

Université de Montréal

Les droits collectifs — de quel droit?

par

Frédéric Charette

Faculté de droit

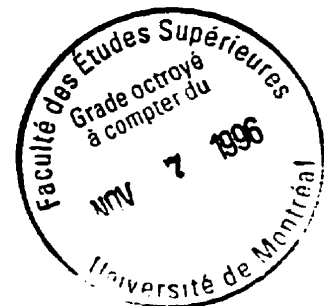
Thèse présentée à la Faculté des études supérieures

en vue de l'obtention du grade de

Docteur en droit (LL.D.)

Juin 1996

© Frédéric Charette, 1996





National Library
of Canada

Acquisitions and
Bibliographic Services

395 Wellington Street
Ottawa ON K1A 0N4
Canada

Bibliothèque nationale
du Canada

Acquisitions et
services bibliographiques

395, rue Wellington
Ottawa ON K1A 0N4
Canada

Your file Votre référence

Our file Notre référence

The author has granted a non-exclusive licence allowing the National Library of Canada to reproduce, loan, distribute or sell copies of his/her thesis by any means and in any form or format, making this thesis available to interested persons.

The author retains ownership of the copyright in his/her thesis. Neither the thesis nor substantial extracts from it may be printed or otherwise reproduced with the author's permission.

L'auteur a accordé une licence non exclusive permettant à la Bibliothèque nationale du Canada de reproduire, prêter, distribuer ou vendre des copies de sa thèse de quelque manière et sous quelque forme que ce soit pour mettre des exemplaires de cette thèse à la disposition des personnes intéressées.

L'auteur conserve la propriété du droit d'auteur qui protège sa thèse. Ni la thèse ni des extraits substantiels de celle-ci ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans son autorisation.

0-612-21444-3

Université de Montréal
Faculté des études supérieures

Cette thèse intitulée

Les droits collectifs — de quel droit?

présentée par

Frédéric Charette

a été évaluée par un jury composé des personnes suivantes:

| | |
|---------------------------|------------------------|
| Monsieur Karim Benyekhlef | président |
| Monsieur Ejan Mackaay | directeur de recherche |
| Monsieur Lukas Sosoe | membre du jury |
| Madame Catherine Valcke | examinatrice externe |
| Monsieur Robert Vandycke | représentant du doyen |

Thèse acceptée le: 19 septembre 1996

SOMMAIRE

La notion de droits collectifs est étrangère au droit. Pourtant, on la retrouve employée avec assurance dans le langage politique et médiatique, comme si l'épithète "collectif" accolée au mot "droit" suffisait à en garantir la validité. Un certain nombre de philosophes du droit se sont employés à apporter une justification morale aux droits collectifs. Ce débat constitue le point d'origine de notre démarche.

Cette thèse a pour but de faire la lumière sur les emplois juridiquement propres des "droits collectifs". Cette entreprise exige de faire d'abord le point sur certains postulats implicites du débat sur les droits collectifs. Dans une première partie, la communauté morale apparaîtra comme le fruit de l'interaction répétée entre les individus dans un contexte d'imitation rationnelle. Le rôle que joue l'autonomie est alors fort différent de celui que décrivent les tenants des droits collectifs. Ensuite, les prémisses selon

lesquelles l'État et le droit public sont les fondements de la vie en société seront écartées à la faveur de la société civile. En l'absence de l'État, le modèle des droits basés sur la reconnaissance d'intérêts suffisants s'évanouit de lui-même. Son remplacement passe par une théorie des droits basée sur la connaissance.

La deuxième partie offrira une vision critique des droits collectifs. Dans un premier temps, un principe d'économie permettra de faire le départ des usages impropres des droits collectifs. Lorsque des droits individuels remplissent une fonction identique à celle revendiquée par des droits collectifs, il y a un intérêt à éliminer les usages superflus. Ce travail préliminaire permettra d'aborder, dans un deuxième temps, la délicate question de la survie culturelle des communautés minoritaires. On constatera alors les apories auxquelles aboutissent des droits collectifs conçus comme des droits-créances.

Les droits collectifs ne s'imposeront, dans un troisième temps, qu'au moment où une communauté réclamera pour elle-même le pouvoir de faire ses lois. Le droit collectif se définit alors comme le droit de se constituer en personne morale. C'est une condition préalable pour revendiquer la prépondérance des lois de la communauté dans les matières locales. Cette volonté se heurtera au monopole de l'État: mais à l'image des libertés fondamentales, si les droits collectifs semblent difficiles à mettre en oeuvre, ils peuvent toutefois donner des raisons d'agir.

RÉSUMÉ

La notion de droits collectifs est étrangère au droit. Pourtant, on la retrouve déployée avec assurance dans le langage politique et médiatique, comme si l'épithète "collectif" accolée au mot "droit" suffisait à en garantir la validité. Un certain nombre de philosophes du droit se sont donc employés à apporter une justification morale aux droits collectifs. Ce débat, qui s'articule autour du *Liberalism, Community, and Culture* de Will Kymlicka et du *Secession* de Allen Buchanan, constitue le point d'origine de notre démarche.

Cette thèse a pour but de faire la lumière sur les emplois juridiquement propres des "droits collectifs". Dans une première partie, rédigée en anglais, on verra la communauté morale émerger de l'interaction répétée entre des individus qui font appel à l'imitation rationnelle. La place de l'autonomie dans ce modèle est fort différente de celle que proposent les promoteurs des

droits collectifs. Ensuite, on examinera les prémisses selon lesquelles l'État et le droit public sont les fondements de la vie en société. En l'absence de l'État, le modèle des droits basés sur la reconnaissance d'intérêts suffisants s'évanouit de lui-même. Son remplacement passe par une théorie des droits basée sur la connaissance.

Pour pouvoir offrir une conception viable des droits collectifs, il faut revoir le statut de la communauté. Dans la littérature sur les droits collectifs, celle-ci apparaît, d'une part, comme une entité dont l'existence est indépendante de celle de ses membres. D'autre part, les individus qui appartiennent à cette communauté sont issus d'elle, mais aspirent en même temps à l'autonomie. Il n'est jamais question du rôle fondamental de l'imitation. Or, les phénomènes d'imitation peuvent contribuer puissamment à la fois au maintien de la communauté et à l'abandon de l'autonomie.

Lorsqu'on intègre les phénomènes d'imitation à la problématique de l'émergence des règles morales qui caractérisent la communauté, deux observations s'ensuivent. D'abord, il apparaît manifeste que l'autonomie n'a pas le statut prépondérant qu'on suppose généralement. Ensuite, la communauté perd rapidement son statut ontologique premier pour n'exister que comme émergence des imitations réciproques auxquelles se livrent les individus. On se trouve alors à mi-chemin de l'opposition entre la communauté comme sujet indépendant et la communauté comme construction volontaire de ses membres.

Si la communauté peut se maintenir elle-même grâce aux interactions répétées des individus, cela implique que ses règles morales devraient suffire à assurer l'ordre public. Où se trouve la nécessité du droit? On rejoint ici le second *a priori*, celui de la primauté de l'État comme condition nécessaire de l'ordre intérieur. Cet *a priori* trouve son expression chez Kant, particulièrement dans la *Doctrine du droit*, dont l'influence est souvent négligée.

La place incontournable de l'État constitue le principal obstacle à l'élaboration d'une théorie des droits collectifs qui puisse s'intégrer sans mal au corpus juridique existant. Or, loin d'être nécessaire, l'État apparaît comme un phénomène contingent et historiquement daté. La nécessité du droit n'est pas immanente au rôle de l'État, mais plutôt l'expression de la difficulté à coordonner l'interaction humaine lorsque les interactions ne suffisent pas à provoquer l'émergence d'une communauté. Le droit, comme la morale de la communauté, est une solution spécifique qui émerge des particularités de l'interaction humaine.

Cette mise à l'écart de l'État a des conséquences importantes pour le débat sur les droits collectifs, puisque les solutions de Kymlicka (l'octroi de droits-créances) et de Buchanan (la volonté de faire sécession) reposent toutes deux sur la mise en oeuvre du pouvoir de l'État à des fins particulières. La théorie des droits qui sous-tend le débat sur les droits collectifs est en quelque sorte une conception "habilitante" des droits, conçus comme des octrois qui favorisent l'autonomie. Mais peut-on concevoir des droits

collectifs sans l'État? Puisqu'il aurait été inconséquent de fournir *a priori* une définition restrictive des droits collectifs pour ensuite écarter d'autres usages, il faudra faire appel, au moment de proposer notre propre conception des droits collectifs, à une théorie des droits basée sur la connaissance.

Cette théorie des droits est l'aboutissement du second article. Les droits y sont conçus comme déterminant des frontières entre les individus. C'est seulement par une extension métonymique que nous pouvons parler, par exemple, d'*avoir* un droit de propriété. Le droit de propriété, c'est plutôt l'institution qui désigne un propriétaire et lui octroie non seulement des pouvoirs sur un bien, mais également des obligations et des responsabilités à l'égard de celui-ci. Cette même institution définit également les pouvoirs et les obligations des tiers à l'égard du bien d'autrui. Les droits apparaissent comme des instruments de connaissance qui permettent aux individus qui ne partagent pas les mêmes moeurs d'entrer en interaction à moindre coût.

La deuxième partie aborde directement le thème principal de la thèse, et ses deux premiers chapitres (3 et 4) peuvent se lire sans référence à la première partie. Ces deux articles exposent les principaux écueils sur lesquels échouent les droits collectifs qu'on retrouve dans la littérature. Dans un premier temps, on fera le départ des usages impropres des droits collectifs en faisant appel à un principe d'économie. Lorsqu'il existe des droits individuels dont la fonction est identique à celle revendiquée par des droits collectifs, ceux-ci seront jugés superflus. Ce travail préliminaire de

nettoyage permettra d'aborder, dans un deuxième temps, la délicate question de la survie culturelle des communautés minoritaires.

De prime abord, la reconnaissance de droits collectifs pour protéger l'existence des cultures minoritaire menacées semble aller de soi. À l'examen, on constate toutefois les apories auxquelles aboutissent des droits collectifs conçus comme des droits-créances. L'intervention de l'État crée des conditions qui empêchent d'apprécier la volonté d'appartenance des individus. Au surplus, ces garanties engagent chaque citoyen à payer le coût de préférences dont il n'est pas le maître. Enfin, de tels droits n'échappent pas aux critiques levées précédemment: ces créances demeurent l'apanage d'une personne morale, elles participent donc de la nature d'un droit subjectif.

La seule avenue toujours ouverte pour les droits collectifs participe du droit à l'auto-détermination. Le droit international en admet deux interprétations, qui font toutes deux appel à la souveraineté absolue de l'État. Dans un tel contexte, les droits collectifs sont voués à l'échec. Une dynamique inéluctable de centralisation des pouvoirs s'inscrit dans le sillage d'un monopole législatif et tend à reproduire la tyrannie de la majorité au combat de laquelle les droits collectifs étaient d'abord voués.

Ce constat permettra d'illustrer la nécessité des droits collectifs lorsqu'il s'agit pour une communauté de réclamer pour elle-même la personnalité juridique. Puisque les droits collectifs ont vocation à s'attaquer au pouvoir de l'État, il est illusoire de s'en remettre au législateur pour reconnaître des

concurrents éventuels. Ce droit collectif de se constituer en personne morale s'inscrit dans la perspective d'un rapatriement des compétences législatives sur les matières locales. Les droits collectifs apparaissent comme une étape nécessaire pour revendiquer la prépondérance des lois de la communauté dans les matières locales.

Cette thèse participe d'une double mission. Sa mission juridique consiste à élaguer les branches mortes des droits collectifs pour n'en retenir que le tronc vivant. Sa mission libérale repose sur la nécessité d'identifier les avenues possibles pour maintenir l'État de droit face à la croissance ininterrompue de l'État moderne et de son contrôle sur la vie de ses citoyens.

Les droits collectifs — de quel droit?

| | |
|---|-----|
| <i>Identification du jury</i> | ii |
| <i>Sommaire</i> | iii |
| <i>Résumé</i> | v |
| <i>Remerciements</i> | xiv |
| Introduction générale | 1 |
| Première partie | |
| chapitre 1 The Emergence of the Moral Community | |
| Introduction | 23 |
| I. Rule Learning and Rule Following | 25 |
| A. Basic Assumptions About Human Learning | 26 |
| B. The Rationality of Imitation | 29 |
| C. The True Meaning of Autonomy | 34 |
| II. The Dynamic of Moral Stability | 40 |
| A. Autonomous Behavior while Facing Uncertainty | 41 |
| B. The Individual Enforcement of Morality | 48 |
| Conclusion | 55 |

chapitre 2 Toward a Knowledge-Based Theory of Rights

| | |
|---|------------|
| Introduction | 56 |
| I. The Domain of the Law | 60 |
| A. The Need for Law: Encounter of Another Kind | 61 |
| B. Private and Public Law: The Third-Party Monopoly | 70 |
| II. The Method of the Law | 79 |
| A. Breaking From an Enabling Model of Rights | 80 |
| B. Toward a Knowledge-Based Theory of Rights | 85 |
| 1) The Production of Rights | 86 |
| 2) From Boundaries to Legal Institutions | 93 |
| Conclusion | 100 |

Deuxième partie

chapitre 3 Des usages intempestifs de l'expression "droits collectifs"

| | |
|---|------------|
| Introduction | 103 |
| I. Du mot "droit" appliqué aux intérêts collectifs | 105 |
| A. Les droits collectifs comme compléments des droits individuels | 106 |
| B. Les droits collectifs comme succédanés des droits individuels | 111 |
| C. Les droits collectifs comme limites aux droits individuels | 114 |
| II. De l'épithète "collectif" accolée au droit | 119 |
| A. L'attribution de droits à un sujet collectif | 120 |
| B. La désignation de droits collectifs en raison de leur exercice | 125 |
| C. L'attribution de droits en raison de l'appartenance à une collectivité | 127 |
| a) Le droit à l'égalité | 128 |
| b) Les régimes d'exception | 133 |
| Conclusion | 136 |

chapitre 4 Les droits collectifs comme droits-créances

| | |
|--|------------|
| Introduction | 138 |
| I. Les apories de droits collectifs à la survie | 141 |
| A. La survie collective et la valeur de la communauté | 142 |
| B. La liberté d'autrui et les droits-créances | 154 |
| II. Du rapport des individus à l'autorité | 160 |
| A. L'autorité de la tradition | 165 |
| B. L'autorité de la loi | 173 |
| Conclusion | 184 |

chapitre 5 Les droits collectifs comme droits-libertés

| | |
|---|------------|
| Introduction | 187 |
| I. L'État moderne et le fédéralisme | 196 |
| II. Les droits collectifs comme frontières juridictionnelles | 210 |
| A. La reconnaissance formelle des collectivités locales | 214 |
| B. La portée juridictionnelle dans le domaine intérieur | 222 |
| III. La viabilité d'un régime fondé sur la reconnaissance de droits collectifs | 237 |
| Conclusion | 249 |

Conclusion générale 251

Tables bibliographiques

| | |
|---|-----|
| Table de la législation | |
| Textes constitutionnels | 260 |
| Textes étrangers | 260 |
| Table des jugements | |
| Jurisprudence canadienne | 260 |
| Jurisprudence américaine | 261 |
| Jurisprudence d'autres provenances | 261 |
| Bibliographie | |
| Monographies et recueils | 261 |
| Articles de revue et études contenues dans les recueils | 273 |
| Articles de journaux et de magazines | 296 |

REMERCIEMENTS

Mes remerciements vont d'abord à mon directeur de recherche, Monsieur Ejan Mackaay, pour sa disponibilité constante et la justesse de ses commentaires. Son appui et sa rigueur intellectuelle ont été pour moi une source inépuisable de motivation et d'inspiration. Je remercie également Messieurs Martin Philibert et Stéphane Bernatchez, ainsi que Madame Isabelle Duplessis, pour leurs commentaires judicieux sur les versions préliminaires des chapitres rédigés en anglais. Une mention toute spéciale à Monsieur le doyen François Chevette, qui a appuyé avec enthousiasme toutes les démarches entreprises parallèlement à la rédaction de cette thèse.

Cette thèse a été rendue possible grâce au soutien financier de la Fondation Desjardins, du Ministère fédéral de la justice, du Conseil de recherches en sciences humaines du Canada, de la Faculté des études supérieures et de la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

*À Elisabeth
Pour sa patience
Et son amour*

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Le juriste ne peut échapper au flou extrême qui enveloppe la notion de "droits collectifs". Ceux-ci n'apparaissent pas dans les dictionnaires de droit, on ne les trouve dans aucune loi et les tribunaux n'en discutent qu'en périphérie de leurs décisions. Le civiliste les interprétera soit comme une expression antagoniste des droits individuels, mais dépourvue de poids juridique, soit comme une fiction légale au même titre que celle de personne morale. Le publiciste n'y verra qu'une expression redondante du "droit des minorités", ou même l'antithèse des droits de l'homme, un camouflage de la raison d'État. La notion s'étant développée en dehors de toute référence au corpus juridique établi, sa persistance étonne.

Pourtant, les droits collectifs ont frappé l'imagination d'une audience grandissante: politiciens et activistes ne manquent pas une occasion de rappeler

leur importance ou de revendiquer leur mise en oeuvre. La notion a reçu dans le vocabulaire politique et médiatique une consécration qui ne se dément pas. On n'aura de cesse, sitôt que l'on prétend parler au nom d'une communauté, de revendiquer de tels droits pour le bénéfice de ses membres. Les puissantes connotations du mot "droit" se doublent de la légitimité toute utilitaire que véhicule l'épithète "collectif". Il n'est pas étonnant qu'une telle formule ait fait la fortune des rhéteurs et d'autres spécialistes de la communication de masse. Comme la liberté et l'égalité, voilà une idée dont l'ambiguïté même se donne en gage de son succès.

L'abstraction des droits collectifs et leur universalité, à l'image des droits de l'homme, leur a permis d'investir le langage politique. Le juriste, s'il reconnaît la valeur des droits humains, ne manque pas d'entrevoir dans les droits collectifs une nouvelle manifestation d'inflation verbale. Celle-ci participerait du même esprit que ces droits sociaux dont personne ne peut réclamer la mise en oeuvre ¹.

Pourtant, l'incertitude qui entoure la signification juridique des droits collectifs n'a pas empêché les philosophes d'en débattre largement ². On s'est

-
1. Voir par exemple le chapitre IV (art. 39 à 48) de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12 qui comprend notamment le droit à l'attention de ses parents, le droit à l'enseignement moral, le droit de faire progresser sa vie culturelle et le droit à un niveau de vie décent.
 2. Voir notamment Will KYMLICKA, *Liberalism, Community, and Culture*, Oxford, Clarendon Press, 1989; Guy LAFRANCE (dir.), *Éthique et droits fondamentaux*, Ottawa, Les Presses de l'Université d'Ottawa, 1990, chap. 5; le numéro spécial du *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, (1991) numéro 4 consacré entièrement aux droits collectifs; Allen BUCHANAN, *Secession—The Morality of Political Divorce from Fort Sumter to Lithuania and Quebec*, Boulder, Westview Press, 1991.

interrogé sur le titulaire de ces droits nouveaux, sur les intérêts qu'ils protègent, sur les biens qu'ils assurent. On suggère comment de tels droits pourraient secourir des communautés dont la langue, la culture ou la religion sont menacées, parfois même aux dépens des droits individuels. Chaque fois, la démonstration repose sur l'importance — présumée ou démontrée — de la communauté pour le développement humain et l'autonomie personnelle.

Ce traitement ne trouve cependant aucun écho dans la doctrine juridique, hormis quelques tentatives singulières³. L'imprécision même du vocable permet toutefois d'y rattacher un nombre considérable de problématiques propres au droit interne. Ainsi, on parlera de droits collectifs dans le cadre du droit syndical, de la liberté de port d'armes, des droits sociaux, des programmes d'action positive, du découpage des circonscriptions électorales, du choix de la langue d'enseignement ou de la langue d'affichage, des traités avec les Premières Nations et du droit des corporations. Cette énumération non exhaustive illustre soit la fécondité d'un concept qui souffrirait par ailleurs d'une absence totale de définition, soit un usage purement métaphorique toutes les fois qu'un litige comporte une dimension sociale ou publique.

3. Voir par exemple François CHEVRETTE, «Les concepts de "droit acquis", de "droit des groupes" et de "droit collectif" dans le droit québécois», dans *Rapport de la Commission d'enquête sur la situation de la langue française et sur les droits linguistiques au Québec* — vol. 2, Québec, Éditeur officiel, 1972, p. 404; Pierre CARIGNAN, «De la notion de droit collectif et de son application en matière scolaire au Québec», (1984) 18 *Revue Juridique Thémis* 1.

C'est en droit constitutionnel, dans le parallèle avec les droits des minorités, que l'assise des droits collectifs est la plus solide et que l'expression dégage le moins de nouveauté. En effet, au Canada comme dans toutes les fédérations, la Constitution du pays accorde à certains groupes minoritaires désignés des droits d'une très grande diversité. L'adoption de ces droits par le Constituant ne fut pas le résultat d'une élaboration théorique, mais généralement de compromis politiques. Par exemple, on retrouve dans la Constitution canadienne des dispositions relatives aux langues officielles, à l'instruction dans la langue de la minorité et à l'établissement d'écoles confessionnelles, et des dispositions visant les peuples autochtones. La Charte canadienne des droits et libertés elle-même contient une disposition interprétative en faveur du multiculturalisme (art. 27), qui pourrait moduler l'application du droit à l'égalité (art. 15) de manière à favoriser l'égalité entre les groupes ⁴.

Du point de vue du droit international, la revendication de "droits collectifs" *a quo* est neuve, au moins dans le contexte du droit des minorités. Cette dernière terminologie fut solidement établie dès avant la Première Guerre mondiale, mais fut ternie par l'emploi qu'en fit l'Allemagne nazie, au soutien de ses velléités de conquête visant prétendument à préserver des intérêts allemands hors d'Allemagne. Louis Sabourin exprime alors sa

4. José WOEHLING, «La Constitution canadienne et la protection des minorités ethniques», (1986) 27 *Cahiers de Droit* 171.

conviction que les droits collectifs sont un synonyme, à son avis superflu, des “droits des minorités”⁵.

Le dernier quart de siècle a également connu une multiplication des droits revendiqués à l'échelle planétaire, droits dits de la deuxième, voire de la troisième génération. L'incroyable force d'attraction des droits de l'homme a provoqué l'apparition dans leur orbite d'un nombre impressionnant de soi-disant nouveaux droits. Dans bien des cas, ces droits revendiqués se classent difficilement sous la bannière des droits minoritaires, étant donné leur portée véritablement universelle. Nous avons ici à l'esprit tout particulièrement les droits du genre humain, par exemple le droit à la paix ou le droit à un environnement sain. Dans un tel contexte, le vocable de “droits collectifs” paraît d'un usage moins suspect, même si la portée de ces nouveaux droits demeure douteuse.

Dans les deux cas, la principale inquiétude des juristes de droit international a porté sur le conflit potentiel de ces soi-disant droits collectifs avec les droits individuels de première génération. L'accent a donc été placé sur la hiérarchisation de ces diverses générations de droits, la plupart des auteurs insistant sur la primauté absolue de l'individu, quelques-uns réclamant au contraire pour les droits collectifs une pleine efficacité sans laquelle, disent-ils, les libertés individuelles demeurent vides.

5. Louis SABOURIN, «Le fédéralisme et les conventions internationales des droits de l'homme», dans Allan GOTLIEB (dir.), *Human Rights, Federalism and Minorities — Les droits de l'homme, le fédéralisme et les minorités*, Toronto, Canadian Institute of International Affairs, 1970, p. 67, à la p. 78.

Ce hiatus entre les usages politiques et philosophiques et le poids juridique de l'expression "droits collectifs" a donc fourni la matière d'interrogations premières. Doit-on voir dans ce développement inattendu de l'usage une anticipation de l'évolution du droit? Doit-on craindre, dans ce cas, que la puissance législative ne lui souffle vie, pour qu'elle puisse porter aussitôt une entaille supplémentaire dans le domaine du droit privé? Doit-on au contraire espérer que des droits nouveaux puissent venir au secours des communautés minoritaires menacées par l'hégémonie de l'État?

Ces questions s'incrivent dans le contexte des sociétés libérales, pluralistes et démocratiques. Celles-ci sont composées d'individus d'appartenance ethnique variée, aux croyances diverses, une diversité elle-même exacerbée par une morale individualiste. Au surplus, ces sociétés sont parfois plurilingues, ajoutant à l'écart des valeurs celui des mots. On conçoit ainsi que la discussion sur les droits collectifs ait trouvé son origine dans une situation politique que partagent les démocraties libérales. Chez certaines d'entre elles, cette situation a atteint un degré d'urgence tel qu'il interdit le statu quo. La question du Québec présente, à cet égard, bien peu de relief lorsqu'on la compare aux problèmes que connaissent, notamment, l'ex-Yougoslavie ou l'Irlande du Nord.

Aucun pays au monde n'est composé d'une population parfaitement homogène aussi bien culturellement qu'historiquement. Le Japon et la France, qu'on perçoit pourtant comme des pays unitaires ayant une culture

particulièrement définie, doivent tous deux composer avec au moins un groupe minoritaire politiquement actif. Même les États-Unis du “creuset ethnique” ont dû régler des différends internes à la pointe de la bayonnette il y a moins de deux cents ans, et aujourd’hui encore les différences religieuses et morales entre les États s’affichent haut et fort. On comprendra que les tensions culturelles soient exacerbées dans des pays aux populations moins homogènes. Les exemples sont multiples: Hongrois en Roumanie, Basques en Espagne, Écossais en Grande-Bretagne, notamment, sans oublier les milliers de peuples autochtones dans les régions de conquête européenne.

La difficulté à laquelle les citoyens de tous les États pluralistes font face consiste à réconcilier l’idéal démocratique avec le principe de l’égalité des citoyens, étant entendu que le premier peut verser à tout moment dans la tyrannie de la majorité et le second dans une politique d’uniformisation des mœurs. Cette réconciliation, si elle est possible, ne passe aucunement par la réalisation d’une harmonie entre les communautés, mais simplement par l’élévation du seuil de tolérance des individus à un niveau suffisant au maintien de la paix et de l’ordre et, partant, propice à l’interaction. Les libéraux — au sens européen — partagent cet objectif, même s’ils se divisent sur les moyens à mettre en oeuvre pour y parvenir.

Cette difficulté devient insurmontable lorsqu’une majorité se réclame de la démocratie pour imposer à tous une certaine conception du bien ou lors-

qu'une minorité, poursuivant la même fin, entreprend d'ériger son propre État souverain, à défaut de pouvoir se rallier à une majorité voisine. Dans le premier cas, une partie des citoyens subit contre son gré le monopole de la violence. Dans le second, tous risquent de perdre les bénéfices de l'intégration territoriale, sans compter les dangers réels de confrontation armée. Tout le problème consiste à trouver une voie médiane qui permette la cohabitation politique de conceptions distinctes du bien commun, sans verser ni dans la contrainte par l'État, ni dans la dissolution de celui-ci.

Kymlicka, dans *Liberalism, Community and Culture*⁶, opte pour la protection des cultures minoritaires au sein de l'État libéral. Si l'État libéral prend vraiment au sérieux l'autonomie individuelle, écrit-il, il doit reconnaître l'héritage culturel comme une de ses conditions nécessaires. Par conséquent, les sociétés libérales doivent non seulement s'abstenir d'uniformiser les pratiques culturelles, mais encore doivent-elles intervenir législativement pour soutenir et protéger des cultures minoritaires désavantagées dans leur rapport à la majorité.

Allen Buchanan, dans *Secession: The Morality of Political Divorce from Fort Sumter to Lithuania and Quebec*⁷, demeure plus sceptique quant à la possibilité de trouver la voie médiane dans la renonciation volontaire de l'État à édifier une identité nationale. Selon lui, les droits collectifs doivent être envisagés à partir du droit de sécession. Buchanan justifie ce choix radical

6. W. KYMLICKA, *op. cit.*, note 1.

7. A. BUCHANAN, *op. cit.*, note 1.

en affirmant que le fédéralisme n'offre tout au plus qu'une possibilité de tempérer les ardeurs sécessionnistes, sans pouvoir y mettre fin d'aucune manière définitive.

Les groupes culturellement distincts et menacés formeraient donc l'objet des droits collectifs et la protection de cette différence serait moralement nécessaire. Ici, les positions varient quant aux raisons ultimes qui justifient le maintien de la différence par l'usage du droit, et donc ultimement de la contrainte: Kymlicka s'appuie sur la valeur de la culture comme contexte de choix indispensable pour des individus appelés à l'autonomie, tandis que Buchanan souligne la diversité des valeurs culturelles en tant que valeur intrinsèque et l'émancipation devant l'oppression vécue vis-à-vis de groupes culturellement dominants.

Ces deux philosophes représentent les tendances centrales au coeur desquelles s'inscrivent les études sur les droits collectifs. Tous deux constatent la situation difficile des cultures minoritaires dans l'État moderne et cherchent à y échapper en affirmant un droit *moral* des communautés à rechercher l'une ou l'autre conclusion: soit un droit moral des groupes culturellement distincts au maintien de leurs traditions, même à la charge de la majorité, soit un droit moral qualifié à la sécession pour le bénéfice de groupes nationaux dont la survie est culturellement menacée.

Dans l'un et l'autre cas, l'État n'abdique jamais sa souveraineté. Kymlicka cherche à mettre cette souveraineté au service des plus démunis en usant du

monopole de la violence pour contraindre l'ensemble des citoyens à payer le coût des préférences d'une minorité. Buchanan propose à la communauté impuissante à faire jouer le bras séculier en sa faveur, de s'arroger la puissance souveraine. Dans les deux cas, la liberté est de courte durée, puisqu'elle s'inscrit dans la dépendance chez l'un, et dans le retour de la tyrannie de la majorité au sein du nouvel État souverain chez l'autre.

De prime d'abord, il est apparu nécessaire de réunir la littérature s'inscrivant dans ces deux tendances et d'en faire une critique en quelque sorte interne. Cette critique aurait donc consisté à raffiner les modèles existants. Toutefois, et bien qu'il soit possible d'apprécier la validité de nombreux arguments apportés au soutien des droits collectifs, il apparaissait évident que certaines conclusions ne pouvaient être facilement intégrées au droit positif.

Les droits collectifs, si on en croit la doctrine actuelle, devrait être reconnus aussitôt les conditions suivantes réunies. D'abord, établir l'existence d'un groupe et en faire un sujet de droit (une personne morale). Ensuite, déterminer si cette personne morale possède des intérêts suffisants qui permettraient de justifier de lui reconnaître certains droits, ceux-ci pouvant être soit négatifs (abstention de l'État) ou positifs (intervention de l'État sous forme de privilèges ou de deniers). À l'heure actuelle, quiconque discute des droits collectifs — pour les reconnaître ou pour s'y opposer — s'inscrit dans cette démarche. Les opposants à de tels droits refuseront de reconnai-

tre que certains groupes puissent être reconnus comme sujets de droit, ou nieront l'importance des intérêts en cause, ou suggéreront que toute la problématique soit assimilée à la législation sur les corporations.

Le parcours argumentatif exposé ci-dessus ne parvient pas à rejoindre toute la complexité des problèmes posés par la reconnaissance de droits collectifs. Parmi les problématiques que soulève un tel débat, soulignons la question de la nature et des fins du droit, la portée des libertés individuelles et le rôle de la législation. Il est apparu impossible de faire l'économie d'une réflexion sur les *a priori* de ce débat, au moment d'aborder des questions qui engagent une vision des rapports entre la morale et le droit, entre l'individu et sa communauté, entre les citoyens et leurs représentants démocratiquement élus.

Dans une première partie, deux articles préliminaires sont consacrés à l'examen de l'émergence des règles et de la théorie des droits. Ces articles ne sont pas des revues de la littérature, mais plutôt l'exposé d'une conception personnelle qui permettra de faire justice à l'idée de droits collectifs telle qu'elle est exposée au chapitre 5⁸. En effet, les chapitres 3 et 4 faisant éclater le ballon des droits collectifs, il devenait impératif, avant de

8. Si ces deux articles ne précèdent pas immédiatement le chapitre 5, c'est d'abord parce qu'ils sont rédigés en anglais, mais surtout parce qu'ils servent néanmoins de cadre général de discussion pour les trois articles sur les droits collectifs proprement dit. Par conséquent, il est parfaitement possible de commencer la lecture au chapitre 3 et de renvoyer aux deux premiers articles qu'au besoin.

s'engager plus avant, de revenir sur les concepts-clés de "communauté" (chapitre 1) et de "droit" (chapitre 2).

Le premier *a priori* de toutes les discussions sur les droits collectifs concerne le statut de la communauté. D'une part, celle-ci y est conçue comme une entité dont l'existence est indépendante de celle de ses membres. D'autre part, les individus qui appartiennent à cette communauté sont issus d'elle, mais aspirent en même temps à l'autonomie. Il n'est jamais question du rôle fondamental de l'imitation. Or, les phénomènes d'imitation peuvent contribuer puissamment à la fois au maintien de la communauté et à l'abandon de l'autonomie.

Lorsqu'on intègre les phénomènes d'imitation à la problématique de l'émergence des règles morales qui caractérisent la communauté, deux observations s'ensuivent. D'abord, il apparaît manifeste que l'autonomie n'a pas le statut prépondérant qu'on suppose généralement. Ensuite, la communauté perd rapidement son statut ontologique premier pour n'exister que comme émergence des imitations réciproques auxquelles se livrent les individus. On se trouve alors à mi-chemin de l'opposition entre la communauté comme sujet indépendant et la communauté comme construction volontaire de ses membres.

Si la communauté peut se maintenir elle-même grâce aux interactions répétées des individus, cela implique que ses règles morales devraient suffire à assurer l'ordre public. Où se trouve la nécessité du droit? On rejoint ici le

second *a priori*, celui de la primauté de l'État comme condition nécessaire de l'ordre intérieur. Cet *a priori* trouve son expression chez Kant, particulièrement dans la *Doctrine du droit*, dont l'influence est souvent négligée.

La place incontournable de l'État constitue le principal obstacle à l'élaboration d'une théorie des droits collectifs qui puisse s'intégrer sans mal au corpus juridique existant. Or, loin d'être nécessaire, l'État apparaît comme un phénomène contingent et historiquement daté. La nécessité du droit n'est pas immanente au rôle de l'État, mais plutôt l'expression de la difficulté à coordonner l'interaction humaine lorsque les interactions ne suffisent pas à provoquer l'émergence d'une communauté. Le droit, comme la morale de la communauté, est une solution spécifique qui émerge des particularités de l'interaction humaine.

Cette mise à l'écart de l'État a des conséquences importantes pour le débat sur les droits collectifs, puisque les solutions de Kymlicka et de Buchanan reposent toutes deux sur la mise en oeuvre du pouvoir de l'État à des fins particulières. La théorie des droits qui sous-tend le débat sur les droits collectifs est en quelque sorte une conception "habilitante" du droit. Les droits y sont conçus comme des octrois qui favorisent l'autonomie, qu'il s'agisse de droits-libertés ou de droits-créances. Mais si l'on peut concevoir le droit sans l'État, peut-on concevoir des droits collectifs sans l'État?

Le second article s'interroge sur la relation entre l'État et le droit et souligne l'indépendance conceptuelle du second par rapport au premier. Les droits

y sont conçus comme déterminant des frontières entre les individus, et c'est seulement par une extension métonymique que nous pouvons parler, par exemple, d'*avoir* un droit de propriété. Le droit de propriété, c'est l'institution qui octroie au propriétaire non seulement des pouvoirs sur un bien, mais également des obligations et des responsabilités à l'égard de celui-ci. Cette même institution définit également les pouvoirs et les obligations des tiers à l'égard du bien d'autrui. Les droits apparaissent comme des instruments de connaissance qui permettent aux individus qui ne partagent pas les mêmes moeurs d'entrer en interaction à moindre coût.

Le thème principal de la thèse se retrouve aux chapitres 3 et 4 de la seconde partie. Rappelons les grandes lignes du débat. Les droits collectifs présentent trois aspects généraux. D'abord, on constate que ce débat ne se limite pas au terrain académique, mais occupe une place certaine dans les débats politiques rapportés par la presse écrite. Ensuite, on remarque que la justification des droits collectifs dans la doctrine est surtout l'affaire des philosophes et qu'elle repose sur une analyse morale. Enfin, la mise en oeuvre de tels droits n'a été jusqu'ici envisagée que sous l'angle de la redistribution, qu'elle soit économique (discrimination positive) ou territoriale (sécession).

La question des usages occupera toute entière le troisième article. Ce sera notre ambition de repérer les emplois les plus fréquents de l'expression "droits collectifs" et de déterminer s'il s'agit véritablement d'usages qui ne trouvent aucun équivalent dans le vocabulaire juridique. Il est certain qu'à

leur face même de nombreux emplois de l'expression "droits collectifs" entendent d'abord capitaliser sur la légitimité bien définie du mot "droit" et sur celle plus diffuse de la communauté à laquelle renvoie son épithète. Il devient donc essentiel de circonscrire avec précision la réalité nouvelle à laquelle les droits collectifs pourront s'appliquer et écarter du même coup tous les emplois synonymes d'autres instruments juridiques.

Par ailleurs, et bien que le droit reconnaisse à bien des égards l'importance qu'attachent les individus à leurs affections communautaires, il n'est pas assuré que les revendications prétendant maintenir ces attachements privilégiés soient elles-mêmes toutes légitimes. Bien plus, la perspective juridique n'admet généralement l'intervention du droit qu'en cas de conflit: autrement, on se trouve dans le domaine des privilèges — littéralement, *privatae leges*, lois privées. Il s'agit donc de faire le départ entre les réactions justifiées à des conflits réels ou à des abus ressentis et la recherche de privilèges irréguliers⁹.

La possibilité réelle de recourir à des instruments existants du droit positif ne suffit pas à écarter le recours à certaines formes de droits collectifs. Simplement, on peut légitimement croire que la plupart des revendications trouveront une résolution plus adéquate et plus assurée par le jeu de droits individualisés.

9. Reconnaisant même la légitimité de certaines revendications, il n'est pas certain que l'attribution de droits nouveaux soit à favoriser dans de tels cas, considérant les effets contre-intuitifs possibles de l'intervention législative.

Les droits collectifs étant d'abord conçus par leurs promoteurs comme un instrument de protection des minorités culturelles vis-à-vis de l'État, il est légitime de croire que les droits collectifs puissent se réaliser dans cette voie. D'une manière générale, les articles philosophiques ont présenté une justification des droits collectifs s'inspirant de la ligne d'argumentation suivante ¹⁰:

- l'appartenance culturelle est une valeur importante pour les individus;
- donc, la communauté qui nourrit cette appartenance doit être protégée;
- donc, cette communauté culturelle a des droits (collectifs à l'existence, à l'autonomie, etc.).

Le premier élément de cette argumentation a particulièrement attiré l'attention. On a longuement disserté sur la nature du bien que forme l'appartenance culturelle: s'agit d'un bien primaire au sens rawlsien? s'agit d'un bien dit "participatif"? Le contexte de choix offert par la culture prime-t-il sur le contenu même de celle-ci? Il semble qu'à ces égards, la discussion ait porté ses fruits: on doit reconnaître que la culture présente, au même titre que le marché ou l'amitié, la caractéristique particulière de n'avoir pas de valeur sans la participation libre et volontaire des individus. Au surplus, les enseignements de l'histoire soulignent à grands traits l'attachement des hommes à leur culture, à leur langue et à leur religion.

10. Michael HARTNEY, «Some Confusions Concerning Collective Rights», (1991) 4 *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 293, 294.

Toutefois, le second élément de l'argumentation n'a pas la même solidité, puisqu'il est immédiatement victime d'un paradoxe: en effet, si c'est l'adhésion libre des individus qui donne à la culture sa valeur, la protéger revient à nier aux individus la liberté de leur choix. La résolution de ce paradoxe passe par la protection, non pas de la culture elle-même, mais de la participation volontaire. On passe alors insensiblement de l'aspect collectif de la culture à son aspect individuel, sans aucune garantie quant au contenu et aux valeurs de la culture.

Si on n'intervient pas pour protéger l'existence de la communauté, on court le risque de faire face à des effets de composition et d'avalanche par lesquels il suffit parfois qu'un seul membre abandonne la communauté pour que celle-ci se désintègre. Le phénomène analogue du krach boursier fournit un exemple probant de ce type de décomposition accélérée. Ainsi, il semble que ce soit précisément la puissance de coordination de la culture comme du marché qui soit leur talon d'Achille commun. On aboutit à une justification utilitaire plutôt que morale de la protection des communautés minoritaires, dans la mesure où la culture apparaît comme un capital humain commensurable.

La culture est un phénomène spontané qui perd toute valeur lorsqu'il est encadré juridiquement en vue de sa protection. L'intervention législative n'est pas seulement inefficace, mais elle est même destructive. L'établissement d'un monopole culturel par la contrainte sur un territoire n'échappe

] x ?

pas à la concurrence des territoires limitrophes et ne fait que retarder la chute et la rendre plus abrupte.

Quant au passage du fondement moral au droit, il existe une vaste discussion sur la gravité de l'intérêt moral nécessaire pour justifier la reconnaissance d'un droit. Toutefois, cette approche de la question souffre d'au moins deux lacunes. D'abord, elle ne fait aucun cas de la tradition civiliste de droit privé, qui reconnaît comme des entités parfaitement distinctes l'obligation morale et les droits subjectifs, sans toutefois reconnaître de passage obligé de la première aux seconds. Ensuite, il est tout à fait discutable que la reconnaissance des droits passe par l'unanimité morale, bien au contraire. On retrouve ici la préoccupation du second article: c'est l'absence de moralité commune qui fait droit au droit.

S'il n'est pas possible de fonder des droits collectifs comme droits-créances, quelles possibilités demeurent? Le retrait de l'État, ou au moins l'abandon de certaines formes d'interventions étatiques, entraînerait certainement l'évanouissement pur et simple d'un grand nombre de revendications légitimes. La dynamique du pouvoir ne permet pas d'espérer une telle issue. À défaut de parvenir à cette solution, la décentralisation politique (par opposition à la déconcentration administrative) permettrait au moins de redonner aux mécanismes de représentation une certaine efficacité tout en accroissant la mobilité potentielle des citoyens; mais elle n'éliminerait pas la

source du problème et pourrait, dans certaines circonstances, favoriser une surenchère des politiques législatives fédérales et régionales.

Notre propos, il est clair, n'est pas d'abord normatif. La solution fédérale n'est pas prescrite comme unique traitement, mais bien comme le mode de résolution de revendications collectives le moins coûteux *que l'on connaisse*. Cette conclusion repose sur une prémisse épistémologique importante: tout ce qui a un effet sur l'action humaine a une dimension réelle, mais notre connaissance n'épuise pas les réels possibles. Nous en sommes en quelque sorte à tracer la carte d'un détroit que nous traversons dans la nuit la plus noire. Notre carte est efficace, elle convient, mais nous ne savons pas si le passage que nous empruntons est le plus sûr.

Dans cette perspective, le fédéralisme s'offre à nous comme l'institution politique qui permet de multiplier à l'infini les possibilités offertes aux individus de tracer des cartes. Chaque État-membre, chaque comté, chaque municipalité fait partie d'un processus de découverte où les autorités politiques proposent des hypothèses nouvelles sur la gestion de la communauté, celle-ci étant soumise à la vérification empirique du vote des citoyens, qu'il s'agisse de leurs crayons ou de leurs pieds. Les revendications légitimes des groupes minoritaires, quand elles réclament à leur terme l'octroi de droits collectifs, traduisent à la fois l'échec de la représentation

11. Jean-Pierre DUPUY, «L'économie de la morale, ou la morale de l'économie — Philosophie politique et nouvelles approches épistémologiques», (1978) 88 *Revue d'économie politique* 404, 436.

politique dans nos sociétés, les obstacles à la mobilité et l'étroitesse des avenues qui s'offrent pour exprimer leur mécontentement.

Les cinq chapitres peuvent se résumer ainsi. La communauté morale apparaît d'abord comme le fruit de l'interaction répétée entre les individus, qui font appel à l'imitation rationnelle. Par conséquent, le rôle que joue l'autonomie y est fort différent de celui que décrivent les tenants des droits collectifs (chapitre 1).

Ensuite, la prémisse selon laquelle l'État et le droit public sont les fondements de la vie en société sera écartée. En l'absence de l'État, le modèle des droits basés sur la reconnaissance d'intérêts suffisants s'évanouit de lui-même. Son remplacement passe par une théorie des droits basée sur la connaissance (chapitre 2).

La deuxième partie verra s'élaborer une vision critique des droits collectifs en trois temps. Afin d'éviter l'ornière d'une discussion stérile qui ne ferait que prolonger une ambiguïté voulue en présumant, par exemple, que les droits collectifs s'opposent aux droits individuels, on repérera d'abord les emplois abusifs ou simplement métaphoriques du terme "droit collectif", en faisant appel au principe d'économie. On compte parmi les usages abusifs du terme "droit collectif" les emplois qui renvoient à des intérêts collectifs, sans qu'il soit possible de jamais faire passer ces intérêts dans le domaine du droit, et parmi les usages métaphoriques les emplois qui

renvoient à des droits subjectifs dont on peut dire qu'ils traduisent des préoccupations collectives (chapitre 3).

Ce départ des usages intempestifs laisse intacte la vocation des droits collectifs à protéger l'existence des communautés minoritaires. On verra toutefois que cette volonté de survie garantie par l'État se heurte à des apories inévitables. Celles-ci imposent de reconsidérer l'autorité de la tradition et de la loi (chapitre 4).

Cette épuration devrait nous laisser devant une problématique définie à la résolution de laquelle pourront concourir des droits collectifs "véritables", au moins dans la mesure de leur occupation d'un champ de revendications qui ne soit visé par aucun autre droit. Nous essaierons de montrer à quelles conditions, dans une perspective institutionnelle, on peut espérer intégrer de tels droits à notre tradition juridique. Contre la Philosophie du droit de Hegel et avec le Projet de paix perpétuel de Kant, contre la souveraineté de l'État et pour celle de l'État de droit, il reste à penser les conditions de possibilité d'un rapatriement des pouvoirs législatifs dans les mains des citoyens (chapitre 5).

PREMIÈRE PARTIE

The Emergence of the Moral Community

| | |
|---|----|
| Introduction | 23 |
| I. Rule Learning and Rule Following | 25 |
| A. Basic Assumptions About Human Learning | 26 |
| B. The Rationality of Imitation | 29 |
| C. The True Meaning of Autonomy | 35 |
| II. The Dynamic of Moral Stability | 40 |
| A. Autonomous Behavior while Facing Uncertainty | 41 |
| B. The Individual Enforcement of Morality | 48 |
| Conclusion | 55 |



Introduction

Discussing the place of morality *vis-à-vis* law has become an imposed figure for scholars attempting to skate on the ice of legal theory. Political philosophers and jurists alike have had to draw circles within which their legal theories would proceed. Whether it be John Rawls, Ronald Dworkin or Joseph Raz, no one could escape the necessity of putting forward his own conception of morality before entering the ring of legal theory proper.

Most often, such attempts appear bound to fail, those moral inquiries inevitably reaching some kind of aporia. As Dworkin puts it,

«the single firmest part of our conventional morality, spread across every other division, is the second-order conviction that ethical and moral judgments cannot be made true or false by consensus, that they have force across cultural boundaries, that they are not, in short, creatures of culture or community, but rather judges of them.»¹

This paradox afflicts not only our moral judgment of communities, but also our conception of truth. It is the paradox at the root of every debate on relativism. As Rawls notes, we cannot escape the fact that we do account for moral feelings by making reference to an acknowledged right or wrong². This reference is implied whenever we speak of morality, even if we distinguish between existing and ideal moral codes³.

So morality, we must assume as a starting point, is about making a judgment with reference to a standard. Moral judgment thus requires a comparison. Such a conception of morality raises two questions: first, how do we set the standard of reference? Second, when will this judgment bear with

1. Ronald DWORKIN, «Liberal Community», (1989) 77 *California L.R.* 479, 491.

2. John RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge: MA, Harvard U.P., 1971, p. 481.

3. Bergson speaks of a natural obligation as opposed to a morality of perfection. Henri BERGSON, *Les deux sources de la morale et de la religion*, 217th ed., Paris, P.U.F., 1932, p. 33: «La généralité de l'une tient à l'universelle acceptation d'une loi, celle de l'autre à la commune imitation d'un modèle. [...] Tandis que l'obligation naturelle est pression ou poussée, dans la morale complète et parfaite il y a un appel.». Fuller seems to have drawn upon Bergson's distinction when he distinguished a morality of duty and a morality of aspiration, although he never mentions the French philosopher: Lon L. FULLER, *The Morality of Law*, New Haven, Yale U.P., 1964, p. 5: «Where the morality of aspiration starts at the top of human achievement, the morality of duty starts at the bottom. It lays down the basic rules without which an ordered society is impossible, or without which an ordered society directed toward certain specific goals must fail of its mark. It is the morality of the Old Testament and the Ten Commandments. It speaks in terms of "thou shalt not," and, less frequently, of "thou shalt." It does not condemn men for failing to embrace opportunities for the fullest realization of their powers. Instead, it condemns them for failing to respect the basic requirements of social living.»

any weight on the intended recipient? In attempting to answer these questions—and with clearly no intent of giving a specific content to morality—this paper will offer, first, to expose the mechanisms through which moral learning operates (I) and, second, to lay down the conditions of possibility for moral rules to be followed and enforced (II).

I. Rule Learning and Rule Following

Morality can be thought of in two dimensions. As a spatial concept, morality is identical to the mores of a community. The characteristic rules enforced within a community are its moral rules. The moral habits, customs and precepts could thus be compared from one community to the next—a task Montesquieu undertook in *De l'esprit des lois*⁴. Morality so defined remains highly particularistic: each community offers its own kind of solutions to moral problems, just like there are many different ways to represent numerals (1,2,3... and i,ii,iii... for example).

As a temporal concept, though, morality is no longer limited to the moral rules of any geographically bounded community. Morality in this sense embodies timeless norms that we believe can rule over any behavior, anywhere, anytime. Individual behaviors are to be evaluated against those

4. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, vol. I, Paris, Flammarion, 1979 [1748].

norms, as are specific community's rules. This is the modern view of morality—the old meaning of mores has fallen into disuse.

In both senses, morality defines what kind of behaviors are expected and even encouraged within a community. For the behavior to be encouraged, it must ultimately contribute in some form to the well-being of the community's members, including the agent's own. What remains unclear is what kind of interactions are required to make the operation of morality possible. Ascertaining these interactions requires first an understanding of moral learning. In other words, the description of the interaction requires that we establish first on which basis individuals will interact.

To answer this question, we need to establish some basic assumptions about human knowledge (A), before examining the principles of imitation that usually govern individual interactions (B). From there, it will be possible to propose a narrow conception of moral autonomy (C).

A. Basic Assumptions About Human Learning

From a phenomenological perspective, the possibility of rule-based behavior and hence of morality is conditional upon the existence of four cognitive abilities: the individual's ability to perceive differences in the behavior of other human beings, to translate those differences into distinctions, to

name the spaces marked by the distinctions, and then, to compare those spaces through a mediating criterion.

The first cognitive ability is uncontroversial: any form of human knowledge is based on our capacity to perceive differences in the information we treat. This is true of our physical senses, and equally of our rational capabilities, and even more so of our emotions. We seldom confuse hate and love, sadness and happiness, anger and joy—whether we can name those feelings or not. In fact, and most importantly, it is not necessary to be able to name those emotions to experience them, much like there is no need for an eye to know anything about colors to appreciate the full spectrum of visible light.

The second cognitive ability is often overlooked, although it is inescapable. It is the ability to single out a difference and mark it as a distinction, a boundary. Following Wilden⁵, I use difference and distinction not as synonyms, but rather as complementary concepts. The former, *difference*, relates to the domain of the analog, of the continuous, of the uninterrupted; the latter, *distinction*, pertains to the digital domain, the domain of certainty. Hence, we can mark a difference as a distinction, but the nature of the difference itself remains unchanged: the distinction merely overlaps a difference.

The power of dividing a continuum into several discrete areas triggers our powers of abstraction. Once areas have been marked, they can be named:

5. Anthony WILDEN, *System and Structure—Essays in Communication and Exchange*, 2nd ed., New York, Tavistock, 1980, ch. VII, «Analog and Digital Communication», pp. 155–201, and especially pp. 168–170.

this is the third cognitive ability. A number of differences, a portion of the continuum, can now be covered by a single name. It becomes suddenly much easier to establish correlations and links between phenomena.

The final cognitive ability rests on the power to compare. It resembles the initial capacity to differentiate in its use of similarities and differences. Its specificity lies in the fact that we have entered the realm of abstraction. The criterion according to which the comparison will proceed is itself a distinction, while the elements compared are marked spaces. Let us illustrate those abilities by an example.

Imagine a five-year old boy who observes from a distance his yet undisturbed and peaceful village being assaulted by pillars. Frightened, he stays away. The pillars kill some of the villagers, take objects of value with them, and leave as promptly as they came.

Note that, describing this event, the narration assumes that the boy will mark this attack as a distinction; he might not. Certainly, it is different from the routine, but even the routine is a marked space. And even if the boy already knows a distinction between routine and exceptional events, this attack might just be another form of devastating storm to him.

Moreover, if the boy marks the difference between life and death, he might notice that those who were killed tried to face the enemy, while those who survived ran for cover or capitulated. But he might also think that those

who faced the enemy died *in place* of others who survived. How his moral duty will develop is a complex question: will he learn to escape to help rebuilding with his fellows or to fight and sacrifice himself to ensure the community's survival? In this example, it is important to remark that presumptions of altruism or egoism count for nothing in the development of the young boy's morality: both escape and fight can be defended on an altruistic as well as on an egoistic basis. One can fight to bring glory upon oneself, at the risk of death; or one can escape to survive, at the risk of being despised by one's peers.

What we lack is the condition of possibility for moral learning to take place: if the context within which individuals act keeps changing, they will have difficulty drawing distinctions upon randomly-occurring differences of behavior. In other words, it will be impossible to make any assumption about the action of others and, consequently, impossible to learn anything about applicable rules. If we are to make sense of the persistence of moral rules, the only possible basis for learning, I will argue, is a context of rational imitation.

B. The Rationality of Imitation

Human learning is based on imitation. When we emulate someone who possesses special skills, not only do we look for an identity of form, a simila-

rity of gesture: we also hope to recreate in ourselves the attitude, the state of mind and the spirit of the master. The culmination of our efforts will depend on two factors: repetition and talent. Repetition is one key to achieve mastery. But repetition alone is equally insufficient: one needs basic abilities with which to sustain the new skills.

I call those basic abilities links or hooks. The hook figure is probably more illuminating, since it can relate to skills as well as to memories. The more hooks, the more possibilities in combining them to support the weight of a new training or make remembering easier.

Moral learning does not differ noticeably from general learning processes involving hooks, imitation, and repetition. Following Girard, I will subsume imitation under the general phenomenon of *mimesis*⁶. The important difference in moving from imitation to mimesis is the appearance of a mediator. Technical skills do not require the intervention of a mediator, or more precisely the mediator takes the form of an objective standard. We know the master is to be imitated, for only the master's skills meet an objective standard. In the case of symbolic learning, such as desires, values and moral rules, a mediator is needed to point one to the objects to desire, the roles to value and the moral rules to follow. Most often, the mediator will wear the mask of an authoritative figure within the community.

6. René GIRARD, *La violence et le sacré*, Paris, Grasset, 1972, pp. 217ff; see also *Mensonge romantique et vérité romanesque*, Paris, Grasset, 1961, pp. 76–83.

Of course, it is entirely possible for such an authority to force compliance, through various means. However common this figure of mediation appears in daily life, we can dispense with its examination for now. For even in the absence of enforcement, there is one powerful force which can cast a person in an authoritative role: rationality. Once we assume that a person was the first to reach a decision with regard to an uncertain situation and that there were rational grounds for her to do so, it becomes perfectly rational to follow her decision ⁷.

This conclusion has been reached by at least two of the most influential economists of our times, Keynes and Hayek. The former wrote that knowing our own judgment to be inadequate, we rely on the opinion of others, who might be better informed ⁸. The latter believed that the continuous move toward socialism and central planning was based on imitation, «with no objective facts which make it inevitable ⁹». In other words, when information is inconclusive as to the appropriate course of action, the best move is to follow the crowd ¹⁰.

7. Sushil BIKHCHANDANI, David HIRSHLEIFER et Ivo WELCH, «A Theory of Fads, Fashion, Custom, and Cultural Change as Informational Cascades», (1992) 100 *Journal of Political Economy* 992–1026. Cf. aussi Jean-Pierre DUPUY, *Le sacrifice et l'envie — Le libéralisme aux prises avec la justice sociale*, Paris, Calmann-Lévy, 1992, p. 271: «Si l'on ne sait pas ce qui est bon ou ce qui est vrai, il est rationnel d'imiter les autres: il y a une chance qu'ils sachent, et à se guider sur eux, on tire parti de leur savoir.» Of course, the more uncertain the situation, the less likely we are to dispute the behavior of someone else as irrational.

8. John Maynard KEYNES, «The General Theory of Employment», [1937] *Quarterly Journal of Economics* 51, 57.

9. Friedrich A. HAYEK, *The Road to Serfdom*, Chicago, University of Chicago Press, 1944, p. 5.

10. This is an anticipation of a formal result reached by Heiner: *infra*, section IIA.

Of course, “informational cascades” are brittle and can change course easily ¹¹. If someone becomes convinced, based on better information, that the current trend is going to be reversed, his own re-evaluation might become the start of a new cascade. When the trend changes, it can change quickly ¹².

One could easily deprecate such a scheme by calling it circular and strangely akin to the famous saying “The more people eat Hygrade’s frankfurters, the fresher they are; the fresher they are, the more frankfurters get eaten”. But such an attitude would only reveal a bias toward linear causality. Besides, mediation is not strictly circular: it revolves centrally around the human ability to trace boundaries within a continuum of differences.

In other words, a phenomenon of positive feedback is likely to develop *once* a distinction has been established ¹³. The moment someone appears to have a solution (the first distinction), he will get a temporary status of authority; and the moment someone else commits himself to follow the early solver (thus creating a second distinction), we have a potential ever-increasing rift. Just like masses exerting a gravitational pull by bending the fabric of space-time, so do recurrent distinctions bend the moral fabric of a community.

11. S. BIKHCHANDANI et al., *op. cit.*, note 7, 1004.

12. Natalie S. GLANCE et Bernardo A. HUBERMAN, «The Dynamics of Social Dilemmas», (1994) *Scientific American* 76, 79.

13. This phenomenon has also been duly noted by Thomas SCHELLING in his discussion of focal-point solutions, see *The Strategy of Conflict*, 2nd ed., Cambridge: MA, Harvard U.P., 1980, pp. 113ff.

In fact, there is a circularity in this mechanism, but it is not easily seen. The circularity lies in the impossibility to ascertain the origin of the first distinction. Sure, the early leader does make a proposition, but he might himself be unsure as to its validity *unless* either someone else confirms, or he *feels* that someone else confirms, that he is on the right track. Here appears a process of self-creating certainty deemed circular *because we are unable to trace the flow of individual interactions*. This inability to trace is literally an impossibility to introduce distinctions: hence, we hit an epistemological limit.

The complexity of those interactions is compounded when one takes into account already established authority figures. Those figures have a head start in setting trends and most people rely on their actions to take decisions. The law sometimes recognizes this need for information, for example where it imposes an obligation upon executives to disclose stock transactions involving corporations they manage. Not only is it economically rational to interrupt one's own deliberation to follow a leader, but mechanisms exist to make sure those leaders won't stay in the background and hide their preferences.

Leadership can thus be seen—from the point of view of the community—as the most powerful figure of mediation. Leaders often point the way toward possible solutions and desirable outcomes. The question remains,

however, how anyone becomes invested with leadership. We are looking for a dynamic process through which someone becomes cast as a leader.

One such process may be totally arbitrary. In a situation where the group has no identified leader and faces a dilemma, a leader can emerge on the most trivial basis. What matters is that if the solution one provides is indeed successful, the origin of one's newfound power as a leader will not matter. To all intents and purposes, he is likely to become a mediator with respect to many analogous problems; that is, people will look to him first for guidance.

Once a community is hierarchically structured, through repetitive interactions and identification of leaders and mediators, the path to moral response will become grooved. This is not to say that the community will reach a state of moral stability, but rather that repeated interactions within the community will endow its members with similar mental dispositions that can be used repeatedly in solving new problems of mixed cooperation. Nevertheless, as old rules gradually become inadequate because fraught with too many preferred exceptions, members are likely to turn to a leader to offer a way out: whom will *he* regard as his mediator?

C. The True Meaning of Autonomy

According to Kant, morality is comprised of only one set of principles which can be devised by autonomous agents, and these principles are the same for all. Without entering into the debate over Kant's *Critiques*, it seems that limiting autonomy to such a function leaves a powerful tool without object: since everyone is supposed to come to the same conclusion, why even bother about autonomy? In practice, if we follow Kant, it matters only there be a single autonomous individual whom others will follow.

Such a result is not only paradoxical but unacceptable to Kantians themselves: it means that almost all of humanity can be deprived of autonomy as long as someone can rationally figure out the necessary moral rules. In a sense, we are back to our previous possibility: once an authority figure wears the mantle of rationality, it will remain invested of power as long as the moral rules effectively enhances the members' well-being.

But there is another way to interpret the dynamics of true autonomy. Imitation does not necessarily have to be based on real behavior: humans have the ability to simulate a context and act as though an imaginary being were real. Hence, it is entirely possible to be placed in a situation where we have to set ourselves a model of moral behavior to imitate. Autonomy really is only another form of mimesis, the difference being that the mediator remains imaginary, not real.

In the realm of symbolic activity, whether we interpret signals coming from a real human being (the mediator of the imitator) or from an imaginary one (the mediator of the autonomous man), the brain makes no distinctions between those two realities. Just as music or movies or moving memories, an imaginary figure can be just as effective at influencing us. This figure can be as immediate as the teacher who is physically absent, as powerful as the reminiscence of a lost father, or as esoteric as an image of God. The power of this mechanism lies in the fact that there is at once a sure congruence and no possibility for abuse.

The congruence stems from the fact that one is to oneself one's own mediator, even if one is impervious to the mediating process. The moral decision and the individual's life belong to a unified process, where every sign and every manifestation comes from a same source. The imaginary mediator can be dismissed at will, so there is no one to use the power of its influence and leadership to inflict real harm upon oneself.

Imagination's strength stems from the fact that it suffers fewer environmental constraints (in the widest sense) than mere perceptions or behavioral interpretations of others' actions. Through combinations and analogies, it becomes even possible to create a totally fictitious mediator. Moreover, the imaginary mediator makes it easier to share his confidence, since it is part of us—although we are oblivious to this fact, and opportunistically

so. In sum, thought processes really are based in reflection, literally understood as a mirror-like process.

This understanding of autonomy as internal mimesis has important consequences. It means first that imitation really is at the heart of rational behavior. Then, it means that autonomous individuals are important to a community because they offer a way out of negative cascades, where imitation based on flimsy knowledge leads to catastrophic results¹⁴. It means furthermore that autonomy is fragile; just like a community's morality becoming so rigid as to preclude any adaptation even in the face of the most terrible dangers, so there are paths of internal imitation so beaten that they become fully predictable. Most importantly, it provides an important justification for education: parents, teachers and masters are not only real mediators for the time being, but they are also potential figures of mediation for the full length of someone's life.

Considering such a view of autonomy, we come to appreciate how its true manifestation can be at once so rare and so utterly powerful. The truly autonomous person is often a guiding light for others. Truly autonomous people are those we deem to be courageous, they are legitimate leaders and value builders. They are the ones who give morality its impetus.

Of course, the capacity for autonomy requires something more than just a courageous spirit. We are still within the domain of moral learning. Hence,

14. S. BIKSHANDANI et al., *op. cit.*, note 7, 1004.

there must be not only repetition (contact with masters) and imitation (internal mimesis); there must be hooks. What are those hooks going to be, or rather, what are they not going to be? Although we have spoken of autonomy as a creative moral tool, its creation is not *ex nihilo*. If the potential leader wants his newly found moral rule to be followed, he must appeal to his fellow members on some plausible basis. So the rule must not be entirely outside the range of a community's tradition. It must be linked somewhat to existing practices to have a chance of being well-received. The autonomous individual, to succeed, will need a thorough knowledge of the community's traditions and existing morality. It is the accumulated memories which will serve as the basic input for combinations and analogies. And it is experience which will provide the intuition to devise an appropriate rule.

The power of hooks, in the perspective of autonomy, proceeds from the fact that the more hooks there are, the more analogies and combinations can be fashioned. Of course, whether one will make use of available hooks remains undecided. We may surmise that as people get older, they are more likely to stay within beaten paths, for economical reasons, even though the context might warrant a different attitude. The reason for this is that they have already established so many distinctions that it appears easier to fit new information within existing categories than to create a new one. Symmetrically, young children present us with a tremendous amount of imaginary propositions, but they are indiscriminating. Discrimination, as a way of introducing distinctions, comes with experience.

All in all, it is easy to see how much more economical imitation is by comparison to autonomous behavior. Imitation in moral affairs is the solution of the least effort. No prior knowledge, no disciplined study, no efforts of imagination. Moreover, since imitation goes with the flow, no imitator runs the risk of being in the minority. True autonomy, by contrast, requires courage. For a proposed moral rule might be ill-received, and its proponent then treated as a stranger, even as a traitor, and be excluded from the community.

For instance, in the recent surge of the much feared and dreaded Ebola virus in Zaire, the elders of a small village under siege decided that the price of the community's survival was to suspend all moral obligations usually borne by the family toward the affected member, including easing his sufferings and accompanying him to his death, as the custom required. Those customs were serious matters: so serious that the dead corpse was burned along with his house rather than being buried. Now imagine for an instant being a close relative of an Ebola infected person. Without the elders' intervention, it would have taken true courage to refuse to bear the customary moral obligations and to speak one's mind about the danger facing the community. The outcome of such a bold statement remains unpredictable, but it seems clear that the most likely consequences include blame, rejection or exclusion. Autonomy is a risky business indeed.

From a community's perspective, a diverse and educated population is an asset, for although it would usually be rational to act as everyone else, a change of circumstances is more likely to lead to a viable solution the larger the pool of potential autonomous leaders. In other words, an heterogeneous people provide more hooks, thus more flexibility with regard to both possible solutions and means of persuasion. This dynamic of memory association, discrimination based on experience and courageous assertion represents the true meaning of autonomy.

At bottom, individuals face a single choice. Either they decide for themselves and act autonomously, thus exercising what Bartlett called value power¹⁵, or they follow someone else's behavior, at a lesser cost to themselves. To answer why some will choose the risky path and others the secure one, I will examine the process through which an agent will come to appreciate whether it will be advantageous or not either to propose a change of rule or to follow such a proposition. I will now explore the dynamic of moral stability.

II. The Dynamic of Moral Stability

Whatever the motivation to stick to a rule or to switch to another in a given context, it remains to be explained how those rules came into being in the

15. Randall BARTLETT, *Economics and Power—An Inquiry Into Human Relations and Markets*, Cambridge, Cambridge U.P., 1989, p. 156.

first place. Among the many possible moral rules and combinations of rules, some have been kept and others dropped; most have never even been envisioned, even within a single community. While it is possible to rest our continuing experience of morality on traditions, habits and moral learning, it remains difficult to conceive how a moral rule can emerge when individuals do not share the same environment and so do not face the same kind of incentives for following rules.

Then, how do individuals agree on all following the *same* rules? This is even more puzzling given that behavior based on imitation can be rapidly turned around ¹⁶. The stability of some rules must therefore rest on the inertia of leaders: why would they not engage in rule changing actions? We surmise, following Heiner's work, that agents will continue to follow existing rules when they face uncertainty (A). Once in existence, rules will persist if they can be enforced at the individual level (B).

A. Autonomous Behavior while Facing Uncertainty

By the standards of models of optimizing behavior, blindly following rules appears to be a less than optimal response to new conditions or to changes in the environment. As our capacity to introduce distinctions within the

16. *Supra*, note 11, and accompanying text.

flow of information increases, so should our flexibility to adopt new behaviors in given circumstances. But observation of human behavior shows that we tend to follow rules even where it is not apparently the optimal action. For example, driving at 3 AM, one stops at a red light even in cases where failing to do so would go unnoticed and save one some time. In *The Origin of Predictable Behavior* and following papers, Heiner has tackled this puzzle and proposed a broad formalization of the reasons we follow rules, even where it is not optimal for us to do so ¹⁷.

The essential puzzle is why we do not maximize even when we have clear opportunities to do so. The puzzle is especially relevant when considering an autonomous agent's behavior, but it applies equally well to the decision to imitate or not. Why would someone refuse to follow a trend? Why would someone try to initiate a new trend or break an existing one?

To answer this, Heiner sets up an inequality called the *Reliability Condition*, which states that we should deviate from a rule only «*if the actual reliability in selecting the action exceeds the minimum required reliability necessary to improve performance* ¹⁸». The decision to deviate must take into account not only the relative gains, as do traditional economic models, but also the probabilities of guessing correctly as well as wrongly when to deviate, and

17. Heiner's work, being situated within economics, relies extensively on mathematical demonstrations whose exposition would lead us outside the scope of this paper: we shall attempt to summarize Heiner's main proposition.

18. Ronald A. HEINER, «The Origin of Predictable Behavior», (1983) 73 *American Economic Review* 560, 566.

the probability that the right conditions will be present to make a deviation successful. I would call the probability of guessing correctly when to deviate the *opportunity index* and the probability of guessing wrongly when to deviate the *recklessness index*. The ratio of the *opportunity index* to the *recklessness index* gives us what Heiner calls the *actual reliability*.

To set a rule aside, the *actual reliability* must be higher than the *minimum required reliability*. The *minimum required reliability* takes into account potential gains, discounted by the likelihood that an opportunity to deviate will effectively be present, and potential losses, compounded by the likelihood that the situation does not warrant a deviation, despite appearances to the contrary. The ratio of the *compounded loss* to the *discounted gain* gives the *minimum required reliability*. We may now reformulate the *Reliability Condition* as follows:

$$\frac{\textit{Opportunity Index}}{\textit{Recklessness Index}} > \frac{\textit{Compounded Loss}}{\textit{Discounted Gain}}$$

[*Actual Reliability*] [*Min. Req. Reliability*]

There is something remarkable about this inequality: since the likelihood of opportunities to deviate affects both the compounded loss and the discounted gain, it means that the less likely such an opportunity, the better at spotting opportunities and at avoiding bad deals one must be in order to consider setting rules aside.

In fact, assuming for the moment that the potential gain and loss are identical, it is possible to show that when opportunities are likely to be present less than one time in four, the actual reliability must be higher than three, which means that one has to be three times more likely to be right about deviating than to be wrong before breaking away from a rule. To return to our example about deciding whether to drive through a red light when there is no one in view, the *Reliability Condition* helps us understand why, for example, taxi drivers are more likely to engage in such deviations than ordinary drivers. By virtue of their constant presence on the road, they are much more likely to be presented with such opportunities (higher discount factor) and to learn from missed opportunities (higher perceptiveness): their actual reliability in making decisions goes up while the minimum required reliability goes down. Moreover, the payoff to do so is generally greater than for average drivers (faster service).

Heiner's model does not imply that we do actually make those calculations in real life; but we act as though we do. The model is certainly a much better approximation of human behavior than the optimization model. The *Reliability Condition* also implies that we will develop rules adapted only to recurrent situations¹⁹. As Heiner comments, to satisfy the *Reliability Condition* an individual «must ignore actions which are appropriate for only “rare” or “unusual” situations²⁰», because a decrease in the probability

19. R.A. HEINER, «Rule-Governed Behavior in Evolution and Human Society», (1990) 1 *Constitutional Political Economy* 19, 29.

20. R.A. HEINER, *loc. cit.*, note 18, 567.

that the right opportunities will occur exponentially increases the *minimum required reliability*. This stems from «the greater uncertainty in reliably interpreting potential information about when to deviate²¹». This proposition makes sense of the puzzling fact that people seemingly act morally even though it might not be in their superficial interest to do so and tend to ignore even costless information.

The excess change example comes to mind: most people do give the excess change back, even in situations where they can be quite certain neither to be caught nor to face the cashier again. The explanation lies both with the disproportion between potential gain (some small change) and potential loss (being caught, with all the consequences attached) and with the rare occurrence of such an event (over the range of transactions we conduct each day, it is very unlikely to be given excess change).

From a moral perspective, then, the question is: do I benefit from continually following moral rules even in cases where it appears tempting to deviate? The answer is yes, if the *Reliability Condition* is not satisfied. In other words, if preferred exceptions to moral rules are rare, then I am better off complying, unless I am very confident to be facing a preferred exception. We benefit from rules targeted at recurrent behavior, even if such rules must be followed despite there being a preferred alternative in an individual instance. In other words, it pays to wait at the red light even when the

21. *Id.*, 572.

intersection is free, and one does not gain by gathering information about the status of the intersection.

The resilience of rule-governed behavior does not depend exclusively on the low probability of opportunities to deviate. Heiner assumes in interpreting the *Reliability Condition* that gains and losses will be similar, but this is the exception. Most of the time, transaction costs must be entered into the evaluation of gains and losses: transaction costs are always positive, so they will systematically decrease the discounted gain and increase the compounded loss. The overall effect would be to further increase the *minimum reliability* required to deviate from a rule. If, despite this increase, the rule is nevertheless set aside and a new action taken to meet the requirement of the preferred exception, the first rule might eventually benefit from a ratchet like effect.

The decision to pay for goods in another currency will provide an illustration. A Canadian customer regularly orders goods in the United States and usually pays with his credit card. The merchant is now offering a rebate if he pays by a money order. The customer agrees, figuring he can trust the merchant and that the rebate would cover the cost of issuing a money order. Before shipping the goods, the merchant announces to the customer that he cannot offer the rebate anymore and that the customer is at liberty to cancel the transaction. Should the customer cancel?

If he does, he will lose not only the issuing fee, but also face a similar fee to cancel the money order, plus the spread on the currency exchange (the difference between the rates at which the bank is selling and buying foreign currencies). Whether the customer cancels or not in this particular instance, similar propositions in the future to set aside credit card payment are likely to be met with great resistance, and the habitual trade practice will be restored with force.

Two additional implications can be derived from Heiner's model. First, it will be much easier to agree on a rule *ex ante*, when uncertainty is greater, than *ex post*, when experience tends to increase our actual reliability. Hence, as Heiner remarks, «the very experience generated by following rules thereby undermines their own continued stability²²» because, as our taxi driver, following rules induces knowledge which can then be used to deviate from them or to modify them.

Second, it also means that inadequate rules can survive for a long time, when knowledge about their inefficiencies is nowhere sufficient among a large group to warrant an attempt at modifying the current state of affairs. Although some unrelated individuals might believe that it would be time to change a rule, their unrelatedness prevents them from both gaining confidence in their knowledge and anticipating that the change might be readily

22. R.A. HEINER, *loc. cit.*, note 19, 38.

imitated. If they are not already established leaders, the battle for leadership or the task of convincing leaders might be daunting.

We now arrive at the implication of the *Reliability Condition* for morality. Moral rules certainly belong to the class of rules governing human behavior. However, most of the time, we consider them to require external enforcement or to be taught and self-enforced. While Heiner's model can explain how moral rules can be self-enforcing *once* they are learned, it is silent as to the reasons an individual might join a community where moral rules will be enforced externally, or why he would rather be taught than devise his own rules.

B. The Individual Enforcement of Morality

The enforcement of morality rests on costs and benefits, more specifically understood as praise and blame, honors and stigma, ranking and exclusion. To enforce moral rules, there must be at least a core of stability in the boundaries and membership of a community. Otherwise, without the prospect of future encounters, praise and blame are pointless. More precisely, to stay within Heiner's *Reliability Condition*, we might enforce praise and blame even where there are no expectations of future interactions, but only inasmuch as this situation does not become so pervasive that it compels us to revise the rule. The importance of repeated interactions has been illus-

trated by Axelrod's computer simulation of an n-players prisoner's dilemma game ²³.

In a nutshell, a prisoner's dilemma may arise in a situation where two players must decide whether to cooperate or not with one another. The dilemma stems from the individual payoff of defection being greater than the payoff of cooperation, where it pays to defect whether the other player cooperates or not. And yet, if both defect, they end up worse off than if both cooperated. The difficulty is that communication between the players changes nothing in the outcome: in a single occurrence of this game, it pays to defect, even if this means that one has to cheat or betray the other player.

With this situation in mind, Axelrod invited experts in game theory to submit programs that would enter a simple tournament of indefinitely repeated games where each program had to decide whether to cooperate with others on a one-to-one basis. The goal was to observe how programs performed comparatively as they interacted repeatedly with one another, with the possibility of accumulating payoffs and remembering past decisions made by other programs (did it, or did it not cooperate?).

23. Robert AXELROD, *The Evolution of Cooperation*, New York, Basic Books, 1984. See also Robert SUGDEN, *The Economics of Rights, Co-operation & Welfare*, Oxford, Basil Blackwell, 1986 and Michael TAYLOR, *The Possibility of Co-operation*, Cambridge, Cambridge U.P., 1987. For an accessible overview written in French, see also Ejan MACKAAY, «Règle et décision en droit», in Danièle BOURCIER et Pierre MACKAY (eds.), *Lire le droit — Langue, texte, cognition*, Paris, L.G.D.J., 1992, p. 41.

The program that won the tournament was Anatol Rapoport's TIT FOR TAT. The shortest program submitted, it implemented what is essentially the Golden Rule—"although I offer you my cooperation, I shall treat you the way you treated me"—or a combination of "one good turn deserves another" and "an eye for an eye". As evolutionary psychologists would say, the program implemented a rule for reciprocal altruism ²⁴.

One important observation culled from the game is that this strategy is a winning one only when there is at least a small number of cooperators among the group. If everyone cheats and defects, there is no conversion to be made from offering cooperation. But as soon as there are groups of cooperators, they are likely to convert defectors to the benefits of cooperation, thus increasing the number of players subscribing to the thriving strategy. There is a proselytizing effect.

The passage from cooperation to morality is less obvious than it appears. The computer simulation suggests merely that reciprocal altruism is *generally* a winning strategy, not *systematically* ²⁵. In other words, one should defect if *a*) one would be the sole cooperator; *b*) one encounters a past defector. The decision to cooperate or not is an *individual* decision. The reason for this is obvious within the simulated tournament: every program implemented different strategies for cooperation. But the importance of

24. Robert WRIGHT, *The Moral Animal: The New Science of Evolutionary Psychology*, New York, Pantheon Books, 1994, p. 205.

25. R. SUGDEN, *op. cit.*, note 23, pp. 121ff.

local knowledge for decision is explicitly stressed in Hayek's thought, as it is, implicitly, in the *Reliability Condition*: without local knowledge, the actual reliability would decrease, thus preventing adaptation to preferred exceptions. If TIT FOR TAT embodies a moral strategy, this strategy does not belong to the community, but to the individual.

Axelrod extrapolates that continuing relationships are the great enforcers of morality²⁶. In view of Heiner's work, this extrapolation is an arbitrary punctuation of a circular dynamic: it is the enforcement of morality which provides for continuing relationships. The reason for this is quite simple: in Axelrod's logic, it is individuals who are enforcing their own strategy, their own morality by refusing to cooperate with cheaters or even by refusing to cooperate with those who cooperate with a cheater.

However, maintaining such a strategy as the number of members grow is possible only when the frequency of interactions between members is large enough to rapidly circulate information about defectors and cooperators²⁷. In Axelrod's tournament, the round-robin format provides continuous information about everyone's cooperation. In real life, it is not always so. Usually, gossip is the privileged channel of communication in human affairs to convey information about defectors and cooperators. But this channel of communication is not equally operative in all groups.

26. R. AXELROD, *op. cit.*, note 23, p. 60.

27. R. AXELROD et Douglas DION, «The Further Evolution of Cooperation», (1988) 242 *Science* 1385, 1391: «Increasing the number of players who simultaneously interact tends to make cooperation more difficult.»

In a detailed study of three London neighborhoods, Elias has shown how the importance of gossip differed from one neighborhood to another. In the most closely-knit neighborhood (the "village"), where "gossip flowed freely and richly through the gossip channels", gossip had

«the function of supporting people of whom the ruling "village" opinion approved and of cementing relations between the inhabitants. It also had the function of excluding people and of cutting relations. It could serve as a highly effective instrument of rejection.»²⁸

In the loosely-knit neighborhood (the "Estate"), gossip links were not as strong and information circulated much more sluggishly. The interesting point Elias makes is that gossip was more developed in the "village" than in the "Estate" because it provided individuals with a way to enhance their own status within the neighborhood. The usual way was to "outbid one's fellow gossipers", whether by showing even more loyalty to the going creed or even more contempt toward outsiders. Thus, it appeared as though the more secure people were in their own position (as they were in the "Estate"), the less need there was to research gossip opportunities²⁹.

We might say that continuing relationships arise because of strong incentives not merely to abide by the shared morality of other individuals, but even to exceed its requirements if one wants to share in the benefits of membership. Continuing relationships, in this case, are an attempt to keep the level of *individual* uncertainty low. A community is the form that

28. Norbert ELIAS et John L. SCOTSON, *The Established and the Outsiders*, London, Frank Cass & Co, 1965, p. 94.

29. *Id.*, p. 95.

results from the reciprocal enforcement of moral rules in the *individuals'* *interests* in the continued existence of the community³⁰.

There are countless examples of tight communities where moral rules must be strictly followed in order both to maintain membership and to thrive within the community: the stock exchange floor and the criminal law practice field are good examples of such commercially-minded moralities. In both cases, we have a restricted number of individuals entering into daily interactions about repetitive subjects within a relationship expected to continue over decades. In both cases, the failure to respect rules of honesty and faithfulness to one's word (the rules enforced by members of those groups) are almost decisively exclusive.

Similarly, members of military-like organizations—an army, a political party or a sports team—attract praise through loyalty to peers and respect paid to one's superior. Within the army, a disobeying soldier might get killed or get someone killed, or he will be excluded before it happens. If a whole army disrespects those rules, it will be wiped out in the field. There might be survivors, but there won't be an army left.

30. Even though she writes from an entirely different perspective, Margaret Jane RADIN, «Reconsidering the Rule of Law», (1989) 69 *Boston University L.R.* 781, 799–800, does capture the same idea: «Rule-following can only be understood to occur where there is reiterated human action both in responding to directives and in observing others respond. Only the fact of our seemingly “natural” agreement on what are instances of obeying rules permits us to say there are rules. The rules do not cause the agreement; rather, the agreement causes us to say there are rules. As Wittgenstein says, “The word ‘agreement’ and the word ‘rule’ are related to one another, they are cousins.” As Wittgenstein also says, this is “not agreement in opinions but in form of life.” Rules are not logically prior to uniformity of action in response to them; rather, uniformity of action is prior to the existence of rules.»

In all cases, the expected length of interaction is crucial to insure that newcomers will comply with the established morality. A one-time stock trader can lie to everyone and make a kill. A one-time soldier may as well turn his back to avoid battle and save his life. But no one can engage in such behavior if he wants to maintain membership and thrive as a member of a community. The old rural saying that one must beware of strangers simply means that one cannot expect newcomers to act within the moral bounds of a community unless they show signs of wishing to belong. But then, they must do so by respecting the existing hierarchies and showing they understand their rank. Otherwise, they will be mercilessly ostracized.

What would it take for such a community to decline? It would require that some influential members have found other ways to secure status (or any other benefit membership currently provides) and that they have less to fear and much to gain by deviating from the group's rules. In Heiner's terms, it would mean they are less uncertain about the consequences of their departure. Once such an event occurs, we could easily observe a cascade whereby subsequent members imitate early leaders and defect in their turn. The turnaround from a closely- to a loosely-knit community could happen very quickly.

We can easily mistake the capacity of moral rules to sustain cooperation with their incidental impact on the survival of the community. Although morality *appears* to be the "cement of society", it is only so by virtue of the

benefits individuals enjoy in sharing a common strategy of interaction. Community is an epiphenomenon of reciprocal and repeated interactions between individuals living by and enforcing the same moral rules.

Conclusion

This article sets out a theory of how moral rules are to be sustained within a community. Moral learning takes place within a context of rational imitation. Leaders are so called because imitating them is an economical way to dispense with the evaluation of the appropriateness of deviations from rules. In general, the more uncertain people are about the reliability of their information, the more likely they are to guide themselves according to rules. Most of these rules will govern interactions with other individuals. A certain number of individuals who *respect* (follow and enforce) the same rules will *de facto* belong to a community.

In other words, the observance of rules creates the community, not the other way round. In this view, the truly autonomous individual is both the greatest hope and the greatest threat to a community's survival, since he can bring either salvation by pointing to new rules, or damnation by defecting from a failing tradition.

Toward a Knowledge-Based Theory of Rights

| | |
|---|------------|
| Introduction | 56 |
| I. The Domain of the Law | 60 |
| A. The Need for Law: Encounter of Another Kind | 61 |
| B. Private and Public Law: The Third-Party Monopoly | 70 |
| II. The Method of the Law | 79 |
| A. Breaking From an Enabling Model of Rights | 79 |
| B. Toward a Knowledge-Based Theory of Rights | 85 |
| 1) The Production of Rights | 86 |
| 2) From Boundaries to Legal Institutions | 93 |
| Conclusion | 100 |



Introduction

The spectacular growth of the Internet and the associated multiplication of legal problems has fuelled interest in legal theory. The arguments over relativism, pragmatism and positivism once exchanged in the debate over human rights, now have to be recast to encompass a much wider scope of rights. Whether it is libel, indecency or intellectual property, many areas of law are liable to be put into question by the expansion of cyberspace.

This new phenomenon is not the subject of this paper *per se*, but rather an additional impetus to inquire into the nature of norms. The initial interest in these questions arose from a project on the nature of collective rights. Both cyberspace and collective rights can be conceived as assaults on the territoriality of law, though from different angles. Where cyberspace dissolves national boundaries to a jurisdictional vanishing point, collective rights are sometimes bent on fragmenting existing jurisdictions. The envisioned withering away of the State would put great stress on all legal theories, inasmuch as they all rely upon its continued existence to define legitimate expressions of the right.

Of course, reality tells a different story. The State is nowhere in regression and everywhere trying to patch the doors opened by the Internet, all the while resisting competing jurisdictional claims from the inside. But despite the best efforts of politicians and legislators alike, new legislation appears more and more like a patchwork of unenforceable commands and wishful rulings. What those attempts reveal, though, are the strong ethical claims buried within every new piece of legislation.

Jurists generally agree that a rule is legal if it is practically enforceable and enacted by a legitimate authority within its jurisdiction. New claims are putting this definition to test by challenging the legality of certain legislative rules. Voicing their claims from outside the State, most netizens (citizens of the Internet) consider legislative attempts to govern the Internet as unen-

forceable and enacted by an illegitimate body within norms of limited scope. They would add that there exist on the Internet rules that are fully enforced, even though they are not enacted by any authority as such, nor dependent upon any overarching norms. From within the State, some members of religious communities in the United States would similarly claim that even though they are governed in certain matters by enforceable rules, those were enacted by a body of disputed authority and certainly not within what they consider to be the applicable principles.

Once one agrees on the necessity of maintaining some form of social order while avoiding authoritarianism, the challenges posed by the Internet and various communities prompt us to reconsider our very conception of the emergence and justification of legal norms. Thinking on these matters is still caught between the Command School which considers the law to embody the will of the Sovereign¹ (the People in our democracies), and various theories of spontaneous order, which insist upon law arising independently of acts of public authority. What is sought is an understanding of law and morality that makes possible both the accommodation of the wider range of claims of netizens and communities alike and the maintenance of the rule of law.

Such an understanding cannot dispense with a critical reading of Kant, and especially, for jurists, the *Metaphysical Elements of the Law*. The influence

1. John AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1955.

of this text—understandably overshadowed by the three *Critiques*—has been much underestimated. We can find traces of it in all *juspositivist* doctrines, notably in Kelsen's work², and much of the liberal neutrality stance toward moral questions can be read into it. Generally, the “return to Kant” advocated by a number of contemporary philosophers involves parts of the *Metaphysical Elements of the Law*³. In other words, there is a strong Kantian layer underlying most debates on the proper role of legislation with regard to morality. Although this work does not lie within the Kantian tradition, reconstructing two propositions contained in the *Metaphysical Elements of the Law* might help shed light on some current aporias of legal philosophy.

The first proposition affirms the distinction between morality and the law, between internal and external commands. This leads us to the question: is law superfluous, or is it becoming so as one internalizes more and more rules? One possible answer will be that law is very much essential, even if posterior to morality. The second proposition affirms the necessity of the State for legal enforcement to occur. We will rather defend the proposition that the State is an independent phenomenon, and that it is not needed as a condition for the existence of legal rules.

2. Simone GOYARD-FABRE, *Les fondements de l'ordre juridique*, Paris, P.U.F., 1992, pp. 376ff.

3. Amongst the better known, see John RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge: MA, Harvard U.P., 1971; Jürgen HABERMAS, *The Philosophical Discourse of Modernity—Twelve Lectures*, Cambridge: MA, MIT Press, 1987; Luc FERRY, *Philosophie politique 1 — Le droit: la nouvelle querelle des Anciens et des Modernes*, Paris, P.U.F., 1984.

The elimination of the State as the necessary embodiment of legality suggests that any theory which assumes that there can be no rules outside the State must be reconsidered. The path toward a better understanding of the law requires a move from an allocation model of rights toward a knowledge-based theory of rights.

The first part of this paper will focus on the domain of the law, on its external boundaries and its internal divisions, in parallel to Kant's propositions on the relationships between law and morality and between private and public law (I). The second part represents in a way the missing aspect of Kant's text: it will focus on the method of the law, that is the way rights are recognized, enforced and rescinded (II).

I. The Domain of the Law

This section will take as its points of departure two propositions found in Kant's *Metaphysical Elements of the Law*, that had an enormous even if unacknowledged impact on modern legal doctrine. The first proposition establishes a dichotomy between law and morality, a proposition which has occulted the fundamental *raison d'être* of the law (1). Once the origins of the need for law have been exposed, it will then be possible to argue against Kant's proposition that public law is a necessary condition to the existence

of private law and, consequently, that civil society is indeed possible without the tutelage of the State (2).

A. The Need for Law: Encounter of Another Kind

From Aristotle onward, no distinction was made between morality and the law. Both used to designate the set of principles that purport to rule all human action. In the *Nicomachean Ethics*, citizens are accustomed to virtuous behavior by the legislator's decrees⁴. Locke writes of three sorts of moral laws: the *divine law*, the *civil law*, the *law of opinion*⁵. Morality, in this perspective, encompasses indistinctly the laws, customs and mores of a people, as evidenced by Montesquieu's *De l'esprit des lois*⁶. It is only with Kant that a formal distinction between moral and legal rules based on the origin of the obligation comes into being⁷. According to Kant, the moral rule is one which can be exclusively enforced from within (*in foro interno*), while the law can also be enforced by an external authority (*in foro externo*)⁸.

4. ARISTOTLE, *The Nicomachean Ethics*, trans. Hippocrates G. APOSTLE, Dordrecht, D. Reidel, 1975, p. 21 (Book 2, ch. 1): «For it is by making citizens acquire certain habits that legislators make them good, and this is what every legislator wishes, but legislators who do not do this well are making a mistake; and good government differs from bad government in this respect.»

5. John LOCKE, *An Essay Concerning Human Understanding*, vol. I, New York, Dover, 1959, pp. 474–475.

6. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, vol. I, Paris, Flammarion, 1979, pp. 459–486 (livre XIX).

7. Of course, Sophocles' *Antigone* evidenced the duality between posited law and natural law; but the perspective remains strictly heteronomous by focusing on the conflict between God's and the Sovereign's commands: there is not yet a vision of autonomy.

8. Immanuel KANT, *The Metaphysical Elements of Justice*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1965, p. 21 [Intro, III]: «Ethical legislation is that which cannot be external (though the duties may be external); juridical legislation is that which can also be external.»

This distinction exhibits what could be termed a pre/post confusion that runs throughout Kant's discussion of morality. This confusion—apparently noted by Hegel⁹—is marked by an alternating movement between justifying the kind of moral rules found in the Old Testament and offering ideal rules of conduct based on the categorical imperative. While not referring to Kant, Bergson wrote about morality as a continuum marked at one end by the pressure of obligations imposed by society and, at the other end, by the aspiration to something better, condoned by religious leaders and reformers¹⁰. Fuller proposes a sharper distinction between a morality of duty and a morality of aspiration:

«Where the morality of aspiration starts at the top of human achievement, the morality of duty starts at the bottom. It lays down the basic rules without which an ordered society is impossible, or without which an ordered society directed toward certain specific goals must fail of its mark. It is the morality of the Old Testament and the Ten Commandments. It speaks in terms of "thou shalt not," and, less frequently, of "thou shalt." It does not condemn men for failing to embrace opportunities for the fullest realization of their powers. Instead, it condemns them for failing to respect the basic requirements of social living.»¹¹

-
9. Alexis PHILONENKO, «Introduction», dans: Emmanuel KANT, *Métaphysique des moeurs — Doctrine du droit*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1988, pp. 27–77, à la p. 37: «[...] d'où l'on pourrait conclure que l'impératif catégorique, le "Du sollst" devrait plutôt s'expliquer dans un "Tu ne dois pas!", tant et si bien que Hegel n'aurait pas entièrement tort de considérer l'éthique kantienne comme une morale de l'interdiction [...]».
10. Henri BERGSON, *Les deux sources de la morale et de la religion*, 217th ed., Paris, P.U.F., 1932, p. 49: «[...] pression et aspiration. Immanente à la première est la représentation d'une société qui ne vise qu'à se conserver : le mouvement circulaire où elle entraîne avec elle les individus, se produisant sur place, imite de loin, par l'intermédiaire de l'habitude, l'immobilité de l'instinct. Le sentiment qui caractériserait la conscience de cet ensemble d'obligations pures, supposées toutes remplies, serait un état de bien-être individuel et social comparable à celui qui accompagne le fonctionnement normal de la vie. Il ressemblerait au plaisir plutôt qu'à la joie. Dans la morale de l'aspiration, au contraire, est implicitement contenu le sentiment d'un progrès. L'émotion dont nous parlions est l'enthousiasme d'une marche en avant, [...]».
11. Lon L. FULLER, *The Morality of Law*, New Haven, Yale U.P., 1964, pp. 5–6. From now on, I will use 'morality' as a shorthand for morality of duty, and employ 'virtue' to mean morality of aspiration.

Within this context, it is easy to appreciate how a morality of aspiration diverges from the law and how profound the Kantian insight is. The same cannot be said of the morality of duty. Since it deals with social order, which includes rules that can be deemed legal as well as moral (“Thou shalt not kill”), how are we to distinguish law from morality? In other words, if there exist moral rules, why would a community need legal ones?

This question is not a trivial one: moral rules will emerge in contexts of uncertainty, and rational mechanisms of imitation can lead to consistent rules over time¹². We cannot base a distinction on enforcement, since the infringement of moral rules can lead to social ostracism, which is a form of external sanction. We cannot even explain law by the need for conflict-resolution, because conflicts can be solved by morality: the solution can be brutal (challenging an opponent to a duel) or consensual (Thou shalt abide by the elders’ decision). In this perspective, the law could be defined as the consequences reached in the application of moral rules, which is the same as saying that it is the collection of decisions reached over a period of time (which we know as case law). But then it would have no life of its own. This view would appear an unduly and artificially limited definition in comparison to our current understanding of the law.

The answer offered by positivists such as Hart is that only these norms that have met the criteria of a rule of recognition are deemed to be legal ones¹³.

12. See *The Emergence of the Moral Community* [chapter 1].

13. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford U.P., 1961, pp. 120ff.

Only law thus understood should be enforceable. Considerable disagreement exists over the proper constraints bearing on the definition of such a rule of recognition. What remains apparently undisputed is the patent necessity to extract from the entire realm of social norms those that can be deemed legal.

«Every theory about the nature or essence of law purports to provide a standard, usually in the form of a statement of necessary and sufficient conditions, for determining which of a community's norms constitute its law.»¹⁴

Aside from any debate between *juspositivism* and *jusnaturalism*, this short passage contains the clue toward the resolution of a confusion capable of wreaking havoc of any attempt at integrating morality and law within the same framework. That clue lies with the pragmatic definition of the word “community”.

In a community whose members regard themselves as sharing moral rules and having valued and frequent interactions, there are benefits arising from behaving according to rules. In fact, people will sometimes go out of their way to show how faithful they are to the shared standards¹⁵. When honesty is expected from the members, one enhances one's reputation by showing one is an honest person. Most importantly, complying with a community's standards signals that one is indeed a member of the community.

14. Jules L. COLEMAN, *Market, Morals and the Law*, Cambridge, Cambridge U.P., 1988, p. 3.

15. See *The Emergence of the Moral Community* [chapter 1].

When this expectation of repeated interactions disappears, it generates uncertainty, which will be met by a polarization of behavior. An example of this phenomenon of polarization generated by uncertainty taken from real life is the mad cow disease crisis in Britain. Once uncertainty as to the quality of the beef reached a certain level, sales dropped so quickly and to levels so low that it was impossible to even give away the stocks. The intervention of public health specialists to reassure the population and the now very low prices prompted a sudden resurgence of sales to about half their value before the crisis, all this within a week or so. Obviously, imitation and composition effects are at work in such public movements.

The reason that small communities are more likely than larger ones to exhibit moral rules is that the network of interactions is sufficiently dense to ensure the recognition and enforcement of moral rules between any two members. Those communities do not have to be primitive or territorial. Interactions within any professional team sport certainly provide such a context. Players are bound to follow many rules that are not written anywhere (the 'unwritten rules of the game'), and failure to do so can yield various forms of 'punishment', from the withdrawal of assistance within the course of a game to the exclusion from the team's social activities.

What would be the likely outcome of an encounter between two complete strangers, outside their respective communities, in the absence of any known law? Such a meeting can only lead to avoidance, extreme caution or

aggression¹⁶. Morality becomes insufficient to govern interactions the moment it cannot be taken for granted that a network of people exists to sustain its enforcement. The law emerges at the very moment strangers meet, cautiously making explicit their expectations as to the proper evolution of the interaction. This dynamic is epitomized by the trial, which carries an injunction directed toward participants to spell out the rules that they believe should govern their interaction. Generally, the City provides a metaphorical context for the emergence of the law.

We can think of the community and the City as metaphors for two distinct domains of interactions. In the former, moral learning is all inclusive, and repeated interactions as well as constant exposition to the rules render their specific enumeration unnecessary. The City, on the contrary, is the locus where strangers meet, so it needs detailed rules drafted on a lowest common denominator to avoid or regulate conflict and put everyone on the same footing with regard to prior knowledge necessary to enter into interaction.

The very nature of a City is to be a forum where people of different origins and moral backgrounds can meet. The use of a metaphor implies that the City is not devoid of all morality. In fact, the very growth of exchanges entails the emergence of a specific urban morality. What sets the City apart is that it is by its very nature a place of convergence. Historically, cities were

16. Henri LABORIT, *Éloge de la fuite*, Paris, Gallimard, 1976, pp. 15–16, speaks of “agir, se révolter ou fuir”.

built at the crossroads, whether transportation was by roads or waterways. It is this incessant influx of newcomers, the fluctuation of its membership, that makes the continuous elaboration of legal rules so necessary. Law is the morality of strangers ¹⁷.

From the point of view of the community, a stranger always represents a threat or a challenge. But it would be a narrow view to consider the stranger only as an enemy. There is another dimension to what a stranger is: the recognition that this human being belongs himself to another group, and for this very reason could bring something of value to the community. In other words, there is potential similarity between the relationship of the individual to his fellow members and the relationship between the stranger and his own community.

There are countless examples of situations where our judgment is based on a recognition of a similarity of relationships rather than a similarity of properties. One of the most familiar is the oft-seen sequence of drama movies where the hero must team with a foe-become-friend. To create the bond needed for the pursuit of the action, our hero will not insist on him and his new ally sharing blond hair or blue eyes; he will attempt to find common relationships: "So, you have children too?!" In our personal encounters, it is always with some relief that we find someone we just met

17. Jane JACOBS, *Systems of Survival—A Dialogue on the Moral Foundations of Commerce and Politics*, New York, Vintage Books, 1992, p. 39: «The Roman commercial law [...] was called the Law of Foreigners, even when Romans themselves were using it.»

to be equally acquainted with someone we already know. It is likely that the interest to contract would not arise but for the perception that the other is being engaged in the same relationships with his fellows as one is oneself, thus turning the stranger into a potential image of oneself.

Once members of a community want to cooperate with strangers instead of treating them as enemies to avoid or fight ¹⁸, the law becomes a necessary step in regulating their interactions. If their moralities concord, they will have to spell them out to observe the concordance. If they do not, they will have to develop a common set of norms. In the City, as opposed to the community, it is the law which provides the basis for successful and repeated interactions.

The easiest way to provide law is to ask a third party whom both parties to a dispute can trust (or whose power they fear) to oversee a deal and act as a intermediary. Of course, trade will be the type of interaction which will give rise to the largest number of legal rules, simply because it offers the most opportunities for repeated interactions and monitoring. But marriage and “immigration” may equally require to have the requirements of the community’s morality before a third party made explicit. The singularity of this process is that people might well reach a stage where they can trust each other enough to set aside legal rules altogether; moral rules would then have replaced legal ones.

18. Explaining why anyone would want to cooperate with strangers would probably require an inquiry into envy, which we will tackle at a later time.

Conversely, the so-called moral decline of Western societies may be thought of as a decrease in the frequency of interactions amongst urban citizens. The inability of legislation in these societies to regulate interactions stems from the fact that it is not the law of the parties, but an external command. The main attempts to solve urban criminality, unsurprisingly, recoup three standard patterns of action identified earlier. People might start carrying guns or asking for more police repression (fight). People might leave for the suburbs where they can more easily monitor the whereabouts of strangers (escape). People might also try to recreate a sense of community within the City, by installing gates to create mini-neighborhoods and to cut the through-traffic (caution)¹⁹. In the City, the law breeds a new urban morality. The law soon becomes a fallback position, a kind of insurance to call upon where the common morality fails in sustaining social order²⁰.

This portrait of the interaction between law and morality will help us understand why public law and legislation are not necessary conditions for the emergence of private law.

19. «Good Fences... — Making Cities Safer», *The Economist*, March 25, 1995, 30–31 Those simple measures, devised with the help of urban architects, helped reduce crime significantly in neighborhoods in Dayton, Ohio and in Yonkers, New York. Ten other cities were reportedly considering similar schemes to alleviate urban woes.

20. Jeremy WALDRON, «When Justice Replaces Affection: The Need for Rights», (1988) 11 *Harvard Journal of Law & Public Policy* 625. Jan NARVESON, «Commentary on Feinberg's *The Nature and Value of Rights*», (1970) *Journal of Value Inquiry* 258, 260: «Imagine a world in which people's moral performance really was as high, and as reliable, as we profess it should be. Would this not be a better world than one in which people needed to be clamorous and sticky and always asserting their "rights?"»

B. Private and Public Law: The Third-Party Monopoly

The distinction between public and private law is familiar, yet often misconstrued. Two World Wars and the growth of the Welfare State in the '60s have caused confusion as to the proper domain of public law and the meaning of law. It is not rare nowadays to see public law equated with legislation, especially where it concerns the "invasion" of private law by public law in fields ranging from car insurance to liquor stores. But this overextension of public law at the expense of private law is congruent with the definitions given to both domains at a time when there was not much legislative activity. Private law is said to govern relationships between persons, while public law governs relationships between the State and the citizens. Within such an understanding, it is only legitimate to qualify the will of the State to extend its jurisdiction over private matters as the growth of public law at the expense of private law²¹.

In Quebec, this confusion has been compounded both by the historical maintenance of French laws in private matters following the English conquest and by the division of powers within the Canadian federation. Private law in Quebec encompasses almost all matters devolved to the provinces

21. Norman P. BARRY, «The Liberal Constitution: Rational Design or Evolution?», (1990) 3 *Critical Review* 267, 272: «The problem of the classical liberal who accepts a limited state and therefore the necessity of public law, is to describe a form of constitutionalism which prevents the gradual disintegration of private law and its replacement by public law.»

and governed by the Civil Code, while the Common Law—applicable in matters of federal jurisdiction—is considered by contrast to be part of the public law regime. Strangely enough, a piece of legislation, the Civil Code, governs private law, while the Common Law is supplemental in public matters.

At the beginning of this century, in his incontrovertible *Jurisprudence*, Salmond taught that private law embraced the entire realm of legal relations, except for constitutional and administrative law, which are the reserved domains of public law²². In this scheme, criminal law belongs to private law under a heading parallel to the whole of civil law, while individual rights fall under the substantive civil law of status. In this perspective, legislation and case law are simply two different methods of specifying applicable rules. What is not discussed is the lexical ordering of those two domains.

In his *Metaphysical Elements of the Law*, Kant argues that public law—a constitution and a State—is a necessary condition for the existence of private law. The constitutional aspect of this proposition has become the bedrock of legal positivism: public law must determine the holder of the power to legislate and the conditions to be met for a rule to be validly enacted²³. The necessity of the State rests on the need to enforce those rules, whether

22. Glanville WILLIAMS, *Salmond on Jurisprudence*, 11th ed., London, Sweet & Maxwell, 1957, p. 532 (Appendix III).

23. Hans Kelsen appears, in this perspective, to be the true inheritor of Kant's legal doctrine: see S. GOYARD-FABRE, *op. cit.*, note 2, pp. 355–370.

they belong to the domain of property rights, torts or personal status. In philosophical terms, this amounts to claim, as did Kant, that civil society is not possible as long as the legitimate use of violence is not made a State monopoly²⁴. Until a public law is established, writes Kant, men would live in the state of nature, not by virtue of the fact that there would necessarily be injustice and violence, but because it would be impossible to find a competent judge to rule on controversial cases²⁵.

This argument is inaccurate, both on conceptual and historical grounds. Conceptually, it shares with opponents of Darwinism a belief that the complex cannot arise from the simple, that a superior entity is needed to explain the existence of design. Historically, it is unverified. As many authors have pointed out, for the greatest part of Western history, some form of law existed without there being a State organization able to enforce it, much less proclaim it²⁶. The difference between State and private enforcement is really a matter of degree, and one cannot in the abstract assume that State enforcement is at all more certain than private

24. I. KANT, *op. cit.*, note 8, p. 76 [II, §44]: «[...] the principle that one must quit the state of nature, in which everyone follows his own judgment, and must unite with everyone else (with whom he comes in contact and whom he cannot avoid), subjecting himself to a public lawful external coercion; [...]».

25. *Id.*: «[the state of nature] it is, however, still a state of society in which justice is absent [*Rechtlosigkeit*] (*status justitiae vacuus*) and one in which, when there is a controversy concerning rights (*jus controversum*), no competent judge can be found to refer a decision having the force of law.»

26. Harold BERMAN, *Law and Revolution—The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge: MA, Harvard U.P., 1983; Bruno LEONI, *Freedom and the Law*, Los Angeles, Nash Publishing, 1972; Bruce L. BENSON, *The Enterprise of Law—Justice Without the State*, San Francisco: CA, Pacific Research Institute for Public Policy, 1990; Tom W. BELL, «Polycentric Law», (1992) 7 *Humane Studies Review* 1; James BRYCE, *Studies in History and Jurisprudence*, vol. 2, Oxford, Clarendon Press, 1901.

enforcement. Even in today's world, it is obvious that there are certain people whom one better not harm, for retaliation would be swift and punishment far more severe than what the State would compel. In fact, there are numerous historical and contemporary examples of private cases solved without even the idea of the State as an ultimate reserve of power.

Following the collapse of the Roman Empire, the beginning of the second millenium of our era saw an increase in agricultural productivity²⁷. The growth prompted a revival of trade and the development of the Law Merchant during the XIth and the XIIth centuries²⁸. This emergence—not directed by higher authority—of an independent body of rules was in part due to the lack of flexibility of authorities with regard to commercial activity and to the existence of multiple jurisdictions (communal, seigneurial or clerical). The limited scope of each jurisdiction's power outside its boundaries made it necessary for traders to find a cheaper way to secure transactions. In fact, we can surmise that the lack of cooperation between jurisdictions and the absence of a monopoly of force were decisive in the expansion of the Law Merchant²⁹.

27. B.L. BENSON, «The Spontaneous Evolution of Commercial Law», (198 9) 55 *Southern Economic Journal* 644.

28. L.L. FULLER, *The Principles of Social Order: Selected Essays of Lon L. Fuller*, Durham: N.C., Duke U.P., 1982, p. 213.

29. This kind of expansion is not limited to commercial matters, see Carl Menger, *Investigations into the Method of the Social Sciences with Special Reference to Economics*, New York, New York U.P., 1985 [1853], p. 146: «Language, religion, law, even the state itself, and to mention a few economic social phenomena, the phenomena of markets, of competition, of money, and numerous other social structures are already met with in epochs of history where we cannot properly speak of purposeful activity of the community as such directed at establishing them. Nor can we speak of such activity on the part of the rulers.»

Even the continued existence of Nations and their monopoly of violence could not prevent, in today's world, the development of bodies of private law impervious to national jurisdictions. Private transactions between individuals over the Internet are often carried through an escrow party who coordinates the transaction. In exchange for a small proportional fee, the escrow party confirms to both parties the object of the transaction and the price agreed upon. Once payment has been received from the buyer, the escrow agent asks the seller to send the goods and to forward him the package tracking number issued by the carrier. When the buyer receives the package, he has seventy-two hours to examine the goods and notify his acceptance—in which case the payment is forwarded to the seller—or his refusal—in which case he must send back the goods. Should a problem arise, the escrow party will act as an arbitrator between the parties.

Private transactions over the Internet provide a contemporary example of rules of private law enforced outside the State. When the transaction involves parties from two countries, say Canada and the United States, the buyer and the seller would usually agree on using an escrow service. This service provides detailed rules of procedure to conduct the transaction, it holds the money while the goods are being sent to the buyer and forwards the purchase price to the seller once the goods are received. In case of disagreement, the escrow party serves as a mediator as well. In other words, he provides essentially many of the services of the State. Of course, the escrow party could itself act fraudulently, but given the nature of the Internet, it is

something that he can do only once, which is to say that he has a strong incentive to live by his own proclaimed rules and act honestly.

Sceptics would say that the whole scheme ultimately depends on legal enforcement by State agencies. This is an illusion. First, on a pragmatic basis, small transactions are unlikely to give rise to a legal action, especially when the parties are separated by a national boundary and several thousand kilometers: the cost of enforcing a deal would be prohibitive. Second, if the escrow party does not forward the money to the buyer, this will likely be a one-time fraud: since the whole business is Internet-based, the escrow's actions are likely to become common knowledge within hours of their perpetration. Third, if the buyer had taken the precaution of paying with an instrument guaranteed by yet another party, either a bank draft or a credit card, the escrow's credit record is likely to show a trace of his fraudulent behavior.

In fact, I would surmise that a deal struck according to this procedure between two individuals in Montreal and San Francisco would be more secure than the same deal carried in either city by barter of cash against goods: in such a case, enforcement of the deal relies entirely on the good faith of the parties, on whether they have given proper references or on the seller's willingness to rescind the deal if the goods are not of the expected quality.

Some would say that ultimately those transactions rest on the power to take legal action against the wrongdoer in one's own country. This argument,

though seductive, remains unsupported: the rules enforced by the escrow party are precisely designed taking into account the fact that neither party to the transaction will ever be in a realistic position to engage in litigation before State courts^{29a} .

It is easy to demonstrate that the absence of State intervention does not automatically mean that private law would disappear altogether. There are innumerable cases where people, although they consider to have been wronged, will not take legal action. We may assume this decision to be based on a cost-benefit analysis where the probability of being compensated in full is estimated to be inferior in value to the time and money it would require to come to a complete resolution of the matter before the courts. Would we say that because a specific rule of private law has not been enforced that one time that it does not exist? Of course not. All that happened is that transaction costs outweighed potential benefits.

Another contemporary example may be found in private international contracts. Often, these agreements will incorporate or refer to the law of a particular State as the basis for their own interpretation. But, disagreements are most often submitted to a private arbitrator for reasons of confidentiality and expediency. Hence, any organized body of rules could be substitu-

29a. In a typical contract, disputes are handled outside State courts: «Any on-going dispute between GT customers will be resolved by an independent Mediator of GT's choosing. There is no additional charge for this mediation service beyond GT's normal fees. Both Buyer and Seller agree to abide by the Mediator's decision, and GT will hold all funds pending that decision». The only reference to State law is the standard disclaimer that «All transactions are subject to all state and federal laws».

ted for State legislation without affecting the quality of the agreement. As for enforcement, it rests again on the need to maintain a good reputation within the restricted membership in the community of international contractors and the amounts of money involved often mean it becomes valuable to buy insurance against defaults or unexpected problems.

De Jasay proposes a general argument that it is impossible to know *a priori* which goods are public goods until we open their production to the market and observe they are not produced³⁰. The provision of justice is one such public good. Once the State asserts its monopoly over law making and enforcement, it becomes difficult to discern alternatives. This “blinding effect” is not confined to the administration of justice; it affects all legislative monopolies.

Money offers a good example of a private good turned public. It is commonly believed that only the State issues money, but this belief is actually mistaken³¹. A non-negligible part of the money we spend each year is actually issued by credit agencies such as Visa, Mastercard or American Express. Since they are not banks, their balance sheets are not included in the sum of money in circulation. And how do we pay for this public service? Everyone pays in higher consumer prices (because merchants have to include the processing fees of the credit agencies into the cost of their servi-

30. Anthony DE JASAY, *Social Contract, Free Ride—A Study of the Public Goods Problem*, Oxford, Clarendon Press, 1989.

31. For a general argument on the viability of private money, see George A. SELGIN, *The Theory of Free Banking: Money Supply under Competitive Note Issue*, Totowa: NJ, Rowman & Littlefield, 1988.

ces), and, in part, interest payments for those consumers who finance their purchase that way. Moreover, this kind of money is more widely accepted throughout the world than any national currency, except maybe for the US dollar. In fact, the conversion of the credit borrowed from those issuers into a national currency could be understood as a non-floating, one-to-one currency exchange within each country. It would be an easy step to the status of international currency, were the national States to permit it.

The uninterrupted and overwhelming presence of the State has a direct impact on the way I understand rights and the law. The confusion I hinted at as to the relationship between private and public law is no accident. It follows directly from the fact that, were it not for the State, there would not be the equivalent of public law: all the rules governing a contract of arbitration would be the same as those governing any other contract.

It follows from this that State legislation is not a necessary condition, but one possible outcome of people seeking the enforcement of private rules devised in the course of their interactions. Where morality is concerned, implicit knowledge is sufficient to ensure compliance. Where law is necessary to make moral requirements explicit, this can be done by a third-party and the State is only one possible choice among several. I am moving away from a conception of the State as the only legitimate lawmaker and toward a conception of the State as a specific agency with auxiliary jurisdiction

powers. We now turn to the implications of such a movement for an understanding of rights.

II. The Method of the Law

The problem we now face stems directly from the monopoly of the State over the arbitration of private conflicts. This monopoly has had unfortunate consequences, not least its impact on our conception of rights and the reigning confusion as to their nature and justification. I intend to show here the relationship between the existence of a State monopoly over jurisdiction and the currently dominant conception of rights (A), and will then suggest an alternative, operational view that could help us reclaim control over our private lives (B).

A. Breaking From an Enabling Model of Rights

The horrors of WW II and the continuing struggle against communist rule in the Western world have been met, in the last half of this century, with a renewed preoccupation by legal philosophers for what has been traditionally called the moral foundation of individual rights. In a *Theory of Justice*, John Rawls insists upon the priority of the right over the good and devises a lexical order where freedoms take precedence over equality or solidarity

concerns³². In *Taking Rights Seriously*, Dworkin presents a liberal theory of law to rehabilitate the idea of individual human rights³³. In the conclusion to *The Morality of Freedom*, Joseph Raz warns that «given that people should lead autonomous lives the state cannot force them to be moral³⁴». This constant preoccupation with individual rights is a testimony to the threat the State is still felt to pose to our lives.

Two competing classes of propositions dominate the spectrum of justifications of individual rights: the *Choice Theory* and the *Interest Theory* of rights³⁵. Propositions pertaining to the *Choice Theory* defend the autonomy of the right-bearer, claiming essentially that rights are unassailable mainly because they provide the necessary harbor for deliberation and autonomous choice³⁶.

Increasingly, the *Choice Theory* was unable to meet the challenge of the existence of right-bearers who do not have the capacity for autonomous choice but nevertheless enjoy the full protection of human rights. The case of children was the case the theory could not adequately account for. The overwhelming and justified belief that children ought to be fully protected by individual rights, even though they do not possess the capacity for autonomous choice, made it impossible to sustain the *Choice Theory*.

32. J. RAWLS, *op. cit.*, note 3.

33. Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge: MA, Harvard U.P., 1977.

34. Joseph RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 420.

35. J. WALDRON, «Introduction», in J. WALDRON (dir.), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford U.P., 1984, p. 1.

36. *Id.*, p. 9.

Thus, the way was wide open for the *Interest Theory*, which has received its most celebrated exposition in the work of Joseph Raz³⁷. Raz claims that a legitimate right-bearer 'X' has a right if «an aspect of X's well-being (his interest) is a sufficient reason for holding some other person(s) to be under a duty³⁸». Implicitly, the State's agents adjudicate upon interests by first recognizing some of them, and then coercing someone else into providing for the protection of these interests (or for their fulfillment where those interests identify with the right-bearer's needs).

There have been innumerable commentaries on Raz's definition itself, on whether to add or subtract terms, on how to phrase and rephrase, on the lack of precision of the definition. However well-founded those points, we want to show that from the start, adjudicating on interests is the wrong way to understand rights.

The first governing assumption is that interests can be compared, arbitred and adjudicated upon. To accomplish such a delicate operation in the abstract would be most remarkable. Indeed, it is generally agreed that it is not possible to compare preferences between individuals. As Hardin puts it, «we often cannot know what liberties people genuinely want to have

37. J. WALDRON, «Autonomy and Perfectionism in Raz's Morality of Freedom», (1989) 62 *Southern California L.R.* 1097, 1100: «*The Morality of Freedom* is the culmination of that work, and it will contribute enormously to the impact that Raz has already had on a generation of jurists and philosophers.»

38. J. RAZ, *op. cit.*, note 34, p. 166. In footnotes, Raz recognizes the influence Bentham, Dworkin, McCormick and Campbell had upon his definition.

protected³⁹». Every one of us, within our own soul, faces the utmost difficulties in lexically ordering one's own values. Because it is impossible to gather information about preferences, it is beyond the possibilities of any judge or of any agent of the State to order interests according to their intrinsic values.

The second assumption concerns the subject whose interests are to be identified. It is already an impossible task to compare individual interests of natural persons: how are we to identify the interests of legal subjects such as corporations and communities? How are we to ascertain the interests of the State? There is a danger that individual rights will come to occupy a subordinate role within the hierarchy of public law, on the ground that they are disruptive of social order and thus contrary to the interests of the State. Within Raz's definition, the enterprise of collective rights would have consisted in identifying whether communities can be rights-holders and whether they have interests and whether these override the rights of individuals.

The third assumption pertains to the alleged moral foundation of those rights. Depending upon the perspective from which one argues the issue, one can end up basing rights upon a morality of aspiration, whereby they would tend toward a status of ideal claims, never achieved in reality. One may also base them on a morality of duty, but that would be contradictory, because the morality of duty is concerned primarily with social order, not

39. Russell HARDIN, *Morality Within the Limits of Reason*, Chicago, University of Chicago Press, 1988, p. 98.

with the protection of liberty, which means there could be overarching moral reasons to override individual rights.

The fourth assumption establishes individual rights into a special ontological class, whereby they provide the justification of all other rights, in a hierarchical structure similar to that of the rule of recognition model. Hence, it parallels the positivist hierarchy from constitutional to private law. What this means is that any private contract becomes a potential violation of higher rights. Individual rights, in Raz's model, are not merely immunities against State action, but sufficient interests which justify placing someone else under a duty. Thus, sufficient interests could potentially override any agreed upon rule.

The fifth assumption relates to the meaning of justice, which is implicitly understood as a requirement of equality of treatment. Such a conception of justice makes it easier to enlarge the domain of public law, by arguing that the transition from private law to legislation will offer citizens a more equal treatment in their interactions with other citizens, as was the intention with consumer legislation.

Those assumptions are dangerous for our common understanding of rights in general and of individual liberties in particular. Further dangers lie in the consequences of applying Raz' model in practice. A definition based on potentially unlimited interests means there is also a potentially unlimited number of sufficient interests. Consequently, anyone would be tempted to

frame his case so as to meet the interest required to consecrate a right. Since no interests are more legitimate than others, it will provide an incentive incessantly to claim revisions of decisions granting rights. There will be no way to satisfy claimants in arguing that their interests are insufficient to warrant a right. It would also be unsurprising to see interests-based argumentation in private cases, turning courts into a second forum to extend the realm of public law.

The *Interest Theory* leads to what Lesley Jacobs has called the *Enabling Model* of rights. This model creates an incentive for the multiplication of claims before the State, even where the rules are clear. This conception of the production of legal rules is modeled on that of economic production, where it is of the essence of success to increase the number of customers and the variety of products. In this case, it means fostering the growth of the State and of its agencies. This model implicitly adopts a conception of the State as a great purveyor of favors ('rights') for which citizens vie on the basis of their alleged sufficient interests ('needs'). Raz' model implies that a legal right is the recognition that one's interests should override those of others' who voice similar claims.

The *Enabling Model* has become so dominant that one has difficulty conceiving of rights in any other fashion. But speaking of rights in this way is misleading, because it ignores the metonymic drift through which we can

speaking of rights as things. I intend to show that rights are boundaries, not things, that they refer to the glass itself, not to its content.

B. Toward a Knowledge-Based Theory of Rights

Insisting upon the metonymic aspect of rights must not divert us from more pragmatic concerns. For all its influence, the *Interest Theory* remains foreign to the life of the law, as it is practiced in courts, and it shows no consideration for the work of argumentation lawyers and judges engage in each day. While the theory we will offer is rather abstract, it will appeal to the practitioner by encompassing the full spectrum of legal rights, not simply individual or human rights.

It is important to stress at the outset that this conception is not an ontological statement about the 'true' nature of rights. Rather, it must be thought of as a conception of pragmatic value. It is not meant to describe, but merely to map reality. A map is only a tool to help us go from A to B with the least effort. This model could alleviate the uncertainty that comes to the jurist attempting to compare interests according to Raz' model. To make this possible, we have to distinguish the production of legal rules (1) from the spirit of legal institutions (2).

1) The Production of Rights

The production of legal rules goes through many steps. These steps are not linear, but recursive. The legal process is a situation of social interaction, and as such, it fits within Ullmann-Margalit's qualification that

«these are situations of interdependent expectation, decision, and action: each participant's best choice of action depends on the actions of the others and hence on the actions one expects the others to take, which he knows depend, in turn, on the other's expectations of his own.»⁴⁰

What marks the start of a legal process? Usually, it is a claim made by a legal subject. Feinberg has worked out the relation between a claim and a right. He begins by distinguishing between 'making claim to', 'claiming that' and 'having a claim'⁴¹. According to Feinberg,

«[o]ne important difference then between making legal claim to and claiming that is that the former is a legal performance with direct legal consequences whereas the latter is often a mere piece of descriptive commentary with no legal force.»⁴²

Hence, 'making claim to' presupposes the existence of a right, while 'claiming that' is a demand to recognize the existence of a right. In this context, what does it mean when one says one 'has a claim'? Feinberg suggests simply that «*having a claim consists in being in a position to claim, that is, to make claim to or claim that*⁴³». In other words, when we say someone has a claim, we are not in a position to distinguish whether he is making a claim to or claiming that. Thus, having a right is to have a valid claim. A valid

40. Edna ULLMANN-MARGALIT, *The Emergence of Norms*, Oxford, Clarendon Press, 1977, p. 7.

41. Joel FEINBERG, «The Nature and Value of Rights», (1970) *Journal of Value Inquiry* 243, 251.

42. *Id.*

43. *Id.*, p. 253 (italics in the original).

claim vindicates the existence of a right (when 'making claim to') or it recognizes the existence of a right (when 'claiming that').

Let us insist on the more delicate nature of the propositional claim 'claiming that'. When someone claims that a right should be recognized, the claim is both a commentary and an injunction. It is first a comment about the existence of a conflict between the parties (hence on the absence of shared expectations), and about the willingness of the claimant to reach a decision. It is also an injunction in the sense that the claim makes it imperative for others to listen ⁴⁴.

A practical difference between 'making claim to' and 'claiming that' is that in the former case the status of the litigants is already determined by the existing right. Someone who makes a claim to vindicate a property right is the owner, the other party is not. When someone 'claims that', his status is uncertain *until* a right is defined. One's claim encompasses a claim that one has a given status, but its opponent may have an equal claim to the same status. How are we to ascertain the validity of contradictory claims? Dwor-kin's discussion of the role of legal principles in hard cases will help us shed some light on the operation involved in answering this question.

'Claiming that' does not involve, by definition, a pre-existing legal context in the form of known and definite rules. However, the entire body of law

44. *Id.*, p. 252: «One can assert without even caring very much whether any one is listening, but part of the point of propositional claiming is to make sure people listen.»

remains available as a source of possible analogies. 'Making claim to', on the contrary, usually takes place within a given legal institution, whether it is property, contract, and so on. In both cases, the adjudication process translates a fuzzy, analog situation into a discrete, 'digital' one ⁴⁵.

Dworkin's distinction between legal principles and legal rules is based on a similar distinction. According to Dworkin, legal principles do not apply in an all-or-nothing fashion, contrary to the latter ⁴⁶. But this is an erroneous view of the interaction between rules and principles. Where a case involves a 'claim that', the applicability of legal rules and legal principles will equally depend on their respective weight. It is only where someone 'makes a claim to' that legal rules will tend to retain the inflexibility inherited from the decision that upheld them.

In such a case, it is true that legal rules act like binary switches: either they apply or they do not. Legal principles act more like accumulators: they fit a case in a more or less fashion, so it is not their applicability to a case which matters, but how strongly they will bear on its resolution. As Dworkin puts it, a legal principle «states a reason that argues in one direction, but does

45. To use Wilden's terminology, the legal process translates a Symbolic situation into an Imaginary one. The domain of the Symbolic is the domain of the analogy, of the color continuum, of the maybe/maybe not. By contrast, the domain of the Imaginary is the domain of the digital, of the black and white, of the yes or no, of the compact disc as opposed to the vinyl. (Anthony WILDEN, *System and Structure—Essays in Communication and Exchange*, 2nd ed., New York, Tavistock, 1980, ch.VII).

46. R. DWORKIN, *op. cit.*, note 33, p. 26.

not necessitate a particular decision ⁴⁷». He adds that «[p]rinciples have a dimension that rules do not—the dimension of weight or importance ⁴⁸».

Depending on the kind of claim involved, legal rules might or might not apply in an all-or-nothing fashion. Where there is a 'claim that', both legal rules and legal principles might be used to reach a decision. It is only as the outcome of a specific decision that a rule will fit Dworkin's portrait.

How do we identify whose claim will be vindicated? How do we decide on which rule will be enforced? To answer these questions, we have to define what claims consist of. In my view, claims are sets of expectations.

A claim is a vector of information which tells us what to expect. Someone who claims there is a right to be recognized is putting forth his expectations. Typically, 'making claim that' takes the following form: "Listen! I expect you to respect 'that', and I expect 'that' to be recognized as a right". To decide between competing claims is essentially to vindicate the set of expectations which argue the most strongly in the same direction as legal principles and legal rules (where those are concerned). When a 'claim that' is upheld, the decision essentially calls to life a new rule.

The legal process can thus be conceived as a way to draw those binary distinctions called legal rules. In this perspective, saying that one *has* a right is abusive: it would be more accurate to say that a right confirms one's prior

47. *Id.*

48. *Id.*

expectations. It is only through the operation of a metonymic figure of style that one can speak of 'having' rights. One may have a claim, but the right belongs to both claimants although, in the end, they do not share the same fate with regard to the status conferred by the right ⁴⁹.

This consideration implies that the way a legal claim will be punctuated ⁵⁰ depends entirely on the set of expectations put forward by people engaged in an interaction. When two people are claiming that they 'have' a right, they are implicitly agreeing that there should *be* a right, while each of them is claiming that this right to be recognized should give *them* control over some domain. We rediscover here Coase's intuition that the line the law draws between a "victim" and a "perpetrator" whose action imposed a cost on the former is perfectly arbitrary. Every human action imposes a cost on its environment ⁵¹, where the environment embraces not only the natural world, but people as well.

Rights are boundaries that punctuate the relationships between individuals and their environment. The operation of rights consists in allocating freedoms and duties, powers and obligations, so that each side of the boundary

49. Schelling comes close to such a conception when he writes: «Among the legal privileges of corporations, two that are mentioned in textbooks are the right to sue and the "right" to be sued. Who wants to be sued! But the right to be sued is the power to make a promise: to borrow money, to enter a contract, to do business with someone who might be damaged. If suit does arise, the "right" seems a liability in retrospect; beforehand it was a prerequisite to doing business.» (Thomas C. SCHELLING, *The Strategy of Conflict*, 2nd ed., Cambridge: MA, Harvard U.P., 1980, p. 43).

50. By punctuation, I mean introducing a distinction into an otherwise continuous sequence of events.

51. Ronald H. COASE, *The Firm, the Market and the Law*, Chicago, University of Chicago Press, 1988, pp. 23ff.

becomes endowed with its bundle of Hohfeldian liberties, claims, powers, and immunities⁵². Rights operate by introducing a distinction where there was only a difference in degree. It is this act of distinguishing which, to use Wilden's terminology, translates the difference into a distinction, meaning into signification, and enables us to pass from the domain of quality (one whole offering various shades) to that of quantity (two objects)⁵³.

By virtue of this ability to transform meaning into signification, the power of rights becomes the Power to Name⁵⁴. It is the existence of a right which enables us to speak of a husband and wife, of a contractant, of an owner. It is improper to say that one *has* a property right. The property right gives one not only a measure of control over a piece of land, but also responsibilities with regard to it and to its neighbors. It is not value which determines the existence of a right, but the right which creates the value.

The property in land metaphor is useful to grasp the concept of a right as boundary, but the concept does not limit itself to this metaphor. If we take the immaterial right to free speech, this is a boundary established between the speaker and his audience, where the speech crosses the boundary as it reaches the audience. Even if the speech is offensive, it will be granted that members of the audience cannot by themselves or through the State cross

52. Justice will be achieved when there is a balance between the powers and the duties, but that is a discussion we will reserve for another paper.

53. A. WILDEN, *op. cit.*, note 45.

54. I note in passing that, as many great religions emphasized, the supreme power is the power to name (Yahve).

the boundary *physically*. But they can reply in words or by booing, and so on. Litterally, it is a right of free speech, defining *both* the freedoms and duties of *both* the speaker and the audience.

Hence, we could say that at the level of the reality it maps, a right creates portions of attributes, whose value can be compared across the boundary. Since a boundary can entail several different meanings—just like a real fence can mean “danger!”, or “at your own risk”, or “strictly forbidden”, or “do not get out” —, the impact of rights need to be explained at their own level.

2) From Boundaries to Legal Institutions

Elster defines an institution as a “rule-enforcing mechanism”⁵⁵. This definition clearly establishes a relationship between rules and institutions, but the insistence on enforcement seems to be equivocal in two respects. First, it implies that institutions exist above and beyond the control of individuals. Second, it betrays a conception of the institution too narrowly focused on moral persons. Hence, Elster limits his understanding of institutions to «firms, trade unions, religious organizations and universities» among private institutions, or public institutions such as «Congress, the Securities and Exchange Commission, the Supreme Court and the Board of Education⁵⁶».

In my opinion, an institution is a legal cluster of related rules that encompass some aspect of human interaction, and that includes not only the kind of organizations Elster has in mind, but also institutions such as property, contracts, torts, marriage, and so on. An institution is any form of abstract territory of known boundaries, which we can *enter*, *live in* and *exit*. In other words, it is a territory where there are clear rules on how to join the game,

55. Jon ELSTER, *Nuts and Bolts for the Social Sciences*, Cambridge, Cambridge U.P., 1989, p. 147. See also Andrew SCHOTTER, *The Economic Theory of Social Institutions*, Cambridge, Cambridge U.P., 1981.

56. *Id.*

how to play it, and how to leave it⁵⁷. The known boundaries of an institution are its rights.

The implication of such a conception is that institutions do not initially exist as rule-enforcing mechanisms, rather the other way around. Institutions emerge out of the prior and repeated enforcement of rights. The relation of institutions to the law mirrors the relation of communities to their moral norms. Individuals, not institutions, are the first to both enforce and respect rules and norms. When rules/norms are half-heartedly respected, institutions or communities are weak. Legal institutions do not arise as public devices, they become so. The role of institutions in enforcement always arises well after they have come into existence.

On this view, legal institutions are subject to the same potential for innovation as any other product or service. Banking or Insurance law are now legal institutions, but they were, in their beginning, strictly contractual. Legislation can also offer some innovations, where there is a competitive market for institutions created by the legislator. This is the case in corporate law, where some American States are acting, in this respect, like entrepreneurs trying to lure corporations into establishing themselves within their jurisdiction by offering various ways to set up a legal personality. The Limited Liability Company (LLC) provides a recent example. Wyoming

57. It is worth noting that the lack of rules regarding termination in many contracts, notably marriage and labor contracts, while probably the result of the optimism needed to contract in the first place, often leads to legal action, which could have been avoided had there been clear rules regarding these matters.

offered it in 1977 as an alternative to traditional corporations. A LLC combines the features of limited personal responsibility and full incorporation found in traditional corporations, but without their very strict rules of internal organization⁵⁸. It has since been copied by almost every other State.

When a cluster of rules is recognized as an institution, the recognition crystallizes a set of expectations engendered by the rights private parties developed (or claimed), refined and mutually copied. The recognition provides an additional measure of confidence in one's anticipation of others' actions. Once someone enters an institution, one can be reasonably sure that all the rules which constitute the institution can be potentially enforced against anyone who enters it.

By circumscribing abstract areas of known rules, institutions help create islands of reduced uncertainty. But the main explanation to this power of institutions to reduce uncertainty lies entirely in the definition of rights as boundaries. Putting rights on the legal map of reality creates *information*. This power of rights to create information compels us to speak of a *knowledge-based theory of rights*.

Mackaay defines information as 'selection power' and an 'antidote to uncertainty'⁵⁹. Bateson's definition adds a dynamic quality to information:

58. Guy FORGET, «Aux États-Unis, pensez "LLC" pour vos compagnies», [1996] *Journal du Barreau* 1er mars: 19.

59. Ejan MACKAAY, *Economics of Information and Law*, Montréal, Groupe de recherche en consommation, 1980, pp. 115–125, borrowing from C. CHERRY, *On Human Communication*, MIT Press, 2nd ed., 1966, p. 244.

information is the news of a difference between two entities (real or imagined) ⁶⁰. In this context, 'claims that', and especially valid claims which give rise to rights, are clearly news of a difference. When someone makes a claim that a right should exist, he is pointing to a difference he perceives. It remains to the community of persons related to this claim to concur to or disagree with its recognition. The judge is the person through whom the verdict comes, but the influence of the community of legal actors involved in a case is undeniable.

Spencer Brown remarks that mathematicians, cooks and scientists all rely extensively on the ordered sequence of *injunction*, *observation*, and *comparison* to approve or disprove results ⁶¹. The legal process is not different in this regard. A legal claim is first and foremost an injunction to hear what one has to say. Secondly, it contains a description of one's observations regarding how a difference should be turned into a right (in the case of a 'claim that'). Finally, this claim is offered to the community of legal actors for study, and the verdict comes in the form of a rejection or approval of the claim. When the claim is validated, it becomes a right; the difference observed has been turned into a distinction. The distinction relays the news of a difference, it is an information which provides selection power.

60. Gregory BATESON, *Mind and Nature*, New York, Dutton, 1979, p. 68. We would rather propose that the process by which we come to perceive the entities is inseparable from the one by which we come to perceive the difference.

61. George SPENCER BROWN, *Laws of Form*, New York, Julian Press, 1972, pp. 76-77.

Once rights are established, any movement across those boundaries will tend to generate more information when crossings are detected. A right is not a wall, it can be crossed. This 'permeability' of rights makes them perfect tools of detection and signalling. A right is a string which vibrates when it is struck. This is true of individual rights: when someone's 'rights' are transgressed, he will claim the immunity conferred by their existence. The recognition of individual rights entails the creation of a multitude of 'selection power' centers.

Immigration offers a clear illustration of the way rights sustain the creation of information. The 'rights' of a country are literally its frontiers. Were there no frontiers between countries, it would be difficult to ascribe meaning to movements of people or goods. When people cross a boundary, it is a signal that something of value is drawing them across the boundary. At the scale of a country, it is difficult to tell what precisely draws them, but it is obvious that there is a difference sufficient to warrant the trouble of leaving one's home for the unknown.

This mechanism also exists for property rights with regard to both trespass and exchange. When a buyer and a seller transfer property, they do not transfer a right, they transfer bundles of Hohfeldian claims. The right stays where it was. But the transfer implies that persons exchange positions with regard to the right. This is a signal. Something happened. Information was created that was not there prior to the event. Had the buyer and seller been

indivisible co-owners of the land, any informal agreement between them to redistribute their responsibilities over their property would have had no impact outside their domain.

'Claims to' based on already recognized rights also provide additional information to both the claimant and third parties. The claimant has the selective power of enforcing his 'right' or not. Third parties gain information because it is the claim of a status-bearer rather than the claim of a unknown claimant. Thus, because they can identify themselves with a status (like being an 'owner' or being a 'citizen'), third parties can appreciate the scope of the ruling for their own interactions.

This understanding of rights also helps to contrast them with moral norms. Rights being explicit and public⁶², there is no need for one to become integrated into a moral community to benefit from rights; one simply has to read the text, whereas moral norms require an acquaintance with the life of the community. Hence, the potential of rights appears unlimited, while morality remains confined to a community of a certain scope.

As for so-called 'social rights', they are not rights under the definition of rights as boundaries. From all perspectives, a knowledge-based theory of rights is blind to such claims. 'Social rights' do not create information: transferring resources by force from one use to another does not tell us

62. On the abstract order of the law, see Friedrich A. HAYEK, *Law, Legislation and Liberty—The Mirage of Social Justice*, vol. 2, Chicago, University of Chicago Press, 1976, pp. 42ff.

anything new about individual preferences. When someone claims a right to work, it is only a request for a unilateral transfer of resources: it is a mild form of theft. Whether such a transfer expresses need or envy, it is inevitably translated into coercion. 'Social rights' do not enhance selection power for everyone, but they do involve the exercise of power over someone. When social privileges are recognized, they do not create information about the status of reality. They are claims of indirect control not on one's own body or property, but over someone else's body or property.

From the point of view of a knowledge-based theory of rights, one must not fear the multiplication of rights, but the multiplication of claims masquerading as rights. Rights are essentially about the apportionment of reality, through consent or conflict resolution. Claims of rights are essentially demands to gain both control *and* responsibility over a domain of reality. It can be the physical domain of property rights or the abstract domain of individual liberties.

Legal institutions enable people to seek knowledge by virtue of the measure of security they provide. By letting them pursue actions and plans, by facilitating interactions between people, rights create the conditions of their own creation. Institutions sustain human interactions by reducing transaction costs and thus the efforts expended into defining and enforcing boundaries. Rights give content to a world we cannot directly apprehend. They enable

us to act upon our representations of the world. Being imperative yet falsifiable, they appear not to be different from scientific truths. Rights are tools of knowledge.

Conclusion

Morality and law appear to share a common goal of governing human interaction by providing individuals with information about expectations. Where morality applies, we do not need rights, for our knowledge of the interaction is sufficient to provide a measure of certainty and predictability. Conversely, where law applies, it is not required that the State be involved, only that individuals reveal their expectations based on their own morality. We cannot expect legislation to systematically posit the law, simply because it is impossible for the legislator to know enough about the reality they are trying to map to draw boundaries where they would make sense to the people who will cross them.

This essay aims to help us better understand political and legal institutions inherited from a time very different from our own. The adjudication of rights is an important matter, and not merely because it eases tensions between citizens. The legal process is a discovery procedure of truths about human interaction where morality fails. In this respect, the legal monopoly of the State is probably as damaging to the law as Church dogmas were to

science before Galileo. It will remain one of our tasks to investigate how political institutions should be understood if they are to release the true power of the law.

DEUXIÈME PARTIE

Des usages intempestifs de l'expression "droits collectifs"

| | |
|---|-----|
| Introduction | 103 |
| I. Du mot "droit" appliqué aux intérêts collectifs | 105 |
| A. Les droits collectifs comme compléments des droits individuels | 106 |
| B. Les droits collectifs comme succédanés des droits individuels | 111 |
| C. Les droits collectifs comme limites aux droits individuels | 114 |
| II. De l'épithète "collectif" accolée au droit | 119 |
| A. L'attribution de droits à un sujet collectif | 120 |
| B. La désignation de droits collectifs en raison de leur exercice | 124 |
| C. L'attribution de droits en raison de l'appartenance à une collectivité | 127 |
| a) Le droit à l'égalité | 128 |
| b) Les régimes d'exception | 132 |
| Conclusion | 136 |



Introduction

L'usage croissant des droits collectifs semble être un élément distinct du discours politique contemporain, d'une rhétorique qui fait appel aux sentiments de solidarité et de fraternité communautaires. Tout en soulignant les difficultés qui se rattachent à l'emploi de cette formule, il faut s'em-

ployer à déchiffrer ce dont témoigne cette nouvelle emphase. Il n'y a pas lieu de rejeter les droits collectifs du revers de la main en prétextant que la seule épithète suffit à offusquer des sensibilités libérales, ou de les encenser parce qu'ils offriraient un contrepoids à des droits individuels jugés trop envahissants par certains ¹.

Il ne s'agit pas de balayer les droits collectifs hors du paysage juridique. Tout au contraire, la multiplication des usages est un signe dont le sens demande à être explicité. En examinant les promesses faites au nom de ces droits et les abus de langage qui peuvent en découler, il faut garder à l'esprit que l'émergence d'une pratique sociale ou langagière est toujours le signe de quelque chose. Si certains droits prétendument collectifs ne sont en fait que des droits individuels en mascarade, il est possible que d'autres emplois s'avèrent parfaitement viables, ou qu'ils reflètent des tensions réelles. C'est pourquoi il importe de définir les frontières de ce concept avant d'envisager sa reconnaissance formelle ou celle des revendications légitimes s'y appuyant.

Cette entreprise de taxinomie repose d'abord sur un principe de parcimonie. Toutes les prétentions ne sont pas justiciables devant les tribunaux, et lorsqu'elles le sont, il est fort probable qu'existe déjà une règle de droit qui trouve application. S'agissant de la langue, de la culture et de la religion,

1. Voir par exemple Michael MANDEL, *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada*, Toronto, Wall & Thompson, 1989 ou Josée LEGAULT, «Les dangers d'une Charte des Droits enchâssée pour un Québec indépendant», (1992) 19 *Philosophiques* 2: 145.

et plus généralement de ce que les économistes désignent comme la production de biens publics, ce sont effectivement des intérêts et des désirs qui sont en jeu, mais ceux-ci ne sont que rarement partie d'un conflit juridique. Le plus souvent, on réclame l'intervention de l'État pour passer outre à des droits existants. C'est alors l'emploi du mot "droit" qui paraît incorrect (I). D'autres emplois des droits collectifs ne représentent en définitive que des renvois à des droits subjectifs existants, lesquels offrent néanmoins des aspects collectifs. Généralement, ces aspects collectifs ne modifient aucunement le caractère fondamentalement individuel des droits. Dans cette perspective, c'est l'épithète "collectif" qui semble juridiquement inappropriée (II).

I. Du mot "droit" appliqué aux intérêts collectifs

D'une manière générale, les droits collectifs s'emploient pour désigner toute manière d'instauration d'un ordre public. Ainsi, on insistera sur la protection des droits individuels et collectifs comme garantie de sécurité. On dira du public qu'il a un droit à un environnement sain² ou un droit à la paix³. Les droits collectifs s'inscrivent ici dans un rapport nécessaire aux

2. P.D. GLAVOVIC, «Environmental 'Group' Rights for Indigenous South Africans», (1991) 108 *South African L.J.* 67.

3. Frank PRZETACZNIK, «The Concept of Genuine and Just Peace as a Basic Collective Human Right», (1989) 6 *New York Law School Journal of Human Rights* 237.

droits individuels. Ce rapport va de la complémentarité (A) à l'opposition (B), en passant par la substitution (C).

A. Les droits collectifs comme compléments des droits individuels

On parle parfois des droits individuels et collectifs, en conjonction, pour donner délibérément l'impression de couvrir le champ entier des droits, et non pas une partie seulement. C'est un emploi bénin et purement rhétorique qui sert à désigner de manière économique un ensemble de phénomènes sous un seul terme englobant. Dans les cercles diplomatiques, les droits collectifs sont devenus la contrepartie incontournable des droits individuels: ils forment ensemble une expression fourre-tout dont l'étendue couvre le champ intégral du droit, sans offusquer les sensibilités de ceux qui n'accordent pas aux droits individuels la même primauté qu'en Occident. Le secrétaire-général des Nations-Unies s'exprimait ainsi dans son allocution d'ouverture à la Conférence mondiale sur les droits humains:

«Only democracy [...] can truly guarantee human rights. It is through democracy that individual rights and collective rights [...] are reconciled.»⁴

On emploie également cette formule pour décrire les aspirations d'une communauté à plus de liberté. Dans une lettre à l'éditeur, le représentant

4. Virgil WIEBE, «The Prevention of Civil War Through the Use of the Human Rights System», (1995) 27 *New York University Journal of International Law & Policy* 409, 412.

du *Iraqi Kurdistan Front* écrit au *Washington Post* que la stabilité politique du Moyen-Orient ne pourra être achevée «*only through working for a democratic Iraq, in which the individual and collective rights of its citizens are respected*»⁵. Similairement, à la suite de la chute du régime de Ceausescu en Roumanie, le Front National du Salut promettait de restaurer les droits individuels et collectifs de tous les citoyens⁶. À l'occasion d'une revue des personnalités de l'année 1991, le magazine *Macleans* décrit la contribution du juge en chef Dickson de la Cour suprême du Canada comme étant celle d'un homme qui, «*[w]ith balanced and cool precision, [...] presided over rulings that helped to fashion a broad spectrum of individual and collective rights*»⁷.

La Cour suprême des États-Unis écrit, en 1875, à propos des membres d'une petite communauté qu'ils se sont soumis «*to the dominion of a government for the promotion of their general welfare and the protection of their individual as well as their collective rights*»⁸. Soulignant la croissance de la taille de l'État, la Cour suprême de l'Idaho y voit comme conséquence de plus nombreuses demandes de la part des citoyens qui «*have sought protection of their individual and collective rights through the nation's*

5. B. SALIH, «Don't Forget the Iraqi Kurds», Letters to the Editor, *Washington Post*, 11 février 1993, A22.

6. Charles Z. JOKAY, «Can Romania Learn From Swiss Example?», *Christian Science Monitor*, 12 avril 1990, 19.

7. «Brian Dickson; Shaping an Era's Human Rights», *Macleans*, 30 décembre 1991, 34.

8. *United States c. Cruikshank*, (1875) 92 U.S. 542, repris dans *Pilgrim Real Estate c. Superintendent of Police of Boston*, (1953) 330 Mass. 250, 252.

*courts*⁹». Cette perspective se retrouve dans une lettre à l'éditeur du *St. Petersburg Times*, dans laquelle un lecteur s'oppose à une ordonnance municipale émise pour limiter les attroupements en arguant qu'elle sera utilisée pour limiter ou suspendre «*our individual and collective rights, to peaceable assembly, guaranteed to us by the First Amendment to the Constitution* ¹⁰».

Cet usage englobant ne vise pas toujours l'humanité toute entière ou les citoyens d'un pays. Ainsi, le maire de New York rapprochait l'attaque d'une femme qui joggait dans Central Park de la décision de la Cour suprême des États-Unis limitant le droit à l'avortement en affirmant que, dans chaque cas, «*the individual and collective right of women to self-determination was denied* ¹¹». D'une manière plus prosaïque, *The Economist* écrit que de nombreuses corporations optent pour une forme de partage des profits qui combine des droits individuels et collectifs ¹².

Dans l'affaire *Askov*, la Cour suprême du Canada a estimé que l'alinéa 11b) de la Charte canadienne ¹³ protège non seulement le droit de l'inculpé d'être jugé dans un délai raisonnable, mais comporte aussi implicitement

9. *Sterling c. Bloom*, (1986) 111 Idaho 211, 250.

10. «Mayor Ulrich should read the Constitution», *St. Petersburg Times*, 18 août 1988, 19A.

11. Evelyn HERNANDEZ, «Candidates Target Women Voters; Abortion, Child Care Stressed», *Newsday*, 4 octobre 1989, 8.

12. «World Politics and Current Affairs», *The Economist*, 29 mars 1986, 43.

13. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)], [ci-après la Charte canadienne].

«un droit collectif ou social. Ce droit collectif a un double aspect. Premièrement, la société a un intérêt à s'assurer que ceux qui transgressent la loi soient traduits en justice et traités selon la loi. Deuxièmement, les personnes appelées à subir leur procès doivent être traitées avec justice et équité. La tenue rapide des procès favorise ces deux aspects du droit collectif.»¹⁴

Il apparaît assez évident qu'en dépit des prétentions du savant juge, nous sommes ici simplement en présence d'une analyse utilitaire des bénéfices de reconnaître un droit individuel d'être jugé dans un délai raisonnable. Qui d'autre que l'accusé pourrait invoquer ce droit? Imagine-t-on le procureur général se présenter devant le tribunal pour réclamer la libération de tous les détenus dont le procès n'a toujours pas eu lieu dans un délai de six mois?

On invoque aussi parfois cet usage quand on veut souligner le caractère relationnel de certains droits individuels. Dans cette perspective, les droits collectifs ne sont plus le complémentaire mais plutôt leur reflet spéculaire, l'envers d'une même médaille. Ainsi, certains considèrent le droit du public à l'information comme étant la contrepartie collective de la liberté d'expression individuelle. La Cour inter-américaine des droits humains explique que la négation de la liberté d'expression ne porte pas seulement atteinte aux droits du titulaire, mais aussi au «*right of all others to "receive" information and ideas*¹⁵».

14. *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199, 1219–1220.

15. «Advisory Opinion Oc-5/85 of November 13, 1985», (1986) 25 *International Legal Materials* 123 (Inter-American Court of Human Rights).

Bien qu'elle tende à s'accorder avec notre propre conception relationnelle des droits ¹⁶, cette manière de présenter la liberté d'expression peut porter à confusion. La formule anglaise se traduit par "le droit de tous", alors qu'il serait plus juste de parler du "droit de chacun". Autrement, on pourrait soutenir que ce droit de tous permettrait d'exiger la divulgation d'informations dont le titulaire souhaite qu'elles demeurent privées, allant ainsi à l'encontre de la liberté individuelle. Dans une perspective relationnelle, cette possibilité disparaît, puisque c'est seulement lorsque l'individu exerce sa liberté de s'exprimer que surgit le droit corrélatif de recevoir l'information. De part et d'autre de l'institution "liberté d'expression", on trouve la liberté de l'auteur et le droit de l'auditeur à recevoir l'information qui lui est destinée, cette liberté et ce droit étant chacun un droit individuel. C'est l'institution de la liberté d'expression qui est collective, non pas les libertés et les pouvoirs qu'elle détermine.

Cette précision retenue, force est d'admettre qu'il s'agit là d'un usage relativement bénin du vocable "droits collectifs", dans la mesure où il ne porte pas à conséquence. Il en va tout autrement d'une conception des droits collectifs comme succédanés des droits individuels.

16. Voir *Toward a Knowledge-Based Theory of Rights* [chapitre 2].

B. Les droits collectifs comme succédanés des droits individuels

Cette conception des droits collectifs a trouvé une expression éloquente dans l'affaire *P.G. (Québec) c. Québec Association of Protestant School Boards*¹⁷. Le procureur du gouvernement soutenait que le droit à l'instruction dans la langue de la minorité garantissait un droit collectif de la minorité anglophone plutôt que les droits individuels des membres de cette minorité. Par conséquent, la clause Québec de la Charte de la langue française se trouvait à maintenir le droit collectif de la minorité anglophone à l'instruction dans sa langue, même si elle restreignait la catégorie des individus qui pouvaient se prévaloir de la clause Canada prévue à l'article 23 de la Charte canadienne.

Autrement dit, c'est la définition de l'appartenance à la minorité anglophone qui était l'enjeu du litige. Le juge Deschênes a jugé que l'article 23 accordait précisément le droit à l'instruction dans la langue de la minorité à tous les citoyens canadiens et que, par conséquent, tous les anglophones du Canada pouvaient faire instruire leurs enfants en anglais au Québec, non pas seulement les anglophones du Québec comme le voulait la loi 101.

Cet argument du procureur général du Québec offre un parallèle intéressant à celui soulevé dans le cadre du 2e Amendement de la Constitution

17. [1982] C.S. 673.

américaine qui garantit le "right to bear arms"¹⁸. Quoi que prétende la propagande de la *National Rifles Association (NRA)*, la Constitution américaine ne reconnaît pas de droit individuel au port d'arme¹⁹. En refusant d'entendre l'appel d'une décision d'une Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Morton Grove*²⁰ (où il fut décidé que le village de Morton Grove pouvait bannir toutes les armes de son territoire), la Cour suprême des États-Unis a en quelque sorte entériné l'argument du village de Morton Grove à l'effet que le 2e Amendement ne reconnaît que le droit collectif des États de maintenir une milice réglementée.

À mon avis, c'est encore une fois un usage abusif de parler de droit collectif dans un tel cas. Même dans la perspective de *Morton Grove*, il y a deux manières d'interpréter le 2e Amendement qui ne fassent pas appel aux droits collectifs. Dans le premier cas, s'il s'agit du droit des États de maintenir une milice, c'est alors une question de partage des compétences au sein de la fédération américaine, et les États sont autant de personnes morales à

18. Sur cette question fort discutée de l'interprétation du 2^e Amendement, voir notamment Robert J. COTTROL et Raymond T. DIAMOND, «"Never Intended to be Applied to the White Population": Firearms Regulation and Racial Disparity—The Redeemed South's Legacy to a National Jurisprudence?», (1995) 70 *Chicago-Kent L.R.* 1307; Anthony J. DENNIS, «Clearing the Smoke from the Right to Bear Arms and the Second Amendment», (1995) 29 *Akron L.R.* 57; David E. VANDERCOY, «The History of the Second Amendment», (1994) 28 *Valparaiso U. L.R.* 1007; Charles J. DUNLAP, «Revolt of the Masses: Armed Civilians and the Insurrectionary Theory of the Second Amendment», (1995) 62 *Tennessee L.R.* 643; Andrew D. HERZ, «Gun Crazy: Constitutional False Consciousness and Dereliction of Dialogic Responsibility», (1995) 75 *Boston U.L.R.* 57. Wayne LAPIERRE, *Guns, Crime, and Freedom*, Washington, Regnery, 1994, 237–40 dresse une liste des articles de doctrine juridique parus depuis le début des années '80 sur cette question, dont 4 soutiennent la perspective "collectiviste" et 34 la perspective "individualiste". On consultera également Pierre LEMIEUX, *Le droit de porter des armes*, coll. Iconoclastes, Paris, Belles Lettres, 1993.

19. Cependant, trente États américains dont le Texas ont reconnu à des degrés divers un droit individuel étendu au port d'armes.

20. *Quilici c. Village of Morton Grove*, (1981) 532 F. Supp. 1169 (E.D. Ill.).

qui on reconnaît le pouvoir de constituer une milice distincte des forces nationales. Dans le deuxième cas, on peut considérer qu'il s'agit bien d'un droit individuel au port d'arme, dont ne bénéficient toutefois que les membres d'une milice d'État. À cet égard, on retrouve la problématique soulevée dans l'affaire des écoles protestantes, à savoir l'étendue du groupe dont les membres pourront bénéficier d'un droit garanti. La *NRA* soutient précisément qu'en l'absence de milices d'États, on retombe par défaut sur un droit individuel de tous les citoyens de s'armer afin de prévenir la tyrannie potentielle du gouvernement fédéral.

Ces deux exemples illustrent comment les droits collectifs peuvent être invoqués pour restreindre non pas la portée de certains droits individuels, mais plutôt la catégorie d'individus qui pourront réclamer sa mise en oeuvre. En fait, il s'agit d'une argumentation bien connue qui consiste à nier une liberté de tous pour affirmer qu'il s'agit plutôt d'un privilège accordé à certains, tout cela au nom de l'intérêt public. Ainsi, dans l'affaire des écoles protestantes, on aboutit à une situation où les membres d'une minorité linguistique ont la liberté de choix quant à la langue d'enseignement, tandis que la majorité subit le paternalisme de l'État. Les droits collectifs apparaissent comme des succédanés des droits individuels dans la mesure où ceux-ci demeurent l'apanage d'une minorité de citoyens. On verra maintenant que les droits collectifs sont également invoqués pour limiter non pas le titulaire, mais la portée même des droits individuels.

C. Les droits collectifs comme limites aux droits individuels

Cette conception des droits collectifs se présente sous plusieurs formes. On parlera parfois de l'intérêt public, des droits de la société, des limites raisonnables aux droits individuels, de la nécessité de "balancer" les droits individuels et les droits collectifs²¹. En définitive, on invoque des droits collectifs lorsqu'il s'agit de relativiser la portée des droits individuels.

Dès 1889, la Cour suprême de Pennsylvanie emploie le terme "droits collectifs" pour désigner le droit des habitants d'un bourg à l'utilisation continue d'un cours d'eau sur lequel une digue avait été construite²². Dans l'affaire *Lohnes*, la Cour suprême du Canada écrit:

«Les valeurs en jeu dans le présent pourvoi sont faciles à distinguer. D'une part, il y a la liberté de l'individu de vociférer, de chanter ou de s'exprimer autrement. D'autre part, il y a le droit collectif de chacun à la paix et à la tranquillité. Ni l'un ni l'autre droit n'est absolu. Le droit d'expression de l'individu doit à un certain point céder le pas au droit collectif à la paix et à la tranquillité et ce dernier droit doit être fondé sur la reconnaissance que, dans une société où des personnes vivent ensemble, il faut tolérer un certain degré de perturbation. La question est de savoir où il faut tracer la ligne de démarcation.»²³

Le droit collectif dont on parle ici n'est rien d'autre que le droit concurrent d'un ou de plusieurs citoyens. Plus précisément, en adoptant une terminologie relationnelle des droits, le droit désigne la ligne de démarcation dont

21. Voir aussi *Ash c. Gaf Corp.*, (1983) 723 F.2d 1090, 1095 (3rd Cir.): «We read appellant's second claim to suggest that he suffered harm not from the effect the improper mailing procedure had on his rights and interests, but from the effect it had on the collective rights and interests of all GAF stockholders.»

22. *Borough of Ashland c. F.S. & J. Haupt*, (1889) 125 Pa. 211, 224.

23. *R. c. Lohnes*, [1992] 1 R.C.S. 167, 180.

parle la Cour, de part et d'autre de laquelle seront répartis un certain nombre de pouvoirs et d'obligations.

D'une part, le pouvoir d'un citoyen de vociférer va de pair avec son obligation de minimiser les conséquences de son action auprès d'autrui. D'autre part, ses voisins ont l'obligation de tolérer un niveau raisonnable de bruit qui, s'il est dépassé, les justifie d'en appeler aux forces de l'ordre pour faire cesser le tapage. Qualifier le droit à la paix et à la tranquillité de "collectif" ne renvoie pas à la nature du droit, mais plutôt au nombre d'individus qui subissent un dommage en conséquence de l'action d'un citoyen. D'ailleurs, l'exercice de ce droit présumément collectif ne peut reposer que sur l'initiative d'un citoyen qui subit lui-même une atteinte à sa paix et à sa tranquillité.

Une situation similaire se présente dans le fameux exemple qui interdit de crier sans raison "Au feu!" dans un théâtre bondé. Lee écrit à cet égard que la relation entre

«individual and collective human rights may be expressed in terms of right and duty, as two sides of the same coin. As such they complement, rather than conflict with, each other. The individual right to free speech, for example, must be exercised responsibly and take into account the collective right, whether in time of peace (when there are prohibitions against libel, defamation, nuisance, and obscenity) or during war or an emergency (when there are prohibitions against treason and sedition). Certainly, the shouting of "fire" in a crowded theater can hardly be justified on the grounds of free speech.»²⁴

24. Luke T. LEE, «Planet Earth 2025: 10 Billion Served?», (1995) 6 *Colorado Journal of International Environmental Law & Policy* 327, 339.

Cette interdiction ne repose pas sur un droit collectif, mais sur l'obligation faite au titulaire de la liberté d'expression de mesurer l'effet de ses paroles avant d'ouvrir la bouche. Ici, c'est l'intérêt de tous — y compris celui du titulaire — qui est visé par cette obligation, mais personne n'a de droit à invoquer à l'encontre d'un tel comportement. C'est plutôt l'expression d'un principe de justice voulant qu'un grand pouvoir engage de hautes responsabilités.

Cette préoccupation pour les effets d'emballement ou de rétroaction positive que peuvent provoquer certains comportements individuels se trouve inscrite au coeur de nombreux dispositifs juridiques. Ainsi, l'interdiction de se faire vengeance soi-même, le mécanisme d'arrêt des transactions boursières lors d'une baisse trop subite des cours, le crime d'incitation à la haine participent tous, malgré leur diversité apparente, d'une crainte que l'imitation ou la réciprocité, d'ordinaire bénéfiques, conduisent à la ruine de tous. Dans l'affaire *Zundel*, la Cour suprême semble appuyer l'idée d'une diffamation collective basée sur l'ethnie en se fondant sur l'article 27 de la Charte canadienne, dont elle écrit qu'il

«reconnait que tous les groupes ethniques ont droit à la reconnaissance et à une protection égale. Il appuie la protection des droits collectifs, l'intégrité culturelle et la dignité des groupes ethniques du Canada. Ce faisant, il valorise la dignité et le sens de la valeur personnelle de chacun des membres de ces groupes et, partant, la société dans son ensemble.»²⁵

25. *R. c. Zundel*, [1992] 2 RCS 731, 817 (dissidence des juges Gonthier, Cory et Iacobucci).

Quels sont ces droits collectifs dont l'article 27 assurerait la protection? Serait-ce, par exemple, le droit de prendre action pour censurer certains propos jugés offensants? À vrai dire, il ne me semble pas nécessaire de recourir aux droits collectifs pour expliquer la protection dont jouit tout citoyen contre l'incitation à la haine.

Imaginons que les menaces faites contre l'écrivain Salman Rushdie aient été proférées au Canada: eut-il été nécessaire qu'il fasse partie d'un groupe ethnique pour qu'on puisse invoquer contre l'auteur des menaces le crime d'incitation à la haine? Probablement pas. Est-ce à dire que seul un individu peut porter plainte dans un tel cas? Pas du tout, puisqu'une association constituée capable de démontrer que de telles menaces visent ses membres ou même ses propres intérêts en tant que personne morale serait sans doute autorisée à ester en justice ²⁶.

Qu'en est-il par ailleurs de l'article premier de la Charte canadienne qui édicte que les droits garantis

«ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique»? ²⁷

26. La protection des locaux de l'association serait un exemple d'intérêt propre à celle-ci.

27. Charte canadienne, art. 1.

Ces règles de droit raisonnables et justifiables protègent-elles des droits collectifs? Lorsqu'on invoque cet article, on essaie le plus souvent de démontrer que la règle de droit attaquée cherche à protéger l'intérêt public, à éviter précisément la ruine de tous. Toutefois, cet article ne définit pas un recours. Conformément à la procédure établie dans l'arrêt *Oakes*, cet article n'est que l'ultime possibilité de faire prévaloir la souveraineté parlementaire sur une base substantielle²⁸, même lorsqu'il y a violation des droits individuels. Bref, on ne peut pas, d'une part, présenter une requête pour faire valoir de présumés droits collectifs qui seraient présents à l'article premier. D'autre part, même lorsque l'État réussit à démontrer que la règle de droit est raisonnable, cela demeure une violation des droits individuels, toute justifiable qu'elle soit. Il serait tout à fait singulier de qualifier cette violation exceptionnelle de "droit collectif".

À la lumière du raisonnement exposé relativement à l'article premier de la Charte, il faut rejeter une interprétation qui feraient des règles de droit adoptées par la législature des droits collectifs. Lorsque l'individu maintient son contrôle sur un champ de l'activité humaine, il le fait en vertu des libertés fondamentales. Lorsque l'État obtient le contrôle de l'un de ces domaines, il le fait en vertu de son monopole de la violence et à titre de personne morale. Peut-on alors parler des droits collectifs de l'État, soit parce qu'il s'agit d'une personne morale, soit parce que l'exercice du pouvoir

28. On peut faire prévaloir la souveraineté parlementaire à l'encontre des articles 2 et 7 à 15 de la Charte par l'exercice purement formel de la clause nonobstant prévue à l'article 33.

d'État exige une procédure collective? C'est ce que nous allons examiner maintenant.

II. De l'épithète "collectif" accolée au droit

Le subjectivisme qui caractérise les systèmes juridiques occidentaux signifie habituellement que les droits sont l'apanage d'un sujet de droit. Dans le cas de collectivités, un double processus de détermination s'impose avant qu'on puisse parler des droits d'un sujet collectif. D'abord, il faut déterminer les droits qui poseront les limites de la collectivité. Autrement dit, un certain nombre de règles seront nécessaires pour encadrer la naissance juridique d'une collectivité. Ensuite seulement sera-t-il possible de déterminer les droits d'un sujet dont on aura au préalable établi la personnalité morale²⁹. Il est clair toutefois que cette deuxième étape implique un sujet de droit *singulier*.

L'opération même du droit impose que l'on traite des entités singulières. Le droit s'impose comme un mécanisme de traduction de phénomènes analogues (au sens de "continu") en entités discrètes (au sens de "discontinu"). Le droit définit toujours les pouvoirs et obligations des sujets entre eux, que ces sujets aient une existence physique ou simplement morale. Poser un jugement juridique est l'équivalent d'une observation en physique

29. Dans le cas des États nationaux, la première étape intervient généralement par le biais de la reconnaissance internationale.

quantique: c'est la mesure des phénomènes qui détermine, littéralement, la nature de ce qui est observée. Conceptuellement, il nous apparaît donc impossible de parler de droits d'un sujet "collectif" par opposition aux droits d'un sujet "individuel".

Dans cette optique, les droits collectifs ne peuvent — de façon superficiellement paradoxale — que désigner des catégories de droits individuels, soit ceux d'une collectivité (A), soit ceux exercés de façon collective (B), soit ceux octroyés en raison de l'appartenance à une collectivité (C).

A. L'attribution de droits à un sujet collectif

La coopération volontaire entre individus tend à créer des institutions communes³⁰. Une fois institués des mécanismes de gestion des ressources de la communauté, celle-ci prend une existence propre, indépendante de ses membres. Hechter développe sensiblement la même idée lorsqu'il écrit:

«[I]ndividuals form groups to attain joint private goods, like credit and insurance, but to do so they must also establish formal controls, which constitute a collective good. Once these controls are in place, a second stage becomes possible. The group's resources, now protected by the existence of formal controls, can be diverted (under a set of circumstances that needs to be investigated) to the production of further collective, or even public, goods.»³¹

30. Voir *The Emergence of the Moral Community* [chapitre 1].

31. Michael HECHTER, *Principles of Group Solidarity*, coll. California Series of Social Choice and Political Economy, Berkeley, University of California Press, 1987, p. 123.

C'est ce divertissement des ressources communes qui forme l'essentiel des opérations de l'État. D'une manière similaire aux relations entre les actionnaires et la direction d'une multinationale, l'État possède des intérêts propres qui coïncident parfois avec ceux de ses citoyens, parfois pas. L'État est bel et bien un sujet de droit. Toutefois, en raison de son monopole de la violence légitime et des ressources immenses dont il dispose, on est généralement réfractaire à l'idée de reconnaître à l'État des droits là où ses pouvoirs de contrainte suffisent.

Carignan soutient que l'obligation du service militaire, l'imposition ou la garantie d'un accès aux services de santé sont des droits collectifs de la collectivité³². Pour appuyer cette argumentation, il avance que contrairement aux règles du droit civil qui établissent autant de rapports qu'il y a de sujets de droit, «l'obligation de payer l'impôt est nécessairement remplie ou violée à l'égard de tous³³». Cet argument ne vaut que pour autant que l'on accepte la fiction de la volonté générale. Dans la perspective où l'État assume une existence indépendante de celle de ses citoyens, le paiement de l'impôt est une obligation imposée par un sujet de droit, l'État, à ses sujets, qui y sont très précisément *assujettis*. Ce qui rend cette situation si difficile à classer parmi les rapports juridiques légitimes, c'est l'absence de réciprocité et la difficulté d'échapper à cette sujétion. Le cartel des États-nations rend difficile l'émigration, à moins de posséder des ressources financières sub-

32. Pierre CARIGNAN, «De la notion de droit collectif et de son application en matière scolaire au Québec», (1984) 18 *Revue Juridique Thémis* 1, 14.

33. *Id.*, 17.

stantielles et les services fournis par l'État ne sont le résultat que de la volonté de certains de nos représentants élus. S'agissant d'une association volontaire, au contraire, il apparaît clair que l'association peut réclamer de chaque membre la contribution à laquelle ils ont donné leur assentiment, sous peine d'exclusion. Sous l'État moderne, l'exil est difficile.

Parler des pouvoirs de l'État comme s'il s'agissait de droits collectifs n'est qu'une figure de style. Voici un exemple probant qui illustre comment les droits collectifs peuvent être parachutés dans un contexte qui impose pourtant de parler des pouvoirs d'une personne morale:

«Now collective or corporate units such as these are certainly not mere numbers of individuals standing in quasi-contractual relations to one another. The group itself has ends which it pursues with more or less consistency: it has a settled policy which no individual can modify at will. Its collective character is as fixed as the character of an individual. It can assert collective rights and assume collective obligations. In short, it has the same type of energy and inertia which in the individual we call will or personality.»³⁴

La même problématique se présente en droit syndical, au moins partout où l'adhésion au syndicat est obligatoire. Le syndicat est en quelque sorte une personne morale à qui revient le mandat de négocier un contrat de travail uniforme au nom de ses membres. En tant que mandataire, le syndicat doit tenter de refléter les intérêts de ses membres, mais la dynamique par laquelle l'État ou une grande corporation en vient à posséder une existence propre s'impose ici aussi. On observe sans peine que le syndicat peut en venir à défendre des intérêts divergents de ceux de ses membres. Dans

34. Introduction des traducteurs à Hugo KRABBE, *The Modern Idea of the State*, George H. SABINE et Walter J. SHEPHARD (trad.), New York, Appleton, 1922, p. xlii.

l'affaire *Lavigne*, la Cour suprême a d'ailleurs reconnu non seulement que l'adhésion obligatoire constituait une limite raisonnable à la liberté d'association, mais encore que le pouvoir syndical de dépenser ne pouvait faire l'objet d'aucune limite exogène aux procédures reconnues de l'association syndicale³⁵.

La même identification des droits d'une personne morale à des droits collectifs se retrouve dans les rapports privés. Ainsi, la Cour suprême de Virginie rapporte:

«The intervenors concede that in a condominium, a unit owner possesses certain rights of a collective nature which he holds in common with other unit owners and which are subject to the control of the unit owners' association. In addition to these collective rights, however, the intervenors say, a unit owner possesses certain other, separate, and individual rights which are his, and his alone, to assert, free from control of the unit owners' association.»³⁶

Dans ce cas, les droits d'une nature collective auxquels on renvoie sont en définitive les droits de l'association des propriétaires. Quand cette association ne compte que peu de membres, ceux-ci exercent bien sûr un contrôle plus étroit de ses activités. Mais lorsque l'association compte de très nombreux membres, disons dans un complexe immobilier de milliers de logements, elle pourrait aisément poursuivre certains intérêts divergents de ceux de ses membres.

La situation n'est pas différente en droit corporatif, où les batailles juridiques impliquant des actionnaires minoritaires ne manquent pas. Cela

35. *Lavigne c. Syndicat des employés de la Fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211.

36. *Frantz c. CBI Fairmac*, (1985) 229 Va. 444, 449.

s'explique par les pouvoirs qu'exercent le conseil d'administration ou les officiers de la corporation. Les décisions prises ne rejoignent ultimement l'intérêt des actionnaires qu'*a posteriori*, lorsque les décisions antérieures ont effectivement enrichi les actionnaires. Le droit autochtone contient un mécanisme similaire, dans la mesure où c'est la bande indienne qui possède le droit de décider de l'usage des terres de la réserve et non pas les membres de la bande pris individuellement ³⁷.

Il semble donc superflu de parler de droits collectifs pour désigner les droits d'une personne morale, puisque celle-ci possède une existence distincte de celle de ses membres. Il faut maintenant envisager si l'on peut parler d'un droit collectif en raison de son exercice.

B. La désignation de droits collectifs en raison de leur exercice

L'exercice strictement collectif de droits prend d'abord la forme d'un recours collectif. Ainsi, Cappelletti écrit que dans certains recours collectifs:

«un particulier ou une association a agi en représentation même de millions de personnes, souvent pas même identifiables, pour faire valoir les droits collectifs les plus variés : *civil rights* (par exemple, actions de classe contre des discriminations raciales en matière d'emploi, d'éducation, de logement), droits concernant l'environnement, droits des consommateurs ou des petits actionnaires, etc.» ³⁸

37. *Joe c. Findlay*, (1981) 122 D.L.R. (3d) 377 (B.C. C.A.).

38. Mauro CAPPELLETTI, «La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil», (1975) 27 *Revue internationale de droit comparé* 571, 587.

De la même façon, Pierre Verge se trouve contraint de parler des droits collectifs lorsque l'intérêt individuel d'un demandeur n'est pas suffisant pour défendre l'intérêt collectif d'une multitude d'individus³⁹.

Qu'un tel recours n'établisse pas l'existence de droits collectifs semble évident. Les recours collectifs sont des mécanismes visant à réduire les coûts de transaction dans la mise en oeuvre de droits individuels. C'est si vrai que l'une des conditions d'exercice du recours collectif repose précisément sur la similarité des recours individuels. Si l'écart est trop grand, par exemple, entre les dommages subis par les demandeurs, le recours collectif ne sera pas permis. Il s'agit donc bien de mettre en oeuvre des droits individuels.

La difficulté à laquelle les tribunaux ont été confrontés le plus souvent, ce n'est pas de savoir si ces dommages peuvent être compensés, mais plutôt qui a qualité pour les réclamer: c'est donc une stricte question de procédure. Même si l'on reconnaissait à une association la qualité pour agir, cela ne ferait pas du recours un droit collectif. L'association posséderait le pouvoir propre d'agir en représentation des intérêts individuels multiples de ses membres ou même de toute personne visée par la demande. Parler de droits collectifs ne fait que rendre la problématique plus nébuleuse.

On renvoie également aux droits collectifs pour insister sur l'aspect participatif auquel le droit donne lieu. Parmi les droits individuels garantis, la liberté d'association offre sans doute le plus grand potentiel de confusion

39. Pierre VERGE, «L'action d'intérêt collectif», (1984) 25 *Cahiers de droit* 553.

en regard des droits collectifs. Même si son objet renvoie à un groupe d'individus désireux de poursuivre des projets communs, cela n'en fait pas pour autant un droit collectif. S'il fallait pour assurer son respect exiger une action concertée des individus regroupés en association devant les tribunaux, il est certain que ce droit serait constamment bafoué. Une des principales qualités des droits individuels, c'est précisément la possibilité de les exercer aussitôt qu'une violation singulière survient et de faire valoir une décision des tribunaux rendue dans un cas particulier à l'encontre de toute violation subséquente. Les droits individuels, dans le cas des associations, possèdent une force que le droit collectif n'aurait pas. Comme l'écrivait Roger Baldwin dans une chronique du *New York Times*,

«If American policy concerns itself with whether governments afford their people, as individuals, the full spectrum of political rights—the right to speak out and publish, the right to form associations, the right to worship, the right to call for change without fear of repression—then the issue of collective rights in many cases will take care of itself.»⁴⁰

Au surplus, la liberté d'association ne comporte pas seulement le droit de s'associer à autrui dans une entreprise commune, mais également le droit de *refuser* de s'associer⁴¹. Cet aspect de la liberté d'association nous échappe complètement si l'on qualifie la liberté d'association de droit collectif. L'exercice collectif de la liberté d'association n'est qu'un aspect de ce droit, quand il ne se confond pas avec l'exercice des pouvoirs individuels de

40. Roger N. BALDWIN, «Rights: Assert or Lose», *New York Times*, 31 août 1981, A17.

41. Voir aussi, *Young, James and Webster c. United Kingdom*, [1981] *Industrial Relations Law Reports* 408 (European Court of Human Rights) où les appelants se sont opposés avec succès à l'appartenance obligatoire à un syndicat.

l'association en tant que personne morale. Qu'en est-il par ailleurs des droits que possèdent les membres d'une association en raison de leur appartenance à celle-ci? S'agit-il, finalement, de droits collectifs? Voilà ce vers quoi nous nous tournons maintenant.

C. L'attribution de droits en raison de l'appartenance à une collectivité

Dans l'affaire *Edwards Books*, la Cour suprême rapporte les commentaires du professeur Tarnopolsky (maintenant juge à la Cour d'appel de l'Ontario) sur la différence entre les droits collectifs et les droits individuels:

«l'affirmation d'un droit individuel confirme la thèse selon laquelle chacun doit être traité de la même façon, peu importe qu'il ou elle appartienne ou non à un groupe identifiable particulier, alors que l'affirmation d'un droit collectif est fondée sur la revendication d'un individu ou d'un groupe d'individus à cause de leur appartenance à un groupe identifiable particulier.»⁴²

On peut distinguer deux types de droits octroyés en raison de l'appartenance à une collectivité. Dans le premier cas, les droits visent à favoriser l'intégration des membres de certains groupes dans la communauté élargie. Ce type de droits prend le plus souvent la forme d'un droit à l'égalité (1). Dans le second cas, au contraire, les droits établissent un régime déroga-

42. *R. c. Edwards Books*, [1986] 2 R.C.S. 713, 808, la juge Wilson (dissidente), citant Walter S. TARNOPOLSKY, «Les droits à l'égalité», dans Gérard-A. BEAUDOIN et W.S. TARNOPOLSKY, *Charte canadienne des droits et libertés*, 1ère éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1982, p. 497, à la p. 551.

toire du droit commun en faveur (ou en défaveur) de certains citoyens en tant qu'ils appartiennent à une certaine catégorie (2).

1) Le droit à l'égalité

Le droit à l'égalité, c'est la boîte de Pandore des droits collectifs. Presque tous les droits imaginables peuvent être revendiqués sur la base du droit à l'égalité. L'égalité est étroitement liée à la notion de justice et elle prend des formes diverses selon le contexte dans lequel on l'invoque. Dans le cadre des rapports privés, on trouve deux types d'égalités qui correspondent sommairement aux deux conceptions de la justice commutative et distributive telles qu'on les retrouve exposées chez Aristote⁴³. La justice commutative, c'est notamment l'égalité dans les contrats et la responsabilité civile, c'est-à-dire une mesure de réciprocité. La justice distributive, c'est l'égalité proportionnelle des rapports de propriété où les pouvoirs du propriétaire — bien qu'ils excèdent ceux des tiers — vont de pair avec les responsabilités que lui impose sa possession.

Dans le cadre des rapports publics, l'égalité implique un traitement similaire des personnes par l'État dans des cas similaires. Dans ce dernier cas, le

43. Le principe de justice distributive chez Aristote n'est pas un principe de justice sociale: «Quand il s'agit de partager les ressources communes, cette distribution se fera proportionnellement à l'apport de chacun [...]» (ARISTOTE, *Éthique de Nicomaque*, Jean VOILQUIN (trad.), Paris, Garnier, 1961, p. 211 [livre 5e, ch. IV, §2]). La répartition des impôts prélevés (ressources communes) participent de la justice distributive, mais leur *perception* ne relève pas de celui-ci. Nous réservons pour un autre moment la discussion d'une théorie de la justice dans le cadre d'une théorie des droits basée sur la connaissance.

droit de ne pas être victime de discrimination en raison de l'appartenance à un groupe n'est collectif que parce qu'il est possible d'ériger une caractéristique présente chez un certain nombre de personnes en signe distinctif. Ce signe distinctif n'est qu'un prétexte pour constituer une association *non volontaire*.

Par exemple, à quelle communauté linguistique appartiendra l'individu parfaitement bilingue né d'un père anglophone et d'une mère francophone? Du point de vue de l'individu, c'est là une question absurde aussi longtemps qu'elle exige de choisir entre les deux appartenances linguistiques. Mais du point de vue de ceux qui veulent établir une hégémonie au sein de ce qu'ils perçoivent comme étant leur propre communauté, la question n'admet que deux réponses: celui qui n'est pas pour nous est contre nous. Par conséquent, lorsque ce signe distinctif est parfaitement arbitraire — lorsqu'il est érigé en dehors de la volonté des individus concernés — et lorsque c'est un désir d'intégration à la société civile qui est exprimé, le droit de réclamer que cesse la discrimination demeure l'apanage des individus.

La revendication d'un droit collectif à l'égalité des groupes peut aussi reposer sur la croyance que l'égalité des individus n'est possible que si on réalise d'abord une égalité de résultat entre les groupes. Sur cette base, certains réclament par exemple que le nombre de femmes, de membres de minorités ethniques, de personnes handicapées ou d'homosexuels employés par un

organisme public ou admis dans une institution d'enseignement soit en proportion de leur représentation dans la population⁴⁴. Outre que la définition de ces groupes reposent sur des signes distinctifs parfaitement arbitraires (toujours au sens où plusieurs des personnes visées par ces mesures pourraient ne pas se reconnaître dans celles-ci), la mise en oeuvre de telles conceptions a engendré des résultats nettement mitigés. Mais surtout, elles ont provoqué les conséquences les plus paradoxales: bientôt, ce seront les hommes qui réclameront leur juste part des admissions dans les facultés québécoises de médecine et de droit. Plus encore, le fait pour un individu d'être admis sur la base de considérations particulières peut perpétuer la discrimination dont il est victime: sachant que son admission ou son engagement ne dépend pas de ses qualités personnelles, d'aucuns pourront continuer à douter de celles-ci et de sa capacité d'apporter une pleine contribution. En fait, comme le souligne Reynolds à propos de la discrimination raciale aux États-Unis,

«the more insistent government is on the use of racial preferences—whether in the form of quotas, goals, or any other numerical device—to correct what is perceived as an “imbalance” in our schools, our neighborhoods, our workplaces, or our elected bodies, the more racially polarized society becomes.»⁴⁵

44. Sur les questions de discrimination positive, voir notamment Michael I. KRAUSS, *Action positive — Théorie et conséquences*, Cowansville: QC, Yvon Blais, 1989, Richard A. EPSTEIN, *Forbidden Grounds—The Case Against Employment Discrimination Laws*, Cambridge: MA, Harvard U.P., 1992, Thomas SOWELL, *Preferential Policies—An International Perspective*, New York, William Morrow, 1990.

45. William Bradford REYNOLDS, «Individualism vs. Group Rights: the Legacy of *Brown*», (1984) 93 *Yale L.J.* 995.

Ici réside le plus grand danger de telles politiques: elles créent les conditions qui leur permettront d'être auto-légitimées. Le manichéisme inhérent à ces politiques entretient la discrimination qu'elles prétendent combattre ⁴⁶.

La question importante qui demeure découle de l'impetus d'une telle revendication: quelles prémisses permettent de soutenir qu'il soit nécessaire d'assurer la représentation proportionnelle des groupes dans les institutions sociales?

Un parallèle peut être tracé par rapport aux institutions politiques d'une fédération. Le conseil des membres de la fédération est généralement formé sur la base d'une représentation relativement proportionnelle. Si on voulait qu'un modèle de représentation proportionnelle des groupes raciaux ou linguistiques au sein des institutions sociales ait du sens, il faudrait reconnaître que les écoles, les universités, et même certaines entreprises commerciales sont des institutions *politiques* dans une fédération de *groupes*. Cela implique également que les partisans de telles mesures n'adhèrent pas aux divisions politiques établies.

La difficulté de cet argument ne tient pas tant à l'affirmation que certaines institutions sont des lieux de pouvoir qu'à la prétention que les groupes dont on réclame la représentation sont volontaires ou même naturels. Les témoignages d'individus qui refusent d'être classés arbitrairement parmi

46. T. SOWELL, «The Economics of Discrimination», dans T. SOWELL (dir.), *Markets and Minorities*, New York, Basic Books, 1981, p. 19.

un groupe sont légions. On connaît des Noirs nés à Trois-Rivières qui s'indigneraient qu'on les prenne pour des Haïtiens, des femmes qui craignent bien plus la censure que les magazines pornographiques, des homosexuels qui ne déménageraient pour rien au monde dans le quartier gai, de jeunes adultes qu'horripilent la vision d'un petit arriviste qui prétend parler en leur nom, au nom des "jeunes". S'agissant de communautés volontaires, la situation pourrait être différente, on le verra plus loin. Mais dans un contexte où un groupe n'existe que dans les prétentions de certains individus, il n'y a pas de droit collectif à l'égalité. Tournons-nous maintenant vers l'appartenance à un groupe comme motif d'exclusion des régimes de droit commun.

2) Les régimes d'exception

Le droit civil (notamment le droit de la faillite) et le droit du travail semblent reconnaître un certain nombre de droits collectifs. Le droit de la faillite renvoie aux droits collectifs des créanciers ordinaires, alors qu'on parle d'une convention collective en droit du travail. Dans le premier cas, les créanciers ordinaires ont un droit collectif aux actifs non privilégiés du failli. Dans le second cas, les travailleurs possèdent les droits collectifs prévus à la convention collective. En fait, ces droits ne sont collectifs que dans la mesure où ils sont partagés par tous les créanciers ou tous les travailleurs. Quant à leur exercice, ces droits demeurent individuels. Les créanciers ont

chacun droit à leur part des biens, les travailleurs exercent chacun les droits que leur garanti la convention collective.

Si on examine de plus près le mécanisme par lequel une association privée (comme celle rassemblant les joueurs d'une ligue de sport professionnel) ou syndicale négocie au nom de ses membres les modalités qui permettront à ceux-ci de contracter individuellement avec l'employeur, on retrouve le phénomène institutionnel. En échange des avantages que leur procure la convention collective, les individus acceptent de renoncer à certains droits communs.

La convention collective n'est pas strictement un contrat collectif. Le contrat dit collectif sert plutôt d'environnement institutionnel qui se substitue en grande partie aux règles de droit commun pour gouverner des contrats individuels de travail. Ce contrat collectif n'intervient pas entre l'employeur et les employés, mais bien entre l'employeur et l'association agissant à titre de mandataire. Par la suite, l'employeur et chaque travailleur renvoie à cette convention pour gouverner le contrat individuel. Ce phénomène de substitution d'une institution commune (le droit général des contrats) par une institution particulière (le droit des rapports collectifs de travail) peut d'ailleurs prendre d'autres formes. Ainsi, Stephen Befort prédit que

«[a] decline in collective rights, however, will produce pressure to enhance individual rights. For example, the Uniform Law Commissioners recently approved a Model Employment Termination Act that would require an employer to establish just cause in order to discharge virtually any employee. While only one state, Montana, has enacted legislation resembling the Model Act, this proposal will undoubtedly set the agenda for a future examination of the employment relationship.»⁴⁷

Le droit civil connaît d'autres régimes exceptionnels du droit commun. Les baux d'habitation, les contrats de consommation, l'assurance, le droit de la copropriété font tous l'objet de règles particulières qui dérogent ou précisent le droit général des contrats. La définition suivante des droits collectifs, parce qu'elle se limite implicitement à des collectivités auto-organisées, ne semble pas s'étendre à ce type de régimes juridiques:

«on appelle "droit collectif" tout droit accordé à des individus *en raison de* leur appartenance à une certaine collectivité. Selon cette conception, "collectif" ne s'oppose pas à "individuel", mais à "universel". Il existe des droits que possède toute personne quelle qu'elle soit, et il existe d'autres droits qui ne sont accordés qu'aux membres de certaines collectivités: ce sont ces derniers droits qu'on appelle "collectifs". [...]»⁴⁸

Or, pourquoi ne pas parler des droits collectifs des locataires, des consommateurs, des assurés? Restreindre l'emploi des droits collectifs aux seules collectivités ayant surmonté les problèmes d'action collective en raison de leur taille ou de leur situation particulière semble absolument arbitraire, sauf à admettre que cet emploi est historiquement contingent. Il

47. Stephen F. BEFORT, et Virginia E. CORNETT, «Beyond the Rhetoric of the Nafta Treaty Debate: A Comparative Analysis of Labor and Employment Law in Mexico and the United States», (1996) 17 *Comparative Labor L.J.*, 269, 310-311.

48. Propos du juge Deschênes de la Cour supérieure dans *P.G. (Québec) c. Québec Association of Protestant School Boards*, précitée, note 17, rapportés par Michael HARTNEY, «Le concept juridique de droit collectif», dans Guy LAFRANCE (dir.), *Éthique et droits fondamentaux*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 1990, p. 264, à la p. 266.

faudrait donc parler de droits collectifs également pour les droits accordés à des individus en raison de leur appartenance à un régime juridique donné (droits collectifs des propriétaires, des locataires, des assureurs et des assurés, des télédiffuseurs et des téléspectateurs, etc.). Qu'il s'agisse de droit de la faillite ou de droit du travail, les droits prévus par ces régimes s'opposent effectivement à 'universel' comme le veut la définition.

Les régimes d'exception, au même titre que le Code civil, définissent des règles institutionnelles. Puisqu'on ne parle pas du droit de propriété ou de la liberté contractuelle comme de droits collectifs même s'ils sont communs et accessibles à tous les citoyens, on ne devrait pas employer ce terme pour désigner les règles exceptionnelles de certains régimes. Que ces régimes procurent soient des avantages additionnels ou imposent au contraire des restrictions en regard du droit commun, il n'en demeure pas moins que ces garanties ne peuvent être rattachées qu'à des personnes, qu'elles soient physiques ou morales.

Dans le cadre du système parlementaire canadien, où le parti qui détient la majorité législative et gouvernementale exerce un pouvoir presque absolu, on comprend que certaines personnes appartenant à des minorités ethniques ou linguistiques sentent le besoin de réclamer des garanties contre l'arbitraire de l'État. Toutefois, ces garanties demeureront individuelles dans la mesure où elles seront accessibles à tout citoyen qui non seulement s'estime lésé, mais encore accepte de reconnaître son appartenance au

groupe en question. Le traitement juridique de tels droits reste nécessairement individuel. La question politique de l'opportunité de reconnaître des droits particuliers en raison de l'appartenance à tel ou tel groupe demeurera litigieuse, mais cela n'affecte en rien la nature des droits éventuellement reconnus.

L'épithète "collectif" accolée au mot "droit" sert plus de qualificatif social que juridique. Elle renvoie soit à une personne morale, soit aux caractéristiques partagées de certains individus. Souscrire à la notion de droits collectifs dans ce contexte ne jette aucune lumière sur la nature des droits invoqués.

Conclusion

Au terme de ce parcours, il semble manifeste que les droits collectifs sonnent creux. Sans vouloir nier l'utilité d'une qualification collective des droits en certaines occasions, la conclusion s'impose qu'on ne voit pas la nécessité d'y recourir *juridiquement* dans la plupart des cas. Parvenu devant le tribunal, le droit sera toujours traité comme une règle définissant l'interaction entre des *personnes* au sens large.

Toutefois, il demeure au moins deux hypothèses où les droits collectifs pourraient trouver application. Parmi les usages que nous n'avons toujours pas écartés se trouve, d'une part, la reconnaissance des groupes au titre de

personnes morales et, d'autre part, le droit à l'auto-détermination et ses variantes. Qu'en est-il du pouvoir de se constituer en association et de réclamer pour celle-ci une juridiction sur un domaine donné? De façon similaire, la création d'un nouveau pays ne découle-t-il pas nécessairement de la mise en oeuvre d'un droit collectif? Dans ces deux cas, qu'on pourrait réunir en les plaçant aux extrémités d'une même échelle, il est possible que les droits individuels ne puissent faire justice à ces phénomènes juridiques. Ce sera là l'objet de prochains articles.

Les droits collectifs comme droits-créances

| | |
|---|-----|
| Introduction | 138 |
| I. Les apories de droits collectifs à la survie | 141 |
| A. La survie collective et la valeur de la communauté | 142 |
| B. La liberté d'autrui et les droits-créances | 154 |
| II. Du rapport des individus à l'autorité | 160 |
| A. L'autorité de la tradition | 165 |
| B. L'autorité de la loi | 173 |
| Conclusion | 184 |



Introduction

On a apporté au soutien de la nécessité d'assurer la survie de certains groupes une variété d'arguments, notamment en insistant sur leur existence en soi¹. On a donc suggéré que divers groupes devraient bénéficier de droits

1. Ronald R. GARET, «Communitarity and Existence: The Rights of Groups», (1983) 56 *Southern California L.R.* 1001; Larry MAY, *The Morality of Groups—Collective Responsibility, Group-Based Harm, and Corporate Rights*, Notre Dame: Indiana, University of Notre Dame Press, 1987; Evelyn KALLEN, «Ethnicity and Collective Rights in Canada», dans Leo DRIEDGER (dir.), *Ethnic Canada*, Toronto, Copp Clark Pitman, 1987, p. 325.

collectifs en raison d'intérêts propres et que, corrélativement, d'autres groupes seraient tributaires d'obligations à l'endroit des premiers. Évidemment, le bât blesse au moment d'établir l'appartenance à un groupe. Chacun voulant appartenir au groupe des créanciers et non à celui des débiteurs, il devient impératif, pour faire respecter de tels droits, de contraindre certains individus à adhérer à un groupe même contre leur volonté. Ainsi May a-t-il pu écrire que le groupe "homme" devenait débiteur du groupe "femme" en raison de la discrimination vécue par celles-ci ².

Outre les difficultés ontologiques liées à une telle position, celle-ci achoppe pour des raisons similaires à celles exposées dans un article précédent ³. D'une manière générale, l'appartenance à un groupe peut être une condition pour reconnaître un droit individuel, mais cela n'en fait pas un droit collectif. Ultimement, tout droit collectif doit servir la cause d'individus qu'on estime victimes d'un tort qu'il importe de réparer. Autrement dit, on ne parle du droit des groupes que pour parler du droit des membres appartenant à ces groupes.

Une argumentation plus solide a été offerte par Kymlicka dans *Liberalism, Community and Culture* ⁴. Cet ouvrage est devenu, à juste titre, le pivot autour duquel se sont articulées la plupart des discussions sur les droits

2. L. MAY, *op.cit.*, note 1, p. 110.

3. Voir *De l'usage intempestif de l'expression "droits collectifs"* [chapitre 3].

4. Will KYMLICKA, *Liberalism, Community, and Culture*, Oxford, Clarendon Press, 1989.

collectifs depuis sa parution en 1989⁵. Kymlicka inscrit sa démarche dans le contexte du libéralisme moderne, qu'il prétend réconcilier avec l'idée des droits collectifs sur la base d'une défense individualiste. Ayant exposé l'importance et la quasi-irrévocabilité des appartenances fondamentales à une langue, à une culture ou à une religion, Kymlicka soutient que les contraintes que fait peser la majorité sur les cultures minoritaires menacent l'autonomie des individus. Cette menace justifie, selon lui, que soit garantie la survie des communautés sans lesquelles la liberté de choix perd son sens. En définitive, Kymlicka défend une créance des groupes minoritaires à l'encontre de l'État.

Cette créance est destinée à assurer la survie collective d'une communauté ou d'une culture. La fin poursuivie par cette assurance de survie, c'est de préserver l'autonomie véritable des individus membres d'une communauté. Or, ce projet se heurte à ses propres conséquences sur l'autonomie et la liberté. D'abord parce qu'il risque de placer l'indépendance de la communauté au-delà de l'autonomie de ses membres. Ensuite, parce qu'il impose à autrui une obligation garantie par la puissance de l'État. Ces deux moments forment les apories de droits collectifs à la survie (I). De là, nous

5. Voir le numéro spécial du *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, (1991) numéro 4. Parmi les revues critiques du livre de Kymlicka, voir notamment J.P. STERBA, «Liberalism, Community, and Culture, by W. Kymlicka», (1992) 103 *Ethics* 152-154; J. AJZENSTAT, «Liberalism, Community, and Culture, by W. Kymlicka», (1990) 23 *Canadian Journal of Political Science* 189; R.B. THIGPEN, «Liberalism, Community, and Culture, by W. Kymlicka», (1990) 84 *American Political Science Review* 1357; A.J. SEMB, «Liberalism, Community and Culture, by W. Kymlicka», (1993) 30 *Journal of Peace Research* 122; S.M. OKIN, «Liberalism, Community, and Culture, by W. Kymlicka», (1991) 19 *Political Theory* 123; Chandran KUKATHAS, «Are There Any Cultural Rights?», (1992) 20 *Political Theory* 105 et «Cultural Rights Again—A Rejoinder to Kymlicka», (1992) 20 *Political Theory* 674.

serons tout naturellement amenés à nous interroger sur la relation entre, d'une part, les individus et la tradition culturelle à laquelle ils appartiennent et, d'autre part, les citoyens et l'État qui exigent d'eux les moyens de mettre en oeuvre cette créance collective. Nous aborderons alors la question du rapport des individus à l'autorité (II).

I. Les apories de droits collectifs à la survie

La protection des minorités culturelles n'échappe pas au cercle vicieux de la dépendance. Une fois instituées les mesures garantissant la survie collective, il est douteux qu'on puisse jamais s'en départir. La question se pose alors de savoir comment apprécier l'apport d'une communauté si son existence est indépendante du bien-être de ses membres (A). Si le protectionnisme culturel semble si difficile à défendre, c'est en grande partie en raison de la théorie des droits dont il s'inspire. Cette théorie soutient que les libertés formelles ne sont d'aucune utilité sans garantie substantive. Malgré l'attrait apparent de cette proposition, nous montrerons qu'elle aboutit elle aussi à nier les libertés qu'elle prétend défendre. Les droits collectifs comme droits-créances sont une atteinte à la liberté d'autrui (B).

A. La survie collective et la valeur de la communauté

La préoccupation pour la survie culturelle n'est pas strictement nouvelle. Déjà en 1935, la Cour internationale de justice reconnaissait aux minorités d'Albanie le droit à des écoles séparées, afin d'assurer à la minorité «*suitable means for the preservation of their racial peculiarities, their traditions and their national characteristics*»⁶. Une résolution de l'UNESCO affirme, en 1972, le droit de tous les pays et de tous les peuples à la préservation de leur culture⁷. Van Dyke dénombre, en 1975, trois situations pouvant mener à la reconnaissance de droits collectifs.

«(1) where concern for equality requires it, certain weak groups should have special protection; (2) where a group has been denied equality by discriminatory policies and practices, compensatory justice should be afforded; and (3) special status and rights should be extended to some groups to enable them to survive.»⁸

De façon similaire, une Conférence mondiale pour combattre le racisme et la discrimination raciale endosse le droit des peuples autochtones au maintien de leurs structures économiques et culturelles traditionnelles, incluant la langue⁹. Magnet, McDonald and Monahan sont tous d'accord pour affirmer que le système constitutionnel canadien protège des droits collec-

6. *Minority Schools in Albania (AB/64)* (1935) 17 *Permanent Court of International Justice*, Advisory Opinion, citée dans Yoram DINSTEIN, «Collective Human Rights of Peoples and Minorities», (1976) 25 *International and Comparative Law Quarterly* 102, 116.

7. 17C/Res.4.111., 15 novembre 1972.

8. Vernon VAN DYKE, «Justice as Fairness: For Groups?», (1975) 69 *American Political Science Review* 607, 612.

9. (1978) 10 *Objective Justice* 30.

tifs destinés à garantir la survie de certains groupes ¹⁰. Très récemment, Meyerhoff a suggéré une interprétation large de l'article 27 de la Charte canadienne ¹¹ — une disposition interprétative qui reconnaît l'héritage multiculturel du Canada — de manière à étendre à toutes les minorités ethniques des droits linguistiques similaires à ceux dont peuvent se prévaloir les minorités de langues officielles ¹². Selon lui, une interprétation large de l'article 27 doit inclure

«collective rights and affirmative measures requiring the government to assist ethnic minorities—that is, those linguistic and cultural groups other than French and English—in preserving and enhancing their distinct culture and language.» ¹³

Selon Meyerhoff, les droits collectifs comportent l'idée de survie des groupes minoritaires et le principe d'égalité requiert plus que la prohibition simple de la discrimination: il doit comprendre les mesures nécessaires à la survie des minorités ¹⁴. Harbison va encore plus loin lorsqu'il affirme que l'égalité devant la loi devrait parfois céder le pas à la survie culturelle afin de permettre aux groupes minoritaires — en l'espèce certaines tribus indien-

10. Patrick MONAHAN, *Politics and the Constitution*, Toronto, Carswell, 1987, p. 95; Joseph Eliot MAGNET, «Collective Rights, Cultural Autonomy and the Canadian State», (1986) 32 *McGill L.J.* 170; Michael MCDONALD, «Should Communities Have Rights? Reflections on Liberal Individualism», (1991) 4 *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 217.

11. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)], [ci-après la Charte canadienne], art. 27: «Toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens.»

12. Terrence MEYERHOFF, «Multiculturalism and Language Rights in Canada: Problems and Prospects for Equality and Unity», (1996) 9 *American University Journal of International Law & Policy* 913, 918: «The most promising alternative is to interpret the Charter to extend to ethnic minorities similar, although not the identical language rights accorded official language minorities. This interpretation would require collective rights and affirmative measures, such as language education.»

13. *Id.*, 916 (notes omises).

14. *Id.*, 1005–1006.

nes des États-Unis — de discriminer à l'encontre des non-membres qui s'aventurent sur leurs terres¹⁵. Dans tous ces cas, ce qui est affirmé c'est la volonté de faire obstacle aux tendances assimilationnistes affichées ou suggérées par de nombreux pays à l'encontre de citoyens appartenant à des communautés minoritaires.

Hannemann fait cependant remarquer que même les garanties constitutionnelles les plus étendues demeurent parfois insuffisantes:

«All three republics [Estonia, Latvia, and Lithuania] had "bills of rights" guaranteeing individual civil rights and freedoms, and each republic provided generous collective rights to ethnic minorities which were granted full political participation as well as protection of their religious, educational, and cultural institutions.

Eventually, economic crises and political tensions led the governments to become more authoritarian. The new regimes were very concerned with state unity and strongly supported the development of a national cultural life. As they continued to promote nationalist ideals, however, the Baltic governments became significantly less sympathetic to minority concerns.»¹⁶

Dans cette perspective, il n'est pas clair en quoi l'octroi de droits collectifs est mieux à même de protéger les individus membres de groupes minoritaires que les droits individuels. Les libertés fondamentales sont justiciables par les individus précisément pour éviter la nécessité de rassembler chaque fois une large coalition de citoyens¹⁷. Et si on octroie la personnalité morale à la communauté minoritaire, on se retrouve alors avec un problème d'agent: comment assurer que les décisions prises par les représentants de

15. John S. HARBISON, «The Broken Promise Land: An Essay on Native American Tribal Sovereignty Over Reservation Resources», (1995) 14 *Stanford Environmental L.J.* 347, 367 et suiv.

16. Andrea J. HANNEMAN, «Independence and Group Rights in the Baltics: A Double Minority Problem», (1995) 35 *Virginia Journal of International Law* 485, 488.

17. Ejan MACKAAY, «Le droit saisi par le jeu», (1991) 17-18 *Droit et Société* 57, en particulier 68 et suiv.

la communauté ne créeront pas à leur tour des injustices subies par leurs membres?

Ce problème de correspondance entre les préférences des représentants agissant au nom de la personne morale (la communauté) dont on garantit la survie et celles de ses membres peut prendre des proportions telles que la personne morale ne subsiste que par l'effet des garanties, sans aucune participation des membres. C'est la situation que vit présentement le Québec en matière scolaire: le système confessionnel qui divise la gestion des écoles entre protestants et catholiques est complètement désuet et il ne survit que par l'effet des dispositions constitutionnelles enchâssées au moment de la Confédération. Même la volonté très clairement exprimée de la presque totalité des parents d'une école primaire de Montréal n'a pas suffi pour donner à celle-ci un statut non confessionnel ¹⁸.

Les privilèges créent les conditions de leur propre maintien: une fois légalement institués, de tels droits à l'existence sont pratiquement irrévocables ¹⁹. Par conséquent, si c'est le droit d'un groupe à la survie qui est cristallisé, ce droit a toutes les chances de créer les conditions de sa propre utilité. Ultimement, on peut aboutir à ne plus protéger efficacement les

18. Il s'agissait de l'école primaire Notre-Dame-des-Neiges: *Clément-Séguin c. P.G. (Québec)*, [1980] C.S. 443.

19. Mackaay suggère que cette irrévocabilité reflète en fait «les rapports de force se profilant derrière le droit [...]» (E. MACKAAY, «Le paradoxe des droits acquis», dans *De l'ancienne à la nouvelle économie — Essais à l'occasion de la dixième Université d'été de la nouvelle économie*, Aix-en-Provence, Librairie de l'Université, 1987, p. 205, à la p. 216).

droits individuels de citoyens à qui l'on refuse la liberté de pratiquer la religion, de parler la langue ou de promouvoir la culture de leur choix.

Kymlicka a clairement perçu ce problème. Il a tenté de s'en affranchir en insistant non pas sur les abus possibles ou vécus, mais sur l'apport de la communauté à l'identité individuelle. Selon Kymlicka, si on doit protéger les groupes minoritaires en tant que tels, c'est parce que leur existence est indispensable à la réalisation de soi. Les groupes minoritaires devraient bénéficier de privilèges légaux pour échapper aux contraintes que font peser sur eux l'environnement que constitue la majorité de la société, parce que ces contraintes ne sont pas choisies:

«the members of minority cultures can face inequalities which are the product of their circumstances or endowment, not their choices or ambitions.»²⁰

Ainsi que Kymlicka lui-même le souligne, cet argument s'inspire du principe de différence de Rawls: personne ne devrait avoir à souffrir de circonstances qui ne résultent pas d'un choix, mais du hasard²¹. Autrement dit, c'est la transposition du principe de différence au niveau collectif. La majorité ne peut prendre aucune action pour son propre bénéfice qui ne soit en même temps au bénéfice de la minorité. Et l'une des manières de s'assurer du respect de ce principe, c'est d'exiger la consécration définitive

20. W. KYMLICKA, *op. cit.*, note 4, p. 190.

21. John RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge: MA, Harvard U.P., 1971, p. 101: «Those who have been favored by nature, whoever they are, may gain from their good fortune only on terms that improve the situation of those who have lost out.»

des groupes minoritaires dans le temps ²². Sans cette protection, les membres de communautés minoritaires seraient placés dans l'obligation de consacrer des ressources à protéger leur appartenance culturelle, chose que les membres de la majorité n'ont pas à faire ²³. Et selon Kymlicka, puisque cette appartenance culturelle n'est pas choisie — à l'exemple d'un handicap physique — la minorité doit être compensée ou protégée du fait que cette appartenance la place à la merci de la majorité.

Bien sûr, toute cette argumentation repose sur la qualification de l'appartenance culturelle comme étant un bien primaire. Dans la foulée de Rawls toujours — lequel soutient que certains biens résultant de la coopération sociale sont des prérequis à la poursuite de la vie bonne — Kymlicka identifie l'appartenance culturelle comme étant l'un de ces biens primaires, dans la mesure où elle est essentielle au choix éclairé, lequel est lui-même crucial dans la poursuite de la vie bonne ²⁴. L'appartenance culturelle nous inscrit dans un contexte de choix hors duquel il n'est pas même possible d'exercer un choix. Toutefois, nous dit Kymlicka, ce n'est pas le contenu de la culture qu'il importe de protéger, mais sa structure:

22. W. KYMLICKA, *op. cit.*, note 4, p. 199: «Once we recognize cultural membership as an important primary good which underlies our choices, then special political rights and status for minority cultures may be required. [...]». Voir aussi la note 9 à la p. 205: «members of cultural minorities may face an inequality, the rectification of which may require collective rights.»

23. *Id.*, p. 187.

24. *Id.*, p. 166: «If we view cultural membership as a primary good within Rawls's scheme of justice, then it is important to remember that it is a good in its capacity of providing meaningful options for us, and aiding our ability to judge for ourselves the value of our life-plans.»

«In one common usage, culture refers to the *character* of a historical community. On this view, changes in the norms, values, and their attendant institutions in one's community (e.g. membership in churches, political parties, etc.) would amount to loss of one's culture. However, I use culture in a very different sense, to refer to the cultural community, or culture structure, itself. On this view, the cultural community continues to exist even when its members are free to modify the character of the culture, should they find its traditional ways of life no longer worth while.»²⁵

Comme le souligne avec pénétration Lenihan²⁶, Kymlicka se place ainsi dans une position intenable. Si on protège les institutions de la culture à un moment donné dans le temps, on la fossilise en privant ses membres de la possibilité d'en modifier la nature. Si, par ailleurs, c'est simplement l'appartenance à une communauté qui offre un certain nombre de choix, il est probable que la culture majoritaire soit en mesure d'offrir à tout individu membre d'une culture minoritaire une gamme de choix beaucoup plus étendue que la culture minoritaire. On finit donc par aboutir à une position assimilationniste.

Pis encore, l'une et l'autre position ramènent en quelque sorte le spectre hideux de l'égalité des conditions dans le giron libéral. L'affirmation qu'il faut compenser l'inégalité des conditions des groupes minoritaires en octroyant des droits aux groupes ou en forçant l'assimilation des individus ne tient compte que d'une égalité de résultat. La perspective du choix dont Kymlicka se réclame finit par être complètement évacuée. Quelle est la valeur d'une culture qui ne peut assurer sa survie par l'adhésion volontaire de ses

25. *Id.*, pp. 166-7 (italiques dans l'original).

26. Don LENIHAN, «Liberalism and the Problem of Cultural Membership: A Critical Study of Kymlicka», (1991) 4 *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 401, 409.

membres? Il n'y pas de jauge objective de cette valeur. Seule la volonté des individus de propager leur culture peut témoigner de la valeur de celle-ci. Il vaut la peine de citer un passage d'un discours récent qu'a donné Habermas à l'université Stanford:

«But even if collective rights were compatible with the individualistic design of modern legal orders based on subjective rights, it would not make any sense to employ them for cultural survival projects enforced by state power. There cannot be a "preservation" of cultures in the same sense as most of us advocate the preservation of animals or other species. The reproduction of traditions and cultural forms is an achievement which can be legally enabled, but by no means granted. Reproduction here requires the conscious appropriation and application of traditions by those native members who have become convinced of these traditions' intrinsic value. The members must first come to see that the inherited traditions are worth the existential effort of continuation. But new generations can acquire such a belief only on the condition that they are capable—and have the right—of saying yes or no. Legal guarantees of survival would deprive members exactly of this freedom to break off from their own tradition—and would thereby destroy the very space for hermeneutical appropriation which provides the only way to maintain cultural forms.»²⁷

Ce sont les décisions réitérées de continuer à respecter et à faire respecter les normes culturelles qui révèlent les valeurs. Une culture minoritaire qui survit en raison de la protection qui lui accorde la majorité ne vaut pas mieux qu'une culture majoritaire qui accroît le nombre de ses membres en forçant l'assimilation. Les deux interventions partagent une vision paternaliste qui fait peu de cas des volontés individuelles.

L'insistance de Kymlicka sur le contexte de choix produit un problème additionnel lorsqu'on étend la portée de son argument à d'autres contextes d'interaction essentiels à l'épanouissement individuel. Considérons simple-

27. Jürgen HABERMAS, «Adress: Multiculturalism and the Liberal State», (1995) 47 *Stanford L.R.* 849, 850.

ment le milieu de travail. Pour la majorité des citoyens, le contexte de l'entreprise possède sa culture propre et définit de façon très importante l'identité individuelle. Le travailleur possède non seulement un rôle et un statut qui sont sources d'estime de soi, mais encore s'inscrit-il dans un ensemble de règles qui lui permettent de connaître non seulement ses pouvoirs et ses responsabilités, mais aussi ses possibilités d'avancement. Les revenus que lui procurent cet emploi sont la source principale des choix qui s'offrent à lui sur le plan personnel, sans compter qu'ils assurent sa subsistance. Faudrait-il, en raison de son apport extrêmement important à l'autonomie individuelle, garantir la survie des entreprises et des emplois?

Bien que certains syndicats ne soient pas loins d'une telle revendication, ce n'est certainement pas ce que Kymlicka avait à l'esprit. On pourrait objecter que l'appartenance à une entreprise est une question de choix, alors que notre culture ou notre langue ne l'est pas, mais ce serait une distinction inutile. Ce que Kymlicka soutient, c'est que l'abandon d'une culture pour une autre impose des coûts trop élevés aux individus qui se voient privés du contexte de choix dans lequel ils évoluaient jusqu'alors ou des coûts additionnels pour simplement maintenir leur contexte de choix ²⁸.

Cette problématique n'est pas proprement culturelle ou religieuse. Les travailleurs dont l'entreprise est menacée de fermeture vivent la même situa-

28. W. KYMLICKA, *op. cit.*, note 4, p. 189: «They [minority members] must incur this additional cost [outbidding the majority for resources] in order to secure the existence of their cultural community. This is a cost which the members of the majority culture do not incur, but which in now way reflects different choices about the good life [...]».

tion, de même que les consommateurs qui ont adopté de nouvelles technologies qui n'ont jamais réussi à s'imposer comme standard (par exemple les usagers d'ordinateurs Macintosh ou les vidéophiles possédant des magnétoscopes Beta). Dans un tel contexte, on retombe dans une analyse purement utilitaire où seule l'intensité de la perte (la mesure des coûts) pourrait justifier une certaine forme de compensation. Cela signifierait également que des individus bilingues seraient moins justifiés de réclamer la protection contre l'assimilation que des personnes unilingues parce que l'assimilation à la culture linguistique majoritaire leur imposerait des coûts moins élevés.

L'argument selon lequel la liberté individuelle est brimée lorsque l'environnement culturel impose des contraintes sur la poursuite de la vie bonne trouve un parallèle dans l'argument classique avancé pour justifier les droits sociaux: sans ressources matérielles, la liberté est inutile ou impossible. Les ressources culturelles sont identifiées aux ressources matérielles et les droits collectifs, comme les droits sociaux, sont les créances avancées contre l'État pour assurer la protection de ces ressources.

Pourtant, on sait le marché beaucoup plus efficace que l'État pour assurer la provision des biens essentiels à la survie. Aux indéniables illustrations historiques et factuelles de cette prédominance du marché, David Schmidtz a ajouté un argument puissant voulant que la propriété privée est le seul moyen de satisfaire la condition lockéenne "*enough and as good left for*

others”. Sans la propriété privée et la liberté contractuelle, écrit-il, on se retrouve dans une situation pouvant donner naissance à la tragédie des champs communaux et à l’épuisement des ressources:

«until access to the land is restricted, people will have the opportunity and the incentive to overuse it, and some of them as a matter of fact will overuse it, thereby not leaving enough and as good for others.»²⁹

On peut dériver un argument parallèle à celui-ci pour s’opposer au principe de différence de Rawls — et par extension aux droits collectifs proposés par Kymlicka — qui exige de considérer les talents individuels comme faisant partie d’un *pool* commun et de les mettre au service des intérêts des moins fortunés. Sans une notion de mérite qui récompense et protège même les productions qui résultent simplement de l’exercice d’un talent individuel, on tendra à abuser de ces talents en les mettant constamment au service d’autrui, ce qui aboutira fatalement à diminuer l’expression de ces talents. Le marché est précisément cette institution qui permet aux gens talentueux de découvrir des moyens plus efficaces de produire les biens qui rencontrent les préférences des gens, ce qui libère des ressources pour d’autres usages. Sans la possibilité qu’une culture puisse disparaître, on perd également la possibilité de découvrir de nouveaux arrangements culturels qui satisfassent plus adéquatement les préférences individuelles.

29. David SCHMIDTZ, *The Limits of Government—An Essay on the Public Goods Argument*, Boulder: CO, Westview Press, 1991, p. 23. Kirzner ajoute une défense intéressante du principe du premier possesseur dans Israël KIRZNER, «Discovery, Private Property and the Theory of Justice in Capitalist Society», (1990) 1 *Journal des économistes et des études humaines* 3: 209.

Même en faisant abstraction de ces considérations purement internes à la logique des droits collectifs conçus comme des droits-créances, on doit craindre un certain nombre de dangers associés à la reconnaissance de tels droits. Du moment où l'existence d'une collectivité est érigée en droit, il n'est pas douteux que le jour vienne où il sera nécessaire, ultimement, de contraindre soit ses propres membres à maintenir leur appartenance, soit autrui à contribuer financièrement au maintien d'institutions dont l'existence n'est plus soutenue par la participation volontaire. C'est d'ailleurs un danger qui a été reconnu en France au début du siècle dans le cas des associations de nature privée³⁰. Autrement dit, la contrainte de l'appartenance ne se limite pas aux déplacements géographiques, elle peut s'exprimer de bien d'autres façons³¹.

Malgré les bonnes intentions qui les inspirent, les droits collectifs conçus comme un moyen de préserver la culture et l'existence des communautés risquent d'aboutir à des conséquences néfastes. Si les arguments exposés ci-haut suffisent pour rejeter la notion d'un droit collectif à l'existence, on peut se demander pour quelles raisons il est possible de relever autant de

30. Jean RIVERO, «Les droits de l'homme: droits individuels ou droits collectifs?», (1980) 32 *Annales de la Faculté de droit et des sciences politiques et de l'Institut de recherches juridiques, politiques et sociales de Strasbourg* 17, 22: «La loi de 1901 sur les associations, qui a perçu le danger, proclame la nullité des clauses des statuts qui interdiraient aux adhérents de se retirer librement.»

31. J. HABERMAS, *loc. cit.*, note 27, 850: «Collective rights, hedging collective identities, may become dangerous or even illegitimate as they violate basic individual rights (e.g., the rights of daughters of Turkish immigrants in Germany, if the daughters are, due to the Islamic tradition of their families, prevented from participating in certain fields of public education).»

contradictions dans une position *a priori* séduisante. Il m'apparaît que ces apories reposent toutes sur une conception des droits basée sur les intérêts.

B. La liberté d'autrui et les droits-créances

Toutes les discussions académiques sur les droits collectifs insistent sur la nature *morale* de ces droits, un attribut partagé par les droits de l'homme. Ce qualificatif comporte implicitement l'injonction d'inscrire éventuellement de tels droits dans un instrument législatif ou constitutionnel. La justification de cette demande repose sur les intérêts du groupe ou des membres du groupe: on cherche à identifier quel bien recherché ou quel intérêt protégé exigerait la reconnaissance de droits dits collectifs. Une telle démarche se justifie difficilement dans le cadre d'une théorie transactionnelle des droits.

Un article précédent aura permis d'illustrer, d'une part, la contingence radicale de l'État moderne et d'affirmer, d'autre part, la nature institutionnelle des droits, par opposition à une conception habilitante ou mobilière³². Il faut entendre par là que les droits, au sens strict, ne sont pas proprement des objets dont on peut disposer, mais plutôt des frontières qui déterminent des parts respectives de pouvoir et de responsabilité sur un domaine physique ou abstrait. Si l'on peut parler des droits comme d'une

32. Voir *Toward a Knowledge-Based Theory of Rights* [chapitre 2].

chose, c'est simplement par une figure de style métonymique. Par conséquent, la constitution de ces droits-frontières ne peut se faire que de deux façons: au moyen d'une revendication basée sur une prétention morale ou au moyen d'une convention.

Le paradigme du premier cas, c'est l'accession à la propriété sur la base de l'affirmation du premier possesseur; le paradigme du second, le transfert consensuel de propriété. La constitution d'un droit de propriété, ce n'est pas la constitution d'une souveraineté absolue du propriétaire dans les limites de sa propriété, mais l'investissement dans la personne de pouvoirs et de responsabilités à l'égard de celle-ci. Inversement, cette dévolution de contrôle sur la personne du propriétaire se trouve à investir les tiers de libertés et d'obligations à l'égard de la propriété d'autrui. D'une manière générale, on dira d'une telle répartition des charges qu'elle est juste lorsqu'un équilibre s'établit entre les pouvoirs et les responsabilités conférés par le droit de propriété³³.

Une telle conception des droits présente l'avantage de se rapporter exclusivement à l'intérêt subjectif des participants. Autrement dit, si une personne estime qu'il serait dans son intérêt d'assumer les responsabilités et le contrôle d'un domaine défini par un droit, elle fera connaître sa préférence

33. Une théorie de la justice comme équilibre devrait nécessairement s'inspirer des principes aristotéliens de justice commutative et distributive. Le principe de justice redistributive chez Aristote n'est pas un principe de justice sociale: «Quand il s'agit de partager les ressources communes, cette distribution se fera proportionnellement à l'apport de chacun [...]» (ARISTOTE, *Éthique de Nicomaque*, trad. Jean VOLQUIN, Paris, Garnier, 1961, p. 211 (livre 5e, ch. IV, §2). Nous réservons pour un autre moment la discussion d'une telle théorie.

soit pour établir *de facto* sa prérogative, soit pour entamer des négociations contractuelles. Il n'est pas nécessaire, dans cette perspective, de procéder à une comparaison — au demeurant impossible, selon plusieurs économistes — des utilités de chaque participant. Pourtant, c'est précisément ce que prétend faire la théorie des droits qui sous-tend les droits collectifs comme droits-créances.

Cette théorie est mieux connue en anglais sous le nom d'*Interest Theory of Rights* ³⁴. Suivant la formulation proposée par Raz, une personne bénéficiera d'un droit dès lors qu'il est possible de démontrer qu'elle a un intérêt suffisant pour tenir autrui débiteur d'une obligation ³⁵. La comparaison des utilités intervient au moment d'établir si l'intérêt en question est suffisant ou non, ce qui impose de comparer des intérêts contradictoires ³⁶.

Les droits de la collectivité tels qu'ils sont proposés ne sont que l'extension de cette conception des droits à l'échelle des groupes. On cherche à établir que certains groupes ont un intérêt suffisant à tenir d'autres groupes — le plus souvent l'ensemble de la collectivité — débiteurs d'une obligation à leur endroit. Cela se passe au niveau municipal, provincial et fédéral. Les

34. Cette formule est de Joseph RAZ, «The Nature of Rights», (1984) 93 *Mind* 194. Lesley JACOBS, «The Enabling Model of Rights», (1993) XLI *Political Studies* 381, rassemble toutes les théories de cette nature sous l'appellation "Enabling Model of Rights", que nous avons traduit par "conception habilitante des droits".

35. J. RAZ, «Right-Based Moralities», dans Jeremy WALDRON (dir.), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford U.P., 1984, p. 182, à la p. 183.

36. J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986., pp. 181-182: «[...] These premises [stating some interest of the right-holder] must be sufficient by themselves to entail that if there are no contrary considerations then the individuals concerned have the right. To the se premises one needs to add others stating or establishing that these grounds are not altogether defeated by conflicting reasons. [...]» (note omise).

pays du tiers monde réclament des fonds des pays du monde industrialisé. Et chaque groupe ethnique ou religieux adresse à toutes les entités administratives des requêtes similaires.

Bref, plutôt que de signaler ses préférences par des moyens consensuels, on tend à faire appel au pouvoir de contrainte étatique pour réaliser celles-ci à plus faible coût pour soi.

Ceci nous amène à une autre difficulté: comment apprécier les intérêts d'une personne morale quand celle-ci n'est pas libre d'agir par l'intermédiaire de ses représentants? Intuitivement, on peut apprécier "objectivement" qu'un individu ait un intérêt à son intégrité physique parce qu'on observe que les individus prennent systématiquement des dispositions en vue d'assurer celle-ci, mais qu'en est-il des personnes morales? Voici comment Harel propose de résoudre la question dans le contexte de la doctrine des intérêts suffisants:

«Hence, the distinction between reasoning based on aggregation of interests and reasoning based on the interests of a single entity, explains not only the characterization of rights, but also the capacity for having rights. I suggest that an entity is capable of having rights if and only if either (1) its interests justify imposition of a duty; or (2) there is a system of established norms and conventions that enable a decisionmaker to evaluate the entity's interests, and those interests promote the interests of others to an extent that justifies imposition of a duty. Rights of artificial persons or of nations fall into the latter category. In both cases, it is meaningful to speak of the entity's interests without resorting to aggregation.»³⁸

37. J.S. HARBISON, *loc. cit.*, note 15, 367 et suiv.

38. Alon HAREL, «Free Speech Revisionism: Doctrinal and Philosophical Challenges—Review of *Democracy and the Problem of Free Speech* by Cass R. Sunstein» (1993) 74 *Boston University L.R.* 687, 708.

Selon Harel, l'intérêt de l'État à interdire certaines pratiques minoritaires tient à ce que, ce faisant, il protège les intérêts de chaque individu en regard de cette pratique. Parvenu à ce point, on aboutit à un renversement complet de l'objectif même que s'était donné Raz en proposant *The Interest Theory of Rights*, c'est-à-dire la justification non utilitaire des droits humains fondamentaux. Le même problème se pose chez Harel dans sa discussion de la liberté d'expression:

«The interests of journalists themselves, standing alone, are not sufficient to justify protecting sources from exposure. The interests of the public are necessary to justify the right.»³⁹

On retrouve ici une position en quelque sorte complémentaire de la précédente: la liberté d'expression n'est justifiable que si l'intérêt d'autrui s'y retrouve. Ceci marque un retour à une conception utilitaire des droits, qui ne seront reconnus que dans la mesure où ils participent de l'intérêt général. En bout de ligne, il m'apparaît que l'intérêt suffisant dont parle Raz n'échappe que temporairement aux critiques levées contre l'utilitarisme. Là où on refuse le sacrifice des libertés sur la base d'une aggrégation des utilités, de la même façon faut-il refuser que les utilités puissent être comparées entre elles, puisque dans un cas comme dans l'autre, les préférences individuelles sont incommensurables et incomparables.

La primauté des libertés fondamentales ne tient pas dans un quelconque intérêt suffisant et par ailleurs bien temporaire. Elle réside plutôt dans l'ex-

39. *Id.*, 709.

périence et la volonté continue des individus de les voir affirmer. Depuis la *Magna Carta*, les révolutions n'ont eu d'autre but que de garantir ces libertés et le fait qu'elles soient aujourd'hui consacrées (bien qu'elles soient souvent bafouées) est le résultat de la volonté renouvelée d'un grand nombre d'êtres humains à travers toutes les époques. Lorsqu'ils sont adéquatement reconnus et protégés, les droits fondamentaux cadrent tout à fait avec le modèle institutionnel des droits: ils garantissent aux individus un domaine protégé à l'intérieur duquel ils possèdent des libertés, l'exercice de celles-ci pouvant par ailleurs encourir la responsabilité de celui qui s'en prévaut. L'image de la frontière au-delà de laquelle il n'est pas permis à l'État d'intervenir est par ailleurs extrêmement parlante.

Dans cette perspective institutionnelle, les droits fondamentaux ont un double effet, qui n'est pas d'abord curatif. Du point de vue de l'État, les droits fondamentaux jouent un rôle préventif en fixant les balises de son intervention dans certains domaines. Du point de vue de l'individu, ils possèdent une fonction heuristique en réduisant la place de l'État comme facteur d'incertitude dans la conduite humaine. Autrement dit, les droits fondamentaux nous permettent de prévoir dans quelle mesure nous devons anticiper l'action de l'État dans la gestion de nos affaires privées. Cette connaissance libère de l'énergie pour le moment présent et nous permet de nous consacrer à d'autres entreprises que le jeu de la Cour, qui consiste à essayer d'influencer ou d'anticiper la conduite future du Prince. C'est pourquoi on peut parler d'une théorie des droits basée sur la connaissance:

sous un premier chef, les droits nous informent sur la conduite future de l'État et, sous un deuxième chef, ils nous permettent de consacrer des énergies nouvelles à l'interaction avec autrui, qui est source de savoir dans la mesure où ces interactions génèrent de l'information.

Les droits collectifs conçus comme des droits-créances ne participent certainement pas de l'esprit des droits fondamentaux aussi longtemps qu'ils représentent une volonté de créer pour soi des privilèges accordés par le Leviathan aux dépens d'autrui. Pourtant, la figure de l'autorité providentielle et toute-puissante dont on cherche sans cesse la protection traverse tous les discours sur les droits collectifs. Ces appels incessants suggèrent qu'il faille maintenant s'interroger sur le rapport des individus à l'autorité.

II. Du rapport des individus à l'autorité

La justification de droits collectifs, si elle est possible, ne peut se faire que dans la mesure où, à l'image des droits fondamentaux, ceux-ci participent d'un idéal de non-contrainte ou de contrainte assumée. La vie de nombreuses associations nous offre de nombreux exemples de contraintes assumées volontairement par des individus qui sont prêts à se plier à certaines exigences de la vie en association, voire à obéir à une chaîne de commandement dans la poursuite d'un but commun, parfois même à sacrifier leurs intérêts immédiats pour atteindre ce but. Cela est vrai des entreprises

commerciales, des équipes sportives, de certains groupes religieux. Peut-on étendre ce modèle associatif à la communauté politique toute entière, et particulièrement à l'État libéral, dont on conçoit habituellement qu'il doive se limiter à fixer les conditions nécessaires à l'interaction, en demeurant neutre quant aux projets particuliers ⁴⁰ ?

C'est très certainement la prétention de certains. Au Québec même, la survie de la langue française est clairement affirmée comme un objectif commun de la province (ou plutôt de la "nation" québécoise), au nom duquel il est légitime d'exiger le sacrifice ou la renonciation à l'exercice de certains droits fondamentaux. Les droits collectifs invoqués au soutien de la survie culturelle d'une communauté prennent pour acquis, d'une part, que les citoyens ne peuvent pas échapper à leurs déterminations culturelles fondamentales et que, d'autre part, l'exercice démocratique défini par la volonté de la majorité suffit à déterminer le bien commun. Ces affirmations conjuguées semblent vouloir justifier la tyrannie de la majorité d'une sous-collectivité dans l'État en estimant que les coûts de la contrainte sont inférieurs à ceux engendrés par l'abandon des pratiques culturelles.

Comme le fait remarquer Charles Taylor, cette défense ne peut valoir que pour les membres *actuels* de la communauté culturelle ⁴¹: on ne peut englo-

40. Michael OAKESHOTT, *On Human Conduct*, Oxford, Clarendon Press, 1975, p. 203 et suiv., distingue entre *societas*, la nomenclature qui fixe les conditions de la conduite en société et *universitas*, l'association à but défini.

41. Charles TAYLOR, *Multiculturalism and the Politics of Recognition—An Essay*, Princeton, Princeton U.P., 1992, pp. 40–41, note 16.

ber les générations futures dans cet argument, parce qu'elles échappent à la détermination culturelle. Pour les contemporains, la culture prend l'aspect d'un capital acquis menacé de dévaluation. Les membres futurs n'ayant aucun capital, leur intérêt dans la survie est inexistant. Toutefois, c'est précisément pour conserver cette possibilité de participer dans une tradition que les droits collectifs sont allégués.

Dès lors, l'argument reprend une forme conventionnelle: il suffit que les individus aient un droit de participer dans la culture de leur choix pour que celle-ci soit effectivement protégée. C'est d'ailleurs la proposition récente de Habermas:

«I think that liberalism does allow for an interpretation of equal rights that requires the state to grant the equal coexistence of majority and minority cultures; and that it should do so in terms of individual rights to cultural memberships of various sorts. [...] Everybody has the same right to develop and maintain her identity in just those intersubjectively shared forms of life and traditions from which she first emerged and has been formed during the course of childhood and adolescence. From such membership rights would follow almost all of the immunities, protections, subsidies, and policies which Taylor in his essay demands for the French minority in Canada. These rights need not be conceptualized in terms of collective rights; moreover, they should not be so designated for the (self-defeating) purpose of granting "survival."»⁴²

Cet argument, à première vue séduisant, sera loin de satisfaire l'apôtre des droits collectifs. Puisque l'attrait d'une culture croît avec le nombre d'adhérents⁴³, la conséquence de tels droits individuels, anticipe-t-on, serait de

42. J. HABERMAS, *loc. cit.*, note 27, 850-51.

43. Cette caractéristique est propre à ce que la théorie des jeux appelle les normes de coordination: voir notamment Edna ULLMANN-MARGALIT, *The Emergence of Norms*, Oxford, Clarendon Press, 1977, pp. 74-133 et E. MACKAAY, «Règle et décision en droit», dans Danièle BOURCIER et Pierre MACKAY (dir.), *Lire le droit — Langue, texte, cognition*, Paris, L.G.D.J., 1992, p. 41.

favoriser l'érosion progressive du nombre de membres, chaque départ créant un incitatif supplémentaire permettant de justifier le départ d'un autre membre, et ainsi de suite. L'exercice des droits individuels dans un tel cas crée un phénomène de rétroaction positive au terme duquel il est possible de justifier *ex-post facto*, lorsque la culture se sera éteinte, le refus antécédent de garanties collectives.

Concernant le fait français en Amérique du Nord, on ajoutera que l'attrait culturel relatif révélé par l'exercice des droits individuels ne peut pas se mesurer de façon instantanée, mais seulement historiquement. En effet, si la langue anglaise présente aujourd'hui plus d'attraits que la langue française sur le continent nord-américain, c'est précisément parce que les régions fondées par des anglo-saxons ont refusé l'exercice de ces droits individuels d'appartenance aux membres de minorités francophones, comme ce fut le cas particulièrement en Nouvelle-Angleterre, en Ontario et au Manitoba ⁴⁴. Par conséquent, les droits collectifs que réclame aujourd'hui une communauté politique comme le Québec participent de la même logique que celle qui a permis à ces régions de nier le fait français: l'exercice législatif démocratique dans un système parlementaire.

Si l'on devait surseoir à cet exercice législatif pour le moment présent, arguera-t-on, celui-ci doit demeurer en puissance pour prévenir les abus possibles d'un autre pouvoir souverain, celui du gouvernement fédéral.

44. L'argument est parallèle à celui qui refuse de consacrer la légitimité de la propriété actuelle si l'appropriation initiale était injuste.

Dans l'éventualité où les droits individuels des francophones ne seraient pas reconnus par les autorités fédérales, il importe que l'Assemblée nationale (ou toute autre puissance concurrente) puisse exercer un pouvoir de réserve pour protéger ces droits ⁴⁵.

On peut donc craindre que l'attribution de droits collectifs à une communauté puisse mener aux pires abus, mais il est également possible que cela soit un moyen d'échapper à la tyrannie de l'État. Si la reconnaissance de droits collectifs passe par le refus de la tyrannie, fut-elle démocratique, de la majorité, il est impératif que ceux-ci préviennent aussi bien la tyrannie des siens que celle d'autrui. Cette ambiguïté des droits collectifs, même lorsqu'ils sont destinés à garantir des libertés individuelles, renvoie à la problématique relative au pouvoir de légiférer et donc à la nature de la loi.

En vertu de ce qui précède, la justification éventuelle de certains droits collectifs requiert au préalable deux clarifications. D'abord, la valeur de l'appartenance culturelle telle que la définit Kymlicka repose ultimement sur des considérations utilitaires du même type que celles qui sont avancées pour suggérer l'assimilation des membres de groupes minoritaires à la culture majoritaire ⁴⁶. Ce dont les droits collectifs ont besoin, c'est d'une démonstration de l'importance d'une tradition particulière pour un individu donné (par opposition à n'importe quel contexte de choix) ou, autre-

45. Ainsi que le proclame l'article 2 de la Déclaration française des droits de 1789: «Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont: la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression.»

46. D. LENIHAN, *loc. cit.*, note 26, 417.

ment dit, de raisons qui justifient de maintenir une tradition culturelle particulière comme choix possible (A). Ensuite, si on veut éviter la tyrannie des individus par une quelconque incarnation de l'État, c'est le rôle de la loi qu'il faut repenser (B).

A. L'autorité de la tradition

Avant de se pencher sur les moyens à prendre, encore faut-il expliquer pourquoi on voudrait assurer la survivance d'une tradition particulière. Certes, on peut présumer que la culture forme le contexte de choix des décisions individuelles, mais pourquoi vouloir retenir des formes culturelles particulières? Puisque certaines cultures offrent une diversité plus étendue de possibilités que d'autres, ne serait-il pas avantageux du point de vue individuel de s'intégrer à celles-ci? Kymlicka lui-même ne semble pas prendre position dans son exposé des conditions essentielles à la poursuite du bonheur:

«One is that we lead our life from the inside, in accordance with our beliefs about what gives value to life; the other is that we be free to question those beliefs, to examine them in the light of whatever information and examples and arguments our culture can provide. [...]»⁴⁷

La culture fournit, dans cette perspective, un matériel qu'on est libre d'adopter ou non sur la base de sa congruence avec nos aspirations les plus "profondes". Or, la probabilité d'aligner nos préférences les plus profondes

47. W. KYMLICKA, *op. cit.*, note 4, p. 13.

avec un certain "style de vie" croît avec la variété de ceux-ci. Plus le choix qu'une culture propose est vaste, meilleures sont les chances de trouver une option qui corresponde parfaitement à nos préférences. Pourtant, Kymlicka persiste à situer cette recherche de l'adéquation dans le cadre d'un héritage propre:

«These liberties enable us to judge what is valuable in life in the only way we can judge such things — i.e. by exploring different aspects of *our* collective cultural heritage.»⁴⁸

Mais, aussi longtemps que l'authenticité se mesurera à l'aune de la profondeur de l'introspection, Kymlicka sera incapable de justifier l'arrimage à un contexte culturel particulier. En fait, dans cette recherche du soi authentique, l'héritage culturel est souvent plus oppressant que libérateur dans la mesure où il ne contient pas les possibilités qui autoriseraient cette correspondance des préférences les plus ressenties avec une quelconque norme culturelle. L'orientation sexuelle fournit le meilleur exemple de cela: il n'est pas sûr que l'héritage collectif reconnaisse d'autres orientations qu'hétérosexuelles. D'ailleurs, Kymlicka reconnaît ce danger lorsqu'il écrit:

«But amongst the people who are leading their lives from the inside are people who have been brainwashed into accepting certain ends as their own, and who are discouraged from trying any other ways of life, through the systematic control of socialization, of the press, and of artistic expression. And this is unacceptable to the liberal.»⁴⁹

Il est très certainement contraire à la pensée libérale de priver les individus de la possibilité d'expérimenter différents "styles de vie". Par contre, il n'est

48. *Id.*, (nous soulignons).

49. *Id.*, pp. 18-19 (note omise).

pas sûr qu'il soit possible de distinguer les gens qui sont librement "dirigés de l'intérieur" de ceux qui ne le sont pas. Seule la contrainte extérieure est visible et elle s'exerce indifféremment sur tous lorsqu'il s'agit de prohiber certaines conduites ou d'empêcher le libre développement de la personnalité.

Cette distinction qui oppose l'homme "dirigé par les autres", le conformiste, à l'homme "dirigé de l'intérieur", l'homme authentique, a des relents nietzschéens très prononcés. C'est d'ailleurs Heidegger qui, le premier, a employé l'expression "*der innige Mensch*"⁵⁰, ou "*das eigentliche Selbst*"⁵¹, le moi véritable. Outre que le libéralisme soit antérieur à cette éthique nietzschéenne de l'authenticité, il m'apparaît que l'emploi qu'en fait Kymlicka élude une distinction millénaire entre l'assouvissement des passions et la conduite *délibérée*. L'authenticité ne s'identifie pas à la possibilité de satisfaire nos instincts, mais à la capacité de persévérer dans des choix difficiles, particulièrement lorsque ceux-ci sont remis en question par autrui.

À vrai dire, la culture moderne est toute entière traversée par une confusion fondamentale de l'attitude délinquante pré-conformiste avec l'attitude critique post-conformiste. Bien sûr, ces deux attitudes partagent un biais *non* conformiste, mais celui-ci prend sa source à des endroits bien distincts. Dans le premier cas, c'est le refus de l'ordre sur la base des instincts, dans le

50. Voir Allan BLOOM, *L'âme désarmée — Essai sur le déclin de la culture générale*, Montréal, Guérin, 1987, p. 163.

51. Martin HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, 8^e éd., Tübingen, Max Niemeyer Verlag, 1957, ch. IV, § 27, p. 129: «Das Selbst des alltäglichen Daseins ist das *Man-selbst*, das wir von dem *eigentlichen*, das heißt eigens ergriffenen *Selbst* unterscheiden. [...]» Italiques dans l'original.

second, c'est le refus de l'ordre *établi* sur la base d'une compréhension approfondie de celui-ci.

On rejoint ici le thème de l'autonomie développé dans un article précédent: l'être autonome n'est pas celui qui n'en fait qu'à sa tête, mais bien celui qui possède une connaissance si étendue des règles qu'il estime nécessaire de les modifier, d'en étendre ou d'en réduire la portée⁵². Celui qui entreprend de convaincre autrui de l'imiter dans cette dérogation peut espérer quatre issues à sa proposition: le retour au conformisme, la formation d'une communauté dissidente, la modification de la règle, ou l'exil. On peut faire équivaloir "mener sa vie de l'intérieur" et "mener sa vie de façon délibérée": cela signifie que l'on est capable d'avancer des raisons au soutien de ses choix. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le lavage de cerveau ne nous convainc pas: on estime que l'assentiment à des idées doit reposer sur une *délibération*.

Dans le monde contemporain, au contraire, on reste parfois sous l'impression que l'être authentique est celui qui parvient à exprimer ses émotions les plus profondes et que c'est parce que le lavage de cerveau supprime en quelque sorte cet accès aux émotions qu'il n'est pas admissible. Il est douteux qu'une telle proposition définisse adéquatement l'authenticité lorsque l'on considère que de tous les êtres humains, seuls les nouveaux-nés par-

52. Voir la section I.C du chapitre 1.

viennent à utiliser systématiquement un mode d'expression basé sur l'émotion du moment ⁵³.

L'authenticité n'est donc pas le pré-requis de la décision rationnelle, mais son aboutissement. L'authenticité, au sens métonymique, découle du processus par lequel nous opérons des choix quant à la vie bonne. Au sens propre, l'authenticité renvoie à une échelle de mesure du type de celles développées en psychologie du développement. Nous sommes *en quête* d'authenticité. Celle-ci n'est donc pas une précondition, mais le processus même par lequel nous passons d'une conscience "dirigée par les autres" à une conscience "dirigée de l'intérieur". C'est un processus par lequel le médiateur de la *mimesis* devient sans cesse plus désincarné ⁵⁴. Par conséquent, un être authentique est un être qui a *intégré* les enseignements traditionnels dans sa quête d'individualité.

Notre conception de l'authenticité permet de maintenir l'affirmation communautarienne (que reprend Kymlicka) selon laquelle les valeurs de la communauté sont constitutives de nos propres valeurs: en effet, il est nécessaire d'intégrer les enseignements de la tradition pour espérer dépasser celle-ci. Le renvoi à l'enseignement n'est pas fortuit: l'éducation fournit le modèle de l'autorité positive. La liberté "naturelle" de l'individu, ce n'est pas la licence, mais la liberté de choisir une voie qui comporte un certain

53. Ce thème de l'introspection n'est pas seulement étranger à la pensée libérale, il fut aussi dénoncé par Foucault comme un moyen de nous rappeler à nous-même la violence de nos instincts et donc de justifier le contrôle des thérapeutes et des prêtres sur nos vies.

54. Voir le chapitre 1.

nombre de règles auxquelles on doit se plier, la liberté de choisir un maître qui exercera une autorité fonctionnelle et temporaire.

On s'est intéressé de près aux différents types d'autorité dans le cadre de l'émergence des nouvelles religions. Dans ce contexte, on a pu observer que l'adhésion des individus à ces mouvements pouvait mener aussi bien aux conséquences les plus dramatiques (e.g. suicides collectifs) qu'aux effets les plus bénéfiques (e.g. pratiques méditatives). Ces études serviront d'inspiration pour illustrer brièvement les attributs de l'autorité positive.

Wilber s'est interrogé sur les caractéristiques d'une autorité positive, utile et non problématique⁵⁵. Selon lui, l'autorité positive est d'abord fonctionnelle au sens où elle découle d'habiletés particulières, et parce qu'on s'y soumet volontairement⁵⁶. On peut penser ici à l'autorité qu'exercent les médecins sur leurs patients ou les avocats sur leurs clients. On ajoutera que ce type d'autorité est en général limité à un domaine bien délimité de l'activité humaine. Cette précision recoupe d'ailleurs l'affirmation selon laquelle l'autorité positive est généralement temporaire (*phase-specific*)⁵⁷; on peut penser ici à l'autorité du maître sur l'élève, qui cesse dès lors que l'élève atteint lui-même la maîtrise de la discipline⁵⁸. Enfin, l'autorité positive est généralement celle que confère l'appartenance à une tradition, par

55. Ken WILBER, *Eye to Eye: The Quest for the New Paradigm*, Boston, Shambhala, 1990, p. 269.

56. *Id.*, p. 270.

57. *Id.*

58. Remarquez qu'on parle d'une *discipline*: le rassemblement des deux sens de "domaine d'activité" et de "tâches ordonnées" sous un même terme n'est pas fortuite.

opposition au simple charisme personnel⁵⁹. Autrement dit, l'investissement de l'autorité dans une personne donnée possède une légitimité indépendante de la personnalité de celle-ci. L'autorité qui présente ces attributs ne sera pas nécessairement positive, mais il est certain que l'autorité qui n'est ni fonctionnelle, ni provisoire, ni historiquement légitimée risque d'être hautement problématique⁶⁰.

Résumant les conclusions de séminaires de la *Graduate Theological Union* tenus au début des années '80, Wilber constate que ce modèle confirme les observations faites quant à l'impact de divers mouvements religieux. D'une manière générale, les religions charismatiques (qui reposent sur l'autorité permanente du chef), dualistes (qui professent que le salut n'est accessible qu'aux élus), et non provisoires (le salut se trouve dans le perfectionnement du rituel et non dans son dépassement) sont nettement plus problématiques que les religions techniques (qui reposent sur l'autorité de la tradition), monistes (qui insistent sur le potentiel de chacun d'accéder au salut), et provisoires (la maîtrise du rituel n'est qu'une étape sur le chemin du salut). L'expérience nazie, le culte de Charles Manson, Jonestown et, plus récemment (ajouterions-nous), l'Ordre du Temple Solaire sont autant d'exemples de cultes désastreux qui satisfont aux critères des groupes problématiques⁶¹.

59. K. WILBER, *op. cit.*, note 55, p. 268.

60. *Id.*, p. 270.

61. *Id.*, p. 276.

À mon sens, cette classification a une portée nettement plus générale que les simples groupements à vocation religieuse. Kymlicka lui-même insiste sur la nécessité de pouvoir éventuellement accéder à une critique des valeurs culturelles qui nous ont été léguées et il rapporte que pour Mill:

«the conditions under which people acquired their ends were important: it mattered whether their education and cultural socialization opened up or closed off the possibility of revising their ends.»⁶²

Ce passage témoigne de la nécessité pour l'autorité légitime d'admettre sa propre finitude. La Tradition ne vaut que pour autant qu'elle admette des critiques fondées sur une compréhension extensive de ses propres principes. Il n'en va pas autrement dans les domaines scientifique et juridique. Toujours il est légitime pour l'élève de prétendre accéder à la *maîtrise* de la discipline ou de l'art qui lui est enseigné, même si l'appréciation ou la confirmation de cette maîtrise ne peut venir que des membres de la discipline.

On retrouve ici la prédiction de Heiner⁶³: à mesure que croît la connaissance de la tradition (la connaissance des règles et de leurs contextes d'application), il devient plus facile de refuser l'emprise de celle-ci sur notre raison (donc d'affirmer des exceptions à ces règles ou de constituer des règles d'une portée plus limitée). L'épanouissement individuel implique donc nécessairement à la fois l'immersion dans les valeurs constitutives et une forme de détachement constant des valeurs auxquelles on a pu s'attacher. Mais les discontinuités introduites par la connaissance accumulée sont autant

62. W. KYMLICKA, *op. cit.*, note 4, p. 19.

63. Voir la section IIA du chapitre 1.

d'occasions de dévier des règles, ce qui peut mener à une tension entre le désir d'adaptation ou d'intégration à la communauté et l'élan critique.

La liberté de dévier ou d'innover n'implique pas cependant que l'on puisse imposer cette décision à autrui, ni même qu'autrui soit en devoir de la tolérer. La liberté individuelle ne permet pas *d'exiger* que la communauté tolère toute espèce de déviation, seulement qu'elle permette l'expression de la dissidence et éventuellement l'exil. Une communauté est en droit de refuser à ceux qui s'écartent des principes reconnus par elle les bénéfices de l'appartenance à la communauté. Conformément à la nature transactionnelle des droits, il faut entendre par là que le droit détermine un pouvoir de la communauté de discriminer, à certaines conditions. Mais pour cela, il faut que l'exercice de l'activité législative se conforme au modèle de l'autorité positive.

B. L'autorité de la loi

Si on applique ce modèle de l'autorité positive à l'État, on constate rapidement que l'activité législative et réglementaire contemporaine n'est souvent ni fonctionnelle ni temporaire. Dans la mesure où les fonctionnaires-législateurs n'ont pas l'information nécessaire pour guider l'interaction humaine, leurs interventions dans la société civile sont souvent dysfonc-

tionnelles ⁶⁴. Quant aux dispositions d'ordre public, elles s'appliquent même à ceux qui possèdent une connaissance suffisante pour vouloir s'en écarter. De plus, elles ont vocation à perpétuité puisque la désuétude des lois ne suffit pas à les abroger.

On pourrait envisager des exemples où l'État pourrait exercer une autorité à la fois fonctionnelle et temporaire. À certains égards, le régime québécois des baux d'habitation se rapproche d'une telle solution. La Régie du logement vend un bail-type qui contient les clauses qu'elle estime justes et proportionnées, rédigées sur la base des litiges entre locataires et propriétaires dont les régisseurs ont eu à décider. Si autant de clauses n'étaient pas impératives, ce bail-type serait à la fois fonctionnel (il repose sur l'expertise technique et l'expérience passée des régisseurs) et temporaire (on pourrait y déroger). Les dispositions du bail-type donnent une mesure à l'égard de laquelle évaluer une clause alternative proposée par l'une des parties.

Évidemment, le monopole de l'État ne se prête pas à ce genre d'exercice. La majorité des dispositions législatives s'impose de façon intempestive à tous, sans possibilité d'y substituer des arrangements particuliers. Cette caractéristique représente souvent la raison même de leur adoption. Nous pensons notamment à tous les monopoles d'État, au monopole des corporations professionnelles, aux régimes d'assurance obligatoire (automobile, santé, retraite, chômage) et aux lois de protection du consommateur. Dans tous

64. Friedrich A. HAYEK, *Droit, législation et liberté — L'ordre politique d'un peuple libre*, vol. 3, coll. Libre échange, Paris, P.U.F., 1983, pp. 81 et suiv.

ces cas, c'est précisément la capacité de s'imposer à tous qui rend la loi si séduisante pour ceux qui cherchent à s'en prévaloir.

Pis encore, il apparaît qu'en dépit des prétentions démocratiques des systèmes politiques occidentaux, la capacité de susciter l'adhésion des citoyens aux règles législatives repose de plus en plus sur la *personnalité* du chef de gouvernement. On réclame du leadership, mais pas celui qui vient d'une connaissance approfondie des moeurs et des principes fondamentaux du régime politique; on réclame un leadership qui fera taire les doutes qu'entretient la raison sur certains projets gouvernementaux.

Pourtant, ces doutes sont souvent parfaitement raisonnables. La réclamation de droits collectifs prend alors deux aspects. Soit la forme de droits-créances, entendue comme l'exercice de la tyrannie pour le profit du groupe auquel on appartient (quête de rente). Soit encore celle de l'autonomie gouvernementale, entendus comme une volonté d'échapper à la tyrannie pour en constituer une autre, celle-là plus facile à faire accepter parce qu'elle frappe un plus petit nombre de gens dont les valeurs sont plus homogènes. La difficulté principale des droits collectifs, dans l'un et l'autre cas, c'est que les appels à l'autonomie se traduisent spontanément en prétention de souveraineté. Or, nous pensons que c'est précisément cette illusion de souveraineté populaire ou parlementaire qu'il faut dissiper.

Comme le rappelle Kahn,

«The goal of constitutional theory has been a conception of politics that could portray the citizen's life under public law as simultaneously the individual's giving of law to himself.»⁶⁵

Cet effort de justification, malgré tous les artifices mis en oeuvre depuis Rousseau, demeure vain aussi longtemps que l'on n'admet pas qu'une autorité positive ne peut être que fonctionnelle et temporaire. À mon sens, toutes les théories de ce genre échouent à partir du moment où elles tentent de justifier *a posteriori* l'exercice du pouvoir absolu, fut-ce celui d'une majorité démocratique. En fait, l'influence de Hobbes et du *Leviathan* n'a pas cessé de s'étendre, au-delà même de la stricte volonté de garantir l'ordre civil.

Dans cette perspective, la légitimité de l'autorité politique ne peut reposer ultimement que sur deux arguments: la nécessité ou l'unanimité. Le premier est parfois suffisant pour justifier l'exercice limité dans le temps d'une autorité dont on reconnaît qu'elle repose sur des connaissances particulières, notamment en temps de guerre. Au-delà de ces circonstances exceptionnelles, seule la volonté unanimement exprimée des membres de la communauté politique peut être légitimement contraignante. Comment se fait-il alors que nous soyons aujourd'hui gouvernés par tant de lois qui ne fassent pas l'unanimité? C'est qu'on a voulu nous convaincre chaque fois de

65. Paul W. KAHN, «Community in Contemporary Constitutional Theory», (1989) 99 *Yale L.J.* 1, 52.

leur grande urgence, de leur impérieuse nécessité⁶⁶. On nous promet bien sûr chaque fois que ces mesures ne seront que temporaires et qu'elles sont le fruit de l'expertise de technocrates qualifiés. Dans la mesure où on réussit effectivement à amener les gens à adopter ce point de vue par la propagande et la publicité, les mécanismes de l'imitation rationnelle et de la résistance au changement⁶⁷ permettront à la bureaucratie de prospérer.

Quand il est manifestement impossible de recourir à l'argument de nécessité, on feint l'unanimité en invoquant la démocratie parlementaire et la représentativité. Or, personne ne peut plus, aujourd'hui, justifier l'exercice de la souveraineté par les organes législatifs par une représentation adéquate: de toute évidence, aucun citoyen ne peut prétendre que son député représente adéquatement ses opinions, sans compter le poids absolument négligeable que fait peser celui-ci dans la rédaction des lois. Comme le souligne Hechter, les contrôles formels établis en vue d'un avantage mutuel (l'assurance, le crédit) acquièrent une indépendance qui s'affirme rapidement à l'encontre des citoyens. Ce sont la fiction de la volonté générale et la thèse de la souveraineté parlementaire qui permettent de maintenir cette indépendance de l'État. Lorsque le monopole du Parlement s'établit, son développement dans une bureaucratie d'État au fil des guerres en vient à peser de plus en plus lourd sur les citoyens. La démocratie parlementaire,

66. L'état d'urgence a été invoqué au Canada pour justifier, notamment, la *Loi sur les mesures de guerre* et la *Loi anti-inflation*. Sur l'état d'urgence pour justifier le *New Deal* américain, voir Robert HIGGS, *Crisis and Leviathan—Critical Episodes in the Growth of American Government*, New York, Oxford U.P., 1987, pp. 168–172.

67. Voir le chapitre 1.

qui fut jadis le mécanisme qui permit de s'affranchir du pouvoir des rois, est aujourd'hui devenu la prison d'où il faut s'échapper à nouveau.

L'État n'a pas de monopole naturel de la juridiction. L'État, ce fut d'abord une organisation militaire qui n'exerçait aucun rôle dans la vie commerciale et morale des gens, sinon par la protection militaire qu'il procurait⁶⁸. Or, ce que les droits collectifs représentent, c'est une attaque contre ce monopole arbitraire de la législature, soit pour s'en emparer, soit pour y échapper. Dans les deux cas, nous l'avons vu, la tentative n'aboutit finalement qu'à changer le mal de place et il est fort douteux que les individus au nom desquels on les invoque s'en portent mieux. Les femmes autochtones du Canada ne s'y sont pas trompées lorsqu'elles ont réclamé la protection de la Charte pour s'opposer à l'autonomie gouvernementale sur les réserves indiennes. La souveraineté, même parlementaire, est une épée de Damoclès au-dessus de la tête des citoyens.

Les dangers de la souveraineté absolue sont multipliés par l'oubli du rôle historiquement pédagogique de la législation. Qu'il s'agisse du droit ou de la morale, la législation a longtemps été une simple codification des règles pour en assurer la diffusion⁶⁹. Les législateurs étaient donc ceux qui possé-

68. Voir Bruce L. BENSON, *The Enterprise of Law—Justice Without the State*, San Francisco: CA, Pacific Research Institute for Public Policy, 1990, particulièrement aux pp. 46–60.

69. Voir notamment F.A. HAYEK, *Droit, législation et liberté — Règles et ordres*, vol. 1, coll. Libre échange, Paris, P.U.F., 1979, p. 98: «[...] tous les fameux "législateurs" antiques, depuis Ur-Nammu et Hammurabi jusqu'à Solon, Lycurge et les auteurs des Douzes Tables de Rome, ne visaient pas à créer un droit nouveau, mais simplement à énoncer ce que le droit était et avait toujours été.» (notes omises). Le Code Napoléon fut bien évidemment une oeuvre systématique de rationalisation des coutumes où la transformation des règles a été poussée beaucoup plus loin que dans la rédaction du Code civil du Bas-Canada.

daient une sensibilité et une intelligence suffisantes des moeurs pour les traduire sur papier ⁷⁰.

Après un hiatus de quelques décennies, cette unité des moeurs reprend le dessus. On légifère aujourd'hui sur le tabac, sur les relations sexuelles (dans certains États américains), on réglemente les aliments, tous des sujets éminemment moraux (dans la mesure où ils ne concernent pas la santé publique, entendue comme la prévention des épidémies). Une conception positiviste de la loi devient incomparablement dangereuse lorsqu'elle permet d'imposer une certaine vision de la vie bonne ⁷¹.

Ce passage de la législation comme registre des moeurs à la législation comme commandement d'un souverain s'opère de toute évidence chez Hobbes: «mais la loi, à la définir exactement, est le discours d'une personne qui avec autorité légitime commande aux autres de faire, ou de ne pas faire quelque chose ⁷².» Or, la légitimité de l'autorité politique ne peut être que de *droit* ⁷³. Puisqu'il n'est pas possible de fonder le contrôle des hommes sur une pos-

70. Même l'esprit initial de la Déclaration française des droits en était un de codification des institutions existantes: «[Les députés] estimaient qu'ils avaient pour mission de mettre par écrit, dans un ordre rationnel, les anciennes institutions de la France, qu'il ne s'agissait de modifier que dans la mesure où elles n'étaient plus valables, ou si elles se contredisaient.» (Jacques GODECHOT (dir.), *Les Constitutions de la France depuis 1789*, coll. GF, Paris, Flammarion, 1993, p. 22.)

71. La théorie de la justice de Rawls ne s'interroge pas sur la souveraineté populaire, il est donc inévitable qu'elle s'oppose aux théories perfectionnistes: J. RAWLS, *op. cit.*, note 21, pp. 325-332.

72. Thomas HOBBS, *Le citoyen ou les fondements de la politique*, Paris, Flammarion, 1982, p. 128 (*De Cive*, cap. III, § 33).

73. T. HOBBS, *Leviathan*, Glasgow, Collins, 1983 [1651], cap. XV, p. 168: «[...] whereas law, properly, is the word of him, that by right hath command over others.» (nous accentuons).

session légitime (l'esclavage bien compris), l'ordre du droit n'admet que le consentement comme fondement de l'autorité⁷⁴.

Même le scepticisme face au rationalisme contractuel ne nie pas la nature dialogique de la soumission à l'autorité de la communauté. Ce n'est pas le consensualisme qui est remis en question, mais la procédure qui mène au consensus. On écarte le modèle de négociation sur la base de préférences préconstituées à la faveur d'une conception narrative où les préférences se forment dans le dialogue argumenté⁷⁵. Comme le fait remarquer Kahn, cette insistance sur une communauté de discours s'oppose de manière essentielle à l'État, et ce depuis Platon:

«The community of discourse that emerges in the platonic dialogue is always an alternative to the state. The legitimate community of dialogue stands always against the coercive community of state authority. The character of the challenge that this alternative community poses to the state is never out of mind, because of the fate of Socrates. Socrates is executed by a democratic Athens because of his subversive activity, which consists of nothing other than the activity of engaging others in dialogue.

Community and authority split apart in the platonic dialogue. This incompatibility of the community of discourse and the authority of the state is the great lesson of Plato's Socrates. The choice for positive freedom is a rejection of authority. This remains a lesson, however, that most contemporary theorists have yet to learn. While they see the need for the theory of a legitimate political order to work itself pure through a theory of the discursive community, they have not accepted the possibility that this communitarian model of a "legitimate" public order is not one that can support the historical state. As constitutional theorists, they remain bound to the Constitution, despite the subversive character of their own theories.»⁷⁶

74. Les définitions que donnent Grotius du droit reposent d'ailleurs sur le consentement des hommes: voir Alfred DUFOUR, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire—Droit, individu et pouvoir de l'École du Droit naturel à l'École du Droit historique*, Paris, P.U.F., 1991, pp. 117 et suiv.

75. Le voile d'ignorance chez Rawls, l'éthique communicationnelle chez Habermas, la communauté véritable chez Dworkin, le *nomos* chez Cover témoignent tous de cette évolution.

76. P.W. KAHN, *loc. cit.*, note 65, 53.

Ici, le défi lancé à l'État est à la mesure de son absolutisme: lorsqu'il existe *effectivement* une communauté de discours à l'échelle nationale sur un sujet particulier (par exemple la défense nationale ou les relations commerciales intérieures), l'ordre public n'est pas menacé mais renforcé par une théorie discursive de la légitimité. La volonté unanime de rechercher une solution commune est garante de la légitimité. Toutefois, il m'apparaît que l'existence d'une telle communauté ne peut s'apprécier qu'en relation à un champ d'argumentation limité.

Par exemple, en matière d'avortement, il est douteux que la discussion soit possible même à l'échelle de la famille nucléaire en raison des prémisses irréconciliables sur lesquelles s'appuient les positions concurrentes, qui cherchent chacune à dominer l'autre plutôt que de parvenir à un *modus vivendi*. La volonté de la loi moderne de faire jouer le mécanisme du vote majoritaire sur des questions dont la finalité n'est pas partagée participe clairement, dans cet esprit, de l'abus du droit ou de la loi. Tout se passe comme si, prétextant l'existence d'un contrat de vente particulier, l'une des parties prétendait pouvoir exiger du cocontractant le prix de biens non spécifiés au contrat. Dans son étude remarquable sur *La naissance de la loi moderne*, Bastit conclut d'ailleurs:

«[la loi moderne] apparaît sous l'espèce d'une force qui cherche à s'imposer, à laquelle répondent les révoltes de ceux qui refusent ce genre d'obéissance. L'absence de finalité la rend immorale et oppressive. Comme système de raison, elle se constitue en une détermination rigide et close excluant la nouveauté aussi bien que la transcendance, aussi range-t-elle sous son empire tout ce qui est particulier en le ramenant à l'uniformité, et se dit-elle laïque. Elle refuse donc d'être débordée par la réalité, ramenant les juges sous son observance littérale et se multipliant à l'infini pour ne rien laisser jamais hors de ses prises.»⁷⁷

L'exigence d'unanimité apparaît donc seule capable de répondre aux ambitions du législateur moderne sans verser dans la tyrannie. On objectera que cela risque de mener à un blocage complet du processus législatif. Quoique cette possibilité existe, elle n'est pas sans issue. D'une part, il y a diverses manières de s'approcher des exigences de l'unanimité. On peut envisager des votes à la majorité qualifiée, un contrôle de l'agenda législatif plus exigeant que le vote sur les lois elles-mêmes, un veto populaire par voie de référendum tel qu'il en existe en Suisse, un système d'élections des représentants par vote transférable. Toutes ces modifications procédurales visent à empêcher que chacun recherche à son tour le privilège ou la rente dont tous auront la charge.

L'extension même du contrôle de l'État moderne sur les citoyens autorise également d'envisager des solutions accessoires aux moyens de contrôle. Ainsi, le fait que chaque individu ait à rendre compte par écrit de ses revenus pour fins d'impôts permet d'envisager de joindre à cette déclaration des formulaires de vote sur diverses propositions. Ainsi, Sugden a proposé un mécanisme d'allocation proportionnelle des dépenses publiques (*prin-*

77. Michel BASTIT, *Naissance de la loi moderne*, coll. Léviathan, Paris, P.U.F., 1990, p. 368.

rule of proportional spending) par lequel chaque personne est amenée à préciser les biens publics à la production desquels elle désire consacrer ses impôts⁷⁸. De cette façon, la majorité ne peut contraindre la minorité à payer le coût de ses propres préférences. «*A rule of proportional spending provides everyone with a guarantee that his resources will not be taken to be used for other people's benefit*⁷⁹».

Si cette approche a le mérite de contourner entièrement la problématique des droits collectifs en redonnant une voix aux *individus*, on voit difficilement comment elle pourrait s'imposer d'elle-même. Où se trouve l'intérêt étatique de limiter ses propres options? Aussi longtemps que prévaudra une conception absolutiste de la loi, il est douteux que de telles idées puissent prévaloir sauf à réunir une large coalition. Il faudrait pour cela que certains individus soient systématiquement insatisfaits de l'aboutissement du processus législatif. Leurs voix n'ayant aucune portée, ils ne peuvent ni réclamer leur part du gâteau, ni s'opposer à ce qu'on se serve à leurs dépens. Ils ne participent pas au cirque de l'État-providence. Ils ont donc, eux, tout intérêt à favoriser la mise en oeuvre de telles règles.

Mais pour cela, l'association est souhaitable et même nécessaire. Si cette étape est franchie avec succès, la tentative sera grande d'entrer dans la danse des privilèges. En effet, face à un groupe qui veut réduire ses pou-

78. Robert SUGDEN, «Rules for Choosing Among Public Goods—A Contractarian Approach», (1990) 1 *Constitutional Political Economy* 63, 72.

79. *Id.*, 73.

voirs, l'État n'offrira-t-il pas quelque avantage en échange du retrait de la menace? C'est fort probable. Dans une telle situation, il faudrait que les individus fassent passer leurs principes avant leurs intérêts, ou au moins leurs intérêts à long terme avant les dividendes immédiats.

Conclusion

Les droits collectifs conçus comme une créance garantissant la survie d'une communauté sont indéfendables. D'abord, parce qu'ils retirent aux individus la possibilité de remettre en cause la valeur de leurs propres traditions. Ensuite, parce que même si ces individus remettent en cause ces valeurs en refusant d'y adhérer malgré les privilèges dont jouit leur communauté, le monopole de l'État assurera que tous les citoyens continuent à subventionner une préférence qui n'est même plus partagée.

Cela ne signifie pas que les communautés minoritaires et leurs traditions ne soient pas essentielles à l'épanouissement individuel. Seulement, cette autorité de la tradition et de la communauté ne peut être bénéfique que si elle admet ses propres limites et renonce à s'imposer coûte que coûte. Dans cette perspective, l'autorité de l'État semble n'être ni fonctionnelle, ni temporaire. Même si on peut envisager une multitude de solutions pour tempérer l'absolutisme de la loi, leur instauration ne va pas de soi.

Quelles options sont ouvertes à ceux qui veulent se soustraire à la volonté contraignante de la majorité? Sur le plan individuel, l'exil national impose à la fois des sacrifices énormes et présente des difficultés innombrables. Sur le plan collectif, l'alternative aux droits collectifs comme droits-créances, c'est la sécession. Celle-ci n'échappe pas, dans le contexte moderne, à la tentation d'une souveraineté absolutiste. Le danger pour les individus, c'est le rétrécissement éventuel de l'horizon des possibles et l'émergence d'une tyrannie potentiellement plus efficace en raison de l'homogénéité de la population.

On aboutit ici à la même problématique qu'au terme de notre exposé sur l'apport de la tradition: comment maintenir les traditions d'une communauté sans empiéter sur les libertés individuelles? Lorsque l'option *voice* est inefficace, les droits collectifs peuvent-ils venir au secours de la liberté individuelle? Peut-on envisager d'autres mécanismes pour mettre en oeuvre l'option *exit*?

On peut anticiper que la solution à ces questions passera nécessairement par un retour sur le fédéralisme. Par la concurrence des juridictions qu'il introduit, le fédéralisme semble permettre aux citoyens d'exprimer plus aisément leur désaccord, soit parce que la législature de l'État membre ne touche qu'une population réduite, soit parce qu'il est possible de se soustraire plus facilement à ses lois. Il ne semble pas qu'on connaisse de meilleur moyen que la concurrence pour découvrir les solutions que préfèrent les

individus⁸⁰. Toutefois, à la manière de toutes les tentatives de limiter les pouvoirs de l'État, la mise en oeuvre de l'idée fédérale semble à première vue tout aussi aléatoire. Une nouvelle idée des droits collectifs peut-elle jouer un rôle pour échapper à la dynamique de l'État omnipotent? C'est là un thème qui demeure à explorer.

80. F.A. HAYEK, *Droit, législation et liberté — Le mirage de la justice sociale*, vol. 2, Paris, P.U.F., 1981, p. 141: «La concurrence opère comme un procédé de découverte, non seulement en ce qu'elle procure à quiconque a l'occasion de mettre à profit une certaine circonstance la possibilité de l'exploiter avantageusement, mais encore en communiquant aux autres intéressés la nouvelle qu'il existe une telle circonstance.»

Les droits collectifs comme droits-libertés

| | |
|---|-----|
| Introduction | 187 |
| I. L'État moderne et le fédéralisme | 196 |
| II. Les droits collectifs comme frontières juridictionnelles | 210 |
| A. La reconnaissance formelle des collectivités locales | 214 |
| B. La portée juridictionnelle dans le domaine intérieur | 222 |
| III. La viabilité d'un régime fondé sur la reconnaissance de droits collectifs | 237 |
| Conclusion | 249 |



Introduction

Les droits collectifs ne sont souvent que des métaphores malheureuses de droits individuels existants, qu'ils s'agissent de privilèges légaux ou de libertés fondamentales¹. Néanmoins, l'attrait pour les droits collectifs ne se dément pas. Au-delà des usages tendancieux, il y a des appels aux droits collectifs qui participent très clairement d'une volonté de prévenir des

1. Voir le chapitre 3.

injustices ou de protéger les libertés individuelles. Si les droits collectifs peuvent certainement tendre vers la recherche d'avantages et de privilèges auprès de la législature, ils peuvent aussi vouloir s'opposer à un État jugé oppressant pour s'affranchir de celui-ci.

Ainsi, on peut comprendre les droits collectifs comme imposant à l'État une obligation, soit de fournir aux membres d'une communauté culturelle les moyens, légaux et même financiers, de perpétuer leur culture, soit de permettre un certain degré d'autonomie gouvernementale. Dans les deux cas, toutefois, la portée de ces concessions en regard des libertés fondamentales témoignent d'un objectif ambigu: cependant que la modernité représente une échappée de l'arbitraire de la tradition, les droits collectifs pourraient représenter une manière de restauration du pouvoir du groupe sur les individus.

La figure des droits-collectifs comme droits-créances a été défendue par Kymlicka². Selon lui, l'obligation de l'État d'assurer la survie des communautés minoritaires découlerait du devoir de traiter également les citoyens. La recherche individuelle du bonheur s'inscrivant toujours dans un contexte culturel donné, les individus membres d'une culture minoritaire qui seraient contraints d'abandonner celle-ci souffriraient un préjudice sérieux. On prétend en quelque sorte que la survie du groupe est une condition

2. Will KYMLICKA, *Liberalism, Community, and Culture*, Oxford, Clarendon Press, 1989.

nécessaire à l'épanouissement individuel et on réclame en conséquence des droits-créances pour garantir sa survie.

Dans sa revendication de droits collectifs sur la base de l'appartenance culturelle, Kymlicka insiste que ceux-ci ne sont pas seulement admis par les principes libéraux d'égalité, mais même requis par eux. Kymlicka exprime très clairement le contexte de sa démonstration:

«My concern is with this modern liberalism, not seventeenth-century liberalism, and I want to leave it entirely open what the relationship is between the two.»³

Le biais moderne du libéralisme qu'adopte Kymlicka lui simplifie beaucoup trop la tâche: à vrai dire, c'est la réconciliation de revendications collectives avec le libéralisme classique qui est fondamentale pour les sociétés qui ont adopté le marché et la primauté du droit comme fondements de leur régime économique.

Sur le plan historique, le libéralisme classique demeure la philosophie politique fondamentale des démocraties occidentales et l'ancêtre du libéralisme moderne. Bien que ces deux philosophies politiques en soient venues à s'opposer quant aux rapports de l'État à la société civile⁴, elles partagent toujours une croyance fondamentale dans les libertés individuelles. C'est

3. *Id.*, p. 10.

4. John GRAY, *Liberalism*, coll. Concepts in the Social Sciences, Milton Keynes: England, Open U.P., 1986, p. 92: «[Modern] Liberal thought quickly endorsed the new conception of the rule of government engendered by the struggle for votes in a mass democracy—the conception of government as the provider of general welfare and not, as hitherto, the guardian of the framework within which individuals may provide for themselves.»

dans ce contexte qu'il faut tenter de réconcilier la part légitime des revendications rassemblées sous le vocable "droits collectifs".

Deux autres motifs nous amènent à adopter la perspective libérale classique: la première, méthodologique, la seconde, rhétorique. D'abord, sur le plan de la méthode, le libéralisme classique apparaît beaucoup plus réfractaire que sa contrepartie moderne face à l'idée même de droits-créances, auxquels s'apparentent certaines revendications collectives. Par conséquent, l'individualisme avoué du libéralisme classique et son hostilité déclarée envers toute forme de collectivisme fournit un cadre assurément très exigeant pour quiconque entend démontrer l'existence d'une certaine forme de droits collectifs. De toute évidence, la probité de la démonstration sera en proportion des exigences que feront peser sur elle le contexte politique dans lequel elle sera tenue. Ensuite, sur le plan rhétorique, il est indiscutable que ce choix nous permet de nous affranchir du texte de Kymlicka. Il va sans dire que certains arguments développés par Kymlicka ont une portée qui dépasse le contexte du libéralisme moderne — notamment quant à la valeur de l'appartenance culturelle — et c'est dans cette mesure qu'ils trouveront leur pertinence ici. Au-delà de ces arguments partagés, il faudra repenser les termes dans lesquels on conçoit les revendications collectives.

Pour des raisons que j'ai exposées dans un autre article, les tentatives de justifier les droits collectifs sur la base de l'appartenance culturelle ne sem-

blent pas fondées ⁵. Néanmoins, et malgré le préjugé scepticiste du libéralisme envers les phénomènes juridiques collectifs, trois raisons nous permettent de croire en la possibilité d'intégrer, par certains aspects, des droits collectifs dans une philosophie individualiste.

D'abord, la pensée libérale dans son ensemble s'accorde pour refuser que des lois particulières puissent brimer la liberté d'association et d'expression des membres de communautés minoritaires, quelles qu'elles soient. Ensuite, le libéralisme classique est un humanisme, ce qui implique une croyance dans la possibilité du progrès et plus particulièrement de l'épanouissement individuel. Or, cette affirmation de l'individu n'est possible qu'à travers l'éducation et, plus généralement, la connaissance de soi et du monde, ce qui renvoie nécessairement à un phénomène communautaire. Enfin, il est possible de prétendre, comme le fait Sohn, que les droits individuels ne peuvent être réalisés sans que les groupes possèdent des droits collectifs:

«One of the main characteristics of humanity is that human beings are social creatures. Consequently, most individuals belong to various units, groups, and communities; they are simultaneously members of such units as a family, religious community, social club, trade union, professional association, racial group, people, nation, and state. It is not surprising, therefore, that international law not only recognizes inalienable rights of individuals, but also recognizes certain collective rights that are exercised jointly by individuals grouped into larger communities, including peoples and nations. These rights are still human rights; the effective exercise of collective rights is a precondition to the

5. Voir le chapitre 4.

exercise of other rights, political or economic or both. If a community is not free, most of its members are also deprived of many important rights.»⁶

Qu'est-ce à dire précisément qu'une communauté ne soit pas libre? À cette question, je répondrai hypothétiquement: ne pas être libre de se donner les lois auxquelles tous les citoyens agrément. Dans la pratique du droit, cette hypothèse se traduit par un recours au droit à l'auto-détermination. On invoque ce droit précisément dans les cas où une communauté réclame pour elle-même de voter ses propres lois.

Même les auteurs les plus réfractaires à l'idée d'investir une collectivité de droits reconnaissent que s'il existe un seul droit collectif, ce ne peut être que le droit à l'auto-détermination⁷. En pratique, toutefois, ce droit est considéré comme étant soit ambigu, soit extrêmement restreint. Dans le premier cas, comme le fait remarquer Sosoe, l'indétermination de ce droit tient à ce qu'il est possible de «lui substituer un ensemble de mécanismes constitutionnels et politiques qui en rendent l'usage inutile⁸». Dans le second cas, sa portée restreinte tient à ce que l'exercice de ce droit est conçu, par ses promoteurs, comme devant mener à la souveraineté nationale, entendu au sens le plus entier du terme.

6. Louis B. SOHN, «The New International Law: Protection of the Rights of Individuals Rather Than States», (1982) 32 *American University L.R.* 1, 48. Contra: Jack DONNELLY, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Ithaca, Cornell U.P., 1989.

7. J. DONNELLY, *op. cit.*, note 6, p. 147: «[L]et us consider the right to self-determination, the one unambiguously well established peoples' right» (italiques dans l'original).

8. Lukas K. SOSOE, «Le contractualisme et la question des nationalités», (1992) 19 *Philosophiques* 29, 36.

Dans cette perspective souverainiste, le droit international distingue une conception externe et une conception interne du droit à l'auto-détermination. On réserve le premier cas aux contextes coloniaux, la stabilité des frontières occupant une place déterminante. Dans le second cas, le droit se limite à la possibilité de déterminer librement la nature des institutions politiques. Bien que cette conception semble s'attaquer à l'exercice du pouvoir, elle signifierait plutôt que d'autres États *«should not, through appeals or pressure, seek to prevent a people from freely selecting its own political, economic, and social system⁹»*. Si on ne remet pas en question l'équation suivant laquelle la souveraineté absolue découle invariablement de la constitution d'un État, cette dilution du droit à l'auto-détermination semble effectivement s'imposer.

Cette distinction perd toutefois son objet aussitôt que l'on refuse l'absolutisme de l'État moderne et de ses lois. En effet, si la volonté du législateur n'a pas la prétention de s'imposer absolument, il devient possible d'envisager toutes manières d'aménagement de l'autorité politique. Le droit à l'auto-détermination renvoie très certainement à une volonté de redéfinir les frontières internes d'un État, et cette redéfinition implique nécessairement une modification des structures politiques.

9. Salvatore SENESE, «External and Internal Self-Determination», (1989) 16 *Social Justice* 19, 19. Voir aussi David WIPPMAN, «Treaty-Based Intervention: Who Can Say No?», (1995) 62 *University of Chicago L.R.* 607, 663: «[S]elf-determination outside of the decolonization context is increasingly understood as a right of the people of a state as a whole to determine their own political structures.»

Toutefois, sauf dans les cas d'oppression et d'atteinte à la vie et à la sécurité des membres de communautés, le droit à l'auto-détermination n'est jamais un droit à la sécession¹⁰. Quoique cette conclusion rejoigne l'opinion exprimée en droit international¹¹, nous ne croyons pas qu'elle repose sur le principe de l'intégrité territoriale au titre d'une conception externe de ce droit.

L'intégrité territoriale peut se justifier en invoquant les libertés fondamentales. Lorsque les libertés sont garanties sur un territoire donné, toute fragmentation de ce territoire implique nécessairement un rétrécissement des libertés. Dans un contexte fédéral, cette protection des libertés se double de la possibilité d'échapper aux abus de pouvoir des États membres en se déplaçant vers une autre juridiction. Lorsqu'aucun gouvernement ne possède de monopole législatif sur un territoire, il devient beaucoup plus facile pour les individus de se soustraire aux lois qui leur déplait. L'abandon d'une conception absolutiste de la loi permet d'envisager les droits collectifs comme un outil potentiel de fragmentation du pouvoir.

Une théorie des droits collectifs comme droits-libertés devrait permettre de répondre aux questions soulevées par Kymlicka et Sosoe. Le premier, dans

10. Il en va de même des droits des minorités, voir Jay A. SIGLER, *Minority Rights: A Comparative Analysis*, Westport: CT, Greenwood Press, 1983, p. 195: «Minority rights do not include the right to revolution and secession except upon the same basis as do individual rights. Only the direct and substantial threat to life, limb, and the integrity of family life would ordinarily justify group resistance to constituted authority.»

11. D. WIPPMAN, *loc. cit.*, note 9, 663: «As the Badinter Commission recently held, self-determination, whatever its precise content, does not—under existing conceptions of international law—encompass a right of secession.»

sa revue du *Secession* de Allen Buchanan ¹², demande pour quels motifs on doit préférer la préservation de la fédération à la liberté des États membres ¹³. Le second veut «savoir s'il existe des droits collectifs et comment une théorie libérale peut en rendre compte sans s'opposer à ses propres prémisses ¹⁴».

Pour faire progresser cette hypothèse et illustrer dans quelle mesure on peut parler de "droits collectifs", on procédera en trois temps. En premier lieu, nous survolerons l'évolution de l'État moderne depuis les communes médiévales jusqu'aux fédérations contemporaines (I). Ensuite, une théorie des droits collectifs comme frontières juridictionnelles sera défendue (II). Enfin, nous donnerons un aperçu des raisons pour lesquelles les libertés fondamentales méritent ce qualificatif, hors de tout appel au droit naturel, et en quoi ces raisons soutiennent des droits collectifs soucieux de liberté (III).

12. Allen BUCHANAN, *Secession—The Morality of Political Divorce from Fort Sumter to Lithuania and Quebec*, Boulder, Westview Press, 1991.

13. W. KYMLICKA, «Book Review—*Secession: The Morality of Political Divorce from Fort Sumter to Lithuania and Quebec* by Allen Buchanan», (1992) 20 *Political Theory* 527, 531.

14. L.K. SOSOE, *loc. cit.*, note 8, 37.

I. L'État moderne et le fédéralisme

C'est un fait bien documenté que l'Europe médiévale a connu une fantastique période de prospérité depuis la fin XI^e siècle jusqu'au milieu du XIV^e¹⁵, au moment où décline l'influence de la papauté (exil à Avignon vers 1309) et alors que la peste noire décime le tiers de la population du continent (1347). De nombreux facteurs contribuèrent à cette croissance économique. Le moment fondateur est probablement la division de l'empire carolingien entre les trois fils de Charlemagne par le traité de Verdun de 843, duquel surgiront les formes primitives des royaumes de France, d'Allemagne et d'Italie.

L'affaiblissement de l'Empire a deux conséquences majeures. Il crée d'abord une situation d'insécurité qui sera propice à l'émergence de conflits militaires entre les souverains. Il se conjugue ensuite au détournement des institutions féodales pour créer une situation de concurrence entre les vassaux. Bientôt, les fiefs concédés par les souverains deviennent des objets de convoitise parce qu'ils sont source de pouvoir et qu'on peut multiplier leur possession en se mettant au service de plusieurs souverains. En outre, les vassaux obtiennent le pouvoir de transmettre en héritage les fiefs obte-

15. Boudejwin BOUCKAERT, «City Air Sets Free—Medieval Cities as Voluntary Political and Economic Communities», dans David BEITO (dir.), *The Voluntary City*, San Francisco: CA, The Independent Institute, à venir, p. 3 du manuscrit; Antony BLACK, *Guilds and Civil Society in European Political Thought from the Twelfth Century to the Present*, Ithaca: NY, Cornell U.P., 1984, p. 33; Nathan ROSENBERG and L.E. BIRDZELL, *How the West Grew Rich: The Economic Transformation of the Industrial World*, New York, Basic Books, 1985; Norbert ELIAS, *La dynamique de l'Occident*, Paris, Calmann-Lévy, 1975.

nus en concession. Les rois tentent successivement de rétablir l'Empire de Charlemagne avec le concours de l'Église. Ces tentatives échouent et leur sort semble définitivement scellé par la séparation des pouvoirs temporel et spirituel consacrée par les concordats de Worms (1106) et de Westminster (1107), qui mettent fin à la querelle des Investitures entre le pape et l'empereur sur le titulaire de la véritable souveraineté. La *Pax Christiana* marque le véritable envol de ce miracle européen.

Outre le développement du crédit et des sociétés, l'essor des libertés conjugales (les femmes cessant d'être l'objet de transactions) et la mobilité sociale accrue, le développement des sociétés de marchands et d'artisans et l'apparition des marchés et des villes retiennent particulièrement notre attention. Ces nouvelles institutions sont marquées par la fraternité et l'entraide mutuelle destinées à assurer la sécurité économique des membres de la guilde, et par la liberté de tenir marché, d'édifier des fortifications et de disposer de ses biens qui distinguait la commune du régime féodal. Le slogan de l'époque était: "l'air des villes affranchit" ¹⁶. Guildes et communes partageaient certaines institutions, notamment le serment d'allégeance renouvelé à intervalles réguliers et l'assemblée populaire ¹⁷. Les décisions importantes ne pouvaient être prises qu'à l'unanimité.

16. A. BLACK, *op. cit.*, note 15, p. 34; Pierre MICHAUD-QUANTIN, *Universitas — Expressions du mouvement communautaire dans le Moyen-Age latin*, Paris, J. Vrin, 1970, p. 194.

17. A. BLACK, *op. cit.*, note 15, p. 55.

La prospérité nouvelle apportée par ces *universitas* (le terme générique employé à l'époque pour désigner toute association de ce genre) en fit des cibles de choix pour le pouvoir royal, qui continuait de maintenir un pouvoir certain en raison de l'étendue de ses domaines terriens. Les guerres de royaumes exigeaient des ressources considérables et la survie des communes se négocia par l'octroi de Chartes royales qui consacraient l'existence de celles-ci en échange de paiements forfaitaires d'impôts¹⁸. La nécessité continue de lever des fonds pour des fins militaires conjuguée à la croissance économique des villes imposa des solutions analogues: le Roi consentait cette fois des privilèges en échange des impôts. Le pouvoir royal développa très tôt une relation symbiotique avec les guildes et les villes. La fin de la guerre de Cent Ans marque un répit de courte durée avant que débute la conquête du Nouveau Monde. Les guerres reprennent alors avec une vigueur renouvelée par l'appât des gains aisés rapportés d'outremer.

La Réforme protestante initiée par Luther (1513) devait polariser la société européenne et transformer les conflits territoriaux en guerres de religion. Celles-ci marquent fortement l'Occident et mènent à la doctrine du pouvoir divin des rois comme solution aux conflits civils¹⁹. La paix de Westphalie (1648) marque la consécration du principe *cujus regio, ejus religio* et

18. Adolphus BALLARD et James TAIT (dir.), *British Borough Charters, 1216-1307*, Cambridge, Cambridge U.P., 1923. Voir aussi les Chartes de communes répertoriées dans JOURDAN, DECRUSY et ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises (420-1270)*, tome I, Paris, Belin-Le-Prieur, 1821.

19. Liah GREENFELD, *Nationalism: Five Roads to Modernity*, Cambridge: MA, Cambridge U.P., 1992, p. 110.

celle des frontières qui l'accompagnent. En France, la centralisation entreprise par Richelieu est menée à son apogée sous Louis XIV. Cent ans plus tard, la Révolution française fait table rase de l'Ancien Régime.

En voulant échapper au carcan des privilèges royaux innombrables consentis aux guildes, aux communes, au clergé et à la noblesse, la Révolution française a balayé tous les corps intermédiaires, allant jusqu'à ignorer les droits individuels s'exerçant collectivement:

«La Déclaration de 89 ignore la liberté d'association, et ses auteurs, dans des textes célèbres — Loi Le Chapelier, décret d'Allarde — condamnent les groupements à base professionnelle. [...] la volonté de détruire les corps et communautés qui formaient le tissu de l'Ancienne France, la crainte des groupements hostiles à l'esprit nouveau.»²⁰

C'est le bébé qu'on a jeté avec l'eau du bain. Ce sont les privilèges en matière d'imprimerie, d'exploitation des innovations de contrôle des routes et du transport, d'exercice des métiers qui font problème. Les monopoles des guildes, le protectionnisme des communes, les immunités de la noblesse n'étaient pas inhérents aux structures qui les encadraient.

Le balayage des corps intermédiaires touche d'abord les structures. Les idéaux de la Révolution sont certes hérités des philosophes, mais on retrouve, transposés sur l'État naissant, la notion antique de citoyenneté et celle de fraternité héritée directement des communes et des guildes dont on

20. Jean RIVERO, «Les droits de l'homme: droits individuels ou droits collectifs?», (1980) 32 *Annales de la Faculté de droit et des sciences politiques et de l'Institut de recherches juridiques, politiques et sociales de Strasbourg* 17, 19.

venait pourtant de proclamer l'extinction ²¹. Le serment juré à la guilde ou à la commune sera dorénavant porté à la Nation. Très rapidement, écrit Mentzel, les guerres révolutionnaires et napoléoniennes effacent les traces d'individualisme et de libéralisme que portait le nationalisme naissant ²². La doctrine de l'identité nationale, fort utile en temps de guerre pour secouer la corde sensible de la loyauté, s'avère une construction idéologique sans fondement concret, mais dont l'État assure le perpétuel renouvellement: c'est une prophétie auto-réalisatrice (*self-fulfilling prophecy*) ²³.

Les caractéristiques essentielles qui expliquaient le succès des guildes et des communes furent gommées: la participation individuelle constante aux décisions communes, la propriété individuelle et inaliénable des outils et des armes, et surtout, la liberté d'émigrer vers un autre village (liberté qui devient sans objet lorsque les décisions sont centralisées).

Face à cette nouvelle et terrifiante loyauté mise au service d'un appareil militaire, il devenait impératif pour l'Europe du Traité de Westphalie de réagir. Prenant le contrepied de la pensée universaliste française, les penseurs allemands se tournèrent vers l'histoire pour trouver les ressources idéologiques permettant de contrer ce nouvel impérialisme. Mais là s'arrê-

21. J.A. SIGLER, *op. cit.*, note 10, p. 36: «Instead of a patchwork quilt of estates, communities, and associations, each with its own laws and customs, the philosophes [sic] wanted uniformity and order. In a sense, the philosophes wanted to revive the ancient notion of citizenship with each person possessing the same political and legal status.»

22. Peter MENTZEL, «Nationalism», (1992) 8 *Humane Studies Review* 1, 13.

23. Von Mises faisait d'ailleurs remarquer que l'importance des frontières nationales est en proportion de l'activité de l'État et que c'est la protection de celle-ci qui exige la protection des frontières et non l'inverse: *id.*, 16.

tent les différences: les institutions pré-révolutionnaires ayant trouvé racine à travers toute l'Europe, c'est sans surprise que les concepts empruntés à l'irréductible village allemand — la fraternité, les moeurs communes, la solidarité — se superposent aux idéaux de la Révolution, même s'ils trouvent leur source dans l'Histoire plutôt que dans la Raison. L'État rationnel français trouve sa réflexion spéculaire dans l'État historique allemand: nous vivons encore aujourd'hui les échos de leur confrontation.

C'est ainsi que les régimes occidentaux contemporains présentent des tendances fascistes en vertu d'abord de leurs idéologies nationalistes, mais aussi de leur réglementation des corps professionnels et des industries, de leurs secteurs militaires hautement et discrétionnairement subventionnés, de leur législation morale croissante et toujours impérative. L'essence du fascisme, indépendamment de toute configuration historique, «*is nationalistic collectivism, the affirmation that the "national interest" should take precedence over the rights of individuals*²⁴».

La tyrannie de l'État moderne ne permet pas la pleine expression des volontés individuelles, soit en diluant celle-ci au niveau politique par le mécanisme de la représentation, soit en imposant l'uniformité de nombreuses pratiques, précisément dans ces domaines où les individus cherchent généralement à exprimer la particularité de leurs situations: éducation, travail,

24. Robert HIGGS, *Crisis and Leviathan—Critical Episodes in the Growth of American Government*, New York, Oxford U.P., 1987, p. 241, discutant les travaux de Charlotte TWIGHT, *America's Emerging Fascist Economy*, New Rochelle: NY, Arlington House, 1975.

législation morale, etc. Ce phénomène n'est pas limité aux États-nations. Toutes les fédérations — pourtant éloignées par définition de l'idéal national — ont connu une croissance marquée du gouvernement fédéral²⁵, souvent même en présence de dispositions constitutionnelles explicites à l'effet contraire²⁶.

L'intégration économique et la tendance des États, même fédéraux, à se servir du symbole de l'unité nationale pour poursuivre des objectifs divers donnent l'impression d'une guerre engagée contre la diversité culturelle²⁷ et suscitent donc des craintes légitimes sur lesquelles s'appuient les revendicateurs de droits collectifs. Lorsque le rapport de forces ne permet pas d'envisager une certaine autonomie du groupe menacé, on reconnaît implicitement la domination de l'État national ou fédéral en réclamant une compensation sous la forme de privilèges. Ces créances ne règlent cependant rien et ne font qu'accroître la dépendance envers l'État, tout en invitant autrui à rechercher des privilèges semblables sous d'autres prétextes. Lorsque, au contraire, l'autonomie semble réalisable, c'est dans le droit à

25. Sur la centralisation au Canada, voir François CHEVRETTE et Herbert MARX, *Droit constitutionnel — Notes et jurisprudence*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1982, p. 14: «la centralisation des pouvoirs qu'entraîna l'effort de guerre entre 1939 et 1946 fut durable et se prolongea bien après la fin de celle-ci.» Sur l'extension du pouvoir fédéral américain via l'interprétation de la clause de commerce, voir Richard A. EPSTEIN, *Forbidden Grounds — The Case Against Employment Discrimination Laws*, Cambridge: MA, Harvard U.P., 1992, pp. 135-140; R. HIGGS, *op. cit.*, note 24, pp. 158-195. Pour la Suisse, voir Vernon BOGDANOR, «Federalism in Switzerland», (1988) 23 *Government and Opposition* 69, 78.

26. Cette évolution participe d'un mouvement plus général d'extension du rôle assumé par l'État en temps de paix: voir Mancur OLSON, *The Rise and Decline of Nations—Economic Growth, Stagflation, and Social Rigidities*, New Haven: CT, Yale U.P., 1982, particulièrement aux pp. 75-117.

27. Frances SVENSSON, «Liberal Democracy and Group Rights: The Legacy of Individualism and its Impact on American Indian Tribes», (1979) 27 *Political Studies* 421, 439: «The concepts of justice and rights have come to serve as weapons in the war of reduction of alternative cultures and societies.»

l'auto-détermination que s'incarnent les droits collectifs. Toutefois, cette démarche ne manque pas d'ambiguïté: on a parfois l'impression que l'autonomie revendiquée ne répond qu'aux volontés d'une élite, non pas à celle des individus membres du groupe.

Cette ambiguïté découle directement du modèle de Westminster. La démocratie représentative constitue une tentative d'éviter la tyrannie de quelques-uns sur le grand nombre, mais cette tentative échoue sur les écueils des problèmes d'*agency*. Comme le faisait déjà remarquer J.S. Mill, ce modèle se concilie mal avec le pluralisme dans la mesure où certains individus risquent de n'appartenir à aucune coalition majoritaire²⁸. Pour eux, le système ne se distingue aucunement, dans ses effets, de l'absolutisme royal qu'il devait remplacer. Pour remédier à cela, on a mis en place un certain nombre d'institutions destinées à prévenir la tyrannie de la majorité: libertés fondamentales, séparation des pouvoirs, majorité qualifiée, droits individuels basés sur l'appartenance à la minorité. De l'avis de Madison,

«it is not the pluralist nexus of interests that holds society in check but rather the constitutionally defined jurisdictions that delineate a federal system.»²⁹

Le fédéralisme s'est imposé parfois en raison de la composition ethnique ou culturelle de la population, parfois, et notamment aux États-Unis et en

28. John Stuart MILL, *On Representative Government*, London, Oxford U.P., 1960 [1859], pp. 247-271.

29. Peter C. ORDESHOOK, «Constitutional Stability», (1992) 3 *Constitutional Political Economy* 137, 168.

Allemagne, en raison de la volonté de prévenir l'apparition d'une majorité trop ambitieuse. Encore aujourd'hui, il semble que ce soit une voie privilégiée de résolution et de prévention des conflits au niveau international³⁰. Sa définition générale — un régime doté d'une séparation des pouvoirs modifiable seulement selon une formule d'amendement explicite — ne requiert pas, comme l'illustre d'ailleurs la *Loi constitutionnelle de 1982*, que les changements fussent se faire à l'unanimité.

Mais, comme l'a démontré de Jasay, une fois que l'unanimité est écartée comme fondement des décisions politiques, la majorité requise pour adopter une loi n'a pas à se contenter de la meilleure option admise par les règles constitutionnelles, elle peut également se réunir pour adopter une règle constitutionnelle qui admettrait de meilleures options³¹. Bref, quand une autorité unique est investie d'un pouvoir déterminant, le processus de décision n'admet plus aucune distinction³². La situation n'est pas différente lorsque ce sont les tribunaux qui sont appelés à interpréter la portée des pouvoirs dévolus aux niveaux respectifs de gouvernement. Ce régime n'est stable que si ces propres règles ne peuvent être modifiées qu'à l'unanimité³³.

30. D. WIPPMAN, *loc. cit.*, note 9, 664: «[T]he international community supports as the preferred approach to resolving a number of recent intercommunal conflicts the adoption of federal or confederal structures that effectively confer limited independence on subnational groups.»

31. Anthony DE JASAY, *Social Contract, Free Ride—A Study of the Public Goods Problem*, Oxford, Clarendon Press, 1989, pp. 115–118.

32. P.C. ORDESHOOK, *loc. cit.*, note 29, 163.

33. Relativement au pouvoir du Sénat américain de ratifier aux deux tiers des membres présents les traités conclus par le Président, Madison (*The Federalist Papers*, New York, Mentor, 1961, no. 75, p. 453) écrit que requérir les deux tiers de tous les membres équivaldrait à un principe d'unanimité «[a]nd the history of every political establishment in which this principle has prevailed is a history of impotence, perplexity and disorder.» À considérer l'étendue du pouvoir fédéral aux États-Unis, il n'est pas sûr que l'impotence n'eut pas été préférable.

Une fédération bonifie, en principe, les libertés individuelles de deux manières fondamentales. Premièrement, en permettant à ses citoyens de circuler et de s'établir sur un plus grand territoire, elle inhibe l'expansion de l'appareil d'État au niveau des États-membres par la concurrence qu'elle introduit entre ceux-ci. Deuxièmement, en garantissant que certaines décisions soient prises au niveau régional, elle permet de réduire l'écart des préférences individuelles de telle sorte qu'il est moins probable de se retrouver systématiquement au sein de la minorité (ou plus probable que les décisions législatives tendent à l'unanimité). Évidemment, il faut pour cela que l'existence des États-membres et de leurs pouvoirs soient garantis constitutionnellement en requérant leur consentement aux modifications. Si le pouvoir des États-membres est délégué et si leurs frontières sont sujettes à des modifications unilatérales, un écart trop grand dans les politiques poursuivies par rapport aux normes "nationales" sera inmanquablement suivi d'une revendication venant des États voisins pour que ces politiques soient répudiées.

Toutefois, l'impact bénéfique de ces deux caractéristiques du fédéralisme sur les libertés individuelles décroît en raison inverse de la population. D'une part, on constate que la mobilité géographique des individus dans une société industrialisée n'est pas fonction du territoire, mais de la population. Ainsi, *The Economist* rapporte que seulement 1,4% de la population

européenne n'habite pas son pays d'origine³⁴ et propose que cette absence de mobilité s'explique par la nécessité de se trouver un emploi pour toucher des avantages sociaux et par la difficulté de s'intégrer à une nouvelle culture. Au Canada, qui ne connaît pourtant ni l'une ni l'autre de ces restrictions, seulement 5% de la population ne vivait pas dans la même province cinq ans auparavant³⁵.

Plus la densité de la population augmente, plus les opportunités locales augmentent. Or, la connaissance locale des opportunités permet d'en estimer la valeur bien plus justement que nulle part ailleurs. On retrouve ici la formule de Heiner: plus la situation est complexe et incertaine, plus le gain espéré doit être élevé pour écarter la conduite actuelle³⁶. Autrement dit, quand la population de deux États-membres croît de façon parallèle, il devient sans cesse plus difficile d'anticiper les gains d'un déménagement³⁷.

Comme le souligne Elias, et comme l'illustre le panorama que nous avons dressé de l'histoire occidentale, toute compétition sociale libre et éliminatoire tend à la formation de monopoles³⁸. L'une des raisons qui permet d'expliquer pourquoi les fédérations ne se désintègrent pas plus rapide-

34. «The enlightened welfare-seeker's guide to Europe», *The Economist*, 12 mars 1994, 57.

35. Statistiques Canada, *Annuaire du Canada 1992*, Ottawa, Ministère de l'Industrie des Sciences et de la Technologie, 1991, p. 77.

36. Voir le chapitre 1. La mobilité des travailleurs migrants illustre fort bien la nécessité d'un gain relatif très élevé pour accepter les risques du déplacement.

37. En fait, même dans les cas où la population n'est pas nombreuse, Elias a montré comment chacun tend systématiquement, dans l'interaction avec autrui, à encenser sa propre communauté et à dénigrer les communautés voisines: voir N. ELIAS et John L. SCOTSON, *The Established and the Outsiders*, London, Frank Cass & Co, 1965, pp. 95 et suiv.

38. N. ELIAS, *op. cit.*, note 15, p. 40.

ment, c'est que la compétition entre les États d'une fédération n'est pas libre et éliminatoire, souvent par la volonté même de l'État fédéral.

Au Canada, le gouvernement fédéral dispose d'un droit de veto sur les lois provinciales qui n'a presque jamais été utilisé depuis le début du siècle, alors même que de nombreuses provinces restreignaient l'accès à leur marché du travail par diverses contraintes réglementaires. Pourtant, ce droit de veto avait été à utilisé à profusion durant les premières années de la confédération, lorsque l'expansion provinciale et l'immigration battait son plein. De plus, la péréquation de l'État fédéral assure que les provinces les plus riches ne deviennent jamais suffisamment puissantes pour menacer son hégémonie. C'est une manière de mettre en oeuvre la maxime "diviser pour régner".

Cette mise en oeuvre de la maxime est fort peu efficace et contraire aux libertés. Elle nuit à la découverte des solutions politiques préférées par les citoyens à la fois en permettant des entraves à la liberté d'établissement et en redistribuant les gains qu'une province peut faire par une gestion responsable. Une fois de plus, on s'éloigne du principe d'unanimité en diluant la participation des citoyens qui doivent plutôt s'adresser à l'État fédéral pour rapatrier une partie de leurs impôts. Pis encore, ce mécanisme est encore plus pervers, puisque l'on constate que la redistribution s'effectue non pas des citoyens les plus riches vers les plus pauvres, mais entre les

classes moyennes³⁹. Sur chaque projet législatif, une majorité refile le coût de ses préférences à l'ensemble des citoyens, avec comme résultat un enchevêtrement de privilèges mutuellement consentis dont les effets destructeurs se ressentent dans la baisse de l'activité économique qu'ils engendrent: c'est le cirque de l'État-providence⁴⁰.

Dans ce schéma, la classe politique est parfaitement parasitaire et la redistribution n'apparaît que comme un moyen pour les fonctionnaires de s'enrichir aux dépens d'autrui. Par conséquent, nous sommes d'accord avec Wiseman pour dire que le pouvoir dont il faut se méfier et qu'il est impératif de limiter «is the power to coerce citizens *in any way that citizens themselves deem to be unacceptable*⁴¹».

Bien sûr, les droits individuels apparaissent comme la voie privilégiée pour limiter l'action gouvernementale, mais leurs propres limites sont manifestes en regard de l'expansion de l'État dans l'après-guerre et même à la lumière de la jurisprudence de l'article premier de la *Charte canadienne* par la Cour suprême. Les droits individuels sont un outil puissant lorsqu'ils sont reconnus par le pouvoir judiciaire, mais le parcours qui mène à cette reconnaissance demeure semé d'embûches.

39. Bertrand de JOUVENEL, *The Ethics of Redistribution*, 2e éd., Indianapolis, Liberty Press, 1989, Appendix, pp. 83-91. Évidemment, ce résultat n'est pas propre aux fédérations, mais participe de la nature même du mécanisme de redistribution.

40. La formule est de Ejan Mackaay.

41. Jack WISEMAN, «Principles of Political Economy—An Outline Proposal, Illustrated by Application to Fiscal Federalism», (1990) 1 *Constitutional Political Economy* 101, 119 (italiques dans l'original).

Ceci est particulièrement vrai dans la mesure où des violations différentielles mais systématiques ne provoqueront à aucun moment un outrage assez important chez aucun citoyen pour justifier d'engager des procédures judiciaires coûteuses à tout point de vue. De la même façon qu'un droit à l'exil est sans valeur s'il n'est possible de s'exiler nulle part, les libertés fondamentales sont impuissantes à contenir la marche en avant de l'État lorsque celui-ci avance à pas de tortue. C'est particulièrement évident en matière de taxation: dans la situation actuelle, il n'y a aucun recours contre les augmentations continues mais minimales des impôts perçus, cependant que la somme de ceux-ci dépasse de façon outrageuse les seuils atteints par les plus puissants seigneurs médiévaux, au-delà desquels la population se révoltait violemment.

Au terme de ce parcours historique, on constate que l'édification des États modernes s'est faite sur le mode de l'appropriation de l'esprit des institutions médiévales et même antiques, sans considération pour le contexte démographique. Au surplus, on observe que la tendance à l'absolutisme présente dans les États nationaux apparaît également dans les fédérations, au bénéfice de l'État fédéral, et ce malgré la présence de garanties formelles explicitement destinées à prévenir une telle évolution. Une dynamique s'installe alors par laquelle l'État fédéral entre en concurrence de juridictions avec les provinces, chacun cherchant à s'assurer d'un monopole légis-

latif, au détriment des citoyens ⁴². Cette expansion continue de l'État, conjuguée à la croissance de la population, signifie que l'exercice véritable des libertés fondamentales, et particulièrement de la liberté de circulation et d'établissement, est compromis. Pour remédier à ce rétrécissement indu du pouvoir de contrôle de l'individu sur sa propre vie, il faut faire appel, de façon tout à fait surprenante, aux droits collectifs.

II. Les droits collectifs comme frontières juridictionnelles

Le contexte dans lequel s'inscrit notre préoccupation pour les droits collectifs présente initialement l'aspect d'une contradiction insoluble. D'un côté, la centralisation croissante du pouvoir politique et son expansion qui tend à l'absolutisme est une menace réelle aux libertés individuelles. De l'autre, la volonté d'échapper à ce pouvoir de façon unilatérale apparaît comme une régression vers des contextes où la liberté tend à se réduire à la liberté de se défendre contre l'agression.

Il est indéniable que la formation des États-nations et des fédérations d'États représente initialement un progrès en terme de sécurité physique et de mobilité à la fois sociale et spatiale. Mais on constate que le prix à payer

42. En vertu de son contrôle de l'armée, l'État fédéral tend bien sûr à dominer. Pour une exposition générale de la maxime "might makes right", voir B.L. BENSON, «Emerging from the Hobbesian Jungle: Might Takes and Makes Rights», (1994) 5 *Constitutional Political Economy* 2: 129.

est d'abord très lourd en terme de renoncement aux identifications antérieures et, à mesure que se consolide le pouvoir central, en terme d'insécurité croissante et de pertes de libertés. Doit-on voir dans cette évolution une inévitable tragédie?

L'intégration croissante des fonctions militaires au sein d'ensembles plus vastes n'emporte pas nécessairement avec eux la disparition des structures politiques antérieures qui se chargeaient de la sécurité. Ceci est manifeste dans l'évolution contemporaine de la communauté européenne: il est clair que les fonctionnaires de Bruxelles ne peuvent actuellement nourrir aucun espoir de faire disparaître les gouvernements nationaux. Or, s'il en est ainsi pour les États-nations, on ne voit pas pourquoi il en irait autrement des regroupements intermédiaires. La réconciliation des libertés individuelles et de la sécurité internationale passe par la renaissance des collectivités locales.

Cette proposition n'est pas entièrement nouvelle. Déjà, au XVI^e siècle, Althusius concevait le contrat social comme un contrat entre des communautés, cités, provinces et régions agréant d'établir entre eux une union fédérale⁴³. Gierke, dans la lignée contractualiste, a soutenu la possibilité pour les individus de se lier par de multiples contrats sociaux, donnant ainsi naissance à une entité morale pourvue de la personnalité juridique et

43. Johannes ALTHUSIUS, *Politics*, coll. *Sociology of Politics and Religion*, Boston, Beacon Press, 1964.

d'un pouvoir de législation indépendant, même au sein d'un Commonwealth ⁴⁴. Figgis écrivait au début de ce siècle:

«Instead of an iron uniformity, we need more and more a reasonable distinction of groups, all of which should be honorable [...] The real question of freedom in our day is the freedom of the smaller union to live within the whole.» ⁴⁵

De nos jours, Dworkin ajoute:

«It is also fashionable to ask for more local control by small groups over political decisions, not so much because decisions made locally are likely to be better, but because personal political relationships of mutual respect and cooperation, generated by local decisions, are desirable for their own sake.» ⁴⁶

Et Rawls, dans sa discussion de l'estime de soi (*self-respect*) comme exigeant à la fois la conviction de mener une vie digne de valeur et la capacité de réaliser les projets y afférents, conclut:

«Thus what is necessary is that there should be for each person at least one community of shared interests to which he belongs and where he finds his endeavors confirmed by his associates.» ⁴⁷

Ces perspectives impliquent toutes une reconnaissance de la nécessité de fragmenter le pouvoir politique, mais elles éludent la dynamique qui tend à résorber cette fragmentation pour investir une autorité centrale d'un pouvoir absolu. Nous aimerions indiquer par quels mécanismes ou sur la base de quels arguments il est possible de justifier la fragmentation continue du pouvoir politique. Pour ce faire, il faut d'abord se pencher sur la nature des

44. Otto GIERKE, *Natural Law and the Theory of Society: 1500 to 1800*, Cambridge, Cambridge U.P., 1958.

45. John Neville FIGGIS, *Churches in the Modern State*, London, Longmans, Green, 1913, p. 47.

46. Ronald DWORKIN, «Liberalism», dans Stuart HAMPSHIRE, *Public and Private Morality*, Cambridge, Cambridge U.P., 1978, p. 113, à la p. 114.

47. John RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge: MA, Harvard U.P., 1971, p. 442.

regroupements et sur les pouvoirs qu'on pourrait leur reconnaître en vertu de droits collectifs.

Waldron a bien identifié les deux problèmes auxquels sont confrontées les affirmations de droits collectifs. D'une part, comment déterminer l'identité du groupe et s'assurer de sa cohésion préalable? D'autre part, comment garantir la primauté des libertés individuelles ou, inversement, comment limiter le pouvoir du groupe sur ses membres ⁴⁸ ?

Ce découpage de la problématique rejoint celui de McDonald qui distingue la question de l'ontologie du groupe de celle de la nature du droit revendiqué ⁴⁹. Évidemment, les deux problématiques demeurent indissolublement liées par le fait que les pouvoirs qui découleront du droit et auxquels prétendra le groupe imposeront des conditions supplémentaires pour justifier sa formation. Inversement, si le respect des libertés individuelles peut être garanti de façon certaine, les conditions d'accession à la personnalité morale seront relaxées. Par conséquent, ce sont les contraintes de la rédaction, plus que la nature du sujet, qui imposent les deux sections suivantes: d'abord, un examen des motifs qu'on peut invoquer pour reconnaître l'existence juridique d'une collectivité locale (A); ensuite, une étude des raisons qui justifient une autonomie limitée du groupe dans ses rapports avec ses membres et avec l'État (B).

48. Jeremy WALDRON, «Can Communal Goods Be Human Rights?», (1987) 27 *Archives européennes de sociologie* 296, 315-316.

49. Michael MCDONALD, «Collective Rights and Tyranny», (1986) 56 *Revue de l'Université d'Ottawa* 115, 118.

A. La reconnaissance formelle des collectivités locales

Dans la perspective d'une théorie des droits basée sur la connaissance, les droits sont des frontières qui déterminent de part et d'autre des faisceaux de libertés et d'obligations⁵⁰. Or, la constitution même d'un sujet de droit obéit également à cette opération: il en va ainsi des sociétés commerciales et des personnes morales. C'est également le cas pour les individus: dire d'un individu qu'il a des droits, c'est affirmer plutôt que le droit constitue un individu-sujet de droit, et que cette constitution fait apparaître un titulaire potentiel d'un ensemble de pouvoirs et de libertés, d'obligations et de responsabilités. Dans l'Antiquité, on estimait que ce droit n'existait que si des conditions spécifiques étaient remplies, parmi lesquelles l'humanité ne figurait pas.

De nos jours, la discussion sur les catégories de sujets de droit est inscrite au coeur du débat sur l'avortement. Quelle que soit la position que l'on adopte sur ce sujet, la question se ramène ultimement à ceci: à partir de quel moment ou sur quelle différence *réelle* le droit va-t-il prendre appui pour constituer le sujet de droit? Les deux différences réelles sur lesquelles s'appuient les camps adverses sont respectivement la fécondation et le moment de la gestation à partir duquel il est possible d'assurer la survie du

50. Voir le chapitre 2.

nouveau-né (22 semaines). Tous les arguments visent à établir la prépondérance de l'une de ces différences sur l'autre.

La question se pose de la même façon en regard des communautés auto-constituées. À partir de quel moment peut-on dire d'une collectivité qu'elle possède la personnalité juridique? Faut-il reconnaître que la personnalité juridique de toute association dépend, au même titre que celle de toute corporation, exclusivement du bon vouloir de l'État? Puisque ces collectivités réclament précisément l'exercice de certains pouvoirs détenus par le législateur, ce serait assurément une solution dépourvue de sens. Il n'existe que trois possibilités permettant de justifier la constitution unilatérale d'une association: soit en invoquant l'unanimité des volontés individuelles, soit en s'appuyant sur les critères dont l'État se réclame pour asseoir la légitimité de sa propre constitution, soit en identifiant des différences manifestes et suffisantes.

La première figure s'impose dans les philosophies contractualistes. Seule la volonté unanime de s'associer peut justifier l'existence d'une personne morale, et cela vaut pour l'État. Inversement, aucune association ne devrait survivre si elle ne repose pas sur le consentement renouvelé de ses membres. Comme l'écrit admirablement Spooner à propos de l'autorité de l'État, on ne peut déduire du vote des citoyens leur consentement aux lois qui les gouvernent. L'individu constate

«que c'est grâce au vote que d'autres hommes exercent sur lui cette tyrannie. Il voit encore que, si seulement il est disposé à utiliser lui-même le vote, il a une

chance de se délivrer quelque peu de la tyrannie des autres en les soumettant à la sienne propre. Bref, il se trouve, sans l'avoir voulu, dans une situation telle que s'il utilise le vote, il sera peut-être un maître; s'il ne l'utilise pas, il sera nécessairement un esclave.»⁵¹

De la même façon, l'impôt n'étant pas libre, il n'y a pas de consentement manifeste. Le seul moyen de s'assurer du consentement des citoyens aux lois et à la constitution consisterait à proposer un serment d'allégeance que l'on serait libre de refuser (comme c'était notamment le cas dans les communes médiévales). Dans la même tradition s'inscrit la proposition selon laquelle seuls les individus ont des droits, délégués à la communauté⁵². De toute évidence, ce n'est pas une solution à laquelle les États contemporains semblent enclins.

Dans la seconde figure, on admet l'argument selon lequel le vote et/ou l'impôt suffisent à assurer la légitimité de l'État. On doit donc admettre que toute association démocratique ayant un pouvoir de taxation participe de la même légitimité. Par conséquent, même si une municipalité est théoriquement une créature de la législature, elle possède une existence légitime en vertu de la reconnaissance tacite de ses électeurs-contributeurs. Si la législature s'avisait de vouloir abolir une municipalité, il y aurait nécessairement un concours de légitimité dont l'issue dépendrait de la faveur des citoyens (ou de l'usage de la force). La municipalité a donc un droit collectif à l'existence à faire valoir à l'encontre de l'entité supérieure qu'est la législa-

51. Lysander SPOONER, *Outrage à chefs d'État*, Paris, Les Belles Lettres, 1991, p. 40.

52. Douglas SANDERS, «Collective Rights», (1991) 13 *Human Rights Quarterly* 368, 377, citant Thomas S. AXWORTHY et Pierre-Elliot TRUDEAU (dir.), *Towards a Just Society*, Markham: ON, Viking, 1990, p. 364.

ture, mais non pas à l'encontre de ses citoyens. Ce droit collectif découle de la frontière de juridiction entre la législature et la municipalité.

La troisième figure est celle que retiennent la plupart des auteurs. Svensson parle de reconnaître les groupes multidimensionnels, qui ne sont pas voués à une entreprise particulière: «*they have a systemic unity based on interdependence which lends itself to political recognition* ⁵³». McDonald parle de groupes auto-constitués ⁵⁴. Buchanan renonce, quant à lui, à fournir «*a general, principled answer to the problem of legitimate group status* ⁵⁵». Tous ces critères introduisent au moins une condition substantielle en supplément (et parfois indépendamment) au consentement formel unanime. Cette condition substantielle consiste généralement en une différence manifeste qui permette de distinguer les membres d'un groupe des autres citoyens. Comme l'écrit Sarbanes, «*a "collective" theory of representation would view communities as an organic social entity whose real social existence should be recognized by the law* ⁵⁶». Johnston conclut:

«Taken together, the variables of interdependence, recognition, dimensional complexity and obligation provide an intricate framework for determining whether a given group is entitled to recognition as a rights-bearing entity.» ⁵⁷

53. F. SVENSSON, *loc. cit.*, note 27, 435.

54. M. MCDONALD, «Should Communities Have Rights? Reflections on Liberal Individualism», (1991) 4 *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 217.

55. A. BUCHANAN, *op. cit.*, note 12, p. 140.

56. Michael SARBANES et Kathleen SKULLNEY, «Taking Communities Seriously: Should Community Associations Have Standing in Maryland?», (1995) 6 *Maryland Journal of Contemporary Legal Issues* 283, 315.

57. Darlene M. JOHNSTON, «Native Rights and Collective Rights: A Question of Group Self-Preservation», (1989) 2 *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 19, 24.

Malgré la difficulté de réaliser, en pratique, une association volontaire unanime, il semble que l'on cherche à prévenir par là la multiplication des collectivités en présumant que les pires excès pourraient découler de l'absence d'une condition substantielle. Ainsi, McDonald distingue les groupes "auto-constitués" naturels, qui reposent sur la reconnaissance interne d'une caractéristique partagée et significative, des groupes "auto-constitués" artificiels que seraient les associations purement volontaires ⁵⁸.

En droit international, on exige parfois des critères additionnels pour prévenir spécifiquement l'accession à l'autonomie de groupes particuliers. Ainsi, on lira clairement la condamnation de l'apartheid dans le passage suivant:

«Assuming the desirability of "enabling recognized minority groups to maintain their cultural heritage when they desire to do so," it is suggested that to be entitled to recognition a group should (1) be non-dominant, (2) "possess and wish to preserve stable ethnic, religious or linguistic traditions," and (3) "include a number of persons sufficient by themselves to preserve such traditions..."» ⁵⁹

Le problème des critères substantifs, c'est qu'il n'est pas toujours clair que les traditions ethniques, religieuses ou linguistiques possèdent une existence distincte *avant* qu'on entreprenne d'en faire la preuve. Il appert que l'allégeance à un groupe culturel peut être reniée si l'individu juge qu'il est dans son intérêt de le faire. Cette volatilité de l'identité culturelle ne peut

58. M. MCDONALD, «Indian Status: Colonialism or Sexism?», (1986) 9 *Canadian Community L.J.* 23, 37.

59. Vernon VAN DYKE, «Justice as Fairness: For Groups?», (1975) 69 *American Political Science Review* 607, 613, citant la *UN Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities*.

manquer d'attirer les entrepreneurs politiques, qui s'en réclameront pour faciliter l'action collective ⁶⁰. Comme le rapporte Taylor,

«study after study of the “third world” has shown how these identities are malleable, how supposedly “primordial” groups have been *constructed* by political entrepreneurs, and how communal identities have been intentionally politicized and used in the pursuit of advantage, especially of benefits dispensed by governments. There is “overwhelming evidence that tradition is less a constraint on action than a resource for political engineering” [...]» ⁶¹

Cette observation vaut également pour les États-nations. Comme le souligne MacCormick, l'idée de nation est bien antérieure à la formation de l'État moderne ⁶². Le terme “nation” trouve son origine au XII^e siècle (racine “naître”) et renvoie à un ensemble d'êtres humains caractérisés par une communauté d'origine, de langue, de culture, par opposition à *race* et *gent* ⁶³. Bakounin n'était pas dupe de l'artificialité de l'identité entre État et Nation:

«The Slavs must seek their liberation outside of the state, not just in struggle against the German state but in an uprising of all nations against all states [...]» ⁶⁴

60. Michael TAYLOR, «Structure, Culture, and Action in the Explanation of Social Change», dans William James BOOTH, Patrick JAMES et Hudson MEADWELL (dir.), *Politics and Rationality*, Cambridge, Cambridge U.P., 1993, p. 89, à la p. 122.

61. *Id.*, citant David D. LAITIN, *Hegemony and Culture: Politics and Religious Change Among the Yoruba*, Chicago, Chicago U.P., p. 99.

62. Neil MACCORMICK, *Legal Right and Social Democracy*, Oxford, Oxford U.P., 1982, ch. 13, et notamment p. 256: «The distinctiveness of nations was, long before 1789, advanced as a reason why they ought to live under their own kings subject to their own laws; this was advanced as a matter of right, of the right of a people to live under their own laws and customs; and conversely it was represented as injustice if this were not allowed.»

63. Alain REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, tome 2, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1993, p. 1306.

64. Mikhail BAKOUNIN, *Statism and Anarchy*, Cambridge: Cambridge U.P., 1990, p. 45, cité par P. MENTZEL, *loc. cit.*, note 22, 16, note 1.

Près du tiers des États du monde ne contiennent pas même une majorité ethnique ⁶⁵. Aucun État n'est culturellement homogène, pas même le Japon avec sa forte minorité coréenne. Il est manifeste que l'idéologie joue un rôle important dans la création et le maintien des identités nationales. Pourtant, la formation de ces États, si l'on en croit le droit international, a bien dû passer par un moment de reconnaissance mutuelle. Selon Elias, ce moment est clair:

«Only in the course of the two great wars of this century did the populations of the more developed industrial states take on the character of nations in the more modern sense of the word, and their states the character of nation states. Nation states, one might say, are born in wars and for wars.» ⁶⁶

Ceci vaut également pour les fédérations. Il est clair que la nation américaine ne naît qu'avec la guerre civile, et le Canada qu'à l'occasion des deux grandes guerres. Par la suite, l'identité nationale au Canada est devenue un objectif légitime de propagande, avec ses propres budgets et son ministère du patrimoine ⁶⁷.

Si les critères substantifs ne servent que de matériel rhétorique, on se retrouve avec l'option initiale, soit le consentement unanime, et au moins le concours des légitimités. Dans les deux cas, ce sont les critères de nombre et de durée — invoqués notamment au soutien de l'intégrité des frontières

65. Walker CONNOR, «Beyond Reason: The Nature of the Ethnonational Bond», (1993) 16 *Ethnic and Racial Studies* 373, 377.

66. N. ELIAS, *The Society of Individuals*, Oxford, Basil Blackwell, 1991, p. 208.

67. Le Québec semble échapper à cette règle, mais le politologue Daniel Latouche suggérait lors d'une émission télévisée que ce sont les publicitaires francophones qui ont insisté sur l'existence d'une identité québécoise distincte pour justifier le déplacement des budgets de publicité destinée à la province, de Toronto vers Montréal.

territoriales des États — qui prévaudront. On devrait donc reconnaître la personnalité morale à toute association ou communauté dont l'existence découle soit de la volonté unanimement exprimée de ses membres, soit de leur consentement à l'imposition et à l'élection de représentants. Dès lors, l'État n'a pas de prépondérance particulière à faire valoir à l'encontre des communautés ainsi constituées, sauf à invoquer le pouvoir des armes.

Un droit collectif, ce serait donc le pouvoir pour une association de se constituer en personne morale sur la base de la volonté unanime de ses membres, ou pour une association existante de maintenir son existence contre la volonté de l'État, mais soumise à celle de ses membres. Autrement dit, on peut difficilement rendre compte de la naissance d'une personne morale sans recourir à la notion d'un droit collectif. Celui-ci devra déterminer les conditions auxquelles des individus pourront participer à la constitution d'une personne morale ayant des prétentions politiques.

Ce droit collectif n'implique pas nécessairement un droit à l'autodétermination, mais il permet très certainement de s'engager dans un concours de légitimité. Toute association formée par la volonté unanime de ses membres ou dont l'existence est déjà légalement reconnue (sa personnalité morale est établie) peut *prétendre* exercer une autorité politique sur ses membres et ceux-ci sont libres d'accepter ou de refuser cette prétention. Même si ces pouvoirs n'appartiennent déjà plus au domaine du droit

collectif, puisqu'un sujet de droit a été constitué, il reste néanmoins à apprécier l'étendue des pouvoirs qui découlent d'un tel statut.

B. La portée juridictionnelle dans le domaine intérieur

Le problème que nous devons résoudre ici consiste à définir l'étendue des pouvoirs légitimes d'une association sur ses membres dans un contexte où les deux contraintes suivantes existent: d'une part, il n'est possible de dissoudre aucune association établie sans l'accord unanime de ses membres et, d'autre part, on ne peut forcer aucun membre à renoncer à son appartenance à une association plus englobante. La première contrainte rejoint le principe de l'intégrité des frontières internationales, sans présumer aucunement des divisions intérieures. La seconde contrainte participe de l'esprit des droits humains fondamentaux. Voyons celle-ci de plus près.

On présente généralement la controverse sur les droits fondamentaux en opposant les tenants du droit naturel à ceux du droit historique. Les premiers soutiennent que les droits existaient de toute éternité. Les seconds signalent plutôt l'émergence historiquement située des libertés fondamentales, mais cette caractérisation a le malencontreux effet de priver les droits fondamentaux de leur transcendance. Comment réconcilier ces deux positions? Il est clair pour les esprits contemporains que les droits humains

expriment véritablement un horizon de vérité; il est également manifeste que malgré les efforts les plus soutenus, ces droits sont constamment menacés par l'absolutisme des États, à certains endroits plus qu'ailleurs. À mon avis, les positions sont irréconciliables aussi longtemps que l'on confond l'idéal spirituel avec les caractéristiques naturelles ⁶⁸.

Les libertés ne sont pas naturelles dans le sens où elles peuvent être liées à telle ou telle caractéristique humaine, qu'il s'agisse du fait d'avoir quatre membres, d'avoir un sexe ou d'être capable de se reproduire, et même de la parole et de la conscience. C'est d'ailleurs le problème auquel on se heurte chaque fois qu'on tente de protéger les libertés fondamentales d'un fœtus: comment un être qui ne possède aucune caractéristique humaine peut-il avoir des droits? L'erreur qu'on commet, c'est de se tourner vers le passé plutôt que de regarder vers l'avenir. Comme l'avait bien vu Fichte, l'individualité n'émerge que dans l'intersubjectivité ⁶⁹. C'est notre capacité de reconnaître un animal de l'espèce humaine comme membre symbolique de l'humanité qui lui confère des libertés fondamentales. Autrement dit, l'injonction faite aux États modernes de respecter les droits humains vient d'une association en devenir qui leur est supérieure, à savoir l'association des êtres humains ou le regroupement des membres symboliques de l'humanité.

68. Voir le chapitre 1: la démarche est similaire à celle qui distingue la licence et l'autonomie ou une morale de l'interdiction et une morale de l'aspiration.

69. Luc FERRY, *Philosophie politique — Le droit: la nouvelle querelle des Anciens et des Modernes*, tome I, Paris, P.U.F., 1984, pp. 18 et suiv.

Dans cette hiérarchie des associations, la liberté fondamentale pragmatique par excellence, c'est la liberté d'association. La liberté d'association comprend le pouvoir de se joindre et le pouvoir de s'exiler; elle forme le dernier rempart pour mettre en oeuvre les autres libertés que sont les libertés de conscience, de religion et d'expression. D'ailleurs, la volonté des dissidents de l'époque communiste dans les pays de l'Est ou des Chinois d'aujourd'hui de quitter leur pays à défaut de pouvoir s'y faire entendre librement témoigne amplement de cette réalité. Cette liberté se trouve inscrite dans les garanties internationales sur l'accueil des réfugiés politiques.

Il est maintenant possible de répondre à la question soulevée par Donnelly:

«What does respecting the right to self-determination involve? Roughly, it involves respecting all other human rights, and in particular rights to political participation and freedom of speech, press, assembly, and association. If these rights are fully respected, it is difficult to see how the right to self-determination could be denied.»⁷⁰

Le respect des libertés politiques favorise certainement l'exercice du droit à l'auto-détermination, mais on peut néanmoins restreindre sa portée sur la base de la seconde contrainte: nul ne devrait être contraint de quitter une association supérieure (au sens d'englobante) à laquelle il appartient. Le droit à l'auto-détermination ne peut donc impliquer un droit à la sécession qu'à l'unanimité des membres. En pratique, cela impose de considérer des arrangements politiques alternatifs. Pourtant, certains auteurs rejettent

70. J. DONNELLY, *op. cit.*, note 6, p. 148.

d'emblée la possibilité de reconnaître des droits aux communautés qui soient en-deça de la sécession pure et simple:

«we should only favor solutions that turn on respect for individual rights, including the protections afforded members of minority groups under the law of international human rights. Under this view, subnational political groups should not be considered separate political communities within a state under any circumstances short of an accomplished secession. Until that point, the rights of members of such groups should include the individual human rights to political participation and to be free from discrimination, but should not include the collective right to an internationally recognized autonomous political status.»⁷¹

Cette volonté d'éviter les divisions à l'intérieur de la "société" est illusoire: les divisions existent, mais elles ne s'expriment pas toujours en termes juridiques. Ainsi, il n'y pas vraiment de corps politique intermédiaire appelé la Gaspésie, mais les Gaspésiens réclament auprès de Québec (et d'Ottawa) leur juste part des dépenses publiques. Très certainement, la consolidation des recettes fiscales au niveau provincial, en invitant chacun à réclamer son dû, est de nature à exacerber les divisions bien plus que la reconnaissance d'une entité politique. Autrement dit, la reconnaissance de la Gaspésie, par exemple, comme région fiscalement autonome serait moins divisive que le mécanisme de représentation par des députés chargés de récupérer, voire de capter, au profit de leurs électeurs, une partie des impôts versés à l'État.

Par ailleurs, on fait reposer cette légitimité de l'État unitaire — qui rappelle la Révolution française et son abolition des corps intermédiaires — sur la nécessité de consolider l'identité nationale:

71. D. WIPPMAN, *loc. cit.*, note 9, 661-664 (notes omises, nous soulignons).

«From a practical perspective, formal recognition of separate political communities within a state may aggravate the problems such recognition is intended to solve. Conferring countermajoritarian political rights on the Turkish community in Cyprus, for example, is likely to hinder creation of a national identity encompassing both Greek and Turkish Cypriots, which would lessen the friction between the two communities.»⁷²

Ce postulat selon lequel l'identité nationale diminue les frictions n'est pas vérifié dans la pratique. Le pays le plus pacifiste d'Europe, la Suisse, repose sur la reconnaissance constitutionnelle des différences cantonales. Inversement, l'assujettissement à une seule et même unité nationale pour plusieurs décennies voire plusieurs siècles n'a pas permis de faire taire les nationalismes québécois, catalan, écossais, irlandais, corse, entre autres⁷³.

Sur cette base, il est possible de répondre partiellement à la question de Kymlicka: pourquoi devrions-nous préférer la fédération à la sécession? Tout simplement parce que la fédération dégage un espace de liberté pour les individus qui les rapproche de l'idéal d'une association des membres symboliques du genre humain. Par conséquent, la sécession représente une menace sérieuse à la liberté de *tous* les membres de la fédération: elle constitue donc une atteinte aux libertés fondamentales. La sécession ne peut être justifiée qu'en dernier recours, lorsque une partie des membres se réclame le pouvoir d'opprimer l'autre partie et qu'il y a une volonté unanime des membres opprimés d'échapper à la tyrannie.

72. *Id.*

73. Mackaay fait remarquer que ces nationalismes européens se font davantage entendre depuis l'Union européenne, ce qui laisse croire que le pouvoir des États-nations s'est effectivement affaibli à travers l'Union.

Le rôle primordial d'une fédération, c'est d'assurer la défense contre les ennemis extérieurs et de garantir la perméabilité des frontières intérieures. Lorsqu'une fédération s'oppose à la sécession d'un État-membre, c'est pour préserver cette perméabilité des frontières intérieures. Ceci vaut également pour toute entité législative d'un niveau supérieur par rapport aux parties qui la composent. En pratique, il n'est pas étonnant de constater l'échec de la plupart des mouvements sécessionnistes. La sécession d'une partie du territoire d'un État n'est pas attrayante pour les individus, puisqu'elle a peu de chance de faire l'unanimité et que, si elle se réalise dans ces conditions, elle a toutes les chances de reproduire la tyrannie à laquelle elle voulait échapper.

Ainsi, comme nous l'avons souligné à propos de la démocratie représentative majoritaire, on constate que le respect des libertés individuelles n'est pas toujours suffisant pour satisfaire les membres de groupes minoritaires:

«[E]xperience teaches that respect for individual rights often does not satisfy the concerns of subnational political communities that may be regularly, albeit fairly, outvoted. In cases where those concerns are strong enough to provoke large-scale violent conflict, proposals for resolution that do not confer special protection on weaker political communities, protection that extends beyond simple respect for human rights, will not lead to a settlement. The Turkish community on Cyprus, for example, would not even consider, much less accept, a proposal that placed exclusive reliance on individual human rights guarantees rather than on weighted voting schemes giving Turkish Cypriots veto power over important areas of government policy.»⁷⁴

En théorie, il devrait être loisible à un individu de se soustraire à la tyrannie de la majorité lorsque l'unanimité n'est pas respectée. En pratique, on sait

74. D. WIPPMAN, *loc. cit.*, note 9, 661-664.

que vouloir se soustraire à l'impôt, même en renonçant aux avantages procurés par l'État, est une entreprise périlleuse. Sans une Grande Coalition de citoyens qui décident, tous en même temps, de se libérer de la tyrannie de l'État, c'est là une aventure individuelle encore bien plus risquée que de défendre les droits garantis par la Constitution.

La Grande Coalition nécessaire pour renverser un gouvernement tyrannique est infiniment difficile à réaliser dans le contexte de l'État-providence⁷⁵, en raison de la dépendance de chaque citoyen envers les créances (limitées) que lui procurent ses taxes (illimitées). Sans l'assurance que la Grande Coalition se maintiendra, personne ne veut mettre en péril les services assurés par l'État dont chacun bénéficie. Au surplus, la taille même des populations modernes rend la coordination difficile. La question suivante se pose: puisque la sécession n'est pas une solution viable ni légitime dans la grande majorité, comment peut-on échapper à l'avancée inexorable de l'État vers l'absolutisme?

Historiquement, on constate que l'échappée s'est réalisée par de grandes révolutions. Celles-ci réussirent à rassembler et à maintenir une Grande Coalition⁷⁶. Cette réalisation est tout à fait surprenante à la lumière de la logique de l'action collective: normalement, on devrait s'attendre à ce que plus un groupe s'agrandit, plus il soit difficile de prévenir les défections⁷⁷.

75. Ejan MACKAAY, «Le droit saisi par le jeu», (1991) 17–18 *Droit et Société* 57.

76. *Id.*

77. M. OLSON, *The Logic of Collective Action—Public Goods and the Theory of Groups*, Cambridge: MA, Harvard U.P., 1965, p. 44.

Or, Taylor rapporte comment la Révolution française fut notamment tributaire des insuccès préalables de la monarchie à éradiquer, au profit des paysans-entrepreneurs, le pouvoir des communes qu'elle avait pourtant largement contribué à établir dans ses efforts pour miner l'influence des seigneurs ⁷⁸.

«[T]he royal edicts that legislated this agrarian reform were to have little effect. This was above all because most of the intendants in the villages, believing that the changes would make it impossible for them to collect the taxes and difficult for the peasants to pay them, obstructed the implementation of the legislation. They continued to hold communities collectively responsible for taxes, they declined to initiate partitions and enclosures, and in general they allowed the peasants to continue in their old collective ways.

The upshot was that on the eve of the Revolution the peasant community was scarcely diminished in its vigor and in its capacity for collective action.» ⁷⁹

Ce phénomène n'est pas propre à la France. À l'aube de la Révolution russe, les communes paysannes étaient toujours une institution florissante, que les réformes agraires du début du siècle n'avaient pas réussi à entamer ⁸⁰. Ainsi, l'existence des communautés paysannes joua un rôle déterminant et fut «*a precondition of social revolution in France and Russia because it provided the social basis for sustained, rational, revolutionary collective action* ⁸¹». Il est probable que le succès de la Révolution américaine puisse s'expliquer en partie par la cohésion des communautés protestantes qui s'étaient établies en sol américain. En fait, l'existence de sous-collectivités organisées comme condition de succès dans la résistance à la tyrannie

78. M. TAYLOR, *loc. cit.*, note 60, pp. 100-101.

79. *Id.*, p. 101.

80. *Id.*, p. 106.

81. *Id.*

semble être une condition théorique. Petersen démontre que les Grandes Coalitions sont plus faciles à maintenir en raison de l'existence de sous-groupes organisés et distribués selon une configuration particulière ⁸².

Les libertés fondamentales inscrites dans les documents constitutionnels furent donc obtenues non seulement par l'action collective d'un grand groupe, mais par la collusion de multiples communautés. Par conséquent, s'il n'est pas souhaitable de reconnaître un droit de sécession aux collectivités, il semble impératif que leur existence politique soit juridiquement consacrée pour permettre l'organisation éventuelle de la résistance. Les regroupements intérieurs n'apparaissent donc pas comme une source d'instabilité, mais comme un aspect essentiel permettant de garantir les libertés fondamentales.

Évidemment, il en va de la consécration formelle des communautés comme de celle des libertés individuelles. Leur inscription ne vaut rien si leur mise en oeuvre repose sur la discrétion du niveau de gouvernement le plus élevé. On retrouve la figure dessinée par de Jasay: hors de l'unanimité, point de salut. Si on examine la Constitution canadienne, on constate que les frontières provinciales ne peuvent être modifiées que du consentement des provinces concernées et de l'État fédéral. Toutefois, les frontières municipales ou régionales sont soumises aux aléas de la politique provinciale.

82. Roger PETERSEN, «A Community-Based Theory of Rebellion», (1993) 34 *Archives européennes de sociologie* 41.

À mesure que la population croît, les citoyens de chaque province se retrouvent donc dans la situation peu enviable de devoir rendre des comptes à deux États contre l'absolutisme desquels il est extrêmement difficile de se liguer. Les garanties formelles de la Charte forme l'unique rempart⁸³. Là encore, l'État dispose de deux mécanismes disculpatoires — l'article premier et la clause nonobstant — en plus du contrôle de la nomination des juges pour se soustraire aux conséquences de ses violations. À moyen terme, il est difficile de voir comment les libertés fondamentales pourront ne pas se rétrécir.

Nous avons affirmé au début de cette section le droit pour une collectivité de maintenir ses frontières, c'est-à-dire son existence en tant que collectivité organisée. Dans un tel cas, le nombre de ses membres et l'ancienneté de son statut contribueront à asseoir sa prétention. L'expression de la volonté des membres constituent de toute évidence le critère ultime.

Mais ces conditions sont insuffisantes pour éviter que les collectivités soient réduites au rôle d'exécutants des décisions du pouvoir central. On peut fort bien garantir l'existence des collectivités dont la formation nouvelle est unanime ou dont la continuité n'est jamais remise en question et néanmoins mettre en péril les pratiques qui font leur spécificité. Il faut donc que le droit collectif au maintien du statut de personne morale entraîne de façon nécessaire quelque autonomie (au sens de liberté d'action conjuguée

83. Dont le droit de propriété ne fait pas partie, mais qui consacre par ailleurs des droits sociaux.

à responsabilité) de la personne morale. Cette implication nécessaire doit se traduire par la mise en oeuvre à tous les niveaux de l'État de la règle suivante: la prépondérance de la juridiction locale sur les matières locales, "*home rule breaks state rule*".

Ce principe fondamental se retrouve inscrit de façon principielle dans diverses formules juridiques. C'est le principe qui gouverne le droit de non-ingérence dans les affaires internationales. En droit canadien, c'est le principe qui a inspiré les attributions de compétence provinciale sur les affaires locales et sur la propriété et les droits civils⁸⁴. Le droit de propriété lui-même est une attribution de contrôle prépondérant du propriétaire sur le domaine délimité par le droit. On peut même concevoir qu'il s'agisse du principe qui gouverne la liberté de conscience: nul ne peut imposer à autrui d'agir contre sa conscience. Il y a donc une universalité du principe de contrôle des affaires internes qui traverse tout le droit: c'est vrai au niveau individuel, c'est vrai au niveau provincial, et c'est vrai pour le droit international. Ce devrait être vrai pour tous les corps politiques intermédiaires (municipalités, comtés, cantons, régions, etc.).

Dans cette perspective, il n'y a rien qui justifie l'attribution de principe de compétences exclusives à l'un quelconque des niveaux de gouvernement. Prenons l'exemple de la défense. On pourrait penser qu'il s'agit là d'une compétence exclusivement fédérale (ou nationale). Or, la Constitution

84. Respectivement 92.10 et 92.13 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3.

américaine garantit par le 2^e Amendement le droit des États de maintenir une milice, présumément dans le but de les soustraire à la tyrannie possible du gouvernement fédéral. Au niveau individuel, il est certain que le droit de posséder des armes *chez soi* est *a priori* plus facile à justifier que le port d'une arme dans le domaine public, lequel demeure régi par le titulaire du contrôle sur ce domaine.

Une association possède le pouvoir prépondérant de légiférer *sur le domaine public*. Lorsqu'elle légifère sur les domaines privés, nous croyons qu'elle ne peut le faire qu'à titre éducatif et non impératif. Ce pouvoir de légiférer n'est pas un droit collectif. C'est un pouvoir individuel de la communauté en tant que personne morale.

Évidemment, la question de l'éducation et de la morale fait rapidement surface dans une telle perspective. Simpson, prenant acte des différences apparemment irréconciliables entre libéraux et communautariens propose que les communautés qui composent un État

«must therefore be illiberal and intrusive, and only the state, or the alliance, must be liberal and minimal. For the alliance only exists and is only created to preserve the communities. It does not exist to govern or rule them. They do that themselves. The state only has the duty to interfere to the extent required by the preservation of the alliance and of its constituent communities.»⁸⁵

Son argument repose sur la prémisse que la famille est la condition naturelle de l'être humain et que le fonctionnement de la famille est «*illiberal in*

85. Peter SIMPSON, «Liberalism, State, and Community», (1994) 8 *Critical Review* 2: 159, 168.

*spirit and execution*⁸⁶». La nécessité d'une éducation morale, écrit-il, ne peut se réaliser que dans une communauté restreinte où la discipline et le contrôle des mineurs est possible. Cet impératif éthique des communautés n'affecte pas la collaboration économique, et ce d'autant que la coopération militaire est déjà assurée dans l'État.

Cette position se rapproche par certains aspects de notre position, mais elle offre une vision plus limitée du champ des possibles. D'une part, il semble que l'argument restreint indûment le genre d'associations qui peut surgir à tout niveau. Il n'est pas certain que les individus veuillent vivre ou appartenir à des communautés non libérales. La conjonction d'un droit collectif d'être reconnu comme personne morale et de la prépondérance des lois de l'association dans les matières qui la concernent ne préjuge aucunement des associations qui se prévaudront d'un tel droit collectif ni du contenu des règles qu'elles pourraient adopter.

D'autre part, s'il est possible que des communautés plus autoritaires surgissent en raison de la mise en oeuvre de tels principes, il m'apparaît essentiel que la reconnaissance d'un groupe à titre de titulaire de libertés collectives doive reposer sur les critères identifiant les formes positives d'autorité: celle-ci ne doit pas reposer sur une forme charismatique d'autorité et doit permettre l'expression des volontés des membres, elle doit favoriser le

86. *Id.*, 167.

développement de ceux-ci et leur permettre de s'exiler. Le respect des droits humains fondamentaux s'impose sans aucun doute.

Certains opposeront que, si on autorise le recours aux droits fondamentaux, cela risque de compromettre irrémédiablement l'existence de la communauté en la dépouillant de ses membres. À cela il faut répondre, avec Tomasi, que les droits fondamentaux ne s'exercent pas seulement de façon positive (en réclamant leur mise en oeuvre), mais aussi négativement (en réservant leur exercice)⁸⁷. Une communauté auto-constituée qui veut faire la preuve de l'adhésion continue de ses membres ne peut le faire qu'en garantissant les dites libertés, dont l'exercice réservé témoigne de leur volonté d'appartenance. Plus la communauté est petite et plus les alternatives sont nombreuses, et plus on peut être confiant que les membres acceptent les règles de la communauté.

Cet argument recoupe les positions avancées contre l'absolutisme: lorsque l'unanimité est le fondement des associations politiques, cela équivaut à donner à chacun un droit individuel d'exprimer son désaccord en refusant l'adoption de la règle. La communauté doit choisir entre l'acceptation de la dissidence ou l'abolition de la règle. S'il y a une volonté unanime d'expulser le membre récalcitrant, toutes les compensations qui s'imposent devront être versées par la communauté.

87. John TOMASI, «Individual Rights and Community Virtues», (1991) 101 *Ethics* 3: 521, 527.

Même dans le système parlementaire et constitutionnel canadien, si une règle communautaire plus contraignante se substituait à une règle d'État, il demeurerait possible aux individus d'invoquer la règle moins contraignante si la règle d'État constitue déjà une violation des droits et libertés. En effet, dans le contexte même de l'article premier de la Charte canadienne, les limites raisonnables aux libertés n'effacent pas la violation préalable. En vertu du test de l'arrêt *Oakes*⁸⁸, seule une atteinte minimale aux droits et libertés est raisonnable. Donc, une atteinte supérieure à une atteinte déjà existante ne peut pas être une atteinte minimale. La règle d'État doit prévaloir.

Cet argument permet également d'appuyer le principe de la prépondérance des règles locales. En effet, si une règle communautaire est moins contraignante que la règle d'État à laquelle elle se substitue, elle constitue donc la démonstration que l'atteinte aux libertés par la règle d'État n'est pas minimale; celle-ci est donc déraisonnable et invalide.

Le tandem droit collectif/prépondérance n'a pas pour but de multiplier les entités politiques. Il faut le concevoir d'abord comme un principe qui permet de se rapprocher de l'unanimité dans les décisions politiques et donc de s'éloigner de la tyrannie de la majorité. Dans la mesure où la population d'un État croît sans cesse, alors que l'appréciation du bien-être demeure indissolublement attachée à l'individu, il doit être possible de redéfinir la

88. *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

taille des communautés. Autrement, le nombre de gens frappés par des mesures qu'ils n'approuvent pas risque de s'accroître en même temps que la difficulté à saisir les raisons apportées au soutien de ces mesures.

Ce tandem se présente donc également comme un outil heuristique à deux branches. D'une part, si vraiment, comme le prétendent les communautariens, l'appartenance à la communauté est un bien essentiel que nie la société libérale⁸⁹, il sera possible aux individus d'en faire la preuve en s'associant pour se donner les règles de leurs choix. D'autre part, la seule possibilité qu'une règle puisse être répudiée localement est une contrainte sérieuse sur l'action législative de toute entité politique. L'exercice des droits collectifs, comme l'exercice des droits individuels, représente une position de repli lorsque le dialogue argumentatif se rompt. Quant à la prépondérance locale, elle crée un marché législatif plus concurrentiel où les actions des citoyens et leurs déplacements sont révélateurs de leurs préférences⁹⁰.

III. La viabilité d'un régime fondé sur la reconnaissance de droits collectifs

Exposent brièvement les motifs qui permettent de croire que le modèle élaboré plus haut est viable comme fondement d'un régime politique national

89. Voir notamment M. MCDONALD, *loc. cit.*, note 49, p. 122.

90. Pour une démonstration du mécanisme de révélation des préférences dans un tel contexte, voir Charles M. TIEBOUT, «A Pure Theory of Local Government Expenditures», (1956) 64 *Journal of Political Economy* 416-424.

ou fédéral. Ces motifs s'articulent autour de quatre pôles: l'histoire, l'économie, l'épistémologie et la structure du développement humain.

Les juridictions locales furent historiquement viables. Le système du millet a constitué l'un des systèmes de juridictions multiples dont la longévité a témoigné de sa capacité à accommoder des populations d'origines, de cultures et de religions diverses au sein de l'Empire turc⁹¹. S'inspirant du système romain de personnalité des lois, le millet octroyait aux établissements religieux de tous les groupes minoritaires non musulmans une autonomie complète en matière de charité publique, de religion, de droit familial et d'éducation, y compris un pouvoir de taxation, de législation et d'adjudication des litiges internes. Le système a disparu avec la montée du nationalisme⁹².

L'Europe médiévale a bien sûr connu les guildes et les communes⁹³, auxquelles nous avons déjà fait allusion. Celles-ci se constituaient sur la base d'un serment, renouvelé périodiquement, en vue de procurer des avantages à ses membres. Faire partie d'une guilde signifiait que l'on avait atteint la maîtrise de son art, mais aussi que l'on pouvait participer aux entreprises confiées à la guilde et à leurs bénéficiaires. Quant aux communes, elles permettaient de tenir marché à l'abri des bandits et avec l'assurance d'une justice

91. Le système du millet s'étendit du XVe au début du XXe siècle: J.A. SIGLER, *op. cit.*, note 10, p. 70

92. Khayyam Zev PALTIEL, «Group Rights in the Canadian Constitution and Aboriginal Claims to Self-determination», dans Robert J. JACKSON, Doreen JACKSON et Nicolas BAXTER-MOORE (dir.), *Contemporary Canadian Politics: Readings and Notes*, Scarborough, Prentice-Hall, 1987, p. 26, à la p. 29.

93. Sur ces deux institutions médiévales, voir P. MICHAUD-QUANTIN, *op. cit.*, note 16 et les ouvrages cités *supra*, note 15.

rapide et équitable en cas de litige. Les impôts dus au seigneur étaient souvent exigé de la commune sous la forme d'un paiement forfaitaire, ce qui laissait à ses membres toute latitude pour décider de la contribution de chacun. Le système des guildes et des communes a inspiré plus que tout autre le slogan "Liberté, Égalité, Fraternité". Muldoon souligne qu'au Moyen-Âge, «*the term "outlaw" literally meant the person who was outside the protection provided by a group and its law*⁹⁴».

Enfin, les fédérations suisse et allemande constituent des exemples contemporains où les juridictions locales continuent de prévaloir jusqu'à un certain point. La première, un pays de moins de sept millions d'habitants, se divise en 26 cantons dont le plus important, Zurich, compte un peu plus d'un million d'âmes; le demi-canton d'Appenzel n'en compte que 13 000⁹⁵. La Suisse accommode protestants et catholiques sous quatre langues officielles. La citoyenneté suisse s'acquiert du canton⁹⁶, celui-ci est souverain dans la mesure de la Constitution et possède une compétence exclusive sur la langue, la culture, la religion et l'assurance sociale⁹⁷.

En Allemagne, la constitution est limpide sur la dévolution des pouvoirs d'État:

94. James B. MULDOON, «The Development of Group Rights», dans J.A. SIGLER (dir.), *op. cit.*, note 10, p. 31, à la p. 38.

95. V. BOGDANOR, *loc. cit.*, note 25, 70.

96. Ghita IONESCU, «The Relevance of Switzerland for Modern Politics», (1988) 23 *Government and Opposition* 3, 9.

97. V. BOGDANOR, *loc. cit.*, note 25, 77-78.

«Article 30. L'exercice des pouvoirs publics et l'accomplissement des tâches incombant à l'État appartiennent aux Länder, sauf disposition ou autorisation contraire de la présente Loi fondamentale.»⁹⁸

Une institution particulière attire par ailleurs notre attention dans le financement des Églises. Il existe une taxe religieuse, à laquelle on peut se soustraire volontairement, dont la redistribution se fait selon la dénomination religieuse désignée par le citoyen⁹⁹.

Tous ces exemples illustrent combien la centralisation n'est ni nécessaire, ni souhaitable, même si elle semble inévitable. Notre conception des droits collectifs constitue en partie une tentative de réactivation d'institutions qui font partie du patrimoine occidental et qui ont grandement influencé son développement. Il faut en quelque sorte redécouvrir les cartes de notre tradition, quitte à les valider et à les mettre à jour.

Le polycentrisme juridique favorise la croissance économique. Le polycentrisme juridique regroupe trois phénomènes: la multiplicité potentielle ou réelle des juridictions sur un même territoire, la dénationalisation des espaces publics et l'absence de groupes d'intérêts. Le premier anticipe les deux autres: la concurrence des compétences rend l'action des groupes d'intérêts plus ardue, et la propriété locale des espaces publics marque un progrès vers la propriété privée des ressources. Les compétences concurrentes empêchent un niveau de gouvernement de stigmatiser l'initiative et

98. *Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne*, (promulguée le 23 mai 1949), Bonn, Office de presse et d'information du gouvernement de la République fédérale d'Allemagne, 1986, p. 19.

99. Robert SUGDEN, «Rules for Choosing Among Public Goods — A Contractarian Approach», (1990) 1 *Constitutional Political Economy* 63, 76–77.

l'entrepreneurship sous peine de voir ses lois nullifiées par un niveau inférieur. Lorsque la concurrence s'installe au sein même du monopole d'État, il devient beaucoup moins prometteur d'y entreprendre du "lobbying" alors que la solution recherchée peut être difficilement appliquée. Les groupes d'intérêts qui cherchent des rentes aux dépens de l'ensemble de la population en échange de l'appui électoral de leurs membres feront face à des politiciens incapables de livrer la marchandise. De plus, comme le souligne Olson, l'introduction de la concurrence entre les juridictions suite à des intégrations économiques a toujours provoqué une croissance économique rapide ¹⁰⁰.

Un marché des institutions politiques permet l'expression des préférences individuelles. On peut parler d'un marché des institutions politiques dans la mesure où, bien qu'il ne s'agisse pas de transactions financières, les juridictions acquièrent deux caractéristiques essentielles d'un droit de propriété: elles sont divisibles et transférables. Comme pour le droit de propriété, une frontière imperméable est aussi inutile du point de vue de la connaissance qu'une absence de frontière. Le droit collectif de se constituer en association politique peut mener à l'érection d'une frontière législative perméable. Cette perméabilité est essentielle, parce que c'est grâce à elle que les préférences individuelles sont *révélées*.

100. M. OLSON, «Economic Nationalism and Economic Progress», dans W.J. BOOTH et al. (dir.), *op. cit.*, note 60, p. 217, aux pp. 225-227.

L'importance de la révélation des préférences ne tient pas au fait que les droits collectifs protègent des intérêts collectifs, qui seraient par là connus.

Comme Hardin le souligne

«typical actions in voluntaristic, large-number contexts without voting do not generally reveal actual preferences in full because no individual ever has a choice between all-cooperate and all-defect in such contexts.»¹⁰¹

Or, ce que les droits collectifs permettent, conjugués à la prépondérance des règles locales, c'est soit l'émergence de situations où tous coopèrent à la constitution d'une association (unanimité), soit le déplacement volontaire des personnes sur la base de la concurrence horizontale entre les associations locales. La concurrence verticale des juridictions permet quant à elle aux citoyens de comparer deux ou plusieurs propositions législatives spécifiques plutôt que de devoir choisir, comme c'est le cas actuellement, entre deux partis politiques aux orientations incertaines.

Le fédéralisme décentralisé sur cette base apparaît donc comme un régime politique supérieur en raison de sa flexibilité, qui permet de faire apparaître et de répondre aux préférences des citoyens¹⁰². Il permet de s'attaquer au besoin à la nationalisation de l'espace public et à ses empiètements sur le domaine privé et de faire revivre le principe selon lequel "les bonnes clôtures font les bons voisins". De nos jours, les clôtures s'amincissent tant et

101. Russell HARDIN, *Morality Within the Limits of Reason*, Chicago, University of Chicago Press, 1988, p. 98.

102. J. WISEMAN, *loc. cit.*, note 41, 110-111: «Efficiency concerns the responsiveness of the system of social arrangements to individual values (and, over time, its responsiveness also to changes in these values).»

si bien que chacun en est réduit à quémander auprès de l'État monopoliste sa part du butin. Le fédéralisme décentralisé sur une base volontaire permet de recréer un environnement où les corps intermédiaires doivent se faire concurrence pour attirer chez elles des citoyens qui voudront bien se soumettre à leur régime de taxation et de biens publics.

Déjà, on observe ce phénomène entre les unités régionales de l'accord de libre-échange européen nord-américain, mais le recrutement se limite en général aux citoyens corporatifs puisque, d'une part, eux seuls possèdent la liberté d'établissement et que, d'autre part, leurs revenus élevés signifient que les différences de taxation se traduisent par des économies significatives sans qu'il soit nécessaire de rien sacrifier. Pour un individu, il est difficile de s'établir et même s'il y parvient, la différence de taxation impose des sacrifices considérables en terme d'éloignement de sa famille étendue et de choix de la langue d'enseignement et de travail. La taille des entités législatives a donc une importance énorme pour les individus qui s'impose de façon moins nécessaire aux corporations.

Dans un modèle alternatif, Kukathas suggère que la liberté réelle la plus étendue exige qu'il soit possible de quitter la communauté pour une grande société ouverte aux exilés. Pour cela, écrit-il, «*it may be necessary that the wider society itself be one that could be described as embodying a liberal political culture*¹⁰³».

103. Chandran KUKATHAS, «Are There Any Cultural Rights?», (1992) 20 *Political Theory* 105, 134.

Cette exigence échoue sur le même écueil que la proposition de Simpson: elle postule un contenu *a priori* pour les lois de la Grande Société. Notre modèle ne présuppose pas du contenu des lois parce qu'il cherche précisément à définir les conditions qui permettraient aux citoyens de se donner des lois auxquelles ils sont prêts à se plier. Si, malgré la possibilité réelle de se constituer en association dont les lois prévaudront sur celles de la Grande Société, rien de tel ne se produit, il faudra présumer, faute d'indication à l'effet contraire, que le régime politique actuel convient à ses citoyens. Bien que Kukathas écrive dans un contexte l'opposant au libéralisme moderne, il s'en approche singulièrement:

«[F]or the classical liberals, progress is, so to speak, an emergent property of free exchanges among men, for the modern liberals progress becomes the realization in the world of a specific conception of the rational society. [...] We are better employed in devising a framework in which we may make our own trials and errors than in attempting to force on all a preferred path to improvement.»¹⁰⁴

De plus, la société actuelle étant elle-même conçue sur le modèle d'une communauté élargie, il faudrait conclure que notre liberté réelle en tant que citoyen est à toutes fins utiles inexistante. C'est pourquoi les droits collectifs conçus comme le droit de constituer une communauté dotée de pouvoirs législatifs m'apparaissent être une tentative légitime de rétablir cette liberté perdue. Elle permet également de répondre à la critique de

104. J. GRAY, *op. cit.*, note 4, p. 92.

Kymlicka selon laquelle l'individualisme excessif du libéralisme ignorerait les associations et les communautés qui sont la source de notre identité ¹⁰⁵.

Toutefois, la solution à cet enracinement ne réside pas dans l'obtention d'un résultat particulier, mais consiste à faire apparaître un cadre, une structure qui permette aux individus d'exprimer leurs préférences, et notamment leur préférence à l'égard de certaines communautés. La concurrence et la mobilité possible des individus s'inscrit dans un processus général de découverte.

La hiérarchisation et la spécialisation du politique s'inscrit dans la structure du développement humain. Dans la tradition positiviste qui va de Hobbes à Kelsen, l'État représente une étape souhaitable, "a higher phase" dans l'évolution des sociétés ¹⁰⁶. S'il est certain que l'intégration économique a eu des bénéfices énormes sur le sort matériel de l'humanité, il en va tout autrement de son sort existentiel ou spirituel. La grande erreur d'une philosophie positiviste-nationaliste, c'est de croire que toutes les fonctions assumées par des communautés restreintes peuvent être transférées à un niveau supérieur de gouvernement. Dans une telle perspective, les promoteurs d'un gouvernement mondial nous proposent une recette pour la tyrannie la plus complète que le genre humain ait jamais connue.

105. W. KYMLICKA, «Liberalism and the Politicization of Ethnicity», (1991) 4 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 2: 239, 245: «[L]iberalism ignore the political significance of cultural membership and ethnic identity because their individualism ignores its significance entirely.»

106. B. BOUCKAERT, *loc. cit.*, note 15, p. 21.

En fait, les bénéfices de l'intégration économique ne découlent pas de l'intégration politique, mais de la *spécialisation* du politique. À mesure que les tâches de survie (défense, production de biens matériels) sont assurées par de grands ensembles, cela libère des énergies parmi les plus petits ensembles, y compris les individus. Ces énergies peuvent être consacrées à d'autres tâches plus symboliques.

Ainsi, l'État n'est pas une entité de substitution par rapport aux communautés antérieures, mais une entité d'intégration qui permet à celles-ci d'entrer plus facilement dans des rapports de coordination/compétition sur une base symbolique plutôt que matérielle. À partir d'un certain point, ces communautés seront appelées à répondre non pas aux besoins matériels ou même aux besoins d'assurance de leurs membres — lesquels seront comblés par des mécanismes se situant au niveau du plus grand ensemble — mais à des besoins existentiels ou motivationnels en apportant des pistes à suivre pour répondre à des questions comme 'pourquoi suis-je sur cette Terre?' 'que puis-je apporter?' L'apparition de structures politiques plus vastes répond donc à l'intégration des besoins primaires (production des ressources nécessaires à la survie) et à la différenciation des unités de production des biens que les individus recherchent. Les structures demeurent, mais leur apport fonctionnel respectif se transforme substantiellement.

On avance parfois que l'intégration économique au niveau international tend à imposer une uniformité qui s'opposerait aux forces de différen-

tion culturelles dont témoignent les revendications autonomistes minoritaires. L'observation de ces tendances contraires remonte au moins au début du siècle:

«The tendency to great agglomerations and larger political unities has in our day been very evident. [...] On the other hand, there has been in many forms a marked tendency to accentuate distinct national and local types.»¹⁰⁷

Il y aurait donc un conflit irréconciliable entre la logique économique et celle de la diversité culturelle. Ce conflit surgirait de la difficulté de réaliser simultanément les libertés positives que procurent, d'une part, l'accroissement de la richesse née de la division internationale du travail et, d'autre part, l'appartenance à une communauté de moeurs.

On peut toutefois interpréter ce mouvement d'intégration économique doublé d'une désintégration nationale non comme une contradiction, mais comme une évolution vers l'efficacité d'échelle. L'unification nationale ne mène pas nécessairement à l'uniformité, pas plus que le libre-échange, en raison notamment de la spécialisation économique et de la persistance des différences réelles qui n'obéissent pas aux découpages juridiques. Mieux encore, on peut penser que la spécialisation économique tendant à s'agglomérer sur certains territoires, il n'est pas douteux que les moeurs et les occupations des membres de certaines communautés tendent à l'émergence d'une culture distincte. Même dans le contexte d'États-nations souverains, on identifie facilement *Silicon Valley* à l'industrie informatique,

107. William Edward Hartpole LECKY, *Democracy and Liberty*, vol. I, Indianapolis, LibertyClassics, 1981 [1896], p. 422.

Milan au design industriel, Bordeaux au vin, et ainsi de suite. Ces communautés ne sont pas seulement des regroupements aléatoires de gens partageant des préoccupations industrielles, mais de véritables communautés ayant leur propre éthique.

Cette évolution est analogue à celle que nous vivons au niveau individuel. La spécialisation du travail et l'expertise de chacun est source de grand pouvoir, mais elle nous impose un coût de dépendance à l'égard d'autrui sans que plus aucune réalisation n'est possible. Plus nous nous distinguons d'autrui et plus notre dépendance s'accroît. Et alors que le travail humain se déplace de plus en plus vers la manipulation de symboles plutôt que vers celle des objets, l'économie de l'information (dont l'Internet n'est qu'un aperçu) devient une économie de points de vue. Les gens en viennent à rechercher, pour des raisons économiques, une information organisée selon certains modèles et non pas un amas hétéroclite de données. Pour cela, il est impératif que les individus qui offrent ces points de vue aient la possibilité de grandir dans des environnements où leurs expériences personnelles ne seront pas contraintes, mais délibérées.

Il y a deux manières de concevoir l'évolution politique des sociétés. La première, c'est la logique du "*bigger is better*", où le niveau supérieur de gouvernement exerce une souveraineté absolue, laquelle lui permet de déléguer des pouvoirs et de former des juridictions aux fins qu'il juge nécessaire. C'est la Chine contemporaine, mais c'est aussi une logique

inscrite au coeur du principe de la prépondérance des lois fédérales. Cette logique est aveugle aux phénomènes symboliques: l'individu peut être influencé, les traditions abandonnées, les communautés assimilées. Le négatif de cette logique, c'est celle du "*small is beautiful*", où la souveraineté est rattachée soit à l'individu, soit aux communautés. On veut revenir à un passé mythique et s'y fixer. Dans les deux cas, on nie la capacité d'intégration des structures humaines, à la faveur d'une fixation sur le pouvoir absolu.

Or, il est possible de concevoir l'État comme un outil pour soutenir les traditions et les libertés, la société ouverte et les communautés. Pour cela, il faut reconnaître le pouvoir libérateur de la concurrence des lois. Les droits collectifs, comme les libertés fondamentales, peuvent permettre de ralentir la course vers la centralisation. Mais leur reconnaissance ne peut survenir que d'un effort délibéré. Comme pour les droits fondamentaux, il n'y a pas de dynamique naturelle qui mène à leur enchâssement. Ces droits, comme toute liberté, devront être conquis de haute lutte.

Conclusion

Historiquement, on constate que l'État a repris à son compte certaines institutions médiévales pour les mettre au service de l'idéal national. Le monopole des armes, la centralisation du pouvoir et la taille même de l'État

moderne ont toutefois mené à la corruption de l'esprit de fraternité et de solidarité qui inspira jadis les guildes et les communes. De volontaire, la soumission à l'autorité commune est devenue impérative.

Les droits collectifs apparaissent comme une tentative de parer certaines communautés de la légitimité nécessaire pour entrer en concurrence avec l'État. Puisque cette concurrence s'inscrit nécessairement dans un espace juridique, tout groupement qui entend agir doit d'abord obtenir la personnalité juridique. Un droit collectif, c'est le droit pour un regroupement d'individus de se constituer en personne morale à des fins législatives. Celles-ci ne visent pas autrui, mais se limitent aux affaires internes de l'association ou de la communauté. De façon analogue à la liberté de conscience et au droit de non-ingérence, les droits collectifs marquent le premier pas vers le contrôle des matières locales par les individus regroupés volontairement sous la bannière de leur choix. Les droits collectifs ont donc vocation à s'opposer à la centralisation et au monopole législatif de l'État.

Bien que la multiplication de communautés réduites, aux frontières poreuses et qui ne légifèrent que sur la base idéale de l'unanimité ouvre des perspectives saisissantes pour l'avenir, la réalisation des droits collectifs ne s'inscrit pas dans une dynamique naturelle du pouvoir. Comme les droits fondamentaux, ils devront faire l'objet de marchandage lorsque l'État n'aura plus les moyens de satisfaire ses ambitions. Les droits collectifs bien pesés apparaissent donc comme l'avenir incertain des libertés fondamentales.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Le ballon des droits collectifs est maintenant dégonflé. Rassemblés dans le panier d'une énorme montgolfière, les voilà ramenés sur le plancher des vaches. Cela n'en fait pas des droits sans importance, bien au contraire. Dans l'ordre politique, la possibilité pour une association de se constituer en personne morale et d'agir en tant que représentant légitime de ses membres demeure d'une importance capitale. La ferveur des premiers mouvements syndicaux, les luttes pour la décolonisation, les grandes révolutions témoignent tous à leur manière d'un élan très vif vers la liberté, recherchée à travers le groupe. Dans tous ces cas, la liberté s'entend d'abord comme le pouvoir de contrôle sur ses propres affaires et la capacité d'assumer la responsabilité de cette gestion.

Les droits collectifs se limitent donc, pour les communautés et associations qui entendent s'en prévaloir, au pouvoir de réclamer pour elles-mêmes la personnalité juridique. Dès lors, il devient possible pour cette personne morale de prétendre exercer une autorité législative sur ses membres. Le pouvoir législatif et la responsabilité gouvernementale demeurent des attributs *individuels*, puisqu'ils sont du ressort d'une *personne* morale. Mais l'attribution de ces pouvoirs requiert nécessairement le passage préalable par le droit collectif des individus regroupés en association de désigner celle-ci en tant que personne morale chargée de représenter leurs intérêts et, le cas échéant, de légiférer sur les matières locales.

Cette conception des droits collectifs requiert deux aménagements préalables. L'un a trait à la notion de communauté et l'autre renvoie à la théorie des droits. La plupart des auteurs s'accordent pour dire que la communauté est à la fois antérieure aux individus qui la composent et nécessaire à l'épanouissement individuel. Si on peut admettre cette dernière implication, la première ne va pas de soi. Les phénomènes d'imitation permettent d'expliquer l'émergence de la communauté comme un épiphénomène du comportement rationnellement imitateur des individus. Ceux-ci, face à l'incertitude qui découle de la complexité des interactions humaines, peuvent choisir en toute rationalité d'imiter autrui plutôt que de tenter de calculer un comportement "optimal".

La communauté, dans cette perspective, est l'aboutissement d'une dynamique de rétroaction positive qui aboutit au renforcement des moeurs locales. Cette conception de la communauté permet de tempérer la difficulté présumée pour une association de maintenir sa cohésion, tout en signalant que l'attachement communautaire n'a rien d'inéluctable, mais qu'il est bel et bien volontaire.

Dans cette communauté fondée sur les rapports réciproques et fréquents de ses membres, le rôle de l'imitation n'est pas sans ambivalence. Quant à ses aspects positifs, l'imitation procure d'abord des possibilités plus grandes de réunir des individus dans une même communauté, guidée par un être autonome (peut-être malgré lui). Elle garantit ensuite l'unité des moeurs au sein de la communauté. Mais, dans un même élan, elle asseoit cette unité sur des bases fragiles en autorisant une dissolution aussi rapide. L'imitation n'est pas non plus sans danger, puisqu'elle peut glorifier un leader autoritaire qui aura tôt fait de s'en remettre à la contrainte pour assurer son autorité. De là vient également qu'on puisse confondre si facilement une morale de l'habitude avec une morale du commandement. Si l'être autonome, le fondateur, se révèle être un sage, son autorité devrait inviter au dépassement de soi, pas à l'obéissance aveugle.

Cette vision de la communauté auto-constituée et fragile fait douter de la nécessité du droit et de l'État comme fondements de la vie en société. Le droit n'apparaît que comme une explicitation formelle des principes moraux

mis de l'avant par des individus en conflit. Puisque le litige participe toujours d'une logique de l'altérité, il n'est pas nécessaire qu'il soit uniquement l'affaire des étrangers. Même au sein d'une communauté, le différend qui se transforme en litige met en doute soit l'unité de la communauté, soit l'appartenance d'une des parties. Il est inéluctable que le droit, malgré le fait qu'il permette le règlement pacifique des différends, mène à l'instauration d'une certaine distance entre les participants. C'est la logique même du processus d'adjudication d'opérer des distinctions là où il n'y avait que des différences de degré. Mais cette distance, une fois posée, peut également s'avérer un nouveau point de départ. Parce qu'il ouvre un espace de dialogue à la fois pour ceux qui croyaient se comprendre et ceux qui pensaient ne jamais s'entendre, le droit se situe au carrefour de la dissolution de la communauté et de la rencontre des étrangers. Il marque le début et la fin des interactions basées sur la confiance mutuelle.

Une théorie des droits basée sur la connaissance identifie cette puissance explicative du droit. Le droit donne les moyens d'entrer en relation avec autrui lorsque les moeurs ne sont pas partagées. Il organise l'interaction entre les individus, libérant ainsi des énergies qui pourront être consacrées à d'autres tâches que l'entretien de la sécurité. Il donne aussi les moyens de l'abandon parce qu'il désigne la porte de sortie: pour reprendre l'expression de Waldron, le droit s'offre comme position de repli.

Une théorie des droits basée sur la connaissance signifie que les droits sont à la fois l'outil et le résultat d'une quête de savoir. Ils sont un outil de savoir parce qu'ils permettent aux individus d'y prendre appui pour consacrer leurs énergies à des entreprises plus symboliques ou moins préoccupées par la protection immédiate de leur corps et de leurs biens. Ils sont le résultat d'une quête de savoir dans la mesure où les conflits juridiques sont l'occasion pour chaque partie *d'explicit*er sa propre vision de leur interaction. Le procès est l'égal de la méthode scientifique au sens où il s'inscrit dans la même procédure générale de découverte: injonction faite aux participants de procéder d'une manière donnée, exposition des hypothèses ou des prétentions des parties, et validation par les juristes et la communauté.

Cette théorie impose de bien nuancer les droits en tant que limites ou frontières, qui sont l'aboutissement du processus juridique, et les droits en tant que figure métonymique des premiers. Ce qu'on appelle généralement un *droit*, ce sont les pouvoirs et les responsabilités qui se rattachent à un statut. Or, ce statut est fonction du droit-frontière qui a été posé. C'est littéralement le droit qui crée le statut — de propriétaire, d'acheteur, de fautif — et les capacités qui se rattachent à ce statut. Le droit au sens propre est une relation entre les individus, il n'appartient donc à personne.

La vie du droit est ainsi fondamentalement étrangère à l'activité de l'État. S'il est vrai que la concurrence libre et éliminatoire aboutit à un monopole des armes, celui-ci a peu à voir avec les fondements du droit. Les lois de

l'État ne sont que la conséquence contingente de ce monopole. L'activité législative ne participe pas de façon nécessaire à l'élaboration du droit. Elle tend plutôt à substituer l'octroi de rentes au partage des pouvoirs et des responsabilités. Cette substitution a atteint une telle prépondérance qu'elle transpire aujourd'hui dans des conceptions "habilitantes" du droit, où l'État est appelé à protéger les intérêts "suffisants" de quelques-uns aux dépens de tous.

Une théorie des droits basée sur la connaissance s'insurge contre ce travestissement du droit, qui devient source d'insécurité lorsque c'est l'État qui se charge de le révéler. Le droit n'est pas un objet qu'on détient ou dont on réclame la possession. C'est la ligne de partage des pouvoirs et des responsabilités, qui n'apparaît que lorsque des individus réclament pour eux-mêmes le contrôle d'un domaine abstrait ou physique, avec toutes les obligations qui s'y rattachent.

Puisque le processus du droit exige par définition l'existence préalable de sujets de droit, les phénomènes collectifs peuvent tous se rassembler aisément sous l'un ou l'autre chapitre des droits subjectifs. Les emplois politiques et médiatiques des droits collectifs renvoient plus à la rhétorique qu'au droit.

Les appels aux droits collectifs participent donc généralement d'un abus de langage, au moins du point de vue juridique. S'il peut être utile de qualifier certains droits de "collectifs", cela ne change en rien leur nature. Les

droits des minorités, à cet égard, demeurent pour la plupart des droits individuels, même lorsqu'ils sont investis dans la personne morale de la communauté minoritaire. C'est le passage du statut de collectivité organisée à celui de personne morale qui se représente plus difficilement dans le contexte des droits individuels.

Dans le cadre d'une conception habilitante des droits, cette accession de la communauté à la subjectivité juridique se produit soit par la reconnaissance d'un droit à l'existence garanti par l'État, soit par la sécession. Dans les deux cas, on maintient la primauté de l'État comme dispensaire des soins juridiques. Qu'il s'agisse d'une créance ou de l'accession à la souveraineté, la communauté parvient à maintenir son existence indépendamment des volontés individuelles. On verse toujours dans les privilèges de quelques-uns payés par tous.

Pour échapper à ces deux culs-de-sac, il faut reconsidérer le rapport des individus à l'autorité. Ayant identifié une autorité positive comme étant celle qui est à la fois fonctionnelle, temporaire et traditionnelle, on constate que la loi moderne ne respecte généralement aucun de ces critères. Elle est donc hautement problématique. Ceci découle de son absolutisme, lui-même hérité de la notion de souveraineté parlementaire et dont l'origine se trouve dans la lutte contre le pouvoir des princes. Les droits collectifs comme droits-créances demeurent tributaires de la souveraineté de l'État, sans laquelle ils s'évanouissent.

En définitive, il ne reste des droits collectifs que le droit pour un ensemble d'individus de se constituer en personne morale, afin d'exercer par l'entremise de celle-ci un certain contrôle sur leurs affaires internes. Ce pouvoir de contrôle n'est pas un droit collectif, mais il est le fruit d'une démarche qui met en oeuvre un droit collectif. Le fédéralisme s'offre comme une ébauche du potentiel des droits collectifs, mais la dynamique qui tend à la centralisation du pouvoir génère une résistance puissante à l'octroi de tels droits, même quand on peut en démontrer la viabilité.

L'épuration du vocabulaire juridique nous laisse avec des droits dont la mise en oeuvre, à l'image des libertés fondamentales, ne peut reposer que sur une large coalition. En effet, la dynamique du pouvoir mène d'une manière presque inéluctable à la centralisation. Ultimement, c'est le monopole des armes qui fait, non pas le droit, mais la loi. La conjugaison du positivisme juridique et de la souveraineté parlementaire permet difficilement d'envisager qu'un État accepte de remettre volontairement des compétences à une entité subalterne par un acte législatif. Par conséquent, l'action collective demeure la seule issue possible.

Les droits collectifs comme droits-libertés permettent de tempérer le pessimisme de cette conclusion. À l'image des libertés fondamentales, ils sont d'abord difficiles à mettre en oeuvre, mais leur existence postulée donne des raisons d'agir. En s'enracinant dans une tradition juridique ancienne, les droits collectifs comme droits-libertés peuvent animer d'un souffle

nouveau les volontés individuelles qui cherchent à saper l'hégémonie de l'État moderne.

Dans cette quête de liberté, le souvenir s'impose d'une manière impérative. Sans celui-ci, la volonté individuelle ne fait pas le poids face à l'État. Le souvenir permet d'amener les ancêtres à la rescousse et de faire basculer les indécis dans le camp de la résistance. La mémoire de la communauté, c'est la mémoire des abus passés et des victoires sur la tyrannie.

TABLES BIBLIOGRAPHIQUES

Table de la législation

Textes constitutionnels

Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)], [ci-après la *Charte canadienne*].

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3.

Textes étrangers

Déclaration française des droits de 1789, dans Jacques GODECHOT, *Les Constitutions de la France depuis 1789*, coll. GF, Paris, Flammarion, 1993.

Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne, (promulguée le 23 mai 1949), Bonn, Office de presse et d'information du gouvernement de la République fédérale d'Allemagne, 1986.

Table des jugements

Jurisprudence canadienne

Clément-Séguin c. P.G. (Québec), [1980] C.S. 443.

Joe c. Findlay, (1981) 122 D.L.R. (3d) 377 (B.C. C.A.).

Lavigne c. Syndicat des employés de la Fonction publique de l'Ontario, [1991] 2 R.C.S. 211.

- P.G. (Québec) c. Québec Association of Protestant School Boards*, [1982] C.S. 673.
R. c. Askov, [1990] 2 R.C.S. 1199.
R. c. Edwards Books, [1986] 2 R.C.S. 713.
R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103.
R. c. Zundel, [1992] 2 RCS 731.

Jurisprudence américaine

- Ash c. Gaf Corp.*, (1983) 723 F.2d 1090, 1095 (3rd Cir.).
Borough of Ashland c. F.S. & J. Haupt, (1889) 125 Pa. 211.
Frantz c. CBI Fairmac, (1985) 229 Va. 444.
Pilgrim Real Estate c. Superintendent of Police of Boston, (1953) 330 Mass. 250.
Quilici c. Village of Morton Grove, (1981) 532 F. Supp. 1169 (E.D. Ill.).
Sterling c. Bloom, (1986) 111 Idaho 211.
United States c. Cruikshank, (1875) 92 U.S. 542.

Jurisprudence d'autres provenances

- Young, James and Webster c. United Kingdom*, [1981] *Industrial Relations Law Reports* 408 (European Court of Human Rights).
 «Advisory Opinion Oc-5/85 of November 13, 1985», (1986) 25 *International Legal Materials* 123 (Inter-American Court of Human Rights).

Bibliographie

Monographies et recueils

- ALLAIRE, J. (dir.), *Un Québec libre de ses choix: rapport du Comité constitutionnel du Parti libéral du Québec*, Montréal, Parti Libéral du Québec, 1991.
 ALTHUSIUS, J., *Politics*, coll. *Sociology of Politics and Religion*, Boston, Beacon Press, 1964.
 AMSELEK, P. et C. GREZKORCZYK (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, P.U.F., 1989.
 ANSART, P., *Proudhon — Textes et débats*, Paris, Librairie générale française, 1984.
 ARISTOTE, *Éthique de Nicomaque*, Jean VOILQUIN (trad.), Paris, Garnier, 1961.
 ARISTOTE, *Les Politiques*, Pierre PELLEGRIN (trad.), Paris, Flammarion, 1990.

- ATLAN, H., *Entre le cristal et la fumée — Essai sur l'organisation du vivant*, Paris, Seuil, 1979.
- AUDARD, C. (dir.), *Individu et justice sociale — autour de John Rawls*, Paris, Seuil, 1988.
- AUSTIN, J., *The Province of Jurisprudence Determined*, London, Frank Cass & Co, 1954.
- AXELROD, R., *The Evolution of Cooperation*, New York, Basic Books, 1984.
- BALLARD, A. et J. TAIT (dir.), *British Borough Charters, 1216-1307*, Cambridge, Cambridge U.P., 1923.
- BARRON, M.L. (dir.), *American Minorities—A Textbook of Readings in Intergroup Relations*, New York, Alfred A. Knopf, 1957.
- BARTLETT, R., *Economics and Power—An Inquiry Into Human Relations and Markets*, Cambridge, Cambridge U.P., 1989.
- BASTIT, M., *Naissance de la loi moderne*, Paris, P.U.F., 1990.
- BATESON, G., *Mind and Nature*, New York, Dutton, 1979.
- BEAUDOIN, G.-A. et W.S. TARNOPOLSKY (dir.), *Charte canadienne des droits et libertés*, 1ère éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1982.
- BENSON, B.L., *The Enterprise of Law—Justice Without the State*, San Francisco: CA, Pacific Research Institute for Public Policy, 1990.
- BERGSON, H., *Les deux sources de la morale et de la religion*, 217e éd., Paris, P.U.F., 1932.
- BERMAN, H., *Law and Revolution—The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge: MA, Harvard U.P., 1983.
- BINOCHÉ, B., *Critiques des droits de l'homme*, Paris, P.U.F., 1989.
- BLACK, A., *Guilds and Civil Society in European Political Thought from the Twelfth Century to the Present*, Ithaca: NY, Cornell U.P., 1984.
- BLALOCK, H.M.J., *Toward a Theory of Minority-Group Relations*, New York, John Wiley & Sons, 1967.
- BLOOM, A., *L'âme désarmée — Essai sur le déclin de la culture générale*, Montréal, Guérin, 1987.
- BOUDON, R., *L'art de se persuader des idées douteuses, fragiles ou fausses*, Paris, Fayard, 1990.
- BOURDÉ, G. et H. MARTIN, *Les écoles historiques*, Paris, Seuil, 1983.
- BRENNAN, J.G., *Ethics and Morals*, New York, Harper & Row, 1973.
- BRENNER, R., *Rivalry—In Business, Science, Among Nations*, Cambridge, Cambridge U.P., 1987.
- BRIMO, A., *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'État*, Entièrement refondue, nouvelle éd., Paris, Éd. A. Pedone, 1978.
- BRYCE, J., *Studies in History and Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1901.

- BUCHANAN, A., *Secession—The Morality of Political Divorce from Fort Sumter to Lithuania and Quebec*, Boulder, Westview Press, 1991.
- BUCHANAN, J.M. et G. TULLOCK, *The Calculus of Consent—Logical Foundations of Constitutional Democracy*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1962.
- BUERGENTHAL, T. et A. KISS, *La protection internationale des droits de l'homme*, Kehl (All.), Éd. N.P. Engel, 1991.
- CAM, H.M., *Liberties & Communities in Medieval England—Collected Studies in Local Administration and Topography*, London, Merlin Press, 1963.
- CAPOTORTI, F., *Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, New York, United Nations, 1979.
- CHEREL, A., *André-Michel Ramsay — Un aventurier religieux au XVIIIe siècle*, Paris, Perrin, 1926.
- CHEVRETTE, F. et H. MARX, *Droit constitutionnel — Notes et jurisprudence*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1982.
- CLARK, G.H., *Religion, Reason and Revelation*, 2e éd., Jefferson: Maryland, Trinity Foundation, 1986.
- COASE, R.H., *The Firm, the Market and the Law*, Chicago, University of Chicago Press, 1988.
- COHEN-TANUGI, L., *Le droit sans l'État: sur la démocratie en France et en Amérique*, Paris, P.U.F., 1985.
- COLEMAN, J.L., *Market, Morals and the Law*, Cambridge, Cambridge U.P., 1988.
- COMMAGER, H.S., *Majority Rule and Minority Rights*, New York, Peter Smith, 1950.
- CRAGG, W. et L.L.e.G. LEWIS, *Challenging the Conventional*, Burlington: Ont., Trinity Press, 1989.
- CRAGG, W., *Contemporary Moral Issues*, Toronto, McGraw Hill-Ryerson, 1983.
- CRAWFORD, J. (dir.), *The Rights of Peoples*, Oxford, Clarendon Press, 1988.
- CROZIER, M. et E. FRIEDBERG, *L'acteur et le système*, 2e éd., Paris, Seuil, 1977.
- D'SOUZA, D., *Illiberal Education—The Politics of Race and Sex on Campus*, 2e éd., New York, Vintage Books, 1992.
- DE JASAY, A., *Choice, Contract, Consent: A Restatement of Liberalism*, London, Institute of Economic Affairs, 1991.
- DE JASAY, A., *Social Contract, Free Ride—A Study of the Public Goods Problem*, Oxford, Clarendon Press, 1989.
- DONNELLY, J., *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Ithaca, Cornell U.P., 1989.
- DUFOUR, A., *Droits de l'homme, droit naturel et histoire — Droit, individu et pouvoir de l'École du Droit naturel à l'École du Droit historique*, Paris, P.U.F., 1991.

- DUPUY, J.-P., *Le sacrifice et l'envie — Le libéralisme aux prises avec la justice sociale*, Paris, Calmann-Lévy, 1992.
- DUPUY, J.-P., *Ordres et désordres — Enquête sur un nouveau paradigme*, Paris, Seuil, 1982.
- DURANT, W., *Histoire de la civilisation — La Réforme I — De Wiclef à Luther*, Lausanne, Rencontre, 1964.
- DURANT, W., *Histoire de la civilisation — La Réforme II — La révolution religieuse*, Lausanne, Rencontre, 1964.
- DURANT, W., *Histoire de la civilisation — La Réforme III — Les étrangers aux portes — La contre-réforme*, Lausanne, Rencontre, 1964.
- DWORKIN, R., *Law's Empire*, Cambridge: MA, Belknap Press of Harvard U.P., 1989.
- DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge: MA, Harvard U.P., 1977.
- ELIAS, N. et J.L. SCOTSON, *The Established and the Outsiders*, London, Frank Cass & Co, 1965.
- ELIAS, N., *La dynamique de l'Occident*, Paris, Calmann-Lévy, 1975.
- ELIAS, N., *The Society of Individuals*, Oxford, Basil Blackwell, 1991.
- ELSTER, J., *Making Sense of Marx*, Cambridge, Cambridge U.P., 1985.
- ELSTER, J., *Nuts and Bolts for the Social Sciences*, Cambridge, Cambridge U.P., 1989.
- ELSTER, J., *Solomonic Judgments—Studies in the Limitations of Rationality*, Cambridge, Cambridge U.P., 1989.
- EPSTEIN, R.A., *Bargaining with the State*, Princeton, Princeton U.P., 1993.
- EPSTEIN, R.A., *Forbidden Grounds—The Case Against Employment Discrimination Laws*, Cambridge: MA, Harvard U.P., 1992.
- FAWCETT, J., *The International Protection of Minorities*, London, Minority Rights Group, 1979.
- FERGUSON, A., *An Essay on the History of Civil Society*, Edinburgh, Printed for A. Kincaid, W. Creech, and J. Bell, 1773.
- FERRY, J.-M., *Habermas — L'éthique de la communication*, Paris, P.U.F., 1987.
- FERRY, L., *Philosophie politique 1 — Le droit: la nouvelle querelle des Anciens et des Modernes*, Paris, P.U.F., 1984.
- FERRY, L., *Philosophie politique 2 — Le système des philosophies de l'histoire*, Paris, P.U.F., 1984.
- FERRY, L. et A. RENAUT, *Philosophie politique 3 — Des droits de l'homme à l'idée républicaine*, Paris, P.U.F., 1985.
- FIGGIS, J.N., *Churches in the Modern State*, London, Longmans, Green, 1913.
- FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980.
- FLATHMAN, R.E., *The Practice of Rights*, Cambridge, Cambridge U.P., 1976.

- FULLER, L.L., *The Morality of Law*, New Haven, Yale U.P., 1964.
- FULLER, L.L., *The Principles of Social Order: Selected Essays of Lon L. Fuller*, Durham: NC, Duke U.P., 1982.
- GALSTON, W.A., *Liberal Purposes—Goods, Virtues, and Diversity in the Liberal State*, Cambridge, Cambridge U.P., 1991.
- GAUTHIER, D., *Morals by Agreement*, Oxford, Clarendon Press, 1986.
- GELLNER, E., *Conditions of Liberty—Civil Society and Its Rivals*, London, Penguin Books, 1994.
- GELLNER, E., *Nations and Nationalism*, Ithaca: NY, Cornell U.P., 1983.
- GIERKE, O., *Natural Law and the Theory of Society: 1500 to 1800*, Cambridge, Cambridge U.P., 1958.
- GILLET, P., *La personnalité juridique en droit ecclésiastique, spécialement chez les décrétistes et les décrétalistes et dans le Code de droit canonique*, Malines, Godenne, 1927.
- GIRARD, R., *La violence et le sacré*, Paris, Grasset, 1972.
- GIRARD, R., *Mensonge romantique et vérité romanesque*, Paris, Grasset, 1961.
- GLAZER, N., *Ethnic Dilemmas: 1964–1982*, Cambridge: MA, Harvard U.P., 1983.
- GODECHOT, J., (dir.), *Les Constitutions de la France depuis 1789*, coll. GF, Paris, Flammarion, 1993.
- GOTLIEB, A. (dir.), *Human Rights, Federalism and Minorities — Les droits de l'homme, le fédéralisme et les minorités*, Toronto, Canadian Institute of International Affairs, 1970.
- GOYARD-FABRE, S., *L'interminable querelle du contrat social*, Ottawa, Éd. de l'Université d'Ottawa, 1973.
- GOYARD-FABRE, S., *Les fondements de l'ordre juridique*, Paris, P.U.F., 1992.
- GRAY, J., *Liberalism*, Milton Keynes: England, Open U.P., 1986.
- GRAY, J., *Post-Liberalism—Studies in Political Thought*, New York, Routledge, 1993.
- GREENFELD, L., *Nationalism: Five Roads to Modernity*, Cambridge: MA, Cambridge U.P., 1992.
- GROUPEMENT POUR LE DROIT DES MINORITÉS (dir.), *Les minorités à l'âge de l'État-Nation*, Paris, Fayard, 1985.
- HABERMAS, J., *The Philosophical Discourse of Modernity—Twelve Lectures*, Cambridge: MA, MIT Press, 1987.
- HALL, E.T., *Au-delà de la culture*, Paris, Seuil, 1979.
- HALL, J.A.S., *Powers & Liberties—The Causes and Consequences of the Rise of the West*, London, Penguin Books, 1985.
- HAMILTON, A., J. MADISON et J. JAY (dir.), *The Federalist Papers*, New York, Mentor, 1961.

- HAMPSHIRE, S., *Public and Private Morality*, Cambridge, Cambridge U.P., 1978.
- HAMPSTEAD, L.L. of, *Introduction to Jurisprudence*, 4e éd., London, Stevens & Sons, 1979.
- HARDIN, R., *Morality Within the Limits of Reason*, Chicago, University of Chicago Press, 1988.
- HARE, R.M., *The Language of Morals*, Oxford, Clarendon Press, 1952.
- HART, H.L.A., *Law, Liberty and Morality*, 1969, Stanford, Stanford U.P., 1963.
- HART, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford, Oxford U.P., 1961.
- HAYEK, F.A., *Droit, législation et liberté — Volume 1: Règles et ordres*, Paris, P.U.F., 1979.
- HAYEK, F.A., *Droit, législation et liberté — Volume 2: Le mirage de la justice sociale*, Paris, P.U.F., 1981.
- HAYEK, F.A., *Droit, législation et liberté — Volume 3: L'ordre politique d'un peuple libre*, Paris, P.U.F., 1983.
- HAYEK, F.A., *Law, Legislation and Liberty—Volume 2: The Mirage of Social Justice*, Chicago, University of Chicago Press, 1976.
- HAYEK, F.A., *The Road to Serfdom*, Chicago, University of Chicago Press, 1944.
- HAYES, C.J.H., *Essays on Nationalism*, New York, MacMillan, 1926.
- HECHTER, M., *Principles of Group Solidarity*, Berkeley, University of California Press, 1987.
- HEIDEGGER, M., *Sein und Zeit*, 8e éd., Tübingen, Max Niemeyer Verlag, 1957.
- HIGGS, R., *Crisis and Leviathan—Critical Episodes in the Growth of American Government*, New York, Oxford U.P., 1987.
- HOBBS, T., *Le citoyen ou les fondements de la politique*, Paris, Flammarion, 1982 [1642].
- HOBBS, T., *Leviathan*, Glasgow, Collins, 1983 [1651].
- HOHFELD, W.N., *Fundamental Legal Conceptions*, New Haven, Yale U.P., 1919.
- HUME, D., *Enquête sur l'entendement humain*, Paris, Aubier, 1947.
- JACOBS, J., *Cities and the Wealth of Nations—Principles of Economic Life*, New York, Random House, 1984.
- JACOBS, J., *Systems of Survival—A Dialogue on the Moral Foundations of Commerce and Politics*, New York, Vintage Books, 1992.
- JAMES, W., *Pragmatism*, Indianapolis, Hackett, 1981.
- JANOWSKY, O.I., *The Jews and Minority Rights (1898–1919)*, New York, AMS Press, 1966.
- JENKS, E., *Law and Politics in the Middle Ages*, New York, Henry Holt, 1898.
- JOHANNET, R., *Le principe des nationalités*, Paris, Nouvelle Librairie Nationale, 1923.

- JOURDAN, DECRUSY et ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises (420–1270)*, tome I, Paris, Belin-Le-Prieur, 1821.
- JOUVENEL, B.d., *The Ethics of Redistribution*, 2e éd., Indianapolis, LibertyPress, 1989.
- JOY, E.S., *The Right of the Territories to Become States of the Union*, Newark, Advertiser Printing House, 1892.
- KALLEN, E., *Ethnicity and Human Rights in Canada*, Toronto, Gage, 1982.
- KANT, E., *Métaphysique des moeurs — Doctrine du droit*, 4e éd., Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1988.
- KANT, E., *Projet de paix perpétuelle*, Paris, Hatier, 1988.
- KANT, I., *The Metaphysical Elements of Justice*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1965.
- KENDALL, F. et L. LOUW, *Let the People Govern*, Norwood: South Africa, Adagi Publications, 1989.
- KENNEDY, P., *The Rise and Fall of the Great Powers — Economic Change and Military Conflict from 1500 to 2000*, London, Fontana Press, 1989.
- KIS, J., *L'égale dignité — Essai sur les fondements des droits de l'homme*, Paris, Seuil, 1989.
- KRABBE, H., *The Modern Idea of the State*, G.H. SABINE et W.J. SHEPHARD (trad.), New York, Appleton, 1922.
- KRAUSS, M.I., *Action positive — Théorie et conséquences*, Cowansville: QC, Éd. Yvon Blais, 1989.
- KUKATHAS, C., *The Fraternal Conceit — Individualist versus Collectivist Ideas of Community*, Australia, Centre for Independent Studies, 1991.
- KYMLICKA, W., *Liberalism, Community, and Culture*, Oxford, Clarendon Press, 1989.
- LA BOÉTIE, E.d., *De la servitude volontaire ou Contr'Un*, Genève, Droz, 1987.
- LABORIT, H., *Éloge de la fuite*, Paris, Gallimard, 1976.
- LAFRANCE, G. (dir.), *Éthique et droits fondamentaux*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 1990.
- LAPIERRE, W., *Guns, Crime, and Freedom*, Washington, Regnery, 1994.
- LAPONCE, J.A., *The Protection of Minorities*, Berkeley, University of California Press, 1960.
- LECKY, W.E.H., *Democracy and Liberty*, vol. I, Indianapolis, LibertyClassics, 1981 [1896].
- LEMIEUX, P., *Le droit de porter des armes*, coll. Iconoclastes, Paris, Belles Lettres, 1993.
- LEONI, B., *Freedom and the Law*, Los Angeles, Nash Publishing, 1972.
- LEPAGE, H., *Pourquoi la propriété*, Paris, Hachette, 1985.

- LERNER, N., *Group Rights and Discrimination in International Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1990.
- LOCKE, J., *An Essay Concerning Human Understanding—Complete and Unabridged*, New York, Dover, 1959.
- LOT, F., *Histoire des institutions françaises au Moyen-Age*, Paris, P.U.F., 1957.
- LUCHAIRE, A., *Histoire des Institutions monarchiques de la France sous les Premiers Capétiens*, Paris, 1883.
- LUCHAIRE, A., *Manuel des institutions françaises, période des capétiens directs*, Bruxelles, Culture et civilisation, 1964.
- MacCORMICK, N. et O. WEINBERGER, *An Institutional Theory of Law — New Approaches to Positivism*, Dordrecht, D. Reidel, 1986.
- MacCORMICK, N., *Legal Right and Social Democracy*, Oxford, Oxford U.P., 1982.
- MacCORMICK, N., *Spontaneous Order and Rule of Law: Some Problems*, Edinburgh, David Hume Institute, 1987.
- MACHIAVEL, N., *Le Prince*, Paris, Seuil, 1993.
- MACKAAY, E., *Economics of Information and Law*, Montréal, Groupe de recherche en consommation, 1980.
- MAIR, L.P., *The Protection of Minorities*, London, Christophers, 1928.
- MANDEL, M., *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada*, Toronto, Wall & Thompson, 1989.
- MANENT, P., *Histoire intellectuelle du libéralisme*, Paris, Calmann-Lévy, 1987.
- MAY, L., *The Morality of Groups—Collective Responsibility, Group-Based Harm, and Corporate Rights*, Notre Dame: Indiana, University of Notre Dame Press, 1987.
- MENGER, C., *Investigations into the Method of the Social Sciences with Special Reference to Economics*, New York, New York U.P., 1985.
- MICHAUD-QUANTIN, P., *Universitas — Expressions du mouvement communautaire dans le Moyen-Age latin*, Paris, J. Vrin, 1970.
- MILL, J.S., *On Liberty*, London, Oxford U.P., 1960 [1859].
- MILL, J.S., *On Representative Government*, London, Oxford U.P., 1960 [1859].
- MILLER, G.J., *Managerial Dilemmas — The Political Economy of Hierarchy*, Cambridge, Cambridge U.P., 1992.
- MILLON-DELSON, C., *L'État subsidiaire : ingérence et non-ingérence de l'État : le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*, Paris, P.U.F., 1992.
- MILLON-DELSON, C., *Le principe de subsidiarité*, Paris, P.U.F., 1993.
- MONAHAN, P., *Politics and the Constitution*, Toronto, Carswell, 1987.
- MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Paris, Flammarion, 1979.
- NEMO, P., *La société de droit selon F.A. Hayek*, Paris, P.U.F., 1988.

- NEVITTE, N. et A. KORNBERG (dir.), *Minorities and the Canadian State*, Oakville, Mosaic Press, 1985.
- NIETZSCHE, F., *La généalogie de la morale*, Paris, Gallimard, 1971.
- NORTH, D.C., *The Rise of the Western World — A New Economic History*, Cambridge, Cambridge U.P., 1973.
- NOZICK, R., *Anarchie, État et utopie*, Paris, P.U.F., 1988.
- O'DRISCOLL, G.P.J. et M.J. RIZZO, *The Economics of Time and Ignorance*, Oxford, Basil Blackwell, 1985.
- OAKESHOTT, M., *On Human Conduct*, Oxford, Clarendon Press, 1975.
- OLSON, M., *The Logic of Collective Action—Public Goods and the Theory of Groups*, Cambridge: MA, Harvard U.P., 1965.
- OLSON, M., *The Rise and Decline of Nations—Economic Growth, Stagflation, and Social Rigidities*, New Haven: CT, Yale U.P., 1982.
- OST, F. et M. van de KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987.
- OST, F. et M. van de KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988.
- OST, F., *Entre droit et non-droit: l'intérêt — Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990.
- PAUL, E.F., F.D. MILLER et J. PAUL (dir.), *Property Rights*, Cambridge, Cambridge U.P., 1994.
- PIRSIG, R.M., *Lila — An Inquiry into Morals*, New York, Bantam Books, 1991.
- PLANTY-BONJOUR, G. et R. LEGEAIS, *L'évolution de la philosophie du droit en Allemagne et en France depuis la fin de la seconde guerre mondiale*, Paris, P.U.F., 1991.
- PORDEA, G.A., *Fédéralisme et minorités en Europe orientale*, Paris, Pedone, 1952.
- POSNER, R.A., *Economic Analysis of Law*, 2e éd., Boston, Little, Brown and Company, 1977.
- RASMUSSEN, D., *Universalism vs. Communitarianism — Contemporary Debates in Ethics*, Cambridge: MA, MIT Press, 1990.
- RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Cambridge: MA, Harvard U.P., 1971.
- RAZ, J., *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986.
- RENAUT, A. et L.K. SOSOE, *Philosophie du droit*, Paris, P.U.F., 1991.
- REY, A., (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, tome 2, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1993.
- RICOEUR, P., *Lectures on Ideology and Utopia*, New York, Columbia U.P., 1986.
- RICOEUR, P., *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, 1990.
- RIPERT, G., *Les forces créatrices du droit*, Paris, L.G.D.J., 1955.

- ROSE, A.M. et C.B. ROSE (dir.), *Minority Problems — A Textbook of Readings in Intergroup Relations*, New York, Harper & Row, 1965.
- ROSENBERG, N. et L.E.J. BIRDZELL, *How the West Grew Rich—The Economic Transformation of the Industrial World*, New York, Basic Books, 1986.
- ROUSSEAU, J.-J., *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes — Discours sur les sciences et les arts*, Paris, Flammarion, 1992.
- ROUSSEAU, J.-J., *Du contrat social*, Paris, Flammarion, 1992.
- SAHEL, C. (dir.), *La tolérance — Pour un humanisme hérétique*, Paris, Éd. Autrement, 1991.
- SANDEL, M.J., *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, Cambridge U.P., 1982.
- SAUL, J.R., *Voltaire's Bastards — The Dictatorship of Reason in the West*, Toronto, Penguin Books, 1992.
- SCHELLING, T.C., *La tyrannie des petites décisions*, Paris, P.U.F., 1980.
- SCHELLING, T.C., *The Strategy of Conflict*, 2e éd., Cambridge: MA, Harvard U.P., 1980.
- SCHLESINGER, A.M.j., *The Disuniting of America — Reflections on a Multicultural Society*, 2e éd., New York, W.W. Norton, 1992.
- SCHMIDTZ, D., *The Limits of Government—An Essay on the Public Goods Argument*, Boulder: CO, Westview Press, 1991.
- SCHNEIDERMAN, D. (dir.), *Language and the State — The Law and Politics of Identity*, Montréal, Yvon Blais, 1992.
- SCHOTTER, A., *The Economic Theory of Social Institutions*, Cambridge, Cambridge U.P., 1981.
- SECRETAN, C., *Les privilèges, berceau de la liberté — La Révolte des Pays-Bas: aux sources de la pensée politique moderne (1566–1619)*, Paris, Vrin, 1990.
- SELGIN, G.A., *The Theory of Free Banking: Money Supply under Competitive Note Issue*, Totowa: NJ, Roman & Littlefield, 1988.
- SIGLER, J.A., *Minority Rights: A Comparative Analysis*, Westport (CT), Greenwood Press, 1983.
- SMITH, A., *The Theory of Moral Sentiments*, Indianapolis, Liberty Fund, 1976.
- SOSOE, L.K. (dir.), *Identité: évolution ou différence? Mélanges en l'honneur du professeur Hugo Huber*, Fribourg, Suisse, Éd. universitaires, 1989.
- SOWELL, T., *Markets and Minorities*, New York, Basic Books, 1981.
- SOWELL, T., *Preferential Policies — An International Perspective*, New York, William Morrow and Company, 1990.
- SPENCER BROWN, G., *Laws of Form*, New York, Julian Press, 1972.
- SPINOZA, *Traité de l'autorité politique*, Paris, Gallimard, 1954.
- SPOONER, L., *Outrage à chefs d'État*, Paris, Belles Lettres, 1991.

- STRAUSS, L., *Droit naturel et histoire*, Paris, Flammarion, 1986.
- SUGDEN, R., *The Economics of Rights, Co-operation & Welfare*, Oxford, Basil Blackwell, 1986.
- SUMNER, L.W., *The Moral Foundation of Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1987.
- TAYLOR, C., *Grandeur et misère de la modernité*, Montréal, Bellarmin, 1992.
- TAYLOR, C., *Multiculturalism and the Politics of Recognition—An Essay*, Princeton, Princeton U.P., 1992.
- TAYLOR, C., *Reconciling the Solitudes — Essays on Canadian Federalism and Nationalism*, Montreal, McGill-Queen's U.P., 1993.
- TAYLOR, C., *Sources of the Self — The Making of Modern Identity*, Cambridge: MA, Cambridge U.P., 1989.
- TAYLOR, M., *Community, Anarchy and Liberty*, Cambridge, Cambridge U.P., 1982.
- TAYLOR, M., *The Possibility of Co-operation*, Cambridge, Cambridge U.P., 1987.
- TEUBNER, G., *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin, de Gruyter, 1986.
- THIBAUT, J.W. et H.H. KELLEY, *The Social Psychology of Groups*, New York, John Wiley & Sons, 1959.
- THORNBERRY, P., *International Law & the Rights of Minorities*, Oxford, Oxford U.P., 1991.
- TOCQUEVILLE, A.d., *De la démocratie en Amérique*, Paris, Gallimard, 1961.
- TODOROV, T., *Nous et les autres — La réflexion française sur la diversité humaine*, Paris, Seuil, 1989.
- TUCK, R., *Natural Rights Theories — Their Origin and Development*, Cambridge, Cambridge U.P., 1979.
- TUCK, R., *Philosophy and Government 1572–1651*, Cambridge, Cambridge U.P., 1993.
- ULLMANN, W., *Principles of Government and Politics in the Middle Ages*, 4e éd., London, Methuen & Co, 1978.
- ULLMANN-MARGALIT, E., *The Emergence of Norms*, Oxford, Clarendon Press, 1977.
- VAN PARIJS, P., *Qu'est-ce qu'une société juste? — Introduction à la pratique de la philosophie politique*, Paris, Seuil, 1991.
- VARELA, F.J. et E.T.e.E. ROSCH, *The Embodied Mind*, Cambridge: MA, MIT Press, 1991.
- VILLEY, M., *La formation de la pensée juridique moderne — Cours d'histoire de la philosophie du droit*, 4e éd., Paris, Montchrestien, 1975.
- VILLEY, M., *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, P.U.F., 1983.
- VILLEY, M., *Philosophie du droit — I: Définitions et fins du droit*, Paris, Dalloz, 1975.

- VIOLLET, P., *Histoire des institutions politiques et administratives de la France*, Paris, Larose et Forcel, 1890.
- VOLTAIRE, *Traité sur la tolérance*, Paris, Flammarion, 1989.
- VOYENNE, B., *Histoire de l'idée européenne*, Paris, Payot, 1964.
- WALDRON, J., *Theories of Rights*, Oxford, Oxford U.P., 1984.
- WALDROP, M.M., *Complexity — The Emerging Science at the Edge of Order and Chaos*, New York, Simon & Schuster, 1992.
- WALKER, M., *German Home Towns—Community, State, and General Estate, 1648–1871*, Ithaca: NY, Cornell U.P., 1971.
- WALZER, M., *Spheres of Justice — A Defense of Pluralism and Equality*, New York, Basic Books, 1983.
- WATZLAWICK, P., J.H. BEAVIN et D.D. JACKSON, *Une logique de la communication*, Paris, Seuil, 1972.
- WATZLAWICK, P., *L'invention de la réalité — Comment savons-nous ce que nous croyons savoir? — Contributions au constructivisme*, Paris, Seuil, 1988.
- WEIL, S., *L'enracinement — Prélude à une déclaration des devoirs envers l'être humain*, Paris, Gallimard, 1949.
- WEINREICH-HASTE, H. et D. LOCKE (dir.), *Morality in the Making — Thought, Action, and the Social Context*, Chichester, John Wiley & Sons, 1983.
- WELLMAN, C., *A Theory of Rights: Persons Under Laws, Institutions and Morals*, Totawa: NJ, Rowman and Allanheld, 1985.
- WILBER, K., *Eye to Eye: The Quest for the New Paradigm*, Boston, Shambhala, 1990.
- WILDEN, A., *System and Structure—Essays in Communication and Exchange*, 2e éd., New York, Tavistock, 1980.
- WILDEN, A., *Système et structure — Essais sur la communication et l'échange*, Montréal, Boréal Express, 1983.
- WILLIAMS, G., *Salmond on Jurisprudence*, 11e éd., London, Sweet & Maxwell, 1957.
- WILLIAMS, R.J., *The Reduction of Intergroup Tensions*, New York, Social Science Research Council, 1947.
- WRIGHT, R., *The Moral Animal—Evolutionary Psychology and Everyday Life*, New York, Pantheon Books, 1994.
- YAGUELLO, M., *Catalogue des idées reçues sur la langue*, Paris, Seuil, 1988.

Articles de revue et études contenues dans les recueils

- AJZENSTAT, J., «Liberalism, Community, and Culture, by W. Kymlicka», (1990) 23 *Canadian Journal of Political Science — Revue canadienne de science politique* 189–190.
- ALEJANDRO, R., «Rawls's Communitarianism», (1993) 23 *Canadian Journal of Philosophy* 75–100.
- ALFREDSSON, G. et A.d. ZAYAS, «Minority Rights: Protection By The United Nations», (1993) 14 *Human Rights L.J.* 1–9.
- AMSELEK, P., «Le locutoire et l'illocutoire dans les énonciations relatives aux normes juridiques», (1990) *Revue de métaphysique et de morale* 385–413.
- ANDERSON, M.R., «Law and the Protection of Cultural Communities: The Case of Native American Fishing Rights», (1987) 9 *Law and Policy* 125–142.
- ANGHIE, A., «Human Rights and Cultural Identity: New Hope for Ethnic Peace?», (1992) 33 *Harvard International L.J.* 341–352.
- APLAND, L. et C.S. AXWORTHY, «Collective and Individual Rights in Canada: A Perspective on Democratically Controlled Organizations», (1988) 8 *The Windsor Yearbook of Access to Justice* 44.
- ARANSON, P.H., «Rational Ignorance in Politics, Economics and Law», (1990) 1 *Journal des économistes et des études humaines* 25.
- ATIAS, C., «Philosophie du droit : les enjeux d'une fin de siècle», dans G. PLANTY-BONJOUR (dir.), *L'évolution de la philosophie du droit en Allemagne et en France depuis la fin de la seconde guerre mondiale*, Paris, P.U.F., 1991, p. 235.
- ATTANASIO, J.B., «Foreword: The Impoverished States of Law and Morality», (1989) 64 *Notre Dame L.R.* 773–783.
- AUDARD, C., «Principe de justice et principe du libéralisme: la "neutralité" de la théorie de Rawls», dans C. AUDARD (dir.), *Individu et justice sociale — autour de John Rawls*, Paris, Seuil, 1988, p. 169.
- AUERNHEIMER, G., «Cultural Identity — An Antienlightenment Myth», (1989) 31 *Argument* 381–394.
- AXELROD, R. et D. DION, «The Further Evolution of Cooperation», (1988) 242 *Science* 1385.
- AXELROD, R., «An Evolutionary Approach to Norms», (1986) 80 *American Political Science Review* 1095–1111.
- AXELROD, R., «The Emergence of Cooperation Among Egoists», (1981) 75 *American Political Science Review* 306.
- BACKHAUS, J., «Note — A Transactional Approach to Explaining Historical Contract Structures», (1989) 9 *International Review of Law and Economics* 223–226.
- BADINTER, R., «L'universalité des droits de l'homme dans un monde pluraliste», (1989) 1 *Revue universelle des droits de l'homme* 1–5.

- BAECHLER, J., «To the Origins of Modernity, Castes and Feudalities — Europe, India, Japan», (1986) 27 *Archives européennes de sociologie* 31–57.
- BAKER, C.E., «Sandel on Rawls», (1985) 133 *University of Pennsylvania L.R.* 895.
- BALKIN, J.M., «The Hohfeldian Approach to Legal Semiotics», dans R. KEVELSON (dir.), *Law and Semiotics*, New York, Plenum Press, 1989, pp. 31–50.
- BANTON, M., «Group Rights in International Law, by N. Lerner», (1992) 15 *Ethnic and Racial Studies* 169–170.
- BARNETT, R.E., «Foreword: Can Justice and the Rule of Law Be Reconciled?», (1988) 11 *Harvard Journal of Law & Public Policy* 587.
- BARNETT, R.E., «Pursuing Justice in a Free Society: Part One: Power vs. Liberty», (1985) 4 *Criminal Justice Ethics* 50.
- BARNETT, R.E., «Reconceiving the Ninth Amendment», (1988) 74 *Cornell L.R.* 1–42.
- BARON, S.W., «Is America Ready for Ethnic Minority Rights?», (1984) 46 *Jewish Social Studies* 189–214.
- BARRY, N.P., «Review Article: The New Liberalism», (1983) 13 *British Journal of Political Science* 93.
- BARRY, N.P., «The Liberal Constitution: Rational Design or Evolution?», (1990) 3 *Critical Review* 267–282.
- BARRY, N.P., «The Tradition of Spontaneous Order», (1982) 5 *Literature of Liberty* 7.
- BEAUDOIN, G.-A., «Droits individuels et droits collectifs», dans G. LAFRANCE (dir.), *Éthique et droits fondamentaux*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 1990, p. 223.
- BEFORT, S.F. et V.E. CORNETT, «Beyond the Rhetoric of the Nafta Treaty Debate: A Comparative Analysis of Labor and Employment Law in Mexico and the United States», (1996) 17 *Comparative Labor L.J.*, 269.
- BELL, T.W., «Polycentric Law», (1992) 7 *Humane Studies Review* 1.
- BEN-ISRAEL, R., «Is the Right to Strike a Collective Human Right?», (1981) *Israel Year Book on Human Rights* 195.
- BENSON, B.L., «Emerging from the Hobbesian Jungle: Might Takes and Makes Rights», (1994) 5 *Constitutional Political Economy* 2: 129.
- BENSON, B.L., «The Spontaneous Evolution of Commercial Law», (1989) 55 *Southern Economic Journal* 644.
- BENSON, P., «The Priority of Abstract Right, Constructivism, and the Possibility of Collective Rights in Hegel's Legal Philosophy», (1991) 4 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 257.
- BERENT, M., «Collective Rights and the Ancient Community», (1991) 4 *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 387.

- BERKOWITZ, P., «On the Laws Governing Free Spirits and Philosophers of the Future: A Response to Nonet's "What Is Positive Law?"», (1990) 100 *Yale L.J.* 701.
- BERNS, W., «The Constitution, Community, and Liberty», (1985) 8 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 277.
- BERNSTEIN, R.J., «Human Beings: Plurality and Togetherness», (1981) 35 *Review of Metaphysics* 349–366.
- BIKHCHANDANI, S., D. HIRSHLEIFER et I. WELCH, «A Theory of Fads — Fashion, Custom, and Cultural Changes as Informational Cascades», (1992) 100 *Journal of Political Economy* 992–1026.
- BLAIS, A. et R. NADEAU, «To Be or Not to Be Sovereignist — Quebeckers Perennial Dilemma», (1992) 18 *Canadian Public Policy — Analyse de Politiques* 89–103.
- BLOUSTEIN, A., «Group Privacy: The Right to Huddle», (1977) 8 *Rutgers Cam L.R.* 219.
- BOGDANOR, V., «Federalism in Switzerland», (1988) 23 *Government and Opposition* 69–90.
- BOUCKAERT, B., «City Air Sets Free—Medieval Cities as Voluntary Political and Economic Communities», dans D. BEITO (dir.), *The Voluntary City*, San Francisco: CA, Independent Institute, à venir.
- BOUCKAERT, B., «What is Property?», (1990) 13 *Harvard Journal of Law & Public Policy* 775.
- BOUDON, R., «L'acteur social est-il si irrationnel (et si conformiste) qu'on le dit?», dans C. AUDARD (dir.), *Individu et justice sociale — autour de John Rawls*, Paris, Seuil, 1988, p. 219.
- BRAEN, A., «Les droits scolaires des minorités de langue officielle au Canada et l'interprétation judiciaire», (1988) 19 *Revue générale de droit* 311.
- BREINSTEIN, R., «Human Beings: Plurality and Togetherness», (1985) 35 *Rev. Metaphysics* 349.
- BRENNER, R., «Extracting Sunbeams Out of Cucumbers: What Is Bad Social Science, and Why Is It Practiced?», (1991) 98 *Queen's Quarterly* 519.
- BRETT, N., «Language Laws and Collective Rights», (1991) 4 *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 347.
- BROSSNAN, D.F., «Virtue Ethics in a Perfectionist Theory of Law and Justice», (1989) 11 *Cardozo L.R.* 335.
- BROWNLIE, I., «The Rights of Peoples in Modern International Law», dans J. CRAWFORD (dir.), *The Rights of Peoples*, Oxford, Clarendon Press, 1988, pp. 1–16.
- BRUNKHORST, H., «Adorno, Heidegger and Postmodernity», dans D. RASMUSSEN (dir.), *Universalism vs. Communitarianism — Contemporary Debates in Ethics*, Cambridge: MA, MIT Press, 1990, p. 183.

- BUCHANAN, A., «Assessing the Communitarian Critique of Liberalism», (1989) 99 *Ethics* 852–882.
- BUCHANAN, A., «Toward a Theory of Secession», (1991) 101 *Ethics* 322.
- BUCHANAN, J.M. et V.J. VANBERG, «The Market as a Creative Process», (1991) 7 *Economics and Philosophy* 167–186.
- BUCHANAN, J.M., «An Economic Theory of Clubs», (1965) 32 *Economica* 1–14.
- BUKOW, W.D., «Sociogenesis of Ethnic Minorities», (1990) 32 *Argument* 423–426.
- CAPPELLETTI, M., «La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil», (1975) 27 *Revue internationale de droit comparé* 571–597.
- CARIGNAN, P., «De la notion de droit collectif et de son application en matière scolaire au Québec», (1984) 18 *Revue Juridique Thémis* 1.
- CASSESE, A., «Les droits de l'homme sont-ils véritablement universels?», (1989) 1 *Revue universelle des droits de l'homme*
- CASSESE, A., «The Self-Determination of Peoples», *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights*, New York, Columbia U.P., 1981, p. 98.
- CHAMBERS, J., «Adequate Education for All: A Right, an Achievable Goal», (1987) 22 *Harvard Civil Rights — Civil Liberties L.R.* 55.
- CHAPMAN, B., «Individual Rights and Collective Rationality: Some Implications for Economic Analysis of Law», (1982) 10 *Hofstra L.R.* 441.
- CHAPMAN, B., «Raising Johnny to Be Good: A Problematic Case for Economic Analysis of Law», (1984) 34 *University of Toronto L.J.* 358.
- CHATTERJEE, P., «Whose Imagined Community», (1991) 20 *Millennium — Journal of International Studies* 521–525.
- CHEVRETTE, F., «Les concepts de "droit acquis", de "droit des groupes" et de "droit collectif" dans le droit québécois», dans (dir.), *Rapport de la Commission d'enquête sur la situation de la langue française et sur les droits linguistiques au Québec — vol. 2*, Québec, Éditeur officiel, 1972, pp. 404–449.
- CHYS, Y.J. et R. LEWIS, «Agencies Organized by Nationality Groups in the United States», dans M.L. BARRON (dir.), *American Minorities — A Textbook of Readings in Intergroup Relations*, New York, Alfred A. Knopf, 1957, pp. 416–428.
- COLEMAN, J.L., «Competition and Cooperation», (1987) 98 *Ethics* 76.
- CONNOR, W., «Beyond Reason: The Nature of the Ethnonational Bond», (1993) 16 *Ethnic and Racial Studies* 373–389.
- COOPER, B., «The West: A Political Minority», dans N. NEVITTE et A. KORNBERG (dir.), *Minorities and the Canadian State*, Oakville, Mosaic Press, 1985, pp. 203–220.
- COOTER, R.D., «The Best Right Laws: Value Foundations of the Economic Analysis of Law», (1989) 64 *Notre Dame L.R.* 817–837.

- COPP, D., «What Collectivities Are: Agency, Individualism and Legal Theory», (1984) 23 *Dialogue* 249–269.
- CORNUELLE, R., «The Power and Poverty of Libertarian Thought», (1992) 6 *Critical Review* 1–10.
- COTTRON, R.J. et R.T. DIAMOND, «“Never Intended to be Applied to the White Population”: Firearms Regulation and Racial Disparity—The Redeemed South’s Legacy to a National Jurisprudence?», (1995) 70 *Chicago-Kent L.R.* 1307.
- COULANGE, P., «Analyse économique de la production de droit», (1990) 1 *Journal des économistes et des études humaines* 277.
- COVER, R.M., «Foreword: Nomos and Narrative», (1983) 97 *Harvard L.R.* 4–68.
- COX, T.H., S.A. LOBEL et P.L. McLEOD, «Effects of Ethnic Group Cultural Differences on Cooperative and Competitive Behavior on a Group Task», (1991) 34 *Academy of Management Journal* 827–847.
- CRAWFORD, J., «The Rights of Peoples: ‘Peoples’ or ‘Governments’?», dans J. CRAWFORD (dir.), *The Rights of Peoples*, Oxford, Clarendon Press, 1988, pp. 55–67.
- CRAWFORD, J., «The Rights of Peoples: Some Conclusions», dans J. CRAWFORD (dir.), *The Rights of Peoples*, Oxford, Clarendon Press, 1988, pp. 159–175.
- DANLEY, J.R., «Liberalism, Aboriginal Rights, and Cultural Minorities», (1991) 20 *Philosophy & Public Affairs* 168–185.
- DAVIE, M.R., «American Immigration and Its European Sources and Patterns», dans M.L. BARRON (dir.), *American Minorities — A Textbook of Readings in Intergroup Relations*, New York, Alfred A. Knopf, 1957, pp. 229–238.
- DENNIS, A.J., «Clearing the Smoke from the Right to Bear Arms and the Second Amendment», (1995) 29 *Akron L.R.* 57.
- DEPEW, D.J., «The Habermas-Gadamer Debate in Hegelian Perspective», (1981) 8 *Philosophy and Social Criticism* 427.
- DIEHL, B.R., «The Right to Regulate Nonpublic Education», (1983) 15 *The Urban Lawyer* 97.
- DINSTEIN, Y., «Collective Human Rights of Peoples and Minorities», (1976) 25 *International and Comparative Law Quarterly* 102.
- DINSTEIN, Y., «Cultural Rights», (1979) 9 *International Yearbook on Human Rights* 58–81.
- DOERNBERG, D.L., «The Right of the People”: Reconciling Collective and Individual Interests Under the Fourth Amendment», (1983) 58 *New York University L.R.* 259–298.
- DOERNBERG, D.L., «“We the People”: John Locke, Collective Constitutional Rights, and Standing to Challenge Government Action», (1985) 73 *California L.R.* 52.

- DREYFUS, H.L. et S.E. DREYFUS, «What Is Morality? A Phenomenological Account of the Development of Ethical Expertise», dans D. RASMUSSEN (dir.), *Universalism vs. Communitarianism — Contemporary Debates in Ethics*, Cambridge: MA, MIT Press, 1990, p. 237.
- DRIEDGER, L., «Conformity vs. Pluralism: Minority Identities and Inequalities», dans N. NEVITTE et A. KORNBERG (dir.), *Minorities and the Canadian State*, Oakville, Mosaic Press, 1985, pp. 157-174.
- DUNLAP, C.J., «Revolt of the Masses: Armed Civilians and the Insurrectionary Theory of the Second Amendment», (1995) 62 *Tennessee L.R.* 643.
- DUPUY, J.-P., «L'économie de la morale, ou la morale de l'économie — Philosophie politique et nouvelles approches épistémologiques», (1978) 88 *Revue d'économie politique* 404-439.
- DUPUY, J.-P., «L'individu libéral, cet inconnu: d'Adam Smith à Friedrich Hayek», dans C. AUDARD (dir.), *Individu et justice sociale — autour de John Rawls*, Paris, Seuil, 1988, pp. 73-125.
- DWORKIN, R., «Equality, Democracy, and Constitution: We the People in Court», (1990) 28 *Alberta L.R.* 324.
- DWORKIN, R., «Liberal Community», (1989) 77 *California L.R.* 479.
- DWORKIN, R., «Liberalism», dans S. HAMPSHIRE, *Public and Private Morality*, Cambridge, Cambridge U.P., 1978, p. 113.
- EDELMAN, B., «Génétique et liberté», (1991) 13 *Droits* 31.
- EIDE, A., «The Threat of Ethno-Nationalism — Can Appropriate Minority Protection Serve as a Constructive Alternative», (1992) 50 *Internasjonal Politikk* 405-419.
- ELICKSON, R.C., «Property in Land», (1993) 102 *Yale L.J.* 1315-1400.
- ELSTER, J., «Social Norms and Economic Theory», (1989) 3 *Journal of Economic Perspectives* 99.
- ELWERT, G., «Nationalism and Ethnicity — About the Formation of We-Groups», (1989) 41 *Kolner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 440-464.
- EMLER, N., «Morality and Politics: The Ideological Dimension in the Theory of Moral Development», dans H. WEINREICH-HASTE et D. LOCKE (dir.), *Morality in the Making — Thought, Action, and the Social Context*, Chichester, John Wiley & Sons, 1983, pp. 47-71.
- ERIKSEN, T.H., «The Cultural Contexts of Ethnic Differences», (1991) 26 *Man* 127-144.
- ERLER, E.J., «Equal Protection and Personal Rights: The Regime of the "Discrete and Insular Minority"», (1982) 16 *Georgia L.R.* 407-444.
- ESCOFFIER, J., «The Limits of Multiculturalism», (1991) 21 *Socialist Review* 61-73.
- EVANS, I.L., «The Protection of Minorities», (1923) 4 *British Yearbook of International Law* 95-123.

- FALK, R., «The Rights of Peoples (In Particular Indigenous Peoples)», dans J. CRAWFORD (dir.), *The Rights of Peoples*, Oxford, Clarendon Press, 1988, pp. 17–37.
- FAUR, J., «Imagination and Religious Pluralism: Maimonides, ibn Verga, and Vico», (1992) 10 *New Vico Studies* 36–51.
- FEINBERG, J., «The Nature and Value of Rights», (1970) *Journal of Value Inquiry* 243.
- FENET, A., «La question des minorités dans l'ordre du droit», dans GROUPEMENT POUR LE DROIT DES MINORITÉS (dir.), *Les minorités à l'âge de l'État-Nation*, Paris, Fayard, 1985, pp. 27–86.
- FERRARA, A., «Universalisms: Procedural, Contextualist and Prudential», dans D. RASMUSSEN (dir.), *Universalism vs. Communitarianism — Contemporary Debates in Ethics*, Cambridge: MA, MIT Press, 1990, p. 11.
- FERRY, J.-M., «Raison théorique et raison pratique», (1991) 36 *Archives de philosophie du droit* 11–19.
- FERRY, L. et A. RENAUT, «Droits-libertés et droits-créances — Raymond Aron: critique de Friedrich-A. Hayek», (1985) *Droits* 75.
- FERRY, L. et A. RENAUT, «L'éthique et le droit à l'âge démocratique», (1990) 18 *Cahiers de philosophie politique et juridique* 13.
- FISS, O.M., «Conventionalism», (1985) 58 *Southern California L.R.* 177.
- FISS, O.M., «Groups and the Equal Protection Clause», (1976) 5 *Philosophy and Public Affairs* 107.
- FISS, O.M., «One Century of Antidiscrimination», (1986) 15 *Capital University L.R.* 395.
- FLETCHER, G.P., «The Meaning of Morality», (1989) 64 *Notre Dame L.R.* 805–816.
- FORGET, G., «Aux États-Unis, pensez “LLC” pour vos compagnies», (1996) *Journal du Barreau* 19.
- FOSTER, W.F. et G. PINHEIRO, «Constitutional Protection of the Right to an Education», (1988) 11 *Dalhousie L.J.* 759.
- FOUCHER, P., «Les droits linguistiques en matière scolaire», dans M. BASTARACHE (dir.), *Les droits linguistiques au Canada*, Cowansville, Yvon Blais, 1986, p. 269.
- FRIED, C., «Individual and Collective Rights in Work Relations: Reflections on the Current State of Labor Law and Its Prospects», (1984) 51 *University of Chicago L.R.* 1012–1040.
- FRIED, C., «Liberalism, Community, and the Objectivity of Values», (1983) 96 *Harvard L.R.* 960.
- FRIEDMAN, D., «A Positive Account of Property Rights», dans E.F. PAUL, F.D. MILLER et J. PAUL (dir.), *Property Rights*, Cambridge, Cambridge U.P., 1994, pp. 1–16.

- GADAMER, H.-G., «Rhétorique, herméneutique et critique de l'idéologie — Commentaires métacritiques de "Wahrheit und Methode"», (1971) 34 *Archives de philosophie* 207.
- GALANTER, M., «The Problem of Group Membership: Some Reflections on the Judicial View of Indian Society», (1962) 4 *Journal of the Indian Law Institute* 331-358.
- GALEOTTI, A.E., «Citizenship and Equality — The Place for Toleration», (1993) 21 *Political Theory* 585-605.
- GARET, R.R., «Communitarity and Existence: The Rights of Groups», (1983) 56 *Southern California L.R.* 1001.
- GEDICKS, F.M., «Toward a Constitutional Jurisprudence of Religious Group Rights», (1989) *Wisconsin L.R.* 99-169.
- GEWIRTH, A., «Are There Any Absolute Rights?», dans J. WALDRON (dir.), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford U.P., 1984, p. 91.
- GLANCE, N.S. et B.A. HUBERMAN, «The Dynamics of Social Dilemmas», (1994) *Scientific American* 76-81.
- GLAVOVIC, P.D., «Environmental 'Group' Rights for Indigenous South Africans», (1991) 108 *The South African L.J.* 67.
- GLAZER, N., «Individual Rights Against Group Rights», dans E. KAMENKA et A.E.-S. TAY (dir.), *Human Rights*, London, Edward Arnold, 1978, pp. 87-103.
- GOLDSMITH, D.J., «Individual vs. Collective Rights: The Indian Child Welfare Act», (1990) 13 *Harvard Women's L.J.* 1.
- GOLSONG, H., «Évolution de la conception des droits collectifs dans la politique internationale», (1980) 32 *Annales de la Faculté de droit et des sciences politiques et de l'Institut de recherches juridiques, politiques et sociales de Strasbourg* 137-147.
- GORDON, M., «Toward a General Theory of Racial and Ethnic Group Relations», dans N. GLAZER et D. MOYNIHAN (dir.), *Ethnicity, Theory and Experience*, Cambridge: MA, Harvard U.P., 1975, pp. 84.
- GOTLIEB, A., «The Changing Canadian Attitude to the United Nations Role in Protecting and Developing Human Rights», dans A. GOTLIEB (dir.), *Human Rights, Federalism and Minorities — Les droits de l'homme, le fédéralisme et les minorités*, Toronto, Canadian Institute of International Affairs, 1970, pp. 16-53.
- GOYARD-FABRE, S., «De la signification de quelques problèmes juridiques à l'âge démocratique», (1990) 18 *Cahiers de philosophie politique et juridique* 25.
- GREEN, L., «Are Language Rights Fundamental?», (1987) 25 *Osgoode Hall L.J.* 639-669.
- GREEN, L., «Law, Legitimacy, and Consent», (1989) 62 *Southern California L.R.* 795.
- GREEN, L., «Two Views of Collective Rights», (1991) 4 *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 315.

- GREEN, L.C., «Protection of Minorities in the League of Nations and the United Nations», dans A. GOTLIEB (dir.), *Human Rights, Federalism and Minorities — Les droits de l'homme, le fédéralisme et les minorités*, Toronto, Canadian Institute of International Affairs, 1970, pp. 180–210.
- GREENBERG, «Race Relations and Group Interests in the Law», (1959) 13 *Rutgers L.R.* 503.
- GREENE, M., «The Passions of Pluralism — Multiculturalism and the Expanding Community», (1992) 61 *Journal of Negro Education* 250–261.
- GRIFFIN, J., «Are There Incommensurable Values?», (1978) 7 *Philosophy and Public Affairs* 39.
- GRUNDMANN, R. et C. MANTZIARIS, «Fundamentalist Intolerance or Civil Disobedience — Strange Loops in Liberal Theory», (1991) 19 *Political Theory* 572–605.
- GRZEGORCZYK, C., «Le droit comme interprétation officielle de la réalité», (1990) 11 *Droits* 31.
- GUELKE, A., «Ethnic Rights and Majority Rule — The Case of South-Africa», (1992) 13 *International Political Science Review* 415–432.
- GUIBENTIE, P., «Et Habermas? Le droit dans l'oeuvre de Jürgen Habermas — Éléments d'orientation», (1989) 11 *Droit et Société* 159.
- GUTTMAN, J.E., «Primary Elections and the Collective Right of Freedom of Association», (1984) 94 *Yale L.J.* 117.
- HAARSCHER, G., «Les droits collectifs contre les droits de l'homme», (1986) *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 231.
- HABERMAS, J., «Adress: Multiculturalism and the Liberal State», (1995) 47 *Stanford L.R.* 849.
- HANDELMAN, S., «The Russian 'Mafiya'», (1994) 73 *Foreign Affairs* 83–96.
- HANNEMAN, A.J., «Independence and Group Rights in the Baltics: A Double Minority Problem», (1995) 35 *Virginia Journal of International Law* 485
- HARBISON, J.S., «The Broken Promise Land: An Essay on Native American Tribal Sovereignty Over Reservation Resources», (1995) 14 *Stanford Environmental L.J.* 347
- HAREL, A., «Free Speech Revisionism: Doctrinal and Philosophical Challenges— Review of *Democracy and the Problem of Free Speech* by Cass R. Sunstein» (1993) 74 *Boston University L.R.* 687.
- HARING, D.G., «Racial Differences and Human Resemblances», dans M.L. BARRON (dir.), *American Minorities — A Textbook of Readings in Intergroup Relations*, New York, Alfred A. Knopf, 1957, pp. 33–41.
- HARPER, L.A., «Classroom v. Courtroom — Is The Right to Education Fundamental?», (1990) 51 *Montana L.R.* 509.
- HARRIS, N.S., «Education by Right? Breach of the Duty to Provide 'Sufficient' Schools», (1990) 53 *Modern L.R.* 525.

- HART, H.L.A., «Are There Any Natural Rights?», dans J. WALDRON (dir.), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford U.P., 1984, p. 77.
- HART, H.L.A., «Between Utility and Rights», (1979) 79 *Columbia L.R.* 828–846.
- HARTNEY, M., «Le concept juridique de droit collectif», dans G. LAFRANCE (dir.), *Éthique et droits fondamentaux*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 1990, p. 264.
- HARTNEY, M., «Some Confusions Concerning Collective Rights», (1991) 4 *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 293.
- HEAD, I.L., «Regional Developments Respecting Human Rights: The Implications for Canada», dans A. GOTLIEB (dir.), *Human Rights, Federalism and Minorities — Les droits de l'homme, le fédéralisme et les minorités*, Toronto, Canadian Institute of International Affairs, 1970, pp. 228–243.
- HECHTER, M., «The Dynamics of Secession», (1992) 35 *Acta Sociologica* 267–283.
- HEINER, R.A., «Rule-Governed Behavior in Evolution and Human Society», (1990) 1 *Constitutional Political Economy* 19.
- HEINER, R.A., «The Origin of Predictable Behavior», (1983) 73 *American Economic Review* 560.
- HERZ, A.D., «Gun Crazy: Constitutional False Consciousness and Dereliction of Dialogic Responsibility», (1995) 75 *Boston U.L.R.* 57.
- HETTNE, B., «Neo-Mercantilism: The Pursuit of Regionness», (1993) 28 *Cooperation and Conflict* 211–232.
- HOLMES, S., «The Community Trap», (1988) *The New Republic* 24–28.
- HONORÉ, A.M., «Groups, Laws, and Obedience», dans A.W.B. SIMPSON (dir.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford, Oxford U.P., 1973, p. 2.
- HONORÉ, A.M., «What is a Group?», (1975) 61 *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 161–179.
- HORMATS, R.D., «Making Regionalism Safe», (1994) 73 *Foreign Affairs* 97–108.
- HUMPHREY Jr., H.H., «The Stranger at Our Gate», dans M.L. BARRON (dir.), *American Minorities — A Textbook of Readings in Intergroup Relations*, New York, Alfred A. Knopf, 1957, pp. 240–260.
- HUMPHREY, J.P., «The World Revolution and Human Rights», dans A. GOTLIEB (dir.), *Human Rights, Federalism and Minorities — Les droits de l'homme, le fédéralisme et les minorités*, Toronto, Canadian Institute of International Affairs, 1970, pp. 147–179.
- IONESCU, G., «The Relevance of Switzerland for Modern Politics», (1988) 23 *Government and Opposition* 3–12.
- JACOBS, L.A., «Bridging the Gap Between Individual and Collective Rights With the Idea of Integrity», (1991) 4 *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 375.
- JACOBS, L.A., «The Enabling Model of Rights», (1993) XLI *Political Studies* 381–393.

- JOHNSON, R., «Negro Reactions to Minority Group Status», dans M.L. BARRON (dir.), *American Minorities — A Textbook of Readings in Intergroup Relations*, New York, Alfred A. Knopf, 1957, pp. 192–212.
- JOHNSTON, D.M., «Native Rights and Collective Rights: A Question of Group Self-Preservation», (1989) 2 *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 19.
- JOKAY, C.Z., «Can Romania Learn from Swiss Example?», (1990) *Christian Science Monitor* 19.
- JOSEPH, B., «Nationality: Definition of Terms», dans M.L. BARRON (dir.), *American Minorities — A Textbook of Readings in Intergroup Relations*, New York, Alfred A. Knopf, 1957, pp. 69–73.
- KADEN, Lewis B., «Politics, Money, and State Sovereignty: The Judicial Role», (1979) 79 *Columbia L.R.* 847.
- KAHN, P.W., «Community in Contemporary Constitutional Theory», (1989) 99 *Yale L.J.* 1.
- KALLEN, E., «Ethnicity and Collective Rights in Canada», dans L. DRIEDGER (dir.), *Ethnic Canada*, Toronto, Copp Clark Pitman, 1987, p. 325.
- KAMENKA, E., «Human Rights, Peoples' Rights», dans J. CRAWFORD (dir.), *The Rights of Peoples*, Oxford, Clarendon Press, 1988, pp. 127–139.
- KAY, J., «The Economics of Intellectual Property Rights», (1993) 13 *International Review of Law and Economics* 337–348.
- KELLY, M., «The Gadamer-Habermas Debate Revisited: The Question of Ethics», dans D. RASMUSSEN (dir.), *Universalism vs. Communitarianism — Contemporary Debates in Ethics*, Cambridge: MA, MIT Press, 1990, p. 139.
- KENNEDY, D., «The Stages of the Decline of the Private/Public Distinction», (1980) 130 *University of Pennsylvania L.R.* 1349.
- KEYNES, J.M., «The General Theory of Employment», (1937) *Quarterly Journal of Economics* 51.
- KINGSBURY, B., «Group Rights and Discrimination in International Law, by N. Lerner», (1992) 68 *International Affairs* 529–530.
- KIRZNER, I., «“Spontaneous Order” — A Complex Idea», (1982) 5 *Literature of Liberty* 7.
- KIRZNER, I., «Discovery, Private Property and the Theory of Justice in Capitalist Society», (1990) 1 *Journal des économistes et des études humaines* 209.
- KIRZNER, I., «Les dangers de la réglementation — Une approche par les processus du marché», (1988) 2–40.
- KLEIN, C., «Les droits de l'homme: droits collectifs ou droits individuels?», (1980) 32 *Annales de la Faculté de droit et des sciences politiques et de l'Institut de recherches juridiques, politiques et sociales de Strasbourg* 26–34.
- KLEY, R., «Hayek, F.A. — Idea of a Spontaneous Social Order — A Critical Analysis», (1992) 44 *Kolner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 12–34.

- KLINERBER, O., «Racial Psychology», dans M.L. BARRON (dir.), *American Minorities — A Textbook of Readings in Intergroup Relations*, New York, Alfred A. Knopf, 1957, pp. 41-52.
- KODJO, E., «La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples», (1989) 1 *Revue universelle des droits de l'homme* 29-34.
- KORN, J.B., «Collective Rights and Individual Remedies: Rebalancing the Balance After *Lingle v. Norge Division of Magic Chef, Inc.*», (1990) 41 *Hastings L.J.* 1149-1196.
- KRUGMAN, P., «Competitiveness: A Dangerous Obsession», (1994) 73 *Foreign Affairs* 28-44.
- KUKATHAS, C., «Are There Any Cultural Rights?», (1992) 20 *Political Theory* 105-139.
- KUKATHAS, C., «Cultural Rights Again — A Rejoinder to Kymlicka», (1992) 20 *Political Theory* 674-680.
- KYMLICKA, W., «Affirmative Action and Justice — A Philosophical and Constitutional Inquiry, by M. Rosenfeld», (1991) 24 *Canadian Journal of Political Science — Revue canadienne de science politique* 892-894.
- KYMLICKA, W., «Liberalism and Communitarianism», (1988) 18 *Canadian Journal of Philosophy* 181.
- KYMLICKA, W., «Liberalism and the Politicization of Ethnicity», (1991) 4 *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 239.
- KYMLICKA, W., «Secession: The Morality of Political Divorce from Fort Sumter to Lithuania and Quebec by Allen Buchanan — Book Review», (1992) 20 *Political Theory* 527-532.
- KYMLICKA, W., «The Rights of Minority Cultures — Reply to Kukathas», (1992) 20 *Political Theory* 140-146.
- LAPONCE, J.A., «Reducing the Tensions Resulting from Language Contacts: Personal or Territorial Solutions», dans D. SCHNEIDERMAN (dir.), *Language and the State — The Law and Politics of Identity*, Montréal, Yvon Blais, 1992, pp. 173-180.
- LAUR, E., «Minorités multiples», (1995) 5 *Dire* 14.
- LEBOUTHILLIER, Y., «L'affaire Mahé et les droits scolaires: difficultés de mise en oeuvre d'un droit proportionnel aux effets d'une minorité», (1990) 22 *Revue de droit d'Ottawa* 77.
- LEE, L.T., «Planet Earth 2025: 10 Billions Served?», (1995) 6 *Colorado Journal of International Environmental Law & Policy* 227.
- LEGAULT, J., «Les dangers d'une Charte des droits enchaînée pour un Québec indépendant», (1992) 19 *Philosophiques* 145.
- LENIHAN, D., «Liberalism and the Problem of Cultural Membership: A Critical Study of Kymlicka», (1991) 4 *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 401.

- LENOBLE, J. et A. BERTEN, «Jugement juridique et jugement pratique: de Kant à la philosophie du langage», (1990) *Revue de Métaphysique et de Morale* 339.
- LEPENIES, W., «Anthropologie et critique sociale: À propos de la controverse entre Arnold Gehlen et Jürgen Habermas», (1971) 3 *Le domaine humain/The Human Context* 205.
- LESLIE, P.M., «Les droits des minorités ethniques et nationales — l'aspect politique et collectif», (1986) 27 *Cahiers de Droit* 161.
- LEUPRECHT, P., «Droits individuels et droits collectifs dans la perspective du droit au développement», *Droits de l'homme et droit au développement*, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 9.
- LEVIN, M., «The Morality of Groups: Collective Responsibility, Group-Based Harm, and Corporate Rights — Book Review», (1989) 6 *Constitutional Commentary* 523-532.
- LOAN, A., «Institutional Bases of the Spontaneous Order: Surety and Assurance», (1992) 7 *Humane Studies Review* 3.
- LOMASKY, L.E., «Rights Without Stilts», (1989) 12 *Harvard Journal of Law & Public Policy* 775.
- LYND, S., «Communal Rights», (1984) 62 *Texas L.R.* 1417.
- LYONS, D., «The Correlativity of Rights and Duties», (1970) 4 *Nous* 48.
- LYONS, D., «Utility and Rights», dans J. WALDRON (dir.), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford U.P., 1984, pp. 110.
- M'BAYE, K., «Le droit au développement comme un droit de l'homme», (1972) 5 *Revue des droits de l'homme* 503.
- MacCORMICK, N., «Le raisonnement juridique», (1988) 33 *Archives de philosophie du droit* 99-112.
- MACDONALD, M., «Natural Rights», dans J. WALDRON (dir.), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford U.P., 1984, p. 21.
- MACK, E., «Comment: A Costly Road to Natural Law», (1989) 12 *Harvard Journal of Law & Public Policy* 753.
- MACKAAY, E., «An Economic View of Information Law», dans W.F. KORTHALS ALTES, E.J. DOMMERING, P.B. HUGENHOLTZ et J.J.C. KABEL (dir.), *Information Law Towards the 21st Century*, Antwerp, Kluwer, 1992, pp. 43-65.
- MACKAAY, E., «L'ordre spontané comme fondement du droit — un survol des modèles de l'émergence des règles dans la société civile», (1988) 22 *Revue juridique Thémis* 347-383.
- MACKAAY, E., «Le droit saisi par le jeu», (1991) 17-18 *Droit et Société* 57-81.
- MACKAAY, E., «Le paradoxe des droits acquis», dans *De l'ancienne à la nouvelle économie — Essais à l'occasion de la dixième Université d'été de la nouvelle économie*, Aix-en-Provence, Librairie de l'Université, 1987, pp. 205-219.
- MACKAAY, E., «Règle et décision en droit», dans D. BOURCIER et P. MACKAY (dir.), *Lire le droit — Langue, texte, cognition*, Paris, L.G.D.J., 1992, p. 41.

- MACKAAY, E., «The Public's Right to Information», dans W.F. KORTHALS ALTES, E.J. DOMMERING, P.B. HUGENHOLTZ et J.J.C. KABEL (dir.), *Information Law Towards the 21st Century*, Antwerp, Kluwer, 1992, pp. 167-175.
- MACKAY, A.W., «Public Education in Nova Scotia: Legal Rights, Fleeting Privileges or Political Rhetoric?», (1984) 8 *Dalhousie L.J.* 137.
- MACKIE, J.L., «Can There Be A Right-Based Moral Theory?», dans J. WALDRON (dir.), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford U.P., 1984, p. 168.
- MACKIE, J.L., «Rules and Reason», dans M.A. STEWART (dir.), *Law, Morality and Rights*, Dordrecht, D. Reidel, 1983, pp. 31-42.
- MacKINNON, F., «When "Rights" Are Wrong: With Examples from Atlantic Canada», dans N. NEVITTE (dir.), *Minorities and the Canadian State*, Oakville, Mosaic Press, 1985, pp. 193-202.
- MACMILLAN, C.M., «Linking Theory to Practice: Comments on "The Constitutional Protection of Language"», dans D. SCHNEIDERMAN (dir.), *Language and the State — The Law and Politics of Identity*, Montréal, Yvon Blais, 1992, pp. 59-68.
- MAGNET, J.E., «Collective Rights, Cultural Autonomy and the Canadian State», (1986) 32 *McGill L.J.* 170-186.
- MAGNET, J.E., «Multiculturalisme et droits collectifs: vers une interprétation de l'article 27», dans G.A. BEAUDOIN et E. RATUSHNY (dir.), *Charte canadienne des droits et libertés*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, p. 817.
- MAILHOT, L., «La liberté syndicale: Droits collectifs et droits individuels — Commentaires», dans R. BLOUIN et al. (dir.), *Le Code du travail du Québec, 15 ans après...*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1979,.
- MAKINSON, D., «On Attributing Rights to All Peoples: Some Logical Questions», (1989) 8 *Law and Philosophy* 53.
- MAKINSON, D., «Rights of Peoples: Point of View of a Logician», dans J. CRAWFORD (dir.), *The Rights of Peoples*, Oxford, Clarendon Press, 1988, pp. 69-92.
- MCCARTHY, M.M., «Secular Humanism and Education», (1990) 19 *Journal of Law & Education* 467.
- MCCAUGHAN, E., «Human Rights and Peoples' Rights: An Introduction», (1989) 16 *Social Justice* 1-7.
- MCCONNELL, M.W., «The Role of Democratic Politics in Transforming Moral Conviction into Law», (1989) 98 *Yale L.J.* 1501.
- MCDONALD, M., «Collective Rights and Tyranny», (1986) 56 *Revue de l'Université d'Ottawa/University of Ottawa Quarterly* 115.
- MCDONALD, M., «Collective Rights in International Relations», dans W. CRAGG, L. LAROUCHE et G. JARON LEWIS (dir.), *Challenging the Conventional: Essays in Honour of Ed Newbery*, Burlington: Ont., Trinity Press, 1989, pp. 115-127.

- McDONALD, M., «Questions About Collective Rights», dans D. SCHNEIDERMAN (dir.), *Language and the State — The Law and Politics of Identity*, Montréal, Yvon Blais, 1992, pp. 3–25.
- McDONALD, M., «Should Communities Have Rights? Reflections on Liberal Individualism», (1991) 4 *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 217.
- McDONALD, M., «The Forest in the Trees: Collective Rights as Basic Rights», dans G. LAFRANCE (dir.), *Éthique et droits fondamentaux*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 1990, p. 230.
- MCGEE, R.W., «The Theory of Secession and Emerging Democracies — A Constitutional Solution», (1992) 28 *Stanford Journal of International Law* 451–476.
- McRAE, K.D., «Precepts for Linguistic Peace: The Case of Switzerland», dans D. SCHNEIDERMAN (dir.), *Language and the State — The Law and Politics of Identity*, Montréal, Yvon Blais, 1992, pp. 167–172.
- McRAE, K.D., «The Constitutional Protection of Linguistic Rights in Bilingual and Multilingual States.», dans A. GOTLIEB (dir.), *Human Rights, Federalism and Minorities — Les droits de l'homme, le fédéralisme et les minorités*, Toronto, Canadian Institute of International Affairs, 1970, pp. 211–227.
- MENDELSON, J., «The Habermas-Gadamer Debate», (1979) *New German Critique* 44.
- MENTZEL, P., «Nationalism», (1992) 8 *Humane Studies Review* 1.
- MEYER, E.T., «Boroughs», dans J.F. WILLARD, W.A. MORRIS et W.H. DUNHAM (dir.), *The English Government at Work, 1327–1336*, Cambridge: MA, Mediaeval Academy of America, 1950, pp. 105–141.
- MEYERHOFF, T., «Multiculturalism and Language Rights in Canada: Problems and Prospects for Equality and Unity», (1996) 9 *American University Journal of International Law & Policy* 913.
- MICHELMAN, F., «Law's Republic», (1988) 97 *Yale L.J.* 1493.
- MICHELMAN, F.I., «Personal but not Split: Radin Versus Rorty», (1990) 63 *Southern California L.R.* 1783.
- MICHELMAN, F.I., «Political Markets and Community Self-Determination: Competing Judicial Models of Local Government Legitimacy», (1977) 53 *Indiana L.J.* 145.
- MICHELMAN, F.I., «The Supreme Court 1985 Term — Foreword: Traces of Self-Government», (1986) 100 *Harvard L.R.* 4.
- MINTZ, A., «Non-Adaptive Group Behavior», (1951) 46 *Journal of Abnormal Psychology* 150.
- MITCHELL, R.H., «Tying Privacy in *Knotts*: Beeper Monitoring and Collective Fourth Amendment Rights», (1985) 71 *Virginia L.R.* 297–341.
- MORTON, F.L., «Group Rights versus Individual Rights in the Charter: The Special Cases of Natives and the Quebecois», dans N. NEVITTE et A. KORNBERG (dir.), *Minorities and the Canadian State*, Oakville, Mosaic Press, 1985, pp. 71–85.

- MOUSTAKAS, J., «Group Rights in Cultural Property: Justifying Strict Inalienability», (1989) 74 *Cornell L.R.* 1179.
- MULDOON, J.B., «The Development of Group Rights», dans J.A. SIGLER (dir.), *Minority Rights: A Comparative Analysis*, Westport (CT), Greenwood Press, 1983, pp. 31–66.
- NARIMAN, F., «Minority Rights», (1984) *The New Zealand L.J.* 211–213.
- NARVESON, J., «Collective Rights?», (1991) 4 *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 329.
- NARVESON, J., «Commentary on Feinberg's The Nature and Value of Rights», (1970) *Journal of Value Inquiry* 258.
- NEDERMAN, C.J., «Freedom, Community and Function: Communitarian Lessons of Medieval Political Theory», (1992) 86 *American Political Science Review* 977–986.
- NETTHEIM, G., «'Peoples' and 'Populations' — Indigenous Peoples and the Rights of Peoples», dans J. CRAWFORD (dir.), *The Rights of Peoples*, Oxford, Clarendon Press, 1988, pp. 107–126.
- NIELSEN, K., «Marx and the Enlightenment Project», (1988) 2 *Critical Review* 59–75.
- NINO, C.S., «The Communitarian Challenge to Liberal Rights», (1989) 8 *Law and Philosophy* 37.
- NOEL, L., «Individual Rights Versus Collective Rights in Canada», (1992) 34 *Liberté* 72–75.
- NONET, P., «What Is Positive Law?», (1990) 100 *Yale L.J.* 667.
- O'KANE, R.H.T., «Against Legitimacy», (1993) XLI *Political Studies* 471–487.
- OLSON, M., «Economic Nationalism and Economic Progress», dans W.J. BOOTH, P. JAMES et H. MEADWELL (dir.), *Politics and Rationality*, Cambridge, Cambridge U.P., 1993, pp. 217–239.
- OVERSTREET, H.A., «Some Contributions of Science to the Easing of Group Tensions», dans M.L. BARRON (dir.), *American Minorities — A Textbook of Readings in Intergroup Relations*, New York, Alfred A. Knopf, 1957, pp. 513–518.
- PALMER, T.G., «Gadamer's Hermeneutics and Social Theory», (1987) 1 *Critical Review* 91–108.
- PATENAUDE, P., «Dimension collective des droits fondamentaux: le rôle de l'Eglise», (1990) 46 *Laval Théologique et Philosophique* 167–175.
- PATENAUDE, P., «The Right to Flourish According to One's Own Culture», (1978) *Special Lecture of the Law Society of Upper Canada* 37.
- PESTIEAU, J., «Minority Rights: Caught Between Individual Rights and Peoples' Rights», (1991) 4 *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 361.
- PETERS, R.S., «Moral Development and Moral Learning», (1974) *The Monist* 58.

- PETERSEN, R., «A Community-Based Theory of Rebellion», (1993) 34 *Archives européennes de sociologie* 41-78.
- PETERSON, R.A., «La fabrication de l'authenticité — La country music», (1992) 93 *Actes de La Recherche En Sciences Sociales* 3-19.
- PHILONENKO, A., «Introduction», dans E. KANT (dir.), *Métaphysique des mœurs — Doctrine du droit*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1988, pp. 27-77.
- PITKIN, H., «A Comment on Professor Waldron», (1989) 77 *California L.R.* 591-594.
- PROTT, L.V., «Cultural Rights as Peoples' Rights in International Law», dans J. CRAWFORD (dir.), *The Rights of Peoples*, Oxford, Clarendon Press, 1988, pp. 93-106.
- PROULX, D., «La Loi 101, la clause-Québec et la Charte canadienne devant la Cour suprême: un cas d'espèce?», (1985) 16 *Revue générale de droit* 167.
- PROULX, J.-P., «Les normes périjuridiques dans l'idéologie québécoise et canadienne en matière de langue d'enseignement», (1988) 19 *Revue générale de droit* 209.
- PRZETACZNIK, F., «The Basic Collective Human Right to Self-Determination of Peoples and Nations as a Prerequisite for Peace», (1990) 8 *New York Law School Journal of Human Rights* 49-109.
- PRZETACZNIK, F., «The Concept of Genuine and Just Peace as a Basic Collective Human Right», (1989) 6 *New York Law School Journal of Human Rights* 237.
- RADIN, M.J., «Reconsidering the Rule of Law», (1989) 69 *Boston University L.R.* 781.
- RAZ, J., «Authority and Consent», (1981) 1 *Virginia L.R.* 103.
- RAZ, J., «Facing Up: A Reply», (1989) 62 *Southern California L.R.* 1153.
- RAZ, J., «Right-Based Moralities», dans J. WALDRON (dir.), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford U.P., 1984, p. 182.
- RAZ, J., «The Nature of Rights», (1984) 93 *Mind* 194.
- RÉAUME, D. et L. GREEN, «Education and Linguistic Security in the Charter», (1989) 34 *McGill L.J.* 777.
- RÉAUME, D., «Group Rights and Participatory Goods», dans G. LAFRANCE (dir.), *Éthique et droits fondamentaux*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 1990, p. 242.
- RÉAUME, D., «Individuals, Groups, and Rights to Public Goods», (1988) 38 *University of Toronto L.J.* 1.
- RÉAUME, D., «Language Rights, Remedies, and the Rule of Law», (1988) 1 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*
- RÉAUME, D.G., «The Constitutional Protection of Language: Survival or Security?», dans D. SCHNEIDERMAN (dir.), *Language and the State — The Law and Politics of Identity*, Montréal, Yvon Blais, 1992, pp. 37-57.

- REEKIE, W.D., «The Morals and Ethics of Austrianism», dans W.D. REEKIE (dir.), *Markets, Entrepreneurs and Liberty: An Austrian View of Capitalism*, London, Wheatshen Books, 1984, p. 170.
- REIMANN, M., «How Children Become Prejudiced», dans M.L. BARRON (dir.), *American Minorities — A Textbook of Readings in Intergroup Relations*, New York, Alfred A. Knopf, 1957, pp. 94–104.
- RENAUT, A., «Faut-il être ce que l'on est? Authenticité et sincérité», *Politesses et sincérité*, Paris, Esprit, 1994, pp. 135–151.
- RENAUT, A., «La philosophie comme philosophie (critique) du droit», (1988) 33 *Archives de philosophie du droit* 91–98.
- RENAUT, A., «Politique de l'entendement, politique de la raison — De Raymond Aron à Fichte», (1989) 15 *Cahiers de philosophie politique et juridique* 27.
- REYNOLDS, W.B., «Individualism vs. Group Rights: The Legacy of Brown», (1984) 93 *Yale L.J.* 995.
- RICH, R., «The Right to Development: A Right of Peoples?», dans J. CRAWFORD (dir.), *The Rights of Peoples*, Oxford, Clarendon Press, 1988, pp. 39–54.
- RICOEUR, P., «Herméneutique et critique des idéologies», dans E. CASTELLI (dir.), *Démythisation et idéologie*, Paris, Aubier, 1973, pp. 25.
- RICOEUR, P., «John Rawls: de l'autonomie morale à la fiction du contrat social», (1990) *Revue de métaphysique et de morale* 367–384.
- RIOUX, M., «Quebec — From a Minority Complex to a Majority Behavior», dans H.J. TOBIAS et C.E. WOODHOUSE (dir.), *Minorities and Politics*, Albuquerque, University of New Mexico Press, 1969, pp. 39–52.
- RIVERO, J., «Les droits de l'homme: droits individuels ou droits collectifs?», (1980) 32 *Annales de la Faculté de droit et des sciences politiques et de l'Institut de recherches juridiques, politiques et sociales de Strasbourg* 17–25.
- RIZZO, M.J., «Spontaneous Orders: Deterministic or Nondeterministic?», (1982) 5 *Literature of Liberty* 6.
- ROBACK, J., «Plural But Equal — Group Identity and Voluntary Integration», (1991) 8 *Social Philosophy & Policy* 60–80.
- ROBACK, J., «The Political Economy of Segregation: The Case of Segregated Streetcars», (1986) 66 *The Journal of Economic History* 893–917.
- ROBINSON, J., «International Protection of Minorities, A Global View», (1971) *Israel Yearbook on Human Rights* 61–102.
- ROCHE, J.P. et M.M. GORDON, «Can Morality Be Legislated?», dans M.L. BARRON (dir.), *American Minorities — A Textbook of Readings in Intergroup Relations*, New York, Alfred A. Knopf, 1957, pp. 490–496.
- ROSE, A.M., «The Causes of Prejudice», dans M.L. BARRON (dir.), *American Minorities — A Textbook of Readings in Intergroup Relations*, New York, Alfred A. Knopf, 1957, pp. 73–93.
- ROY, J., «Le despotisme de la liberté contre la tyrannie», (1986) 56 *Revue de l'Université d'Ottawa/University of Ottawa Quarterly* 41–53.

- RUDIN, R., «Collective Rights, the English-Speaking Minority and the Québec Government 1867–1988», dans D. SCHNEIDERMAN (dir.), *Language and the State — The Law and Politics of Identity*, Montréal, Yvon Blais, 1992, pp. 243–250.
- SABOURIN, L., «Le fédéralisme et les conventions internationales des droits de l'homme», dans A. GOTLIEB (dir.), *Human Rights, Federalism and Minorities — Les droits de l'homme, le fédéralisme et les minorités*, Toronto, Canadian Institute of International Affairs, 1970, pp. 67–107.
- SAMUEL, G., «The Challenge of Artificial Intelligence: Can Roman Law Help Us Discover Whether Law Is a System of Rules?», (1991) 11 *Legal Studies* 24.
- SANDEL, M.J., «Moral Argument and Liberal Toleration: Abortion and Homosexuality», (1989) 77 *California L.R.* 521.
- SANDERS, D., «Collective Rights», (1991) 13 *Human Rights Quarterly* 368–386.
- SARBANES M. et K. SKULLNEY, «Taking Communities Seriously: Should Community Associations Have Standing in Maryland?», (1995) 6 *Maryland Journal of Contemporary Legal Issues* 283.
- SAX, M., «The Legitimacy of Collective Values: The Case of the Public Lands», (1985) 56 *University of Colorado* 537.
- SCANLON, T.M., «Rights, Goals, and Fairness», dans J. WALDRON (dir.), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford U.P., 1984, p. 137.
- SCHAUER, F., «The Questions of Authority», (1992) 81 *Georgetown L.J.* 95–115.
- SCHMITT, C., «Le droit comme unité d'ordre (Ordnung) et de localisation (Ortung)», (1990) 11 *Droits* 77.
- SCHRÖTER, F., «La plasticité des droits», dans O. HÖFFE (dir.), *La politique et les droits*, Caen, Centre de Philosophie Politique et Juridique de l'Université de Caen, 1992, pp. 91–108.
- SCHWALBE, M.L., «The Autogenesis of the Self», (1991) 21 *Journal for the Theory of Social Behavior* 269–295.
- SCHWARTZ, B., «Comments», dans D. SCHNEIDERMAN (dir.), *Language and the State — The Law and Politics of Identity*, Montréal, Yvon Blais, 1992, pp. 27–32.
- SELZNICK, P., «The Idea of a Communitarian Morality», (1989) 77 *Southern California L.R.* 445.
- SENESE, S., «External and Internal Self-Determination», (1989) 16 *Social Justice* 19–23.
- SÈVE, R., «L'institution juridique: imposition et interprétation», (1990) *Revue de métaphysique et de morale* 311–337.
- SÈVE, R., «John Rawls et la philosophie politique», dans C. AUDARD (dir.), *Individu et justice sociale — autour de John Rawls*, Paris, Seuil, 1988, p. 23.
- SILCOX, C.E. et G.M. FISHER, «The Social Significance of Religious Differences», dans M.L. BARRON (dir.), *American Minorities — A Textbook of Readings in Intergroup Relations*, New York, Alfred A. Knopf, 1957, pp. 52–67.

- SIMMONDS, N.E., «Between Positivism and Idealism», (1991) 50 *Cambridge L.J.* 308.
- SIMMONS, A.J., «Voluntarism and Political Associations», (1981) 67 *Virginia L.R.* 19-37.
- SIMPSON, P., «Liberalism, State, and Community», (1994) 8 *Critical Review* 159-173.
- SINGER, J.W., «The Player and the Cards», (1984) 94 *Yale L.J.* 1-70.
- SLATTERY, B., «Rights, Communities, and Tradition», (1991) 41 *University of Toronto L.J.* 447.
- SMITH, A.D., «Chosen Peoples: Why Ethnic Groups Survive», (1992) 15 *Ethnic and Racial Studies* 436-456.
- SMITH, A.D., «The Myth of the Modern Nation and the Myths of Nations», (1988) 11 *Ethnic and Racial Studies* 1-26.
- SMITH, A.D., «The Nation — Invented, Imagined, Reconstructed», (1991) 20 *Millennium — Journal of International Studies* 353-368.
- SMITH, A.D., «The Origins of Nations», (1989) 12 *Ethnic and Racial Studies* 340-367.
- SMITH, J.A.C., «The Right to an Appropriate Education: A Comparative Study», (1980) 12 *Ottawa L.R.* 367.
- SMITH, W.C., «The Process of Assimilation», dans M.L. BARRON (dir.), *American Minorities — A Textbook of Readings in Intergroup Relations*, New York, Alfred A. Knopf, 1957, pp. 429-434.
- SOHN, L.B., «The New International Law: Protection of the Rights of Individuals Rather Than States», (1982) 32 *American University L.R.* 1.
- SOSOE, L.K., «Individu ou communauté: la nouvelle critique du libéralisme politique», (1988) 33 *Archives de philosophie du droit* 77.
- SOSOE, L.K., «Le contractualisme et la question des nationalités», (1992) 19 *Philosophiques* 29-40.
- SOWELL, T., «The Economics of Discrimination», dans T. SOWELL (dir.), *Markets and Minorities*, New York, Basic Books, 1981, p. 19.
- STAAR, R. et L.D. ALESSI, «The Common Law Process: Efficiency or Order», (1991) 2 *Constitutional Political Economy* 107.
- STAVENHAGEN, R., «Droits de l'homme et droits des peuples — La question des minorités», dans *L'universalité est-elle menacée?*, New York, Nations Unies, 1987, p. 71.
- STEINBERG, J., «Imitation of Switzerland: Historical Reflections», (1988) 23 *Government and Opposition* 13-20.
- STERBA, J.P., «Liberalism, Community, and Culture, by W. Kymlicka», (1992) 103 *Ethics* 152-154.

- STEVENSON, P., «Political Culture and Intergroup Relations in Plurilingual Switzerland», (1990) 11 *Journal of Multilingual and Multicultural Development* 227-255.
- STOKES, G., «How Is Nationalism Related to Capitalism», (1986) 28 *Comparative Studies in Society and History* 591-598.
- STRASNICK, S., «Individual Rights and the Social: A Choice-Theoretic Analysis», (1982) 10 *Hofstra L.R.* 415.
- SUGDEN, R., «Rights: Why Do They Matter, and To Whom?», (1993) 4 *Constitutional Political Economy* 127-152.
- SUGDEN, R., «Rules for Choosing Among Public Goods—A Contractarian Approach», (1990) 1 *Constitutional Political Economy* 63.
- SUGDEN, R., «Spontaneous Order», (1989) 3 *Journal of Economic Perspectives* 85.
- SUGDEN, R., «Suckers, Free Riders, and Public Goods—A Review of Anthony de Jasay's, *Social Contract, Free Ride* (New York: Oxford U.P., 1989)», (1992) 7 *Humane Studies Review* 1.
- SUMMERS, R.S., «Working Conceptions of "The Law"», dans M.A. STEWART (dir.), *Law, Morality and Rights*, Dordrecht, D. Reidel, 1983, pp. 3-29.
- SUNSTEIN, C.R., «Beyond the Republican Revival», (1988) 97 *Yale L.J.* 1539.
- SUNSTEIN, C.R., «Constitutionalism and Secession», (1991) 58 *University of Chicago L.R.* 633-670.
- SUNSTEIN, C.R., «Constitutionalism, Prosperity, Democracy: Transition in Eastern Europe», (1991) 2 *Constitutional Political Economy* 371.
- TARNOPOLSKY, W.S., «Les droits à l'égalité», dans G.-A. BEAUDOIN et W.S. TARNOPOLSKY, *Charte canadienne des droits et libertés*, 1ère éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1982, p. 497.
- TAYLOR, M. et H. WARD, «Chickens, Whales and Lumpy Goods: Alternative Models of Public Goods Provision», (1982) 30 *Policy Studies* 350.
- TAYLOR, M., «Structure, Culture, and Action in the Explanation of Social Change», dans W.J. BOOTH, P. JAMES et H. MEADWELL (dir.), *Politics and Rationality*, Cambridge, Cambridge U.P., 1993, pp. 89-131.
- TENENBAUM, S., «What Hate Does to the Victims», dans M.L. BARRON (dir.), *American Minorities — A Textbook of Readings in Intergroup Relations*, New York, Alfred A. Knopf, 1957, pp. 412-416.
- THIERRY, F., «Empire et minorité en Chine», dans GROUPEMENT POUR LE DROIT DES MINORITÉS (dir.), *Les minorités à l'âge de l'État-Nation*, Paris, Fayard, 1985, pp. 125-162.
- THIGPEN, R.B., «Liberalism, Community, and Culture, by W. Kymlicka», (1990) 84 *American Political Science Review* 1357-1358.
- THORNBERRY, P., «Is There a Phoenix in the Ashes? — International Law and Minority Rights», (1981) 15 *Texas International L.J.* 421.

- THORNTON, D. et S. THORNTON, «Structure, Content, and the Direction of Development in Kohlberg's Theory», dans H. WEINREICH-HASTE et D. LOCKE (dir.), *Morality in the Making — Thought, Action, and the Social Context*, Chichester, John Wiley & Sons, 1983, pp. 73–85.
- TIEBOUT, C.M., «A Pure Theory of Local Government Expenditures», (1956) *64 Journal of Political Economy* 416–424.
- TOMASI, J., «Individual Rights and Community Virtues», (1991) *101 Ethics* 521–536.
- TOMASI, J., «Secession, Group Rights and the Grounds of Political Obligation», (1992) *8 Humane Studies Review* 3,16–18.
- TREMBLAY, A., «Droits linguistiques — Instruction dans la langue de la minorité», (1983) *16 Canadian Bar Review* 407–413.
- TRIGGS, G., «The Rights of 'Peoples' and Individual Rights: Conflict or Harmony?», dans J. CRAWFORD (dir.), *The Rights of Peoples*, Oxford, Clarendon Press, 1988, pp. 141–157.
- TRUDEAU, P.E., «Les Droits de l'homme et la suprématie parlementaire», dans A. GOTLIEB (dir.), *Human Rights, Federalism and Minorities — Les droits de l'homme, le fédéralisme et les minorités*, Toronto, Canadian Institute of International Affairs, 1970, pp. 3–15.
- TUR, R.H.S., «Justifications of Reverse Discrimination», dans M.A. STEWART (dir.), *Law, Morality and Rights*, Dordrecht, D. Reidel, 1983, pp. 259–294.
- ULLMANN-MARGALIT, E., «Invisible-Hand Explanations», (1978) *39 Synthese* 263.
- UNGER, R.M., «The Critical Legal Studies Movement», (1983) *96 Harvard L.R.* 561–675.
- VALCKE, L., «L'action positive: compensation ou privilège?», dans M.I. KRAUSS (dir.), *Action positive — Théorie et conséquences*, Cowansville: QC, Éd. Yvon Blais, 1989, p. 70.
- VALCKE, L., «Le conséquentialisme kantien», (1990) *1 Journal des économistes et des études humaines* 139.
- VAN DYKE, V., «Collective Entities and Moral Rights: Problems in Democratic Thought», (1982) *44 Journal of Politics* 21.
- VAN DYKE, V., «Human Rights and the Rights of Groups», (1974) *18 American Journal of Political Science* 725–741.
- VAN DYKE, V., «Justice as Fairness: For Groups?», (1975) *69 American Political Science Review* 607–614.
- VAN DYKE, V., «The Cultural Rights of People», (1980) *2 Universal Human Rights* 1.
- VAN DYKE, V., «The Individual, The State, And Ethnic Communities In Political Theory [Why The Question Of Ethnic Group Rights Needs To Be Explored And Interrelationships Between The Rights Of Individuals, Of Groups And Of The State Need To Be Clarified]», (1977) *29 World Politics* 343–69.

- VAN PARIJS, P., «Rawls face aux libertariens», dans C. AUDARD (dir.), *Individu et justice sociale — autour de John Rawls*, Paris, Seuil, 1988, p. 193.
- VANBERG, V. et W. KERBER, «Institutional Competition Among Jurisdictions: An Evolutionary Approach», (1994) 5 *Constitutional Political Economy* 193–219.
- VANBERG, V.J., «Hayek as Constitutional Political Economist», (1989) 36 *Wirtschafts Politische Blätter* 170–182.
- VERGE, P., «L'action d'intérêt collectif», (1984) 25 *Cahiers de droit* 553.
- VINE, I., «The Nature of Moral Commitments», dans H. WEINREICH-HASTE et D. LOCKE (dir.), *Morality in the Making — Thought, Action, and the Social Context*, Chichester, John Wiley & Sons, 1983, pp. 19–45.
- VON GLASERFELD, E., «Introduction à un constructivisme radical», dans P. WATZLAWICK (dir.), *L'invention de la réalité*, Paris, Seuil, 1988, pp. 19–43.
- WALDRON, J., «Autonomy and Perfectionism in Raz's *Morality of Freedom*», (1989) 62 *Southern California L.R.* 1097–1152.
- WALDRON, J., «Can Communal Goods Be Human Rights?», (1987) 27 *Archives européennes de sociologie* 296–322.
- WALDRON, J., «Comment: Wonnell on Rights and Efficiency», (1989) 12 *Harvard Journal of Law & Public Policy* 873.
- WALDRON, J., «Introduction», dans J. WALDRON (dir.), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford U.P., 1984, pp. 1–19.
- WALDRON, J., «Minority Cultures and the Cosmopolitan Alternative», (1992) 25 *University of Michigan Journal of Law Reform* 751–793.
- WALDRON, J., «Particular Value and Critical Morality», (1989) 77 *California L.R.* 561.
- WALDRON, J., «Right-Based Arguments — Does It Make Sense to Say That Groups Have Rights?», dans J. WALDRON (dir.), *The Right to Private Property*, Oxford, Clarendon Press, 1988, p. 92.
- WALDRON, J., «When Justice Replaces Affection: The Need for Rights», (1988) 11 *Harvard Journal of Law & Public Policy* 625.
- WALLACH, J.R., «Liberals, Communitarians, and the Tasks of Political Theory», (1987) 15 *Political Theory* 581.
- WARBRICK, C., «The Rights of Peoples, by J. Crawford», (1989) 65 *International Affairs* 330–330.
- WEINREICH-HASTE, H., «Social and Moral Cognition», dans H. WEINREICH-HASTE et D. LOCKE (dir.), *Morality in the Making — Thought, Action, and the Social Context*, Chichester, John Wiley & Sons, 1983, pp. 87–110.
- WELTFISH, G., «Needed Facts and Implications for Action», dans M.L. BARRON (dir.), *American Minorities — A Textbook of Readings in Intergroup Relations*, New York, Alfred A. Knopf, 1957, pp. 507–512.

- WESTMORELAND, R., «Dworkin and Legal Pragmatism», (1991) 11 *Oxford Journal of Legal Studies* 174.
- WIEBE, V., «The Prevention of Civil War Through the Use of the Human Rights System», (1995) 27 *New York University Journal of International Law & Policy* 409.
- WILLIAMS Jr., R.M., «Basic Assumptions and Principal Techniques in Intergroup Action Programs», dans M.L. BARRON (dir.), *American Minorities — A Textbook of Readings in Intergroup Relations*, New York, Alfred A. Knopf, 1957, pp. 461–470.
- WIPPMAN, D., «Treaty-Based Intervention: Who Can Say No?», (1995) 62 *University of Chicago L.R.* 607.
- WIRTH, L., «The Problem of Minority Groups», dans M.L. BARRON (dir.), *American Minorities — A Textbook of Readings in Intergroup Relations*, New York, Alfred A. Knopf, 1957, pp. 6–22.
- WOEHLING, J., «La Constitution canadienne et la protection des minorités ethniques», (1986) 27 *Les Cahiers de Droit* 171–188.
- WOODARD, C., «Thoughts on the Interplay Between Morality and Law in Modern Legal Thought», (1989) 64 *Notre Dame L.R.* 784–804.
- WOODHOUSE, C.E., «Minorities and Politics — An Introduction», dans H.J. TOBIAS et C.E. WOODHOUSE (dir.), *Minorities and Politics*, Albuquerque, University of New Mexico Press, 1969, pp. 1–18.

Articles de journaux et de magazines

- «Brian Dickson; Shaping an Era's Human Rights», *Maclean's*, 30 décembre 1991, 34.
- «Good Fences... — Making Cities Safer», *The Economist*, March 27, 1995, 30–31.
- «Mayor Ulrich Should Read the Constitution», *St. Petersburg Times*, 18 août 1988, 19A.
- «The enlightened welfare-seeker's guide to Europe», *The Economist*, 12 mars 1994, 57.
- «World Politics and Current Affairs», *The Economist*, 29 mars 1986, 43.
- BALDWIN, R.N., «Rights: Assert or Lose», *New York Times*, 31 août 1981, A17.
- HERNANDEZ, E., «Candidates Target Women Voters; Abortion, Child Care Stressed», *Newsday*, 4 octobre 1989, 8.
- SALIH, B., «Don't Forget the Iraqi Kurds», *Washington Post*, 11 février 1993, A22.