle du droit positif et de l'action des autorités publiques ne devait pas d'abord passer par la lutte sociale, mais par l'« Éphorat ». Bien que Honneth pourrait sans doute admettre à certaines conditions un principe d'épuisement préalable des recours institutionnels¹⁵²⁰, le fait que, à un moment de son parcours intellectuel du moins, il attribue un rôle de premier plan à la lutte sociale fait de lui – et non de Hegel chez qui la lutte finit par devenir une figure de l'échec de la reconnaissance – le premier véritable théoricien de la lutte pour la reconnaissance. Toutefois, ce n'est que sous son premier aspect, celui de la

¹⁵²⁰ Voir not. *infra* note 1782 et texte correspondant.

reconnaissance réciproque et constitutive des parties à la discussion à titre de sujets, que l'intuition recognitiviste habermassienne sera approfondie par Honneth. Nous aurons tôt fait de voir que, à la différence de Taylor, ce n'est pas en ayant à l'esprit la problématique multiculturaliste que, à peu près au même moment, Honneth s'attelait à la réactualisation systématique de l'argument recognitif hégélien. Il faudra ensuite vérifier si son modèle peut néanmoins combiner les avantages d'un formalisme éthique ainsi refondé sur un concept de lutte pour la reconnaissance avec la principale contribution que veut apporter la politique taylorienne de reconnaissance, c'est-à-dire, au-delà de leur protection juridique, la promotion d'une présomption de valeur des cultures sociétales minoritaires. Relevons du reste que, sans pour autant lui attribuer de rôle positif précis, Raz a bien eu l'intuition de l'irréductibilité du conflit en contexte multiculturel :

Conflict is endemic. Of course, pluralists can step back from their personal commitments and appreciate in the abstract the value of other ways of life and their attendant virtues. But this acknowledgement coexists with, and cannot replace, the feelings of rejection and dismissiveness towards what one knows is in itself valuable. Tension is an inevitable concomitant of accepting the truth of value pluralism. And it is a tension without stability, without a definite resting-point of reconciliation of the two perspectives, the one recognizing the validity of competing values and the one hostile to them. There is no point of equilibrium, no single balance which is correct and could prevail to bring the two perspectives together. One is forever moving from one to the other from time to time¹⁵²¹.

¹⁵²¹ J. RAZ, *supra* note 1389, p. 165.

Chapitre 6. Honneth : la lutte pour la reconnaissance

Le professeur Marheineke, dans son oraison funèbre à Hegel le 16 novembre 1831 au grand amphithéâtre de l'Université de Berlin : « Semblable à notre Sauveur, voici qu'il est, lui-aussi, retourné dans sa vraie patrie et qu'il a traversé la mort pour ressusciter en majesté¹⁵²². » Plus près de nous pourtant, Olivier Jouanjan a raison d'affirmer que « la mort spirituelle de Hegel, dans l'âme allemande, fut brutale et [que] la résurrection se fit longuement attendre¹⁵²³. Il est raisonnable d'avancer que cette résurrection est venue avec Axel Honneth :

The most impressive aspects about Honneth's work are the quiet assurance and the amazing consistency with which he has been able to maintain a deeply original intellectual vision over three decades, despite all the changes in the intellectual contexts and despite all the criticisms. Indeed, as the mood of the academic context in which Honneth's thinking is located has been taking an ever greater Kantian tone, Honneth's position has become increasingly uncomfortable¹⁵²⁴.

Assurément le plus important philosophe contemporain de la reconnaissance, Honneth aurait pourtant très bien pu se réclamer aussi bien de Fichte. En remontant plus loin dans le cours de l'histoire de la pensée philosophique, on constatera que, par l'intermédiaire de Hegel qui aurait « toujours cherché une issue dans une médiation entre la doctrine moderne de la liberté et la conception antique de la politique¹⁵²⁵ », Honneth trouve des racines de la reconnaissance chez Aristote, par qui « l'homme avait été essentiellement compris comme un être social, un *zoon politikon*, qui ne peut réaliser sa nature profonde que dans le cadre d'une collectivité politique¹⁵²⁶ ». Pour Hegel comme pour Aristote d'ailleurs, la morale est affaire de dispositions plutôt que de connaissance.

¹⁵²² K. ROSENKRANZ, *Vie de Hegel, suivi de l'Apologie de Hegel contre le docteur Haym*, trad. P. Osmo, Paris, Gallimard, 2007, p. 705-706.

¹⁵²³ O. JOUANJAN, « Préface : Georg Jellinek ou le juriste philosophe », dans G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit*, réimp. trad. G. Fardis (1911), 2 vol., Paris, Panthéon-Assas/LGDJ, 2005, vol. 1, p. 16.

¹⁵²⁴ J.-P. DERANTY, *Beyond Communication: A Critical Study of Axel Honneth's Social Philosophy*, Leiden/Boston, Brill, 2009, p. 467.

¹⁵²⁵ A. HONNETH, *La Lutte pour la reconnaissance* (1992), trad. P. Rusch, Paris, Cerf, 2000, p. 11.

¹⁵²⁶ *Id.*, p. 13.

Limité dans ce premier moment de la *Lutte pour la reconnaissance* (1992)¹⁵²⁷ aux travaux de la période d'Iéna, l'hégélianisme de Honneth s'ouvrira par la suite, dans *Les pathologies de la liberté* (2001)¹⁵²⁸ notamment, aux *Principes de la philosophie du droit* (PPD)¹⁵²⁹, et ce pour finir, dans *Das Recht der Freiheit* (2011 ; « *Le droit de la liberté* »)¹⁵³⁰, par s'y focaliser. Ce dernier livre en date de notre auteur, livre qui du reste compte 628 pages, a de bonnes chances de s'imposer comme son *opus magnum*. Suivant une trajectoire semblable à celle de Habermas depuis la *Théorie de l'agir communicationnel à Droit et démocratie*, l'accent mis par Honneth passe, depuis la *Lutte pour la reconnaissance* au *Droit de la liberté*, d'un projet de sociologie critique à une théorie sociale, autrement dit du chantier d'une sociologie normative à une philosophie sociologique. Or, ce qui se perd lors de ce déplacement est l'attention particulière que prêtait le premier Honneth à la conflictualité, à un point tel que Ludwig Siep, dans la recension qu'il en faisait paraître dans *Die Zeit*, écrivait du l'*opus* de 2011 que la reconnaissance y apparaissait sous une forme étrangement non conflictuelle¹⁵³¹. Nous nous intéresserons donc principalement, à cette dernière étape de notre enquête, à l'ouvrage de 1992.

Dans *La lutte pour la reconnaissance*, Honneth soutient que c'est dans la réactualisation qu'en propose Taylor dans *Hegel et la société moderne*¹⁵³² qu'on trouve la meilleure défense de l'idée hégélienne de « vie éthique¹⁵³³ ». Taylor affirmera à son tour que, avec *La lutte pour la reconnaissance*, Honneth apporte un éclairage sur des problématiques jusqu'alors demeurées obscures, si bien que l'ouvrage en question est appelé à occuper une place centrale dans les débats de la philosophie politique pendant de nombreuses années¹⁵³⁴. Cependant, parus à

¹⁵²⁷ *Id.*

¹⁵²⁸ A. HONNETH, *Les pathologies de la liberté. Une réactualisation de la philosophie du droit de Hegel* (2001), trad. F. Fischbach, Paris, La Découverte, 2008.

¹⁵²⁹ G.W.F. HEGEL, *Principes de la philosophie du droit* (1821), trad. A. Kaan, Paris, Gallimard, 1940. Il en existe une traduction plus récente, par J.-F. Kervégan (Paris, PUF, 1998).

¹⁵³⁰ A. HONNETH, *Das Recht der Freiheit: Grundriß einer demokratischen Sittlichkeit* [*Le droit de la liberté : éléments d'une éthicité démocratique*], Berlin, Suhrkamp, 2011.

¹⁵³¹ L. SIEP, « Wir sind dreifach frei » [« Nous sommes triplement libres »], *Zeit Online*, 2011, en ligne : <http://www.zeit.de/2011/34/L-S-Honneth>

¹⁵³² C. TAYLOR, *Hegel et la société moderne*, Québec/Paris, Presses de l'Université Laval/Cerf, 1998.

¹⁵³³ A. HONNETH, *supra* note 1525.

¹⁵³⁴ C. TAYLOR, cité sur la quatrième de couverture de la traduction anglaise de l'ouvrage de A. HONNETH, *The Struggle for Recognition: the Moral Grammar of Social Conflicts*, Cambridge (MA), MIT Press, 1996.

l'origine la même année¹⁵³⁵, *La lutte pour la reconnaissance* et « La politique de reconnaissance » ne renvoient pas l'un à l'autre. Celui-là correspond à la thèse d'habilitation qu'a soutenue Honneth en 1989 devant un comité dont l'auteur de celui-ci était membre, ce qui prouve, comme le fait remarquer Mauro Basaure, que Taylor, qui curieusement n'y fait aucunement mention, connaissait bien l'étude de Honneth au moment où il a fait paraître son célèbre article sur le sujet¹⁵³⁶. Nonobstant sa grande popularité, la « politique de reconnaissance » à la taylorienne est une philosophie fragmentaire. Voilà du moins ce que révèle sa comparaison avec les travaux de Honneth.

Section 1. Un souci de conformité aux exigences de la théorie critique de la société

C'étaient les mots de Honneth lui-même que nous reproduisons plus tôt lorsque nous écrivions qu'il était aujourd'hui possible de parler de théorie critique de la société (TCS) pour renvoyer, non pas à la poursuite intégrale du programme initial de l'École de Francfort, mais à un certain type de théorie sociale qui « partage quelque chose » avec lui « et peut-être avec la tradition de l'hégélianisme de gauche dans son ensemble ». Nous voyions alors que ce « quelque chose » consistait en une certaine forme de critique normative se voulant, non pas purement spéculative, mais d'abord capable d'indiquer l'instance préscientifique d'émancipation à laquelle elle se rattacherait dans la réalité sociale elle-même¹⁵³⁷. Pour ce faire, la TCS doit pouvoir compter sur la définition préalable et « quasi sociologique d'un intérêt émancipatoire existant dans la réalité sociale elle-même¹⁵³⁸ ». De fait, ce qu'une telle théorie veut à terme, c'est pouvoir aiguiller normativement l'étude scientifique de la société en fonction d'un critère que permettrait de formuler l'orientation de « forces motrices sociales qui, dans le processus historique, tendent à critiquer et à dépasser les formes établies de domination¹⁵³⁹ ». Selon Honneth du moins, le type

¹⁵³⁵ A. HONNETH, *Kampf um Anerkennung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992; C. TAYLOR, « The Politics of Recognition », dans *Multiculturalism and the « Politics of Recognition » : an Essay*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1992.

¹⁵³⁶ M. BASAURE, « Axel Honneth et le multiculturalisme », dans M. ST-HILAIRE (dir.), « Dossier : Axel Honneth et le droit », *Droit et Société. Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, n° 78/2011, p. 339-353, à la page 341, note 4.

¹⁵³⁷ Voir *supra* notes 1293 à 1295 et texte correspondant.

¹⁵³⁸ A. HONNETH, « La dynamique sociale du mépris. D'où parle une théorie critique de la société ? », dans C. BOUCHINDHOMME et R. ROCHLITZ (dir.), Paris, Cerf, 1996, p. 215, à la page 217. Par « intérêt émancipatoire », Honneth se réfère, *mutatis mutandis*, au concept développé par J. HABERMAS dans *Connaissance et intérêt* (1968), trad. G. Clémenton, Paris, Gallimard, 1976.

¹⁵³⁹ *Ibid.*

de sciences sociales que veut autoriser la TCS n'est pas que réflexif, et l'existence de telles forces motrices fait figure d'axiome dans la tradition francfortoise.

D'après Honneth toujours, l'étude historique de la tradition francfortoise enseigne que ses premiers artisans, Horkheimer et Adorno, le premier se focalisant sur le « travail social » et le second sur la critique marxienne du fétichisme, n'ont pas réussi à traduire dans une pratique de recherche cet objectif ambitieux. Ils auraient essuyé un échec épistémologique en se révélant incapables de fournir quelque preuve empirique que ce soit de l'instance sociale d'émancipation dont ils dépendaient théoriquement¹⁵⁴⁰. Or les victoires successives du fascisme, du nazisme, du stalinisme et du capitalisme ont été reçues par eux comme autant de preuves de l'invalidité, non pas de leurs tentatives précises pour la mener à bien, mais de l'entreprise elle-même. C'est en effet ce qui se dégage de la « dialectique négative » d'Adorno ainsi que de l'intérêt tardif manifesté par Horkheimer pour le pessimisme philosophique d'un Schopenhauer, dont on sait qu'il s'inscrivait en faux contre la philosophie hégélienne de l'histoire¹⁵⁴¹. Car de telles critiques négativistes, de même que leur radicalisation chez Stefan Breuer¹⁵⁴² ou encore dans le poststructuralisme français¹⁵⁴³, nous alarment d'une réalité sociale dont disparaîtrait, ou aurait déjà disparu, avec le « monde vécu » (*Lebenswelt*) et au profit de la régulation systémique, toute structure susceptible d'être porteuse d'intérêts émancipatoires. C'est ici qu'intervient Habermas qui réfute la thèse de l'impossibilité de réactiver le projet d'une théorie critique, et ce en ouvrant un nouvel accès catégoriel à la réalité sociale.

Si l'action des forces émancipatoires lui paraît entravée par les systèmes à un point tel que Habermas s'inquiète, dans la *Théorie de l'agir communicationnel*¹⁵⁴⁴, de la menace d'une « colonisation du monde vécu », rien ne lui semble joué d'avance. Habermas voit dans le droit positif moderne et l'émergence de nouvelles pratiques d'autodétermination collective fondées sur la délibération des effets de l'action résistante de ces forces. Honneth est d'avis que, à travers

¹⁵⁴⁰ *Id.*, p. 218.

¹⁵⁴¹ Voir not. A. SCHOPENHAUER, *Le monde comme volonté et comme représentation* (1818-1819), trad. A. Burdeau, Paris, PUF, 1966/2003 ; *Du néant de la vie* (1851), trad. A. Dietrich, Paris, Mille et une nuits, 2004.

¹⁵⁴² Honneth renvoie à S. BREUER, *Die Gesellschaft des Verschwindens : von der Selbsterstörung der technischen Zivilisation* [La société de la disparition : de l'autodestruction de la civilisation technicienne], Hambourg, Junius, 1992.

¹⁵⁴³ Honneth renvoie à M. FOUCAULT, *Surveiller et punir : naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975.

¹⁵⁴⁴ J. HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel* (1981), trad. J.-M. Ferry (vol. 1) et J.-L. Schlegel (vol. 2), 2 vol., Paris, Fayard, 1987.

cette image d'une colonisation du monde vécu, la théorie habermassienne de la société paraît d'abord converger avec le pessimisme des courants négativistes d'une réactualisation de la théorie critique¹⁵⁴⁵. Il explique ensuite que la reformulation habermassienne répond aux exigences épistémologiques originelles de Horkheimer dans la mesure où elle dispose, avec l'entente au moyen de la communication, d'une sphère préscientifique d'émancipation lui permettant de se rattacher à un point de vue normatif présent dans la réalité sociale elle-même¹⁵⁴⁶. Habermas ouvre ainsi un accès catégorial à la sphère sociale qui l'autorise à esquisser une TCS, pour autant que cette théorie entend retracer le processus de rationalisation de l'interaction sociale langagière au moins jusqu'au point historique où ce processus conduit au développement de différents médias de régulation sociale¹⁵⁴⁷. Sauf que cela ne saurait suffire à la réactualisation de la TCS. D'après Honneth, il était plutôt d'autres leçons encore à tirer de l'histoire de la tradition francfortoise.

Par exemple, on saurait aujourd'hui que Horkheimer a eu tort de ne pas s'apercevoir ou tenir suffisamment compte du fait que les classes sociales ne font pas d'expériences comme en font les sujets individuels¹⁵⁴⁸. Au-delà de la stricte question d'un accès catégorial à la sphère sociale par la désignation d'une instance préscientifique d'émancipation, il faudrait, pour prévenir l'échec épistémologique, que l'intérêt émancipatoire supposé par une telle désignation soit susceptible de posséder un bon ancrage dans l'expérience quotidienne des sujets. Honneth est en effet d'avis que sans « une quelconque démonstration du fait que la perspective critique est favorisée, dans la réalité sociale, par un besoin ou un mouvement, la théorie critique ne peut être poursuivie, aujourd'hui, de quelque manière que ce soit¹⁵⁴⁹ ». Puisqu'elle entend se rattacher aux forces motrices sociales tendant à critiquer et à dépasser les formes établies de domination, la TCS doit s'intéresser à la critique du pouvoir par le comportement protestataire. Or ce qui est à la source de celui-ci « n'est pas l'orientation en fonction de principes moraux positivement formulés, mais l'expérience d'atteintes aux idées intuitivement données de la justice¹⁵⁵⁰ ». L'expérience morale dans laquelle doit s'ancrer l'instance sociale préscientifique d'émancipation

¹⁵⁴⁵ A. HONNETH, *supra* note 1539, p. 222.

¹⁵⁴⁶ *Id.*, p. 223.

¹⁵⁴⁷ *Id.*, p. 222.

¹⁵⁴⁸ *Id.*, p. 223-224.

¹⁵⁴⁹ *Id.*, p. 219.

¹⁵⁵⁰ *Id.*, p. 227.

dont la TCS suppose la désignation est donc à l'origine négative. Cela n'est pas sans évoquer la critique marxienne de Proudhon : l'histoire ne se fait pas par le bon côté mais par la douleur du négatif¹⁵⁵¹. Ainsi que le fait remarquer avec force pertinence Joel Anderson, une idée essentielle de Habermas qui échappe souvent aux commentateurs de son œuvre est que la parole n'est pas toujours bonne, mais le musellement, toujours mauvais¹⁵⁵². Pourtant, ce qui, dans la perspective de la TCS, est problématique chez Habermas apparaît dès lors qu'on se demande quelles expériences morales sont censées correspondre à la rationalisation communicationnelle du monde vécu. Car un tel processus est un exemple parfait de ceux qui s'accomplissent à l'insu des sujets¹⁵⁵³. De fait, ces derniers « ne voient pas dans la réduction de ce que nous pouvons considérer comme leurs attentes morales ou comme leur « point de vue moral » une réduction des règles de langage qu'ils connaissent intuitivement¹⁵⁵⁴ ». Le sujet ne saurait faire quelque expérience morale négative de l'atteinte à de telles règles. Nous l'avons vu, Habermas a lui aussi recouru à l'idée de George Herbert Mead selon laquelle l'identité pratique des sujets dépend de l'expérience de la reconnaissance intersubjective¹⁵⁵⁵. Honneth est d'avis qu'en conséquence il aurait dû envisager plus sérieusement « la thèse selon laquelle les expériences morales ne sont pas suscitées par une restriction des compétences linguistiques, mais se forment à travers l'atteinte portée aux exigences d'une identité acquise par la socialisation¹⁵⁵⁶ ».

En voulant, plutôt que de le récuser, rapprocher de l'expérience le modèle habermassien de la communication, Honneth veut découvrir que la vulnérabilité de la personne humaine réside avant tout dans son identité qui s'est développée à la faveur de processus de reconnaissance intersubjective qui ne sont ni seulement ni d'abord langagiers. Ainsi que nous l'avons vu, Habermas sait bien que l'activité communicationnelle régulière est largement non verbale. Or c'est dans les principes mobilisés par la situation de discussion qu'il voit un intérêt émancipatoire. Lors du passage de Habermas à Honneth, le rapport de la normativité inhérente à

¹⁵⁵¹ K. MARX, *Misère de la philosophie. Réponse à la philosophie de la misère de M. Proudhon* (1847), dans *Œuvres*, trad. L. Évrard, M. Jacob, J. Malaquais, C. Orsoni, M. Rubel et S. Voutet, t. 1, *Économie*, Paris, Gallimard, 1965.

¹⁵⁵² Voir J. ANDERSON, « Situating Axel Honneth in the Frankfurt School Tradition », dans D. PETHERBRIDGE (dir.), *Axel Honneth: Critical Essays*, Leiden/Boston, Brill, 2011, p. 31-57, à la page 40.

¹⁵⁵³ A. HONNETH, *supra* note 1539, p. 225-226.

¹⁵⁵⁴ *Id.*, p. 226.

¹⁵⁵⁵ Voir *supra* note 1311 et texte correspondant. Voir aussi G.H. MEAD, *L'esprit, le soi et la société* (1934), trad. J. Cazeneuve, E. Kaelin et G. Thibault, Paris, PUF, 1963.

¹⁵⁵⁶ A. HONNETH, *supra* note 1539, p. 226.

l'usage non instrumental du langage à celle que génèrent des relations sociales de reconnaissance intersubjective est inversé. C'est celle-ci qui fonde maintenant celle-là. L'injustice du déni de reconnaissance est irréductible à une violation préalable des règles de la discussion. C'est plutôt dans la mesure où elle constitue une forme particulière d'un tel déni qu'une telle violation peut représenter une injustice. On pourrait dire en d'autres termes que ce qui distingue ici Honneth de Habermas est que le premier soutient que, avant qu'il n'y ait des arguments qui cherchent à se faire entendre, il y a des personnes qui cherchent à se faire reconnaître – ici dans leurs capacités cognitives, comme on le comprendra plus tard. Il en viendra donc à « développer le modèle de la communication élaboré par Habermas dans le sens de ses présuppositions intersubjectivistes, voire sociologiques¹⁵⁵⁷ ». Il s'agira dès lors de voir un potentiel de rationalisation émancipatoire, autrement dit de développement moral, dans une conception élargie de la communication recouvrant gestes, comportement, dispositions, attitudes, etc., de manière à « ne pas identifier purement et simplement le potentiel normatif de l'interaction sociale aux conditions langagières d'une entente sans contrainte¹⁵⁵⁸ ». Une telle approche amènera du reste Honneth à ébaucher un modèle formel de la vie éthique s'étendant au-delà des implications de ce point de vue moral particulier dont la tradition kantienne a cherché à expliciter l'intuition, et donc à développer une philosophie se voulant davantage « sociale » que simplement politicojuridique. Avant Honneth, Iris Marion Young avait elle aussi opposé, non seulement à la raison publique rawlsienne, mais aussi à la discussion habermasienne, une conception de la communication élargie à la « salutation », à la « rhétorique » et au « récit » devant mieux prendre en compte la singularité incarnée des interlocuteurs¹⁵⁵⁹.

Enfin, il importe de mentionner que ce sont ses travaux antérieurs sur la critique du pouvoir¹⁵⁶⁰ qui ont convaincu Honneth de la nécessité d'ajouter à la théorie habermasienne de la communication « les perspectives sociologiques ouvertes par les analyses historiques de Michel Foucault », et de ce que la seule façon d'y arriver était de recourir à « l'idée d'une lutte sociale

¹⁵⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁵⁹ I.M. YOUNG, « Justice and Communicative Democracy », dans R.S. GOTTLIEB (dir.), *Radical Philosophy: Tradition, Counter-Tradition, Politics*, Philadelphie, Temple University Press, 1993, p. 23-42 ; « Communication and the Other: Beyond Deliberative Democracy », dans S. BENHABID (dir.), *Democracy and Difference: Challenging Boundaries of the Political*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1996, p. 120-135.

¹⁵⁶⁰ Voir not. A. HONNETH, *Kritik der Macht: Reflexionsstufen einer kritischen Gesellschaftstheorie*, 2^e éd., Francfort, Suhrkamp, 1986 (trad. angl. K. Baynes : *The Critique of Power: Reflective Stages in a Critical Social Theory*, Cambridge (MA), MIT press, 1993).

fondée sur des mobiles moraux¹⁵⁶¹ ». On trouve d'une part chez Foucault l'idée que, plutôt que de se réduire à la loi pacificatrice ou encore à une instance répressive, le pouvoir innerve diffusément le social. La résistance *au* pouvoir serait ainsi improbable, et l'idée d'une résistance *dans* le pouvoir, pratiquement impossible. Voilà qui ne lui donne pas les moyens de faire la part du conflit et d'affirmer, comme il le fait d'autre part, que « l'ordre civil est fondamentalement un ordre de bataille¹⁵⁶² ». Car, pour qu'il puisse y avoir résistance et conflit, encore faut-il qu'il y ait une sphère de liberté. Tout cela ne lui devient pensable qu'avec la substitution du concept de « gouvernementalité » à celui, trop envahissant, de « pouvoir ». La résistance consistera dès lors à opposer des formes de savoir (discours théoriques) et de rapport à soi (subjectivités) différentes de celles qui sont articulées à des procédures de « gouvernement »¹⁵⁶³. C'est précisément au moyen d'une « réactualisation systématique » de l'argument fragmentaire du jeune Hegel que, pour sa part, Honneth entreprendra, dans une perspective tout autre que le poststructuralisme ou quelque autre forme de postmodernisme, de redynamiser la TCS en articulant un concept élargi d'agir communicationnel aux mouvements sociaux. Ce faisant, Honneth se trouve donc à remonter aux origines mêmes de la tradition plus large dans laquelle s'inscrit la francfortoise, à savoir la tradition hégéliano-marxiste. L'idée sera celle de forces motrices qui, s'exerçant dans le processus historique sous la forme de luttes sociales, travaillent au développement des structures communicationnelles de reconnaissance intersubjective.

Section 2. La réactualisation systématique d'un argument hégélien

Dans un premier moment, à la différence de Taylor, Honneth n'est pas intéressé par la *Phénoménologie de l'esprit*¹⁵⁶⁴ autant que par les écrits précédents de Hegel, fussent-ils demeurés à l'état de brouillons. S'inscrivant résolument dans la perspective de la TCS, ce n'est effectivement pas seulement l'idée que la conscience de soi dépende de l'expérience de la reconnaissance qui l'interpelle, mais aussi celle qu'une telle reconnaissance puisse constituer

¹⁵⁶¹ A. HONNETH, *supra* note 1525, p. 7.

¹⁵⁶² M. FOUCAULT, « Il faut défendre la société », dans *Annuaire du Collège de France*, 76^e année, « Histoire des systèmes de pensée », année 1975-1976, rep. dans *Dits et Écrits, 1954-1988*, éd. établie sous la dir. de D. Defert et F. Ewald, avec la collab. de J. Lagrange, vol. 2, Paris, Gallimard, 2001, p. 124-130, à la page 125.

¹⁵⁶³ Voir M. FOUCAULT, « The Subject and Power », dans H. DREYFUS et P. RABINOW (dir.), *Michel Foucault: Beyond Structuralism and Hermeneutics*, Chicago, University of Chicago Press, 1982, p. 208-226 (trad. fr. F. Durand-Bogaett : « Le sujet et le pouvoir », dans *Dits et Écrits, supra* note 1562, p. 1041-1062).

¹⁵⁶⁴ G.W.F. HEGEL, *Phénoménologie de l'esprit* (1807), trad. et notes G. Jarczyk et P.-J. Labarrière, Paris, Gallimard, 2002.

l'enjeu d'une lutte sociale par le truchement de laquelle s'exercerait une force morale alimentant le progrès historique de la société humaine. Plus exactement, c'est alors la seconde idée que Honneth trouve « réellement stimulante¹⁵⁶⁵ ».

Dans *La lutte pour la reconnaissance*, Honneth est encore d'avis que, avec la *Phénoménologie de l'esprit*, la pensée de Hegel serait passée d'une philosophie fragmentaire, à tonalité sociologique et relativement intersubjectiviste à une philosophie à la fois plus achevée, plus conventionnelle et plus résolument idéaliste de la conscience humaine, aux termes de laquelle l'interrelation communicationnelle ne peut plus être pensée comme instance d'individuation. Honneth parle à cet égard d'un abandon sinon d'un sacrifice à mi-chemin¹⁵⁶⁶. Dans le texte avec lequel s'achève la production de Hegel à Iéna, le modèle d'une lutte sociale pour la reconnaissance aurait ainsi déjà perdu sa fonction directrice. « Néanmoins », écrit Honneth, « les traits théoriques fondamentaux de ce modèle se dessinent déjà si clairement dans les écrits de la période précédant l'élaboration du système final qu'ils suffisent à fournir les prémisses d'une théorie sociale autonome¹⁵⁶⁷ ». Les écrits en question sont les *Manières de traiter scientifiquement du droit naturel* de 1802, le *Système de la vie éthique* de 1802-1803, la *Première philosophie de l'esprit* de 1803-1804 (autrefois nommé *Realphilosophie d'Iéna*) ainsi que le fragment qu'est demeurée la *Philosophie de l'esprit* de 1805-1806, fragment qu'on désigne aujourd'hui comme la *Realphilosophie d'Iéna*¹⁵⁶⁸. Honneth se réfère en outre au deuxième tome de l'édition des œuvres théoriques de Hegel, dont le traducteur de Honneth, Pierre Rusch, indique que les traductions françaises des textes qu'il contient sont dispersées dans plusieurs ouvrages¹⁵⁶⁹. De ces textes, c'est celui de 1802-1803 auquel, dans son livre de 1992, Honneth reconnaît le plus riche potentiel.

Le projet de Hegel aurait initialement consisté à reconstruire philosophiquement le processus de formation de la société moderne en tant que développement d'ordre « éthique ». Il

¹⁵⁶⁵ A. HONNETH, *supra* note 1525, p. 171.

¹⁵⁶⁶ *Id.*, p. 81.

¹⁵⁶⁷ *Id.*, p. 12.

¹⁵⁶⁸ G.W.F. HEGEL, *Des manières de traiter scientifiquement du droit naturel, de sa place dans la philosophie pratique et de son rapport aux sciences positives du droit* (1802), trad. B. Bourgeois, Paris, Vrin, 1972 ; *Système de la vie éthique* (1802-1803), trad. J. Taminiaux, Paris, Payot, 1976 ; *La Première philosophie de l'esprit* (1803-1804), trad. G. Panty-Bonjour, Paris, PUF, 1969 ; *La Philosophie de l'esprit de la Realphilosophie* (1805-1806), trad. G. Panty-Bonjour, Paris, PUF, 1982.

¹⁵⁶⁹ *N. d. T.*, dans A. HONNETH, *supra* note 1525, p. 12, note 1.

faut s'arrêter un instant sur ce terme de « *Sittlichkeit* », qu'on a traduit par celui d'« éthicité » ou de « vie éthique » et qui veut rendre compte d'une normativité vivante, effective, parce que socialement concrète en même temps que de la dimension normative de l'intégration sociale. Avec le mot de « *Sittlichkeit* », Hegel « choisit volontairement le concept de « mœurs » (*Sitte*), pour montrer que ce ne sont ni les lois promulguées par l'État, ni les convictions morales des différents sujets, mais seulement les attitudes intersubjectives réellement mises en pratique qui peuvent offrir une base solide à l'exercice [d'une] liberté élargie [...] ¹⁵⁷⁰ ». Ce concept de liberté élargie se veut celui de l'unité « vivante » de la liberté individuelle et de la « liberté universelle », unité en vertu de laquelle « la vie publique ne doit pas être considérée comme le résultat d'une limitation réciproque d'espaces de liberté privés, mais au contraire comme une possibilité offerte à tous les individus d'accomplir leur liberté ¹⁵⁷¹ ». L'auteur des *Manières de traiter scientifiquement du droit naturel* veut d'abord donner la réplique à Kant ainsi qu'à l'atomisme moral abstrait en général en rendant raison de la part active que prend l'exigence d'autonomie individuelle dans la formation historique de la réalité sociale ¹⁵⁷². Il s'y prendra d'abord en recourant à l'idée aristotélicienne d'une nature sociale de l'homme se développant dans la *polis*. Cependant, le jeune Hegel distingue la société moderne, qui ménage un espace à la liberté individuelle ainsi qu'au marché, de l'« éthicité naturelle ». À la différence du contractualisme moderne d'une part et d'Aristote de l'autre, « [c]e qu'il lui faut expliquer, ce n'est pas la genèse des mécanismes de formation de la communauté en général, mais la transformation et l'élargissement des formes initiales de communauté à des rapports d'interaction sociale ¹⁵⁷³ ». C'est chez Fichte qu'il trouvera l'idée de rapports de reconnaissance intersubjective, idée que, dans un premier moment, il élargira après qu'il l'aura pour ainsi dire « détranscendentalisée » ou positivisée, et que, dans un second moment, il dynamisera pour en faire l'enjeu d'une lutte sociale, la substitution de mobiles moraux aux motifs de conservation individuelle à la base de la lutte sociale le faisant alors répondre aussi à Machiavel et Hobbes ¹⁵⁷⁴. En effet, afin de fournir l'explication du passage d'une forme primitive, naturelle et collectiviste à une forme moderne, sociale et plus individualiste d'éthicité :

¹⁵⁷⁰ *Id.*, p. 22.

¹⁵⁷¹ *Ibid.*

¹⁵⁷² Voir *supra* note 1244 et texte correspondant.

¹⁵⁷³ A. HONNETH, *supra* note 1525, p. 24.

¹⁵⁷⁴ Voir *supra* notes 1116 à 1122 et texte correspondant.

Hegel recourt encore, dans un premier temps, à l'ontologie aristotélicienne : il lui emprunte l'idée que le mouvement qu'il veut déterminer doit avoir la forme d'un processus téléologique, par lequel une substance originelle déploie progressivement sa réalité immanente. Mais en même temps, il souligne déjà si vigoureusement le caractère négatif, conflictuel, de ce processus téléologique, qu'on pressent aisément à travers ses réflexions la pensée fondamentale que le concept de reconnaissance va lui permettre de dégager au cours des années suivantes¹⁵⁷⁵.

Le Système de la vie éthique fera ainsi figure de médiation entre Fichte et Hobbes :

Dans ses premières années à Iéna, comme auparavant à Francfort, Hegel n'avait abordé Fichte que sous un angle critique. Il voyait en lui [...] le principal représentant de cette conception « formelle » du droit naturel qui était incapable de rendre compte sur le plan théorique de l'apparition d'une « communauté authentiquement libre de relations vivantes ». Mais dans le *Système de la vie éthique*, qui voit le jour en 1802, tout de suite après l'achèvement de son article sur le droit naturel, Hegel reprend en termes positifs la théorie fichtéenne de la reconnaissance, pour décrire avec son aide la structure interne des rapports éthiques primitifs qu'il place à l'origine du processus de socialisation humaine. Fichte, dans le *Fondement du droit naturel*, concevait la reconnaissance comme une « action réciproque » entre individus, sur laquelle se fonde la relation juridique : les sujets s'appellent mutuellement à agir librement et chacun limitant simultanément sa propre sphère d'activité au bénéfice de l'autre, ils développent cette conscience commune qui accédera à une validité objective dans la relation juridique. Hegel commence par dépouiller ce modèle fichtéen de toute implication transcendantale, pour l'appliquer directement à différents modes d'action réciproque entre individus ; il projette dans les formes de vie communicationnelles – dans lesquelles il n'avait vu jusque-là, avec Aristote, que différentes manifestations de l'éthicité humaine – un processus intersubjectif de reconnaissance mutuelle. [...] Mais dans cette logique du rapport de reconnaissance, Hegel identifie aussi une dynamique intérieure qui l'amène à dépasser le modèle initial de Fichte : les sujets apprenant, dans le cadre établi de telle relation de reconnaissance réciproque, de plus en plus de choses sur leur identité particulière – puisque c'est toujours une nouvelle dimension d'eux-mêmes qu'ils y trouvent confirmée –, ils doivent à chaque fois se détacher conflictuellement du stade éthique précédemment atteint, pour accéder en quelque sorte à la reconnaissance d'une forme plus exigeante de leur individualité ; le mouvement de la reconnaissance, qui fonde toute relation éthique entre sujets, se compose ainsi d'une succession de conflits et de réconciliations qui se résorbent les uns dans les autres¹⁵⁷⁶.

La nature conflictuelle de ce nécessaire détachement des formes premières de reconnaissance viendrait du fait que seul le « crime », c'est-à-dire le geste destructeur de l'identité acquise à leur moyen, permettrait d'en porter les limites à la conscience. Effet de retour du crime sur son auteur, la lutte mènerait à l'instauration d'un rapport complémentaire de reconnaissance intersubjective dont il serait le négatif, et donc à un stade plus avancé d'éthicité. D'après la reconstruction que propose Honneth du fragment de 1802, « [p]lusieurs éléments suggèrent que si Hegel fait jouer aux actes criminels un rôle constructif dans le processus de formation éthique, c'est parce qu'ils sont capables de déclencher des conflits sociaux sans lesquels les sujets ne prêteraient pas attention aux relations de reconnaissance sous-jacentes¹⁵⁷⁷ ». À partir de la *Première philosophie de l'esprit* de 1803-1804 toutefois, Hegel renonce à la téléologie aristotélicienne au profit d'une philosophie de la conscience. Le sujet ne peut dès lors plus être pensé comme le produit de l'évolution de rapports sociaux primitifs vers des rapports

¹⁵⁷⁵ A. HONNETH, *supra* note 1525, p. 24.

¹⁵⁷⁶ *Id.*, p. 25-27.

¹⁵⁷⁷ *Id.*, p. 37.

intersubjectifs de plus en plus développés. L'histoire philosophique hégélienne portera désormais sur la socialisation de l'individu plutôt que sur une individuation croissante au sein du processus de socialisation. Tant le texte de 1803-1804 que celui de 1802 conçoivent la lutte pour la reconnaissance comme le moteur de l'histoire du renforcement des liens communautaires à travers l'élargissement progressif des formes de consciences individuelles, « mais seul le premier des deux textes, le *Système de la vie éthique*, envisage aussi cette lutte comme un facteur d'individualisation, favorisant le développement des capacités du moi¹⁵⁷⁸ ». À partir de 1803-1804 donc, chez Hegel, le « terme « reconnaissance » signifie dans ce nouveau contexte le progrès cognitif qu'une conscience parvenue « idéellement » à se constituer en totalité accomplit lorsqu'elle « se reconnaît en tant qu'elle-même dans une autre totalité, une autre conscience »¹⁵⁷⁹ ».

Le jeune Hegel conçoit donc le processus d'intégration d'une communauté « éthique » comme le développement, à la fois conflictuel et par degrés, de rapports de reconnaissance, la lutte sociale pour la reconnaissance étant tenue par lui pour « le moyen moral permettant de passer d'un stade primitif à un stade plus avancé des rapports éthiques¹⁵⁸⁰ ». Or, en fonction de leur *objet* respectif, il fait plus précisément correspondre trois *modes* de reconnaissance différents à autant de *stades de développement de la conscience de soi*. Le premier serait atteint dès lors que le sujet est reconnu comme « individu », c'est-à-dire comme ayant des « besoins concrets ». Ce serait ensuite en étant reconnu en tant que « personne », soit comme étant « formellement autonome », que le sujet atteindrait le deuxième stade de ce développement. Enfin le sujet accéderait à la pleine conscience de soi en étant reconnu comme tel, c'est-à-dire comme « sujet », dans sa « particularité individuelle ». Aux points de correspondance entre ces objets et modes de reconnaissance Hegel situe trois *sphères* de reconnaissance. Kant avec son concept de « respect moral », Fichte par sa justification du « droit naturel », ainsi que cette dernière tradition dans son ensemble, réduiraient la reconnaissance à sa sphère « juridique », donc celle du « droit » (privé) ou de la « société civile », où l'on se concède réciproquement la qualité de « sujet de droit » au moyen d'un espace de liberté individuelle. Hegel parle ici du mode de reconnaissance qu'est le « concept », c'est-à-dire de la relation cognitive. Ce qui passe

¹⁵⁷⁸ *Id.*, p. 40.

¹⁵⁷⁹ *Id.*, p. 39, citant G.W.F. HEGEL, *La première philosophie de l'esprit*, *supra* note 1568, p. 106 (trad. mod.).

¹⁵⁸⁰ A. HONNETH, *supra* note 1525, p. 27.

pour le foyer philosophique hégélien du reconnaître introduit donc ici une nouvelle notion de « reconnaissance juridique » que le langage juridique ne connaît pas davantage que lexicale. À cette reconnaissance juridique avec laquelle coïncide chez lui le « concept », Hegel vient pour sa part ajouter deux autres modes de reconnaissance, un antérieur et un postérieur, soit, respectivement, la reconnaissance dans l'« intuition » au sein de la relation affective, qui porte sur le sujet en tant qu'individu et à laquelle correspondrait la sphère de la « famille » ou de l'« amour », et la reconnaissance dans l'« intuition intellectuelle », ou l'« affect devenu rationnel », qui porte enfin sur le sujet en tant que tel et à laquelle correspondrait la sphère de l'« État » ou, en un autre terme, de la « solidarité ». La première addition lui est inspirée par la philosophie de l'unification du poète Friedrich Hölderlin. Alors que dans le droit ils se reconnaissent comme étant autonomes, c'est-à-dire libres et responsables, de manière à pouvoir se comprendre eux-mêmes comme étant dignes de respect, par l'amour les sujets se sont au préalable reconnus « les uns les autres dans la nature unique de leur besoin, si bien qu'ils [ont trouvé] une sécurité affective dans l'expression de leurs prétentions instinctives¹⁵⁸¹ ». Quant à la solidarité, les sujets pourront à sa faveur « s'estimer les uns les autres dans les qualités qui contribuent à la reproduction de l'ordre social¹⁵⁸² ». Honneth représente la progression considérée par le jeune Hegel à l'aide du schéma suivant¹⁵⁸³ :

Objet de reconnaissance →	Individu (besoins concrets)	Personne (autonomie formelle)	Sujet (particularité individuelle)
Mode de reconnaissance ↓			
Intuition (relation affective)	Famille (amour)		
Concept (relation cognitive)		Société civile (droit)	
Intuition intellectuelle (affect devenu rationnel)			État (solidarité)

C'est donc à la faveur de la différenciation d'une nouvelle sphère de reconnaissance que, pour Hegel, la conscience pratique de soi, autrement dit l'identité pratique du sujet – car il n'est pas ici directement question de son identité théorique ou de son identité « absolue » – passe d'un palier à l'autre, de l'individu à la personne, puis de la personne au sujet. Chacun de ces passages serait à chaque fois précédé du théâtre d'une « lutte que les sujets se livrent pour voir confirmées

¹⁵⁸¹ A. HONNETH, « Reconnaissance », dans M. CANTO-SPERBER (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, Paris, PUF, 2004, p. 1640, à la page 1642.

¹⁵⁸² *Ibid.*

¹⁵⁸³ A. HONNETH, *supra* note 1525, p. 37.

leurs aspirations à l'identité¹⁵⁸⁴ ». Aussi Honneth fait-il déjà remarquer dans *La lutte pour la reconnaissance* que, en dépit du sacrifice à mi-chemin par Hegel de son projet initial au profit d'une philosophie de la conscience, on retrouve jusque dans les PPD¹⁵⁸⁵ les trois mêmes sphères de reconnaissance qu'à l'époque d'Iéna. Car il faut savoir que Honneth en viendra, à partir des *Spinoza Lectures* de 1999, par revoir son appréciation de cette œuvre de la maturité hégélienne que pour le moment il récuse¹⁵⁸⁶. Dans son livre de 1992 en effet, Honneth est d'avis que la valeur de l'héritage de Hegel dans le domaine de la philosophie morale, politique et sociale dépend de sa capacité à survivre à l'idéalisme. Le fait que la philosophie hégélienne de la lutte sociomorale historique pour la reconnaissance soit restée à l'état fragmentaire ne constitue pour notre auteur « que le moindre des obstacles auxquels se heurte aujourd'hui une tentative de réactualisation de son contenu systématique », puisque des « difficultés beaucoup plus graves résultent du fait que son raisonnement central se fonde sur des prémisses métaphysiques qui ne s'accordent plus – du moins plus de façon immédiate – avec les conditions théoriques de la pensée actuelle¹⁵⁸⁷ ». Voilà l'autre rançon de l'abandon d'une ébauche de théorie sociale au bénéfice d'une philosophie de la conscience dans le cours du développement d'une œuvre qui finira par se réclamer d'un « idéalisme absolu ». Dans ses conférences de 1999, Honneth soutiendra que les PPD peuvent cependant, pourvu qu'on en retranche le concept d'État et l'ontologie spiritualiste hégéliens, être compris comme l'ébauche d'une théorie normative de ces sphères de reconnaissance réciproque dont la protection est constitutive de l'identité morale des sociétés modernes¹⁵⁸⁸. La publication, en 2000, du texte de ces conférences fut suivie l'année suivante de celle d'une version augmentée, dont paraissait en 2008 une traduction française sous le titre de *Les pathologies de la liberté*¹⁵⁸⁹. L'intérêt d'une réactualisation des PPD y est encore présenté comme celui d'une théorie *éthique* du droit et de la morale : « ce qui doit être expliqué, c'est la valeur que possèdent les droits subjectifs et l'autonomie morale eu égard au but visé, à savoir rendre possible la *réalisation* de la liberté individuelle¹⁵⁹⁰ ». Honneth inscrit alors sa

¹⁵⁸⁴ A. HONNETH, *supra* note 1581, p. 1642.

¹⁵⁸⁵ G.W.F. HEGEL, *supra* note 1529.

¹⁵⁸⁶ A. HONNETH, *Suffering from Indeterminacy. An Attempt at a Reactualization of Hegel's Philosophy of Right*, « Spinoza Lectures », 5, trad. J. Ben-Levi, Assen, Van Gorcum, 2000.

¹⁵⁸⁷ A. HONNETH, *supra* note 1525, p. 81.

¹⁵⁸⁸ Voir A. HONNETH, *supra* note 1586, p. 18-19.

¹⁵⁸⁹ A. HONNETH, *supra* note 1528.

¹⁵⁹⁰ *Id.*, p. 63. Les italiques sont de nous.

démarche dans l'esprit des travaux de Joseph Raz¹⁵⁹¹. Le point d'aboutissement de cette entreprise de « réactualisation » des PPD sera toutefois l'*opus* de 2011¹⁵⁹². Quitte à anticiper quelque peu sur notre propos, il convient de relever sans plus tarder les principales différences entre le modèle d'origine et sa réactualisation par Honneth, au-delà de la récusation par celui-ci de l'ontologie et du concept étatique hégéliens.

Chez Hegel, la lutte sociale pour la reconnaissance, tant qu'il y en est encore question, conduit surtout à l'émergence de nouvelles sphères de reconnaissance et, du moins selon la première interprétation que s'en fait Honneth, les trois sphères différenciées de reconnaissance seraient conçues comme correspondant aux institutions concrètes du temps de l'auteur. Honneth reproche d'abord à Hegel d'avoir stérilisé la critique normative des institutions concrètes en y réduisant la notion même d'« institution », avec pour conséquence de congédier celle d'institution abstraite¹⁵⁹³. En vertu de sa propre méthode qu'il appelle « reconstruction normative », Honneth indique ce qu'il s'agit plutôt de reconstruire :

Ce qui a été appelé précédemment « reconstruction normative » signifierait alors [...] reconstruire non pas des réalités juridiquement institutionnalisées, mais des sphères sociales de valeur propres à la modernité qui sont caractérisées par l'idée d'un certain jeu entre reconnaissance et réciproque et autoréalisation individuelle. En d'autres termes, Hegel aurait pu se représenter la société moderne aussi comme un complexe de sphères de reconnaissance offrant un espace de jeu suffisant à différentes formes d'institutionnalisation sociale¹⁵⁹⁴.

Il était déjà permis, nous semble-t-il, de douter du bien-fondé de la thèse selon laquelle les PPD pouvaient être reconduits à une légitimation des institutions politiques de la Prusse du temps de leur auteur. Ne suffit-il pas, pour la réfuter, de rappeler que la Prusse n'est devenue une monarchie constitutionnelle qu'à partir du 21 mars 1848¹⁵⁹⁵, et que Hegel est décédé le 14 novembre 1831 ? Dans *Das Recht der Freiheit*, Honneth finira par voir dans les institutions hégéliennes, soit la famille, la société civile et l'État, des « promesses de liberté¹⁵⁹⁶ ». En tout état de cause, Honneth fut pour sa part toujours d'avis que les trois sphères de reconnaissance de la société moderne consistent en des « institutions » sociales plus abstraites, des formes de relations communicationnelles intersubjectives se voulant autant de « principes » porteurs d'attentes normatives stabilisées par le processus de socialisation et qu'adressent les sujets à la

¹⁵⁹¹ *Ibid.*, note 6, où l'auteur se réfère à : J. RAZ, « Rights and Individual well being », dans *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, New York, Clarendon Press, 1994, p. 44-49.

¹⁵⁹² A. HONNETH, *supra* note 1530.

¹⁵⁹³ Voir not. J.-P. DERANTY, *supra* note 1524, p. 258-259.

¹⁵⁹⁴ A. HONNETH, *supra* note 1528, p. 118.

¹⁵⁹⁵ H. BOGDAN, *Histoire de l'Allemagne de la Germanie à nos jours* (1999), Paris, Perrin, 2003, p. 290.

¹⁵⁹⁶ A. HONNETH, *supra* note 1530, p. 10.

société relativement aux institutions et pratiques concrètes. Les sphères de reconnaissance figurent donc chez lui, non pas comme des structures, mais comme les composantes de l'« infrastructure morale » de la société moderne. Voilà qui explique en partie comment il peut ne pas y être question d'une lutte pouvant entraîner la différenciation des sphères de reconnaissance autant que d'un conflit d'interprétation de l'un ou l'autre de ces principes plus abstraits de reconnaissance qui sous-tendraient les institutions et pratiques sociales concrètes. La notion honnéthienne de lutte pour la reconnaissance correspond principalement à la réalisation, toujours incomplète, d'un potentiel que contiendrait la conflictualité inhérente à chaque sphère, dans la mesure où le « surplus de validité normative » – notion sur laquelle nous reviendrons – que renfermerait chacun des trois principes recognitifs de l'« amour », du « droit » (ou « égalité juridique ») et de la « solidarité » (ou « estime sociale ») ne saurait jamais être complètement épuisé. De distinguer entre un niveau abstrait et un niveau concret d'institutions autorise d'autre part Honneth à soutenir que les tenants et aboutissants des sphères de reconnaissance ne se superposent pas parfaitement avec ceux des institutions et pratiques concrètes. Au contraire, il serait « évident en soi que les complexes institutionnels ne représentent un seul principe de reconnaissance que dans le plus rare des cas¹⁵⁹⁷ ». Témoin la famille nucléaire « bourgeoise », par laquelle le développement du droit de la famille aurait fait mettre en œuvre le principe de l'égalité juridique en sus de celui de l'amour¹⁵⁹⁸. Témoin également les structures socioéconomiques de distribution des ressources matérielles, que le développement de l'État providence aurait elles aussi chargées de l'application du principe juridique égalitaire, ici en sus de celui de l'estime sociale¹⁵⁹⁹. Enfin, la distinction entre sphères de reconnaissance et institutions et pratiques concrètes amène Honneth à reprocher à Hegel d'avoir suggéré qu'une même sphère pouvait comprendre des modèles d'interactions différents :

Mais Hegel fait obstacle à cette proposition d'interprétation actualisante à partir du moment où, dans son chapitre sur la « société civile », il attribue aussitôt un rôle constitutif, dans la formation d'une sphère éthique, à plusieurs institutions conçues différemment. En effet il enterre ainsi la possibilité de voir ces sphères comme étant caractérisées par un seul modèle d'interaction, de telle sorte que c'est aussi la chance d'une traduction en termes plus abstraits qui est perdue. Plus fortement Hegel commence dans le chapitre sur l'« éthicité » à pourvoir les

¹⁵⁹⁷ A. HONNETH, « Redistribution as Recognition: A Response to Nancy Fraser », dans N. FRASER et A. HONNETH, *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*, Londres/New York, Verso, 2003, p. 110-197, à la page 146.

¹⁵⁹⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹⁹ *Ibid.* Il faut en effet se référer à tout le débat entre Axel Honneth et Nancy Fraser sur le rapport de la « reconnaissance » à la « redistribution » pour bien saisir la thèse honnéthienne selon laquelle le marché des revenus est influencé par les interprétations culturelles du principe de l'estime sociale, not. de ce que représente une contribution à la reproduction de l'ordre social, bref, par les modèles culturels d'autoréalisation.

sphères éthiques de structures institutionnelles normativement différentes, voire antagonistes, et moins grande est la possibilité de les identifier toutes à un ensemble spécifique de pratiques sociales. Ce qui paraissait encore permis au niveau de la sphère de la « famille », à savoir identifier dans l'« amour » un unique modèle d'interaction dont d'autres formes de réalisations sont possibles, cela n'est plus possible pour la sphère de la « société civile » parce qu'ici, avec la « corporation » en plus du rapport d'interaction propre au marché, c'est une tout autre sphère de communication qui est apparue, dont les normes de reconnaissance sont totalement originales. Peut-être aurait-il été plus avisé de la part de Hegel de ne pas situer la sphère intermédiaire de la « corporation » au sein de la société civile, et de la placer au contraire déjà au sein du domaine d'organisation de l'État. Une telle solution aurait certes conduit à de nouvelles difficultés puisque les associations corporatives doivent être pensées comme des organisations « éthiques » de la société civile, et non pas comme des institutions étatiques auxquelles les sujets sont intégrés en tant que citoyens de l'État. Mais cela lui aurait épargné l'embarras consistant à devoir faire cohabiter deux formes totalement différentes de reconnaissance au sein d'une seule et même sphère – deux formes dont la première est liée aux transactions médiatisées par le marché et dont la seconde est liée à des interactions orientées en valeur. Que Hegel n'aperçoive pas de lui-même le caractère fâcheux de cet alourdissement constitue le véritable problème posé par la réalisation de sa doctrine de l'éthicité. Bien que tout soit fait en elle pour n'identifier dans les trois sphères qu'un modèle d'interaction garantissant la liberté, cette intention formelle ne vient pas vraiment au jour parce que le regard est trop fortement orienté vers les structures institutionnelles concrètes¹⁶⁰⁰.

Une autre manière dont Honneth se distingue de Hegel est son insistance à placer les trois sphères différenciées de reconnaissance sur un pied d'égalité et dans une situation de concurrence, tandis que chez l'auteur des PPD l'institution de l'État, si elle ne les abolit pas, a préséance sur celles de la société civile et de la famille. Une telle insistance et son objet le soi-disant principe de non-hiérarchie des sphères de reconnaissance n'est pourtant qu'une façade. Honneth, non seulement dégagera une tendance historique de la sphère du droit à intervenir au sein des institutions procédant essentiellement de celles l'amour ou de la solidarité afin d'y assurer la protection des conditions préalables de l'identité pratique du sujet¹⁶⁰¹, mais finira, comme nous le verrons, par lui reconnaître une « priorité absolue ».

Section 3. Une socialisation morale

C'est la prise en compte de l'expérience morale quotidienne (négative) des sujets dans le but de déterminer un réel « intérêt » pouvant se situer à la base d'une pratique sociale émancipatoire qui met Honneth sur la piste hégélienne d'une lutte sociale pour la reconnaissance. Car il découvre alors que, plutôt que par une restriction des compétences linguistiques, les expériences morales pouvant se situer la base du comportement protestataire découlent de l'atteinte à une identité acquise par la socialisation. Ainsi une « phénoménologie morale » enseignerait-elle que c'est l'expérience douloureuse du déni de

¹⁶⁰⁰ A. HONNETH, *supra* note 1528, p. 123-124.

¹⁶⁰¹ A. HONNETH, *supra* note 1597, p. 188.

reconnaissance en lequel consiste précisément le mépris qui révèle la reconnaissance mutuelle en tant qu'idée intuitivement donnée du soulagement de la justice.

La phénoménologie morale de Honneth transite par une prise en compte du « langage courant ». La personne s'estimant victime d'un traitement injuste ou moralement inacceptable décrit normalement sa situation d'une manière qui accorde un rôle prépondérant à des catégories telles que l'« outrage » ou l'« avilissement¹⁶⁰² ». Si l'emploi de concepts du genre n'est pas limité à la qualification des situations où la personne se sent illégitimement atteinte dans sa liberté, les mots de l'injustice ne sont pas pour autant prononcés chaque fois qu'autrui peut infliger un dommage psychique. Le sujet y recourt avant tout pour désigner un comportement qui lui porte durablement atteinte dans la compréhension positive qu'il a de lui-même¹⁶⁰³, compréhension qui se situe à la source de sa capacité d'agir. Ainsi les multiples expériences de l'injustice seraient-elles en fin de compte toutes rapportées au « mépris », qui devient ici synonyme de « déni de reconnaissance ». Ce qu'on trouve toujours dans ce qui est considéré comme une faute morale et qu'on ne retrouve pas dans ce qui est considéré être un simple accident, écrit Honneth, c'est « un retrait ou un déni de reconnaissance¹⁶⁰⁴ ». En effet, « [s]ans la référence implicite aux demandes de reconnaissance que le sujet adresse à ses semblables, les concepts de « mépris » ou d'« offense » restent incompréhensibles¹⁶⁰⁵ ».

L'hypothèse que la reconnaissance intersubjective puisse être revendiquée comme la justice semble effectivement indiquer la piste hégélienne. Or la recherche d'un ancrage empirique qui y a mené participait déjà de ce même souci de conformité aux exigences actuelles de la TCS que celui qui doit maintenant animer la vérification des hypothèses hégéliennes. Comme telle, celle d'une lutte sociale pour la reconnaissance contribuant au développement moral de la société sera vérifiée plus tard par Honneth qui examine d'abord les thèses de départ du jeune Hegel.

¹⁶⁰² A. HONNETH, « Intégrité et mépris. Principes d'une morale de la reconnaissance », trad. H. Pourtois, *Recherches sociologiques*, 1999/2, dossier : « Souffrance sociale et attentes de reconnaissance. Autour du travail d'Axel Honneth (Actes du colloque du 4-5 juin 1998) », p. 11-22, à la page 12.

¹⁶⁰³ *Ibid.*

¹⁶⁰⁴ A. HONNETH, *supra* note 1581, p. 1642.

¹⁶⁰⁵ A. HONNETH, *supra* note 1525, p. 161.

La thèse initiale de ce dernier serait précisément celle suivant laquelle la formation du « je » pratique, autrement dit de la conscience de nos capacités positives, dépend de la reconnaissance intersubjective¹⁶⁰⁶. La prise en compte de l'usage langagier dans le cadre d'une « phénoménologie morale » suggère déjà que, pour être imputée au mépris, la blessure morale trouve sa condition de possibilité dans le fait que le sujet peut, à la suite de certains traitements allant par exemple de l'agression physique au défaut de salutation en passant par la tromperie, avoir la conscience « de ne pas être reconnu dans sa propre compréhension de soi¹⁶⁰⁷ ». Relevons au passage que, à l'instar de Ricœur, le « mépris » nous semble en ce sens devoir être rapproché de la « méprise », pour autant qu'il consiste bien à prendre quelqu'un pour un « autre¹⁶⁰⁸ ». À cette précision près que l'altérité intervient ici par rapport à la compréhension que ce « quelqu'un » a de lui-même, suivant laquelle cet « autre » en serait une version avilissante. Or il n'y aurait qu'une seule façon d'expliquer pourquoi une personne peut être blessée, peut subir un dommage lorsque lui est renvoyée une image inférieure à celle qu'elle a d'elle-même dans le cadre de son rapport positif à soi. Pour que la personne humaine soit ainsi vulnérable, d'expliquer Honneth, il faut que sa compréhension d'elle-même s'acquière par des voies intersubjectives¹⁶⁰⁹. Notamment, il faut que, afin d'établir puis de préserver une relation positive à soi, le sujet ait besoin du soutien que lui apportent les réactions d'approbation ou d'assentiment d'autres sujets relativement à certaines de ses aspirations identitaires¹⁶¹⁰. Voilà comment Honneth peut dire que le langage courant porte déjà, sur les mots de l'injustice, l'empreinte de l'idée, « tenue pour évidente, que, de manière subliminale, nous devons notre intégrité humaine à l'assentiment ou à la reconnaissance émanant d'autres sujets¹⁶¹¹ ».

Au-delà d'une telle prise en compte de l'usage langagier, aucune théorie n'aurait su développer « aussi rigoureusement que la psychologie sociale de George Herbert Mead, à partir de présupposés purement naturalistes, l'idée que les sujets humains doivent leur identité à l'expérience d'une reconnaissance intersubjective¹⁶¹² ». La référence à Mead et à sa théorie de

¹⁶⁰⁶ *Id.*, p. 83.

¹⁶⁰⁷ A. HONNETH, *supra* note 1581, p. 1642.

¹⁶⁰⁸ Voir le chapitre 4, note 1138, et le texte correspondant.

¹⁶⁰⁹ A. HONNETH, *supra* note 1602, p. 12.

¹⁶¹⁰ A. HONNETH, *supra* note 1581, p. 1643.

¹⁶¹¹ A. HONNETH, *supra* note 1602, p. 12.

¹⁶¹² A. HONNETH, *supra* note 1525, p. 87. Afin de rendre raison de la façon dont la psychologie sociale de Mead « jette un pont » entre le jeune Hegel et notre situation de pensée actuelle, Honneth se référera évidemment à

l'action symbolique et de la constitution la conscience de soi par la reprise des perspectives des autres sur sa propre conduite se veut capitale en autorisant Honneth à faire passer la reconnaissance au stade postmétaphysique de la pensée¹⁶¹³. D'après une lettre qu'en 1925 il adressait à sa belle-fille, Mead concevait lui-même son projet comme « *an attempt to do from my own standpoint what Hegel undertook in his Phenomenology*¹⁶¹⁴ ». Or, outre cette thèse initiale de la constitution intersubjective de l'identité, la psychologie sociale de Mead apporterait une justification empirique d'autres thèses hégéliennes, en l'occurrence celle de l'existence, au sein de la société moderne, de trois « sphères » de reconnaissance – l'amour, le droit et la solidarité –, et même celle voulant que ces trois sphères de reconnaissance se distinguent les unes des autres en fonction du degré d'autonomie qu'en se superposant elles accordent au sujet¹⁶¹⁵. Au confluent de Hegel et de Mead, il serait en effet possible de distinguer trois « modes » et « modèles » de reconnaissance qui, en intervenant dans le cours de la socialisation, seraient constitutifs d'autant de « paliers », de « strates », bref, de « niveaux » du rapport pratique à soi. Ne pouvant être atteints que successivement, ces niveaux représenteraient un même nombre de « stades » du développement de l'identité pratique, donc de degrés de la compréhension de soi en tant qu'être possédant des qualités et, partant, des capacités positives¹⁶¹⁶. De fait, avant même de renvoyer à l'idée de liberté, celle d'autonomie renvoie, par supposition, à une certaine capacité d'agir. De la reconnaissance intersubjective dépend donc, par le truchement du rapport pratique à soi, la capacité d'action du sujet. En outre, une telle différenciation, maintenant justifiée empiriquement, de trois formes de reconnaissance fournit au successeur de Habermas à Francfort une « clé théorique » lui permettant de discerner autant de formes de mépris, ou déni de

L'Esprit, le Soi et la Société (*supra* note 1555), mais également au recueil d'essais publié par Andrew Reck : G.H. MEAD, *Selected Writings*, textes choisis et présentés par A.J. Reck, Chicago, University of Chicago Press, 1981, étant donné qu'une grande part de l'œuvre de Mead « ne nous est parvenue que sous la forme de notes de cours ».

¹⁶¹³ Pour une analyse approfondie de la référence honnethienne à Mead, voir : J.-P. DERANTY, *supra* note 1524, p. 239-268. Sur le « tournant reconnaissant » de Mead, voir : P. MARKELL, « The Potential and the Actual: Mead, Honneth, and the 'I' », dans B. VAN DEN BRINK et D. OWEN (dir.), *Recognition and Power: Axel Honneth and the Tradition of Social Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 100-132, aux pages 123-124. Cet article présente les antécédents reconnaissants du pragmatisme américain, chez William James (p. 114) et John Dewey (p. 117 s.).

¹⁶¹⁴ G.H. MEAD, « George Herbert Mead to Irene Tufts Mead, September 10, 1925 », dans *The George Herbert Mead Papers*, Chicago, University of Chicago, Regenstein Library, Special Collections, Box 1a, Folder 13, cité dans P. MARKELL, *supra* note 1613, p. 107.

¹⁶¹⁵ A. HONNETH, *supra* note 1525, p. 87.

¹⁶¹⁶ A. HONNETH, *supra* note 1602, p. 13.

reconnaissance, qui infligeront chacune des blessures psychiques de degré différent, suivant leur manière respective d'ébranler la relation pratique à soi¹⁶¹⁷.

Dans le modèle de l'« amour », la reconnaissance intervient sur le mode de la sollicitude personnelle au cours des expériences d'attachement émotionnel pour permettre au sujet d'acquiescer une certaine « confiance en soi¹⁶¹⁸ ». À ce niveau fondamental de la compréhension de soi, le sujet se rapporte à lui-même d'une manière telle qu'il conçoit ses « besoins et vœux physiques » comme une partie exprimable de sa propre personne ; la confiance en soi correspond à « ce type de certitude élémentaire sur la valeur de ses propres nécessités¹⁶¹⁹ ». Une forme tout aussi fondamentale de mépris serait composée par les actes tels que le viol, la torture ou l'agression physique, bref, par la violence physique en général, qui regroupe tous ces sévices par lesquels on retire à un être humain la possibilité de disposer librement de son corps¹⁶²⁰. La particularité de telles atteintes à la personne ne réside pas tant dans la douleur purement physique qu'elles causent « que dans le fait que cette douleur s'accompagne chez la victime du sentiment d'être soumis sans défense à la volonté d'un autre sujet, au point de perdre la sensation même de sa propre réalité¹⁶²¹ ». Par analogie avec la brûlure en médecine, il nous semble qu'on pourrait ici parler d'une blessure psychique au « troisième degré ». Car ce dont un tel sentiment est symptomatique, c'est d'un ébranlement, voire d'une perte du premier, du plus élémentaire niveau du rapport positif à soi, autrement dit de la certitude de sa capacité à disposer de son bien-être physique.

Le deuxième palier de la relation positive et pratique à soi prend lui aussi la forme d'une certitude, mais il s'agit alors d'une certitude « péniblement acquise au cours des processus d'interaction socialisatrice¹⁶²² ». Et ce parce qu'intervient alors la reconnaissance sur son deuxième mode qu'est la considération cognitive dans le modèle du « droit ». Au cours de la

¹⁶¹⁷ A. HONNETH, *supra* note 1525, p. 162.

¹⁶¹⁸ À ce sujet, Honneth se réfère également à E.H. ERIKSON, *Identity and Life-Cycle*, New York/Londres, W.W. Norton, 1980.

¹⁶¹⁹ A. HONNETH, *supra* note 1581, p. 1643.

¹⁶²⁰ A. HONNETH, *supra* note 1525, p. 162.

¹⁶²¹ *Ibid.* L'auteur se réfère alors à E. SCARRY, *The Body in Pain: The Making and Unmaking of Reality*, New York, Oxford University Press, 1985, chap. 1.

¹⁶²² *Id.*, p. 164.

socialisation, « *Ego et Alter* se reconnaissent mutuellement comme des sujets de droit¹⁶²³ ». Cela leur permet de cultiver un sentiment de « respect de soi » au sens où l'entend la tradition kantienne¹⁶²⁴. Car c'est effectivement à la faveur de la reconnaissance juridique intersubjective que le sujet accède à la « compréhension normative de soi¹⁶²⁵ », en d'autres termes qu'il acquiert la conscience d'être un sujet doué de discernement moral¹⁶²⁶. À ce deuxième niveau, le rapport positif pratique à soi prend la forme d'une certitude quant à la valeur de sa propre faculté de jugement, certitude dont on comprend l'influence sur la capacité d'action du sujet. La « tromperie », écrit Honneth, serait un bon exemple du type de mépris qui correspond négativement à ce mode de reconnaissance qu'est la considération cognitive¹⁶²⁷. Cette forme de mépris, dont on comprend qu'elle consiste en un déni de reconnaissance de la compréhension normative d'elle-même à laquelle une personne est parvenue au cours de sa socialisation, infligerait donc à cette personne une blessure psychique de deuxième degré en sapant le respect moral qu'elle se porte à elle-même¹⁶²⁸.

Tout aussi « péniblement », de récrire Honneth, mais cette fois « grâce à l'encouragement reçu à travers des solidarités de groupe » et constituant ce troisième mode de reconnaissance qu'est l'estime ou le mérite, le sujet atteint-il un troisième niveau de compréhension positive et pratique de soi en vertu de quoi il se rapporte à lui-même suivant une autre certitude, celle de ses propres, de ses singulières facultés bonnes ou précieuses, ce qui lui procure de l'« estime de soi ». Celle-ci est bien le sentiment de sa propre valeur, mais une valeur qui ne peut être fonction que d'une contribution personnelle, donc une valeur sociale dans le cadre d'une communauté concrète¹⁶²⁹. L'évaluation sociale des contributions personnelles et la distribution des allocations d'estime se feraient à l'aune de « modèles d'autoréalisation » au moyen desquels fonctionneraient finalement ces « solidarités de groupe ». La forme, pour ainsi dire évaluative,

¹⁶²³ A. HONNETH, *supra* note 1602, p. 17.

¹⁶²⁴ A. HONNETH, *supra* note 1581, p. 1643.

¹⁶²⁵ A. HONNETH, *supra* note 1602, p. 14.

¹⁶²⁶ A. HONNETH, *supra* note 1581, p. 1643.

¹⁶²⁷ *Id.*, p. 1644.

¹⁶²⁸ A. HONNETH, *supra* note 1525, p. 163.

¹⁶²⁹ A. HONNETH, *supra* note 1581, p. 1644.

de mépris qui se trouve à correspondre négativement à l'estime est la mésestime qui se compose d'actes allant du défaut de salutation¹⁶³⁰ à la stigmatisation.

Après *La lutte pour la reconnaissance*, Honneth approfondira cette analyse relative à la « thèse initiale » de Hegel, analyse qui réactualise celle-ci dans le sens d'une identité pratique du sujet dépendant des réactions positives que les capacités et besoins spécifiques qui le constituent en tant que personne rencontrent chez le « partenaire généralisé¹⁶³¹ ». Il faut bien comprendre ici que ce dernier est toujours un produit social. La réactualisation honnethienne veut en effet que « la dépendance distinctivement humaine à l'égard de la reconnaissance intersubjective [soit] toujours formée par la manière particulière dont l'attribution mutuelle de reconnaissance est institutionnalisée au sein d'une société. D'un point de vue méthodologique, cette prise en considération a comme conséquence que les attentes subjectives de reconnaissance ne peuvent être simplement déduites d'une théorie anthropologique de la personne¹⁶³² ». Ainsi Honneth entend-il notamment souligner un des points essentiels sur lesquels il se différencie de Taylor. Il semble qu'on puisse deviner trois niveaux du besoin humain de reconnaissance intersubjective chez Honneth : le niveau présocial où il représente une espèce d'invariant anthropologique plutôt diffus ; le niveau du type, traditionnel ou moderne, de sociétés où il prend forme ; le niveau de la société concrète où il est influencé matériellement dans ses multiples manifestations. Or on comprend que l'analyse, non seulement s'y situe fondamentalement au deuxième niveau, mais porte même essentiellement, à la suite de Hegel et de Mead, sur les formes que prend le besoin de reconnaissance à la suite de la socialisation dans la société moderne, où les rapports de reconnaissance répondent à trois « modèles » et se divisent en trois « sphères ».

Aussi faut-il souligner que, pour Honneth, ce n'est pas un simple « besoin », mais bien jusqu'à des attentes normatives de reconnaissance qui sont ainsi socialement formées. « Ainsi chaque sujet humain est-il fondamentalement dépendant du contexte de l'échange social

¹⁶³⁰ *Ibid.* L'auteur se réfère alors à E. TUGENDHAT, *Conscience de soi et autodétermination*, trad. R. Rochlitz, Paris, Armand Colin, 1995.

¹⁶³¹ Voir not. A. HONNETH, « Postmodern identity and object-relations theory: on the supposed obsolescence of psychoanalysis », *Philosophical Explorations*, vol. II, n° 3, 1999, p. 225.

¹⁶³² A. HONNETH, *supra* note 1597, p. 138.

organisé selon les principes normatifs de la reconnaissance réciproque¹⁶³³. » On se souvient que la « phénoménologie morale » de Honneth désignait justement comme *morale* cette blessure psychique particulière qu'inflige le « mépris », une notion qui resterait incompréhensible sans la référence implicite aux demandes de reconnaissance que le sujet adresse à ses semblables. Le détour par Mead, à la suite duquel il distingue du reste trois formes de mépris, l'autoriserait maintenant à parler d'une expérience morale toujours formée socialement. Sauf qu'on se demande comment au juste s'opère, dans la socialisation, depuis le besoin de reconnaissance et par la pratique de celle-ci, le passage aux attentes normatives de reconnaissance réciproque. Ce sont sans doute les « certitudes » résultant de l'interaction avec le « partenaire généralisé » dans tel ou tel type de société qui chez Honneth veulent receler les germes d'une telle normativité. En vertu des trois principes normatifs de reconnaissance réciproque que sont (1) l'« amour », (2) le « droit » et (3) la « solidarité », les sujets socialisés au sein d'une société de type moderne exigeraient : (1) de la sollicitude personnelle sinon de la bienveillance inconditionnelle de leurs proches seulement, mais de tous, nous semble-t-il, qu'ils respectent l'intégrité de leur corps et même qu'ils les assistent s'ils se trouvent physiquement en danger ; (2) de la considération cognitive de la part de tous ; (3) du mérite ou de l'estime, en fonction de leur contribution personnelle, de la part des autres membres dans le cadre de communautés concrètes¹⁶³⁴.

Une ambivalence caractérise pourtant le concept de reconnaissance chez Honneth où il peut renvoyer, soit à la formation d'une image positive de soi, soit à la confirmation de celle-ci. Voilà à notre sens comment Patchen Markell en vient à se demander si la reconnaissance est de l'ordre du faire ou de celui du connaître¹⁶³⁵. Cet auteur emploie dès lors respectivement les adjectifs « *generative* » et « *responsive* » d'une manière proche de celle dont, au sujet de la reconnaissance dans le langage juridique et par l'intermédiaire de Laurent Leveneur, nous avons parlé d'une reconnaissance pouvant être « constitutive » ou « déclarative »¹⁶³⁶. Dans la notice sur Honneth qu'elle signe dans le *Dicopo*, Alice Le Goff rend compte d'une tension entre reconnaissance « attributive » et reconnaissance « réceptive » :

¹⁶³³ A. HONNETH, « La théorie de la reconnaissance : une esquisse », dans A. Caillé (dir.), *De la reconnaissance. Don, identité et estime de soi/Revue du MAUSS*, n° 23, Paris, La Découverte/MAUSS, 2004, p. 133, à la page 133.

¹⁶³⁴ A. HONNETH, *supra* note 1581, p. 1645.

¹⁶³⁵ P. MARKELL, *supra* note 1613 ; « The Recognition of Politics », *Constellations* 7:4, 2002, p. 496-506 ; *Bound by Recognition*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 2003.

¹⁶³⁶ Voir *supra* note 1055 et texte correspondant.

C'est dans le cadre de l'analyse de [de certaines] mutations paradoxales du capitalisme que Honneth est amené à envisager l'instrumentalisation idéologique de la reconnaissance, la manière dont celle-ci peut paraître moins contribuer à autonomiser les individus que servir à la production de représentations conformes au système. [...] Tout l'enjeu est dès lors pour lui d'indiquer des critères de démarcation entre reconnaissance authentique et reconnaissance idéologique. [...] La volonté de distinguer entre reconnaissance authentique et reconnaissance idéologique a également impliqué un approfondissement de l'épistémologie de la reconnaissance [...]. Honneth s'est ainsi heurté à la question de déterminer si la reconnaissance devait être comprise comme un acte attributif ou un acte réceptif. Dans le premier cas, le statut ou les qualités positives d'une personne ou d'un groupe seraient produits par l'acte de reconnaissance, dans le second, ils seraient seulement reproduits. Le modèle attributif verse dans un relativisme que semble éviter le modèle réceptif ancrant l'attitude de reconnaissance dans des raisons pratiques, le seul problème étant de clarifier le statut de ces raisons sans se raccrocher à un réalisme moral incompatible avec nos convictions ontologiques d'arrière-plan. Honneth envisage que ces valeurs représentent des certitudes de notre monde vécu dont le caractère peut être soumis à des transformations historiques, évitant le relativisme en articulant ce réalisme moral modéré à une solide conception du progrès¹⁶³⁷.

Section 4. L'échelle sociale du mépris

Ainsi que nous l'avons vu, tandis que c'est avant tout la genèse de la société moderne en tant que communauté éthique qui intéressait Hegel, c'est sur le développement moral de celle-ci que se focalisera Honneth, qui se trouve ainsi à prendre un relais qu'a priori Hegel ne voulait pas passer, dans la mesure où le système de ce dernier finira par vouloir rendre raison d'un processus arrivé à son terme. Honneth partira d'indications empiriques de ce que la société moderne dessinerait, au-dessus du niveau concret où l'on parle habituellement d'institutions juridiques, politiques ou même sociales, un ordre normatif de reconnaissance intersubjective composé de trois « modèles », « formes » ou « sphères » d'interaction. Et ce pour rendre compte de la manière précise dont cette société, en transmettant à ses membres dans le cours du processus de socialisation certaines attentes normatives en termes de reconnaissance mutuelle qu'ils finiront par lui adresser sur le plan des institutions concrètes et autres structures sociales, porte en elle – comme les sociétés d'un autre type peuvent le faire différemment – le potentiel de son propre développement moral. Cela devait aboutir à la thèse d'une lutte sociale pour la reconnaissance comme moteur d'un tel développement.

Après *La lutte pour la reconnaissance*, Honneth affirmera avoir trouvé dans les travaux de Tzvetan Todorov, Michael Ignatieff et Avishai Margalit une confirmation de ce que, « aux yeux de leurs membres, les sociétés sont constituées d'arrangements et d'institutions qui ne sont légitimes que pour autant qu'ils sont en mesure de garantir, sur différents plans, le maintien de

¹⁶³⁷ A. LE GOFF, « Honneth, Axel » (2008), dans V. BOURDEAU et R. MERRILL (dir.), *DicoPo. Dictionnaire de théorie politique*, en ligne : <http://www.dicopo.fr/spip.php?article106>

rapports de reconnaissance réciproque authentiques¹⁶³⁸ ». Mais dans l'ouvrage de 1992 était déjà formulée la thèse selon laquelle le mépris peut être vécu à une échelle sociale, thèse qui suppose que, hormis le fait qu'elles soient socialement formées en amont, les attentes normatives de reconnaissance réciproque puissent aussi être adressées aux structures sociales de la part des sujets, qu'elles puissent pour ainsi dire être « retournées » contre la « société » elle-même. Cela ne saurait surprendre, dans la mesure où l'on sait que ce pour quoi Honneth cherchait un ancrage dans l'expérience quotidienne d'atteintes aux idées intuitivement données de la justice – idées dont on a vu qu'elles seraient de reconnaissance mutuelle et socialement formées – correspond à une pratique sociale émancipatoire. En effet, pour que l'expérience du mépris puisse se situer à l'origine d'une telle pratique sociale, il faut avant tout que le sujet soit capable d'imputer du mépris aux structures sociales, à la « société ». Or, pour cela, encore faut-il que ce dernier puisse percevoir le caractère social de certaines de ses expériences personnelles de mépris qu'il généralisera en se les représentant comme des réalités auxquelles d'autres sujets sont également exposés¹⁶³⁹.

On a vu que, dans la société moderne, grâce à la « solidarité » dont il fait l'apprentissage au cours de sa socialisation, le sujet se découvrirait créancier, en fonction de sa contribution personnelle, d'allocations de mérite ou d'estime jusqu'à l'échelle sociale. Mais la mésestime ne se constituerait en mépris social que lorsque, plutôt qu'être essentiellement le fait d'un individu, elle tiendrait à la réprobation sociale d'un mode particulier d'autoréalisation. Ainsi n'y aurait-il déni social de reconnaissance solidaire que lorsque, en raison de la hiérarchie sociale des valeurs et de l'interprétation culturelle du principe de solidarité en vertu desquelles s'organisent les modèles d'autoréalisation concrètement institutionnalisés à l'échelle du système social global, c'est toute une catégorie de sujets qui aurait le sentiment d'être injustement privée de valeur sociale. Au sujet de cette forme précise de mépris social, Honneth parle de « dégradation culturelle » ou de « dévalorisation sociale » de certains modes de réalisation de soi, modes qui correspondraient à autant de façons de contribuer à la société¹⁶⁴⁰.

¹⁶³⁸ A. HONNETH, *supra* note 1633, p. 134 ; *supra* note 1597, p. 132. L'auteur se réfère alors à : T. TODOROV, *La vie commune : essai d'anthropologie générale*, Paris, Seuil, 2003 ; M. IGNATIEFF, *The Needs of Strangers*, New York, Picador, 2001 ; A. MARGALIT, *La société décente* (1996), trad. F. Billard rev. par L. D'Azay, Castelnau-le-Lez, Climats, 1999 / Paris, Flammarion, 2007.

¹⁶³⁹ A. HONNETH, *supra* note 1525, p. 194.

¹⁶⁴⁰ A. HONNETH, *supra* note 1602, p. 18.

Quant à la déconsidération cognitive, elle ne désignerait encore ici une forme de mépris social que dans la mesure où le sujet qui en fait l'expérience peut se rendre compte de ce que, au-delà de sa propre personne, ce sont les membres de tout un segment de la société qui peuvent alors avoir le sentiment que leur capacité de jugement est injustement niée en se voyant tous également dépourvus du statut de partenaire d'interaction à part entière¹⁶⁴¹. Les sujets apprenant, au cours de la socialisation dans la société moderne, à se reconnaître les uns les autres comme sujets de droit par la considération cognitive réciproque, dès lors qu'il s'exerce à l'échelle sociale le déni d'une telle considération se traduit par une exclusion structurelle de la jouissance de certains « droits » au sein de la société¹⁶⁴². Ici Honneth, qui ne renvoie pas tant au droit positif qu'au principe socionormatif reconnaissant du « droit » ou de l'« égalité juridique » rendant possible la critique du droit positif, se dit n'employer le terme de « droits » que « de manière très imprécise, pour désigner les exigences qu'une personne peut légitimement s'attendre à voir satisfaites par la société, dans la mesure où elle est membre à part entière d'une communauté et participe de plein droit à son ordre institutionnel¹⁶⁴³ ».

On a vu comment, selon Honneth, la violence physique serait une forme radicale de mépris parmi celles qui correspondent négativement à la reconnaissance sur le mode de la sollicitude personnelle. Aussi nous semble-t-il maintenant qu'on peut tenir l'esclavage et génocide, notamment, pour des exemples de manifestation de cette forme radicale de mépris à l'échelle sociale. Pourtant, mais avant d'y revenir, Honneth affirmera, dans *La lutte pour la reconnaissance*, l'inexistence d'un ordre social de ce type particulier et fondamental de mépris que serait le déni de sollicitude. Et ce en invoquant l'argument voulant que, dans la sphère de l'amour, les attentes normatives ne se laissent pas généraliser au-delà du cercle de la relation primaire au point de devenir des questions d'intérêt public, autrement dit que la sphère de l'amour ne dépende pas, en son principe de fonctionnement, de critères généraux concernant la

¹⁶⁴¹ A. HONNETH, *supra* note 1525, p. 164. L'auteur se réfère alors à B.R. BOXBILL, « Self-Respect and Protest », *Philosophy and Public Affairs*, n° 6, 1976-1977, p. 58, et à J. FEINBERG, « The Nature and Value of Rights », dans *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty: Essays in Social Philosophy*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1980.

¹⁶⁴² *Id.*, p. 163.

¹⁶⁴³ *Ibid.*

société tout entière¹⁶⁴⁴. Pour notre part, ainsi que nous l'avons mentionné, nous croyons que si le sujet attend de la sollicitude personnelle, voire de la bienveillance inconditionnelle, de ses proches uniquement, c'est bien de tout le monde qu'il attend du respect de son intégrité physique et même de l'assistance s'il se trouve en danger physiquement, et de la société qu'elle favorise les rapports affectifs par lesquels se développe la confiance en soi. Après *La lutte pour la reconnaissance*, Honneth rétractera cette thèse, mais à notre connaissance pour ne voir que dans la méconnaissance ou la dévalorisation culturelles de certains affects ou de certains besoins une forme sociale du déni de sollicitude, sans prendre davantage en considération le cas où la violence physique est érigée en composante du système social.

Fort d'avoir ainsi trouvé, dans l'échelle sociale des trois formes du mépris, un ancrage quasi phénoménologique pour une pratique sociale émancipatoire que la piste hégélienne annonce dans les termes de la lutte pour la reconnaissance, Honneth se doit maintenant de vérifier si l'infrastructure morale que constituent les sphères de reconnaissance peut imprimer une direction de développement aux structures sociales. Car, dans la perspective de la TCS, c'est à des forces motrices travaillant au dépassement des formes établies de domination, et non au maintien d'une d'espèce d'équilibre, que notre philosophe veut rattacher une éventuelle sociologie critique.

Section 5. Sphères de reconnaissance et surplus normatif

Il faut savoir distinguer, au sein du modèle honnéthien, entre la question du développement moral des structures de la société et celle du développement de son infrastructure morale. Par un processus de différenciation, cette infrastructure arriverait à se développer. Mais avant même de se différencier, un principe socionormatif de reconnaissance constituerait déjà toujours un « surplus de validité¹⁶⁴⁵ » normative par rapport à sa concrétisation institutionnelle, sa mise en œuvre, pour être progressive, désignant un processus, mais un processus à jamais inachevé. Un tel surplus normatif se présenterait plus concrètement sous la forme d'un « surplus sémantique » (*semantische Überschuf*) allant toujours au-delà de ce que nous pouvons

¹⁶⁴⁴ *Id.*, p. 193-194.

¹⁶⁴⁵ Voir not. A. HONNETH, *supra* note 1597, p. 149 s.

actuellement saisir pour l'articuler¹⁶⁴⁶. La force motrice dont Honneth affirmera avoir relevé l'existence et à laquelle il voudra rattacher la sociologie critique, à savoir la (triple) lutte sociale pour la reconnaissance, agirait essentiellement sur le plan des structures sociales, pour les faire exploiter toujours davantage de ce surplus normatif que contiendrait chacune des trois sphères sociales de reconnaissance. En revanche, s'il s'agit bien là de deux questions distinctes, elles ne paraissent pas pour autant étrangères l'une à l'autre, puisque Honneth semble bien se sentir obligé de remonter jusqu'à ce phénomène historique exceptionnel qu'aurait connu le passage de la société traditionnelle à la société moderne et que représenterait la différenciation, en trois sphères, des rapports intersubjectifs de reconnaissance s'il veut connaître la direction de développement des structures sociales dont chacune de ces trois sphères serait porteuse.

À l'époque de *La lutte pour la reconnaissance*, Honneth soutenait que, au niveau de l'infrastructure morale de la société moderne, seules les sphères du « droit » et de la « solidarité » résultaient d'un processus de transformation historique. Celle de l'« amour » était alors pensée, en tant que sphère distincte, telle une constante anthropologique. Au sein des sociétés traditionnelles, la reconnaissance juridique de la personne se confondait encore avec son estime sociale, alors que la valeur des différentes tâches réparties par la division du travail y serait elle-même fonction d'une hiérarchie rigide. Dans la société traditionnelle donc, l'estime sociale et les droits du sujet ne seraient tributaires que de son « rang » :

l'éthicité conventionnelle de telles communautés dessine un horizon normatif dans lequel la diversité des droits et des devoirs individuels reste liée à la valeur des différentes tâches effectuées au sein du dispositif de coopération sociale. Ici, la reconnaissance juridique comporte donc encore des degrés, selon l'importance du rôle que l'individu joue dans la société. Ce lien se dissout seulement à la suite du processus historique qui soumet les rapports juridiques aux exigences d'une morale postconventionnelle : la reconnaissance juridique, qui doit en principe s'appliquer de la même manière à chaque sujet, est désormais dissociée de l'estime sociale, de sorte qu'on voit apparaître deux formes différentes de respect, dont les modes de fonctionnement doivent être analysés séparément¹⁶⁴⁷.

À la suite de cette scission historique du droit et de la solidarité lors du passage de la société traditionnelle à la société moderne, il serait devenu possible de « reconnaître un individu

¹⁶⁴⁶ A. HONNETH, « Gerechtigkeit und kommunikative Freiheit. Überlegungen im Anschluss an Hegel » [« Justice et liberté communicationnelle. Réflexions à la lumière de Hegel »], dans B. MERKER, G. MOHR et M. QUANTE (dir.), *Subjektivität und Anerkennung [Subjectivité et Reconnaissance]*, Paderborn, Mentis, 2004, p. 213-227, à la page 225.

¹⁶⁴⁷ *Id.*, p. 135-136.

en tant que personne sans pour autant apprécier ses services ni son caractère¹⁶⁴⁸ ». Une parenthèse s'impose ici. Honneth renvoie à Jhering. Il entend alors prendre appui sur l'inachevé *Zweck im Recht* (« Le but dans le droit »)¹⁶⁴⁹. Du *Zweck* projeté par Jhering à l'origine, les deux volumes qui sont finalement parus ne constituent pas même l'entière première partie. Il existe d'ailleurs une traduction française du premier des deux volumes de la troisième édition allemande de cet ouvrage publié à l'origine de 1877 à 1883, parue sous le titre de *L'évolution du droit*¹⁶⁵⁰. Il peut sembler curieux qu'ici la référence que fait Honneth soit si fugitive. Curieux notamment qu'il ne soit pas aussi question du *Kampf um's Recht* (« La lutte pour le droit »), dans lequel Jhering élabore une théorie de la lutte induite par le « sentiment du droit », en d'autres termes, de la lutte pour le droit comme lutte pour l'existence morale, une telle lutte étant par lui comprise en tant que source véritable du droit¹⁶⁵¹. N'est-ce pas d'une manière qui préfigure la critique honnétienne de Habermas que Jhering s'inscrit en faux contre « la théorie de Savigny et de Puchta sur la naissance du droit » selon laquelle « une nouvelle règle de droit naît avec aussi peu de peine qu'une nouvelle règle du langage »¹⁶⁵² ? N'en va-t-il pas de même lorsque Jhering affirme que son interprétation de l'évolution du droit comme produit de la lutte « a en sa faveur », non seulement « l'analogie du développement réel et visible du droit dans l'histoire », mais aussi « l'avantage d'une plus grande vraisemblance psychologique »¹⁶⁵³ ? Selon Jhering, il en va, pour celui qui est engagé dans une lutte pour le droit, « de sa personnalité, de son honneur, de son sentiment du droit, du respect de lui-même », car le mépris de ses droits est une « lésion personnelle »¹⁶⁵⁴. *La lutte pour le droit* n'anticipe-t-elle pas encore *La lutte pour la reconnaissance* lorsque l'on y lit : « La réaction du sentiment juridique ne se détermine point comme une émotion ordinaire, d'après la nature spéciale du tempérament et du caractère, mais qu'il s'y joint un élément social [...] »¹⁶⁵⁵ ? Il serait possible de multiplier les exemples. En dépit de la faiblesse de sa référence à Jhering, Honneth s'y appuie pour défendre la thèse de la

¹⁶⁴⁸ *Id.*, p. 136-137.

¹⁶⁴⁹ R. von JHERING, *Der Zweck im Recht [Le but dans le droit]* (1877-1883), 2 vol., Hildesheim, Olms, 1970.

¹⁶⁵⁰ R. VON JHERING, *L'évolution du droit*, trad. O. de Meulenaere, Paris, Chevalier-Marescq, 1901. Ce même volume a été traduit en anglais sous le titre *The Law as a Means to an End*, par I. Husik (réimp. Union (NJ), Lawbook Exchange, 1999).

¹⁶⁵¹ R. VON JHERING, *La lutte pour le droit* (1872), trad. O. de Meulenaere, Paris, Marescq aîné, 1890, réimp. avec une prés. de O. Jouanjan, Paris, Dalloz, 2006. Il existe une traduction française antérieure : *Le combat pour le droit*, trad. A.F. Meydiou, Vienne/Paris, Manz/Durand et Pedone-Lauriel, 1875.

¹⁶⁵² *Id.*, p. 6.

¹⁶⁵³ *Id.*, p. 13.

¹⁶⁵⁴ *Id.*, p. 22.

¹⁶⁵⁵ *Ibid.*, p. 36.

différenciation des sphères du droit et de la solidarité à l'époque moderne. Aurait fini par s'ensuivre un nouveau principe sacionormatif de reconnaissance mutuelle, universelle et inconditionnelle de la qualité de sujet de droit, autrement dit un principe d'égalité juridique.

Des travaux tels que ceux de Thomas Marshall donneraient à penser que le développement des droits fondamentaux, depuis les garanties juridiques et libertés civiles au XVIII^e jusqu'aux droits sociaux au XX^e en passant par les droits politiques au XIX^e siècles, coïncide avec le déploiement d'une même logique de pleine participation de tous ses membres à la communauté politique¹⁶⁵⁶. Présidée par une telle logique égalitaire, une tendance générale s'observerait selon laquelle d'une part « le droit intègre de nouveaux contenus matériels, qui tiennent de plus en plus compte de l'inégalité des chances qu'ont les différents individus de jouir effectivement des libertés socialement garanties », et d'autre part, ainsi que par voie de conséquence, « la relation juridique est universalisée de telle manière qu'un nombre croissant de groupes jusque-là exclus et défavorisés se voient reconnus les mêmes droits que les autres membres de la société¹⁶⁵⁷ ». Le principe d'égalité juridique que contiendrait la sphère différenciée du droit imprimerait donc aux structures sociales une direction de développement allant dans le sens de sa concrétisation et de sa généralisation, en d'autres termes d'une universalisation qui, loin de la congédier, commanderait l'adaptation aux différents contextes¹⁶⁵⁸ – une insistance qui permet ici de localiser la « pensée juridique » de Honneth dans le voisinage de celle de Habermas.

Le principe d'égalité juridique aurait orienté le développement, non seulement du droit positif, mais aussi, à travers lui, d'institutions sociales telles que la famille et le marché des revenus, qui relèvent pour l'essentiel des autres sphères différenciées de reconnaissance¹⁶⁵⁹. Plus fondamentalement encore, la différenciation de la relation juridique d'avec les rapports fondés sur l'estime aurait également eu pour effet d'inoculer le principe égalitaire aux seconds, qui dès lors auraient vu l'accomplissement ou la contribution personnels prendre progressivement le pas sur l'« honneur », sur l'« état », sur la « condition », bref, sur le « rang¹⁶⁶⁰ ». En effet la

¹⁶⁵⁶ A. HONNETH, *supra* note 1525, p. 141 et s., où l'auteur renvoie à : T.H. MARSHALL, *Citizenship and Social Class*, Londres/Concord (MA), Pluto Press, 1992.

¹⁶⁵⁷ *Id.*, p. 144.

¹⁶⁵⁸ *Ibid.* et p. 211.

¹⁶⁵⁹ Voir A. HONNETH, *supra* note 1597.

¹⁶⁶⁰ *Id.*, p. 140.

reconnaissance sur le mode de l'estime, qui porte certes, ainsi qu'on l'a vu, non pas sur les qualités universelles des sujets humains, mais sur leurs caractères distinctifs, n'aurait pu prendre sa forme actuelle, en l'occurrence le mérite, « qu'une fois dépassé le cadre d'une société organisée en ordres hiérarchiques¹⁶⁶¹ ».

Après que la sphère du droit s'en fut différenciée, celle de la solidarité aurait ainsi vu, avec l'affirmation du principe de mérite, l'engagement d'un processus de relativisation des valeurs sociales facilitant la réinterprétation constante de l'idée d'accomplissement ou de contribution personnels. Dès lors qu'une société devient « moderne », écrit Honneth :

Avec son fondement métaphysique, le cosmos social des valeurs perd à la fois son caractère d'objectivité et sa capacité d'établir une fois pour toutes une échelle de prestige social qui puisse servir de norme aux comportements individuels. C'est pourquoi la lutte que la bourgeoisie engage au seuil des Temps modernes contre les notions féodales de l'honneur aristocratique n'est pas seulement une tentative collective pour imposer de nouveaux principes de valeur, mais aussi une remise en question de statut même de tels principes¹⁶⁶².

Que la solidarité en tant que sphère différenciée de reconnaissance ait ainsi inauguré une espèce de dialectique infinie d'interprétation culturelle de son principe normatif se veut sans conteste explicatif du potentiel de développement des modèles institutionnels de l'estime sociale dont elle serait porteuse. Sauf qu'en soi cela ne peut expliquer que la possibilité d'un tel développement, et non sa direction. L'estime s'y associant au « mérite » de préférence à l'« honneur », c'est précisément par la manière particulière dont il parvient à faire coïncider la réalisation de soi et la concrétisation des fins sociales abstraitement définies que l'individu se l'attire dans la société moderne¹⁶⁶³. De sorte que l'effacement progressif des structures verticales de classes s'y serait bien fait au profit d'une concurrence horizontale individuelle introduisant toujours davantage de symétrie dans les rapports sociaux. Ainsi la direction de développement que donnerait la sphère recognitive de la solidarité aux structures sociales modernes irait dans le sens d'une égalitarisation passant par une individualisation des modèles institutionnels de l'estime sociale. Il vaut sans doute d'être relevé que c'est d'une manière qui le sépare de Gregory Vlastos que Honneth tient le mérite pour un principe égalitaire. Car pour le premier la société moderne est celle de l'universalisation d'une « dignité » qui, comme rang le plus élevé, continue de s'opposer avantageusement au « système du mérite » (*M-system*) :

¹⁶⁶¹ A. HONNETH, *supra* note 1525, p. 149.

¹⁶⁶² *Id.*, p. 152.

¹⁶⁶³ *Id.*, p. 153-154.

[...] in one fundamental respect our society is much more like a caste society (with a unique cast) than the M-system. The latter has no place for a rank of dignity which descends on an individual by the purely existential circumstance (the "accident") of birth and remains his unalterably for life. [...] And the fact that first-class citizenship, having been made common, is no longer a mark of distinction does not trivialize the privileges it entails. It is the simple truth, not declamation, to speak of it, as I have done, as a "rank of dignity" in some ways comparable to that enjoyed by hereditary nobilities of the past¹⁶⁶⁴.

Relevons au passage que, dans un article qu'il dédie à la mémoire de Vlastos, Jeremy Waldron reprend de lui la thèse selon laquelle le principe d'égalité de dignité de la personne humaine – principe consacré dans le texte de certaines constitutions et dont la jurisprudence, la doctrine juridique et la philosophie du droit dérivent parfois les droits fondamentaux de la personne – correspondrait à l'universalisation de ce qui était anciennement le rang le plus élevé des hiérarchies sociales européennes¹⁶⁶⁵. Waldron, qui du reste semble tout ignorer de Honneth, n'exclut pas que ce rang puisse consister essentiellement en une protection juridique contre l'humiliation¹⁶⁶⁶. Or, « humilier » veut notamment dire : « abaisser, rabaisser d'une manière outrageante ou avilissante, atteindre dans sa fierté, sa dignité », et « humiliation » : « ce qui blesse l'amour propre ». Aussi Waldron ne manque-t-il pas d'observer que l'emploi du terme de « dignité » dans le discours des droits de l'homme est intimement associé à celui de « respect », et que « *[t]he ordinary meaning of « respect » has strong overtones of deference, and the idea of someone respecting another conveys some sense of deferring to her, making room for her, listening to her, allowing her will rather than one's own to prevail, and so on¹⁶⁶⁷* ». Voilà la conception kantienne dont Honneth parle comme du « respect juridique » ou de la « considération cognitive ».

Quant à la sphère de l'amour, la question de savoir si elle est porteuse d'un potentiel de développement moral des structures sociales ne se posait pas dans *La lutte pour la reconnaissance*, puisqu'à l'époque Honneth estimait qu'aucune des attentes normatives qui s'y forment ne pouvait être adressée à la société. En outre ce dernier estimait-il comme nous l'avons vu que cette composante de l'infrastructure morale de la société ne ressortissait elle-même à aucun processus de transformation historique. D'autre part, c'était finalement du sens de celle, plus générale, dont seraient issues les sphères différenciées du droit et de la solidarité qu'il avait

¹⁶⁶⁴ G. VLASTOS, « Justice and Equality », dans J. WALDRON (dir.), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1984, p. 41-76, à la page 54.

¹⁶⁶⁵ J. WALDRON, « Dignity and Rank », *Archives européennes de sociologie / European Journal of Sociology*, vol. 48, n° 2, 2007, p. 201-237, à la page 232.

¹⁶⁶⁶ *Id.*, p. 215.

¹⁶⁶⁷ *Id.*, p. 223.

déduit la direction, plus particulière, de développement moral des structures sociales dont chacune de ces deux sphères serait porteuse. Nous avons vu comment Honneth a rétracté la première de ces thèses. Voyons maintenant comment il est également revenu sur la seconde.

Notre auteur en viendra à soutenir que la sphère de l'amour résulte elle aussi, autrement que de manière résiduelle, du processus de différenciation des rapports intersubjectifs de reconnaissance qui aurait présidé à la genèse de la société moderne. Se référant notamment à l'étude de Philippe Ariès sur la vie familiale sous l'Ancien régime, Honneth précisera d'abord que la sollicitude à l'endroit des enfants est, comme forme distincte de reconnaissance, demeurée implicite jusqu'à ce que l'enfance ne se démarque, dans la société « bourgeoise-capitaliste », en tant qu'âge requérant une protection spéciale¹⁶⁶⁸. Se fondant ensuite sur une analyse de Tilman Allert, il indiquera qu'avec l'institution du mariage d'amour de type « bourgeois » les relations conjugales se sont, du moins sur le plan normatif, soustraites aux pressions économiques et sociales pour ne se nouer que dans l'affection mutuelle et ainsi rejoindre la sollicitude envers les enfants dans la formation d'une sphère distincte de reconnaissance¹⁶⁶⁹. Honneth finira par tenir le principe de l'amour, autour duquel graviterait cette dernière sphère différenciée de reconnaissance, pour porteur d'un potentiel de développement moral des structures et pratiques sociales dans le sens d'une extension de la considération sociale à de nouveaux affects et besoins. À notre connaissance il ne s'agit pas là de sa thèse la mieux développée.

Le tableau suivant, extrait de *La lutte pour la reconnaissance*, mais modifié par nous juste ce qu'il fallait pour tenir compte du potentiel de développement des structures sociales que renfermerait maintenant la sphère de l'amour, résume bien celles des principales thèses de Honneth que nous avons vues jusqu'ici¹⁶⁷⁰ :

¹⁶⁶⁸ A. HONNETH, *supra* note 1597, p. 139, où l'auteur renvoie à : P. ARIES, *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien régime*, Paris, Plon, 1960.

¹⁶⁶⁹ *Ibid.*; T. ALLERT, *Die Familie. Fallstudien zur Unverwüstlichkeit einer Lebensform* [La famille. Études de cas sur l'inaltérabilité d'une forme de vie], Berlin, Walter De Gruyter, 1997.

¹⁶⁷⁰ A. HONNETH, *supra* note 1525, p. 159.

Mode de reconnaissance	Sollicitude personnelle	Considération cognitive	Estime sociale
Dimension personnelle	Affects et besoins	Responsabilité morale	Capacités et qualités
Forme de reconnaissance (sphère)	Relations primaires (amour, amitié)	Relations juridiques (droit)	Communauté de valeurs (solidarité)
Potentiel de développement	[Extension]	Généralisation, concrétisation	Individualisation, égalisation
Relation pratique à soi	Confiance en soi	Respect de soi	Estime de soi
Forme de mépris	Séances et violences	Privation de droits et exclusion	Humiliation et offense
Forme d'identité menacée	Intégrité physique	Intégrité sociale	« Honneur », dignité

Selon Honneth, la transformation historique capitale caractérisant le passage à la société « bourgeoise-capitaliste », soit la différenciation en trois sphères des rapports intersubjectifs de reconnaissance, aurait eu pour causes simultanées la pression exercée par l'essor du marché et l'émergence de modes de pensée posttraditionnels¹⁶⁷¹. Quant au développement moral des structures sociales en fonction du principe respectif de ces trois sphères, il s'effectuerait au moyen d'une triple lutte pour la reconnaissance, le conflit portant chaque fois sur les modes culturels d'interprétation d'un ou de plusieurs de ces principes qu'il s'agirait de mieux mettre en œuvre. Sauf que notre philosophe doit encore vérifier s'il existe suffisamment d'indications empiriques de ce que « l'expérience du mépris est à l'origine d'une prise de conscience, affectivement marquée, d'où naissent les mouvements de résistance sociale et les soulèvements collectifs¹⁶⁷² ».

Section 6. La lutte pour la reconnaissance comme pratique sociale émancipatoire

Même si, à l'instar des écrits de jeunesse de Hegel, l'œuvre de Mead va jusqu'à chercher « à faire de la lutte pour la reconnaissance l'axe directeur d'une construction théorique destinée à expliquer le développement moral de la société¹⁶⁷³ », elle ne fournit pas davantage de justification empirique, d'ordre sociologique ou historique, d'une telle thèse qui demeurerait pourtant ce qu'il y a de « réellement stimulant » chez le jeune Hegel. Chez l'un comme chez l'autre, il aurait d'abord manqué, pour ce faire, une réponse à la question de savoir comment l'expérience du mépris social peut « envahir la vie affective des sujets humains au point de les

¹⁶⁷¹ A. HONNETH, *supra* note 1597, à la page 140.

¹⁶⁷² A. HONNETH, *supra* note 1525, p. 171.

¹⁶⁷³ *Id.*, p. 87.

jeter dans la résistance et l'affrontement social, autrement dit dans une lutte pour la reconnaissance¹⁶⁷⁴ ».

La thèse de Honneth à cet égard, qu'il étaye de la conception des émotions humaines développée, dans la perspective d'une théorie de l'action, par la psychologie pragmatique de John Dewey¹⁶⁷⁵, est que les réactions émotionnelles à l'injure ou au mépris, telles la honte, la colère ou l'indignation, constituent les « symptômes psychiques » à partir desquels un sujet peut prendre conscience qu'il est illégitimement privé de reconnaissance à l'échelle sociale, et donc trouver un motif de résistance politique¹⁶⁷⁶. Aussi de telles réactions formeraient-elles une espèce de « maillon psychique » qui, en informant la personne concernée sur sa propre situation sociale, lui permettrait de passer de la simple passivité à l'action¹⁶⁷⁷. Il nous semble qu'il y ait ici un paradoxe dans l'argumentaire de Honneth, qui se retrouve à défendre la thèse qu'une situation paralysante puisse être le ressort d'une action. En effet, dès lors que sous l'une ou l'autre de ses formes le mépris sévit à l'échelle sociale, ses conséquences sur l'individu paraissent bien coïncider avec ce que depuis Marx on appelle de l'« aliénation¹⁶⁷⁸ », soit le fait d'être rendu, par suite des conditions sociales, comme étranger à soi-même, de ne plus s'appartenir et d'être en définitive privé de son humanité. Plus tard, Honneth, à l'instar de, mais de manière plus approfondie que Habermas¹⁶⁷⁹, préférera, dans un opuscule de 2005 contenant une version écrite des *Tanner Lectures* de la même année, se tourner vers Lukács pour en revisiter le concept de « réification »¹⁶⁸⁰. Mais alors, en plus que d'être approfondie, la reconnaissance prendra un sens considérablement élargi. Aussi bien son contraire, le déni de reconnaissance, sera-t-il reformulé en « oubli » – au sens particulier d'une restriction de l'attention la faisant passer à l'arrière-plan – de la reconnaissance préalable comme forme originaire du rapport (1) à autrui ou encore (2) à soi, et ses effets délétères (1) réifiant ou (2) autoréifiant, étendus, au-delà de la paralysie, à (1)

¹⁶⁷⁴ *Id.*, p. 162.

¹⁶⁷⁵ *Id.*, p. 167-170 ; J. DEWEY, « The Theory of Emotion. (I) Emotional Attitudes », *Psychological Review*, vol. 1, 1894, p. 553 ; « The Theory of Emotion. (2) The Significance of Emotions », *Psychological Review*, vol. 2, 1895, p. 13.

¹⁶⁷⁶ *Id.*, p. 166 et 169.

¹⁶⁷⁷ *Id.*, p. 166.

¹⁶⁷⁸ Nous partageons l'opinion de Stéphane Haber selon laquelle l'idée d'« aliénation » pourrait trouver une place dans le modèle de Honneth même si ce dernier ne l'y intègre pas explicitement : S. HABER, « Hegel vu depuis la reconnaissance », dans A. CAILLE (dir.), *supra* note 1633, p. 70, à la page 75.

¹⁶⁷⁹ Voir *supra* note 1328 et texte correspondant.

¹⁶⁸⁰ Voir A. HONNETH, *La Réification. Petit traité de théorie critique* (2005), trad. S. Haber, Paris, Gallimard, 2007, où, en page 76, Honneth compare sa réactualisation du concept de « réification » avec celle de Habermas.

un aveuglement du sentiment ou (2) une manière de se rapporter à ses propres états mentaux comme à un « donné fixe et figé » qu'il s'agirait de découvrir – un cognitivisme qu'à la suite de David Finkelstein Honneth appelle aussi « détectivisme » – ou, autre extrême, à « produire » – un constructivisme qu'à l'instar encore de David Finkelstein Honneth appelle également « constitutionnalisme » – plutôt qu'à « formuler » et à « valoriser » – suivant ce que Honneth appelle un « expressivisme ». Par-delà *Histoire et conscience de classe*, notre auteur aura alors l'occasion de s'inspirer largement du pragmatisme. Il renverra entre autres à la notion d'« aveuglement moral » chez William James¹⁶⁸¹. La reconnaissance selon Honneth ne s'accordant qu'aux personnes, elle se distingue, outre la « participation » de Lukács et le « souci » heideggérien, de cette expérience holistique qualitative que se veut l'« engagement » chez Dewey¹⁶⁸². Notamment, il se reconnaîtra une dette importante à Stanley Cavell, grâce auquel il aurait découvert une notion plus élémentaire de « reconnaissance ». Cavell oppose en effet la reconnaissance comme « *acknowledgement* » à l'idée selon laquelle il serait possible d'avoir une connaissance immédiate des états mentaux d'autrui¹⁶⁸³. Enfin, la réification ne coïncidant pas chez Honneth avec toute objectivation d'autrui ou de soi, le marché n'y est pas comme chez Lukács désigné simplement, indistinctement et exclusivement comme institutionnalisation sociale de la réification¹⁶⁸⁴. Au reste, le droit, qui structure largement le marché, doit plutôt être conçu une protection nécessaire mais insuffisante contre l'oubli de la reconnaissance qui, à l'échelle sociale, s'étend au-delà de la sphère d'atteintes à des principes de justice¹⁶⁸⁵.

Pour en revenir à *La lutte pour la reconnaissance*, la question du passage de la passivité à l'action pour un sujet ainsi « paralysé » est sans conteste des plus difficiles. Certes, Honneth précise que pour devenir, sous la forme d'une conviction politico-morale, le motif déterminant d'actes de résistance politique, l'expérience du mépris doit se produire dans un environnement « propice à la formation d'un mouvement social¹⁶⁸⁶ », ce qui pose du reste la question de la forme que doit prendre une culture morale pour conférer aux intéressés, méprisés ou exclus, « la

¹⁶⁸¹ Voir *id.*, p. 90.

¹⁶⁸² Voir *id.*, p. 34-51, 61-62, 68-70, 74, 78, 84-86, 95 et 130-134.

¹⁶⁸³ Voir *id.*, p. 63-64 et 69-70.

¹⁶⁸⁴ Voir *id.*, p. 81 et 108-113.

¹⁶⁸⁵ Voir *id.*, p. 115-116.

¹⁶⁸⁶ A. HONNETH, *supra* note 1602, p. 21.

force individuelle d'articuler leurs expériences dans l'espace public démocratique, au lieu de les mettre en acte dans le cadre des contre-cultures de la violence¹⁶⁸⁷ ». Mais un milieu favorable à la formation de mouvements sociaux peut-il à lui seul expliquer comment celui qui est « paralysé » peut parvenir à l'action ? En fait, la véritable réponse que suggère Honneth à cette question est que l'individu qui est victime de mépris social « ne parvient à se libérer de la tension affective provoquée en lui par des expériences humiliantes qu'en retrouvant une possibilité d'activité », en sorte que seul l'engagement politique permettrait de le sortir de la situation paralysante d'une humiliation subie passivement et de le faire accéder à une nouvelle relation positive à soi¹⁶⁸⁸. La paralysie dont souffrirait celui qui fait l'expérience du mépris ne serait donc que partielle ou conditionnelle, selon une explication qui est proposée au moyen fonctionnaliste d'une « cause finale » plutôt qu'à celui d'une condition de possibilité de ce qui paraît impossible. Rien n'est moins sûr que Honneth réussisse ici où Hegel et Mead auraient échoué. La possibilité actionnante du passage du mépris paralysant à la lutte active n'est chez notre auteur que déduite à partir d'une interprétation de certaines études historiques. Suivant sa manière de résoudre certaines ambiguïtés dans l'œuvre de Mead, Markell avance que :

The initiation of a new possibility does not require an impossibly long leap from mere potentiality –from a potentiality that is not yet really available to us– into actuality; nor does it require that this gulf be spanned by a gate-keeper between the potential and the actual, who makes assessments of capability and parcels out recognition accordingly. That should be a reassuring conclusion for those who, like Honneth, wish to give theoretical accounts of the possibility of resistance to injustice, for it means that the victims of injustice cannot be quite as thoroughly deprived of agency –of power already actual– as those who dominate them might wish¹⁶⁸⁹.

Selon cette lecture de Mead qui est celle de Jean-Philippe Deranty, la réponse à la question qui nous occupe se trouve plus précisément dans cette réserve de forces instinctives que continuerait de constituer le « Je » même après l'émergence du « Moi » à la faveur de la reconnaissance :

To put it once more in the terms of a temporal image, the “I” is a source of instinctual energy presupposing and predating the socially constructed self, and so points to the immemorial past of the subject, but its unpredictable reactions to the internalised demands from society as crystallised in the “Me” make it a source of creativity and true spontaneity, the origin of the subject's capacity to project itself into the future¹⁶⁹⁰.

Cela dit, à la différence de ce qui prévaut chez Franz Fanon par exemple, « [l']idée de la lutte comme créant le sujet qui la mène reste néanmoins à l'arrière-plan chez Axel Honneth, qui se borne à concevoir son effet sur le rapport à soi et le qualifie de « motivation secondaire » du

¹⁶⁸⁷ A. HONNETH, *supra* note 1538, p. 238.

¹⁶⁸⁸ A. HONNETH, *supra* note 1525, p. 169 et 196.

¹⁶⁸⁹ P. MARKELL, *supra* note 1613, p. 130.

¹⁶⁹⁰ J.-P. DERANTY, *supra* note 1524, p. 249.

conflit¹⁶⁹¹ ». Enfin, si pour lui c'est d'abord l'expérience du mépris qui est à même de révéler à une personne l'injustice sociale dont elle est victime de manière à pouvoir la faire entrer en lutte, Honneth investira la sociologie critique d'une mission de repérage et d'accompagnement des luttes sociales pour la reconnaissance, si bien qu'un tel programme sociologique pourrait trouver une justification supplémentaire chez Bourdieu :

Porter à la conscience des mécanismes qui rendent la vie douloureuse, voire invivable, ce n'est pas les neutraliser ; porter au jour les contradictions, ce n'est pas les résoudre. Mais, si sceptique que l'on puisse être sur l'efficacité du message sociologique, on ne peut tenir pour nul l'effet qu'il peut exercer en permettant à ceux qui souffrent de découvrir la possibilité d'imputer leur souffrance à des causes sociales et de se sentir ainsi disculpés ; en faisant connaître largement l'origine sociale, collectivement occultée, du malheur sous toutes ses formes, y compris les plus intimes et les plus secrètes¹⁶⁹².

La thèse selon laquelle certaines luttes sociales peuvent s'expliquer par des mobiles moraux se constituant dans le cadre d'expériences d'insatisfaction d'attentes de reconnaissance profondément enracinées va à l'encontre des modèles utilitaristes de la conflictualité sociale qui demeurent à la base épistémologique de la sociologie. Cela n'empêchera pas Honneth de prétendre lui avoir trouvé une certaine confirmation dans un courant fragmentaire de la théorie sociale ainsi que dans « certaines nouvelles tendances de l'historiographie¹⁶⁹³ ». Au sein de la tradition de la théorie sociale d'abord, Honneth désigne les Marx, Sorel et Sartre comme les figures les plus remarquables d'un courant de pensée dans lequel les conflits sociaux sont, contre Machiavel et Hobbes, conçus comme étant porteurs d'exigences de reconnaissance. Au terme de son cheminement allant depuis les écrits de jeunesse, dont les manuscrits parisiens de 1844, jusqu'à l'œuvre de maturité se composant notamment de la *Critique de l'économie politique* et d'une analyse du *Capital*, en passant par *Les luttes de classes en France* et *Le 18 Brumaire de Louis Bonaparte*¹⁶⁹⁴, on se retrouverait avec Marx devant une tension irrésolue entre deux modèles de la conflictualité sociale. Le père du « socialisme scientifique » ne serait jamais parvenu dans son œuvre de maturité à établir un lien systématique entre le modèle utilitariste de ses écrits économiques et le modèle expressiviste de ses écrits politicohistoriques. Chez le

¹⁶⁹¹ E. FERRARESE, « Qu'est-ce qu'une lutte pour la reconnaissance ? Réflexions sur l'antagonisme dans les théories contemporaines de la reconnaissance », *Politiques et Société*, vol. 28, n° 3, 2009, p. 107-108. L'auteur cite, puis se réfère à : A. HONNETH, *supra* note 1525, p. 196 ; A. HONNETH et J. ANDERSON, « Autonomy, Vulnerability, Recognition, and Justice », dans J. CHRISTMAN et J. ANDERSON (dir.), *Autonomy and the Challenges to Liberalism: New Essays*, New York, Cambridge University Press, 2005, p. 127-149.

¹⁶⁹² P. BOURDIEU (dir.), *La Misère du monde*, Paris, Seuil, 1993, p. 944.

¹⁶⁹³ A. HONNETH, *supra* note 1525, p. 193.

¹⁶⁹⁴ K. MARX, *Œuvres*, trad. L. Évrard, M. Jacob, J. Malaquais, C. Orsoni, M. Rubel et S. Voutet, Paris, Gallimard, 1965-1982.

dernier Marx « le principe d'un conflit d'intérêts de nature purement économique se juxtapose brutalement à une conception relativiste réduisant tous les conflits au choc entre des projets d'autoréalisation incompatibles¹⁶⁹⁵ ». C'est donc en une « synthèse instable, hautement ambivalente, avec les courants de l'utilitarisme », que s'unit chez Marx l'idée première de Hegel relative au système de développement moral historique de la société¹⁶⁹⁶. Car si, à la différence de ses écrits économiques, les écrits politicohistoriques de Marx interprètent bien la lutte des classes sur le modèle d'une rupture éthique, à eux seuls ils ne rendraient raison d'aucun processus.

Suivant une thèse d'Isaiah Berlin, l'œuvre théorique de Sorel est traversée par une volonté de dépasser sinon de combattre l'utilitarisme dans lequel ce dernier voit une pensée détournant le marxisme de ses véritables objectifs qui seraient des objectifs éthiques¹⁶⁹⁷. Certes davantage influencé par Vico¹⁶⁹⁸, auquel viendra s'ajouter Bergson¹⁶⁹⁹, que par Hegel, Sorel ne s'en efforce pas moins de trouver une solution au problème de l'utilitarisme « dans une interprétation de l'histoire en termes de théorie de la reconnaissance¹⁷⁰⁰ ». Aussi recourt-il à l'idée de luttes sociales historiques ayant des mobiles moraux, idée à laquelle vient s'ajouter celle selon laquelle « seul le droit offre aux représentations morales particulières un moyen d'expression socialement englobant, de sorte que la lutte des classes prend nécessairement la forme d'affrontements juridiques¹⁷⁰¹ ». Sorel parle à cet égard d'une lutte des classes « pour le droit¹⁷⁰² ». Sauf que chez lui une telle lutte n'arrive pas à se constituer en moteur de développement moral de la société, car il opère une réduction tout à fait relativiste du droit en ramenant celui-ci à une technique de pouvoir. Cette réduction survivra à l'intervention d'un concept de « mythe social » inspiré par Bergson et censé éclairer le processus de formation de

¹⁶⁹⁵ A. HONNETH, *supra* note 1525, p. 181.

¹⁶⁹⁶ *Id.*, p. 173.

¹⁶⁹⁷ *Id.*, p. 181-182. L'auteur se réfère alors à I. BERLIN, « George Sorel », dans *À contre-courant. Essais sur l'histoire des idées*, Paris, Albin Michel, 1988.

¹⁶⁹⁸ G. SOREL, « Was man von Vico lernt » [« Ce que l'on apprend de Vico »], *Sozialistische Monatshefte*, n° 2, 1898, p. 270; « L'éthique du socialisme », dans *La Décomposition du marxisme et autres essais*, anthologie préparée et présentée par T. Paquot, Paris, PUF, 1982. Voir également A.S. MENASSEYRE, « Sorel, lecteur de Vico », dans C. MENASSEYRE et A. TOSEL (dir.), *Figures italiennes de la rationalité*, Paris, Kimé, 1997, p. 451.

¹⁶⁹⁹ G. SOREL, *Réflexions sur la violence*, Paris, Seuil, 1990.

¹⁷⁰⁰ A. HONNETH, *supra* note 1525, p. 173-174.

¹⁷⁰¹ *Id.*, p. 182.

¹⁷⁰² G. SOREL, « Was man von Vico lernt », *supra* note 1698, p. 271, cité dans *id.*, p. 182-183. Sur Sorel et le droit, voir not. C.M. HERRERA (dir.), *Georges Sorel et le droit*, Paris, Kimé, 2005, dont Honneth n'a pu bénéficier au moment de la rédaction de *La lutte pour la reconnaissance*.

nouvelles idées juridiques¹⁷⁰³. Avec Sorel qui s'est révélé incapable de la faire tenir d'un processus objectif, la lutte sociale pour la reconnaissance par le droit est au final, dans la tradition machiavélienne et pour ainsi dire, « reléguée » au rang relativiste d'une simple lutte pour le pouvoir, d'une lutte utilitariste pour la jouissance d'une reconnaissance juridiquement servie et protégée¹⁷⁰⁴. Ce qui fait dire à Honneth que la tentative de Sorel « manqua dangereusement¹⁷⁰⁵ ».

Dans un « passé plus récent », écrit Honneth, Sartre a « plus qu'aucun autre contribué à mettre l'idée d'une « lutte sociale pour la reconnaissance » au service d'une théorie sociale d'orientation critique¹⁷⁰⁶ ». Or il s'agit ici du Sartre des derniers écrits politiques¹⁷⁰⁷, dans lesquels il se distancie de la théorie négativiste de l'intersubjectivité qu'il a défendue dans *L'Être et le néant*¹⁷⁰⁸. S'étant penché sur la situation politique de son temps, qui fut notamment celui de la décolonisation, le fondateur des *Temps Modernes* en est venu à la conclusion que la lutte pour la reconnaissance était, comme le résume Honneth, « la conséquence rectifiable d'une relation asymétrique entre groupes sociaux¹⁷⁰⁹ ». Sauf que Sartre d'une part n'aurait pas laissé de confondre déni de considération cognitive et déni de solidarité, et de l'autre il n'aurait jamais été capable de rendre véritablement compte, en le déterminant bien, d'un point de vue moral à partir duquel il aurait été possible d'appréhender les conflits sociaux. Voilà qui prouverait que sa philosophie « n'a jamais vraiment pu se maintenir à la hauteur du développement théorique de ses analyses politiques¹⁷¹⁰ ». Nous disposerions donc grâce à Sartre d'une idée de lutte sociale

¹⁷⁰³ A. HONNETH, *supra* note 1525, p. 185. L'auteur renvoie alors, au sujet de la réception de Bergson par Sorel, à M. FREUND, *Georges Sorel, der revolutionäre Konservatismus* [*Georges Sorel, le conservatisme révolutionnaire*], Francfort, V. Klostermann, 1972, chap. IX ; H. BARTH, *Masse und Mythos. Die ideologische Krise an der Wende zum 20. Jahrhundert und die Theorie der Gewalt. Georges Sorel* [*Masse et mythe. La crise idéologique au tournant du XXe siècle et la théorie de la violence. Georges Sorel*], Hambourg, Rowohlt, 1959.

¹⁷⁰⁴ *Ibid.*

¹⁷⁰⁵ *Id.*, p. 174.

¹⁷⁰⁶ *Ibid.*

¹⁷⁰⁷ *Id.*, p. 186. L'auteur se réfère alors à J.-P. SARTRE, *Réflexions sur la question juive*, Paris, Gallimard, 1993 ; *Situations. 5. Colonialisme et néo-colonialisme*, Paris, Gallimard, 1964. On retrouve dans ces dernières *Situations* la préface de Sartre à l'ouvrage de F. FANON, *Les damnés de la terre* (1961), Paris, La Découverte, 2002, ouvrage dont Taylor dit qu'il pose Fanon en « un des auteurs clefs » de la transition vers une exigence morale explicite de reconnaissance d'une valeur égale aux différentes cultures (C. TAYLOR, « La politique de reconnaissance », dans *Multiculturalisme : différence et démocratie* (1992), trad. D.-A. Canal, Paris, Falmmarion, 1997, p. 41, à la page 88).

¹⁷⁰⁸ J.-P. SARTRE, *L'Être et le néant : essai d'ontologie phénoménologique*, Paris, Gallimard, 1980.

¹⁷⁰⁹ A. HONNETH, *supra* note 1525, p. 188.

¹⁷¹⁰ *Id.*, p. 189.

pour la reconnaissance, mais il serait encore une fois impossible de faire procéder une telle lutte de quelque processus historique objectif que ce soit.

Dans un article qu'il a fait paraître à l'origine un an après la *Lutte pour la reconnaissance*, Honneth écrit que plusieurs passages de *Droit naturel et dignité humaine*, d'Ernst Bloch, évoquent les motivations morales à la source de changements sociaux¹⁷¹¹, motivations que ce dernier auteur fait coïncider avec la volonté d'abolir toute forme d'humiliation¹⁷¹². Surgissant dans le cadre d'une entreprise d'appropriation marxiste de la tradition du droit naturel cependant, cette intuition ne se constitue pas chez Bloch en un objet de réflexion théorique¹⁷¹³.

Honneth voit donc en les Marx, Sorel et Sartre, auxquels vient s'ajouter Bloch, les artisans d'un courant de pensée qui n'aurait certes jamais su restituer quelque infrastructure morale des conflits sociaux, mais qui aurait tout de même compris que ces conflits peuvent se rapporter au non-respect d'exigences implicites de reconnaissance mutuelle¹⁷¹⁴. Ce courant n'a pour autant guère influencé le développement des sciences sociales qui, les rares fois où elles recourent à un concept de « lutte sociale », est, influencées qu'elles sont par des modèles darwiniens ou utilitaristes, pour renvoyer à l'idée d'une simple concurrence pour les moyens d'existence¹⁷¹⁵. Ainsi que l'écrit Honneth, la sociologie aurait donc :

rompu le lien interne qui rattache bien souvent la naissance de mouvements sociaux à l'expérience morale du mépris : les motifs des mouvements de révolte, de protestation et de résistance sont transformés, sur le plan catégorial, en « intérêts » résultant de l'inégale répartition des moyens matériels d'existence, et ne se rattachent en aucune manière au réseau quotidien des sentiments moraux. Face à la prépondérance que le modèle hobbesien a ainsi pu acquérir dans la théorie moderne de la société, les analyses incomplètes, parfois même faussées, de Marx, de Sorel et de Sartre n'opposent que les fragments d'une tradition souterraine, qui n'a jamais été vraiment développée¹⁷¹⁶.

Pourtant, Honneth aurait trouvé une « confirmation empirique » des hypothèses de cette tradition fragmentaire de la théorie sociale chez l'historien de la culture morale des classes

¹⁷¹¹ A. HONNETH, *supra* note 1602, p. 19 ; E. BLOCH, *Droit naturel et dignité humaine*, Paris, Payot & Rivages, 2002.

¹⁷¹² E. BLOCH, *id.*, p. 210.

¹⁷¹³ A. HONNETH, *id.*, p. 12.

¹⁷¹⁴ A. HONNETH, *supra* note 1525, p. 172 et 191.

¹⁷¹⁵ *Id.*, p. 191.

¹⁷¹⁶ *Id.*, p. 192-193.

sociales inférieures anglaises au matin de l'industrialisation, Edward P. Thompson¹⁷¹⁷. Plus encore, la thèse d'une lutte sociale pour la reconnaissance de sa propre image de soi se verrait confirmée par les études comparatives de Barrington Moore sur les soulèvements révolutionnaires en Allemagne de 1848 à 1920¹⁷¹⁸ ainsi que par un certain nombre d'autres études historiques, notamment celle d'Andreas Griebinger sur le rapport de la conscience collective aux mouvements de grève des artisans allemands au XVIII^e siècle¹⁷¹⁹. Ces recherches historiques n'apporteraient cependant à elles seules qu'une confirmation partielle, car elles ne s'intéressent qu'aux luttes des classes sociales inférieures. Après *La lutte pour la reconnaissance*, Honneth augmentera notamment cette confirmation d'une prise en compte de « l'histoire souterraine de la protestation des femmes¹⁷²⁰ ». À la faveur d'une conjonction des méthodes de recherche de l'anthropologie sociale et de la sociologie de la culture auraient donc émergé de nouvelles pratiques de recherche historique capables d'offrir une vision qui, pour embrasser les présupposés normatifs pouvant les sous-tendre, serait plus ample et plus exacte des comportements socioconflictuels¹⁷²¹. Ces nouvelles pratiques proposeraient ainsi à l'interprétation des conflits sociaux ce qu'on pourrait appeler une logique alternative : au conflit social présiderait chaque fois ou bien une logique de l'intérêt ou bien une logique du sentiment moral. Une logique du sentiment moral ne serait pour autant aucunement appelée à remplacer systématiquement les modèles théoriques qui rapportent l'émergence et le déroulement des luttes sociales à une concurrence pour l'acquisition de biens rares, mais simplement à compléter leur approche utilitariste. Car « c'est uniquement au plan empirique, explique Honneth, qu'on peut déterminer dans quelle mesure tel ou tel conflit social obéit plutôt à une logique de l'intérêt ou plutôt à une logique de la réaction morale¹⁷²² ». Mais le fait qu'en amont la théorie sociale se soit jusqu'ici focalisée sur la première logique au point de ne plus permettre du tout de percevoir le rôle des sentiments moraux dans les luttes sociales investit désormais la seconde logique, outre une fonction de complémentarité, d'une « valeur corrective¹⁷²³ ». Même lorsque bien en jeu dans

¹⁷¹⁷ *Id.*, p. 198-199; E.P. THOMPSON *La formation de la classe ouvrière anglaise*, Paris, Gallimard/Seuil, 1988.

¹⁷¹⁸ *Id.*, p. 199-200; B. MOORE (Jr.), *Injustice: The Social Bases of Obedience and Revolt*, White Plains (New York), M.E. Sharpe (dist. par Pantheon Books), 1978.

¹⁷¹⁹ *Id.*, p. 200; A. GRIEBINGER, *Das Symbolische Kapital der Ehre: Streikbewegungen und kollektives Bewußtsein deutscher Handwerksgesellen im 18. Jahrhundert [Le capital symbolique de l'honneur : mouvements de grève et conscience collective des compagnons allemands au 18^e siècle]*, Francfort/Berlin (RFA)/Vienne, Ullstein, 1981.

¹⁷²⁰ A. HONNETH, *supra* note 1597, p. 132.

¹⁷²¹ A. HONNETH, *supra* note 1525, p. 198.

¹⁷²² *Ibid.*

¹⁷²³ *Ibid.*

un conflit particulier, un intérêt collectif ne constituerait pas forcément une donnée première et originelle, mais pourrait « émerger d'un horizon d'attente moral comprenant des exigences normatives de reconnaissance et de respect – dans le cas, notamment, où l'estime sociale d'une personne ou d'un groupe est si clairement liée à leur pouvoir de disposer de certains biens que seule l'acquisition de ces derniers leur apporte la reconnaissance qui leur est due¹⁷²⁴ ». Ainsi se trouvent déjà esquissés certains traits de la réponse de Honneth à Nancy Fraser dans leur débat sur le rapport de la reconnaissance à la « redistribution¹⁷²⁵ ».

Honneth concède que les événements décrits dans ces travaux historiques qui tendent à confirmer une certaine tradition fragmentaire de la théorie sociale, « qu'il s'agisse de révoltes spontanées, de grèves organisées ou bien de formes passives de résistance », restent à tout prendre de « simples épisodes¹⁷²⁶ », tandis que sa thèse est bien celle d'une lutte pour la reconnaissance comme force motrice du développement moral de la société. C'est précisément là que veut résider sa propre contribution selon laquelle, au-delà de leur aspect singulier, situé ou autrement contingent, les luttes sociales qui, dans l'histoire, ont véritablement obéi à une logique de la réaction morale ont pu contribuer au développement moral de la société en opposant chaque fois aux structures sociales existantes une interprétation moins limitée, moins imparfaite d'un ou de plusieurs des principes socionormatifs de reconnaissance que sont l'amour, le droit et la solidarité, plus précisément en revendiquant avec succès la reconnaissance sociale d'une sollicitude élargie à des besoins ou affects nouvellement apparus ou jusqu'alors méconnus ou désapprouvés, en montrant comment certains groupes avaient jusqu'alors été exclus d'une égale participation à la communauté politique ou en mettant au jour la valeur contributive d'activités ou de capacités jusqu'alors sous-estimées socialement¹⁷²⁷.

Section 7. D'une sociologie critique à une morale de la reconnaissance

Qu'une lutte sociale tende ou non à déployer, dans les structures de la société, un peu plus de ce potentiel de développement que renfermerait son infrastructure morale est bien le critère que propose Honneth pour l'évaluation normative des conflits sociaux à laquelle doit

¹⁷²⁴ *Ibid.*

¹⁷²⁵ N. FRASER et A. HONNETH, *supra* note 1597.

¹⁷²⁶ A. HONNETH, *supra* note 1525, p. 200.

¹⁷²⁷ A. HONNETH, *supra* note 1597, p. 144-145.

s'employer une sociologie critique¹⁷²⁸. Extension des rapports de sollicitude socialement reconnus, généralisation de la participation à la communauté politique, égalitarisation de l'estime sociale, la logique voulant présider à un tel critère est somme toute d'élargissement structurel des relations sociales de reconnaissance¹⁷²⁹. Aussi l'anticipation hypothétique, sous la forme d'une « esquisse », d'un état final constituerait-elle l'« amour », le « droit » et « la solidarité » en autant de formes de la vie éthique. Récusant d'abord, comme on l'a vu, le soi-disant concrétisme institutionnel de Hegel, Honneth est d'avis qu'on ne peut réactualiser l'idée d'une vie éthique que sous une forme désubstantialisée, et non, ainsi que l'a tenté Ludwig Siep, au moyen d'une nouvelle théorie des institutions¹⁷³⁰. C'est pourquoi il présentera son propre modèle comme une ébauche formelle de la vie éthique, dans laquelle les différentes formes de reconnaissance intersubjective seraient, en tant que schémas généraux de comportements communicationnels, définies d'une manière certes assez abstraite pour qu'on ne puisse les soupçonner de renvoyer à certains idéaux de vie ou institutions particuliers, mais tout de même suffisamment concrète pour mettre en lumière les traits généraux d'une vie effectivement réussie¹⁷³¹. À l'instar de celui de Habermas, un tel formalisme entend dépasser l'opposition sur laquelle s'était articulé le débat entre libéraux et communautariens. Or, en réactualisant l'idée hégélienne de « *Sittlichkeit* » plutôt que de s'inscrire à son tour dans la tradition kantienne, l'esquisse honnethienne ne se limite pas à l'impératif de considération cognitive qui se dégage du point de vue juridicomoral. Elle veut procéder plus largement d'une philosophie sociale s'intéressant aux conditions socionormatives de l'intégrité personnelle, et entend donc faire la part des exigences de sollicitude et d'estime sociale. Pour non seulement s'inférer de l'observation de nos sociétés modernes, mais aussi, et même avant tout, se rapporter aux expériences morales quotidiennes, les principes d'une telle philosophie sociale auraient une certaine chance de se réaliser, du moins de manière générale¹⁷³².

¹⁷²⁸ *Id.*, p. 184; A. HONNETH, *supra* note 1525, p. 201.

¹⁷²⁹ Notons à ce sujet que Honneth admettra qu'il est certainement plus difficile, mais pas impossible, de s'imaginer ce à quoi peut ressembler concrètement un progrès moral de la société dans la sphère de l'amour ou dans celle la solidarité que de le faire à propos de la sphère juridique : A. HONNETH, *supra* note 1597, p. 187-188.

¹⁷³⁰ A. HONNETH, *supra* note 1525, p. 82, note 2, et 203; L. SIEP, *Anerkennung als Prinzip der praktischen Philosophie: Untersuchungen zu Hegels Jenaer Philosophie des Geistes* [La reconnaissance comme principe de la philosophie pratique : études sur la philosophie de l'esprit du Hegel d'Éna], Fribourg-en-Brisgau/Munich, Alber, 1979.

¹⁷³¹ *Id.*, p. 209.

¹⁷³² A. HONNETH, *supra* note 1602, p. 21.

Honneth précise que son modèle consiste en une ébauche, certes formelle, mais néanmoins historiquement déterminée de la vie éthique¹⁷³³. Qu'on ne s'y trompe pas pour autant. Il n'est aucunement question, chez un philosophe qui se dit vouloir restituer les « universaux normatifs d'une vie réussie¹⁷³⁴ », de relativisme, mais plutôt de philosophie de l'histoire. Les principes différenciés de l'amour, du droit et de la solidarité, dont il s'agirait de se figurer le plein déploiement dans les structures sociales, résulteraient eux-mêmes d'un processus de transformation historique auquel ils continueraient d'être soumis avec leur mise en œuvre. Honneth tient cette différenciation, en dernière analyse égalisatrice de l'éthicité, des sphères de reconnaissance, non seulement pour caractéristique de la société moderne, mais aussi pour un progrès moral, dans la mesure où elle se serait traduite par un accroissement à la fois de l'individualité et de l'intégration sociale¹⁷³⁵. L'auteur considère en effet l'augmentation de l'une ou de l'autre comme les conditions non cumulatives pour qu'on puisse parler d'un progrès moral de la société par lequel de nouvelles dimensions de la personnalité s'ouvrent à la reconnaissance mutuelle ou un nombre plus grand de personnes se retrouvent incluses dans les relations de reconnaissance existantes¹⁷³⁶. La seconde condition implique la thèse d'une intégration morale de la société. La première renvoie à la définition ultime des formes de l'éthicité comme « ensemble des conditions intersubjectives dont on peut prouver qu'elles constituent les présupposés nécessaires de la réalisation individuelle de soi¹⁷³⁷ », du moins si l'on entend par une telle réalisation « le libre accomplissement des buts qu'un individu choisit de fixer à sa propre vie¹⁷³⁸ ». L'individuation par la socialisation, ce paradoxe d'une plus forte interdépendance qui se double d'une plus grande autonomie des sujets, se trouvait déjà chez Mead. Or, comme l'indique bien Jean-Philippe Deranty, « *Mead's idea is very close to Durkheim's vision, both in terms of his early emphasis on the socialising/individuating role of the division of labour in society, and because of the emphasis on the collective dimension of beliefs [...]*¹⁷³⁹ ». Deux dynamiques d'apprentissage sont donc simultanément à l'œuvre dans le cours de ce processus : « *one where the self learns to control its own behaviour from the perspective of societal expectations (self-determination); the other where it learns to develop its*

¹⁷³³ A. HONNETH, *supra* note 1525, p. 210.

¹⁷³⁴ *Id.*, p. 213.

¹⁷³⁵ *Id.*, p. 210 ; A. HONNETH, *supra* note 1597, p. 185.

¹⁷³⁶ A. HONNETH, *supra* note 1597, p. 186.

¹⁷³⁷ A. HONNETH, *supra* note 1525, p. 207.

¹⁷³⁸ *Id.*, p. 208.

¹⁷³⁹ J.-P. DERANTY, *supra* note 1524, p. 255. Voir aussi *supra* note 668 et texte correspondant.

own existential, biographical uniqueness, its true individuality (self-realisation). The progress that the dialectic of the 'Me' and the 'I' carries with it is therefore simultaneously moral and ethical, to maintain the Hegelian trope¹⁷⁴⁰ ». En présentant cette différenciation qui caractériserait le passage à la société moderne comme un progrès moral, Honneth recourt forcément à une normativité d'un autre degré, moins sociologique et dont le fondement, pour ne pas dire le foundationalisme, paraît davantage problématique. Il ne fait guère de doute que « *Habermas and Honneth share the fundamental conviction that the social institutions that safeguard undistorted forms of intersubjectivity must be based, at least in part, on universalistic principles*¹⁷⁴¹ ». Un tel universalisme fait en sorte que les déterminations historiques honnethiennes ne se veulent pas contingentes. Comme l'explique bien Patchen Markell :

*[Honneth] falls back on the thought that relations of recognition are not only historical but progressive –that is, that they can be judged in a transhistorically valid way according to whether they constitute an advance along a “developmental path”. [... T]his progressive trajectory must be anchored somewhere ; and Honneth anchors it in the idea of a general human “capacity for autonomy,” which stands behind the permutations of history, providing the standard by which they may be evaluated*¹⁷⁴².

Pour Honneth, chez qui la philosophie de l'histoire joue ainsi un rôle différent que chez Kant où elle intéresse la question de la possibilité pratique de l'agir moral, nous n'avons guère d'autre choix que de recourir à une interprétation téléologique de l'histoire si nous voulons justifier nos prétentions normatives, qui sont socialement constituées.

Enfin, s'il ne fait qu'effleurer le sujet dans *La lutte pour la reconnaissance*, Honneth finira par soutenir explicitement que le progrès moral de la société s'entend notamment d'un certain débordement de la sphère juridique sur les deux autres sphères de reconnaissance de manière à garantir à tous la réalisation de la totalité des conditions intersubjectives minimales de la formation de l'identité personnelle. Un tel dépassement devrait cependant demeurer limité et se garder de compromettre la différenciation des rapports reconnaissance, à défaut de quoi il faudrait plutôt parler de régression morale¹⁷⁴³. S'il a pu s'alimenter à diverses pensées telles que l'éthique des Grecs, la philosophie morale écossaise, la pensée de Machiavel, de Hobbes, de Rousseau, de Kant ou encore celle de Fichte, pensées où l'on trouve des idées apparentées, Hegel fait figure de « précurseur solitaire », explique Honneth, en faisant le premier « du

¹⁷⁴⁰ *Id.*, p. 263.

¹⁷⁴¹ J. ANDERSON, *supra* note 1552, p. 47, où l'auteur se réfère à : A. HONNETH, « An Aversion Against the Universal: A Commentary on Lyotard's Postmodern Condition », *Theory, Culture, and Society*, vol. 2, 1985, p. 155.

¹⁷⁴² P. MARKELL, *supra* note 1613, p. 104.

¹⁷⁴³ A. HONNETH, *supra* note 1597, p. 188-189.

principe de la reconnaissance, en tant que telle, la pierre d'angle d'une éthique¹⁷⁴⁴ ». Ce qu'on découvrirait en se replaçant du point de vue hégélien, c'est qu'aux différents modes de reconnaissance correspondent différentes perspectives ou traditions morales auxquelles on peut associer respectivement les noms de Kant, d'Aristote et de Hölderlin¹⁷⁴⁵. Au sein de la tradition kantienne du respect moral, « les exigences morales sont issues d'un point de vue d'impartialité, lequel représente la possibilité d'universaliser nos principes d'action¹⁷⁴⁶ ». Cette tradition morale correspondrait à la reconnaissance sur le mode de la considération cognitive. Dans la perspective aristotélicienne, les exigences « morales » n'apparaîtraient « que de façon indirecte comme autant de produits dérivés de la recherche éthique de la vie bonne¹⁷⁴⁷ » et pourraient finalement être ramenées à des devoirs de loyauté, de solidarité, ce qui renvoie à la reconnaissance sur le mode de l'estime. Enfin, on a vu comment l'idée d'exigences de sollicitude personnelle se percevant intuitivement dans le cadre restreint de la relation affective avait pu être inspirée à Hegel par Hölderlin. Au sein d'une morale de la reconnaissance donc, la tradition de l'éthique de la bienveillance et les approches communautariennes auraient une place légitime à côté de la tradition kantienne¹⁷⁴⁸. Or ce qui distingue notamment Honneth ici est qu'il parle de trois « paradigmes moraux », non simplement à la fois nécessaires et concurrents, mais bien nécessairement concurrents. En effet, alors que l'histoire de la philosophie morale serait marquée par des tentatives réitérées de surmonter le conflit des traditions au moyen de paradigmes compréhensifs, tout en estimant nécessaire d'élaborer un type de philosophie morale dans lequel les différentes perspectives puissent être combinées, Honneth ne croit pas « que quelque chose comme une solution définitive puisse jamais apparaître dans l'avenir¹⁷⁴⁹ ». Car, « entre les trois modes de reconnaissance qui, rassemblés, doivent constituer le point de vue moral, il ne peut exister de rapport harmonieux, mais, au contraire, un rapport de tension constante¹⁷⁵⁰ ». C'est pourquoi Honneth dira que, dans la métaperspective d'une morale de la reconnaissance, « il n'est absolument pas possible de déterminer à l'avance laquelle des différentes relations de reconnaissance est préférable dans chaque cas, lorsqu'elles émettent en même temps des

¹⁷⁴⁴ A. HONNETH, *supra* note 1581, p. 1640.

¹⁷⁴⁵ *Id.*, p. 1641.

¹⁷⁴⁶ A. HONNETH, propos recueillis par M. CANTO-SPERBER, « Axel Honneth : le conflit des traditions », *Magazine Littéraire*, n° 361, janvier 1998, dossier : « Les nouvelles morales. Éthique et philosophie », p. 46, à la page 47.

¹⁷⁴⁷ *Ibid.*, p. 47.

¹⁷⁴⁸ A. HONNETH, *supra* note 1581, p. 1646.

¹⁷⁴⁹ A. HONNETH, *supra* note 1746, p. 47.

¹⁷⁵⁰ A. HONNETH, *supra* note 1581, p. 1646.

prétentions incompatibles¹⁷⁵¹ ». Il concèdera pourtant que le caractère universaliste de ce mode particulier de reconnaissance qu'est le « respect moral », la considération cognitive, impose une limite au choix du mode de reconnaissance à privilégier en cas de conflit¹⁷⁵². Ainsi la morale de la reconnaissance suivrait-elle pour l'essentiel « les intuitions qui ont toujours dominé dans la tradition kantienne de la philosophie morale : dans le cas d'un conflit moral, les prétentions égales de tous les sujets au respect de leur autonomie individuelle ont une priorité absolue¹⁷⁵³ ». Sauf que, là où la morale kantienne ne peut jamais voir qu'une opposition entre le devoir et les inclinations, une morale de la reconnaissance pourrait parfois en voir une entre diverses obligations possédant toutes un caractère moral, mais découlant seulement de principes de reconnaissance différents¹⁷⁵⁴.

Section 8. De la morale de la reconnaissance à la reconstruction normative de la société moderne

Le « droit » honnèthien s'entend donc d'une sphère prépondérante de reconnaissance¹⁷⁵⁵. Selon Jean-Philippe Deranty, la thèse de l'identité entre le fait d'appartenir à une communauté, celui d'y être un « Moi » et celui d'y avoir des droits a tôt conduit Honneth à faire de la centralité de la relation juridique la clé d'une compréhension normative de la subjectivité et du social à la fois :

A given social order can be characterised through the type of rights that it recognises for individuals and the extent to which these rights are actually applied to groups and classes. And the law constitutes a crucial mediating factor for the positive relationship to oneself, which is constitutive of a subject's personal identity¹⁷⁵⁶.

En plus de fonder abstraitement les attentes et revendications absolument prioritaires d'égalité de traitement respectueux de l'autonomie individuelle, le droit moderne est appelé à intervenir concrètement auprès des deux autres sphères de reconnaissance de manière à garantir à tous la réalisation de la totalité des conditions intersubjectives élémentaires de la formation d'une identité positive. Évoquée seulement dans *La lutte pour la reconnaissance*, cette thèse fera l'objet de certains développements dans la réactualisation des PPD que Honneth publiera en 2001 :

¹⁷⁵¹ *Ibid.*

¹⁷⁵² *Ibid.*

¹⁷⁵³ *Ibid.*

¹⁷⁵⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵⁵ Voir M. ST-HILAIRE, « Autour d'un paradigme juridique de la reconnaissance / Recognition as a Legal Paradigm? », dans M. ST-HILAIRE (dir.), *supra* note 1536, p. 261-291, aux pages 267-269/282-284.

¹⁷⁵⁶ J.-P. DERANTY, *supra* note 1524, p. 265.

[L']argument [de Hegel] devrait [...] en gros être compris de la façon suivante : parce que les différentes sphères de l'éthicité doivent être pensées comme des rapports sociaux d'interaction auxquels chaque sujet peut participer de manière égale pour des raisons liées à la liberté, ces sphères doivent être comprises comme des biens publics, au sens où elles restent constamment et universellement contrôlables par la législation étatique. Car c'est uniquement sous la présupposition d'une telle possibilité d'intervention de l'État que ces sphères éthiques peuvent ne serait-ce que subsister et, en outre, être accessibles à tous les membres de la société sans restriction. Pour le formuler dans la terminologie que nous avons utilisée précédemment au moment de l'introduction du concept hégélien du droit, l'argument en question reviendrait donc à dire que le droit à l'existence sociale des différentes sphères de reconnaissance ne peut être garanti de façon adéquate que lorsqu'il reste lié à la législation positive de l'État. Si c'est bien l'argument par lequel Hegel se guide lors de sa conception réductionniste de la première sphère de l'éthicité, alors cela conduit à une sous-estimation du caractère « éthique » des conditions sociales données de la liberté. C'est pourtant bien l'auteur de la *Philosophie du droit* qui insiste toujours à nouveau sur le fait que la sphère de l'éthicité dans son ensemble doit être comprise comme l'incorporation sociale d'habitudes d'agir à la fois historiquement engendrées et marquées de l'empreinte de la raison ; et donc que ce noyau des rapports modernes de communication ne doit ni être représenté comme excessivement fixe et non modifiable, parce que c'est alors toute la plasticité qui lui est propre qui serait perdue, ni être compris comme une masse mise à disposition par la législation d'État, car il perdrait alors toutes les caractéristiques de ce qui relève des « mœurs », c'est-à-dire d'une formation par habitude qui n'est jamais entièrement contrôlable. Ce que la sphère de l'éthicité devrait donc englober, ce sont des rapports de communication engendrés par le procès de modernisation de la société, c'est-à-dire des rapports qui possèdent certes un caractère institutionnel au sens où ils représentent des habitudes suffisamment ancrées au niveau motivationnel, mais qui, d'un autre côté, sont également ouverts à des modifications internes et à des adaptations. Dans le cas de sphères d'interaction de ce genre, qui doivent au demeurant pouvoir remplir tous les critères développés par Hegel, on peut certes partir d'une certaine fonction de protection jouée par le droit positif de l'État – droit qui peut ici établir les conditions d'encadrement en question –, mais on ne doit pas pour autant commettre l'erreur de leur totale identification avec des institutions comprises juridiquement. Hegel ne fait pas une distinction suffisamment claire entre le fait qu'une sphère éthique a besoin de l'établissement de présuppositions juridiques appropriées et, d'autre part, le fait d'une institution qui ne doit son existence qu'à un contrat sanctionné par l'État¹⁷⁵⁷.

Pour autant nécessaire qu'elle soit, la protection juridique de l'interaction cognitive ne demeure pas moins insuffisante. Honneth le rappellera dans *La Réification*, où il dira que, dans la « fonction protectrice du droit, [...] il faut voir en fin de compte une traduction déficiente, mais d'autant plus efficace, de la reconnaissance préalable¹⁷⁵⁸ ». Ses *Spinoza Lectures* de 1999 s'intitulaient d'ailleurs « *Suffering from Indeterminacy*¹⁷⁵⁹ », ce qui pour notre auteur comme pour Hegel veut dire : « ne pas être pleinement autoréalisé du fait de son isolement, de son repli, de son retranchement dans ses droits – plutôt que de contribuer activement à, et vouloir les contraintes de, la vie sociale¹⁷⁶⁰ ». Il faut toutefois préciser que, tandis que Hegel relativisait ici ce qu'il appelait le « droit privé », Honneth relativise le droit positif dans son ensemble. Quoi qu'il en soit, notre auteur reprend à son compte la thèse hégélienne qui, selon sa lecture, voudrait que la valeur du droit « abstrait » consiste dans la contribution de celui-ci à la formation de la conscience d'être porteur de droits :

¹⁷⁵⁷ A. HONNETH, *supra* note 1528, p. 116-118.

¹⁷⁵⁸ A. HONNETH, *supra* note 1680, p. 115-116.

¹⁷⁵⁹ A. HONNETH, *supra* note 1586.

¹⁷⁶⁰ Voir A. HONNETH, *supra* note 1528, not. p. 68-69.

[L]’application juste et équilibrée des droits juridiques présuppose qu’ait été développée une conscience des chances individuelles qui sont liées aux droits subjectifs ; l’individu doit apprendre dans une certaine mesure que le caractère négatif du droit formel possède en même temps le grand avantage de permettre, à l’occasion, de pouvoir [sic] se retirer hors de toutes les liaisons concrètes et de tous les rôles sociaux afin de persister dans son indéterminité et son ouverture propres. Dans cette mesure, et pour le formuler paradoxalement, la valeur du droit formel consiste selon Hegel dans la pure conscience d’être porteur de droits ; par là, en effet, ce qui est donné à l’individu, c’est la chance de se préserver à soi-même, à l’intérieur de la sphère de l’éthicité, l’ouverture d’une possibilité reconnue de retrait hors de toute éthicité. Ainsi commence à se dessiner ce en quoi Hegel a vu la fonction et les limites du droit abstrait au sein de son esquisse d’une théorie de la justice : sa fonction consiste à préserver à l’intérieur de l’éthicité une conscience de l’isolement légitime, tandis que ses limites apparaissent aussitôt que l’ensemble des relations sociales est restitué selon les catégories des revendications juridiques¹⁷⁶¹.

Ces thèses sur le droit et la reconnaissance ont pour l’essentiel survécu au point d’aboutissement qu’a connu en 2011 l’entreprise honnéthienne de réactualisation des PPD avec la publication de *Das Recht der Freiheit*¹⁷⁶². Notre auteur y expose le produit de son travail de « reconstruction normative » des « garanties institutionnelles », autrement dit des « institutions », de cette valeur centrale de la société moderne que serait la liberté individuelle, institutions qui assureraient d’autant l’intégration et la reproduction de cette société qu’elles garantiraient une relative égalité des chances d’y mener une vie réussie, c’est-à-dire de s’y autoréaliser. Est-ce à dire que notre auteur revient sur la critique que, dans *La lutte pour la reconnaissance*, il adressait à Ludwig Siep pour tenter de réactualiser le concept hégélien d’éthicité au moyen d’une nouvelle « théorie des institutions¹⁷⁶³ » ? Non pas, car c’est bel et bien d’institutions « abstraites » ou « relationnelles », ici réinterprétées comme « promesses de liberté », que, sous la forme d’une infrastructure sociale d’ordre relationnel et normatif, il s’agit dans l’*opus* de 2011.

Ce dernier ouvrage obéit à un plan en trois parties. La première (A.) est consacrée à la « représentation historique de la liberté », la deuxième (B.) à la « possibilité de la liberté » et la troisième (C.) à la « réalité de la liberté ». Derrière les apparences que suggère ce premier niveau de répartition, *Das Recht der Freiheit* répond plus fondamentalement à un plan analogue aux PPD de 1821. Ceux-ci représentent un traitement approfondi de la partie de la *Philosophie de l’esprit*¹⁷⁶⁴, en l’occurrence la deuxième d’un total de trois, que Hegel consacre à ce deuxième moment, sur un total de trois encore une fois, du processus par lequel l’« esprit » prendrait

¹⁷⁶¹ *Id.*, p. 69, où, en note, l’auteur indique que « [c]ette conclusion est compatible avec la position que Jeremy Waldron a esquissée au sujet de l’évaluation des droits subjectifs dans le contexte des relations affectives » (J. WALDRON, « When justice replaces affection: the need for rights », dans *Liberal Rights. Collected Papers 1981-1991*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993, p. 370-391).

¹⁷⁶² A. HONNETH, *supra* note 1530.

¹⁷⁶³ Voir *supra* note 1730 et texte correspondant.

¹⁷⁶⁴ G.W.F. HEGEL, *Philosophie de l’esprit* (1817), trad. B. Bourgeois, Paris, Vrin, 1988.

conscience de lui-même et ainsi se réaliserait dans l'« histoire ». Cette partie traite de l'« esprit objectif », moment intermédiaire entre ceux de l'« esprit subjectif » et de l'« esprit absolu » et qui coïncide avec le concept hégélien de « droit » (*Recht*). Rappelons du reste que la *Philosophie de l'esprit* représente elle-même le troisième moment de l'*Encyclopédie des sciences philosophiques* hégélienne, moment qui vient après ceux de la *Science de la logique* et de la *Philosophie de la nature*¹⁷⁶⁵. Comme il fallait s'y attendre, le plan des PPD est lui aussi tripartite. La première partie de l'ouvrage de 1821 traite du droit « abstrait », qui correspond chez Hegel généralement à ce que la pensée juridique allemande connaît comme le « droit privé », et plus précisément ici à une garantie de liberté ancrée dans le point de vue à la fois « concret » et « particulier » de la contrainte sociale exercée « extérieurement » à l'encontre des empiètements de l'action, conçue comme égoïste, de l'un sur la liberté de l'autre. Sa deuxième partie porte sur la « moralité », qui correspond au point de vue moral qui « veut » et fonde intérieurement, de manière aussi abstraite et universelle que rationnelle, l'agir que la contrainte juridique veut orienter de l'extérieur. Sa troisième et dernière partie est consacrée à cet « universel concret », à cette normativité effective que se veut l'« éthicité ». Ainsi la subdivision de la première partie du dernier livre de Honneth, partie portant sur la « représentation historique de la liberté », en les trois sous-parties que sont (A.I) « la liberté négative et sa construction contractuelle », (A.II) « la liberté réflexive et sa conception de la justice » et (A.III) « la liberté sociale et sa théorie de l'éthicité » fait-elle écho au plan des PPD. Or cette subdivision se répercute sur le reste de l'ouvrage, puisque sa deuxième partie (B), relative à la « possibilité de la liberté », se subdivise en deux sous-parties, l'une (B.I) portant sur la « liberté juridique » (B.I.1 fondement, B.I.2 limites, B.I.3 pathologies), l'autre (B.II) sur la « liberté morale » (B.II.1 fondement, B.II.2 limites, B.II.3 pathologies), faisant en sorte que sa troisième (C.) – qui d'ailleurs fait plus de 400 pages sur un total de quelque 610 pages de texte – est tout entière consacrée à (C.III) la « liberté sociale ». C'est encore d'une manière similaire à celle dont la troisième et dernière partie des PPD, partie consacrée à l'éthicité, se subdivise en trois sous-parties traitant respectivement des sphères de la famille, de la société civile et de l'État (ou « droit public »), que la troisième et dernière partie de l'ouvrage qui renferme leur réactualisation aboutie par Honneth enchaîne trois sections portant respectivement sur : (C.III.1) « le « nous »

¹⁷⁶⁵ G.W.F. HEGEL, *Encyclopédie des sciences philosophiques* (1817), trad. B. Bourgeois, 3 vol., Paris, Vrin, 1970-1988.

des relations interpersonnelles (C.III.1(a) l'amitié, C.III.1(b) les relations intimes, C.III.1(c) la famille) ; (C.III.2) « le « nous » de l'« agir économique » » (*Marktwirtschaftlichen Handelns* ; C.III.2(a) le marché et la morale, C.III.2(b) la sphère de la consommation (*Konsumsphäre*), C.III.2(c) le marché du travail (*Arbeitsmarkt*)) ; (C.III.3) « le « nous » de la formation démocratique de la volonté politique » (*demokratische Willensbildung* ; C.III.3(a) l'espace public démocratique, C.III.3(b) l'État de droit démocratique, C.III.3(c) la culture politique).

Comme que le résume bien Paul Redding, « [*j*]ust as the categories of [Hegel's] *Logic* develop in a way meant to demonstrate that what had at the start been conceived as simple is in fact only made determinate in virtue of its being part of some larger structure or process, here too[, in his *Philosophy of Right*,] it is meant to be shown that any simple willing and right-bearing subject only gains its determinacy in virtue of a place it finds for itself in a larger social, and ultimately historical, structure or process¹⁷⁶⁶ ». De la même manière, la « représentation historique » de la liberté selon Honneth voit se succéder trois moments. Conçue d'abord « juridiquement » d'un point de vue asocial comme simple moyen de préservation d'une sphère d'autonomie privée, la liberté individuelle s'enrichit ensuite, grâce à un point de vue moral qui toutefois demeure théorique, d'une compréhension réflexive s'étendant à ses fins sociales, et ce pour n'être enfin pleinement comprise, c'est-à-dire à la fois dans ses dimensions sociale et effective, qu'à la faveur d'un point de vue intersubjectif, à la lumière duquel ses aspects privé et public se trouveraient eux aussi réconciliés. Ce dernier point de vue est celui de l'éthicité. Chez Honneth comme chez Hegel et Fichte avant lui, le droit – ici entendu comme niveau juridique de compréhension de la liberté individuelle – conditionne l'émergence du point de vue moral du sujet. Mais, que celui-ci puisse à son tour conditionner effectivement l'action de manière à « réaliser » la liberté individuelle, voilà qui ne s'expliquerait que du moment où celle-ci est comprise « socialement », c'est-à-dire tel le produit de modèles sociaux d'interaction cognitive. Puisque son sens profond et plein coïnciderait avec l'autoréalisation, autrement dit avec l'épanouissement personnel, la liberté individuelle, ainsi que l'enseigne Hegel, se devrait en effet d'être comprise comme un « être auprès de soi dans l'autre » ou, en termes plus honnéthiens, comme le fruit de la reconnaissance mutuelle¹⁷⁶⁷. Seule celle-ci permettrait la

¹⁷⁶⁶ P. REDDING, « Georg Wilhelm Friedrich Hegel » (2012), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, en ligne : <http://plato.stanford.edu/archives/sum2012/entries/hegel/>

¹⁷⁶⁷ Voir A. HONNETH, *supra* note 1530, not. p. 86.

réalisation, forcément collective, de la liberté individuelle qui, outre l'individualité, favoriserait une intégration sociale accrue¹⁷⁶⁸. Et parmi les trois différents « nous » institutionnels qui contribueraient à faire de la liberté individuelle une réalité, celui de la formation démocratique de la volonté politique se voit assigner une « place supérieure », et ce notamment pour être le seul à se présenter, « en vertu de son principe de liberté ici entendu dans la plénitude de son sens, comme un lieu d'autothématisation réflexive¹⁷⁶⁹ ». Concernant l'espace public démocratique, notre lecture nous suggère qu'ici comme chez Habermas l'État de droit en exerce une fonction constitutive en même temps qu'il devra en retour en recevoir ses impulsions¹⁷⁷⁰. Or, comme nous le verrons, c'est une des thèses principales de l'*opus* de 2011 qui veut qu'une certaine culture politique soit tout autant essentielle à l'institutionnalisation du « nous » de la formation démocratique de la volonté politique qu'irréductible à une forme démocratique, non seulement d'État de droit, mais d'espace public également.

Alors qu'il avait auparavant insisté sur un métaprincipe égalitaire sous-tendant le principe respectif des trois sphères différenciées de reconnaissance de la société moderne, Honneth déplace ici l'accent sur l'idée d'une égalité de « liberté ». La reconnaissance demeure bien présente, puisque ce sont justement ses effets qui sont rendus dans les mots de la liberté. Ce « surplus sémantique » que représentent les « promesses de liberté » dont sont porteuses les institutions normatives abstraites de la société moderne peut toujours alimenter la résistance ou quelque autre forme de lutte sociale visant à réduire l'écart entre celles-ci et les institutions et pratiques concrètes :

Le moteur et le médium des processus historiques de réalisation des principes institutionnalisés de la liberté n'est pas [*sic*] au premier chef le droit, mais les luttes sociales pour une compréhension appropriée de ces principes et les changements de comportement qui en découlent. Par conséquent l'actuelle orientation quasi exclusive de la théorie contemporaine de la justice sur le paradigme du droit est-elle un égarement théorique. Est également nécessaire la prise en compte des travaux de la sociologie et de l'histoire, car ces disciplines accordent par nature une plus grande attention aux transformations du comportement moral quotidien¹⁷⁷¹.

S'est pourtant perdue dans le cours de l'évolution du modèle honnéthien la différenciation des trois sphères cognitives (1) de l'amour, (2) du droit et (3) de la solidarité. Celles-ci se voient substituer les sphères de « liberté sociale » (1) des relations interpersonnelles,

¹⁷⁶⁸ Voir *supra* notes 1735-1740 et texte correspondant.

¹⁷⁶⁹ A. HONNETH, *supra* note 1530, p. 616.

¹⁷⁷⁰ Voir *id.*, p. 616-617.

¹⁷⁷¹ *Id.*, p. 613-614.

(2) de l'« agir économique » et (3) de « la formation démocratique de la volonté politique ». La mobilisation du concept de « droit » change donc de sens. Ou bien (1) celui-ci n'est plus réduit à sa fonction de garantie d'une considération cognitive « universelle » pour, sous la forme de l'« État de droit démocratique », devenir une composante essentielle de l'ancienne sphère de solidarité qui, d'un espace se voulant davantage social que juridique, se serait elle-même muée en chantier politique, ou bien (2) les nouvelles sphères de l'agir économique et de la formation démocratique de la volonté politique correspondent-elles respectivement aux anciennes sphères de la solidarité et du droit, qui auraient donc été interverties. À moins que (3) ce qui doit encore distinguer la reconnaissance juridique de la reconnaissance solidaire ne soit devenu, au sein même de cet espace de formation démocratique de la volonté politique, le principe de répartition entre ce qui relève de l'État de droit démocratique et ce qui ressortit à la culture politique, laissant ainsi en plan la question de savoir quelle forme de reconnaissance intéresse spécifiquement l'espace public, qui n'est assurément pas réservé à la discussion sur les enjeux normatifs des relations interpersonnelles. En réalité, aucune de ces réponses à la question de savoir ce qu'il est advenu de la différenciation trisphérique de la reconnaissance ne nous semble bonne. Cette différenciation, Honneth pourrait y avoir bel et bien renoncé. Notre hypothèse est toutefois que (4) c'est au sein de la « culture politique » que la différenciation trisphérique de la reconnaissance peut être ici reconduite. C'est au moment, dernier en l'occurrence, de traiter de la culture politique que Honneth se penche sur la question du développement, à l'échelle des grandes collectivités modernes, de rapports de reconnaissance susceptibles de créer ce qu'il faut de confiance et de solidarité¹⁷⁷².

D'autre part, n'avait rien d'évident d'emblée une telle réactualisation de la sphère « éthique » hégélienne de l'« État » sous la forme d'un espace communicationnel de formation démocratique de la volonté politique se composant, outre un « espace public » et une « culture politique » démocratiques dont il serait pour ainsi dire flanqué, de l'« État de droit démocratique ». La juste mesure du défi était prise dans *Les pathologies de la liberté* déjà :

Or, à l'endroit où, dans le chapitre sur l'« État », Hegel en vient à parler du rapport de reconnaissance qui lui correspond, une relation verticale prend soudainement la place d'une relation horizontale. Au § 260, à propos des personnes individuelles qui ont déjà parcouru l'espace d'expérience morale de la famille et de la société civile, il est dit qu'« elles passent par elles-mêmes pour une part dans l'intérêt de l'universel et, pour une autre part le

¹⁷⁷² *Id.*, p. 621.

*reconnaissent*¹⁷⁷³ avec savoir et volonté, en l'occurrence comme leur propre esprit substantiel, et sont actives pour lui comme pour leur but final ». Les sujets ne se rapportent pas ici les uns aux autres de façon reconnaissante afin d'engendrer l'universel par leurs propres activités communes, mais au contraire, cet universel paraît donné comme quelque chose de substantiel, si bien que la reconnaissance prend le sens d'une confirmation partant du bas pour aller vers le haut. De toute façon, l'interprétation de la proposition dépend aussi de la signification que l'on donne à la formule selon laquelle les personnes reconnaissent dans l'universel « leur propre esprit substantiel ». [...] Le haut degré d'hésitation de la part de Hegel dans son traitement de la sphère de l'État se remarque en de nombreux endroits de son chapitre final. On peut suivre la ligne d'une lecture républicaine depuis sa critique de « l'État d'entendement et de nécessité » libéral (§ 258), en passant par l'idée des devoirs agissants des citoyens (§ 261), jusqu'à l'esquisse de la nécessité d'un patriotisme de la constitution (§ 268). Ce qui commence à s'ébaucher dans ces paragraphes, c'est la représentation d'une « liberté publique » dont la substance réside au sein de la *praxis* intersubjective d'une activation en faveur d'intérêts politiques. Mais, par opposition avec les tendances de ce genre, on rencontre une tout autre lecture à partir des passages dans lesquels Hegel voit les citoyens d'abord dans le rôle de sujets serviteurs de l'État. En ces endroits, comme par exemple [*sic*] dans les paragraphes 257 et 260, se fait jour un libéralisme autoritaire qui reconnaît certes aux individus tous les droits fondamentaux classiques, mais qui leur refuse toute participation à la mise en forme politique. Il demeure qu'aucune de ces deux interprétations ne prévoit le moindre lieu où les « citoyens » pourraient, au moyen de délibérations communes, s'accorder sur la façon dont les buts « universels » devraient être constitués. De l'idée d'un espace public politique, de la représentation d'une formation démocratique de la volonté, on ne trouve, dans la doctrine hégélienne de l'État, pas la moindre trace. En dépit de toutes ses tendances républicaines, Hegel n'a pas voulu interpréter la sphère de l'État comme un rapport politique où la volonté est démocratiquement formée¹⁷⁷⁴.

Outre le « droit » comme interprétation « négativiste » de la liberté, la dernière reformulation du modèle honnéthien continue, comme c'était le cas dans l'esquisse de réactualisation des PPD que représentaient *Les pathologies de la liberté*, d'attribuer au « droit positif de l'État » une fonction protectrice des relations, abstraitement institutionnalisées, de reconnaissance intersubjective. Cette fonction protectrice du droit, tout comme le « droit » dans son ensemble d'ailleurs, est toutefois relativisée dans l'ouvrage de 2011. Honneth y traite de la fonction du droit comme d'une « légalisation après coup » (*nachträglichen Legalisierung*) d'améliorations déjà obtenues par la lutte, « fixation étatique » (*staatliche Fixierung*) qui, du reste, parfois se révèle impossible, parfois n'est pas requise, les améliorations en question s'étant déjà reflétées d'elles-mêmes dans les coutumes et pratiques¹⁷⁷⁵. À la faveur de la « révolution » (*Allegemeine Erklärung*) des droits de l'homme de 1948, l'État de droit a certes contribué à ébranler les formes plus matérielles, particulières, exclusives et collectivistes de solidarité qui ont accompagné l'État-nation, et ce pour assujettir la compréhension de toute histoire politique à une perspective morale externe davantage formelle, universelle, inclusive et individualiste¹⁷⁷⁶. Or le nationalisme remplissait une fonction de solidarisation dont l'État de droit démocratique

¹⁷⁷³ Souligné par Honneth.

¹⁷⁷⁴ A. HONNETH, *supra* note 1528, p. 126-127.

¹⁷⁷⁵ A. HONNETH, *supra* note 1530, p. 613.

¹⁷⁷⁶ Voir *id.*, not. p. 601.

moderne ne saurait s'acquitter seul¹⁷⁷⁷. Honneth relève donc tout aussi bien les limites de l'État de droit qui, d'ailleurs, connaîtrait une « crise¹⁷⁷⁸ ». Prenant ses distances par rapport au tournant juridique de Habermas, notre auteur renoue avec la critique, à notre sens plus « classique », de déficit démocratique de l'État de droit moderne, déficit qui est ici interprété à la lumière d'une conception « sociale » de la démocratie, en sorte qu'il est dans le même moment et surtout question d'un déficit solidaire. Il remet ainsi en question l'idée habermassienne du « patriotisme constitutionnel » comme principe d'une « solidarité civique » :

L'idée d'un patriotisme constitutionnel, que nous avons rencontrée à plus d'une reprise dans le cours de notre reconstruction normative, possède un pouvoir d'attraction affective pour le moment trop faible pour pouvoir représenter une véritable solution de remplacement à la forme que la solidarité citoyenne a pu revêtir dans le cadre des États-nation. Il lui manque une concrétude historique ; c'est une histoire narrable de réussites et d'échecs collectifs à la lumière de laquelle les citoyennes et citoyens pourraient se concevoir comme membres d'une communauté de destin se devant soutien mutuel. Ainsi sommes-nous, au terme de notre passage à travers les processus d'une réalisation sociale de la liberté juridique, morale et sociale, confrontés à la question de savoir d'où pourraient venir les ressources morales qui permettraient à une citoyenneté démocratique solidaire de combattre les pathologies que nous venons de diagnostiquer¹⁷⁷⁹.

C'est d'ailleurs sur cette même note que se conclut ce livre qui est pressenti au titre d'*opus magnum* de Honneth :

La narration historique qui se dégage de cette succession de victoires et de défaites dans la lutte commune pour la liberté recèle beaucoup plus d'événements et de processus historiques qu'il ne pourrait en être déduit de celles menées avec succès pour la réalisation des diverses normes constitutionnelles. Y sont notamment conservés les acquis de la lutte contre des conditions de travail dégradantes ou de celle contre des attentes abusives à l'endroit des femmes, conquêtes qui ne peuvent être simplement déduites des exhortations morales du texte de l'une ou l'autre des constitutions européennes. Si l'idée du patriotisme constitutionnel demeure exclusivement ancrée dans le médium du droit, quant à lui le patriotisme inhérent à la mémoire européenne des efforts collectifs de liberté tend vers la réalisation de toutes les promesses de liberté qui sont institutionnalisées dans les différentes sphères. À une époque où la défense des libertés déjà réalisées aussi bien que la lutte pour celles qui ne l'ont toujours pas été ne nécessiteraient rien de moins qu'un espace public transnational et engagé, il ne nous reste guère davantage que l'espoir qu'une culture européenne d'attentions partagées et de solidarités élargies puisse se développer sur la base d'une telle conscience historique¹⁷⁸⁰.

Or, si le droit se voit ainsi refuser une antériorité sur le plan diachronique en même temps qu'un empire aussi vaste que la conscience historique de la pluralité des luttes sociales pour la liberté, il conserve néanmoins sa préséance normative sur le plan synchronique, à telle enseigne que la centralité qu'il y occupe explique pour moitié¹⁷⁸¹ comment Honneth attribue à la sphère de la formation démocratique de la volonté politique une « place supérieure » tant à celle des relations interpersonnelles qu'à celle de l'agir économique, qui toutes deux doivent néanmoins conserver une autonomie relative :

¹⁷⁷⁷ Voir *id.*, p. 620-621.

¹⁷⁷⁸ *Id.*, p. 608.

¹⁷⁷⁹ *Id.*, p. 612.

¹⁷⁸⁰ *Id.*, p. 623-624.

¹⁷⁸¹ Voir *supra* note 1769 et texte correspondant.

[L]a sphère de la formation publique de la volonté n'occupe une place supérieure à celle des deux autres sphères que pour deux raisons bien précises. Premièrement, en vertu des principes constitutionnels, elle peut, par le moyen des organes de l'État de droit, faire un usage légitime de la force, par laquelle les changements conquis socialement dans différents domaines d'activité peuvent être transformés en états de fait assortis de sanctions, c'est-à-dire en garanties juridiques. Le dispositif du peuple qui agit sur soi-même par le moyen de la législation, et l'État de droit lié à ce dispositif, forment d'une certaine manière un centre institutionnellement bien mis en évidence au milieu d'autres centres, ancrés pour leur part dans des normes de liberté qui leur sont propres. Cela parce que ce centre est doté du pouvoir généralement reconnu d'interrompre le flux de confrontations se déroulant ailleurs et de fixer l'issue de celles-ci au moyen de dispositions juridiques. Par ailleurs, et deuxièmement, seule la sphère de la formation d'une volonté démocratique se présente, en vertu de son principe de liberté ici entendu dans la plénitude de son sens, comme un lieu d'autothématisation réflexive¹⁷⁸².

Notre hypothèse est que la lutte des peuples autochtones pour des « opérations de reconnaissance » de leurs propres ordres juridiques par celui de l'État, notamment sous la forme de ce que nous avons appelé la « pleine reconnaissance » des droits ancestraux, ainsi que, sans doute, pour la présomption de valeur d'ensemble de leurs cultures juridiques, pourrait bien, dans la mesure où elle se présente et est interprétée généralement comme une lutte identitaire, correspondre à ce que Honneth connaît comme une « lutte pour la reconnaissance ». Si la récente expansion du soi-disant « foyer hégélien » de la reconnaissance a été favorisée à la fois par certaines intuitions de Habermas et par la problématique multiculturaliste, l'œuvre du prédécesseur de Honneth a fini par embrasser tout le contexte de sa réactualisation systématique. La reconnaissance en est effectivement arrivée à intervenir chez Habermas sous ses deux aspects que sont (1) celui de la reconnaissance réciproque et constitutive des parties à la discussion à titre de sujets et (2) celui de la politique de reconnaissance.

S'est donc posée à la formulation de notre hypothèse la question de la manière de concevoir un éventuel « droit à son droit » dans le cadre du pluralisme juridique minimal que nous avons déjà induit de l'état du droit positif canadien et supranational. Nous avons alors démontré que Kymlicka avait bel et bien appliqué son concept de « culture sociétale » à la protection des cultures juridiques autochtones au moyen de « droits à l'autonomie gouvernementale »¹⁷⁸³. Sur ce plan de la protection juridique des cultures juridiques minoritaires, nous avons ajouté le dispositif des « opérations de reconnaissance ». Devait aussi se poser la

¹⁷⁸² A. HONNETH, *supra* note 1530, p. 616.

¹⁷⁸³ Voir *supra* notes 1509 et 1510 et texte correspondant.

question de la « reconnaissance extrajuridique d'ordre juridique », c'est-à-dire de savoir comment une culture juridique pourrait en outre être reconnue au sens, plus fort s'il faut en croire les champions de la « politique de reconnaissance », d'une présomption de valeur d'ensemble dépassant celle de la simple juridicité. Or, si c'est bien chez Honneth que la reconnaissance reçoit le traitement le plus systématique, et, qui plus est, si c'est en ce même auteur qu'il faut chercher le premier véritable théoricien de la *lutte* pour la reconnaissance, ce chapitre qui s'achève, en l'occurrence notre dernier, devrait suffire à établir que, à la différence de Taylor, ce n'est pas avec la problématique multiculturaliste à l'esprit que, à peu près au même moment, celui qui allait prendre le relais de Habermas s'attelait à la réactualisation de l'argument hégélien qui nous occupe.

Que Honneth ait souvent été à tort reçu d'emblée comme un philosophe de la « politique de reconnaissance », voilà qui est parfaitement illustré par le (faux-)débat que Nancy Fraser a tenu à engager avec lui¹⁷⁸⁴. Force est de partager l'interrogation de Honneth au sujet de ce débat :

Dans une certaine mesure, je ne comprends pas cette controverse. Bien sûr, je comprends qu'on puisse distinguer un certain type de conflit qui porte sur la distribution des biens matériels et un autre type de conflit davantage centré sur des questions culturelles. Dans ce sens, cette distinction est facile à comprendre. Sa difficulté vient toutefois du fait que, dès le début, je n'ai pas pensé la reconnaissance dans les termes d'une « politique de l'identité » ou d'une « politique culturelle ». J'avais au contraire en tête les conflits propres à la classe ouvrière au XIX^e et au XX^e siècles et peut-être encore d'autres mouvements sociaux¹⁷⁸⁵.

Mais si Honneth n'a pas développé son modèle dans le but particulier d'élucider la problématique du multiculturalisme, rien n'empêche ni lui, ni d'autres, ni nous de nous interroger sur la capacité générale et autonome de ce modèle d'apporter quelque éclairage sur cette problématique. N'est-il pas néanmoins possible, en effet, de confirmer au moyen des analyses de Honneth l'intuition kymlickienne de la fécondité morale de la lutte des minorités culturelles, autrement dit, dans les mots de Kymlicka lui-même, du sentiment que « *[e]ach group's claims can be seen as specifying the injustices that majority nation-building has imposed on them, and as identifying the conditions under which majority nation-building would cease to be unjust*¹⁷⁸⁶ ». La lutte pour la protection et la présomption de valeur d'ensemble de cultures minoritaires peut-elle représenter, pour le Honneth de *La lutte pour la reconnaissance*

¹⁷⁸⁴ Voir N. FRASER et A. HONNETH, *supra* note 1597.

¹⁷⁸⁵ A. HONNETH, « Le motif de tout conflit est une attente de reconnaissance. Entretien avec Axel Honneth », réal. par M. Bessin, E. Ferrarese et O. Voirol, *Mouvements*, n° 49, 2007, p. 145-152, à la page 149.

¹⁷⁸⁶ W. KYMLICKA, « Liberal Theories of Multiculturalism », dans L.H. MEYER, S.L. PAULSON et T.W. PODGE (dir.), *Rights, Culture, and the Law: Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 229-250, à la page 244.

du moins, une « lutte pour la reconnaissance juridique » ou encore une « lutte pour la reconnaissance solidaire » ? Dans l’affirmative, cela vaut-il aussi bien de la lutte pour la protection et la présomption de valeur d’ensemble de cultures *juridiques* minoritaires, autochtones par exemple, et donc de ce que nous avons appelé la lutte pour la « pleine reconnaissance » des droits ancestraux ? Toute tentative de réponse butera contre cette difficulté supplémentaire qui tient au fait que, tout comme Habermas, davantage que Hegel et à la différence de Fichte – dont la connaissance semble lui venir surtout de Hegel¹⁷⁸⁷ –, Honneth multiplie les emplois (différents) des mots du droit, à tel point que la discussion, non pas avec les seuls juristes, mais même avec la théorie et la philosophie du droit, devient pratiquement impossible.

¹⁷⁸⁷ Voilà ce que suggère par exemple le passage suivant de ses *Pathologies* : « Contrairement à Kant ou Fichte, [Hegel] part ici de la supposition que la structure motivationnelle de l’homme est elle-même toujours déjà le résultat de différents procès de formation [*Bildungsprozessen*] qui ont pu gagner une influence suffisante pour permettre que les besoins et les inclinations actuelles soient pénétrés d’un commandement moral. Et, dans cette mesure, le procès de la « limitation », c’est-à-dire la mise en forme du potentiel pulsionnel en direction de besoins intersubjectifs, doit être représenté comme un procès supra-individuel que la société moderne parvient à répéter régulièrement en elle sous la forme de la « culture » [*Bildung*] » (A. HONNETH, *supra* note 1528, p. 94). En effet, l’idée d’une telle « formation » sociale du vouloir individuel est bien présente chez Fichte dès les *Considérations* de 1793 (J.G. FICHTE, *Considérations destinées à rectifier les jugements du public sur la Révolution française* (1793), trad. J. Barni, Paris, Payot, 1974). Seulement, comme l’indique Franck Fischbach, « [i]l semble que la francophilie de Fichte aille ici jusqu’à l’importation du mot français « culture » [*Kultur*] qu’il substitue au mot allemand « *Bildung* » (F. FISCHBACH, *Fichte et Hegel. La reconnaissance*, Paris, PUF, 1999, p. 20, note 2). Pour Fichte, la « culture », qui comprend un moment de dressage de la sensibilité suivi de celui de son éducation de manière à rendre possible, non pas une simple volonté, mais une volonté qui peut, est un processus non seulement social, mais également historique. Il ne s’agit donc pas pour lui d’une pure fin. « La question qui se pose alors à Fichte est de savoir de quelle manière et par quel moyen s’est accompli jusqu’ici le processus culturel de soumission et de maîtrise de la sensibilité. La réponse qui se présente aussitôt est que les instruments de cette culture ont été l’État et les institutions politiques en général. Ces dernières nous auraient donc fait ce que nous sommes, de sorte que nous devrions leur en être reconnaissants et leur témoigner cette reconnaissance en les respectant absolument et en nous soumettant inconditionnellement à leur autorité » (*id.*, p. 27). Fichte verra pourtant dans la culture une histoire de la domination. Mais cette histoire contiendrait les forces de son évolution vers une histoire de l’émancipation, comprise comme fin ultime où le vouloir, non seulement pourra, mais voudra et pourra ce qu’il doit. Ce dernier moment, postculturel, sera celui du droit.

CONCLUSION : une perte

Mauro Basaure affirme dans un premier moment que, comme telle, la problématique du multiculturalisme est pratiquement absente du modèle de Honneth. Dans un second moment, il soutient que, même avec la meilleure volonté du lecteur, ce modèle s'avère foncièrement incapable d'éclairer cette problématique¹⁷⁸⁸. Son étude sur le sujet – qui n'a pas pu tenir compte de *Das Recht der Freiheit* – comprend donc deux enquêtes. La première lui révèle que « la problématique de la multiculturalité se trouve à peine thématifiée¹⁷⁸⁹ » dans l'œuvre de Honneth. La seconde veut « tendr[e] à démontrer l'incapacité du cadre conceptuel honnethien à fournir les outils nécessaires à la thématification des luttes pour la reconnaissance de l'identité culturelle¹⁷⁹⁰ ». La plus grande faiblesse de l'argumentaire de ce commentateur vient sans doute de ce qu'il tient pour acquise la nécessité d'une thématification spécifique au multiculturalisme¹⁷⁹¹ que, du moins dans l'état de développement où se trouvait alors son œuvre, Honneth met justement en doute.

Demeure inexplicable, à notre sens comme à celui de Mauro Basaure et de Honneth lui-même, l'amalgame entre ce dernier et Taylor que contient l'affirmation de Nancy Fraser selon laquelle, « *[r]ichly elaborated by existentialist thinkers at mid-century, recognition theory currently undergoing a renaissance, as neo-Hegelian philosophers such as Charles Taylor and Axel Honneth are making it the centerpiece of normative social philosophies aimed at*

¹⁷⁸⁸ M. BASAURE, « Axel Honneth et le multiculturalisme », dans M. ST-HILAIRE (dir.), « Dossier : Axel Honneth et le droit », *Droit et Société. Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, n° 78/2011, p. 339-353.

¹⁷⁸⁹ *Id.*, p. 340.

¹⁷⁹⁰ *Ibid.*

¹⁷⁹¹ *Id.*, p. 343 : « [...] il nous semble que toute inadéquation avérée de la théorie de Honneth aux revendications de reconnaissance de la différence culturelle ne pourrait être qu'un gage d'échec dans la mesure où cela traduirait le défaut de thématification d'un phénomène essentiel des sociétés modernes qui sont traversées par des revendications de valorisation d'une forme ou d'une autre d'altérité culturelle. »

vindicating “the politics of difference”¹⁷⁹² ». En effet, « [i]l ressort de l’ensemble de ses travaux que Honneth est convaincu que la prise en compte de certains effets méprisants du processus capitaliste de modernisation demeure la clé de compréhension tant du malaise moral et de la misère sociale – dont le premier serait la réalité profonde – que du potentiel de protestation que ceux-ci génèrent », si bien qu’il est « manifeste, quoi que puisse en dire Fraser, que chez Honneth l’accent est bel et bien mis sur la question de la justice sociale égalitaire et jamais sur celle de la valorisation de la différence culturelle¹⁷⁹³ ». La méprise de Fraser aura toutefois réussi à convaincre Honneth de préciser la manière dont ses travaux devaient être rapportés à ceux de Taylor et, plus généralement, au multiculturalisme.

Honneth reproche à Taylor sa prémisse selon laquelle les luttes pour la reconnaissance de la différence culturelle auraient récemment relayé ou pris le pas sur celles pour l’égalité juridique¹⁷⁹⁴ :

*Today’s “identity-political” movements can no more be reduced to their cultural objectives than the traditional resistance movements of the late nineteenth and early twentieth centuries can be pinned down to material and legal goals. In the end, even the efforts of the labor movement [...] aimed in essential part at finding recognition for its traditions and forms of life within a capitalist value horizon. The whole sequential schema on which Taylor bases his historical diagnosis is therefore misleading: it suggests two phases in the history of modern social movements, where it is to a large extent merely a matter of differences of nuance and emphasis*¹⁷⁹⁵.

[...]

*[I]t seems highly implausible to me to interpret the history of political conflict within capitalist societies according to a schema that asserts a transition from interest-based to identity-oriented social movements, and hence a shift in normative semantics from “interest” to “identity”, or from “equality” to “difference”*¹⁷⁹⁶.

Voilà qui fait l’objet d’explications supplémentaires lorsque Honneth précise également sa position par rapport à celle de Fraser :

*Quite apart from the fact that the whole idea of a “politics of identity” seems to me a sociological artifact, I instead have to justify the conceptual framework of recognition apart from any reference to social movements. In contrast to Fraser, I assume that it is not the rise of identity-political demands –let alone the goals of multiculturalism– that justifies recasting the basic concepts of critical social theory in terms of a theory of recognition, but rather an improved insight into the motivational sources of social discontent and resistance. For me, in other words, the “recognition-theoretical turn” represents an attempt to answer a theory-immanent problem, not a response to present social-developmental trends*¹⁷⁹⁷.

¹⁷⁹² N. FRASER, « Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, and Participation », dans N. FRASER et A. HONNETH, *supra* note 1597, p. 7-109, à la page 10.

¹⁷⁹³ M. BASAURE, *supra* note 1788, p. 344.

¹⁷⁹⁴ Voir A. HONNETH, « Redistribution as Recognition: A Response to Nancy Fraser », dans N. FRASER et A. HONNETH, *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*, Londres/New York, Verso, 2003, p. 110-197, à la page 122.

¹⁷⁹⁵ *Id.*, p. 123.

¹⁷⁹⁶ *Id.*, p. 135.

¹⁷⁹⁷ *Id.*, p. 125-126.

Pour Honneth, la question que pose le multiculturalisme est d'abord celle de savoir dans quelle mesure cette conflictualité sociale « culturalisée » peut mobiliser un ou plusieurs de ces trois principes différenciés de reconnaissance que sont l'« amour », le « droit » et la « solidarité ». Ce n'est que subsidiairement que devrait se poser la question de savoir si, et, le cas échéant, dans quelle mesure, la lutte pour la reconnaissance culturelle pourrait se fonder sur un virtuel quatrième et « nouveau » principe reconnaissant :

In the present interplay of transformed value horizons and social demands, are the normative contours emerging of a recognition principle that cannot be neatly translated back into the already established principles, since it requires social recognition not of the singular needy subject (love), the autonomous legal person (law), or the cooperative member of society (esteem), but of members of a cultural group? Or can the demands for the public recognition of collective identities be meaningfully responded to within the normative horizon of the existing recognition culture insofar as they can be understood as either applications of the equality principle or reinterpretations of the achievement principle¹⁷⁹⁸?

Honneth n'envisage donc jamais l'hypothèse que la lutte pour la reconnaissance culturelle puisse parfois être inspirée par le principe de l'« amour » pour avoir comme enjeu celui d'une extension de la considération sociale à de nouveaux affects et besoins¹⁷⁹⁹.

Notre auteur croit ainsi que de fournir une réponse sérieuse à la question du multiculturalisme exige de lever le voile d'unicité qui couvre la soi-disant lutte pour la reconnaissance culturelle : « [...] *concealed behind this common rhetoric –the demand for the recognition of cultural identity– are a multiplicity of different objectives, and distinguishing between them is central to normatively evaluating them¹⁸⁰⁰* ». Suivant une ébauche de classification qu'il emprunte à Bernhard Peters¹⁸⁰¹, il prétend d'abord pouvoir, à un niveau plus élevé de généralité, distinguer une (1) catégorie d'objectifs individuels poursuivis par de telles luttes pour la reconnaissance culturelle d'une (2) catégorie d'objectifs qui, pour correspondre à celui du bien-être d'un groupe, seraient plus proprement collectifs. À notre sens, une telle distinction pose d'entrée de jeu des difficultés ressortissant à l'ontologie sociale et morale. Les objectifs de la première catégorie seraient notamment de contrer une forme ou une autre de discrimination, de sorte que les luttes qui les poursuivent pourraient aisément être tenues pour

¹⁷⁹⁸ *Id.*, p. 161-162.

¹⁷⁹⁹ Voir *supra* note 1668 et texte correspondant.

¹⁸⁰⁰ A. HONNETH, *supra* note 1794, p. 163.

¹⁸⁰¹ *Ibid.*, où l'auteur se réfère à : B. PETERS, « Understanding Multiculturalism », *IIS-Arbeitspapier* 14, Bremen University, 1999.

des luttes pour l'égalité juridique¹⁸⁰². Les luttes qui font du multiculturalisme un défi théorique seraient donc plutôt celles qui poursuivent un objectif collectif.

Toujours en vertu de la même grille d'analyse, Honneth fait état, à un niveau inférieur de généralité donc, de trois sous-catégories d'objectifs collectifs des luttes multiculturalistes. La première veut comprendre des (2.1) objectifs « négatifs » de protection d'une culture minoritaire à l'encontre d'empiétements de la part de la culture majoritaire, objectifs qui ressortiraient à celui de se voir effectivement reconnaître les libertés fondamentales d'expression, de réunion et de religion, si bien que les luttes qu'ils animent mobiliseraient elles aussi le principe d'égalité juridique¹⁸⁰³. Cela fait à notre avis peu de sens que d'ainsi distinguer – qui plus est à des niveaux de généralité différents – entre les libertés fondamentales et la protection contre la discrimination comme entre un objectif de nature collective et un objectif de nature individuelle. Une deuxième sous-catégorie d'objectifs multiculturalistes collectifs se veut (2.2) celle, « positive », de l'obtention de « ressources » et « mesures préventives » devant permettre la « promotion » et le « développement » de la cohésion du groupe. Ces ressources et mesures feraient partie d'une gamme allant de l'aide économique à l'obtention d'une couverture médiatique, en passant par l'instruction dans la langue de la minorité, mais devant demeurer autant de prises de moyens temporaires. Il n'est donc pas question ici de la reconnaissance d'un droit à l'autonomie gouvernementale, mais que de mesures qui peuvent à la rigueur passer pour des exemples de ce qui est connu sous le nom de « discrimination positive ». Encore ici, d'écrire Honneth, « *one of the possibilities of normative justification consists in laying claim to the principle of legal equality by pointing to past or present disadvantages*¹⁸⁰⁴ ». Encore ici, sommes-nous tenté d'écrire pour notre part, il est curieux de voir Honneth traiter comme d'un objectif collectif, distinct de l'objectif individuel de se voir reconnaître un droit à la protection contre la discrimination négative, celui de bénéficier de mesures de discrimination positive. En fait, cela n'a pas de sens pour le juriste. Enfin, notre auteur entend rendre raison d'une troisième sous-catégorie d'objectifs véritablement multiculturalistes parce que collectifs. Ces objectifs correspondraient à (2.3) celui de voir accorder cette fois « directement » de la « reconnaissance » ou du « respect » à une culture minoritaire de la part de la culture majoritaire :

¹⁸⁰² *Ibid.*

¹⁸⁰³ *Id.*, p. 164.

¹⁸⁰⁴ *Id.*, p. 165.

As third type of demand that social groups make with a view to their common well-being as a group, Peters names the goal of recognition or respect from a society's majority culture. Here "recognition" no longer seems to have the merely indirect sense of ensuring a community's continued existence by either non-interference in or promotion of its cultural practices, but rather the entirely direct sense of acceptance of –or indeed esteem for– its objectives or value orientations as such. It is probably only this third level that reaches what is today first and foremost designated by the idea of the "recognition" of cultural differences, and I suppose is primarily intended by Nancy Fraser with the concept of "cultural recognition". In other words, it could be said that here the demand for the non-consideration of difference gives way to the demand for the consideration of difference¹⁸⁰⁵.

Le même « document de travail » (*Arbeitspapier*) de Bernhard Peters permettrait toujours à Honneth, en descendant encore d'un niveau de généralité, de distinguer trois « sous-sous-catégories » d'objectifs multiculturalistes qui seraient, non seulement (en apparence ?) « collectifs », mais aussi d'application « directe » de l'idée de « reconnaissance » à la « différence ». La première serait (2.3.1) celle des objectifs par la poursuite desquels les membres d'une minorité culturelle aspireraient, au-delà d'une stricte égalité de droits politiques, à une réelle participation à la formation de la volonté politique :

First of all, this [collective] objective [of a direct application of "recognition"] can include the demand that, as a member of a cultural minority, one not only enjoy equal political rights, but also the real opportunity to gain public attention for one's group-specific value convictions. What this could mean can best be explained in terms of a procedural virtue of democratic institutions that is measured by their capacity for respectful interaction with cultural minorities.¹⁸⁰⁶

Honneth renvoie ici au fameux livre d'Avishai Margalit sur *La société décente*¹⁸⁰⁷. Son lecteur croit devoir comprendre que, au fond, il n'est pas ici question d'un objectif qui soit véritablement collectif, ni même indubitablement « différentialiste », de sorte que la lutte pour sa réalisation pourrait être interprétée comme lutte pour la réalisation du principe d'égalité juridique qui, chez Honneth, est tout autant un principe juridique d'égalité. La deuxième « sous-sous-catégorie » d'objectifs multiculturalistes à se présenter initialement comme étant à la fois collectifs et différentialistes correspondrait à (2.3.2) celle des objectifs de protection d'un groupe contre le « mépris culturel » :

The direct demand for cultural recognition appears to have another meaning when it aims to protect a group from forms of cultural degradation, disrespect, and humiliation; here one can think, for example, of cases in which feminist organizations have called for a prohibition of or restriction on pornography because they saw it as a degrading representation of women. But closer consideration of this example quickly makes it clear that objectives of this kind once again involve an attempt to normatively reactivate the equality principle of modern law in order to present recurring experiences of degradation as the cause of a group-specific disadvantage. Here, depending on the constitutional order, two possibilities are generally available to those affected: depending on the facts of the

¹⁸⁰⁵ *Ibid.*

¹⁸⁰⁶ *Id.*, p. 166.

¹⁸⁰⁷ A. MARGALIT, *La société décente* (1996), trad. F. Billard rev. par L. D'Azay, Paris, Climats, 1999 / Flammarion, 2007.

*case, they can define the disadvantage effect of cultural humiliation in terms of either a violation of their dignity or a limitation on their freedom*¹⁸⁰⁸.

Une fois de plus, nous aurions ici affaire à une catégorie d'objectifs qui, pour n'être véritablement ni collectifs ni différentialistes, seraient ceux d'une lutte mobilisant plus fondamentalement le principe juridique égalitaire. Et une fois de plus, il est justifié de se demander pourquoi Honneth conçoit une telle lutte différemment de celle contre la discrimination négative et de surcroît la situe ainsi à deux niveaux inférieurs de généralité. La manière dont elle est censée se distinguer de la lutte pour l'obtention de « ressources » et « mesures » devant permettre de renforcer la cohésion du groupe n'est, juridiquement du moins, guère plus convaincante. La troisième « sous-sous-catégorie » à devoir nous occuper ici serait donc pour ainsi dire (2.3.3) celle des véritables objectifs multiculturalistes collectifs et différentialistes, selon lesquels « *[o]ne's culture should not be disadvantaged vis-à-vis the majority culture, but because it in itself represents a good the society should acknowledge*¹⁸⁰⁹ ». S'il devrait être acquis qu'elle dépasse toujours la portée du principe juridique égalitaire¹⁸¹⁰, la poursuite de tels objectifs se subdiviserait à son tour en deux catégories :

On the one hand, it would be in principle possible to [2.3.3.1] stress or appeal to the value of one's own culture with reference to the normative idea by which esteem for individuals or groups is generally measured in liberal capitalist society, i.e., the merit principle. For the cultural community, however, the consequence of this would be that it would have to present its own practices and way of life as representing an essential contribution to the reproduction of society, and in this sense offering an indispensable "achievement." Leaving aside the possibility that this forced presentation already involves an unreasonable demand that contradicts the group's demands, this form of esteem would presuppose expanding the achievement principle to the point of exceeding its remaining "material" substance in a way that could hardly be justified. It therefore seems more promising for cultural minorities to adopt [2.3.3.2] an alternative way of grounding their demands: the value of their culture would be appealed to not relative to an accepted recognition principle, but independently of all previously institutionalized value references, and in this sense "absolutely"¹⁸¹¹.

Honneth en vient donc à dégager une catégorie de lutte pour la reconnaissance culturelle qui se déroberait non seulement au principe de reconnaissance juridique mais aussi à celui de reconnaissance solidaire, et donc, puisque le principe de reconnaissance affective a été par lui écarté d'entrée, à l'ensemble de l'infrastructure morale « établie » de la société moderne. Voilà pourquoi notre auteur est d'avis que la signification que peut prendre une telle lutte dans les débats théoriques contemporains est tout sauf claire¹⁸¹². C'est en se référant à Taylor que Honneth envisage ici deux possibilités :

¹⁸⁰⁸ A. HONNETH, *supra* note 1794, p. 166.

¹⁸⁰⁹ *Id.*, p. 166-167.

¹⁸¹⁰ Voir *id.*, p. 166.

¹⁸¹¹ *Id.*, p. 167.

¹⁸¹² Voir *ibid.*

The sort of social esteem that would be entailed in recognizing a culture as something valuable is not [2.3.3.2.1] a public response that could be appealed for or demanded, since it could only arise spontaneously or voluntarily according to standards of evaluative examination. In contrast to the esteem normatively required by the institutionalized merit principle, there is no possibility of normatively demanding the positive evaluation of cultural ways of life. At best, we can here speak only of [2.3.3.2.2] the readiness to take note of the specific qualities of other cultures such that their value can then be examined. This last circumstance makes it clear that we cannot meaningfully speak of a “demand” for social esteem for one’s culture. Certainly, cultural minorities can nurture hopes or have expectations of being especially valued by the majority for the achievements reflected in the fact of developing a distinct language and value orientation. But there can be no legitimate claim to this sort of esteem, since it can only be the result of a process of judgment that escapes our control, just as sympathy or affection does. It may, however, make perfect sense to speak in this context of an indirect, secondary claim to well-meaning attention and consideration by the majority, so that the process of intercultural communication can get started in the first place. Here we might even speak in a weak sense of a right owed to cultural minorities to be judged according to an “anticipation of completeness” (Gadamer) of their value. But in the end this way of speaking says nothing more than that a liberal democratic society must possess the procedural virtue of being able to treat its minorities as candidates for the same social esteem it shows its own culture¹⁸¹³.

C’est donc ici et ainsi que – du reste sans explicitement tenir compte de la contribution de Raz que se veut le principe de réduction de l’asymétrie de la portée du « jugement correctif » d’une culture selon que celle-ci est ou on la nôtre¹⁸¹⁴ – Honneth en vient à traiter de la « politique de reconnaissance » de Taylor. Celle-ci ferait sens dans l’abstrait, mais s’observerait d’un point de vue normatif dont l’ancrage « éthique » ou, en termes moins spécifiquement hégéliens, « social » serait incertain, et ce de manière à poser une question à laquelle Honneth refuse de répondre et qui est celle d’un quatrième principe de reconnaissance entrant dans la composition de l’infrastructure morale de la société moderne :

Whether this candidate status regarding “cultural” esteem is already tied to a new fourth recognition principle, which is gradually starting to join the previously institutionalized principles, is a very difficult question. If so, then the cultural conflicts of the present could produce a normative principle whose moral consequences do not complement the traditional offering of tolerance, but move beyond it. For such a fourth recognition principle would mean that we also have to recognize one another as members of cultural communities whose forms of life deserve the measure of well-meaning attention that is necessary to judge their value. These speculative reflections, however, conceal the basically negative result of our systematic examination of the idea of recognizing cultural differences: the overwhelming majority of demands now being made by means of this rhetorical formula do not really transcend the normative horizon of the dominant recognition order. The groups may in fact have a far more radical self-understanding of their own objectives, but more soberly regarded, their normative content can usually be understood as an innovative application of the equality principle¹⁸¹⁵.

Bref, un regard « scientifique » et « sobre » sur la politique de reconnaissance révélerait l’incertitude de sa validité ainsi que le caractère périphérique du problème auquel elle s’adresse.

Faut-il recevoir les résultats de ce prétendu « examen systématique » sans bénéfice d’inventaire ? Nous ne le croyons pas. Honneth multiplie ici les oppositions conceptuelles qui,

¹⁸¹³ *Id.*, p. 168-169.

¹⁸¹⁴ Voir *supra* note 1490 et texte correspondant.

¹⁸¹⁵ A. HONNETH, *supra* note 1794, p. 169.

du reste, opèrent parfois asymétriquement sur plus d'un niveau de division et peinent généralement à faire sens pour le juriste. La première distinction, entre objectifs individuels et collectifs, est arbitraire. Ainsi que nous l'avons dit, il est hasardeux de la part de Honneth de distinguer, à des niveaux différents de surcroît, entre les libertés fondamentales et la protection contre la discrimination comme entre un objectif de nature collective et un autre qui serait de nature individuelle. À ce deuxième niveau, en partant du plus général pour aller vers le plus particulier, de la classification qu'il emprunte afin de « comprendre le multiculturalisme », c'est, au mieux, spécieusement que Honneth range, non pas deux, mais trois catégories d'objectifs multiculturalistes « collectifs » : les négatifs, les positifs... et les « directs », cette dernière notion intervenant subitement de manière à suggérer plutôt confusément que, considérées sous un tout autre angle, l'ensemble des objectifs, individuels y compris, qui se présentent comme multiculturalistes se répartissent entre la mobilisation indirecte et égalitariste de l'idée reconnaîtive d'une part et sa mobilisation directe et différencialiste de l'autre. Nous avons également eu l'occasion de relever combien il était insatisfaisant de voir notre auteur, sur ce même deuxième niveau, traiter comme d'un objectif collectif, distinct de l'objectif individuel de se voir reconnaître un droit à la protection contre la discrimination négative, celui de bénéficier de mesures de discrimination positive. La distinction, au troisième niveau, d'une seule catégorie de « véritables » mobilisations différencialistes et donc « directes » de la reconnaissance à côté de deux catégories de mobilisations faussement telles n'est guère davantage utile. Parmi ces deux dernières catégories, celle de la mobilisation « faussement différencialiste » de la reconnaissance à l'encontre du mépris culturel, dont Honneth nous dit qu'elle peut invoquer la protection constitutionnelle de la « dignité humaine » ou de la « liberté », ne semble pas devoir, comme nous l'avons dit aussi, être ainsi traitée distinctement, et à un niveau différent, de la lutte, que notre auteur tient pour individualiste, contre la discrimination négative, guère davantage, en fait, que de celle pour l'obtention de « ressources » et « mesures » devant permettre de renforcer la cohésion du groupe. Au quatrième niveau de division de son soi-disant « examen systématique », Honneth exclut, quelque peu rapidement d'ailleurs, qu'une « véritable » lutte pour la reconnaissance « directe » de la différence culturelle puisse mobiliser le principe de reconnaissance « établi » qu'est celui du mérite. Le principal motif de ce rejet est qu'une telle application du principe de mérite en représenterait une « extension » contraire à sa direction de développement. Souvenons-nous que, d'après *La lutte pour la reconnaissance*, la reconnaissance

solidaire en fonction du principe de mérite aurait pour direction de développement celle d'une plus grande égalitarisation passant par une individualisation croissante des modèles institutionnels de l'estime sociale¹⁸¹⁶. L'idée d'une ouverture progressive sur la pluralité des contributions individuelles singulières à la reproduction et au développement de la société fait en sorte que Honneth conçoit dans le même moment la réalisation du principe de mérite comme un processus de dématérialisation des critères d'attribution de l'estime sociale. Le principe de mérite et, avec lui, la différenciation de la solidarité sociale et du droit étant issus de l'effacement progressif des structures verticales de classes fondées sur le principe de l'honneur, de prévoir l'attribution d'une forme ou d'une autre d'estime sociale à une « culture » reviendrait à en prévoir l'attribution, soit à un groupe culturel, soit à ses membres du simple fait de leur appartenance à un tel groupe et, partant, à une recollectivisation et rematérialisation, certes partielle, mais néanmoins rétrograde des institutions de l'estime sociale. À cet égard partageons-nous la thèse de Mauro Basaure selon laquelle, à l'occasion que lui en donnait le débat avec Fraser, Honneth n'a pas exploré assez attentivement toutes les possibilités d'articulation de son modèle avec la politique de reconnaissance :

On se demandera en effet s'il est possible que, avec ces luttes pour la reconnaissance de cultures minoritaires, il soit plus justement question d'une revendication de légitimité de certains critères « alternatifs » d'évaluation des contributions sociales individuelles. En ce sens, lutter pour la reconnaissance d'une culture serait aussi, ou en dernière analyse, lutter pour la reconnaissance des contributions apportées par les individus qui s'en réclament. Il convient de se demander si, au moment de son débat avec Fraser, Honneth avait bien saisi la proposition taylorienne de réactualisation normative de la notion gadamérienne de mélange des horizons. Peut-être lui aurait-il été possible de situer un tel « mélange » dans la direction de développement qu'il avait attribuée à la sphère solidaire de reconnaissance, soit celle d'une toujours plus grande individualisation et, partant, d'une toujours plus grande égalisation [*sic*] des critères de mesure de la valeur sociale [singulière] des personnes. Lors d'un débat qui a eu lieu à Münster, Honneth semble s'être davantage rapproché de la thèse taylorienne en suggérant que, lorsqu'elles se sont révélées constituer des horizons de sens relativement stables, les cultures minoritaires peuvent attester auprès des membres de la culture majoritaire l'existence de modes de vie « alternatifs » au leur, existence dont le terme se traduirait par un appauvrissement de la gamme des critères d'évaluation des contributions sociales¹⁸¹⁷.

Plus généralement, la thèse de ce commentateur est que « la différence de fond entre Honneth et Taylor réside non pas dans la distinction entre une sphère juridique et une sphère solidaire de reconnaissance, mais dans le fait que pour le premier auteur il ne saurait être chaque fois question que de la reconnaissance d'individus tandis que pour le second il s'agit dans les deux

¹⁸¹⁶ Voir *supra* note 1663 et texte correspondant.

¹⁸¹⁷ M. BASAURE, *supra* note 1788, p. 352, où l'auteur se réfère à : A. HONNETH, « Antworten auf die Beiträge » [« Réponses aux contributions »], dans C. HALBIG et M. QUANTE (dir.), *Axel Honneth: Sozialphilosophie zwischen Kritik und Anerkennung* [Axel Honneth : la philosophie sociale entre critique et reconnaissance], Münster, Lit, 2004, p. 99-121, à la page 117.

cas d'insister sur l'importance « vitale » de la reconnaissance de communautés culturelles¹⁸¹⁸ ». Si nous sommes d'accord pour dire que l'analyse sommaire du multiculturalisme à laquelle se livre Honneth dans le cours de son débat avec Fraser est foncièrement viciée par l'arbitraire de sa distinction de départ entre objectifs individuels et objectifs collectifs, en revanche croyons-nous qu'une telle confusion était favorisée par les travaux de Taylor, qui, loin de tenir aussi clairement du collectivisme moral, cultivent plutôt à ce sujet leur propre ambiguïté¹⁸¹⁹. Enfin, et comme nous l'avons déjà relevé au passage, il est curieux qu'ici Honneth n'envisage jamais l'hypothèse d'une lutte pour la reconnaissance culturelle inspirée par le principe de l'« amour », de manière à avoir pour enjeu celui d'une extension de la considération sociale à de nouveaux, à de différents affects et besoins.

Dans *Das Recht der Freiheit*, le sujet du multiculturalisme n'est traité, du moins de manière explicite, que brièvement, et ce dans la section (C.III.3(a)) portant sur l'« espace public démocratique ». Honneth évoque alors l'exigence d'une « intégration sans mépris » des identités culturelles minoritaires au processus de formation démocratique de la volonté politique, et parle à cet égard d'un problème qui aurait été à l'origine « simplement périphérique » mais qui en l'espace d'une décennie serait devenu le défi du « multiculturalisme », terme qu'il met lui-même entre guillemets¹⁸²⁰. L'analyse et la mise en contexte révèlent qu'il ne faudrait surtout pas surestimer l'importance de cette apparente concession d'autonomie à la problématique multiculturaliste. N'étant ici question que de l'intégration sans mépris à la formation de la volonté politique, une telle autonomisation du multiculturalisme semble se réduire à ces deux grands objectifs que, lors de son débat avec Fraser, Honneth tenait, non seulement pour collectifs, mais aussi pour faussement différentialistes, soit ceux d'une réelle participation à la formation de la volonté politique et de la protection contre le mépris culturel. Ces derniers n'étaient cependant pas les seuls dont Honneth ramenait la poursuite à une mobilisation du principe juridique égalitaire. L'objectif individuel de non-discrimination ainsi que les objectifs prétendument collectifs de protection à l'encontre d'empiétements de la part de la culture majoritaire et d'obtention de moyens provisoires de renforcement de la cohésion du groupe

¹⁸¹⁸ *Id.*, p. 350.

¹⁸¹⁹ Voir *supra* notes 1483 et 1484 et texte correspondant.

¹⁸²⁰ Voir A. HONNETH, *Das Recht der Freiheit: Grundriß einer demokratischen Sittlichkeit* [Le droit de la liberté : éléments d'une éthicité démocratique], Berlin, Suhrkamp, 2011, p. 539.

continuent donc de procéder d'une telle mobilisation, si bien que, de multiculturalisme, il n'est pas davantage question que d'autonomie gouvernementale dans la section consacrée à l'« État de droit démocratique ». D'autre part, au sujet du multiculturalisme désormais conçu par lui comme l'exigence d'une intégration sans mépris des identités culturelles minoritaires au processus de formation démocratique de la volonté politique, Honneth cite le mot de Habermas selon lequel, « érigée en culture nationale, la culture majoritaire doit se dissocier de la fusion dans laquelle elle est entrée, pour des raisons historiques, avec la culture politique *générale*, sans quoi tous les citoyens ne pourront pas s'identifier au même titre à la culture politique de leur pays¹⁸²¹ ». Dans le texte de Habermas en question, en l'occurrence « La constellation postnationale et l'avenir de la démocratie », les phrases qui suivent l'extrait cité par Honneth ne sont autres que celles-ci :

Dans la mesure où ce processus de dissociation de la culture politique par rapport à la culture majoritaire est effectivement mis en œuvre, la solidarité des citoyens est fondée sur la base plus abstraite d'un « patriotisme constitutionnel ». Si ce processus échoue, la communauté se décompose en subcultures qui s'isolent les unes des autres¹⁸²².

Or, nous l'avons vu, Honneth ni ne réduit la culture politique des sociétés modernes à celle d'un espace public éclairé par le droit ni donc ne croit que le patriotisme constitutionnel suffise aux besoins de solidarité de celles-ci. Nous savons que, dans la section finale qu'il réserve à la culture politique, c'est dans des rapports institutionnalisés de reconnaissance que notre auteur voit les conditions de possibilité de la solidarité des sociétés modernes¹⁸²³, en sorte qu'il finit par situer, en lieu et place du patriotisme constitutionnel, un patriotisme inhérent à la mémoire des luttes, échouées comme réussies, pour la mise en œuvre des principes de reconnaissance, luttes ici réinterprétées comme luttes pour une « compréhension appropriée » des institutions de la liberté¹⁸²⁴. S'il n'avait ainsi renoncé à sa triade de principes différenciés de reconnaissance, nous aurions pu nous attendre de Honneth à ce qu'ici même il considère à nouveau l'hypothèse de la différenciation récente d'un quatrième principe de reconnaissance, porteur d'une présomption de valeur d'ensemble et d'une obligation morale d'étude réelle des cultures minoritaires¹⁸²⁵. Aussi aurions-nous pu espérer que notre auteur examine la thèse taylorienne selon laquelle l'exécution d'une telle obligation puisse, par l'intermédiaire de la nouvelle identité devant résulter

¹⁸²¹ J. HABERMAS, « La constellation postnationale et l'avenir de la démocratie », dans *Après l'État-nation. Une nouvelle constellation politique* (1998), trad. R. Rochlitz, Paris, Fayard, 2000, p. 43-124, aux pages 67-68.

¹⁸²² *Id.*, p. 68.

¹⁸²³ Voir *supra* note 1772 et texte correspondant.

¹⁸²⁴ Voir *supra* notes 1771, 1779 et 1780 et texte correspondant.

¹⁸²⁵ Voir *supra* notes 1813 et 1815 et texte correspondant.

du « mélange des horizons », générer une forme multinationale de solidarité sociale¹⁸²⁶, et ce d'autant plus que cette thèse a fini par obtenir l'adhésion, non seulement d'un Kymlicka¹⁸²⁷ ou d'un Raz¹⁸²⁸, mais de Habermas également¹⁸²⁹. Peut-être même aurait-il été raisonnable d'escompter quelque exploration plus sérieuse des possibilités de mobilisation multiculturaliste du principe de mérite¹⁸³⁰. Le fait est pourtant que, dans cette ultime section que Honneth dédie à la culture politique, il n'est pas question du multiculturalisme.

Or, dans un texte périphérique qu'il a fait paraître la même année que *Das Recht der Freiheit*, notre auteur avance inopinément que la reconnaissance de collectivités pour ainsi dire « infraétatiques » est moins problématique que celle d'États :

As long as we only transfer the concept of recognition from the interpersonal level to the behavior of social groups or movements, we do not seem to have any terminological problems. In this case, we view the collective identity of a given community as the higher-level equivalent of personal identity or relation-to-self. We therefore have a relatively clear picture about what is being fought over when individuals, but also groups, engage in a struggle for recognition. Hence, there has never been any problem with speaking of a "politics of recognition" when it comes to the struggles of minorities for legal respect and social recognition of their collective identity. The starting point of these struggles consists in shared experiences of exclusion, indignity, or disrespect, which moves the members of such a group to band together and fight in solidarity for legal or cultural recognition. But such a conceptual transfer is much more difficult, and the conceptual problems become much broader once we switch from the level of group struggles to relationships between nation-states¹⁸³¹.

Dans ce bref article sur la reconnaissance entre les États, Honneth défend d'abord une thèse descriptive pour ensuite y appuyer une thèse normative. La première thèse est la suivante :

Because political representatives must preserve legitimacy by acting as interpreters of the experiences and desires of their own respective citizenries, all encounters and relationships between states stand under moral pressure generated by a conflict over recognition¹⁸³². [...] The entirety of state's foreign-political conduct stems from a specific interpretation of interests and values. This interpretation must coordinate the functional requirements for maximizing security and prosperity with the public's expectations about other states' recognition of its own collective identity. For that reason, state actors or governments must base their conduct on narratives meant to justify, in light of historical events and episodes, pursuing their state's interests in an either cooperative or aggressive manner. At the same time, however, [...] states also exercise an indirect influence on how other states legitimate their foreign policies because they can influence the formation of public opinion and mood from abroad. The diverse tools used to signal recognition or disrespect constitute a means for casting doubt on other states' narratives of justification by demonstrating a divergent view of those states' collective identity. These measures

¹⁸²⁶ Voir *supra* note 1469 et texte correspondant.

¹⁸²⁷ Voir *supra* note 1479 et texte correspondant.

¹⁸²⁸ Voir *supra* note 1488 et texte correspondant. Il est intéressant de mettre en relation les sphères honnethiennes de la « liberté sociale » – soit les relations interpersonnelles, l'agir économique et la formation démocratique de la volonté politique – avec les composantes raziennes de la « culture commune » des sociétés libérales multiculturalistes – soit un marché, une culture politique égalitaire et une culture de tolérance et de respect.

¹⁸²⁹ Voir *supra* note 1478 et texte correspondant.

¹⁸³⁰ Voir *supra* notes 1811 et 1817 et texte correspondant.

¹⁸³¹ A. HONNETH, « Recognition between States: On the Moral Substrate of International Relations », dans E. RINGMAR et T. LINDEMANN (dir.), *The Struggle for Recognition in International Relations*, Boulder (CO), Paradigm Publishers, 2011, p. 25-38, à la page 27.

¹⁸³² *Id.*, p. 31.

*drive a wedge between the self-justifications of state actors and the political will-formation of the population; by means of credible expressions of respect and recognition, they attempt to convince another citizenry to mistrust their government's narratives of justification*¹⁸³³.

La seconde thèse est, bien entendu, celle-ci :

*The path for civilizing international relations primarily lies in sustained efforts at conveying respect and esteem for the collective identities of other countries. [...] The first step toward reconciliation between states, toward developing peaceful and cooperative relations, will always consist of using the soft power of respect and esteem, which signals to a foreign citizenry that its cultural achievements are in no way inferior and that it can count on others' sympathy for its sufferings*¹⁸³⁴.

Voilà qui pourrait sembler pouvoir fonder une troisième thèse, celle d'un Honneth multiculturaliste, un Honneth se détachant d'un Hegel qui, pour sa part, réserve la reconnaissance de collectivités à celles qui sont constituées en État¹⁸³⁵. Ce serait à notre sens donner à la déclaration de circonstance préséance sur les tenants et aboutissants du modèle théorique. Du reste, ce texte marginal mérite une parenthèse sur la lecture de Hegel qu'y offre Honneth. En soutenant que la « lutte » – ici « *striving* », sans doute du mot allemand « *Streben* », qui renvoie plutôt à l'idée d'un « effort » – pour la reconnaissance survit au droit international public qu'elle complète, notre auteur prétend encore se distinguer de Hegel¹⁸³⁶. Rappelons d'abord à cet égard que, chez le Hegel des PPD, il n'est pas comme chez Kant d'appel au tribunal d'un État mondial, mais à celui de l'Histoire¹⁸³⁷. C'est plutôt dans celle-ci que doit se réaliser l'esprit universel qui réconciliera le bien particulier et concret des différents États, celui de leurs citoyens ainsi que la morale abstraite et donc générale. La reconnaissance initiale des États est selon Hegel celle de totalités concrètes. Ensuite, s'il est vrai que pour ce même Hegel des PPD, chez qui « l'idée de l'État est caractérisée par la suppression du contraste entre le droit [privé] comme liberté abstraite et le bien comme contenu particulier réalisé¹⁸³⁸ », la lutte pour la reconnaissance, qui finit toujours par une lutte pour la domination, demeure généralement une figure de la reconnaissance échouée¹⁸³⁹, en revanche une exception joue en faveur de la guerre que se livrent les États :

Même dans la guerre comme situation non juridique, de violence et de contingence, subsiste un lien dans le fait que les États se reconnaissent mutuellement comme tels. Dans ce lien ils valent l'un pour l'autre comme existant

¹⁸³³ *Id.*, p. 34.

¹⁸³⁴ *Id.*, p. 35.

¹⁸³⁵ G.W.F. HEGEL, *Principes de la philosophie du droit* (1821), trad. A. Kaan, Paris, Gallimard, 1940, § 331, p. 328 : « Chez les peuples nomades, et en général chez un peuple qui se trouve à un niveau inférieur de culture, se pose la question de savoir jusqu'à quel point il peut être considéré comme un État. » Il en existe une traduction plus récente, par J.-F. Kervégan (Paris, PUF, 1998).

¹⁸³⁶ Voir A. HONNETH, *supra* note 1831, p. 25-26 et 31.

¹⁸³⁷ Voir G.W.F. HEGEL, *supra* note 1835, § 340, p. 333.

¹⁸³⁸ *Id.*, § 336, p. 331.

¹⁸³⁹ Voir *supra* note 1241 et texte correspondant.

en soi et pour soi, si bien que dans la guerre elle-même, la guerre est déterminée comme devant être passagère. Elle implique donc ce caractère conforme au droit des gens que même en elle la possibilité de la paix est conservée ; par suite, par exemple, les parlementaires sont respectés et en général, rien n'est entrepris contre les institutions intérieures, contre la vie privée et la vie de famille du temps de paix, ni contre les personnes privées¹⁸⁴⁰.

Le modèle de Honneth paraît donc bien loin de pouvoir apporter quelque éclairage sur la lutte pour la reconnaissance des ordres et cultures *juridiques* minoritaires. L'étude du contexte de la réactualisation honnéthienne du reconnaître hégélien, c'est-à-dire celle de certaines intuitions habermassiennes et des principales théories multiculturalistes, nous avait pourtant suggéré la piste d'une double lutte pour (1) la protection juridique et (2) la présomption de valeur d'ensemble des cultures juridiques minoritaires, autochtones notamment. Dans son premier volet, cette lutte était alors envisagée comme celle pour l'« autonomie gouvernementale » ainsi que pour un complexe d'« opérations de reconnaissance » d'ordre juridique. Dans son second volet, elle pouvait l'être comme celle d'une lutte pour l'« étude réelle » d'une culture juridique minoritaire par les membres de la culture juridique majoritaire, de même que pour la « symétrie » des « jugements correctifs » de ces derniers, peu importe que ces jugements portent sur l'une ou l'autre cultures juridiques. Nous essaierons maintenant malgré tout d'appliquer le modèle de Honneth à ces deux hypothèses, en commençant toutefois par la seconde.

L'application des thèses honnéthiennes à l'hypothèse d'une lutte pour la reconnaissance extrajuridique des cultures juridiques minoritaires peut, à l'encontre du refus de Honneth lui-même, représenter un cas particulier d'exploration des possibilités de mobilisation multiculturaliste du principe de mérite. La pratique sociale du mépris d'une ou de plusieurs cultures *juridiques* minoritaires peut-elle se traduire par quelque appauvrissement de la gamme des critères d'évaluation des contributions sociales ? Habermas n'a-t-il pas soutenu que « tout ordre juridique n'est pas seulement le reflet du contenu universel des droits fondamentaux, mais aussi l'expression d'une forme de vie particulière¹⁸⁴¹ » ? Voilà assurément une vaste question, du moins dans l'absolu. Or l'affirmative, c'est-à-dire la thèse voulant que l'institutionnalisation des modèles d'autoréalisation revête une dimension « juridique », est ici d'autant plus incertaine que la société moderne se caractériserait notamment par la différenciation qu'on y trouverait de ces deux distributions égalitaires que seraient celle des droits d'une part et celle de l'estime

¹⁸⁴⁰ G.W.F. HEGEL, *supra* note 1835, § 338, p. 332.

¹⁸⁴¹ Voir *supra* note 1516 et texte correspondant.

sociale de l'autre. Reste donc à considérer l'hypothèse d'une lutte pour la reconnaissance extrajuridique des cultures juridiques qui mobiliserait plutôt un quatrième et nouveau principe recognitif différencié de présomption de valeur d'ensemble des cultures sociétales minoritaires. Encore là, demeure des plus problématiques l'hypothèse de la valeur que pourrait se voir reconnaître à l'heure actuelle une « culture » juridique autrement qu'à la mesure de sa contribution à ce que Lawrence Friedman appelle la « culture des droits de l'homme¹⁸⁴² » ou à ce qu'on pourrait aussi bien appeler la « culture de l'État de droit moderne », ce qui dans les deux cas revient à parler d'une culture du principe juridique égalitaire moderne. C'est la locution anglaise de « *rule of law* » que veulent traduire les termes de « primauté du droit¹⁸⁴³ », de « prééminence du droit¹⁸⁴⁴ », de « régime de droit¹⁸⁴⁵ » ou encore d'« État de droit¹⁸⁴⁶ », dont l'équivalent allemand est celui de « *Rechtsstaat* ». Au sens classique du terme, la primauté du droit se veut l'un des deux grands principes structurants de la constitution juridique, en l'occurrence non écrite, britannique, l'autre devant en être celui de la souveraineté parlementaire. Même si la thèse de la possibilité d'un contrôle judiciaire de conformité des lois britanniques à la constitution non écrite du Royaume-Uni est défendue par certains experts éminents ainsi qu'envisagée par certains juges en *obiter dicta*¹⁸⁴⁷, il n'existe aucun précédent de son application¹⁸⁴⁸, si bien qu'il demeure relativement établi que, en ce pays, « *Parliament may therefore legislate in a way which infringes the rule of law* », et alors « *the judges, consistently with their constitutional duty to administer justice according to the laws and usages of the realm,*

¹⁸⁴² Voir L.M. FRIEDMAN, *The Human Rights Culture: A Study in History and Context*, Nouvelle-Orléans, Quid Pro Books, 2011.

¹⁸⁴³ Au Canada surtout.

¹⁸⁴⁴ En Europe, not. dans la documentation du Conseil de l'Europe.

¹⁸⁴⁵ Par exemple dans le préambule de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, adoptée à Paris le 10 décembre 1948, Rés. AG 217(III), Doc. off. AG NU, 3^e sess., supp. n° 13, Doc. NU A/810 (1948) 71.

¹⁸⁴⁶ Au Canada comme en Europe, mais surtout lorsqu'il s'agit de la « *rule of law* » au sens d'un idéal philosophique, d'un critère d'évaluation des systèmes de droit positif. Voir par exemple : BARREAU DU QUEBEC, *Regard du Barreau du Québec sur l'État de droit 2012*, février 2013, en ligne : <http://www.barreau.qc.ca/pdf/publications/2013-etat-droit.pdf>

¹⁸⁴⁷ *R. (Jackson) v. Attorney General*, [2005] UKHL 56 (BaiLII), par. 102 (Lord Steyn), 104-109 (Lord Hope of Craighead) et 159 (Baroness Hale of Richmond) ; Sir J. LAWS, « The Constitution, Morals and Rights », (1996) *Public Law* 622 ; « Law and Democracy », (1995) *Public Law* 72 ; Lord WOOLF, « Judicial Review – the Tensions Between the Executive and the Judiciary », (1998) 114 *Law Quarterly Review* 579 ; « Droit Public – English Style », [1995] *Public Law* 57 ; T.R.S. ALLAN, « Parliamentary Sovereignty: Law, Politics, and Revolution », (1997) 113 *Law Quarterly Review* 443 ; *Law, Liberty and Justice: The Legal Foundations of British Constitutionalism*, Oxford, Oxford University Press, 1993.

¹⁸⁴⁸ J. GOLDSWORTHY, *The Sovereignty of Parliament: History and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1999 ; *Parliamentary Sovereignty: Contemporary Debates*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

*cannot fail to give effect to such legislation if it is clearly and unambiguously expressed*¹⁸⁴⁹ ». La primauté du droit en son sens classique est donc un principe de droit « constitutionnel » au sens simplement matériel du terme, principe qui a été dégagé et formulé par le professeur Albert Venn Dicey dans sa célèbre *Introduction* de 1885. Dicey enseigne que la primauté du droit se compose de trois sous-principes : (1) celui voulant que tous, du plus humble citoyen jusqu'au monarque, sont régis par le droit, et non par l'arbitraire ; « *Englishmen are ruled by the law, and by the law alone* » ; (2) celui d'égalité devant le droit, « *or the equal subjection of all classes to the ordinary law of the land administered by the ordinary Law Courts; the «rule of law» in this sense excludes the idea of any exemption of officials or others from [...] the jurisdiction of the ordinary tribunals* »¹⁸⁵⁰ ; (3) celui selon lequel le droit constitutionnel, « *the rules of which in foreign countries naturally form part of a constitutional code, are not the source but the consequence of the rights of individuals, as defined and enforced by the Courts; that, in short, the principles of private law have with us been by the action of the Courts and Parliament so extended as to determine the position of the Crown and of its servants; thus the constitution is the result of the ordinary law of the land*¹⁸⁵¹ ». Ces trois sous-principes peuvent être réduits à deux dimensions fondamentales, l'une formelle, celle de la soumission de tous au droit appliqué par les tribunaux de droit commun, l'autre matérielle, celle d'un ensemble de droits reconnus aux individus par la common law. Au sens moderne du terme en revanche, la primauté du droit, ou l'État de droit, est une idée « philosophique » ou « politique » qui fait en ce moment l'objet d'efforts soutenus et concertés d'opérationnalisation visant à en faire un véritable standard international. Le déficit opérationnel de cette idée ressortait de propos tels que les suivants, que Brian Tamanaha tenait en 2004 :

*Notwithstanding its quick and remarkable ascendance as a global ideal, [...] the rule of law is an exceedingly elusive notion. Few government leaders who express support for the rule of law, few journalists who record or use the phrase, few dissidents who expose themselves to risk of reprisal in its name, and few of the multitude of citizens throughout the world who believe in it, ever articulate precisely what it means. Explicit or implicit understandings of the phrase suggest that contrasting meanings are held. [...] In view of this rampant divergence of understandings, the rule of law is analogous to the notion of the "good", in the sense that everyone is for it, but have contrasting convictions about what it is*¹⁸⁵².

¹⁸⁴⁹ T. BINGHAM, *The Rule of Law*, Penguin Books, 2010, p. 168.

¹⁸⁵⁰ *Id.*, p. 190.

¹⁸⁵¹ A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885), 10^e éd., Londres, Macmillan, 1959, p. 202-203.

¹⁸⁵² B.Z. TAMANAHA, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 3.

Ainsi que l'a dit Dworkin un peu moins d'un an avant sa mort, « *disagreements about the character of the rule of law reflect even deeper disagreements about a fundamental moral concept –the concept of personal dignity– and therefore about political legitimacy as well*¹⁸⁵³ ». Or, si « *whenever people seriously disagree about a political value –when they disagree about what, exactly, democracy or liberty or equality means– we find that kind of reaction: abandon the concept [...], this is almost always a mistake*¹⁸⁵⁴ ». La Commission de Venise parlait quant à elle déjà d'un « consensus sur les composantes essentielles de la prééminence du droit ainsi que sur celles du Rechtsstaat » que représenteraient les principes suivants :

- (1) la légalité, qui suppose l'existence d'une procédure d'adoption des textes de loi transparente, responsable et démocratique ;
- (2) la sécurité juridique ;
- (3) l'interdiction de l'arbitraire ;
- (4) l'accès à la justice devant des juridictions indépendantes et impartiales, qui procèdent notamment à un contrôle juridictionnel des actes administratifs ;
- (5) le respect des droits de l'homme ;
- (6) la non-discrimination et l'égalité devant la loi¹⁸⁵⁵.

D'autres travaux d'envergure ont été menés qui ont contribué à la délimitation d'un terrain d'entente sur certaines composantes essentielles de la primauté du droit comme idéal¹⁸⁵⁶. Mention particulière doit être faite de ceux du *World Justice Project*, qui ont accouché, en 2008¹⁸⁵⁷, d'un « indice » plutôt élaboré¹⁸⁵⁸, le *Rule of Law Index*¹⁸⁵⁹, à l'aune duquel la qualité du système juridique et judiciaire d'un nombre croissant de pays est évaluée depuis 2008¹⁸⁶⁰. Ainsi que le résume le rapport de 2012-2013 :

Rather than looking at laws, actors, or institutional arrangements, the WJP Rule of Law Index assesses a nation's adherence to the rule of law by examining practical situations in which a rule of law deficit could affect the daily lives of ordinary people. For instance, the Index evaluates whether citizens can access public services without the need to bribe a government officer; whether a basic dispute among neighbors or companies can be resolved

¹⁸⁵³ R.M. DWORKIN, « [Keynote Speech:] The Rule of Law », dans EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), *Reports: Conference on « The Rule of Law as Practical Concept »*, Lancaster House, Londres, 2 mars 2012, en ligne : <http://www.venice.coe.int/webforms/events/?id=1669>

¹⁸⁵⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵⁵ COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT (COMMISSION DE VENISE), *Rapport sur la prééminence du droit*, CDL-AD(2011)003rev, par. 41, en ligne : [http://www.venice.coe.int/docs/2011/CDL-AD\(2011\)003rev-f.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2011/CDL-AD(2011)003rev-f.pdf)

¹⁸⁵⁶ F. NEATE (dir.), *The Rule of Law: Perspectives from Around the Globe*, Londres/Dayton (OH), LexisNexis, 2009.

¹⁸⁵⁷ Version 1.0 : 2008 ; version 2.0 : 2009 ; version 3.0 : 2010 ; version 3.1 : 2011 ; version 3.2 : 2012.

¹⁸⁵⁸ Voir à ce sujet le document présentant la méthodologie qui a présidé à l'élaboration de cet indice : J.C. BOTERO et A. PONCE, *Measuring the Rule of Law*, « The World Justice Project – Working Paper Series », n° 001, en ligne : <http://worldjusticeproject.org/methodology>

¹⁸⁵⁹ <http://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index>

¹⁸⁶⁰ <http://worldjusticeproject.org/publications>

*peacefully and cost-effectively by an independent adjudicator; and whether people can conduct their daily activities without fear of crime or police abuse. These are among the common situations that occur in the lives of people and that are directly influenced by the degree of rule of law in the society*¹⁸⁶¹.

L'indice en question se compose de neuf grands facteurs, qui à leur tour se subdivisent chacun en un nombre variable de sous-facteurs totalisant quarante-huit. Ces neuf facteurs sont les suivants : (1) gouvernement de pouvoirs limités ; (2) absence de corruption ; (3) ordre et sécurité ; (4) droits fondamentaux ; (5) gouvernement « ouvert » ; (6) application de la réglementation ; (7) justice civile ; (8) justice pénale ; (9) justice « informelle ». Ce dernier facteur nous intéresse particulièrement ici :

*Finally, factor 9 concerns the role played in many countries by traditional, or 'informal', systems of law – including traditional, tribal, and religious courts as well as community-based systems– in resolving disputes. These systems often play a large role in cultures in which formal legal institutions fail to provide effective remedies for large segments of the population or when formal institutions are perceived as remote, corrupt, or ineffective. This factor covers two concepts: (1) whether traditional, communal and religious dispute resolution systems are impartial and effective; and (2) the extent to which these systems respect and protect fundamental rights*¹⁸⁶².

En note, ce même rapport de 2012-2013 indique ce qui suit :

*Significant effort has been devoted during the last three years to collecting data on informal justice in a dozen countries. Nonetheless, the complexities of these systems and the difficulties of measuring their fairness and effectiveness in a matter that is both systematic and comparable across countries, make assessments extraordinarily challenging. Although the WJP has collected data on this dimension, it is not included in the aggregated scores and rankings*¹⁸⁶³.

Voilà qui nous suggère la thèse selon laquelle la seule manière dont la société moderne puisse véritablement reconnaître la valeur d'une « culture » juridique, non seulement est à l'aune de sa contribution à la « culture » de l'État de droit moderne, mais consiste en sa protection juridique au moyen d'opérations de reconnaissance (de l'ordre juridique qu'elle baigne) accompagnées d'une forme ou d'une autre de droit à l'autonomie gouvernementale de ses membres. Nous rejetons ainsi l'hypothèse d'une lutte pour la reconnaissance extrajuridique des cultures juridiques minoritaires, dont l'« étude réelle » doit certes être promue, mais comme accessoire nécessaire de la validité que doit leur reconnaître leur protection juridique. C'est donc dire par anticipation que, comme le laissait sans doute deviner son auteur, l'application du modèle honnéthien à la première de nos deux hypothèses relatives à une éventuelle lutte pour la reconnaissance des cultures *juridiques* minoritaires est moins problématique.

¹⁸⁶¹ M.D. AGRAS, J.C. BOTERO, J. MARTINEZ, A. PONCE et C.S. PRATT, *WJP Rule of Law Index 2012-2013*, Washington (D.C.), The World Justice Project, 2012, p. 2, en ligne :

<http://worldjusticeproject.org/sites/default/files/wjproli2012-web.pdf>

¹⁸⁶² *Id.*, p. 17.

¹⁸⁶³ *Ibid.*, note 9.

Nous savons depuis la conclusion de la première et « préphilosophique » partie de notre enquête que ce n'est pas que le droit constitutionnel canadien mais aussi le droit supranational relatif aux droits fondamentaux qui fait de ceux-ci, comme fondement et limite de la reconnaissance des ordres qu'elles sont censées contenir, une protection, juridique bien entendue, des ordres juridiques autochtones. Nous avons pu constater par la suite que le multiculturalisme libéral de Kymlicka, non seulement a fini par étendre son principe de protection juridique des cultures sociétales minoritaires à leur dimension juridique – s'agissant du moins des cultures sociétales autochtones –, mais a pris appui – à cet égard précis comme de manière plus générale – sur le droit supranational relatif aux droits fondamentaux de la personne humaine¹⁸⁶⁴. Que le droit positif tienne déjà les droits des peuples autochtones, dont – pour paraphraser les articles 5 et 34 de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*¹⁸⁶⁵ – celui de maintenir, conserver, renforcer, développer et promouvoir leurs institutions, systèmes ou coutumes juridiques, pour une effectuation des droits fondamentaux suggère que la thèse honnéthienne selon laquelle la vaste majorité des luttes multiculturalistes mobilise le principe juridique égalitaire s'applique à la lutte des Autochtones pour la reconnaissance de leurs cultures juridiques. Une telle solution, au final juspositiviste, au problème que pose une telle lutte est-elle satisfaisante ? Ne peut-on pas d'abord lui reprocher de, en se réduisant à la « considération cognitive » égalitaire des personnes, passer à côté de revendications de reconnaissance d'identités collectives ?

Mieux que la philosophie, les sciences sociales enseignent que l'identité est politique bien davantage que culturelle, la culture relevant de procédés « inconscients » et tenant davantage d'un processus que d'une structure stable¹⁸⁶⁶. La soi-disant « identité culturelle » n'a donc d'elle-même rien de fixe et contraignant. Comme le rapporte Jocelyn Maclure :

les recherches non pas sur les normes de coexistence, mais sur les identités elles-mêmes, c'est-à-dire sur les formes d'auto-interprétation et d'auto-description déployées par différents groupes, ont dans leur très grande majorité révélé le caractère construit et labile des identités, ce qui a fait de la critique des conceptions dites « essentialiste » des identités un passage obligé de toute réflexion sur le sujet¹⁸⁶⁷.

¹⁸⁶⁴ Voir *supra* notes 1400 et 1511-1512 et texte correspondant.

¹⁸⁶⁵ Voir *supra* notes 108 et 109 et texte correspondant.

¹⁸⁶⁶ Voir D. CUCHE, *Le concept de culture dans les sciences sociales*, Paris, La Découverte, 2001, p. 82-111.

¹⁸⁶⁷ J. MACLURE, « La reconnaissance engage-t-elle à l'essentialisme ? », *Philosophiques*, vol. 34, n° 1, 2007, p. 77-96, à la p. 79.

À l’instar de Kymlicka, chez qui le langage de la « citoyennisation » multiculturelle se substituera progressivement à celui de la « citoyenneté » multiculturelle non sans quelque déplacement d’accent depuis une conception culturaliste plus essentialiste et statique vers une conception « politiste » davantage dynamique et volontariste, Jocelyn Maclure soutient que « les membres d’une culture sont d’abord attachés à leur pouvoir d’autodétermination qui, en retour, leur permet de conserver un certain degré de contrôle sur l’évolution de leur identité, d’où la nécessité de passer du langage de la préservation des cultures à celui de l’autodétermination¹⁸⁶⁸ ». En effet, « ce n’est pas *d’abord* l’érosion ou la dégradation d’une culture minoritaire qui est une injustice dans une démocratie libérale multiculturelle, mais plutôt l’usurpation du pouvoir d’autodétermination qui a mené, le cas échéant, à la transformation *hétéronome* de la culture de la minorité¹⁸⁶⁹ ». Partant, « [s]i la reconnaissance a pour but de protéger quelque chose, c’est avant tout la *capacité* d’un groupe se réclamant d’une culture commune à conserver une certaine emprise démocratique sur le devenir de son identité¹⁸⁷⁰ ». Nous sommes d’avis que cela vaut également de la lutte pour la reconnaissance de cultures *juridiques* minoritaires, autochtones notamment. La lutte pour la « pleine reconnaissance » des droits ancestraux, comme toute lutte pour des « opérations de reconnaissance » d’un ordre juridique non étatique par celui de l’État, demeure aussi accessoire que provisoire. La lutte principale est ici, au fond, celle pour l’autodétermination sous une forme ou une autre d’autonomie gouvernementale, une idée dont il n’est pas question chez Honneth et qui comprend bien entendu celle de l’attribution de certaines compétences juridiques. Brian Tamanaha va jusqu’à soutenir que, « *[i]n prevailing usages the term ‘indigenous law’ is most closely attached to movements of ethnic or national minorities seeking political independence from the majority in a nation state* », à telle enseigne que, « *[i]n many contexts its existence is largely a rhetorical or symbolic one –that is, it exists primarily in the form of an argument or claim pressed in the context of international, national, and local political discourse– without any concrete institutional presence*¹⁸⁷¹ ». Mais est-on fondé de craindre que, même conçue au final comme lutte pour l’exercice du droit à l’autodétermination sous une forme d’autonomie gouvernementale, la lutte pour la reconnaissance des « cultures » sociétales minoritaires, y

¹⁸⁶⁸ *Id.*, p. 91.

¹⁸⁶⁹ *Id.*, p. 90.

¹⁸⁷⁰ *Ibid.*

¹⁸⁷¹ B.Z. TAMANAHA, *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2001, p. 229.

compris celle pour la reconnaissance des « cultures » juridiques autochtones, ne se traduise par quelque prise en otage ou autre forme d'instrumentalisation des droits fondamentaux ?

Cette dernière intuition est celle, non seulement du problème des « minorités internes »¹⁸⁷², mais aussi, voire plus fondamentalement, de celui du respect des droits et libertés « individuels » dans l'exercice, par une minorité, de ses droits « collectifs », qu'il s'agisse avec ceux-ci de pouvoirs, de privilèges ou d'immunités. L'objection provient notamment de la critique féministe du multiculturalisme¹⁸⁷³. Comme s'en inquiète Sarah Song :

*Extending special protections and accommodations to patriarchal cultural communities may help reinforce gender inequality within these communities. Examples include conflicts over polygamy, arranged marriage, the ban on headscarves in France, “cultural defenses” in criminal law, accommodating religious law or customary law within the dominant legal system, and self-government rights for indigenous communities that deny equality to women in certain respects. [... More generally] granting “external protections” to minority groups may sometimes come at the price of “internal restrictions,” as is the case when the right of self-government is accorded to a group that violates the rights of its members by limiting freedom of conscience or upholding sexually discriminatory membership rules*¹⁸⁷⁴.

Une majorité d'auteurs voit dans un « droit (individuel) de sortie » la solution tout indiquée à ce problème¹⁸⁷⁵. Pour Ghislain Otis en revanche, l'« option de loi se présente comme un compromis entre la sortie pure et simple du groupe par changement de statut, une solution aux conséquences souvent graves pour l'individu, et la captivité totale de cet individu face à l'ordre juridique de son groupe¹⁸⁷⁶ ».

¹⁸⁷² L. GREEN, « Internal Minorities and Their Rights », dans J. BAKER (dir.), *Group Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 1994, p. 101–117 ; A. EISENBERG et J. SPINNER-HALEV (dir.), *Minorities within Minorities: Equality, Rights, and Diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

¹⁸⁷³ S.M. OKIN, « Is Multiculturalism Bad for Women? », dans S.M. OKIN (dir.), *Is Multiculturalism Bad for Women?*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1999, p. 7-24 ; S.M. OKIN, « Multiculturalism and Feminism: No Simple Questions, No Simple Answers », dans A. EISENBERG et J. SPINNER-HALEV (dir.), *supra* note 1872, p. 67-89 ; A. SHACHAR, *Multicultural Jurisdictions: Cultural Differences and Women's Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001 ; M. DEVEAUX, *Gender and Justice in Multicultural Liberal States*, Oxford, Oxford University Press, 2006 ; A. PHILLIPS, *Multiculturalism without Culture*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 2007.

¹⁸⁷⁴ S. SONG, « Multiculturalism » (2010), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, en ligne : <http://plato.stanford.edu> Voir aussi S. SONG, *Justice, Gender, and the Politics of Multiculturalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

¹⁸⁷⁵ Voir not. L. GREEN, « Rights of Exit », *Legal Theory*, vol. 4, n° 2, juin 1998, p. 165-185 ; S.M. OKIN, « Mistresses of Their Own Destiny: Group Rights, Gender, and Realistic Rights of Exit », *Ethics*, vol. 112, n° 2, janvier 2002, p. 205-230 ; O. REITMAN, « On Exit », dans A. EISENBERG et J. SPINNER-HALEV (dir.), *supra* note 1872, p. 189-208 ; D. NEWMAN, « Exit, Voice, and Exile: Rights to Exit and Rights to Eject », (2007) 57 *University of Toronto Law Journal* 43.

¹⁸⁷⁶ G. OTIS, « L'individu comme acteur relationnel : l'option de loi dans le « fédéralisme personnel » en contexte autochtone », dans OTIS et M. PAPILLON, *Fédéralisme et gouvernance autochtone / Federalism and Aboriginal Governance*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2013, p. 109-128, à la page 125.

Kymlicka n'a aucun mal à admettre que le multiculturalisme comporte toujours le risque d'un détournement, mais il estime qu'une telle politique en vaut le pari¹⁸⁷⁷. Jocelyn Maclure rappelle d'ailleurs que « les critiques n'ont pas fait la preuve jusqu'ici que l'essentialisme propre à certaines luttes d'affirmation identitaire est nécessairement le propre de toutes les luttes du même genre¹⁸⁷⁸ ». C'est en ce même sens que Dwight Newman précise qu'il ne faudrait surtout pas conclure a priori à l'incompatibilité des droits « collectifs » des peuples autochtones avec les droits et libertés fondamentaux de la personne¹⁸⁷⁹. On se demandera pourtant plus précisément à quelle catégorie, à ce titre de lutte identitaire, appartient celle des peuples autochtones du Canada pour la « pleine reconnaissance » de leurs droits ancestraux et, à travers elle, pour la reconnaissance de leurs « cultures juridiques ». Certains exemples suggèrent qu'elle appartient à celle des luttes essentialistes. L'Assemblée des Premières Nations a présenté à la Commission royale sur les peuples autochtones un mémoire dans lequel il était écrit qu'il fallait favoriser la fondation de gouvernements autochtones sur les traditions autochtones, dont celle des systèmes héréditaire et clanique¹⁸⁸⁰. D'autre part, le droit innu ne connaît pas la notion d'individu, du moins pas autrement que pour renvoyer à un porteur d'obligations ou de responsabilités¹⁸⁸¹. En réalité, de tels exemples sont nombreux. Mais si en la matière un plan qualitatif peut compter autant que le quantitatif, et si sur ce premier plan le récent doit l'emporter sur l'ancien, alors d'autres exemples allant dans le sens contraire pourront-ils éventuellement mettre en question ce premier diagnostic d'essentialisme. Ghislain Otis s'est penché sur les effets du paragraphe 2(1) de la *Loi sur les Indiens*, qui prévoit notamment que, en l'absence d'un arrêté ministériel pris en vertu du paragraphe 74(1) de manière à lui rendre applicable les dispositions électorales de cette loi, une « bande » a pour « conseil » celui « choisi selon la coutume de la bande ou, en l'absence d'un conseil, le chef de la bande choisi selon la coutume de celle-ci¹⁸⁸² ». Une de ses constatations fut la suivante :

L'élection s'est peu à peu généralisée même dans la pratique dite « coutumière » des communautés, phénomène sans doute attribuable à deux facteurs. D'une part, au dirigisme des administrateurs fédéraux, et, d'autre part, à

¹⁸⁷⁷ W. KYMLICKA, « Tester les limites du multiculturalisme libéral ? Le cas des tribunaux religieux en droit familial » (2005), trad. F. Boucher et O. Marci, *Éthique publique*, vol. 9, n° 1, 2007, p. 27-39, aux pages 31 et 34.

¹⁸⁷⁸ J. MACLURE, *supra* note 1867, p. 82.

¹⁸⁷⁹ D. NEWMAN, « You Still Know Nothin' 'Bout Me: Toward Cross-Cultural Theorizing of Aboriginal Rights », (2007) 52 *McGill Law Journal* 725 ; « Theorizing Collective Indigenous Rights », (2007) 31 *American Indian Law Review* 273.

¹⁸⁸⁰ Voir ASSEMBLY OF FIRST NATIONS, *Reclaiming our Nationhood: Strengthening our Nation*, mémoire présenté à la Commission royale sur les peuples autochtones, Ottawa, Assembly of First Nations, 1993, p. 16.

¹⁸⁸¹ J.-P. LACASSE, *Les Innus et le Territoire : Innu Tipenitamun*, Sillery (Québec), Septentrion, 2004, p. 71.

¹⁸⁸² *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. I-5, par. 2(1).

l'influence constante des institutions de la société majoritaire auxquelles les autochtones en sont tardivement venus, après une longue exclusion discriminatoire, à participer en qualité d'électeurs. Cette apparente intégration démocratique explique sans doute pourquoi la désignation des dirigeants selon la « coutume » de la bande est encore aujourd'hui reconnue par l'article 2 de la *Loi sur les Indiens* et pourquoi l'application formelle du régime électoral dicté par cette loi n'a jamais été décrétée dans un certain nombre de communautés. [...] Seulement 11 communautés continuent à ce jour de se donner des dirigeants selon des modes traditionnels non électoraux de type héréditaire¹⁸⁸³.

Dans un texte qui vient de paraître, et fort de ses travaux antérieurs, ce même auteur soutient plus généralement que l'individu autochtone vivant en Amérique du Nord en ce début de XXI^e siècle « participe à la culture moderne, et non seulement dans ses aspects matériels et technologiques », en sorte qu'il « est bien campé dans une dualité de mondes qui le rend perméable au modèle du libre arbitre individuel en dialogue avec le collectif¹⁸⁸⁴ ». Bien loin de s'y opposer ou de les détourner, les représentants des peuples autochtones du monde ont récemment mobilisé les droits universels de l'homme¹⁸⁸⁵, notamment ceux à la non-discrimination et à l'autodétermination lors de l'élaboration de... la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, au contenu de laquelle ils ont largement contribué¹⁸⁸⁶. Kymlicka nous semble donc dans le vrai lorsqu'il affirme que « *the evidence suggests that indigenous peoples are increasingly accepting broader liberal-democratic principles*¹⁸⁸⁷ ». Et cela expliquerait justement pourquoi :

[...] *there has been no retreat from the commitment to new models of multicultural citizenship for indigenous peoples. On the contrary, the trend towards enhanced land rights, self-government powers and customary law for indigenous peoples remains fully in place across the western democracy [...]*¹⁸⁸⁸.

S'il est vrai que les droits de l'homme ne sont pas instrumentalisés mais développés par la lutte des Autochtones pour la reconnaissance de leurs « cultures » juridiques comme dimension de leur lutte pour l'égalité effective du droit à l'autodétermination, alors une autre objection trouve sa réponse. Comme limite des possibilités de reconnaissance de « cultures » juridiques, les droits de l'homme ne sont pas imposés aux Autochtones par les allochtones, mais admis par les

¹⁸⁸³ G. OTIS, « Élection, gouvernance traditionnelle et droits fondamentaux chez les peuples autochtones du Canada », (2004) 49 *Revue de droit de McGill* 393, p. 410.

¹⁸⁸⁴ G. OTIS, *supra* note 1876, p. 112.

¹⁸⁸⁵ Voir R. NIEZEN, *The Rediscovered Self: Indigenous Identity and Cultural Justice*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2009.

¹⁸⁸⁶ Voir *supra* note 107.

¹⁸⁸⁷ W. KYMLICKA, « The rise and fall of multiculturalism ? New debates on inclusion and accommodation in diverse societies », (2010) *International Social Science Journal*, vol. 199, p. 97-112 (rééd. dans S. VERTOVEC et S. WESSENDORF (dir.), *The Multiculturalism Backlash: European discourses, policies and practices*, Londres, Routledge, 2010, p. 32-49), à la page 107, où l'auteur se réfère à : T. SCHOOLS, *Shifting Boundaries: Aboriginal Identity, Pluralist Theory, and the Politics of Self-Government*, Vancouver, UBC Press, 2003.

¹⁸⁸⁸ *Id.*, p. 104.

premiers comme par les seconds, en sorte qu'ils peuvent tout aussi bien servir de principe de reconnaissance de l'ordre juridique étatique par les ordres juridiques autochtones.

C'est tout l'esprit des travaux de James Tully que de mettre la « politique de reconnaissance » et l'« interculturalisme » que celle-ci convoque à contribution de ce qu'il veut appeler le « constitutionnalisme dialogique » et dont on aura compris qu'il l'oppose à ce qu'il tient pour un « constitutionnalisme monologique »¹⁸⁸⁹. Tandis que celui-ci serait regrettamment moderne, fermé et moniste, celui-là serait heureusement ancien, ouvert et pluraliste. L'appel est ici celui d'un « dialogue équitable » en matière « constitutionnelle », fondé bien entendu sur une « écoute équitable » et dont un passage obligé serait la remise en question des « conventions impériales » et du « langage dominant ». Car le « constitutionnalisme moderne » ne pourrait satisfaire les demandes légitimes de reconnaissance des membres de minorités culturelles nationales qui, à ses termes, se retrouveraient plutôt dans l'impasse suivante :

Ils peuvent accepter les institutions et le langage autorisé, auquel cas leurs demandes sont rejetées par les conservateurs ou absorbées par les progressistes à l'intérieur des langages et des institutions mêmes dont ils mettent en doute la souveraineté et l'impartialité. Ou ils peuvent encore refuser de jouer le jeu, ce qui leur laisse le choix entre devenir des marginaux et des conscrits malgré eux, et prendre les armes¹⁸⁹⁰.

Il n'empêche que c'est surtout le risque d'« absorption » déformante des revendications de reconnaissance des peuples autochtones par la « tradition européenne impérialiste » que veut contrer notre auteur au moyen de son « dialogisme constitutionnel » :

Par exemple, les demandes faites par les peuples autochtones du monde entier pour qu'on reconnaisse l'égalité de leurs constitutions et traditions, dont plusieurs datent de milliers d'années avant le constitutionnalisme moderne, sont, quand on leur prête, absorbées à l'intérieur des traditions et institutions d'origine européenne, puis subordonnées à elles. Pourtant, c'est précisément la question préalable de leurs souveraineté et impartialité supposées qui, comme les peuples autochtones le prétendent à raison, mérite d'être entendue en toute justice. Même dans les nombreux cas où des « interculturalistes » présentent leurs demandes devant les institutions régnautes, le langage disponible ne peut faire autrement que de déformer leurs voix¹⁸⁹¹.

Voilà pourquoi Tully estime que la justice exige la révision des « formes dominantes de reconnaissance » que protégeraient les « normes actuelles de la reconnaissance constitutionnelle¹⁸⁹² ». Voilà en même temps une objection à laquelle nous croyons répondre les développements qui précèdent. S'agissant de « constitutionnalisme », la « forme dominante », le principe de reconnaissance qui trouve ici application est celui d'égalité juridique, qui structure

¹⁸⁸⁹ Voir not. J. TULLY, *Une étrange multiplicité. Le constitutionnalisme à une époque de diversité* (1995), trad. J. Des Chênes, Sainte-Foy (Québec), Presses de l'Université Laval, 1999.

¹⁸⁹⁰ *Id.*, p. 53.

¹⁸⁹¹ *Id.*, p. 51.

¹⁸⁹² *Id.*, p. 41.

l'idéal, certes moderne, d'État de droit démocratique fondé sur les droits de l'homme. Cette normativité, d'un niveau variable d'autorité et de positivité et en vertu de laquelle le droit constitutionnel interne est contrôlé par le droit supranational avant de contrôler à son tour le droit infraconstitutionnel, est régulièrement mobilisée et développée par les peuples autochtones, y compris dans le cadre de la lutte pour la reconnaissance de leurs « cultures » juridiques. À l'encontre d'une telle réponse, Tully exerce toutefois son droit de réplique : s'il est vrai que les peuples autochtones recourent souvent aux principes « européens » de reconnaissance, ce serait par dépit, leur situation de peuples « intérieurement colonisés » ne leur laissant guère d'autre choix¹⁸⁹³. En bon juriste, nous préférons pour notre part nous en tenir au principe selon lequel la bonne foi se présume toujours et nous rappeler que cette présomption ne peut être renversée que par une preuve plutôt difficile à faire. Mais s'il nous fallait absolument nous exprimer dans la langue philosophique, nous dirions que nous voyons dans la réplique de Tully la thèse « infalsifiable » d'une « fausse conscience ». Enfin, il importe d'insister sur le fait que la mobilisation du principe juridique égalitaire moderne par les Autochtones ne tient pas de la simple acceptation passive, mais de la contribution active. Une telle mobilisation n'est pas que le fruit de l'« évolution » des sociétés autochtones, mais également une force d'effectuation et d'universalisation des droits fondamentaux de la personne humaine, et donc d'« évolution » du segment allochtone de la société moderne.

En effet, il est improbable que Jocelyn Maclure soit dans le faux en affirmant qu'« une lutte pour la reconnaissance est avant tout un processus *politique* similaire aux autres mouvements politiques visant [à] la transformation démocratique des règles du vivre-ensemble¹⁸⁹⁴ », à telle enseigne que, « loin de rester parfaitement identiques à elles-mêmes, les identités sortent au contraire transformées des dialogues publics immanents à la lutte pour la reconnaissance¹⁸⁹⁵ ». Cette thèse est corroborée de manière générale par celle du « mélange des horizons » que Taylor emprunte à Gadamer¹⁸⁹⁶ de même que par celle de Kymlicka selon laquelle la « citoyennisation » multiculturaliste est un processus intentionnellement et

¹⁸⁹³ J. TULLY, « Struggles of Indigenous Peoples for and Freedom », dans A. WALKEM et H. BRUCE (dir.), *Box of Treasures or Empty Box? 20 Years of Section 35*, Vancouver, Theytus Books, 2003, p. 272-308.

¹⁸⁹⁴ J. MACLURE, *supra* note 1867, p. 85.

¹⁸⁹⁵ *Id.*, p. 86.

¹⁸⁹⁶ Voir *supra* notes 1467-1469 et texte correspondant.

profondément « transformatif »¹⁸⁹⁷. Le récent développement du droit constitutionnel canadien et du droit supranational en matière de droits des peuples autochtones suggère que, en même temps qu'elles, la culture juridique moderne s'est quelque peu transformée sous l'effet de la lutte pour la reconnaissance des cultures juridiques autochtones. Or, et c'est ici que réside le paradoxe, il n'est pas évident que ce processus d'acculturation juridique éloigne à tous égards chacune des cultures impliquées de ce qu'elles étaient respectivement auparavant. Au contraire, il semble que ce processus se trouve à développer certaines de leurs dimensions. Rappelons-nous de l'asymétrie relevée par Raz relativement à nos jugements culturels « correctifs »¹⁸⁹⁸ : s'il est aisé au juriste allochtone de concevoir comment l'influence de la culture juridique moderne peut avoir renforcé certaines composantes égalitaristes des cultures juridiques autochtones, il lui est en revanche plus difficile d'apercevoir comment la lutte pour la reconnaissance de celles-ci peut avoir contribué au processus de réalisation de l'idéal de l'État de droit démocratique fondé sur les droits de l'homme. Souvenons-nous pourtant encore d'un mot de Raz, en l'occurrence celui selon lequel « *[a]t the heart of multiculturalism lies the recognition that universal values are realised in a variety of different ways in different cultures* »¹⁸⁹⁹. Dans le même sens, Mireille Delmas-Marty explique que les droits fondamentaux de l'homme n'admettent par définition aucun fondamentalisme juridique, mais seulement une interprétation variable dans l'espace et dans le temps, en sorte qu'ils doivent être compris comme processus transformateurs, et donc comme étant « universalisables » plutôt qu'« universels »¹⁹⁰⁰. Ce serait donc dans le pluralisme que les droits fondamentaux éprouveraient leur universalité. La résolution du paradoxe de la confirmation humanisante par reconnaissance mutuelle et hybridation des cultures juridiques « européenne » et autochtones s'accompagne ainsi de celle du paradoxe d'une pensée juridique européenne qui se présente comme moniste tout en étant animée d'un contre-courant pluraliste qui, sur la longue durée, tend à se révéler dominant. Lawrence Friedman a raison de parler de la « culture des droits de l'homme » comme d'un produit de la modernité¹⁹⁰¹. Or, cette modernité, les peuples allochtones venus d'Europe n'en ont plus le monopole. Voilà donc comment nous en arrivons à la même conclusion que Bjarne Melkevik :

¹⁸⁹⁷ Voir *supra* note 1470 et texte correspondant.

¹⁸⁹⁸ Voir *supra* notes 1490 et 1814 et texte correspondant.

¹⁸⁹⁹ Voir *supra* note 1489 et texte correspondant.

¹⁹⁰⁰ M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit IV : vers une communauté de valeurs ?*, Paris, Seuil, 2011.

¹⁹⁰¹ Voir L.M. FRIEDMAN, *supra* note 1842.

*Legal modernity, as seen in its communicative version, insisting on individuals seen as authors and addressees of legal norms and institutions, represents the inescapable horizon to any sound recognition of Native legal custom. We should, in this way, see a recognition of Native legal customs as an ideal where the cultural heritage of individuals is no longer the opposite of universality, but as fundamentally tied to it as a mountain spring is to a mountain. The basis of any recognition is human rights as they are described with respect to Aboriginal Peoples within new international law*¹⁹⁰².

« Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. » Ainsi se lit la première phrase de l'article premier de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*. La philosophie peut y déceler l'idée d'une universalisation de ce qui était anciennement le rang le plus élevé de la hiérarchie sociale¹⁹⁰³. S'il faut en plus attribuer à cette telle égalité juridique le sens d'une reconnaissance intersubjective de manière à corrélativement faire rimer injustice avec mépris, alors mieux vaut à notre avis suivre l'exemple de Jellinek et le faire avec l'aide de Fichte¹⁹⁰⁴. Cela dit, ce détour par la philosophie nous laisse perplexe. La clé de la résolution de notre problématique juridique se trouvait tout entière dans le droit. La signification normative de la lutte pour la pleine reconnaissance des droits ancestraux et des ordres et cultures juridiques autochtones réside en dernière analyse dans l'idée d'une égalité effective du droit qu'a toute personne humaine de s'autodéterminer politiquement, autrement dit avec ses concitoyens à la faveur d'une gouverne démocratique¹⁹⁰⁵. Au terme de notre enquête, force est donc de constater que nous n'avons pas confirmé notre hypothèse mais perdu notre pari. La mesure dans laquelle la « lutte » pour la « reconnaissance » d'une « culture sociétale » minoritaire peut correspondre à un concept philosophique de « lutte pour la reconnaissance » se révèle en bout de ligne tout sauf claire. Par conséquent, nous nous retrouvons en fin de parcours à des lieux de notre destination, qui se voulait une position d'où nous aurions pu soutenir de manière éclairante que la lutte pour la « pleine reconnaissance » des droits ancestraux, en chemin conçue comme lutte pour la reconnaissance de la dimension juridique de cultures sociétales autochtones minoritaires, appartient à une telle catégorie philosophique. Selon Daniel Weinstock, la meilleure façon

¹⁹⁰² B. MELKEVIK, « The Customary Law of Indigenous Peoples and Modern Law: Rivalry of Reconciliation? », dans J.R. CLAMMER, S. POIRIER et E. SCHWIMMER (dir.), *Figured Worlds: Ontological Obstacles in Intercultural Relations*, Toronto, University of Toronto Press, 2004, p. 225-242, à la page 239.

¹⁹⁰³ Voir *supra* note 1665 et texte correspondant.

¹⁹⁰⁴ O. JOUANJAN, « Préface : Georg Jellinek ou le juriste philosophe », dans G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit, L'État moderne et son droit*, réimp. trad. G. Fardis (1911-1913), 2 vol., Paris, Panthéon-Assas/LGDJ, 2005, vol. 1, p. 80-82.

¹⁹⁰⁵ En effet, contrairement à ce que peut suggérer le libellé de l'art. premier, par. 2, de la *Charte des Nations Unies* (26 juin 1945, R.T. Can. 1945, n° 7), le droit des « peuples » à « disposer d'eux-mêmes » n'est, au fond, pas un droit collectif. À ce sujet, voir not. M.N. SHAW, *International Law* (1977), 5^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 269-273.

d'évaluer les concepts éthiques est à l'aune de leur capacité respective d'éclairage des questionnements que nous impose le réel, y compris dans le domaine du droit¹⁹⁰⁶. À l'en croire, notre thèse serait donc que, comme concepts éthiques, non seulement celui de « lutte pour la reconnaissance », mais aussi celui, plus englobant, de « reconnaissance » ont au final une valeur plutôt faible pour le juriste qui se trouve confronté à la problématique de la lutte pour la pleine reconnaissance, comme produit des ordres juridiques autochtones, des droits ancestraux par le droit étatique. À vrai dire, nous en venons ici à une conclusion générale de contenu équivalent à ce qui, dans le domaine des relations internationales, était pour Jens Bartelson une première impression : que le concept de reconnaissance est au théoricien ou au philosophe ce qu'est son couteau suisse au boy-scout¹⁹⁰⁷. Bien que, ici comme ailleurs, la modestie épistémologique s'impose en même temps que se fait sentir le besoin de tirer les conclusions de ce résultat à tout prendre négatif, nous nous sentons autorisé à soutenir que l'intérêt de l'enquête philosophique pour l'élucidation de problèmes juridiques complexes ne saurait être tenu pour acquis au départ, mais tout au plus faire l'objet d'une présomption réfutable. Plus encore, depuis la position où nous nous retrouvons en fin de trajet, nous croyons nous apercevoir qu'il arrive que l'analyse juridique soit, au minimum, tout aussi bien capable d'éclairer une problématique philosophique complexe.

¹⁹⁰⁶ D.M. WEINSTOCK, *Profession éthicien*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2006, p. 12.

¹⁹⁰⁷ J. BARTELSON, « Three concepts of recognition », *International Theory*, vol. 5, n° 1, mars 2013, p. 107-129, à la page 107.

LISTE DES RÉFÉRENCES

Section 1. Traités et instruments internationaux

Charte des Nations Unies, 26 juin 1945, R.T. Can. 1945, n° 7.

Convention américaine relative aux droits de l'homme, adoptée à San José (Costa Rica), le 22 novembre 1969, OAS Treaty Series No. 36.

Convention sur les droits et devoirs des États, signée le 26 décembre 1933 à Montevideo au terme de la 7^e Conférence internationale américaine, *Série des traités de la Société des Nations*, vol. 165, art. 3.

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme), CdE/STCE no 005.

Convention (no 169) concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants, Organisation internationale du Travail, Bureau international du Travail *Bulletin officiel*, 27 juin 1989, vol. LXXII (1989), Série A, n° 2, p. 63-74 (entrée en vigueur : 5 septembre 1991).

Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme, Doc. off. OEA/Ser.L/V.II.23/Doc.211, rev. 6.

Déclaration et programme d'action de Vienne, Doc. off. A.G. N.U., 48^e sess., Doc. N.U. A/CONF.157 (1993) 23.

ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Assemblée générale, *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, A/RES/61/295, 107^e séance plénière, 13 septembre 2007.

ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Assemblée générale, *Déclaration universelle des droits de l'homme*, adoptée à Paris le 10 décembre 1948, Rés. AG 217(III), Doc. off. AG NU, 3^e sess., supp. n° 13, Doc. NU A/810 (1948) 71.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Organisation des Nations Unies, 16 décembre 1966, (1976) 999 R.T.N.U. 171 (entrée en vigueur : 23 mars 1976; adhésion du Canada : 19 mai 1976).

PAUL III, *Sublimus Dei*, 29 mai 1537, traduction anglaise accessible en ligne : <http://www.papalencyclicals.net/Paul03/p3subli.htm>

IXEME CONFERENCE INTERNATIONALE AMERICAINE, *Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme*, adoptée à Bogota le 2 mai 1948, Doc. off. OEA/Ser.L/V.II.23/Doc.211, rev. 6.

Traité de paix entre la France et l'Angleterre conclu à Utrecht le 11 avril 1713, suivant la copie imprimée à Paris, à La Rochelle, chez Michel Salvin, libraire au Canton des Flamans, 1713, avec privilège de Sa Majesté, accessible en ligne : <http://eco.canadiana.ca/view/oocihm.41706/3?r=0&s=1>

Traité de Paix en le roi d'Espagne et le roi de la Grande Bretagne, conclu à Paris le 10 février 1763, avec l'accession du roi du Portugal, Paris, Imprimerie royale, 1763.

Section 2. Traités, accords et autres formes d'ententes ou de projets d'entente avec des groupes autochtones

Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Nunavik, conclu le 1^{er} décembre 2006, Ottawa, Affaires indiennes et du Nord Canada, en ligne : http://www.collectionscanada.gc.ca/webarchives/20071115102844/http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/nunavik/lca/index_f.html

Accord sur les revendications territoriales du Nunavut, conclu le 25 mai 1993, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1993.

Accord sur les revendications territoriales entre les Inuit du Labrador et Sa Majesté la Reine du Chef de Terre-Neuve-et-Labrador et Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, conclu le 29 août 2003, Ottawa, Affaires autochtones et Développement du Nord Canada, en ligne : <http://www.ainc-inac.gc.ca/al/ldc/ccl/fagr/labi/labi-fra.asp>

Accord-cadre définitif entre le gouvernement du Canada, le Conseil des Indiens du Yukon et le gouvernement du Yukon, conclu le 29 mai 1993, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1993.

Accord définitif des premières nations maa-nulthes, conclu le 9 avril 2009, Port Alberni (C.-B.), The Maa-Nulth First Nations, en ligne : http://www.maanulth.ca/the_treaty_final_agreement.asp

Consolidated Treaty Series, éd. établie sous la dir. de C. Parry, Dobbs Ferry, Oceana, 1969.

Convention de la Baie-James et du Nord Québécois, conclue le 11 novembre 1975, Québec, Publications du Québec, 1998, en ligne : http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/index_f.html

Convention du Nord-Est québécois, conclue le 31 janvier 1978, Ottawa, 1984, en ligne : http://www.collectionscanada.gc.ca/webarchives/20071115095342/http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/que/neqa_f.html

Copie du traité conclu le 31 octobre 1923, entre sa Majesté le Roi et les chippaouais des îles Christian et Georgina, et de Rama, en ligne : <http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100029004/1100100029017>

Copie du Traité Conclu le 15 novembre 1923, entre sa Majesté le Roi et les mississaugas d'Alderville et des lacs Rice, Mud et Scugog, en ligne : <http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100028996/1100100028998>

Entente de principe d'ordre général entre les Premières Nations de Mamuitun et de Nutashkuan et le Gouvernement du Québec et le Gouvernement du Canada, conclue le 31 mars 2004, en ligne : http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/index_f.html

Entente de principe d'ordre général entre les Premières Nations de Mamuitun et de Nutashkuan et le Gouvernement du Québec et le Gouvernement du Canada, conclue le 31 mars 2004, en ligne : http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/index_f.html

Entente définitive de la Première nation de Carcross-Tagish, conclue le 22 octobre 2005, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2005.

Entente définitive de la Première nation de Kluane, conclue le 18 octobre 2003, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2003.

Entente définitive de la Première nation de Little Salmon/Carmacks, conclue le 21 juillet 1997, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1998.

Entente définitive de la Première nation de Selkirk, conclue le 21 juillet 1997, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1998.

Entente définitive de la Première nation des Gwitchin Vuntut, conclue le 29 mai 1993, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1993.

Entente définitive de la Première nation des Kwanlin Dun, Ottawa, conclue le 19 février 2005, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2004.

Entente définitive de la Première nation des Nacho Nyak Dun, conclue le 29 mai 1993, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1993.

Entente définitive des Premières nations de Champagne et de Aishihik, conclue le 29 mai 1993, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1993.

Entente définitive des Tr'ondëk Hwëch'in, Ottawa, conclue le 16 juillet 1998, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1998.

Entente définitive du conseil des Ta'an Kwach'an, conclue le 13 janvier 2002, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2001.

Entente définitive du Conseil des Tlingits de Teslin, conclue le 29 mai 1993, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1993.

Entente relative au cadre des négociations de 2009, en ligne sur le site du ministère fédéral des Affaires autochtones et du Développement du Nord : <http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100032098/1100100032099>

Entente sur la revendication territoriale globale des Dénés et Métis du Sahtu, conclue le 6 septembre 1993, 2 vol., Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1993.

Guide des traités, publié par le ministère fédéral des Affaires autochtones et du Développement du Nord sur son site web <http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100028653/1100100028654>

Indian Treaties and Surrenders, from 1680 to 1890, 2 vol., Ottawa, B. Chamberlain, 1891, accessible sur le site de *Notre mémoire en ligne* : <http://eco.canadiana.ca>

La revendication de l'Arctique de l'Ouest : convention définitive des Inuvialuit, conclue le 5 juin 1984, Ottawa, 1984, en ligne :

http://www.collectionscanada.gc.ca/webarchives/20071115101820/http://www.aainc-inac.gc.ca/pr/agr/inu/wesar_f.html

« Traité de paix et d'amitié de 1760 », fiche d'information préparée par W.C. Wicken pour le ministère fédéral des Affaires indiennes et du Développement du Nord, en ligne :

<http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100028599/1100100028600>

The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories, réunis par A. Morris, Toronto, Belfords, Clarke & Co., 1880.

Treaty or Articles of Peace and Friendship Renewed 1752, en ligne : <http://www.aadnc-aandc.gc.ca/eng/1100100028593/1100100028594>

Tsawwassen First Nation Final Agreement, conclu le 6 décembre 2007, Victoria, Ministry of Aboriginal Relations and Reconciliation, en ligne :

<http://www.gov.bc.ca/arr/firstnation/tsawwassen/default.html>

Understanding the Nisga'a Treaty, « Certainty », « How does the Final Agreement deal with these issues? », préparé par le Nisga'a Tribal Council, en ligne :

<http://www.ntc.bc.ca/treaty/certainty.htm>

Section 3. Législation (constitutionnelle et ordinaire), réglementation, décrets, etc.

Acte concernant la délimitation des frontières nord-ouest, nord et nord-est de la province de Québec, (1898) 61 Vict., c. 3 (Can.).

Act of Union, (1840) 3-4 Vict., c. 35 (R.-U.).

British North America Act, (1867) 30-31 Vict., c. 3 (R.-U.), officiellement réintitulée, en français, « *Loi constitutionnelle de 1867* » aux termes de l'art. 53 de la *Loi constitutionnelle de 1982* (R.-U.), constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

British North America Act, (1871) 34-35 Vict., c. 28 (R.-U.), réintitulée officiellement, en français, « *Loi constitutionnelle de 1871* » aux termes de l'art. 53 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

The Clergy Endowments (Canada) Act, (1791) 31 Geo. III. c. 31 (G.-B.).

Loi concernant l'agrandissement du Territoire de la province de Québec par l'annexion de l'Ungava, (1912) 2 Geo. V, c. 7 (Qué.).

Loi concernant la délimitation des frontières nord-ouest, nord et nord-est de la province de Québec, 1898 S.Q., c. 6.

Loi constitutionnelle de 1867, L.R.C. 1985, annexe II, n° 5.

Loi constitutionnelle de 1930, 20-21 Geo. V, c. 26 (R.-U.).

Loi constitutionnelle de 1982 (R.-U.), constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

Loi constitutionnelle de 1982, L.R.C. 1985, app. II, n° 44.

Loi de 1870 sur le Manitoba, 33 Vict., c. 3 (Canada).

Loi de l'extension des frontières de Québec, (1912) 2 Geo. V, c. 45 (Can.).

Loi modifiant la Loi électorale du Canada, L.C. 1960, c. 7.

Loi sur la reconnaissance de l'adoption selon les coutumes autochtones, L.T.N.-O. 1991, c. 26.

Loi sur la Saskatchewan, (1905) 4-5 Éd. VII, c. 42 (Can.).

Loi sur l'Alberta, (1905) 4-5 Éd. VII, c. 3 (Can.).

Loi sur le règlement des revendications des autochtones de la Baie James et du Nord québécois, S.C. 25-26 Eliz. II, c. 32.

Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, c. I-5.

Loi sur les Indiens, S.C. 1876, c. 18.

Metis Settlements Act, R.S.A. 2000, c. M-14.

Order of Her Majesty in Council admitting British Columbia into the Union, dated the 16th day of May, 1871.

Order of Her Majesty in Council admitting Rupert's Land and the North-Western Territory into the Union, dated the 23rd day of June 1870.

Proclamation royale de 1763, L.R.C. 1985, app. II, no 1, accessible en ligne sur le site du Trésor de la langue française au Québec :

http://www.tlfq.ulaval.ca/axl/francophonie/Rbritannique_proclamation1763.htm

Proclamation de 1983 modifiant la Constitution, TR/84-102.

Quebec Act, (1774) 14 Geo. III, c. 83 (G.-B.).

Royal Charter of the Hudson's Bay Company, as transcribed and produced for Gutenberg Project Sean Barrett, Charles Franks and the Online Distributed Proofreading Team from images generously made available by the Canadian Institute for Historical Microreproductions, en ligne sur le site web de la HBC :

<http://www2.hbc.com/hbcheritage/collections/archival/charter/charter.asp?pm=1>

Royal Grant, 13 January 1849, dans H.W. HOWAY et E.O.S. SCHOLEFIELD, *British Columbia from the Earliest Times to the Present*, Vancouver, S.J. Clarke, 1914, vol. 1, p. 500.

Section 4. Décisions juridictionnelles et transactions (autres que des traités)

A.G. for Canada v. A.G. for Quebec, [1921] *Appeal Cases* 401.

Adler c. Ontario, [1996] 3 *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada* 609.

Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada* 817.

Bande d'Eastmain c. Canada (Administrateur fédéral), [1993] 1 *Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada* 501.

Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks, [2010] 3 *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada* 103.

Calder et al. c. Procureur Général de la Colombie-Britannique, [1973] *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada* 313.

Calvin's case, (1608) 7 *Coke's King's Bench Reports* 1a, 17b, 23a [77 *English Reports* 377, 398, 404].

Campbell v. Hall, (1774) 98 *English Reports* 1045.

Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général), [2004] 1 *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada* 76.

Case of Tanistry (1608), *Davies' Reports* 28 [80 *English Reports* 519].

Casimel c. Insurance Corp of British Columbia, 1993 CanLII 1258.

Cayuga Indians (Great Britain) v United States, (1926) VI *United Nations Reports of International Arbitral Awards* 173.

Convention de règlement relative aux pensionnats indiens, accessible depuis le site internet de la « Commission vérité et réconciliation du Canada » :

<http://www.trc.ca/websites/trcinstitution/index.php?p=15>

Cherokee Nation v. Georgia, (1831) 30 *United States Reports* / 5 *Peter's Supreme Court Reports* 1.

Chippewas de Kettle et Stony Point c. Canada (Procureur général), [1998] 1 *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada* 756.

Chippewas of Kettle and Stony Point v. Canada, (1996) 141 *Dominion Law Reports* (4th) 1.

Chippewas of Sarnia Band v. Canada (Attorney General), (2000) 51 *Ontario Reports* (3d) 641.

Chippewas of Sarnia Band v. Canada (Attorney General), 2000 CanLII 16991.

Chippewas of Sarnia Band v. Canada (Attorney General), (2000) 195 *Dominion Law Reports* (4th) 135 / [2001] 1 *Canadian Native Law Reporter* 56.

Chippewas of Sarnia Band v. Canada (Attorney General), [2001] SCCA No. 63 (Quicklaw).

Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay, Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 146 (2006).

Connolly c. Woolrich, (1867) 17 *Rapports judiciaires révisés de la Province de Québec* 75.

Cooper v. Stuart, (1889) 14 *Appeal Cases* 286.

Dagenais c. Société Radio-Canada, [1994] 3 *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada* 835.

Daniels c. White, [1968] *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada* 517.

Delgamuukw c. Colombie-Britannique, [1997] 3 *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada* 1010.

Easterbrook v. The King, [1931] *Canada Supreme Court Reports* 210.

Ford c. Québec (P.G.), [1988] 2 *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada* 712.

Francis v. The Queen, [1956] *Canada Supreme Court Reports* 618.

Frank c. La Reine, [1978] 1 *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada* 95.

Gosselin (Tuteur de) c. Québec (P.G.), [2005] 1 *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada* 238.

Gros-Louis c. Société de Développement de la Baie James, [1974] *Rapports de pratique du Québec* 38.

Haig c. Canada (Directeur général des élections), [1993] 2 *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada* 995.

Health Services and Support - Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique, [2007] 2 *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada* 391.

Island of Palmas (U.S. v. Neth.), (1928) II *United Nations Reports of International Arbitral Awards* 831.

Jack et autres c. La Reine, [1980] 1 *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada* 294.

Johnson v. M'Intosh, (1823) 21 *United States Reports* / 8 *Wheaton's Reports* 543.

Johnstone c. Connolly, (1869) 17 *Rapports judiciaires révisés de la Province de Québec* 266.

Kanatewat et al. c. James Bay Corporation et al., (1973) 8 *Canadian Native Law Cases* 414.

Kanatewat et al. c. Société de développement de la Baie James et al., [1975] 1 *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada* 48.

Languedoc c. Laviolette, (1858) 8 *Décisions des tribunaux du Bas-Canada* 257.

Lochner c. N.Y., (1905) 198 *United States Reports* 45.

Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général), 2013 CSC 14.

Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua, *Inter-American Court of Human Rights*, Series C, No. 79 (2001).

Mitchel c. United States, (1835) 9 *Peter's Supreme Court Reports* 711.

Mitchell c. MRN, [2001] 1 *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada* 911.

Moiwana Community v. Suriname, I/A Ct. H.R., (Ser. C) No. 124 (2005).

Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys, [2006] 1 *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada* 256.

Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts), [2004] 3 *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada* 511.

New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative), [1993] 1 *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada* 319.

Nireaha Tamaki v. Baker, [1901] *Appeal Cases* 561.

Ontario (Attorney-General) v. Bear Island Foundation, [1989] OJ No. 267 (Quicklaw).

Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation, [1991] 2 *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada* 570.

Ontario (Procureur général) c. Fraser, [2011] 2 *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada* 3.

Perry v. Ontario, 1997 CanLII 2004.

Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet), [2004] 3 *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada* 550.

Prince c. The Queen, [1964] *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada* 81.

Province of Ontario v. Dominion of Canada, (1895) 25 *Canada Supreme Court Reports* 434.

R. c. Gladue, [1999] 1 *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada* 688.

R v. Ballard, *Sydney Gazette*, 23 April 1829.

R v. Boatman or Jackass and Bulleyes, *Sydney Gazette*, 25 February 1832.

R v. Tommy, *Monitor*, 28 November 1827.

R. c. Badger, [1996] 1 *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada* 771.

R. c. Blais, [2003] 2 *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada* 236.

R. v. Bonhomme, (1918) 59 *Canada Supreme Court Reports* 679.

R. c. Côté, [1996] 3 *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada* 139.

R. c. Côté, 1993 CanLII 3913.

R. c. Hape, [2007] 2 *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada* 292.

R. c. Horseman, [1990] 1 *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada* 901

R. c. Howard, [1994] 2 *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada* 299.

R. c. Kapp, [2008] 2 *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada* 483.

R. c. Marshall / R. c. Bernard, [2005] 2 *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada* 220.

R. c. S.(S), [1990] 2 *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada* 254.

R. c. Sharpe, [2001] 1 *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada* 45.

R. c. Sundown, [1999] 1 *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada* 393.

R. v. Ireland, [1991] 2 *Canadian Native Law Reporter* 120.

R. v. White and Bob, (1964) 50 *Dominion Law Reports* (2d) 613.

R. v. White and Bob, (1965) 52 *Dominion Law Reports* (2d) 481.

R. c. Adams, [1996] 3 *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada* 101.

R. c. Marshall, [1999] 3 *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada* 456.

R. c. Sioui, [1990] 1 *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada* 1025.

R. (Jackson) v. Attorney General, [2005] UKHL 56 (BaIIII).

Re Eskimos, [1939] *Canada Supreme Court Reports* 104.

Re Southern Rhodesia, [1919] *Appeal Cases* 211.

Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe, [2004] 3 *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada* 698.

Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.), [1987] 1 *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada* 1148.

Riel v. The Queen, (1885) 10 *Appeal Cases* 675.

Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani, [2010] 2 *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada* 650.

Roberts c. Canada, [1989] 1 *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada* 322.

Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick, [1996] 1 *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada* 825.

Ruding v. Smith, (1821) 161 *English Reports* 774.

Sigeareak El-53 v. The Queen, [1966] *Canada Supreme Court Reports* 645.

Simon c. La Reine, [1985] 2 *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada* 387.

Skeetchestn Indian Band v. British Columbia (Registrar of Land Titles), [2000] 10 *Western Weekly Reports* 222 / [2001] 1 *Canadian Native Law Reporter* 310

Skerryvore Ratepayers Association v. Shawanaga Indian Band, (1993) 16 *Ontario Reports* (3d) 390.

Société de développement de la Baie James c. Chef Robert Kanatewat et autres, [1975] *Recueils de jurisprudence du Québec. Cour d'appel* 166.

St. Catherine's Milling & Lumber Co. c. The Queen, (1887) 13 *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada* 577.

St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen, (1888) 14 *Appeal Cases* 46.

Succession Ordon c. Grail, [1998] 3 *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada* 437.

The Queen v. Symonds, [1847] *New Zealand Privy Council Cases* 387.

Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers, [2001] 1 *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada* 772.

Worcester v. Georgia, (1832) 31 *United States Reports* / 6 *Peter's Supreme Court Reports* 515.

Section 5. Autres sources

AGRAST, M.D., J.C. BOTERO, J. MARTINEZ, A. PONCE et C.S. PRATT, *WJP Rule of Law Index 2012-2013*, Washington (D.C.), The World Justice Project, 2012, en ligne : <http://worldjusticeproject.org/sites/default/files/wjproli2012-web.pdf>

ALEXANDER, G.S., « Comparing the Two Legal Realisms. American and Scandinavian », (2002) 50 *American Journal of Comparative Law* 131.

ALLAN, T.R.S., *Law, Liberty and Justice: The Legal Foundations of British Constitutionalism*, Oxford, Oxford University Press, 1993.

ALLAN, T.R.S., « Parliamentary Sovereignty: Law, Politics, and Revolution », (1997) 113 *Law Quarterly Review* 443.

ALLERT, T., *Die Familie. Fallstudien zur Unverwüstlichkeit einer Lebensform* [La famille. Études de cas sur l'inaltérabilité d'une forme de vie], Berlin, Walter De Gruyter, 1997.

ALLIOT, M., « L'anthropologie juridique et le droit des manuels », *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, n° 24, 1983, p. 71-81.

ANAYA, S.J., *Indigenous Peoples in International Law*, 2^e ed., New York/Oxford, Oxford University Press, 2004.

ANAYA, S.J., *International Human Rights and Indigenous Peoples*, New York, Aspen, 2009.

ANAYA, S.J., « The Right of Indigenous Peoples to Self-Determination in the Post-Declaration Era », dans C. CHARTERS et R. STAVENHAGEN (dir.), *Making the Declaration Work: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, trad. E. Bolton, Copenhagen, International Workgroup for Indigenous Affairs, 2009, p. 184-199.

ANDERSON, J., « Situating Axel Honneth in the Frankfurt School Tradition », dans D. PETHERBRIDGE (dir.), *Axel Honneth: Critical Essays*, Leiden/Boston, Brill, 2011, p. 31-57.

APPIAH, K.A., *The Ethics of Identity*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 2005.

ARIES, P., *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien régime*, Paris, Plon, 1960.

ASCH, M., et N. ZLOTIN, « Affirming Aboriginal Title: A New Basis for Comprehensive Claims Negotiations », dans M. ASCH (dir.), *Aboriginal and Treaty Rights in Canada: Essays on Law, Equality, and Respect for Difference*, Vancouver, University of British Columbia Press, 1997, p. 208.

ASSEMBLY OF FIRST NATIONS, *Reclaiming our Nationhood: Strengthening our Nation*, mémoire présenté à la Commission royale sur les peuples autochtones, Ottawa, Assembly of First Nations, 1993.

ASSIER-ANDRIEU, L., « Le juridique des anthropologues », *Droit et Société. Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, n° 5/1987, p. 89.

ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *Rapport du Groupe de travail de l'Association du Barreau canadien sur les solutions de rechange au règlement des conflits : une perspective canadienne*, Ottawa, Association du Barreau canadien, 1989.

AUSTIN, J., *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, 5^e éd., Londres, John Murray, 1885.

AUSTIN, J., *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), rééd. W. Rumble, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.

AUSTIN, J.L., « A Plea for Excuses », *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 57, 1956-1957.

BALDASSI, C.L., « Legal Status of Aboriginal Customary Adoption across Canada: Comparisons, Contrasts, and Convergences », (2006) 39 *University of British Columbia Law Review* 63.

BARREAU DU QUEBEC, *Regard du Barreau du Québec sur l'État de droit 2012*, février 2013, en ligne : <http://www.barreau.qc.ca/pdf/publications/2013-etat-droit.pdf>

BARTELSON, J., *A Genealogy of Sovereignty*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.

BARTELSON, J., « Three concepts of recognition », *International Theory*, vol. 5, n° 1, mars 2013, p. 107-129.

BARTH, H., *Masse und Mythos. Die ideologische Krise an der Wende zum 20. Jahrhundert und die Theorie der Gewalt. Georges Sorel [Masse et mythe. La crise idéologique au tournant du XXe siècle et la théorie de la violence. Georges Sorel]*, Hambourg, Rowohlt, 1959.

BARTLETT, R.H., « Indian Reserves in Quebec », *Studies in Aboriginal Rights*, n° 8, University of Saskatchewan Native Law Center, 1984, p. 13-14.

BASAURE, M., « Axel Honneth et le multiculturalisme », dans « Axel Honneth et le droit », dossier coord. par M. ST-HILAIRE, *Droit et Société. Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, n° 78/2011, p. 339-353.

BAYART, J.-F., *Les études postcoloniales. Un carnaval académique*, Paris, Karthala, 2010.

BEANEY, M., « Analysis » (2009), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, en ligne : <http://plato.stanford.edu>

BELLEY, J.-G., « Le droit comme *terra incognita* : conquérir et construire le pluralisme juridique », (1997) 12 *Revue canadienne droit et société* 1.

BELLEY, J.-G., « L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique », *Sociologie et sociétés*, n° 13, 1986, p. 11-32.

BELLEY, J.-G., « Pluralisme juridique », dans A.-J. ARNAUD *et al.* (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd. rev. et augm., Paris, LGDJ, 1993, p. 446.

BELLEY, J.-G., « Le pluralisme juridique comme orthodoxie de la science du droit », (2011) 26 *Revue canadienne droit et société* 257.

BENHABIB, S., *The Claims of Culture: Equality and Diversity in the Global Era*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 2002.

BENTHAM, J., *Fragment sur le gouvernement (1776), suivi de Manuel de sophismes politiques*, trad. J.-P. Cléro, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 1996.

BENTHAM, J., *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Londres, T. Payne and Son, 1789.

BENTHAM, J., *Truth versus Ashurst; or Law as It Is; Contrasted with What it is Said to Be* (écrit en décembre 1792, publié pour la première fois en 1823), reproduit dans John BOWRING (dir.), *The Works of Jeremy Bentham*, vol. V, Édimbourg, William-Tait, 1843, p. 231-237.

BENTON, L.A., *Law and Colonial Cultures: Legal Regimes in World History, 1400-1900*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

BERGER, B., « The Cultural Limits of Legal Tolerance », (2008) 21 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 245.

BERGSON, H., *Matière et mémoire. Essai sur la relation du corps à l'esprit* (1896), dans *Œuvres*, édition du centenaire, Paris, PUF, 1963.

BERLIN, I., « George Sorel », dans *À contre-courant. Essais sur l'histoire des idées*, Paris, Albin Michel, 1988.

BERLIN, I., *La Liberté et ses traîtres* (1952/2002), trad. L. Folliot, Paris, Payot/Rivages, 2007.

BERMAN, H.R., « Perspectives on American Indian Sovereignty and International Law, 1600 to 1776 », dans J.C. MOHAWK et O.R. LYONS, *Exiled in the Land of the Free: Democracy, Indian Nations and the U.S. Constitution*, Santa Fe, Clear Light, 1992, p. 125.

BERNATCHEZ, S., « Droit et justice constitutionnelle de Habermas à Luhmann », (2006) 21 *Revue canadienne droit et société* 113.

BERTEN, A., P. DA SILVEIRA et H. POURTOIS (dir.), *Libéraux et communautariens*, Paris, PUF, 1997.

BIGGAR, H.P. (dir.), *A Collection of Documents Relating to Jacques Cartier and the Sieur de Roberval*, Ottawa, Éd. off., 1930.

- BILLIER, J.-C., *Kant et le kantisme*, Paris, Armand Colin, 1998.
- BINGHAM, J.W., « What is the Law ? », (1912) 11 *Michigan Law Review* 1/109.
- BINGHAM, T., *The Rule of Law*, Penguin Books, 2010.
- BISSONNETTE, A., « L'influence du Régime français sur le statut et les droits des peuples autochtones du Canada : une relecture critique de la jurisprudence », dans A. LAJOIE *et al.*, *Le statut juridique des peuples autochtones au Québec et le pluralisme*, Cowansville (Québec), Yvon Blais, 1996, p. 219.
- BIX, B., « John Austin » (2010), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, en ligne : <http://plato.stanford.edu>
- BJARUP, J., « Ought and Reality », (2000) 40 *Scandinavian Studies in Law* 11.
- BJARUP, J., « The Philosophy of Scandinavian Legal Realism », *Ratio Juris*, vol. 18, n° 1, 2005, p. 1-15.
- BJARUP, J., « Ross, Alf », dans *IVR Encyclopaedia of Jurisprudence, Legal Theory and Philosophy of Law*, en ligne : http://ivr-enc.info/index.php?title=Ross,_Alf
- BJARUP, J., « Scandinavian Realism », dans *IVR Encyclopaedia of Jurisprudence, Legal Theory and Philosophy of Law*, en ligne : http://ivr-enc.info/index.php?title=Scandinavian_Realism
- BLAIR, P.J., *Lament for a First Nation: The Williams Treaties of Southern Ontario*, Vancouver, UBC Press, 2008.
- BOBBIO, N., « Pour un lexique de théorie générale du droit », dans *Essais de théorie du droit*, trad. M. Guéret, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 1998.
- BOGDAN, H., *Histoire de l'Allemagne de la Germanie à nos jours* (1999), Paris, Perrin, 2003.
- BONNARD, R., « Léon Duguit : ses œuvres, sa doctrine », *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, janvier-mars 1929, p. 5-51.
- BORROWS, J., « A Proposal: Indigenous Legal Tradition and Legal Education », *McGill Law Journal* (à paraître).
- BOTERO, J.C., et A. PONCE, *Measuring the Rule of Law*, « The World Justice Project – Working Paper Series », n° 001, en ligne : <http://worldjusticeproject.org/methodology>
- BOURDIEU, P. (dir.), *La Misère du monde*, Paris, Seuil, 1993.
- BOURGEOIS, L., *Solidarité*, Paris, Colin, 1896 (rééd. Lille, Septentrion, 1998).
- BOXBILL, B.R., « Self-Respect and Protest », *Philosophy and Public Affairs*, n° 6, 1976-1977, p. 58.

BREUER, S., *Die Gesellschaft des Verschwindens: von der Selbstzerstörung der technischen Zivilisation [La société de la disparition : de l'autodestruction de la civilisation technicienne]*, Hambourg, Junius, 1992.

BRISSON, J.-M., « L'appropriation du Canada par la France de 1534 à 1760 ou les rivages inconnus du droit », dans A. LAJOIE *et al.*, *Le statut juridique des peuples autochtones au Québec et le pluralisme*, Cowansville (Québec), Yvon Blais, 1996, p. 61.

BRUN, H., « Les droits des Indiens sur le territoire du Québec », dans *Le territoire du Québec : six études juridiques*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1974, p. 33-95.

BRUNET, P., « Alf Ross et la conception référentielle de la signification en droit », *Droit et Société. Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, n° 50/2002, p. 19-28.

BUCHANAN, A.E., « Assessing the Communitarian Critique of Liberalism », *Ethics*, vol. 99, n° 4, juillet 1989, p. 852-882.

CAHN, E., « Introduction », dans B. FRANK KRISTEIN (dir.), *A Man's Reach: the Philosophy of Judge Jerome Frank*, Westport (CT), Greenwood Press, 1965.

CANADA, ministère des Ressources naturelles, *Atlas du Canada*, en ligne : http://atlas.nrcan.gc.ca/site/francais/maps/historical/indiantreaties/historicaltreaties/p11.gif/image_view

CANADA, Affaires indiennes et du Nord Canada, *Le Canada et les peuples autochtones : un nouveau partenariat*, Rapport de l'hon. A.C. Hamilton, 1995.

CANADA, Commission royale sur les peuples autochtones, *Choisir la vie. Un rapport spécial sur le suicide chez les Autochtones*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1995.

CANADA, Vérificateur général, « Commentaires d'introduction au Comité des comptes publics », Chapitre 14 – Affaires indiennes et du Nord Canada – Revendications territoriales globales, 24 novembre 1998, en ligne : http://www.oag-bvg.gc.ca/domino/other.nsf/html/pa14_f.html

CANADA, Commission royale sur les peuples autochtones, *Conclure des traités dans un esprit de coexistence : une solution de rechange à l'extinction du titre ancestral*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1994.

CANADA, Affaires indiennes et du Nord Canada, « Déclaration par l'honorable Jean Chrétien, ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, au sujet des revendications des Indiens et des Inuits », Ottawa, 8 août 1973.

CANADA, Affaires étrangères et commerce international, *Énoncé du Canada appuyant la déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones*, 12 novembre 2010, en ligne : http://www.international.gc.ca/indig-autoch/un_declaration_nov2010_onu.aspx?lang=fra&view=d

CANADA, Affaires indiennes et du Nord Canada, *En toute justice : une politique des revendications autochtones*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1981.

CANADA, ministère fédéral des Affaires autochtones et du Développement du Nord, *Guide des traités*, en ligne : <http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100029052/1100100029053>

CANADA, *Note d'information générale sur les politiques du Canada sur l'autonomie gouvernementale et les revendications territoriales et état actuel des négociations*, Ottawa, Affaires indiennes et du Nord Canada, janvier 2011, en ligne : <http://www.ainc-inac.gc.ca/fra/1100100031774>

CANADA, Commission royale sur les peuples autochtones, *Par-delà les divisions culturelles : un rapport sur les Autochtones et la justice pénale au Canada*, Ottawa, Commission royale sur les peuples autochtones, 1996.

CANADA, Affaires indiennes et du Nord Canada, *Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones*, Ottawa, Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1993.

CANADA, Affaires indiennes et du Nord Canada, *Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones*, Ottawa, Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1986.

CANADA, Affaires indiennes et du Nord Canada, *La politique indienne du gouvernement du Canada, 1969*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969.

CANADA, *Politique sur les revendications particulières et Guide sur le processus de règlement*, Ottawa, Affaires indiennes et du Nord Canada, 2009, en ligne : <http://www.ainc-inac.gc.ca/fra/1100100030501>

CANADA, Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, Ottawa, La Commission, 1996.

CANADA, *Rassembler nos forces. Le plan d'action du Canada pour les questions autochtones*, Ottawa, Affaires indiennes et du Nord Canada, 1997.

CANADA, Affaires indiennes et du Nord Canada, *Règlement des revendications des Autochtones. Un guide pratique de l'expérience canadienne*, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2003, en ligne : http://www.aadnc-aandc.gc.ca/DAM/DAM-INTER-HQ/STAGING/texte-text/rul_1100100014175_fra.pdf

CANADA, Affaires indiennes et du Nord Canada, *Traités en vigueur : ententes durables*, Rapport du Groupe d'étude de la politique des revendications globales, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1985.

CARBONNIER, J., « Internormativité », dans A.-J. ARNAUD *et al.* (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd. rev. et augm., Paris, LGDJ, 1993, p. 446.

CARBONNIER, J., « Les phénomènes d'internormativité », *European Yearbook in Law and Sociology*, 1977, p. 42-53.

CASSIRER, E., *Substance et fonction*, trad. P. Caussat, Paris, Minuit, 1977.

CHAMPEIL-DESPLATS, V., « Alf Ross : droit et logique », *Droit et Société. Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, n° 50/2002, p. 29-41.

CHAZEL, F., « Émile Durkheim et l'élaboration d'un « programme de recherche » en sociologie du droit », dans F. CHAZEL et J. COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, p. 27-38.

CHEVRETTE, G., *Pour la négociation d'un traité juste et équitable. Rapport du mandataire spécial du gouvernement du Québec M. Guy Chevrette concernant la proposition d'entente de principe d'ordre général avec les Innus de Mamuitun et de Nutashkuan*, Québec, Gouvernement du Québec, Ministère du Conseil exécutif, Secrétariat aux Affaires autochtones, 2003, en ligne : http://www.mce.gouv.qc.ca/d/publications/rapport_chevrette.pdf

COLIN, A., « De la protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, p. 257-300.

COMETTI, J.-P., « Le pragmatisme : de Peirce à Rorty », dans M. MEYER (dir.), *La philosophie anglo-saxonne*, Paris, PUF, 1994, p. 387-492.

COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT (COMMISSION DE VENISE), *Rapport sur la prééminence du droit*, CDL-AD(2011)003rev, en ligne : [http://www.venice.coe.int/docs/2011/CDL-AD\(2011\)003rev-f.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2011/CDL-AD(2011)003rev-f.pdf)

COMTE, A., *Catéchisme positiviste* (1852), Paris, Garnier-Flammarion, 1966.

COMTE, A., *Discours sur l'esprit positif* (1842), Paris, Vrin, 1995.

CONSEIL TRIBAL MAMUITUN MAK NUTASHKUAN, « Approche commune : exaspéré, le négociateur des Innus quitte son poste », communiqué, Mashteuiastsh, 31 mars 2011.

CONSEIL TRIBAL MAMUITUN MAK NUTASHKUAN, « Approche commune : les Innus suspendent la négociation », communiqué, Mashteuiastsh, 7 octobre 2010.

COULTER, R., « Using International Human Rights Mechanisms to Promote and Protect Rights of Indian Nations and Tribes in the United States: An Overview », (2006-2007) 31 *American Indian Law Review* 573.

COURCHESNE, G., « Interprétation excessive ou crainte fondée : pourquoi le gouvernement canadien rejette la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* », (2010) 40 *Revue générale de droit* 97.

COWAN, J. (dir.), *Culture and Rights: Anthropological Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

- CUCHE, D., *Le concept de culture dans les sciences sociales*, Paris, La Découverte, 2001.
- CUMMING, P.A., N.H. MICKENBERG *et al.*, *Native Rights in Canada*, 2^e éd., Toronto, The Indian-Eskimo Association of Canada in association with General Publishing, 1972.
- DAVIS, M., « Indigenous Struggles in Standard-Setting: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples », (2008) 9:2 *Melbourne Journal of International Law* 439.
- DEFLEM, M., *Sociology of Law. Visions of a Scholarly Tradition*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- DELAGE, D., et J.-P. SAWAYA, *Les Traités des Sept-Feux avec les Britanniques*, Sillery (Québec), Septentrion, 2001.
- DELAGE, D., *Le pays renversé : Amérindiens et Européens en Amérique du Nord-Est, 1600-1664*, Montréal, Boréal, 1991.
- DELMAS-MARTY, M., *Les forces imaginantes du droit IV : vers une communauté de valeurs ?*, Paris, Seuil, 2011.
- DERANTY, J.-P., *Beyond Communication: A Critical Study of Axel Honneth's Social Philosophy*, Leiden/Boston, Brill, 2009.
- DESCARTES, R., *Le Discours de la méthode* (1637), dans *Œuvres philosophiques*, vol. 1, Paris, Garnier frères, 1963.
- DESMARAIS, F., « Le consentement préalable, libre et éclairé des peuples autochtones en droit international : le nécessité d'une redéfinition de son cadre conceptuel », (2006) 19:1 *Revue québécoise de droit international* 161.
- DEVEAUX, M., *Gender and Justice in Multicultural Liberal States*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- PHILLIPS, A., *Multiculturalism without Culture*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 2007.
- DEWEY, J., « The Theory of Emotion. (I) Emotional Attitudes », *Psychological Review*, vol. 1, 1894, p. 553.
- DEWEY, J., « The Theory of Emotion. (2) The Significance of Emotions », *Psychological Review*, vol. 2, 1895, p. 13.
- DHOMMEAUX, J., « Les communautés autochtones et tribales dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », dans L. HENNEBEL et H. TIGROUDJA (dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*, Paris, Pedone, p. 183-213.
- DICEY, A.V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885), 10^e éd., Londres, Macmillan, 1959.

- DICKASON, O.P., *Les Premières nations du Canada* (1992), trad. J. Des Chênes, Sillery (Québec), Septentrion, 1996.
- DUFRAIMONT, L., « Continuity and Modification of Aboriginal Rights in the Nisga'a Treaty », (2002) 35 *University of British Columbia Law Review* 455.
- DUGUIT, L., *Leçons de droit public général*, Paris, E. de Boccard, 1926.
- DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel* (1911), 3^e éd., 2 vol., Paris, E. de Boccard, 1927.
- DUGUIT, L., *Les transformations du droit public* (1913), Paris, La mémoire du droit, 1999.
- DUPUIS, R., « Historique des négociations sur les revendications territoriales du Conseil des Attikamekw et des Montagnais (1978-1992) », *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. 23, n°1, 1993, p. 35-48.
- DUPUIS, R., *Quel Canada pour les Autochtones? La fin de l'exclusion*, Montréal, Boréal, 2001.
- DUPUIS, R., *Tribus, peuples et nations : les nouveaux enjeux des revendications autochtones au Canada*, Montréal, Boréal, 1997.
- DURAND-GASSELIN, J.-M., *L'École de Francfort*, Gallimard, 2012.
- DURKHEIM, E., *De la division du travail social* (1893), Paris, PUF, 2007.
- DURKHEIM, E., *Les règles de la méthode sociologique* (1895), Paris, Flammarion, 1988.
- DUXBURY, N., « Kelsen's Endgame », (2008) 67 *Cambridge Law Journal* 51.
- DWORKIN, R.M. *L'empire du droit* (1986), trad. E. Soubrenie, Paris, PUF, 1994.
- DWORKIN, R.M., « Libéralisme » (1978), dans A. BERTEN, P. DA SILVEIRA et H. POURTOIS (dir.), *Libéraux et communautariens*, Paris, PUF, 1997, p. 51-86.
- DWORKIN, R.M., « The Model of Rules I » (1967), rééd. dans *Taking Rights Seriously*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1977.
- DWORKIN, R.M., *Une question de principe* (1985), trad. A. Guillain, Paris, PUF, 1996.
- DWORKIN, R.M., « [Keynote Speech:] The Rule of Law », dans EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), *Reports: Conference on « The Rule of Law as Practical Concept »*, Lancaster House, Londres, 2 mars 2012, en ligne : <http://www.venice.coe.int/webforms/events/?id=1669>
- ÉMOND, A., et G. OTIS, « L'identité autochtone dans les traités contemporains : de l'extinction à l'affirmation du titre ancestral », (1996) 41 *Revue de droit de McGill* 543.
- EHRlich, E., *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft [Libre découverte du droit et libre science du droit]*, Leipzig, C.L. Hirschfeld, 1903, trad. angl. partielle « Judicial Freedom of

Decision: Its Principles and Objects », dans *Science of Legal Method*, « The Modern Legal Philosophy Series », vol. 9, Boston, 1917, p. 47-84.

EHRlich, E., *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München, Leipzig, Duncker & Humblot, 1913, trad. W.L. Moll, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, New Brunswick (NJ), Transaction publ., 2002 (réimp. de l'éd. de 1936 comprenant une introduction de R. Pound, avec une nouv. introduction de K.A. Ziegert).

EHRlich, E., *Die juristische Logik [La logique juridique]*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1918.

EHRlich, E., « The Sociology of Law », (1922) 36 *Harvard Law Review* 129.

EISENBERG, A., et J. SPINNER-HALEV (dir.), *Minorities within Minorities: Equality, Rights, and Diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

ENGELS, F., et K. MARX, *L'idéologie allemande* (1845), dans K. MARX, *Œuvres*, trad. L. Évrard, M. Jacob, J. Malaquais, C. Orsoni, M. Rubel et S. Voutet, t. 3, Paris, Gallimard, 1982.

ERIKSON, E.H., *Identity and Life-Cycle*, New York/Londres, W.W. Norton, 1980.

FABRY, M., *Recognizing States: International Society and the Establishment of New States since 1776*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

FANON, F., *Les damnés de la terre* (1961), Paris, La Découverte, 2002.

FEINBERG, J., « The Nature and Value of Rights », dans *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty: Essays in Social Philosophy*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1980.

FERRARESE, E., « Qu'est-ce qu'une lutte pour la reconnaissance ? Réflexions sur l'antagonisme dans les théories contemporaines de la reconnaissance », *Politiques et Société*, vol. 28, n° 3, 2009, p. 107-108.

FERRARESE, E., *Niklas Luhmann : une introduction*, Paris, Pocket, 2007.

FICHTE, J.G., *Conférences sur la destination du savant* (1794), trad. J.-L. Vieillard-Baron, Paris, Vrin, 1980.

FICHTE, J.G., *Considérations destinées à rectifier les jugements du public sur la Révolution française* (1793), trad. J. Barni, Paris, Payot, 1974.

FICHTE, J.G., *Fondement du droit naturel selon les principes de la doctrine de la science* (1796-1797), trad. A. Renaut, Paris, PUF, 1984.

FICHTE, J.G., *Le caractère de l'époque actuelle* (1806), trad. Y. Radrizzani, Paris, Vrin, 1990.

FICHTE, J.G., « Principes de la Doctrine de la science » (1794), dans *Œuvres choisies de philosophie première*, trad. A. Philonenko, Paris, Vrin, 1980, p. 135.

- FICHTE, J.G., « Sur le concept de Doctrine de la science », dans *Essais philosophiques choisis (1794-1795)*, trad. L. Ferry et A. Renaut, Paris, Vrin, 1984, p. 70.
- FISCHBACH, F., *Fichte et Hegel. La reconnaissance*, Paris, PUF, 1999.
- FISCHBACH, F., *Fondement du droit naturel. Fichte*, Paris, Ellipses, 2000.
- FISHER III, W.W., et al. (dir.), *American Legal Realism*, New York, Oxford University Press, 1993.
- FORST, R., « “To Tolerate Means to Insult”: Toleration, Recognition, and Emancipation », dans B. VAN DEN BRINK et D. OWEN (dir.), *Recognition and Power: Axel Honneth and the Tradition of Critical Social Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 215-237.
- FORTIN, G.L., et J. FRENETTE, « L’acte de 1851 et la création de nouvelles réserves indiennes au Bas-Canada en 1853 », *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. 19, n° 1, 1989, p. 31-37.
- FOUCAULT, M., « Il faut défendre la société », dans *Annuaire du Collège de France*, 76^e année, « Histoire des systèmes de pensée », année 1975-1976, rep. dans *Dits et Écrits, 1954-1988*, éd. établie sous la dir. de D. Defert et F. Ewald, avec la collab. de J. Lagrange, vol. 2, Paris, Gallimard, 2001, p. 124-130.
- FOUCAULT, M., « The Subject and Power », dans H. DREYFUS et P. RABINOW (dir.), *Michel Foucault: Beyond Structuralism and Hermeneutics*, Chicago, University of Chicago Press, 1982, p. 208-226 (trad. fr. F. Durand-Bogaett : « Le sujet et le pouvoir », dans *Dits et Écrits, 1954-1988*, éd. établie sous la dir. de D. Defert et F. Ewald, avec la collab. de J. Lagrange, 2 vol., Paris, Gallimard, 2001).
- FOUCAULT, M., *Surveiller et punir : naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975.
- FRANK, J.N., *Courts on Trial*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1949.
- FRANK, J.N., *Law and the Modern Mind*, New York, Brentano’s, 1930.
- FRANK, J.N., « The Sketch of an Influence », dans P. SAYRE (dir.), *Interpretations of Modern Legal Philosophies: Essays in Honor of Roscoe Pound*, New York, Oxford University Press, 1947, p. 189.
- FRANK, M., « Préface », *Revue internationale de philosophie*, numéro spécial: Jürgen Habermas, n° 4/1995, p. 405.
- FRASER, N., « Recognition without Ethics », *Theory, Culture and Society*, vol. 18, n° 2, 2001, p. 21-42.
- FRASER, N., et A. HONNETH, *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*, Londres/New York, Verso, 2003.
- FREUND, M., *Georges Sorel, der revolutionäre Konservatismus* [*Georges Sorel, le conservatisme révolutionnaire*], Francfort, V. Klostermann, 1972.

- FRIEDMAN, L.M., *The Human Rights Culture: A Study in History and Context*, Nouvelle-Orléans, Quid Pro Books, 2011.
- FULLER, L.L., « Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart », (1958) 71 *Harvard Law Review* 630.
- FUMOLEAU, R., *Aussi longtemps que le fleuve coulera : la nation dènée et le Canada* (1973), trad. A. Moreau, Sillery (Québec), Septentrion, 1994.
- F.H.N., « The Case of Tanistry », (1950-1952) 9 *Northern Ireland Legal Quarterly* 215.
- GADAMER, H.-G., *Vérité et méthode : les grandes lignes d'une herméneutique philosophique* (1960), trad. P. Fruchon, J. Grondin, G. Merlio, Paris, Seuil, 1996.
- GALLO, J., « The Yellow Quill Band and the Land Question: The 1906 Expropriation and the 1908 Land Surrender of part of Swan Lake Reserve » (rapport d'enquête n° 7), *Treaties and Aboriginal Rights Research*, mai 1977, revu et corrigé en mars 1978.
- GARLAND, D., *Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory*, Chicago, University of Chicago Press, 1990.
- GENY, F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, Paris, LGDJ, 1932.
- GENY, F., *Science et technique en privé droit positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Paris, L. Tenin, 1914-1921.
- GERBER, C.F., *Grundzüge des deutschen Staatsrechts [Principes du droit public allemand]*, Leipzig, Tauchnitz, 1848.
- GERIN-LAJOIE, A., *Dix ans au Canada, de 1840 à 1850*, Québec, L.J. Demers & Frère, 1888.
- GEUSS, R., *The Idea of a Critical Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1981.
- GIERKE, O. von, *Deutsches Privatrecht* (1895), 3 vol., réimp. Berlin, Keip, 2001.
- GILBERT, J., « Indigenous Rights in the Making: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples », (2007) 14 *International on Minority and Group Rights* 207.
- GILBERT, J., *Indigenous Peoples' Land Rights under International Law: from victims to actors*, Ardsley (NY), Transnational Publishers, 2006.
- GOLDSWORTHY, J., *Parliamentary Sovereignty: Contemporary Debates*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- GOLDSWORTHY, J., *The Sovereignty of Parliament: History and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

- GRAMMOND, S., *Aménager la coexistence : les peuples autochtones et le droit canadien*, Bruxelles/Cowansville (Québec), Bruylant/Yvon Blais, 2003.
- GRAMMOND, S., *Les traités entre l'État canadien et les peuples autochtones*, Cowansville (Québec), Yvon Blais, 1995.
- GRAY, J.M., « Douglas, Thomas, baron Daer et Shortcleuch, 5^e comte de Selkirk », dans *Dictionnaire biographique du Canada*, Université de Toronto/Université Laval, 2000, en ligne : <http://www.biographi.ca/index-f.html>
- GREEN, L., « Internal Minorities and Their Rights », dans J. BAKER (dir.), *Group Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 1994, p. 101–117.
- GREEN, L., « Legal Positivism » (2003), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, en ligne : <http://plato.stanford.edu>
- GREEN, L., « Rights of Exit », *Legal Theory*, vol. 4, n^o 2, juin 1998, p. 165-185.
- GRIEBINGER, A., *Das Symbolische Kapital der Ehre: Streikbewegungen und kollektives Bewußtsein deutscher Handwerksgesellen im 18. Jahrhundert* [Le capital symbolique de l'honneur : mouvements de grève et conscience collective des compagnons allemands au 18^e siècle], Francfort/Berlin (RFA)/Vienne, Ullstein, 1981.
- GRIFFITHS, J., « What is Legal Pluralism? », (1986) 24 *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 1.
- GROSS, L., « The Peace of Westphalia, 1648-1948 », dans Leo GROSS (dir.), *International Law in the Twentieth Century*, New York, Appleton-Century-Crofts, 1969, p. 25-46.
- GROTIUS, H., *Le droit de la guerre et de la paix* (1625), trad. P. Pradier-Fodéré, 3 vol., Paris, Guillaumin et Cie, 1867.
- GROUPE CONSULTATIF SUR LA RECHERCHE ET LES ETUDES EN DROIT, *Le droit et le savoir*, rapport au Conseil de recherches en sciences humaines du Canada (CRSH), Ottawa, CRSH, 1983.
- GUIBENTIF, P., *Foucault, Luhmann, Habermas, Bourdieu. Une génération repense le droit*, Paris, LGDJ, 2010.
- GUIBENTIF, P., « Et Habermas ? Le droit dans l'œuvre du Jürgen Habermas. Éléments d'orientation », *Droit et Société. Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, n^{os} 11-12/1980, p. 161-190.
- GURVITCH, G., *Éléments de sociologie juridique*, Paris, Aubier, 1940.
- GURVITCH, G., *L'Expérience juridique et la Philosophie pluraliste du droit*, Liège/Paris, G. Thone/A. Pedone, 1935.
- GURVITCH, G., *La vocation actuelle de la sociologie*, Paris, PUF, 1950.

GWYN, J., « Sir William Johnson », dans J. ENGLISH et R. BELANGER (dir.), *Dictionnaire biographie du Canada en ligne*, University of Toronto Press/Université Laval, 2000 : <http://www.biographi.ca/index-f.html>

HABER, S., *Jürgen Habermas : une introduction*, Paris, Pocket, 2001.

HABERMAS, J., *Connaissance et intérêt* (1968), trad. G. Cléménçon, Paris, Gallimard, 1976.

HABERMAS, J., « La constellation postnationale et l'avenir de la démocratie », dans *Après l'État-nation. Une nouvelle constellation politique* (1998), trad. R. Rochlitz, Paris, Fayard, 2000, p. 43-124.

HABERMAS, J., « Dialektik der Rationalisierung » [« Dialectique de la rationalisation »], interview avec A. Honneth, E. Knödler-Bunte et A. Widmann, *Ästhetik und Kommunikation*, n° 45/46, octobre 1981, rééd. dans « *Kleine politische Schriften V* » [« *Petits écrits politiques V* »], Francfort, Suhrkamp, 1985, p. 167-208.

HABERMAS, J., *Droit et démocratie : entre faits et normes* (1992), trad. R. Rochlitz et C. Bouchindhomme, Paris, Gallimard, 1997.

HABERMAS, J., « Equal Treatment of Cultures and the Limits of Postmodern Liberalism », *Journal of Political Philosophy*, vol. 13, n° 1, 2005, p. 1-28.

HABERMAS, J., « L'État-nation européen. Passé et avenir de la souveraineté et de la citoyenneté », dans *L'intégration républicaine. Essais de théorie politique* (1996), trad. R. Rochlitz, Paris, Fayard, 1998, p. 95-119.

HABERMAS, J., *De l'éthique de la discussion* (1991), trad. M. Hunyadi, Paris, Flammarion, 1992.

HABERMAS, J., *Die nachholende Revolution [Une Révolution de rattrapage]*, Francfort, Suhrkamp, 1990, « *Kleine politische Schriften VII* » [« *Petits écrits politiques VII* »].

HABERMAS, J., « L'individuation par la socialisation. La théorie de la subjectivité de G.H. Mead », dans *La pensée postmétaphysique : essais philosophiques* (1988), trad. R. Rochlitz, Paris, A. Colin, 1993, p. 187-242.

HABERMAS, J., *Logique des sciences sociales et autres essais*, trad. R. Rochlitz, Paris, PUF, 1987.

HABERMAS, J., *Morale et communication : conscience morale et activité communicationnelle* (1983), trad. C. Bouchindhomme, Paris, Cerf, 1986.

HABERMAS, J., *The Past as Future: Interviews with Michael Haller*, trad. et prés. par M. Pensky, Lincoln, University of Nebraska Press, 1994, p. 119-120.

HABERMAS, J., « Pourquoi l'Europe a-t-elle besoin d'une Constitution ? » (2001), dans *De l'usage public des idées. Écrits politiques 1990-2000*, trad. C. Bouchindhomme, Paris, Fayard, 2005, p. 225-258.

HABERMAS, J., « Reconciliation through the public use of reason: remarks on John Rawls' political liberalism », *The Journal of Philosophy*, n° 92, 1995, p. 109-131.

HABERMAS, J., *Sociologie et théorie du langage* (1971/1984), trad. R. Rochlitz, Paris, Armand Colin, 1995.

HABERMAS, J., *Théorie de l'agir communicationnel* (1981), trad. J.-M. Ferry (vol. 1) et J.-L. Schlegel (vol. 2), 2 vol., Paris, Fayard, 1987.

HABERMAS, J., *Zwischen Naturalismus und Religion [Entre naturalisme et religion]*, Francfort, Suhrkamp, 2005.

HARDY, H., « Bentham, père du positivisme juridique ? Sur les rapports théoriques et historiques entre Jeremy Bentham, le juspositivisme et le jusnaturalisme », *Revue d'études benthamiennes*, 2012/11, en ligne : <http://etudes-benthamiennes.revues.org>

HAROUEL, J.-L., J. BARBEY, É. BOURNAZEL et J. THIBAUT-PAYEN, *Histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution* (1987), 11^e éd., Paris, PUF, 2006.

HART, H.L.A., *Le concept de droit* (1961), trad. M. van de Kerchove, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2005.

HART, H.L.A., « Kelsen's Doctrine of the Unity of Law », dans H.E. KIEFER et M.K. MUNITZ (dir.), *Ethics and Social Justice*, Albany (NY), State University of New York Press, 1968, p. 171-199.

HART, H.L.A., « Kelsen Visited », (1963) 10 *UCLA Law Review* 709.

HART, H.L.A., « Positivism and the Separation of Law and Morals », (1958) 71 *Harvard Law Review* 593.

HART, H.L.A., « Le Réalisme scandinave » (1959), trad. E. Millard, dans O. JOUANJAN (dir.), « Dossier : Théories réalistes du droit », *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, nouvelle série n° 4, 2000, p. 43-50.

HAURIOU, M., *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1929.

HAURIOU, M., « Préface », dans *Précis de droit administratif et de droit public général*, Paris, L. Larose et L. Tenin, 1907.

HEGEL, G.W.F., *Encyclopédie des sciences philosophiques* (1817), trad. B. Bourgeois, Paris, 3 vol., Vrin, 1970-1988.

HEGEL, G.W.F., *Des manières de traiter scientifiquement du droit naturel, de sa place dans la philosophie pratique et de son rapport aux sciences positives du droit* (1802), trad. B. Bourgeois, Paris, Vrin, 1972.

HEGEL, G.W.F., *Phénoménologie de l'esprit* (1807), trad. et notes G. Jarczyk et P.-J. Labarrière, Paris, Gallimard, 2002.

- HEGEL, G.W.F., *La Philosophie de l'esprit de la Realphilosophie* (1805-1806), trad. G. Panty-Bonjour, Paris, PUF, 1982.
- HEGEL, G.W.F., *La Première philosophie de l'esprit* (1803-1804), trad. G. Panty-Bonjour, Paris, PUF, 1969.
- HEGEL, G.W.F., *Philosophie de l'esprit* (1817), trad. B. Bourgeois, Paris, Vrin, 1988.
- HEGEL, G.W.F., *Principes de la philosophie du droit* (1821), trad. A. Kaan, Paris, Gallimard, 1940. Il en existe une traduction plus récente, par J.-F. Kervégan (Paris, PUF, 1998).
- HEGEL G.W.F., *Système de la vie éthique* (1802-1803), trad. J. Taminiaux, Paris, Payot, 1976.
- HEINE, S., « Patriotisme constitutionnel » (2007), dans V. BOURDEAU et R. MERRILL (dir.), *DicoPo. Dictionnaire de théorie politique*, en ligne : <http://www.dicopo.fr/spip.php?article94>
- HELLER, H., « Jellinek, Georg », dans *Encyclopedia of the Social Sciences*, New York, Macmillan, 1932.
- HENDERSON, J.Y., M.L. BENSON et I.M. FINDLAY, *Aboriginal Tenure in the Constitution of Canada*, Scarborough (ON), Carswell, 2000.
- HENRY, G., *La philosophie du droit positif*, Paris, A. Rousseau, 1894.
- HERBERMANN, C., *The Catholic Encyclopedia: An International Work of Reference on the Constitution, Doctrine, Discipline, and History of the Catholic Church*, New York, Encyclopedia Press, 1913.
- HERGET, J., *Contemporary German Legal Philosophy*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 1996.
- HERRERA, C.M. (dir.), *Georges Sorel et le droit*, Paris, Kimé, 2005.
- HERRERA, C.M., *La philosophie du droit de Hans Kelsen : une introduction*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2004.
- HERRERA, C.M., *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Paris, Kimé, 1997.
- HEYDTE, F.A.F. von der, « Discovery, Symbolic Annexation and Virtual Effectiveness in International Law », (1935) 29 *American Journal of International Law* 448.
- HILLING, C., « Le statut de la *Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme*, reflet de l'évolution du système interaméricain de protection des droits de la personne », (1998) 11:1 *Revue québécoise de droit international* 47.
- HOEBEL, E.A., et K.N. LLEWELLYN, *La voie cheyenne. Conflit et jurisprudence dans la science primitive du droit* (1941), trad. L. Assier-Andrieu, Paris, LGDJ, 1999.

HOGG, P.W., *Constitutional law of Canada*, éd. à feuilles mobiles, Scarborough (ON), Carswell, 1992.

HOLLINGER, D., *Postethnic America: Beyond Multiculturalism*, éd. rev., New York, Basic Books, 2006.

HOLMES, O.W. jr., « The Path of the Law », (1897) 10 *Harvard Law Review* 457.

HONNETH, A., « Antworten auf die Beiträge » [« Réponses aux contributions »], dans C. HALBIG et M. QUANTE (dir.), *Axel Honneth: Sozialphilosophie zwischen Kritik und Anerkennung* [*Axel Honneth : la philosophie sociale entre critique et reconnaissance*], Münster, Lit, 2004, p. 99-121.

HONNETH, A., et J. ANDERSON, « Autonomy, Vulnerability, Recognition, and Justice », dans J. CHRISTMAN et J. ANDERSON (dir.), *Autonomy and the Challenges to Liberalism: New Essays*, New York, Cambridge University Press, 2005, p. 127-149.

HONNETH, A., propos recueillis par M. CANTO-SPERBER, « Axel Honneth : le conflit des traditions », *Magazine Littéraire*, n° 361, janvier 1998, dossier : « Les nouvelles morales. Éthique et philosophie », p. 6.

HONNETH, A., « La dynamique sociale du mépris. D'où parle une théorie critique de la société ? », dans C. BOUCHINDHOMME et R. ROCHLITZ (dir.), *Habermas, la raison, la critique*, Paris, Cerf, 1996, p. 215.

HONNETH, A., « Gerechtigkeit und kommunikative Freiheit. Überlegungen im Anschluss an Hegel » [« Justice et liberté communicationnelle. Réflexions à la lumière de Hegel »], dans B. MERKER, G. MOHR et M. QUANTE (dir.), *Subjektivität und Anerkennung* [*Subjectivité et Reconnaissance*], Paderborn, Mentis, 2004, p. 213-227.

HONNETH, A., « Intégrité et mépris. Principes d'une morale de la reconnaissance », trad. H. Pourtois, *Recherches sociologiques*, 1999/2, dossier : « Souffrance sociale et attentes de reconnaissance. Autour du travail d'Axel Honneth (Actes du colloque du 4-5 juin 1998) », p. 11-22.

HONNETH, A., *Kritik der Macht: Reflexionsstufen einer kritischen Gesellschaftstheorie*, 2^e éd., Francfort, Suhrkamp, 1986 (trad. angl. K. Baynes : *The Critique of Power: Reflective Stages in a Critical Social Theory*, Cambridge (MA), MIT press, 1993).

HONNETH, A., « Les limites du libéralisme. De l'éthique politique aux États-Unis », dans A. BERTEN, P. DA SILVEIRA et H. POURTOIS (dir.), *Libéraux et communautariens*, Paris, PUF, 1997, p. 359.

HONNETH, A., *La Lutte pour la reconnaissance* (1992), trad. P. Rusch, Paris, Cerf, 2000.

HONNETH, A., « Le motif de tout conflit est une attente de reconnaissance. Entretien avec Axel Honneth », réal. par M. Bessin, E. Ferrarese et O. Voirol, *Mouvements*, n° 49, 2007, p. 145-152.

HONNETH, A., *Les pathologies de la liberté. Une réactualisation de la philosophie du droit de Hegel* (2001), trad. F. Fischbach, Paris, La Découverte, 2008.

HONNETH, A., « Postmodern identity and object-relations theory: on the supposed obsolence of psychoanalysis », *Philosophical Explorations*, vol. II, n° 3, 1999, p. 225.

HONNETH, A., *Das Recht der Freiheit: Grundriß einer demokratischen Sittlichkeit [Le droit de la liberté : éléments d'une éthicité démocratique]*, Berlin, Suhrkamp, 2011.

HONNETH, A., « Recognition between States: On the Moral Substrate of International Relations », dans E. RINGMAR et T. LINDEMANN (dir.), *The Struggle for Recognition in International Relations*, Boulder (CO), Paradigm Publishers, 2011, p. 25-38.

HONNETH, A., « Reconnaissance », dans M. CANTO-SPERBER (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, Paris, PUF, 2004, p. 1640.

HONNETH, A., et N. FRASER, *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*, Londres/New York, Verso, 2003.

HONNETH, A., *La Réification. Petit traité de théorie critique* (2005), trad. S. Haber, Paris, Gallimard, 2007.

HONNETH, A., *Suffering from Indeterminacy. An Attempt at a Reactualization of Hegel's Philosophy of Right*, « Spinoza Lectures », 5, trad. J. Ben-Levi, Assen, Van Gorcum, 2000.

HONNETH, A., « La théorie de la reconnaissance : une esquisse », dans A. Caillé (dir.), *De la reconnaissance. Don, identité et estime de soi/Revue du MAUSS*, n° 23, Paris, La Découverte/MAUSS, 2004, p. 133.

HORKHEIMER, M., « La situation actuelle de la philosophie sociale et les tâches d'un Institut de recherche sociale » (1931), dans *Théorie critique : essais*, trad. Groupe de traduction du Collège de philosophie, Paris, Payot, 1978.

HUGO, G., *Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts [Traité de droit naturel comme philosophie du droit positif]*, Berlin, Mylius, 1798.

HULL, N.E.H., *Roscoe Pound and Karl Llewellyn: Searching for an American Jurisprudence*, University of Chicago Press, 1997.

HUNT, A., *The Sociological Movement in Law*, Londres, MacMillan, 1978.

HURLEY, J.D., *Children or Brethen: Aboriginal Rights in Colonial Iroquoia*, Saskatoon, University of Saskatchewan Native Law Centre, 1985.

HUSSERL, E., *La Crise des sciences européennes et la Phénoménologie transcendantale* (1954), trad. G. Granel, Paris, Gallimard, 1989.

HUTCHINGS, P.M., « The Argument for the Application of the Royal Proclamation of 1763 to British Columbia: Its Force and Effect », thesis (LL.M.), University of British Columbia, 1987.

- IGNATIEFF, M., *The Needs of Strangers*, New York, Picador, 2001.
- JACKSON, F., *From Metaphysics to Ethics: A Defence of Conceptual Analysis*, Oxford, Oxford University Press, 1998.
- JACKSON, M., « Locking Up Natives in Canada », (1988-1989) 23 *UBC Law Review* 215.
- JAENEN, C.J., *Les relations franco-amérindiennes en Nouvelle-France et en Acadie*, Ottawa, Affaires indiennes et du Nord Canada, 1985.
- JAURES, J., *Les origines du socialisme allemand*, dans *Œuvres de Jean Jaurès. Études socialistes I (1888-1897)*, Paris, Rieder, 1931, p. 83-94.
- JAY, M., *L'imagination dialectique, l'École de Francfort : 1923-1950* (1973), trad. E.E. Moreno et A. Spiquel, Paris, Payot, 1989.
- JELLINEK, G., *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : contribution à l'histoire du droit constitutionnel moderne* (1895), trad. G. Fardis, Paris, A. Fontemoing, 1902.
- JELLINEK, G., *System der subjektiven öffentlichen Rechte [Système des droits publics subjectifs]*, Fribourg-en-Brigau, Mohr, 1892.
- JENNINGS, F., *Empire of Fortune, Crowns, Colonies, and Tribes in the Seven Years War in America*, New York, W.W. Norton, 1988.
- JHERING, R. von, *La lutte pour le droit* (1872), trad. O. de Meulenaere, Paris, Marescq aîné, 1890, réimp. avec une prés. de O. Jouanjan, Paris, Dalloz, 2006. Il existe une traduction française antérieure : *Le combat pour le droit*, trad. A.F. Meydieu, Vienne/Paris, Manz/Durand et Pedone-Lauriel, 1875.
- JHERING, R. von, *Der Zweck im Recht [Le but dans le droit]* (1877-1883), 2 vol., Hildesheim, Olms, 1970. Du *Zweck* projeté par Jhering à l'origine, les deux volumes qui sont finalement parus ne constituent pas même l'entière première partie. Il existe une traduction française du premier des deux volumes de la troisième édition allemande de cet ouvrage publié à l'origine de 1877 à 1883, parue sous le titre de *L'évolution du droit*, trad. O. de Meulenaere, Paris, Chevalier-Marescq, 1901. Ce même volume a été traduit en anglais sous le titre *The Law as a Means to an End*, par I. Husik (réimp. Union (N.J.), Lawbook Exchange, 1999).
- JOFFE, P., « *UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Canadian Government Positions Incompatible with Genuine Reconciliation* », (2010) 26 *National Journal of Constitutional Law* 121.
- JOHNSTON, D., « First Nations and Canadian Citizenship », dans W. KAPLAN (dir.), *Belonging: The Meaning and Future of Canadian Citizenship*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1993, p. 353.
- JONES, H.W., (1958) 58 *Columbia Law Review* 755-759.

JOUANJAN, O., *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, Paris, PUF, 2005.

JOUANJAN, O., « Préface : Georg Jellinek ou le juriste philosophe », dans G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit, L'État moderne et son droit*, réimp. trad. G. Fardis (1911-1913), 2 vol., Paris, Panthéon-Assas/LGDJ, 2005.

KALMAN, L., *Legal Realism at Yale, 1927-1960*, Union (NJ), Lawbook Exchange, 2001.

KANT, E., *Critique de la raison pure* (1781/1787), trad. A. Tremesaygues et B. Pacaud, 5^e éd., Paris, PUF, 1997.

KANT, E., « Doctrine du droit » (fin 1796 ou début 1797), dans *Métaphysique des mœurs II*, trad. A. Renaut, Paris, Flammarion, 1994, p. 9-261.

KANT, E., *Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique* (1784), trad. L. Ferry, Paris, Gallimard, 1985.

KANTOROWICZ, H. (sous le pseudo. de « Gnaeus Flavius »), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft [La lutte pour la science du droit]*, Heidelberg, C. Winter, 1906.

KELLER, A.S., *et al.*, *Creation of Rights of Sovereignty through Symbolic Acts, 1400-1800*, New York, Columbia University Press, 1938.

KELSEN, H., *La démocratie : sa nature, sa valeur*, 2^e éd., trad. C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 2004; « Justice et droit naturel », dans [collectif] *Le droit naturel*, Paris, PUF, 1959, p. 64.

KELSEN, H., *Écrits français de droit international*, Paris, PUF, 2001.

KELSEN, H., « Grundlegung der Rechtssoziologie » [« Fondements de la sociologie du droit »], *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 1915, p. 839-876

KELSEN, H., *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre [Principaux problèmes de la théorie juridique de l'État]*, 2^e éd., Tübingen, J.C.B. Mohr, 1923.

KELSEN, H., *Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law*, trad. B.L. Paulson et S.L. Paulson, New York, Oxford University Press, 1997.

KELSEN, H., *The Law of the United Nations*, Londres, Stevens, 1950.

KELSEN, H., *Principles of International Law*, New York, Rinehart, 1952.

KELSEN, H., « Recognition in International Law: Theoretical Observations », (1941) 35 *American Journal of International Law* 605.

KELSEN, H., *Sozialismus und Staat [Le socialisme et l'État]*, Leipzig, Hirschfeld, 2^e éd. augmentée, 1923.

KELSEN, H., « Zur Soziologie des Rechts. Kritische Bemerkungen » [« Sur la sociologie du droit. Remarques critiques »], *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 1912, p. 601-607.

KELSEN, H., *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* [Le concept sociologique et le concept juridique d'État], Aalen, Scientia Verlag, 1981.

KELSEN, H., *Théorie du droit international public*, dans *Recueil des cours*, La Haye, Académie de droit international, vol. 84, 1953-III, p. 1-203.

KELSEN, H., *Théorie générale du droit et de l'État* (1945), trad. B. Laroche et V. Faure, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 1997.

KELSEN, H., *Théorie générale des normes* (1979), trad. O. Beaud et F. Malkani, Paris, PUF, 1996.

KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, 2 éd. mod. (1960), trad. C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962.

KENNEDY, D., *A Critique of Adjudication: fin de siècle*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1997.

KENNEDY, D., « Legal Formalism », dans N.J. SMELSER et P.B. BALTES, *Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, Amsterdam/Paris/New York/Oxford/Shannon/Singapore/Tokyo, Elsevier, 2001, vol. 13, p. 8634-8637.

KIM, A., « Paul Natorp » (2003), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, en ligne : <http://plato.stanford.edu>

KIRAT, T., *Économie du droit*, Paris, La Découverte, 1999.

KLEINHANS, M.-M., et R.A. MACDONALD, « What is a Critical Legal Pluralism? », (1997) 12 *Canadian Journal of Law and Society* 25.

KOMMERS, D., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham (NC), Duke University Press, 1989.

KUHN, T.S., *La structure des révolutions scientifiques* (1962), nouv. éd. augmentée (1970), trad. L. Meyer, Paris, Flammarion, 1983.

KUKATHAS, C., et P. PETTIT, *Rawls: A Theory of Justice and its Critics*, Stanford (CA), Stanford University Press, 1990.

KYMLICKA, W., *La citoyenneté multiculturelle : une théorie libérale du droit des minorités* (1995), trad. P. Savidan, Montréal/Paris, Boréal/La Découverte, 2001.

KYMLICKA, W., *Finding Our Way: Rethinking Ethnocultural Relations in Canada*, Toronto, Oxford University Press, 1998.

KYMLICKA, W., « Liberal Individualism and Liberal Neutrality », *Ethics*, vol. 99, n° 4, juillet 1989, p. 883-905.

- KYMLICKA, W., *Liberalism, Community, and Culture*, Oxford, Oxford University Press, 1989.
- KYMLICKA, W., « Liberal Theories of Multiculturalism », dans L.H. MEYER, S.L. PAULSON et T.W. PODGE (dir.), *Rights, Culture, and the Law: Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 229-250.
- KYMLICKA, W., « Multiculturalism and Minority Rights: West and East », *Journal of Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, n° 4, 2002, p. 1-25.
- KYMLICKA, W., *Multicultural odysseys: navigating the new international politics of diversity*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2007.
- KYMLICKA, W., « The rise and fall of multiculturalism ? New debates on inclusion and accommodation in diverse societies », *International Social Science Journal*, vol. 199, 2010, p. 97-112.
- KYMLICKA, W., « Tester les limites du multiculturalisme libéral ? Le cas des tribunaux religieux en droit familial » (2005), trad. F. Boucher et O. Marcil, *Éthique publique*, vol. 9, n° 1, 2007, p. 27-39.
- LABAND, P., *Le droit public de l'Empire allemand*, trad. C. Gandilhon, Paris, Giard & Brière, 1900-1904.
- LACASSE, J.-P., *Les Innus et le Territoire : Innu Tipenitamun*, Sillery (Québec), Septentrion, 2004.
- LACEY, N., *A Life of H.L.A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*, New York, Oxford University Press, 2004.
- LAJOIE, A., *Conceptions autochtones des droits ancestraux au Québec*, Montréal/Paris, Thémis/LGDJ, 2008.
- LAJOIE, A., et P. VERVILLE, « Les traités d'alliance entre les Français et les Premières Nations sous le Régime français », dans A. LAJOIE *et al.*, *Le statut juridique des peuples autochtones au Québec et le pluralisme*, Cowansville (Québec), Yvon Blais, 1996, p. 143-217.
- LAMPRON, L.-P., et E. BROUILLET, « Le principe de non-hiérarchie entre droits et libertés fondamentaux : l'inaccessible étoile ? », (2011) 41 *Revue générale de droit* 93.
- LAS CASAS, B. de, et J.-A. LLORENTE, *Œuvres de don Barthélemy de las Casas, évêque de Chiapa, défenseur de la liberté des naturels de l'Amérique, précédées de sa vie et accompagnées de notes historiques, additions, développements, etc., avec portrait par J.-A. Llorente*, 2 vol., Paris, A. Eymery, 1822.
- LAVOIE, M., et D. VAUGEOIS, *L'impasse amérindienne : trois commissions d'enquête à l'origine d'une politique de tutelle et d'assimilation, 1828-1858*, Sillery (Québec), Septentrion, 2010.
- LAWS, Sir J., « The Constitution, Morals and Rights », (1996) *Public Law* 622.

LAWSON, Sir J., « Law and Democracy », (1995) *Public Law* 72.

LE BOUËDEC, N., *Gustav Radbruch : juriste de gauche sous la république de Weimar*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2011.

LE BOUËDEC, N., « Le concept de « droit social » : Gustav Radbruch et le renouvellement de la pensée du droit sous Weimar », *Astériorion* 4/2006, mis en ligne le 18 avril 2006 : <http://asterion.revues.org/497>

LE GOFF, A., « Honneth, Axel » (2008), dans V. BOURDEAU et R. MERRILL (dir.), *DicoPo. Dictionnaire de théorie politique*, en ligne : <http://www.dicopo.fr/spip.php?article106>

LEESON, H., R. ROMANOW et J. WHYTE, *Canada... Notwithstanding. The Making of the Constitution, 1976-1982* (1984), éd. du 25^e anniversaire, Toronto, Thompson/Carswell, 2007.

LEITER, B., « Beyond the Hart-Dworkin Debate », (2003) 48 *American Journal of Jurisprudence* 17.

LEITER, B., « Legal Realism », dans D. PATTERSON (dir.), *A Companion to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell, 1996.

LEITER, B., *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, New York, Oxford University Press, 2007.

LE TEXIER, T., « Gouvernance » (2009), dans V. BOURDEAU et R. MERRILL (dir.), *DicoPo. Dictionnaire de théorie politique*, en ligne : <http://www.dicopo.fr/spip.php?article115>

LEVENEUR, L., « Reconnaissance », dans D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy/PUF, 2003, p. 1303.

LEVESQUE, L., « Continuité des droits ancestraux. La réponse d'Ottawa se fait attendre », Saguenay, *Le Quotidien*, 14 janvier 2011.

LEVESQUE, L., « Ottawa et les Innus. Les négociations reprennent », Saguenay, *Le Quotidien*, 2 novembre 2010.

LEVINAS, E., « La ruine de la représentation » (1959), repris dans *En découvrant l'existence avec Husserl et Heidegger*, Paris, Vrin, 2001.

LEVINE, N., « The German Historical School of Law and the Origins of Historical Materialism », *Journal of the History of Ideas*, vol. 48, n^o 3, 1987, p. 431-451.

LITRE, E., « Préface au premier tome », dans *Dictionnaire de la langue française*, Paris, 1859, p. 126.

LLEWELLYN, K.N., « Afterword », dans *The Bramble Bush*, New York, Oceana, 1951, p. 153-159.

- LLEWELLYN, K.N., *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*, Boston, Little, Brown and Co., 1960.
- LLEWELLYN, K.N., « My Philosophy of Law », dans COLLECTIF, *My Philosophy of Law*, Boston, Boston Law Book, 1941, p. 183-197.
- LLEWELLYN, K.N., « A Realistic Jurisprudence – The Next Step », (1930) 30 *Columbia Law Review* 431.
- LLEWELLYN, K.N., « Some Realism about Realism — Responding to Dean Pound », (1931) 44 *Harvard Law Review* 1222.
- LLEWELLYN, K.N., et E.A. HOEBEL, *La voie cheyenne. Conflit et jurisprudence dans la science primitive du droit* (1941), trad. L. Assier-Andrieu, Paris, LGDJ, 1999.
- LOUGHTON, G., « Calvin's Case and the Origins of the Rule Governing "Conquest" in English Law », [2004] *Australian Journal of Legal History* 8, en ligne : <http://www.austlii.edu.au/au/journals/AJLH/2004/8.html>
- LUHMANN, N., *Das Recht der Gesellschaft [Le droit de la société]*, Francfort, Suhrkamp, 1993 (trad. angl. K.A. Ziegert : *Law as a Social System*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2004).
- LUHMANN, N., *Die Politik der Gesellschaft [La politique de la société]*, Francfort, Suhrkamp, 2000.
- LUHMANN, N., *Rechtssoziologie [Sociologie du droit]*, 2. vol., Hambourg, Rowohlt, 1972 (trad. angl. E. King-Utz et M. Albrow : *A Sociological Theory of Law*, Londres/Boston, Routledge & Kegan, 1985).
- LUHMANN, N., « Reflexive Mechanismen » [« Mécanismes réflexifs »] (1960), rééd. dans *Soziologische Aufklärung* 1, 1970, p. 92-112.
- LUHMANN, N., *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie [Systèmes sociaux. Fondements d'une théorie générale]*, Francfort, Suhrkamp, 1984 (trad. angl. J. Bednarz : *Social Systems*, Stanford, Stanford University Press, 1995).
- LUKACS, G., *Histoire et conscience de classe* (1923), trad. K. Axelos et J. Bois, Paris, Minit, 1960.
- LUNDSTEDT, A.V., *Legal Thinking Revised. My Views on Law*, Stockholm, Almqvist & Wiksell, 1956.
- MACDONALD, R.A., et M.-M. KLEINHANS, « What is a Critical Legal Pluralism? », (1997) 12 *Canadian Journal of Law and Society* 25.
- MACINTYRE, A.C., *Quelle justice ? Quelle rationalité ?* (1988), trad. M.V. d'Hollande, Paris, PUF, 1993.

MACLURE, J., « La reconnaissance engage-t-elle à l'essentialisme? », *Philosophiques*, vol. 34, n° 1, 2007, p. 77-96.

MAK, A., et G. BELLEFLEUR, « L'interminable négociation des Innus de la Côte-Nord », Montréal, *Le Devoir*, samedi 4 août 2001.

MARCEL, J.-C., « Georges Gurvitch : les raisons d'un succès », *Cahiers internationaux de sociologie*, vol. 110, janv.-juin 2001, p. 97-119.

MARCELO, G., « Introduction », *Études ricœuriennes / Ricœur studies*, vol. 2, n° 1, 2011, p. 7-11, en ligne : <http://ricoeur.pitt.edu/ojs/index.php/ricoeur/index>

MARGALIT, A., et J. RAZ, « National Self-Determination » (1990), rééd. dans J. RAZ, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, New York, Clarendon Press, 1994, p. 110-130.

MARGALIT, A., *La société décente* (1996), trad. F. Billard rev. par L. D'Azay, Castelnau-le-Lez, Climats, 1999 / Paris, Flammarion, 2007.

MARKELL, P., *Bound by Recognition*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 2003.

MARKELL, P., « The Potential and the Actual: Mead, Honneth, and the 'I' », dans B. VAN DEN BRINK et D. OWEN (dir.), *Recognition and Power: Axel Honneth and the Tradition of Social Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 100-132.

MARKELL, P., « The Recognition of Politics », *Constellations* 7:4, 2002, p. 496-506.

MARSHALL, T.H., *Citizenship and Social Class*, Londres/Concord (MA), Pluto Press, 1992.

MARTIN, M., *Legal Realism: American and Scandinavian*, New York, Peter Lang, 1997.

MARX, K., et F. ENGELS, *L'idéologie allemande* (1845), dans (K. MARX), *Œuvres*, trad. L. Évrard, M. Jacob, J. Malaquais, C. Orsoni, M. Rubel et S. Voutet, t. 3, Paris, Gallimard, 1982.

MARX, K., *Misère de la philosophie. Réponse à la philosophie de la misère de M. Proudhon* (1847), dans *Œuvres*, trad. L. Évrard, M. Jacob, J. Malaquais, C. Orsoni, M. Rubel et S. Voutet, t. 1, *Économie*, Paris, Gallimard, 1965.

MARX, K., *Œuvres*, trad. L. Évrard, M. Jacob, J. Malaquais, C. Orsoni, M. Rubel et S. Voutet, Paris, Gallimard, 1965-1982.

MAYER, P., « Préface », dans S. ROMANO, *L'ordre juridique* (1918), trad. 2e éd. L. François et P. Gothot, intro. de Ph. Francescakis, rééd. présentée par Pierre Mayer, Paris, Dalloz, 2002, non paginée.

MAYS, H., « Macdonell, Miles », dans *Dictionnaire biographique du Canada*, Université de Toronto/Université Laval, 2000, en ligne : <http://www.biographi.ca/index-f.html>

MCHUGH, P., *Aboriginal Societies and the Common Law: A History of Sovereignty, Status, and Self-Determination*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

MEAD, G.H., *L'esprit, le soi et la société* (1934), trad. J. Cazeneuve, E. Kaelin et G. Thibault, Paris, PUF, 1963.

MEAD, G.H., *Selected Writings*, textes choisis et présentés par A.J. Reck, Chicago, University of Chicago Press, 1981.

MELKEVIK, B., « The Customary Law of Indigenous Peoples and Modern Law: Rivalry of Reconciliation? », dans J.R. CLAMMER, S. POIRIER et E. SCHWIMMER (dir.), *Figured Worlds: Ontological Obstacles in Intercultural Relations*, Toronto, University of Toronto Press, 2004, p. 225-242.

MENAND, L., *The Metaphysical Club: A Story of Ideas in America*, New York, Farrar, Straus, and Giroux, 2001.

MENASSEYRE, A.S., « Sorel, lecteur de Vico », dans C. MENASSEYRE et A. TOSEL (dir.), *Figures italiennes de la rationalité*, Paris, Kimé, 1997, p. 451.

MERRY, S.E., « Legal Pluralism », (1988) 22 *Law and Society Review* 869.

METALL, R.A., *Hans Kelsen, Leben und Werk [Hans Kelsen, vie et œuvre]*, Vienne, Deuticke, 1969.

MICHAUT, F., *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, Paris, L'Harmattan, 2000.

MILLER, J.R., *Skyscrapers Hide the Heavens: A History of White-Indian Relations in Canada*, 3^e éd., Toronto, University of Toronto Press, 2000.

MOORE, G.E., *Principia Ethica*, Cambridge, Cambridge University Press, 1922.

MORET-BAILLY, J., « Ambitions et ambiguïtés des pluralismes juridiques », *Droits*, n^o 35, 2002, p. 195.

MORIN, M., « Les changements de régimes juridiques consécutifs à la Conquête de 1760 », (1997) 57 *Revue du Barreau* 689.

MORIN, M., « Un document inédit sur la portée territoriale de la Proclamation royale : les notes des juges de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Bonhomme* », (1995) 26 *Revue générale de droit* 557.

MORIN, M., « « Manger avec la même micoine dans la même gamelle » : à propos des traités conclus avec les Amérindiens au Québec, 1665-1760 », (2003) 33 *Revue générale de droit* 93.

MORIN, M., « Des nations libres sans territoire ? Les Autochtones et la colonisation de l'Amérique française du XVI^e au XVIII^e siècle », (2010) 12 *Journal of the History of International Law* 1.

- MORIN, M., « Portalis c. Bentham ? Les objectifs assignés à la codification du droit civil et du droit pénal en France, en Angleterre et au Canada », dans CANADA, Commission du droit du Canada (dir.), *La législation en question*, Ottawa, Commission du droit du Canada, 2000, p. 139-217.
- MORIN, M., *L'usurpation de la souveraineté autochtone : le cas des peuples de la Nouvelle-France et des colonies anglaises de l'Amérique du Nord*, Montréal, Boréal, 1997.
- MOUTOUH, H., « Pluralisme juridique », dans D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy/PUF, 2003, p. 1158.
- MULLAN, D., « The Duty to Consult Aboriginal Peoples: The Canadian Example », (2009) 22 *Canadian Journal of Administrative Law & Practice* 107.
- NADEAU, A.-R., « Le juge Lamer sur... », Montréal, *Le Devoir*, 11 janvier 2000.
- NEATE, F. (dir.), *The Rule of Law: Perspectives from Around the Globe*, Londres/Dayton (OH), LexisNexis, 2009.
- NEWMAN, D., « Exit, Voice, and Exile: Rights to Exit and Rights to Eject », (2007) 57 *University of Toronto Law Journal* 43.
- NEWMAN, D., « Theorizing Collective Indigenous Rights », (2007) 31 *American Indian Law Review* 273.
- NEWMAN, D., « You Still Know Nothin' 'Bout Me: Toward Cross-Cultural Theorizing of Aboriginal Rights », (2007) 52 *McGill Law Journal* 725.
- NIEZEN, R., *The Rediscovered Self: Indigenous Identity and Cultural Justice*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2009.
- NORMAND, S., « Les droits des Amérindiens sur le territoire sous le Régime français », dans A. LAJOIE et al., *Le statut juridique des peuples autochtones au Québec et le pluralisme*, Cowansville (Québec), Yvon Blais, 1996, p. 107-141.
- NOZICK, R., *Anarchie, État et utopie* (1974), trad. É. d'Auzac de Lamartine et P.-E. Dauzat, Paris, PUF, 2003.
- O'CALLAGHAN, E.B. (dir.), *Documents Relative to the Colonial History of the State of New York*, 15, Albany (NY), Weed, Parsons, and Co., 1855.
- OKIN, S.M., « Mistresses of Their Own Destiny: Group Rights, Gender, and Realistic Rights of Exit », *Ethics*, vol. 112, n° 2, janvier 2002, p. 205-230.
- OKIN, S.M., « Is Multiculturalism Bad for Women? », dans S.M. OKIN (dir.), *Is Multiculturalism Bad for Women?*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1999, p. 7-24.
- OLIVECRONA, K., *Law as Fact* (1939), 2^e éd., Londres, Steven & Sons, 1971.

OLIVECRONA, K., *Law as Fact*, Copenhague/Londres, E. Munksgaard/Oxford University Press, 1939.

OLIVER, P.C., *The Constitution of Independence: The Development of Constitutional Theory in Australia, Canada, and New Zealand*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

OLIVER, E.H. (dir.), *The Canadian North-West: Its Early Development and Legislative Records*, Ottawa, 1915.

OPPENHEIM, L.F.L., *International Law: A Treatise* (1905-1906), 2 vol., 8^e éd. sous la dir. de H. Lauterpacht, Londres, Longmans, 1960.

ORGANISATION DES ÉTATS AMÉRICAINS, Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Indigenous and Tribal Peoples' Rights over their Ancestral Lands and Natural Resources: Norms and Jurisprudence of the Inter-American Human Rights System*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56/09, 30 décembre 2009.

ORGANISATION DES ÉTATS AMÉRICAINS, Conseil permanent, Commission des questions juridiques et politiques, Groupe de travail chargé de l'élaboration du Projet de déclaration américaine des droits des peuples autochtones, *Record of the current status of the Draft American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, OEA/Ser.K/XVI, GT/DADIN/doc.334/08, 20 mars 2011.

ORGANISATION DES ÉTATS AMÉRICAINS, Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Report No 105/09*, Petition 592-07, Admissibility, Hul'Qumi'Num Treaty Group, Canada, 30 octobre 2009.

ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Conseil économique et social, « Création d'une instance permanente sur les questions autochtones », Rés. E/2000/22, 45^e séance plénière, 28 juillet 2000.

ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Conseil économique et social, Commission des droits de l'homme, Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, *Étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones. Rapport final de M. José Martínez Cobo, Rapporteur spécial*, E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, vol. V.

ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Conseil économique et social, Commission des droits de l'homme, Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, *Étude des traités, accords et autres arrangements constructifs entre les États et les populations autochtones. Rapport final de M. Miguel Alfonso Martínez, Rapporteur spécial*, E/CN.4/Sub.2/1999/20.

ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Comité des droits de l'homme, *Examen des rapports présentés par les États parties en vertu de l'article 40 du Pacte. Observations finales du Comité des droits de l'homme : Canada*, 85^e session, 20 avril 2006, CCPR/C/CAN/CO/5.

ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Comité des droits de l'homme, *Observations finales du Comité des droits de l'homme : Canada*, CCPR/C/79/Add.105, 7 avril 1999.

ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Conseil économique et social, Commission des droits de l'homme, Sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, *Les peuples autochtones et leur relation à la terre. Document de travail final établi par le Rapporteur spécial, Mme Erica-Irène A. Daes*, E/CN.4/Sub.2/2000/25.

ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Conseil des droits de l'homme, *Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones, M. S. James Anaya*, A/HRC/9/9, 11 août 2008.

ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Conseil des droits de l'homme, *Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones, M. Rodolfo Stavenhagen*, A/HRC/4/32, 27 février 2007.

ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Conseil économique et social, Commission des droits de l'homme, Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, *Rapport du Séminaire d'experts des Nations Unies sur les expériences concernant les droits et titres fonciers autochtones*, Whitehorse (CA), 24-28 mars 1996, E/CN.4/sub.2/AC.4/1996/6.

OTIS, G. (dir.), *L'adoption coutumière autochtone et les défis du pluralisme juridique*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2013.

OTIS, G. (dir.), « Dossier : la reconnaissance de l'adoption coutumière autochtone », (2011) 41 *Revue générale de droit* 565-732.

OTIS, G., « Élection, gouvernance traditionnelle et droits fondamentaux chez les peuples autochtones du Canada », (2004) 49 *Revue de droit de McGill* 393.

OTIS, G. et A. ÉMOND, « L'identité autochtone dans les traités contemporains : de l'extinction à l'affirmation du titre ancestral », (1996) 41 *Revue de droit de McGill* 543.

OTIS, G., « L'individu comme acteur relationnel : l'option de loi dans le « fédéralisme personnel » en contexte autochtone », dans OTIS et M. PAPILLON, *Fédéralisme et gouvernance autochtone / Federalism and Aboriginal Governance*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2013, p. 109-128.

OTIS, G., « La place des cultures juridiques et des langues autochtones dans les traités d'autonomie gouvernementale au Canada », (2009) 54 *Revue de droit de McGill* 237.

OTIS, G., « Le Québec sur la voie d'un traité postcolonial avec les Innus ? », dans *Québec 2004*, Montréal, Fides, 2003 p. 773-782.

OTIS, G., « Rencontre des cultures juridiques dans la toundra subarctique : vers une nouvelle gouvernance foncière au Nunatsiatvut », *Télescope*, n° 15, automne 2009, p. 108-115 (rééd. dans G. OTIS et al., *Cultures juridiques et gouvernance dans l'espace francophone*, Paris, Éditions des archives contemporaines, 2010, p. 75-85).

OTIS, G., « Les réparations pour violation des droits des peuples autochtones : leçons de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », dans R.J. SHARPE et K. ROACH (dir.), *Taking Remedies Seriously / Les recours et les mesures de redressement : une affaire sérieuse*, Montréal, Canadian Institute for the Administration of Justice / Institut canadien d'administration de la justice, 2010, p. 257-277.

OUELLET, F., *Histoire économique et sociale du Québec, 1760-1850 : structures et conjoncture*, Montréal, Fides, 1966.

PARENT, R., *Histoire des Amérindiens du Saint-Maurice jusqu'au Labrador : de la préhistoire à 1760*, 4 vol., Québec, Université Laval, mémoire de maîtrise, 1985.

PARMENTIER, J., « Neutralité active des Iroquois durant la guerre de la Succession d'Autriche, 1744-1748 », *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. 32, n° 1, 2002, p. 29.

PARSONS, T., « Book Review: Hurst's Law and Social Process in U.S. History », *Journal of the History of Ideas*, vol. 23, 1962, p. 558-564.

PARSONS, T., « Law as an Intellectual Stepchild », *Sociological Inquiry*, vol. 47, 1977, p. 11-58.

PARSONS, T., « The Law and Social Control », dans W.M. EVAN, *Law and Sociology: Exploratory Essays*, New York, Free Press, 1962, p. 56-72.

PARSONS, T., « Law and Sociology: A Promising Courtship? », dans A.E. SUTHERLAND (dir.), *The Path of the Law from 1967*, Cambridge (MA), Harvard Law School, 1968, p. 47-54.

PARSONS, T., « A Sociologist Looks at the Legal Profession », dans *Essays in Sociological Theory* (1949), 2^e éd., New York, Free Press, 1954, p. 370-385.

PAUL, J., *The Legal Realism of Jerome N. Frank: A Study of Fact-Skepticism and the Judicial Process*, The Hague, M. Nijhoff, 1959.

PAULSON, S.L., « Continental Normativism and its British Counterpart: How Different are They? », *Ratio Juris*, vol. 6, n° 3, 2007, p. 227-244.

PAULSON, S.L., *Hans Kelsen und die Rechtssoziologie [Hans Kelsen et la sociologie du droit]*, Aalen, Scientia, 1992.

PAULSON, S.L., « Radbruch on Unjust Laws: Competing Earlier and Later Views ? », (1995) 15 *Oxford Journal of Legal Studies* 489.

PELLET, A., « The Opinions of the Badinter Committee: A Second Breath for the Self-Determination of Peoples », (1992) 3 *European Journal of International Law* 178.

PETERS, B., « Understanding Multiculturalism », *IIS-Arbeitspapier* 14, Bremen University, 1999.

PERRIN, J.-F., « Duguit et la « Science du droit » », dans F. CHAZEL et J. COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, p. 87-94.

PETTIT, P., et C. KUKATHAS, *Rawls: A Theory of Justice and its Critics*, Stanford (CA), Stanford University Press, 1990.

PHILLIPS, A., *Multiculturalism without Culture*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 2007.

PHILONENKO, A., *La liberté humaine dans la philosophie de Fichte*, Paris, Vrin, 1980.

PHILONENKO, A., *Théorie et praxis dans la pensée morale et politique de Kant et de Fichte en 1793*, Paris, Vrin, 1968.

PICAVET, E., « Hart, critique de Kelsen », dans C.M. HERRERA (dir.), *Actualité de Kelsen en France*, Paris, LGDJ, 2001, p. 123-136.

PICAVET, E., *Kelsen et Hart. La norme et la conduite*, Paris, PUF, 2000.

PIERRE-CAPS, S., « Karl Renner et l'État multinational », *Droit et Société. Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, n° 27/1994, p. 421-441.

PINON, S., « Le positivisme sociologique : l'itinéraire de Léon Duguit », (2011) 67 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 69.

POPPER, K.R., *Logique de la découverte scientifique* (1934), trad. N. Thyssen-Rutten et P. Devaux, Paris, Payot, 1973 (s'agissant toutefois d'une traduction, non pas de l'original allemand, mais de la version anglaise de 1959).

POUND, R., « The Call for a Realist Jurisprudence », (1931) 44 *Harvard Law Review* 697.

POUND, R., « The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice » (1906), dans R.D. HENSON (dir.), *Landmarks of Law*, New York, Harper and Brothers, 1960.

POUND, R., *Contemporary Juristic Theory*, Claremont (CA), Claremont Colleges, 1940.

POUND, R., *Jurisprudence*, 5 vol., St. Paul (MN), West Publishing, 1959.

POUND, R., « Law in Books and Law in Action », (1910) 44 *American Law Review* 12.

POUND, R., « Mechanical Jurisprudence », (1908) 8 *Columbia Law Review* 605.

POUND, R., *Outlines of Lectures on Jurisprudence* (1914), 5^e éd., 1943, dans D. LLOYD, *Introduction to Jurisprudence* (1959), Londres, Stevens and Sons, 2^e éd., 1965.

POUND, R., « The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence », (1911) 24 *Harvard Law Review* 591 et (1912) 25 *Harvard Law Review* 140 et 489.

POUND, R., « The Ideal Element in American Judicial Decision », (1931) 45 *Harvard Law Review* 136.

POUND, R., « The Theory of Judicial Decision », (1923) 36 *Harvard Law Review* 641, 802 et 940.

PROUST, M., *À la recherche du temps perdu VII. Le temps retrouvé* (1927), Paris, Gallimard, 1989.

RABAULT, H., « L'épistémologie de Niklas Luhmann : de la phénoménologie de la conscience à la phénoménologie de la communication », *Droit et Société. Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, n° 54/2003, p. 537-546 (recension longue de D. KRAUSE, *Luhmann-Lexikon. Eine Einführung in das Gesamtwerk von Niklas Luhmann*, 3^e éd. rev. et augm., Stuttgart, Lucius & Lucius, 2001).

RABAULT, H., « La nature et la fonction de la théorie du droit dans la sociologie de Niklas Luhmann : vers une rénovation de l'épistémologie du droit ? », *Droits*, n° 33, 2001, p. 191-203.

RADBRUCH, G., « Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht » [« Faux droit positif et droit supra-positif »], *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, n° 1, 1946, p. 105-108.

RAWLS, J., « Fairness to Goodness », *Philosophical Review*, vol. 84, 1975, p. 536-554.

RAWLS, J., *La justice comme équité : une reformulation de Théorie de la justice* (2001), trad. B. Guillarme, Paris, La Découverte, 2008.

RAWLS, J., *Libéralisme politique* (1993), trad. C. Audard, Paris, PUF, 1995, p. 432-433.

RAWLS, J., *Paix et démocratie. Le droit des peuples et la raison politique* (1999), trad. B. Guillarme, Paris, La Découverte, 2006.

RAWLS, J., « Reply to Habermas », *The Journal of Philosophy*, n° 92, 1995, p. 132-180.

RAWLS, J., *Théorie de la justice* (1971), trad. C. Audard, Paris, Seuil, 1997.

RAWLS, J., « La théorie de la justice comme équité : une théorie politique et non pas métaphysique » (1985), trad. C. Audard, dans *Justice et démocratie*, trad. C. Audard, P. de Lara, F. Piron et A. Tchoudnowsky, Paris, Seuil, 1993, p. 203-241.

RAZ, J., « Multiculturalism », *Ratio Juris*, vol. 11, n° 3, 1998, p. 193-205.

RAZ, J., et A. MARGALIT, « National Self-Determination » (1990), rééd. dans J. RAZ, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, New York, Clarendon Press, 1994, p. 110-130.

RAZ, J., « Rights and Individual well being », dans *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, New York, Clarendon Press, 1994, p. 44-49.

REALE, M., « La science du droit selon la théorie tridimensionnelle du droit », dans *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, 2 vol., Bruxelles/Paris, Bruylant/Sirey, 1963, vol. 1, *Théorie générale du droit*, p. 211.

- REALE, M., « La situation actuelle de la théorie tridimensionnelle du droit », *Archives de philosophie du droit*, vol. 32, 1987, p. 369.
- REDDING, P., « Georg Wilhelm Friedrich Hegel » (2012), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, en ligne : <http://plato.stanford.edu/archives/sum2012/entries/hegel/>
- REGROUPEMENT PETAPAN, « Entente de principe d'ordre général (« Approche commune »). Les chefs innus tentent un ultime effort », communiqué, Essipit, 29 juin 2011.
- REID, H., *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2001.
- REITMAN, O., « On Exit », dans A. EISENBERG et J. SPINNER-HALEV (dir.), *Minorities within Minorities: Equality, Rights, and Diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 189-208.
- RENAUT, A., *Le système du droit. Philosophie et droit dans la pensée de Fichte*, Paris, PUF, 1986.
- RENNER, K., *La nation : mythe et réalité*, trad. S. Pierré-Caps et C. Tixador, Nancy, Presses universitaires de Nancy, 1998.
- RIBEIRO, H.J., « The Present Relevance of Bertrand Russell's Criticism of Logical Positivism », *Revista Portuguesa de Filosofia*, vol. 55, n° 4, 1999, p. 427-458.
- RICKERT, H., *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung [Les limites de la formation des concepts en sciences naturelles]*, Fribourg-en-Brigau, Mohr, 1896.
- RICKERT, H., « Die philosophischen Grundlagen von Fichtes Sozialismus » [« Les fondements philosophiques du socialisme de Fichte »], *Logos*, vol. 11, 1922-1923, p. 149-180.
- RICKERT, H., *Sciences de la culture et sciences de la nature* (1898), trad. A.-H. Nicolas, Paris, Gallimard, 1997.
- RICŒUR, P., *Parcours de la reconnaissance. Trois études*, Paris, Stock, 2004.
- RICŒUR, P., *Philosophie de la volonté : le volontaire et l'involontaire*, Paris, Université de Paris, Faculté des lettres et sciences humaines / Aubier-Montaigne, 1949.
- RICŒUR, P., *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, 1990.
- RIEBSCHLÄGER, K., *Die Freirechtsbewegung [Le mouvement du droit libre]*, Berlin, Duncker & Humblot, 1968.
- RINALDI, K., « Le droit des populations autochtones et tribales à la propriété dans le système interaméricain de protection des droits de l'homme », dans L. HENNEBEL et H. TIGROUDJA (dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*, Paris, Pedone, p. 215-250.
- ROBERT, P. (pour la 1^{re} éd.), J. REY-DEBOVE et A. REY (pour l'édition revue et amplifiée) (dir.), *Le Nouveau Petit Robert*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2003.

- ROBERTS, S., « Do we need an Anthropology of Law? », *Royal Anthropological Institute News*, vol. 25, 1978, p. 4-7.
- ROMANOW, R., J. WHYTE et H. LEESON, *Canada... Notwithstanding. The Making of the Constitution, 1976-1982* (1984), éd. du 25^e anniversaire, Toronto, Thompson/Carswell, 2007.
- ROSENKRANZ, K., *Vie de Hegel, suivi de l'Apologie de Hegel contre le docteur Haym*, trad. P. Osmo, Paris, Gallimard, 2007.
- ROSS, A., « Le concept de droit selon Hart » (1962), dans *Introduction à l'empirisme juridique. Textes théoriques*, trad. E. Millard et E. Matzner, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 2004, p. 183-189.
- ROSS, A., *Directives and Norms*, trad. B. Loar, Londres, Routledge & K. Paul, 1968.
- ROSS, A., *On Law and Justice*, trad. M. Dutton, Londres, Stevens & Sons, 1958.
- ROSS, A., « Le problème des sources du droit à la lumière d'une théorie réaliste du droit » (1934), dans *Introduction à l'empirisme juridique. Textes théoriques*, trad. E. Millard et E. Matzner, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 2004, p. 23-37.
- ROSS, A., « Qu'est-ce que la justice ? Selon Kelsen » (1957), dans *Introduction à l'empirisme juridique. Textes théoriques*, trad. E. Millard et E. Matzner, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 2004, p. 117-125.
- ROSS, A., *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen [Théorie des sources du droit. Contribution à la théorie du droit positif sur la base de recherches dogmatico-historiques]*, Leipzig/Vienne, Deuticke, 1929.
- ROSS, A., « Tû-Tû » (1951), dans *Introduction à l'empirisme juridique. Textes théoriques*, trad. E. Millard et E. Matzner, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 2004, p. 103-116 (les traducteurs ayant cependant retenu une version de 1957).
- ROSS, A., « La validité et le conflit entre le positivisme juridique et le droit naturel » (1961), dans *Introduction à l'empirisme juridique. Textes théoriques*, trad. E. Millard et E. Matzner, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 2004, p. 149-166.
- ROSS, E.D., *Social Control: A Survey of the Foundations of Order*, New York, Macmillan, 1901.
- ROULAND, N., « Anthropologie juridique », dans D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy/PUF, 2003, p. 63.
- ROULAND, N., *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, 1988.
- RUMBLE, W.E., *American Legal Realism: Skepticism, Reform and Judicial Process*, New York, Cornell University Press, 1968.
- RUSSELL, B., « On Denoting », *Mind*, 1905, p. 479-493.

- SAINT-JAMES, V., « Hiérarchie et conciliation des droits de l'Homme », dans J. ANDRIANTSIMBAZOVINA *et al.* (dir.), *Dictionnaire des droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2008, p. 477-478.
- SALIGER, F., *Radbruchsche Formel und Rechtsstaat [La formule de Radbruch et l'État de droit]*, Heidelberg, C.F. Müller, 1995.
- SANDEL, M.J., *Le libéralisme et les limites de la justice* (1982), trad. J.-F. Spitz, Paris, Seuil, 1999.
- SANTOS, B. de S., *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, New York, Routledge, 1995.
- SARTRE, J.-P., *L'Être et le néant : essai d'ontologie phénoménologique*, Paris, Gallimard, 1980.
- SARTRE, J.-P., *Réflexions sur la question juive*, Paris, Gallimard, 1993.
- SARTRE, J.-P., *Situations. 5. Colonialisme et néo-colonialisme*, Paris, Gallimard, 1964.
- SAVIGNY, F.C. von, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit* (1814), trad. A. Dufour, Paris, PUF, 2006.
- SAWAYA, J.-P., *La Fédération des Sept-Feux de la Vallée du Saint-Laurent, XVII^e-XIX^e siècles*, Sillery (Québec), Septentrion, 1998.
- SCARRY, E., *The Body in Pain: The Making and Unmaking of Reality*, New York, Oxford University Press, 1985.
- SCHLEGEL, J.H., *American Legal Realism and Empirical Social Science*, Chapel Hill (NC), University of North Carolina Press, 1995.
- SCHOPENHAUER, A., *Du néant de la vie* (1851), trad. A. Dietrich, Paris, Mille et une nuits, 2004.
- SCHOPENHAUER, A., *Le monde comme volonté et comme représentation* (1818-1819), trad. A. Burdeau, Paris, PUF, 1966/2003.
- SCHOOLS, T., *Shifting Boundaries: Aboriginal Identity, Pluralist Theory, and the Politics of Self-Government*, Vancouver, UBC Press, 2003.
- SCHULTE-TENCKHOFF, I., « L'Étude des Nations Unies sur les traités entre peuples autochtones et États », *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. 24, n° 4, 1994, p. 17.
- SCHULTE-TENCKHOFF, I., *La question des droits autochtones*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 1997.
- SCHULTE-TENCKHOFF, I., « Reassessing the Paradigm of Domestication: The Problematic of Indigenous Treaties », (1998) 4 *Review of Constitutional Studies* 239.

SCHULZE, D., « L'application de la Proclamation royale de 1763 dans les frontières originales de la province de Québec : la décision du Conseil privé dans l'affaire Allsopp », [1997] 31 *Revue juridique Thémis* 511.

SEN, A., *Éthique et économie* (1987), trad. S. Marnat, Paris, PUF, 1993.

SERVERIN, E., « Quels faits sociaux pour une science empirique du droit ? », *Droit et Société. Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, n° 50/2002, p. 59-68.

SERVERIN, E., *Sociologie du droit*, Paris, La Découverte, 2000.

SHACHAR, A., *Multicultural Jurisdictions: Cultural Differences and Women's Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

SHAPIRO, S.J., « The "Hart-Dworkin" Debate: A Short Guide for the Perplexed », dans A. RIPSTEIN (dir.), *Ronald Dworkin*, Cambridge University Press, 2007, p. 22-55.

SHAW, M.N., *International Law* (1977), 5^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

SIEP, L., « Wir sind dreifach frei » [« Nous sommes triplement libres »], *Zeit Online*, 2011, en ligne : <http://www.zeit.de/2011/34/L-S-Honneth>

SIEP, L., *Anerkennung als Prinzip der praktischen Philosophie: Untersuchungen zu Hegels Jenaer Philosophie des Geistes* [La reconnaissance comme principe de la philosophie pratique : études sur la philosophie de l'esprit du Hegel d'Yéna], Fribourg-en-Brisgau/Munich, Alber, 1979.

SLATTERY, B., « Did France Claim Canada Upon "Discovery"? », dans J.M. BUMSTED (dir.), *Interpreting Canada's Past* (1986), 2^e éd., 2 vol., Toronto/New York, Oxford University Press, 1993, vol. 1, *Pre-Confederation*, p. 2-26.

SLATTERY, B., *The Land Rights of Indigenous Canadian Peoples*, thèse de doctorat, Université d'Oxford, 1979.

SOMEK, A., « The Spirit of Legal Positivism », (2011) 12 *German Law Journal* 729.

SONG, S., *Justice, Gender, and the Politics of Multiculturalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

SONG, S., « Multiculturalism » (2010), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, en ligne : <http://plato.stanford.edu>

SOREL, G., « L'éthique du socialisme », dans *La Décomposition du marxisme et autres essais*, anthologie préparée et présentée par T. Paquot, Paris, PUF, 1982.

SOREL, G., *Réflexions sur la violence*, Paris, Seuil, 1990.

SOREL, G., « Was man von Vico lernt » [« Ce que l'on apprend de Vico »], *Sozialistische Monatshete*, n° 2, 1898, p. 270.

SPRINGER, J.W., « American Indians and the Law of Real Property in Colonial New England », (1986) 30:1 *American Journal of Legal History* 25.

STAGG, J., *Anglo-Indian Relations in North America to 1763 and an Analysis of the Royal Proclamation of 7 October 1763*, Ottawa, Affaires Indiennes et du Nord Canada, 1981.

STAVENHAGEN, R., « Making the Declaration Work », dans C. CHARTERS et R. STAVENHAGEN (dir.), *Making the Declaration Work: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, trad. E. Bolton, Copenhagen, International Workgroup for Indigenous Affairs, 2009, p. 352-371.

STEVENSON, C.L., *Ethics and Language*, New Haven, Yale University Press, 1944.

STEVENSON, M.L., « Visions de certitude : question d'hypothèses », dans CANADA, Commission du droit du Canada (dir.), *Parlons franchement à propos des traités*, Ottawa, Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux Canada, 2001, p. 123.

ST-HILAIRE, M., « Autour d'un paradigme juridique de la reconnaissance / Recognition as a Legal Paradigm? », dans M. ST-HILAIRE (dir.), « Dossier : Axel Honneth et le droit », *Droit et Société. Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, n° 78/2011, p. 261-291.

ST-HILAIRE, M. (dir.), « Dossier : Axel Honneth et le droit », *Droit et Société. Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, n° 78/2011, p. 259-368.

ST-HILAIRE, M., « Du pluralisme à la reconnaissance juridique », dans C. LAZZERI et S. NOUR (dir.), *De l'inclusion : reconnaissance et identification sociale*, Nanterre, Presses universitaires de Paris Ouest, 2009, p. 325-338.

ST-HILAIRE, M., « Pour un développement de l'épistémologie juridique au Canada... comme ailleurs », (2004) 30 *Manitoba Law Journal* 463.

ST-HILAIRE, M., « La proposition d'entente de principe avec les Innus : vers une nouvelle génération de traités ? », (2003) 44 *Les Cahiers de Droit* 395.

ST-HILAIRE, M., « De la protection de la minorité à la reconnaissance des minorités », dans S. NOUR (dir.), *The Minority Issue: Law and the Crisis of Representation*, Berlin, Duncker & Humblot, 2008, p. 319-341.

STICHWEH, R., « Motifs et stratégies de justification employés pour fonder la scientificité de la jurisprudence allemande au XIX^e siècle », dans P. AMSELEK (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994, p. 169-186.

STRÖMHOLM, S., et H.-H. VOGEL, *Le « réalisme scandinave » dans la philosophie du droit*, Paris, LGDJ, 1975.

SUAREZ, F., *Selections from three works of Francisco Suárez*, trad. G. Williams, A. Brown et J. Waldron, 2 vol., Oxford, Clarendon Press, 1944.

SUAREZ, F., *Tractatus de legibus, ac Deo legislatore* (1612), 2 vol., Naples, Ex typis Fibrenianis, 1872.

SUMNER, W.G., *Folkways: A Study of the Sociological Importance of Usages, Manners, Customs, Mores, and Morals*, Boston, Ginn, 1906.

TAMANAH, B.Z., *Beyond the Formalist-Realist Divide: The Role of Politics in Judging*, Princeton (NJ)/Oxford, Princeton University Press, 2010.

TAMANAH, B.Z., « The Folly of the “Social Scientific” Concept of Legal Pluralism », (1993) 20 *Journal of Law and Society* 192.

TAMANAH, B.Z., *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2001.

TAMANAH, B.Z., *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

TAMANAH, B.Z., « Socio-Legal Postivism and a General Jurisprudence », (2001) 21 *Oxford Journal of Legal Studies* 1.

TAMINIAUX, J., *Naissance de la philosophie hégélienne de l'État : commentaires et traduction de la Realphilosophie de Iéna, 1805-1806*, Paris, Payot, 1984.

TAMINIAUX, J., « Présentation », dans G.W.F. HEGEL, *Système de la Vie éthique* (1802-1803), trad. J. Taminiaux, Paris, Payot, 1976.

TAYLOR, C., « Comparison, History, Truth », dans F. REYNOLDS et D. TRACY (dir.), *Myth and Philosophy*, Albany (NY), State University of New York Press, 1990, p. 37-55.

TAYLOR, C., *Grandeur et misère de la modernité* (1991), trad. C. Melançon, Montréal, Bellarmin, 1992.

TAYLOR, C., *Hegel et la société moderne*, Québec/Paris, Presses de l'Université Laval/Cerf, 1998.

TAYLOR, C., « Irreducibly Social Goods », dans *Philosophical Arguments*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1995, p. 127-145.

TAYLOR, C., « Le juste et le bien », *Revue de métaphysique et de morale*, n °1, 1988, p. 33-56.

TAYLOR, C., « La politique de reconnaissance », dans *Multiculturalisme : différence et démocratie* (1992), trad. D.-A. Canal, Paris, Falmmarion, 1997, p. 41.

TAYLOR, C., « Shared and Divergent Values », dans R. WATTS et D. BROWN (dir.), *Options for a New Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1991, p. 53-76 (réimp. dans G. LAFOREST, *Reconciling the Solitudes: Essays on Canadian Federalism and Nationalism*, Montréal, McGill-Queens University Press, 1993, p. 155-186).

- TAYLOR, C., *Les sources du moi : la formation de l'identité moderne* (1989), trad. C. Melançon, Montréal, Boréal, 1998.
- TAYLOR, C., « Understanding and Ethnocentricity », dans *Philosophy and the Human Sciences*, Cambridge, Cambridge University Press, 1985, p. 116-133.
- TEUBNER, G., « Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society », dans G. TEUBNER (dir.), *Global Law Without a State*, Brookfield (VT), Dartmouth, 1996, p. 3-28.
- TOBIAS, J.L., « Protection, Assimilation, Civilization: an Outline History of Canada's Indian Policy », dans J.R. MILLER (dir.), *Sweet Promises: A Reader on Indian-White Relations in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1991, p. 127-143.
- TODOROV, T., *La vie commune : essai d'anthropologie générale*, Paris, Seuil, 2003.
- TREVES, R., « Hans Kelsen et la sociologie du droit », *Droit et Société. Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, n° 1/1985, p. 15-25.
- TRIGGER, B.G., *Les Indiens, la fourrure et les Blancs* (1985), trad. G. Khal, Montréal/Paris, Boréal/Seuil, 1990.
- TUGENDHAT, E., *Conscience de soi et autodétermination*, trad. R. Rochlitz, Paris, Armand Colin, 1995.
- TULLY, J., *Une étrange multiplicité. Le constitutionnalisme à une époque de diversité* (1995), trad. J. Des Chênes, Sainte-Foy (Québec), Presses de l'Université Laval, 1999.
- TULLY, J., « Struggles of Indigenous Peoples for and Freedom », dans A. WALKEM et H. BRUCE (dir.), *Box of Treasures or Empty Box? 20 Years of Section 35*, Vancouver, Theytus Books, 2003, p. 272-308.
- TUSSEAU, G., *Jeremy Bentham. La guerre des mots*, Paris, Dalloz, 2011.
- TWINING, W.L., *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, Londres, Weidenfeld and Nicolson, 1973.
- UNGER, R.M., *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1986.
- UNION OF BRITISH COLUMBIA INDIAN CHIEFS, *Treaty-Making and Title: A Non-Extinguishment Alternative for Settling the Land Question in British Columbia*, Discussion Paper no. 1, 1989.
- VATTEL, E. de, *Le Droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains* (1758), fac-sim. de l'éd. de Washington (DC), Carnegie institution of Washington, 1916, lui-même fac-sim., pour le vol. 1, des vol. I et II, et, pour le vol. 2, des vol. III et IV de l'éd. de Londres, 1758.
- VERTOVEC, S., et S. WESSENDORF (dir.), *The Multiculturalism Backlash: European discourses, policies and practices*, Londres, Routledge, 2010.

- VILLA, V., « Positivism, Legal », dans C.B. GRAY (dir.), *The Philosophy of Law: An Encyclopedia*, 2 vol., New York, Garland, 1999, vol. 2, p. 661.
- VITORIA, F. de, *Leçons sur les Indiens et le droit de guerre* (1539), trad. M. Barbier, Genève, Librairie Droz, 1966.
- VLASTOS, G., « Justice and Equality », dans J. WALDRON (dir.), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1984, p. 41-76.
- WALDRON, J., « All We Like Sheep », (1999) 12 *Canadian Journal of Law and Society* 169.
- WALDRON, J., « Dignity and Rank », *Archives européennes de sociologie / European Journal of Sociology*, vol. 48, n° 2, 2007, p. 201-237.
- WALDRON, J., « Legal Pluralism and the Contrast Between Hart's Jurisprudence and Fuller's », dans P. CRANE (dir.), *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*, Oxford/Portland (OR), Hart, 2010, p. 135-155.
- WALDRON, J., « Normative (or Ethical) Positivism », dans J. COLEMAN (dir.), *Hart's Postscript*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 411-433.
- WALDRON, J., « When justice replaces affection: the need for rights », dans *Liberal Rights. Collected Papers 1981-1991*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993, p. 370-391.
- WALINE, M., « Positivisme philosophique, juridique et sociologique », dans *Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1933, p. 516.
- WEBER, M., *Économie et société* (1922), trad. J. Freund, P. Kamnitzer, P. Bertrand, E. de Dampierre, J. Maillard et J. Chavy, 2 vol., Paris, Pocket, 1995.
- WEBER, M., *Rudolf Stammler et le matérialisme historique* (1907), trad. M. Coutu et D. Leydet, intro. M. Coutu, D. Leydet, G. Rocher et E. Winter, Sainte-Foy (Québec)/Paris, Presses de l'Université Laval/Cerf, 2001.
- WEINSTOCK, D.M., « L'actualité du bien commun », *Éthique publique*, vol. 6, n° 1, 2004, p. 117-124.
- WEINSTOCK, D.M., *Profession éthicien*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2006.
- WHITE, G.E., « From Realism to Critical Legal Studies: A Truncated Intellectual History », (1986) 40 *Southwestern Law Journal* 819.
- WHITE, G.E., *Oliver Wendell Holmes Jr.* (2000), 2^e éd., New York, Oxford University Press, 2006.
- WHYTE, J., H. LEESON et R. ROMANOW, *Canada... Notwithstanding. The Making of the Constitution, 1976-1982* (1984), éd. du 25^e anniversaire, Toronto, Thompson/Carswell, 2007.
- WIGGERSHAUS, R., *L'école de Francfort* (1986), trad. L. Deroche-Gurcel, Paris, PUF, 1993.

- WILLIAMS, B., *La honte et la nécessité* (1993), trad. J. Lelaidier, Paris, PUF, 1997.
- WILLIAMS, B., « Tolerating the Intolerable », dans S. MENDES (dir.), *The Politics of Toleration in Modern Life*, Durham (NC), Duke University Press, 1999, p. 65-76.
- WILLIAMS, R.A., « Encounters on the frontiers of international human rights law: redefining the terms of indigenous peoples' survival in the world », [1990] *Duke Law Journal* 981.
- WITTGENSTEIN, L., *Recherches philosophiques* (1953), trad. F. Dastur, M. Élie, J.-L. Gauetero *et al.*, Paris, Gallimard, 2005.
- WOODWARD, J., *Native law*, éd. à feuilles mobiles, Toronto, Carswell, 1989.
- WOOLF, Lord, « Droit Public – English Style », [1995] *Public Law* 57.
- WOOLF, Lord, « Judicial Review – the Tensions Between the Executive and the Judiciary », (1998) 114 *Law Quarterly Review* 579.
- XANTHAKI, A., *Indigenous Rights and United Nations Standards: Self-Determination, Culture, and Land*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- YOUNG, I.M., « Communication and the Other: Beyond Deliberative Democracy », dans S. BENHABID (dir.), *Democracy and Difference: Challenging Boundaries of the Political*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1996, p. 120-135.
- YOUNG, I.M., *Inclusion and Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 91.
- YOUNG, I.M., « Justice and Communicative Democracy », dans R.S. GOTTLIEB (dir.), *Radical Philosophy: Tradition, Counter-Tradition, Politics*, Philadelphie, Temple University Press, 1993, p. 23-42.
- YOUNG, I.M., *Justice and the Politics of Difference*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1990.
- ZIEGERT, K.A., « The Sociology behind the Eugen Ehrlich's Sociology of Law », *International Journal of the Sociology of Law*, vol. 7, 1979, p. 225-273.
- ZIEGERT, K.A., « The Thick Description of Law: An Introduction to Niklas Luhmann's Theory of Operatively Closed Systems », dans R. BANAKAR et M. TRAVERS (dir.), *An Introduction to Law and Social Theory*, Oxford/Portland (OR), Hart Publishing, 2002, p. 55-75.
- ZLOTKIN, N.K., « Judicial Recognition of Aboriginal Customary Law: Selected Marriage and Adoption Cases », (1984) 4 *Canadian Native Law Reporter* 1.