



REVUE JURIDIQUE DE LA SORBONNE
SORBONNE LAW REVIEW

Juillet 2022 - N° 5



UNIVERSITÉ PARIS 1
PANTHÉON SORBONNE

Sommaire

ÉDITO.....	4
ARTICLE.....	5
<i>Le bouleversement relatif de l'expertise budgétaire en temps de crise sanitaire</i>	5
Arthur GAUDIN	
DOSSIER THÉMATIQUE, <i>Apréhender le droit à l'aune de la relation</i>	18
<i>Penser l'autonomie des personnes intersexuées avec Jennifer Nedelsky</i>	21
Benjamin MORON-PUECH	
<i>Du contrat à la relation. Pour une approche relationnelle du droit du travail</i>	33
Simon FOUQUET	
<i>Identifier les racines, élaguer l'arbre : brèves observations sur deux pistes de recherche pour façonner une « théorie relationniste du droit »</i>	45
Pierre-Marie RAYNAL	
<i>Le cas, la relation et la confiance : la face cachée du droit moderne</i>	66
Jérémie VAN MEERBEECK	
<i>La relation première</i>	83
Emmanuel JEULAND	
<i>Saisir la base interactionnelle de l'autorité du droit. Préférer Austin à Kelsen</i>	105
Gregory BLIGH	
<i>L'interaction rationnelle en vue de résoudre les questions de la raison pratique : l'apport de la théorie de l'argumentation de Robert Alexy</i>	132
Romain GENIEZ	
<i>L'interaction humaine et le droit</i>	146
Lon L. FULLER	
<i>Repenser les droits comme des relations</i>	183
Jennifer NEDELSKY	
<i>Redessiner la relation juridique</i>	206
George PAVLAKOS	
CHRONIQUE DES GRANDS ARRÊTS	228
<i>Le règlement de copropriété : méditation sur la notion de contrat : Civ. 3^e, 8 avril 2021, n° 20-18.327, comm. Rémy LIBCHABER</i>	229
<i>La garantie d'éviction et ses incohérences : Com. 10 novembre 2021, n° 21-11.975, comm. Maud LAGELEE-HAYMANN</i>	236
<i>Civ. 3^e, 30 juin 2021, n° 20-14.743, comm. Rémy LIBCHABER</i>	247
<i>Analyse d'un contrat très spécial : les fontes posthumes : Civ. 1^{ère}, 6 janvier 2021, n° 19-14.205, comm. Marine RANOUIL</i>	253
RECENSION DES THÈSES 2021 - PRIX DE THÈSE PARIS 1 - IRJS.....	265
1. Romain DUMONT, <i>Les devoirs de l'actionnaire</i> , thèse Paris 1, 2021.....	265
2. Laure THOMASSET, <i>La neuroéthique saisie par le droit. Contribution à l'élaboration d'un droit des neurotechnologies</i> , thèse Paris 1, 2021	266
APPEL À CONTRIBUTIONS N° 6/22.....	268

Apréhender le droit à l'aune de la relation

Séminaire de recherche IRJS

Co-organisé par Emmanuel Jeuland, directeur de l'IRJS

et Gregory Bligh, maître de conférence en droit public – Sciences Po Lyon

I. – Autour de Jennifer Nedelsky

Benjamin MORON-PUECH, « Penser l'autonomie des personnes intersexuées avec Jennifer Nedelsky »

Simon FOUQUET, « Du contrat à la relation. Pour une approche relationnelle du droit du travail »

Pierre-Marie RAYNAL, « Identifier les racines, élaguer l'arbre : brèves observations sur deux pistes de recherches pour façonner une 'théorie relationniste du droit »

II. – Notion féconde, perspectives hétérogènes

Jérémy VAN MEERBEECK, « Le cas, la relation et la confiance : la face cachée du droit moderne »

Emmanuel JEULAND, « La relation première »

Gregory BLIGH, « Saisir la base interactionnelle de l'autorité du droit. Préférer Austin à Kelsen »

Romain GENIEZ, « L'interaction rationnelle en vue de résoudre les questions de la raison pratique : l'apport de la théorie de l'argumentation de Robert Alexy »

III. – Dossier de traductions inédites

Lon L. FULLER, « L'interaction humaine et le droit » (1969)

Jennifer NEDELSKY, « Repenser les droits comme des relations » (1993)

George PAVLAKOS, « Redessiner la relation juridique » (2018)

Repenser les droits comme des relations¹

Jennifer NEDELSKY

Osgoode Hall Law School, York University

Traduit de l'anglais par Gregory BLIGH²

I.- INTRODUCTION

[1] En adoptant la *Charte des droits et des libertés*, le Canada a choisi de faire des « droits » un élément central et permanent de son discours politique au moment même où la signification et la légitimité du contrôle de constitutionnalité, et du « discours des droits » plus généralement, faisaient l'objet d'une contestation sans cesse plus importante des juristes universitaires. Bien entendu, on pourrait voir dans ces disputes d'impénétrables préoccupations académiques, car l'invocation des droits en Amérique du Nord concerne tous les domaines [2] – des groupes d'entraide aux défenseurs de l'environnement –, et constitue une pratique croissante à travers le monde. Je pense pour ma part que les droits soulèvent des difficultés que nous devrions prendre au sérieux. Dans cet article, j'identifie une série de problèmes qui interrogent nos conceptions des « droits » et de leur institutionnalisation. Ils tombent dans deux grandes catégories : la justification de la constitutionnalisation des droits et les critiques des discours des droits en général. Pour chaque problème, je suggérerai qu'un principe central de la théorie féministe – l'importance accordée à la relation – peut nous guider vers des solutions. Je me concentre principalement sur les questions constitutionnelles, et propose notamment une conception du constitutionnalisme comme « dialogue de responsabilisation démocratique » qui offre un meilleur modèle que celui des droits compris comme des atouts (*rights as trumps*)³. Je n'entrerai pas dans le débat de savoir s'il était bienvenu d'adopter une charte ou non. Je suggérerai cependant que la structure de la *Charte* canadienne peut utilement se prêter à une interprétation en termes de droits compris comme des relations (*rights as relationship*). Pour terminer, je tenterai de montrer qu'un tel cadre de pensée

¹ J. NEDELSKY, « Reconceiving Rights as Relation », *Review of Constitutional Studies*, 1993, vol. 1, p. 1-26. La pagination originale de l'article est indiquée entre crochets dans le corps du texte. Les arguments développés par Nedlesky dans cet article sont approfondis dans son ouvrage *Law's Relations. A Relational Theory of Self, Autonomy, and Law*, Oxford, O.U.P., 2011, chap. 6, p. 231-276.

² Maître de conférences à Sciences Po Lyon (CERCRID).

³ Cette expression aujourd'hui très utilisée fut initialement celle de Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978.

permet de mieux appréhender un ensemble de problèmes constitutionnels spécifiques.

II.- JUSTIFIER LES DROITS CONSTITUTIONNELS

A.- Les droits comme choix collectifs

[*Dépasser la conception des droits comme limites des décisions démocratiques*⁴] – Commençons par l’influente conception américaine des droits constitutionnellement garantis (*constitutional rights*⁵) afin que nous puissions percevoir la nécessité d’adopter un paradigme alternatif. L’idée qu’il y a certains droits essentiels qu’aucun gouvernement ne devrait pouvoir violer, tout démocratique soit-il, sous-tend la constitution américaine et l’institution du contrôle de constitutionnalité⁶. Or, cette idée, simple et saisissante dans sa clarté, semble difficile à soutenir à l’époque contemporaine. [3] Les rédacteurs de la constitution américaine se sont peu inquiétés de l’existence de tels droits fondamentaux (*basic rights*) ou de leur identité. Ils avaient même la conviction que, malgré l’absence de consensus sur ce que constitue la violation de droits comme le droit de propriété, *eux-mêmes* connaissaient la nature véritable de tels droits, tout comme ils savaient quelle sorte de législation était susceptible de les violer. Cette certitude était la fondation de leur vision du constitutionnalisme. Aujourd’hui, toutefois, nous avons derrière nous les vicissitudes de deux siècles de réflexion sur les droits aux États-Unis. Ni la propriété ni l’égalité, par exemple, ne nous apparaissent désormais tels qu’ils apparaissaient en 1787. Il est donc difficile de croire à des valeurs éternelles au contenu immuable. Les débats entourant les droits se retrouvent à tous les niveaux : les droits naturels sont-ils la source des droits juridiques ? Quels sont les droits qui doivent être tenus pour essentiels ? L’utilisation de la notion de « droits » présente-t-elle un intérêt ? De mon point de

⁴ [N.D.T. : Nous ajoutons les sous-titres en nous inspirant de ceux de la version réimprimée de l’article dans l’ouvrage *Law’s Relations*.]

⁵ [N.D.T. : Cette traduction est un pis-aller. (i) Nous avons retenu « droits constitutionnellement garantis » pour traduire « *constitutional rights* » parce qu’il s’agissait d’une formule suffisamment générique. (ii) Nous traduisons l’expression « *constituionalized rights* », qui apparaît plus loin dans le texte (*infra*, p.19 sq.), faute de mieux et pour observer la distinction, par « *droits constitutionnalisés* ». Il fallait éviter l’expression « droits de valeur constitutionnelle » qui aurait rendu ambigu le propos de Nedelsky car le terme « valeur » est déjà omniprésent dans l’article. Il fallait également éviter un usage trop extensif de l’idée de « droits fondamentaux » (hormis pour traduire « *basic rights* ») qui entrerait en conflit avec les « valeurs fondamentales » que mobilise l’auteur à longueur de texte.]

⁶ Comme je l’ai soutenu ailleurs, la Constitution de 1787 ne se concentrait pas principalement sur les droits compris comme des limites, au sens où nous comprenons aujourd’hui la finalité et la légitimité du contrôle juridictionnel, mais visait à s’assurer que seules parviendraient au pouvoir les personnes qui sauraient gouverner, ce qui inclut le respecter les droits. Voir J. NEDELSKY, *Private Property and the Limits of American Constitutionalism: The Madisonian Framework and its Legacy*, Chicago, Chicago University Press, 1990.

vue, il est utile d'employer le terme, et nous sommes, dans tous les cas, institutionnellement engagés à l'employer. Mais là où des droits sont invoqués pour imposer des limites aux résultats des délibérations démocratiques, il faut tâcher de rester fidèle à la signification essentiellement contestée et changeante de ces droits.

Nous devons regarder en face l'histoire des droits afin de reconnaître l'ampleur des changements qui ont pris place dans nos conceptions courantes et juridiques des droits. Prenons le cas de l'égalité. Les femmes subissaient, jusqu'à récemment encore, de grandes restrictions tant dans leurs droits juridiques que dans les opportunités réelles qui s'offraient à elles. Cela ne faisait sans doute pas l'unanimité. Cependant, ce n'était pas considéré comme incompatible avec un engagement fondamental en faveur de l'égalité pour tous. Ces évolutions ne se situent pas seulement au niveau des grandes notions générales telles que l'égalité. Prenons l'évolution des conceptions du contrat en *common law* du milieu du XIX^e siècle à nos jours. La société attend désormais que les contrats entre particuliers soient limités de certaines manières, que ce soit par le salaire minimum imposé par le législateur, ou par la sanction de l'enrichissement sans cause et de la clause abusive, développés par les juges, qu'il aurait été difficile d'anticiper au début du XX^e siècle. Nous ne trouvons pas dans ces transformations de simples questions historiques de conflits depuis longtemps réglés. Proposer une conception utile des droits nécessite de prendre en compte la profondeur des désaccords qui persistent dans la société canadienne au sujet, par exemple, de la signification de l'égalité et de la manière dont elle peut s'accorder avec une compréhension contemporaine – et contestée – de l'économie de marché et de ses soubassements juridiques – la propriété et le contrat.

[4] Une fois reconnue la mutabilité des valeurs fondamentales, le problème de leur protection contre les abus démocratiques s'en trouve transformé. Il n'est pas nécessaire d'abandonner l'intuition que la démocratie peut menacer les droits individuels, mais il faut reconsidérer l'ensemble des éléments du problème : la démocratie, les droits individuels, et la tension qui les unit. Nous voyons tout d'abord que les questions liées à la défense des droits individuels ne peuvent être séparées de celles liées à leur définition. Même s'il existe des vérités profondes et immuables malgré le caractère changeant des termes que nous avons pour les saisir, il reste le problème de la définition de ces termes. Le rapport à la démocratie devient alors d'autant plus complexe, car définir les droits ou une législation potentiellement liberticide résulte de choix collectifs qui évoluent⁷.

[*Les droits constitutionnellement garantis comme choix collectifs*] – Caractériser le constitutionnalisme comme mise en balance de la démocratie et des

⁷ Ce passage est tiré de *Ibid.*, chap. 6.

droits individuels ne permet donc pas de rendre compte adéquatement de ce problème. Notre société cherchant à rendre effectifs ses choix collectifs et ses valeurs à travers l'action de ses institutions de gouvernement, tant les juridictions que les assemblées législatives doivent être perçues comme exprimant ces choix et ces valeurs⁸. Les juridictions ont traditionnellement exprimé ces choix collectifs changeants en termes de droits. Nous devons reconnaître les droits comme étant précisément cela : des termes pour donner effet aux choix et valeurs qui, aux yeux des juges, ont été enracinés par « la société » dans « le droit ». (Je demeure délibérément vague quant à la question de savoir comment les valeurs en viennent à être perçues comme fondamentales pour l'ordre juridique, ou quelles composantes de la société effectuent, en fin de compte, le choix des valeurs.) Comment choisir, par exemple, entre le droit de jouir paisiblement de son bien et d'autres valeurs concurrentes ? Le juge prend ici une décision, qu'il la donne à voir comme découlant des valeurs fondamentales du *common law*, comme reflétant les choix de la « société dans son ensemble » (exprimés à travers la coutume et l'acceptation générale) ou comme résultant de la recherche de l'intérêt de tous. D'autres exemples de décisions juridictionnelles peuvent concerner les conflits entourant l'importance à accorder à la santé environnementale ou aux « droits » du locataire à un logement décent et chauffé.

[5] Ma première conclusion, au regard de la complexité que renferme « les droits vs la démocratie », est donc que les droits relèvent tout autant de choix collectifs que les lois adoptées par le législateur. Et si les droits ne se détachent plus si nettement du résultat démocratique, la démocratie se mêle également avec les droits car elle n'est pas seulement une question de choix collectifs mais l'expression d'un « droit » à disposer d'une voix égale dans la détermination de ces choix collectifs.

Le constitutionnalisme n'est donc plus simplement un problème de protection des droits contre la démocratie. La question plus complexe qui se dégage peut être posée de diverses manières, que l'on place les droits ou les choix collectifs d'un côté ou de l'autre de la « balance ». Pourquoi certains droits (telle que la liberté de conscience) devraient-ils limiter la portée d'autres droits (tels que les droits à la détermination démocratique des choix collectifs) ? Pourquoi certains choix collectifs (ceux que nous constitutionnalisons sous forme de droits) devraient-ils limiter la portée d'autres choix collectifs (tels que les résultats de processus démocratiques ordinaires)⁹ ? L'idée même d'une « limite » étant problématique, je

⁸ Je laisse de côté ici les complexités des corps gouvernementaux et administratifs.

⁹ Il m'a été suggéré, par une personne participant à un atelier de travail, que cette formulation commet l'erreur de confondre les limites de la démocratie et les procès de détermination et de mise en œuvre de ces limites. Cette personne soutenait que le contenu des droits qui doivent servir de limites est fourni par une théorie des droits – dérivée, je suppose, de la nature humaine, ou de la nature de l'agentivité ou de la liberté. Mon propos est cependant que l'on ne peut pas justifier les

pense qu'il serait plus utile de soutenir que nous avons besoin d'une nouvelle manière de comprendre la source et la substance des valeurs à l'aune desquelles nous évaluons les résultats de décisions démocratiques. J'illustrerai plus loin la manière dont la conception des droits compris comme des relations peut s'avérer éclairante [6] pour comprendre pourquoi le droit de propriété ne devrait *pas* être constitutionnalisé. Tout d'abord, cependant, je veux examiner plus attentivement certaines critiques répandues des droits constitutionnellement garantis comme violation de principes démocratiques.

B.- Par-delà la « démocratie pure »

Une critique, inspirée d'une défense de la démocratie pure, vise principalement les droits compris comme des limites imposées par les juridictions aux résultats des décisions démocratiques (et non le « discours des droits » plus généralement qui porte sur les droits reconnus tant par le *common law* que par la loi). L'argument peut prendre deux formes. Une première rejette tout contrôle juridictionnel des organes démocratiques. On soutient ici qu'aucune revendication de droits (*rights claim*) ne peut légitimement s'opposer, en principe, à des résultats démocratiques. D'une part, il n'y aurait aucune manière de justifier la *mise en œuvre* de telles revendications. D'autre part, les droits seraient mieux protégés à long terme par des procédures démocratiques que par des efforts visant à les contourner. Dans sa forme la plus courante, l'argument admet que, même si l'on accepte la démocratie comme valeur unique ou suprême d'un système politique, les juridictions pourront jouer un rôle utile par moments pour en garantir les conditions procédurales. C'est en ces termes que John Hart Ely aux États-Unis¹⁰, et dans une certaine mesure Patrick Monahan au Canada¹¹, défendent le contrôle de constitutionnalité – chacun soutenant que la constitution de son pays autorise le contrôle principalement ou exclusivement en vue de favoriser la démocratie.

limites de la démocratie par des conceptions théoriques. Comme je le suggère plus haut dans ce texte, il faut au moins pouvoir déterminer la signification juridique de ces droits ; or la légitimité du procès de détermination de cette signification est inséparable de la légitimité de la conception des droits comme limites. Telle que je la conçois, il s'agira nécessairement d'une détermination collective, et donc d'un choix collectif. Plus largement, les évolutions historiques dans la signification et la diversité des droits constitutionnellement garantis dans différentes démocraties rendent difficile de croire en source transcendante, universelle ou immuable du contenu même des droits.

Dans son ouvrage *We The People: Foundations* (Cambridge, Harvard University Press, 1991) Bruce ACKERMAN soutient de manière convaincante que la constitution américaine est structurée de telle sorte à trouver la signification des droits, non dans une source transcendante, mais dans « le peuple ». Il oppose sur ce point la constitution américaine et la constitution allemande. De ce point de vue, la Constitution canadienne ressemble à la constitution américaine.

¹⁰ J. H. ELY, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

¹¹ MONAHAN s'inspire de ELY mais considère que ce dernier se trompe dans sa description de la constitution états-unienne : P. MONAHAN, *Politics and the Constitution: The Charter, Federalism, and the Supreme Court of Canada*, Toronto, Carswell / Methuen, 1987.

[*Les droits et l'autonomie de la personne*] – Mon point de vue est que la démocratie n'a jamais été l'unique – ni même la principale – valeur aux États-Unis ou au Canada, et qu'elle ne *pourrait* jamais être l'unique fondement d'une société bonne. Il a toujours existé, et existera toujours, des valeurs qui ne découlent pas de la démocratie. L'autonomie est l'une de ces valeurs. Le développement de notre nature spirituelle, exprimée par les notions de liberté de conscience et de religion, en est une autre¹². [7] Bien entendu, les majorités démocratiques qui manient le pouvoir de l'État peuvent menacer ces valeurs. Dès lors que l'on accepte que certaines valeurs sont défendues pour d'autres raisons que pour leur rôle dans le fonctionnement de la démocratie – et qu'il peut dès lors s'avérer nécessaire de les protéger vis-à-vis des décisions démocratiques –, aucune version de la critique fondée sur la démocratie pure ne saurait emporter notre adhésion¹³. Cependant, comme je l'ai indiqué, je ne trouve pas non plus adéquate une conception répandue des droits comme limites de la démocratie. Fort heureusement, je pense qu'il y a d'autres manières de saisir les valeurs auxquelles nous sommes attachés. Si nous regardons plus en profondeur une valeur telle que l'autonomie, nous pouvons commencer à voir qu'elle peut être mieux comprise en termes de relation. Il devient alors possible de repenser ce que signifie, conceptuellement et institutionnellement, le fait d'évaluer les résultats des décisions démocratiques à l'aune de l'autonomie.

Permettez-moi tout d'abord comparer ma conception de l'autonomie¹⁴ avec la perspective qui sous-tend, à mes yeux, la conception américaine des droits compris comme des limites. (Il me semble plus généralement que cette conception puise de profondes racines dans le libéralisme anglo-américain.) Elle mobilise l'idée que les droits sont des barrières protégeant l'individu contre l'intrusion d'autrui ou de l'État. Les droits délimitent ainsi des frontières qui ne peuvent être franchies, et ce sont ces frontières, gardées par le droit, qui garantissent la liberté et l'autonomie individuelles. Cette image des droits cadre bien avec l'idée que l'autonomie est dans son essence une [8] indépendance, ce qui requiert que l'on soit protégé et

¹² Bien entendu, si l'on part de la démocratie et que l'on interroge les préconditions de toute participation démocratique, il est possible de produire un large éventail de valeurs, pouvant comprendre l'autonomie. Procéder ainsi déforme cependant, à mes yeux, l'appréhension que nous avons de la réelle diversité des valeurs nécessaire à une société optimale ou à la recherche d'une vie bonne et épanouie. Il m'est toujours apparu comme particulièrement peu plausible de croire que la valeur attachée à la liberté de religion pourrait découler d'une conception même la plus étendue des conditions de la démocratie. La déformation à laquelle on assiste dans ce dernier cas me semble évidente.

¹³ À moins que l'on ne souhaite soutenir la position forte d'après laquelle, quand bien même il serait légitime de protéger ces valeurs, il n'existe aucun mécanisme institutionnel permettant de le faire de manière légitime.

¹⁴ J'ai développé celle-ci plus dans le détail dans : J. NEDELSKY, « Reconceiving Autonomy: Sources, Thoughts, and Possibilities », *Yale Journal of Law and Feminism*, 1989, vol. 1, p. 7-36.

séparé d'autrui. Je soutiens qu'il s'agit là d'une perception profondément erronée de l'autonomie. Ce qui rend possible l'autonomie n'est pas la séparation, mais les relations.

De la protection vis-à-vis d'autrui, cette approche déplace notre regard vers la structuration de relations susceptibles de promouvoir l'autonomie. Nos présupposés fondamentaux concernant l'autonomie sont alors modifiés : la dépendance n'est plus l'antithèse de l'autonomie mais une précondition des relations (entre parent et enfant, entre enseignant et élève, entre État et citoyen) au sein desquelles elle pourra se développer (en apportant la sécurité, l'éducation, le développement et le soutien nécessaires). Par ailleurs, l'autonomie n'est pas une qualité statique qui se réalise un jour de manière définitive. C'est une capacité qui ne s'épanouit qu'à l'aide de relations continues. Elle peut s'atrophier ou prospérer au cours de la vie d'un adulte. L'interdépendance devient la donnée centrale de la vie politique, et ne doit pas être écartée de la question essentielle de la garantie de l'autonomie de l'individu à l'égard d'un pouvoir collectif inéluctable. Les interactions humaines qu'il s'agit d'encadrer ne sont plus perçues principalement en termes de conflits de droits et d'intérêts, mais selon la manière dont les schémas de relations participent à développer et nourrir une vie collective enrichissante et une autonomie individuelle authentique. Toute notre conception de la relation entre l'individu et le collectif s'en trouve alors transformée : nous reconnaissons dans le collectif à la fois une source de l'autonomie et un danger pour celle-ci.

La garantie constitutionnelle de l'autonomie n'est plus alors la définition d'une sphère dans laquelle le collectif ne doit pas empiéter, mais une manière de structurer les relations entre les individus et les sources du pouvoir collectif afin de promouvoir l'autonomie, et non l'empêcher¹⁵. Il résulte tout d'abord clairement de cette reformulation que l'autonomie et la démocratie – tout comme l'autonomie et le collectif – ne se résument pas à une menace l'une pour l'autre. L'autonomie signifie, au sens premier, la gouvernance de soi, ce qui nécessite la capacité de participer tant à la gouvernance collective qu'individuelle. [9] Un argument déjà ancien en faveur de la démocratie soutient qu'elle constituerait la meilleure manière d'organiser le pouvoir collectif de telle sorte à promouvoir le bien-être de tous – ce qui inclut nécessairement l'autonomie de chacun. Ainsi, l'autonomie exige la démocratie tant comme élément constitutif que comme moyen – et ce bien que la démocratie puisse constituer une menace pour l'autonomie. (Par ailleurs, l'idéal démocratique exige bien entendu l'autonomie des citoyens afin que chacun exprime ses propres jugements, valeurs et intérêts, et non ceux d'autrui.)

¹⁵ Notons que les sources de pouvoir collectif peuvent inclure les entreprises de grande échelle, mais je me concentrerai ici sur l'activité de gouvernement.

[*Un dialogue de responsabilisation démocratique*] – Comment pouvons-nous, en partant des relations, dépasser l'idée des « droits comme limites au résultat démocratique » ? Nous devons nous concentrer sur un dialogue de responsabilisation démocratique qui ne commet pas l'erreur de traiter la démocratie comme valeur unique, et moins sur la question des limites, des barrières ou des frontières. Un tel dialogue repose sur deux éléments. Il faut, d'une part, un mécanisme ou procès institutionnalisé, compatible avec la démocratie, permettant d'articuler les valeurs fondamentales – en particulier celles qui ne sont pas issues de la démocratie. D'autre part, nous avons besoin de méthodes permettant d'interroger continuellement la cohérence avec ces valeurs des décisions de nos institutions démocratiques. Pour nous en tenir à l'exemple de l'autonomie, il s'agit de demander si ces décisions promeuvent des relations sociales structurées de telle sorte à rendre possible le développement de l'autonomie. Un tel mécanisme visant à responsabiliser les gouvernements devrait prendre la forme d'un dialogue institutionnel qui refléterait et respecterait l'origine démocratique du contenu évolutif de ces valeurs. (Depuis longtemps aux États-Unis, et plus récemment au Canada, le contrôle de constitutionnalité est le principal mode d'articulation des valeurs en vue de l'évaluation des résultats issus de processus démocratiques. Je reviendrai plus loin sur une proposition de mécanisme qui diffère de manière significative du contrôle de constitutionnalité.)

L'exemple de l'autonomie comprise comme relation permet déjà de résoudre l'une des difficultés entourant la justification des droits compris comme limites. En effet, comment doit-on justifier la suprématie des droits par rapport à la démocratie si les droits ne sont eux-mêmes que des valeurs changeantes ? En premier lieu, il ne s'agit plus d'un problème de suprématie à justifier, mais une structure complexe de responsabilité démocratique à évaluer à l'aune de valeurs fondamentales. Deuxièmement, la nature changeante de ces valeurs prend son sens lorsque nous nous concentrons sur les relations qui promeuvent ces valeurs. Il n'est pas surprenant que les relations susceptibles de favoriser ou de subvertir l'autonomie dans une économie industrialisée et un État-providence régulateur sont très différentes de celles qui peuvent produire les mêmes effets au Canada au milieu du XIX^e siècle. [10] Elles seront encore différentes en Europe de l'Est ou en Afrique du Sud. La relation porte automatiquement notre regard vers le contexte et permet de donner du sens *tant* à la croyance communément acceptée qu'il y a des valeurs humaines fondamentales *qu'au* fait que la manière dont nous les articulons et les entretenons varie dans le temps et dans l'espace.

Dans cette perspective, les droits ne sont pas des « atouts » qui l'emportent sur les résultats démocratiques. Il n'est donc pas nécessaire de faire peser sur les droits et les institutions qui les garantissent l'attente d'une justification impossible. Lorsque nous nous focalisons sur les relations qui constituent les valeurs

fondamentales saisies par le langage des droits, nous parvenons également à une meilleure compréhension de la manière dont les droits s'articulent à un autre ensemble de valeurs que nous désignons par le raccourci « démocratie ». Les mécanismes par lesquels sont institutionnalisés ces deux ensembles de valeurs doivent viser à entretenir un dialogue reconnaissant les liens étroits entre les valeurs de démocratie et d'autonomie – qui reposent l'une sur l'autre tout comme elles peuvent rentrer en conflit.

De nombreux lecteurs percevront clairement que la *Charte* canadienne [des droits et libertés] est mieux adaptée à la mise en œuvre d'un tel dialogue que le système américain du contrôle juridictionnel (*judicial review*) pour lequel, formellement du moins, la métaphore des droits compris comme « des atouts » semble adéquate. La « dérogation » prévue à l'article 33 peut être perçue comme la tentative de maintenir un dialogue continu sur la signification des droits entre le débat public, le législateur, et les juges¹⁶. Par ailleurs, l'article 1 de la *Charte* s'ouvre sur l'affirmation que les droits ne doivent pas être perçus comme absolus, invitant alors à un dialogue interne aux juridictions ou à toute autorité amenée à considérer la constitutionnalité d'une loi¹⁷. [11] Les législateurs sont responsables des droits élémentaires dont la *Charte* dessine les contours. Mais cette responsabilité est à déterminer au regard des besoins d'une société libre et démocratique (et de leurs évolutions implicites).

Peut-être certains lecteurs ont-ils eu l'occasion d'essayer d'expliquer les articles 1 et 33 à des Américains incrédules – qui tirent habituellement la conclusion que les Canadiens ne possèdent toujours pas de *véritables* droits constitutionnellement garantis. La conception américaine des droits comme limites l'emportant sur toute autre considération est si centrale à leur vision du constitutionnalisme qu'ils ont de grandes difficultés à imaginer que les « droits » puissent correspondre à autre chose. Cela est vrai malgré le fait que des problèmes sans cesse plus apparents liés à cette conception amènent les commentateurs à produire chaque année des milliers de pages afin de l'expliquer et la défendre. Il est accrocheur de parler des droits comme des atouts, et le concept est en apparence aisément compréhensible, voire attirant. Cependant, il ne permet pas

¹⁶ La dérogation de l'article 33 permet au législateur de disposer, par déclaration expresse, qu'une loi prendra effet indépendamment des garanties de l'article 2 (relatives aux libertés fondamentales de conscience, d'expression, de réunion et d'association) ou des articles 7 à 15 (c'est-à-dire les « garanties juridiques » et les « droits à l'égalité ») [art. 33(1)]. Cependant, cette disposition législative cessera d'avoir effet au bout de cinq ans, après quoi elle devra être adoptée à nouveau [art. 33(3) & art. 33(4)]. [N.D.T. : La *Charte* peut être consultée dans sa version française à l'adresse suivante : https://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/CONST_TRD.pdf].

¹⁷ L'article 1 prévoit que : « La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par le droit en vigueur, dans des limites raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. »

de saisir les relations complexes entre les multiples valeurs auxquelles nous adhérons. À la place, l'idée de « dialogue de responsabilisation démocratique », bien que moins incisive, me semble plus représentative des aspirations du constitutionnalisme et de la structure de la *Charte*.

III.- LES CRITIQUES DES « DISCOURS DES DROITS »

Tournons-nous à présent vers certaines critiques des « discours des droits » : 1) les « droits » sont d'un individualisme indésirable ; 2) ils obscurcissent les enjeux politiques réels ; 3) ils servent à aliéner et à tenir à distance les personnes les unes des autres. Je ne chercherai pas à présenter chacune de ces critiques en détail, mais à les esquisser afin de montrer comment le fait se concentrer sur la relation permet de leur répondre.

[*Le caractère individualiste du discours des droits*] – Je commencerai par l'affirmation que le discours des droits est irrémédiablement individualiste, question que j'ai déjà commencé à traiter dans le propos qui précède. Bien entendu, il ne s'agira pas ici de résumer le débat en cours entre communautariens et libéraux – qui ne correspond de toute manière qu'à une critique parmi d'autres de l'individualisme¹⁸. Je commencerai par indiquer ce qui me semble convaincant au cœur de cette critique (à laquelle j'ai moi-même participé) ; je suggérerai ensuite que la conception des droits comme relations peut permettre d'y répondre. [12] Certains reconnaîtront l'accusation d'après laquelle les droits de la *Charte* expriment des valeurs individualistes – par exemple, ceux qui affirment que de tels droits ne doivent pas être opposables aux décisions collectives des Nations Premières. Il y a de bonnes raisons de considérer que la *Charte* puise dans un puissant héritage de pensée politique libérale dans lequel les droits sont associés à une conception hautement individualiste de l'être humain (ou, historiquement, de l'« Homme » – et il y a des arguments convainquants pour lier cette spécificité de genre à l'individualisme¹⁹, mais je ne peux traiter ici la question). En effet, « l'individu porteur de droits » peut être considéré comme le sujet de base de la pensée politique libérale. Afin de réduire de nombreux arguments complexes en une ou deux phrases, disons que cet individualisme pose problème parce qu'il ne tient pas compte du fait que notre humanité essentielle n'est ni possible ni compréhensible sans le réseau de relations dans lequel elle s'inscrit. Il ne s'agit pas simplement de dire que l'on vit en groupe et que l'on doit interagir avec autrui. Après tout, une théorie libérale des droits vise également à préciser les revendications des personnes en cas de conflit avec autrui. Les théoriciens anti-

¹⁸ Pour une excellente critique et présentation historique peu connue des chercheurs en droit et en science politique : C. KELLER, *From a Broken Web: Separation, Sexism and Self*, Boston, Beacon Press, 1986.

¹⁹ *Ibid.*

individualistes soutiennent que nous sommes, à proprement parler, constitués par les relations auxquelles nous sommes partie²⁰. Tous, ou presque, reconnaissent néanmoins une part importante de choix et de contrôle dans la manière dont ces relations nous forment. Mais même notre capacité à exercer ce choix peut, et doit, être comprise comme influencée par nos relations – d’où mon idée du caractère central de la relation pour l’autonomie. La plupart des théoriciens libéraux des droits, en revanche, n’accordent pas un rôle central aux relations dans leur appréhension du sujet humain. Ce n’est pas la question de la création et du développement réciproques des personnes qui est au cœur de leur propos mais le problème de la médiation des conflits. Le soi à protéger par les droits est alors conçu comme essentiellement séparé et non comme un être dont les intérêts, les besoins et les capacités sont quotidiennement entrelacés avec ceux d’autrui. Ainsi, l’une des raisons pour lesquelles les femmes s’insèrent mal dans le cadre d’une théorie libérale est [13] qu’il est gênant de concevoir la relation d’une femme à ses enfants *essentiellement* comme une compétition d’intérêts dont les droits sont la médiation. Je ne soutiens donc pas que les inquiétudes concernant l’association de l’individualisme et des droits sont injustifiées. J’ai cependant l’espoir que la notion des droits peut-être sauvée de son association historique avec l’individualisme théorique et pratique. Les êtres humains sont *à la fois* essentiellement des individus et essentiellement des êtres sociaux. La tradition libérale ne s’est pas tant trompée que révélée dangereusement unidimensionnelle dans son approche.

Mon projet ailleurs, tout juste évoqué ici, a été de prendre le concept d’autonomie et d’en identifier les éléments centraux (qui sont, bien entendu, reliés à notre perception de nous-mêmes en tant qu’individus distincts), afin de montrer que l’on comprend mieux ces éléments si l’on perçoit qu’ils se développent dans le cadre de relations. J’ai utilisé ici l’autonomie comme un exemple d’une valeur qui n’est pas dérivée de la démocratie, et à l’aune de laquelle une décision démocratique doit être appréciée. Je souhaite suggérer à présent que ce sont les droits dans leur intégralité – le concept de droits lui-même – qui peuvent être mieux compris en termes de relations. De nouveau, je condenserai un propos plus long afin que nous puissions voir comment une telle conception des droits permet de répondre aux critiques et de résoudre des problèmes concrets.

Pour faire bref, les droits construisent des relations – de pouvoir, de responsabilité, de confiance, d’obligation. C’est ce qu’ils font en fait, c’est ce qu’ils ont toujours fait. C’est aussi vrai du droit de la propriété et des contrats que

²⁰ Par exemple : C. TAYLOR, *Philosophy and the Human Sciences*, Cambridge, C.U.P., 1985, spéc. chap. 7 « Atomism » ; C. KELLER, *From a Broken Web: Separation, Sexism and Self*, *op. cit.* ; M. J. SANDEL, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, C.U.P., 1982 ; I. M. YOUNG, « Impartiality and the Civic Public » & S. BENHABIB, « The Generalized and the Concrete Order », in S. BENHABIB et D. CORNELL (dir.), *Feminism as Critique*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1987.

d'autres domaines, tels que le droit de la famille, dans lesquels le droit positif structure les relations de manière évidente. Par exemple, comme le savent les avocats, les droits de propriété n'ont pas principalement pour objet les choses, mais les relations des personnes entre elles telles qu'elles affectent, et sont affectées par, des choses²¹. Les droits juridiquement garantis prévoient des limites à ce que nous pouvons faire avec les choses selon la manière dont nos actions affectent autrui (par exemple, si elles constituent une nuisance), selon les responsabilités que nous avons au regard du bien-être d'autrui (par exemple, en droit de la responsabilité civile ou en droit des baux d'habitation), ou encore selon que nous pouvons utiliser notre pouvoir de refuser l'accès aux choses à autrui afin d'obtenir qu'il fasse ce que nous voulons (nous sommes ici dans le domaine du contrat). [14] Le droit définit en outre des relations fiduciaires en précisant les relations particulières de confiance et les responsabilités qu'elles entraînent. Dans le domaine du contrat, le droit tient compte des rapports inégalitaires de pouvoir de négociation, et définit certains paramètres de la relation d'emploi ou des relations entre bailleurs et locataires. En décidant de l'importance à accorder aux attentes légitimes (*reliance*), les juges doivent effectuer des choix concernant les schémas de responsabilité et de confiance que favorisera le droit.

Je dresse cette liste afin de rendre plus claire la thèse d'après laquelle le droit structure quotidiennement les relations – et tient parfois compte consciemment de celles-ci – lorsqu'il définit et garantit les droits. Je propose que cette réalité des relations dans les droits devienne le cœur du concept lui-même – et, partant, de la discussion concernant, d'une part, ce que l'on doit traiter comme des droits et, d'autre part, comment ils doivent être garantis et interprétés. Il s'agit à vrai dire de mettre au premier plan ce qui a toujours constitué une réalité d'arrière-plan. J'affirme ainsi que nous nous acquitterons mieux de la difficile tâche de prendre des décisions concernant les droits si nous nous concentrons sur les types de relations que nous souhaitons promouvoir, ainsi que sur les concepts et les institutions qui contribueront au mieux à leur promotion. J'espère que les derniers exemples permettront de bien saisir cette idée.

J'essaie de montrer ici que le problème de l'individualisme est radicalement transformé par la conceptualisation des droits en termes de relations qu'ils structurent. Il y aura sans doute toujours des personnes qui *désirent* les relations de pouvoir et de responsabilité limitée que favorise et justifie la tradition individualiste des droits libéraux. Mais au moins le débat portera-t-il sur la question de savoir pourquoi certains schémas de relations humaines sont meilleurs que d'autres et quelles sortes de « droits » seront susceptibles de les promouvoir.

²¹ Pour une discussion des droits de propriété dans une perspective relationnelle, voir J. SINGER, « The Reliance Interest in Property », *Stanford Law Review*, vol. 40, 1987-1988, p. 577. J'ai également tiré profit de discussions avec Joe Singer lorsque j'ai commencé à travailler sur cet article.

Imaginons que nous disposions d'un accord initial sur les divers aspects d'une autonomie humaine optimale. Cela permettrait de dépasser la simple conclusion d'après laquelle l'autonomie repose sur les droits individuels. Nous pourrions alors nous pencher sur ce qui favorise réellement la capacité humaine à l'autonomie, et examiner la manière de favoriser et de protéger, par des « droits » juridiquement garantis, les relations qu'implique une telle autonomie. Pour prendre un exemple, j'ai examiné ailleurs la manière dont le droit administratif [15] peut jouer un rôle dans la protection des droits ainsi compris et dont nous pourrions structurer la prestation de services publics afin de promouvoir des relations qui favorisent l'autonomie²². C'est en ces termes, me semble-t-il, que l'on peut comprendre, de la manière la plus constructive, l'ensemble des droits auxquels nous sommes traditionnellement attachés – tels que la liberté de conscience, d'expression, et les droits « à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne ». Il est très peu probable que l'un de ces droits, analysés de cette manière, se révèle inutile. Ils ne disparaîtraient donc pas. Ils ne seraient ni submergés ni renversés par les revendications de la communauté. En termes constitutionnels, ils auraient toujours pour fonction d'être une unité de mesure de la légitimité des décisions collectives (même si on déterminerait cette légitimité par un processus de dialogue plutôt que par une décision unique qui écarterait toute autre considération). Toutefois, la signification spécifique de chaque droit sera sans doute transformée à mesure que nous délibérerons sur les schémas de relations que nous souhaiterions faire prévaloir dans notre société.

Ainsi, débattre des droits en termes de relations me semble permettre de surmonter la plupart des problèmes de l'individualisme, sans détruire ce qu'il y a de valable dans cette tradition. Bien entendu, lorsque nous avons affaire à une si vieille et puissante tradition, il faut prendre garde à ce que les significations établies de longue date ne s'insinuent pas de nouveau dans la conversation. Je crois, cependant, qu'il n'est pas possible d'abandonner le terme « droits ». Or, parce que nous pouvons l'utiliser de manière constructive, cette vigilance est le prix à payer.

[*L'effet obscurcissant du discours des droits*] – Je proposerai à présent quelques brèves suggestions sur la manière dont mon approche peut répondre à un deuxième ensemble de critiques (souvent associées aux *Critical Legal Studies*) qui portent sur le caractère obscurcissant du « discours des droits ». L'un des aspects les plus importants de cet ensemble de critiques est l'idée d'après laquelle les « droits » ne clarifient pas, mais masquent, les enjeux réels des débats politiques et les objectifs véritables des protagonistes. Tout comme la précédente objection à l'individualisme, cette critique pointe du doigt des problèmes sérieux qui sont

²² Voir J. NEDELSKY, « Reconceiving Autonomy: Sources, Thoughts, and Possibilities », art. cité, spéc. p. 26-33.

toutefois transformés lorsque nous comprenons que les droits structurent les relations.

[16] Il me semble que de nombreuses revendications de droits – « j'en suis le propriétaire » – entendent avoir un caractère conclusif. Elles visent à mettre un terme au débat, non à l'ouvrir. Que l'on ait affaire à une fermeture d'usine, un projet de développement présentant des risques environnementaux, ou une personne qui accepte seulement de louer une chambre aux personnes avec lesquelles elle ne se sent pas mal à l'aise, je considère – comme il est sans doute désormais évident – que le fait de se contenter d'invoquer les droits de propriété conduit à traiter comme réglées des questions qui devraient être débattues. Cela ne permet donc pas d'en saisir les enjeux et s'avère même néfaste dans certaines circonstances. Toutefois, ce problème ne se présente que si l'on prend pour acquise la signification des droits de propriété, ou si l'on passe sous silence les questions pertinentes dans la détermination de leur signification.

Ces questions peuvent être utilement débattues si nous percevons les droits de propriété comme l'un des moyens les plus importants, non seulement de structurer les relations de pouvoir dans notre société, mais d'exprimer les relations de responsabilité que nous souhaitons encourager. Nous pouvons demander, par exemple, si la propriété d'une usine n'entraîne pas une responsabilité envers les personnes qu'elle emploie, ou comment une telle responsabilité devrait être mise en balance avec le droit de faire librement usage de sa propriété (un équilibre analogue à celui que l'on trouve traditionnellement dans le droit relatif aux nuisances). Le processus inévitable de définition et de redéfinition de la propriété serait alors mis en œuvre de manière intelligible. Ainsi, nous pouvons demander quelles sont les relations de pouvoir, de responsabilité, de confiance et d'engagement envers autrui que nous souhaitons promouvoir à travers les conditions de propriété des biens de production, tout comme nous pouvons demander si ces relations favorisent l'autonomie, la créativité et l'initiative auxquelles nous accordons de la valeur. Par contraste, dire que le propriétaire d'une usine peut décider de la fermeture de celle-ci quand et comme il le souhaite simplement parce qu'il en a la propriété relève, soit de la tautologie (être propriétaire *veut dire* posséder ce pouvoir), soit d'une affirmation historique (sur la signification du droit de propriété par le passé). Cette affirmation historique est, bien entendu, d'une importance particulière dans le droit, mais il ne peut être que le point de départ d'une enquête sur la signification à donner à la propriété, et non le point final. Se concentrer sur la relation aidera à accorder le juste poids aux affirmations historiques et à les mettre en contexte, tout en dévoilant les affirmations tautologiques.

Parmi les critiques courantes de l'effet obscurcissant du discours des droits, on retrouve l'idée que ces derniers sont « réifiés », telles des entités fixes dont la signification est simplement prise pour acquise. Attribuer une qualité de chose aux droits empêche de reconnaître les diverses manières dont ils peuvent constituer des choix collectifs qu'il conviendrait d'évaluer. De manière descriptive, [17] je pense qu'il s'agit là d'une inquiétude légitime concernant la tradition dominante en matière de droits, bien qu'elle ne m'apparaît pas insurmontable. Je pense que si nous nous souvenons que les droits structurent des relations, et que c'est dans cette optique que nous les interprétons pour décider ce qui mérite la qualification de droits, alors non seulement nous relâcherons l'emprise de cette réification, mais la conception nouvelle des droits comme relations ne risquera pas de se pétrifier de nouveau en un ensemble d'images réifiées qui découragent plutôt qu'elles n'invitent l'examen critique.

[*L'effet d'aliénation du discours des droits*] – On trouve, en dernier lieu, l'importante critique selon laquelle les droits aliènent et éloignent les personnes, en exprimant et en érigeant entre elles des barrières²³. Les droits ont cet effet d'éloignement en partie parce qu'ils permettent, tels qu'ils fonctionnent à présent dans nos discours, d'éviter de voir certaines relations auxquelles nous sommes en réalité partie. Par exemple, lorsque nous voyons dans la rue une personne sans-abri, nous n'interrogeons pas le fait que notre régime de propriété contribue à sa situation. Nous ne devenons pas conscients de ce que nous prenons pour acquis ; le sentiment que nous sommes propriétaires de nos demeures nous permet d'en exclure la personne sans-abri. L'impression de n'avoir rien fait de mal, de n'avoir pas violé les droits de la personne sans-abri, nous permet de nous tenir à distance de sa détresse. La conception dominante des droits contribue au sentiment que nous ne sommes pas responsables.

Cependant, si nous nous concentrons sur les relations que structurent nos droits, nous percevons la connexion entre notre pouvoir d'exclure et la détresse de la personne sans-abri. Peut-être même déciderons-nous de maintenir ce droit d'exclure, mais nous le ferons alors en pleine conscience du schéma de relations qu'un tel droit contribue à mettre en place. Je crois que nous aurons une expérience différente de nos responsabilités à mesure que nous reconnaitrons que nos « droits privés » s'accompagnent toujours de conséquences sociales²⁴.

²³ Peter Gabel propose un exposé excellent et profond de cette perspective : P. GABEL, « The Phenomenology of Right-Consciousness and the Pact of the Withdrawn Self », *Texas Law Review*, 1982, vol. 62, p. 1563.

²⁴ C'est sans doute le bon endroit pour répondre à l'objection selon laquelle ma thèse des « droits comme relations » est conséquentialiste – et qu'il me faudrait donc rentrer dans le débat opposant théories déontologiques et conséquentialistes des droits. L'atelier de théorie juridique de Columbia m'a aidé à comprendre pourquoi ce débat n'est que périphérique à mon projet. La distinction entre ces formes de théories repose sur la possibilité de proposer une conception des êtres humains dont on pourrait comprendre la nature en faisant abstraction des relations dont ils font partie. En

[18] À la critique de l'éloignement, je réponds que ma thèse des droits comme relations n'entraîne pas le même effet que nos conceptions actuelles. Toutefois, les droits *pourraient* continuer de remplir la fonction protectrice que cherchent à défendre des partisans éclairés qui voient dans les droits une forme de distance entre les individus, telle Patricia Williams²⁵. L'égal respect se trouve en effet au cœur de ma vision des droits. En outre, la structure optimale des relations humaines offre toujours, non seulement le choix d'entrer en relation, mais l'espace nécessaire pour choisir de s'en retirer²⁶.

Voici donc, dans ses grandes lignes, ma réponse aux critiques fondées sur l'individualisme et les effets d'obscurcissement et d'aliénation produits par les « discours des droits ». Avant de me tourner vers des exemples tirés du droit constitutionnel, qu'il me soit permis de rappeler ce qui est innovant – et ce qui ne l'est pas – dans mon approche. Mon propos insiste sur l'idée que le fait de considérer les droits comme des relations offre une manière nouvelle et meilleure de résoudre une série de problèmes concernant les droits. Ce qui rend l'argument convaincant me semble cependant qu'il ne s'éloigne pas radicalement de ce qu'implique le processus de décision juridique, y compris les décisions judiciaires. Comme j'ai cherché à le montrer à travers mes exemples précédents, la nouveauté se trouve dans le fait de déplacer le regard vers ce qui s'est toujours trouvé à l'arrière-plan.

[19] Il est en effet important de reconnaître le rôle *existant* de la relation dans les droits afin de percevoir que ce que je propose peut être mis en œuvre immédiatement, sans restructuration radicale de notre ordre juridique. Il est également important de répondre à l'objection d'après laquelle ce que j'appelle de mes vœux élargit dangereusement, voire crée, le rôle de décision politique du juge. Mon argument est que le fait de reconnaître les droits comme relations nous rend conscient de ce qui existe déjà, permettant ainsi réflexion approfondie et débat. Je rejoins ici le nombre croissant de personnes qui considèrent que les juges

rejetant cette prémisse, on dissout toute distinction nette entre une conception des droits fondée sur la nature humaine et une conception des droits fondée sur le caractère souhaitable des relations qu'ils favorisent. Le simple fait de se concentrer sur la relation ne revient donc nullement à manquer aux exigences essentielles d'humanité, puisqu'il est impossible de tirer une théorie des droits d'une nature humaine que l'on pourrait comprendre en faisant abstraction de toute relation. En nous focalisant sur la relation, nous nous focalisons sur la nature de cette humanité, nous ne la sacrifions nullement au collectif.

²⁵ P. J. WILLIAMS, *The Alchemy of Race and Rights*, Cambridge, Harvard University press, 1991.

²⁶ Il reste des problèmes à résoudre. Il nous faut déterminer non seulement quelle serait la portée optimale du retrait, mais également les manières de structurer les choix d'entrer en relation. Ce sont là des problèmes compliqués dès lors que le cadre que l'on se donne accorde une place première à des relations qui sont considérées, de certaines manières, comme données plutôt que choisies.

s'acquitteront mieux de leurs tâches s'ils sont pleinement conscients de ce qu'ils font, même si cette conscience nouvellement acquise peut paraître très exigeante²⁷.

IV.- APPLICATION DES « DROITS COMME RELATIONS »

Pour terminer, j'esquisserai la manière dont mon approche peut nous aider à résoudre certains problèmes spécifiques. Je commencerai par la question de savoir si le droit de propriété est inclus dans la *Charte*. Cela présente l'intérêt de donner un caractère concret à l'interrogation, sinon abstraite, de savoir comment nous devons comprendre l'idée de la constitutionnalisation des droits. Une fois admis que les droits constitutionnellement garantis sont des choix collectifs, cela rend intenable la simple alternative « démocratie vs droits ». Par ailleurs, il devient difficile d'expliquer pourquoi, dans un dialogue de responsabilisation politique, certaines choses que nous qualifions de droits méritent d'être constitutionnalisées (telles les libertés d'expression ou de conscience) et non d'autres (tel le droit de propriété). Cela permet au moins de mettre en évidence les raisons de cette difficulté.

[20] [*La valeur fondamentale d'égalité*] – Ma conception du constitutionnalisme vise à permettre d'apprécier la décision démocratique à l'aune des valeurs fondamentales et à assurer, par des mécanismes de dialogue continu, que les choix qu'effectuent les peuples à travers leur assemblées démocratiques s'accordent avec leurs valeurs les plus profondes. Cette idée du constitutionnalisme comme protection des « valeurs les plus profondes » a quelque chose d'ironique : lorsque nous choisissons de constitutionnaliser une valeur, d'en faire un droit constitutionnellement garanti, nous considérons non seulement qu'il y a un profond consensus sur l'importance de cette valeur, mais également que cette valeur est en péril, c'est-à-dire que ceux-là mêmes qui la tiennent pour valeur risquent de la violer à travers leurs procès politiques ordinaires. Je crois, en fait, que cette dualité ironique a du sens, et que cela peut s'observer pour de nombreuses valeurs. Une fois reconnue cette dualité, il n'est plus recevable de soutenir, contre la constitutionnalisation d'un droit, qu'il est trop contesté pour mériter sa place dans une charte des droits et libertés, ou alors qu'il est si bien

²⁷ Voir, par exemple, M. MINOW, *Making All the Difference: Inclusion, Exclusion and American Law*, Ithaca, Cornell University Press, 1990. Les objections les plus fortes à cette position que j'ai pu rencontrer proviennent de certains de mes étudiants, en particulier des étudiants noirs. Leur argument est que le juge effectue toujours une décision qu'il qualifierait lui-même de politique s'il en avait conscience, mais qu'il vaut mieux qu'il ne s'en aperçoive pas afin qu'il se limite davantage. À l'inverse de mon affirmation d'après laquelle on peut avancer en l'absence de toute réforme radicale, ces objecteurs soutiennent qu'étant donnée la composition actuelle du corps judiciaire, il est souhaitable que les juges se sentent aussi contraints que possible face à toute innovation. Ils semblent ainsi suggérer qu'il nous faudrait attendre d'avoir un corps judiciaire beaucoup plus représentatif avant de promouvoir en son sein une transformation dans la conception de son rôle.

accepté qu'il n'a pas besoin d'être incorporé dans une telle charte. On pourrait bien entendu formuler ces deux arguments au sujet du droit de propriété.

Il me semble qu'au Canada nos droits constitutionnellement garantis ont pour prémisses fondamentales l'égalité ; c'est sans doute plus généralement le cas dans les démocraties constitutionnelles. Ces dernières définissent ce à quoi *chaque* membre de la société peut prétendre, c'est-à-dire les conditions fondamentales réciproques qui permettent, non seulement de s'épanouir en tant qu'individu, mais de se rapporter à autrui dans une situation d'égalité. (Cela ne revient pas à dire que les valeurs que nous protégeons par la constitutionnalisation – l'autonomie, le droit à la vie privée, à la liberté, à la sécurité –, sont elles-mêmes identiques à l'égalité ou dérivent de celle-ci.) Il peut sembler de prime abord que cela se rapproche dangereusement de l'idée que l'on trouve au cœur de la théorie libérale qui conçoit la personne humaine comme un individu porteur de droits, égal à autrui en tant qu'il est porteur de droits, abstraction faite de tout élément concret (de genre, d'âge, de classe ou de capacités). Cette conception a été l'objet de critiques dévastatrices d'universitaires féministes comme Iris Young²⁸. Mon idée présente des différences subtiles mais essentielles. Les droits constitutionnellement garantis doivent saisir l'idée d'une égale valeur morale des personnes *malgré* le fait qu'il n'y a pas entre celles-ci d'égalité concrète de besoins et de facultés, mais au contraire de grandes différences. En parlant de droits égaux, mon propos n'est pas de faire disparaître ces différences, mais de demander comment nous pouvons structurer des relations d'égalité là où l'on trouve de nombreuses inégalités concrètes.

Dans une large mesure, c'est le droit qui détermine (et donne effet aux choix concernant) les différences qui comptent et la manière d'en tenir compte – c'est-à-dire qui procurent avantages, pouvoirs et privilèges, et qui seront sources de désavantages, d'impuissance et de subordination. On pourrait ainsi dire que quels que soient les privilèges et les désavantages que puissent générer les processus politiques et légaux ordinaires, la finalité des droits égaux de valeur constitutionnelle est de structurer les relations de telle sorte que l'on soit amené à traiter autrui avec un respect fondamental, dans la reconnaissance et la promotion mutuelle de la dignité, et la considération mutuelle des différences. Les droits ainsi compris constituent des marques de respect et des critères de dignité – ce qui comprend des droits de participation. Les droits constitutionnellement garantis définissent des manières essentielles de traiter autrui en égal dans le cadre de nos choix collectifs.

[*Contre la constitutionnalisation du droit de propriété*] – Il est alors malaisé de rendre compte du droit de propriété. Il est la principale source des *inégalités*, du moins dans les économies de marché que nous connaissons. Sur le plan formel,

²⁸ Voir I. M. YOUNG, « Impartiality and the Civic Public », art. cité, p. 56.

bien entendu, chacun jouit des mêmes droits à l'égard d'une chose qui lui *appartient*. Néanmoins, la propriété est également le principal moyen de distribution du pouvoir aux citoyens par l'État. Or, on a présumé dans les économies de marché que ce pouvoir devait être distribué de manière inégale – à des fins d'efficacité, de prospérité et, d'après certains, de mérite. Il en résulte une tension soutenue entre l'inégalité de pouvoir générée par la distribution de la propriété à travers le marché et les revendications de droits égaux. On le voit, par exemple, dans les débats sur la liberté d'expression et d'accès aux médias, dans les débats autour des dépenses de campagne, et comme je le noterai plus loin, dans des arguments en faveur d'une charte sociale.

Tout ceci donne à penser que les organes les plus accessibles au peuple – les assemblées législatives – doivent se saisir, dans les débats vigoureux qu'ils abritent, de la question de la nature du droit de propriété ainsi que des formes et limites des pouvoirs à allouer aux individus (comme dans les exemples, évoqués plus haut, du régime des baux d'habitation, de la réglementation environnementale, et de la législation sur le salaire minimum).

[22] Il existe un argument plus direct contre la constitutionnalisation du droit de propriété : il n'est qu'un droit de second ordre, un *moyen* en vue des valeurs plus élevées que nous avons constitutionnalisées – les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. Il ne trouve pas sa place parmi ces valeurs, et ne peut pas recevoir un traitement comparable. Voilà une raison de plus pour laquelle, en dernière analyse, le droit de propriété doit être apprécié à l'aune de l'égalité et non l'inverse – comme cela serait inévitablement le cas si l'on venait à le constitutionnaliser.

Les valeurs qui nous importent véritablement se trouvent déjà dans la *Charte*. Les décisions gouvernementales ordinaires ont si fréquemment un impact sur les droits de propriété qu'il devient maladroit et artificiel de demander lesquels de ces impacts en constituent la violation²⁹.

On cherche à savoir en réalité à quel moment l'impact en question enfreint également l'une des valeurs fondamentales (vraisemblablement la liberté ou la

²⁹ Certains défenseurs de l'inclusion dans la *Charte* du droit de propriété semblent avoir d'étranges idées sur ce que cela permettrait d'accomplir. Ainsi, lorsque la question fut débattue par l'assemblée législative de l'Ontario, on relata toute une série d'histoires tristes dans lesquelles des personnes avaient été dédommagées après confiscation de leur bien (à des montants qui, estimait-on, ne reflétaient pas le coût réel de la relocalisation du domicile ou du commerce) pour divers projets de travaux publics (certains desquels ne furent jamais entrepris). Aucun de ces cas, me semble-t-il, n'aurait été empêché par la clause relative aux « réquisitions » (*takings*) dans [le ^ve amendement de] la constitution des États-Unis (même dans son interprétation la plus récente). On continuera sûrement de considérer le droit d'expropriation pour cause d'utilité publique (*eminent domain*) comme un fondement légitime de l'usage du pouvoir législatif.

sécurité) qui *se trouve*, quant à elle, dans la *Charte*. Par exemple, toute confiscation arbitraire, punitive ou sans indemnisation constitue sûrement une violation de la sécurité de la personne non conforme aux exigences fondamentales de la justice. Nul ne peut se sentir libre et en sécurité parmi ses concitoyens, pas plus qu'il ne peut se sentir traité comme un égal ou digne d'un égal respect, s'il sait qu'il peut être privé aléatoirement, et à tout moment, de ses biens matériels. Une telle forme d'insécurité détruirait la relation de confiance et d'égalité nécessaires à une société libre et démocratique.

Cela m'amène directement à mon second exemple. Dès lors que la *Charte* n'inclut pas le droit de propriété, à quel moment déterminera-t-on qu'un impact sur la propriété ou un intérêt économique [23] constituera une violation de la liberté ou de la sécurité de la personne ? Je me limiterai bien entendu, avec la place qu'il me reste, à indiquer de quelles manières il peut être utile de se concentrer sur la relation.

Prenons l'affaire des médecins en Colombie Britannique, *Wilson v. Medical Services Commission*³⁰. Afin de s'assurer d'une présence adéquate des services de santé sur l'ensemble de son territoire, la province décida de restreindre le nombre de médecins à qui serait attribué un numéro de facturation dans des régions attractives, comme celles de Vancouver. Les médecins n'avaient donc pas en fait la possibilité de pratiquer partout où ils le souhaitaient. Cela constituait-il pour autant une entrave à la liberté ? Imaginons que nous commençons par examiner les réseaux de relations dans lesquels ces médecins sont intégrés – le financement public des écoles de médecine, des hôpitaux, de leur salaire (d'où, pour commencer, le problème). Il nous faudrait alors considérer plus largement quelles interdépendances sont déjà formellement reconnues dans diverses restrictions de l'accès à l'emploi, pouvant aller de celui d'éleveur de poulets à celui de chauffeur de taxi. Bien entendu, restreindre les moyens de subsistance est une entrave sérieuse qui touche de près notre conception de la liberté. Mais aucune situation, pas plus que celle des médecins, ne doit être envisagée de manière isolée. Les relations qui se développeront dans la société dépendront de la portée accordée aux choix individuels et des limites qu'imposent à ces choix des conceptions de responsabilités mutuelles. Nous devons demander, dans chaque situation, si l'entrave alléguée a pour but de favoriser ou de mettre en œuvre la responsabilité sociale d'une manière cohérente avec d'autres formes de responsabilité sociale au Canada – ou si l'entrave est inutile, arbitraire ou gratuite. Par ailleurs, il ne sera pas nécessairement suffisant de constater la cohérence entre les politiques publiques. Nous pourrions également demander si le maillage du réseau des responsabilités

³⁰ (1988), 53 D.L.R. (4 th) 171 ; [1989] 2 W.W.R. 1 (B.C.C.A.) annulant *Wilson v. Medical Services Commission of B.C.* (1987), 36 D.L.R. (4 th) 31 ; [1987] 3 W.W.R. 48 (B.C.S.C.). Requête d'autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada rejetée le 3 novembre 1988.

mutuelles n'est pas si resserré qu'il est impossible d'imaginer des relations favorables à l'autonomie de l'individu (une fois reconnu, bien entendu, le fait que l'autonomie est permise par des relations interdépendantes, et qu'elle n'est pas une question d'*indépendance*). Je n'entre pas plus dans le détail, si ce n'est pour dire que dans cet exemple, comme dans d'autres, les effets d'une analyse au prisme de la relation ne sont pas saisissants, mais subtils. Certains de [24] ces éléments semblent familiers et peuvent également ressortir d'autres cadres de pensée. Mais il y a ici une différence d'accent. Notre attention sera portée vers d'autres questions, et le résultat d'ensemble sera meilleur.

[*Adopter une Charte sociale alternative ?*] – Pour terminer, je dirai quelques mots sur un sujet qui pourrait facilement faire l'objet d'un article à part entière, celui de la Charte sociale alternative (CSA) mise en avant par une coalition de groupes de lutte contre la pauvreté durant la récente série de négociations constitutionnelles³¹. Cela présente deux liens fondamentaux avec mon thème. Premièrement, la CSA vise à mettre en œuvre une vision de ce qu'exigerait une participation à titre égal et à part entière de chaque membre de la société canadienne, que l'on traiterait avec le même respect et la même dignité. Je pense que la CSA est née d'une prise de conscience des relations de désavantage qui, actuellement au Canada, empêchent cette pleine égalité³². Nous pouvons être aveuglés quant aux conséquences de ces désavantages par des théories des droits conventionnels, alors que les droits pensés comme des relations mettent la question au premier plan.

D'une manière plus importante pour mon propos, la CSA s'accompagne d'une forme très attirante de dialogue de responsabilisation démocratique, en la forme d'un tribunal qui constituerait, en tant que mécanisme de maintien de ce dialogue, une alternative aux juridictions. Il aurait pour tâche d'entendre des griefs alléguant

³¹ Voir J. NEDELSKY et C. SCOTT, « Constitutional Dialogue », in J. BAKEN et D. SCHNEIDERMAN (dir.), *Social Justice and the Constitution: Perspectives on the Social Charter*, Ottawa, Carleton University Press, 1992. [N.D.T. : La Charte sociale alternative de 1992 peut être consultée à l'adresse suivante : <https://socialrightscura.ca/documents/archive/Alternative%20Social%20Charter.htm>].

³² On pourrait soutenir que les droits à la santé, à l'alimentation, à l'habillement et à l'aide à la garde des enfants ne sont, comme le droit de propriété, que des valeurs de second ordre, constituant des moyens d'atteindre l'égalité ou les autres valeurs fondamentales exposées dans la *Charte*. La Charte sociale devrait alors être un document distinct de la *Charte*, et non intégré à celle-ci. Il y a eu, sur ce point, quelques désaccords entre les partisans de la Charte sociale dans sa forme actuelle. En l'état, il s'agit d'un document distinct contenant une disposition [art. 2] prévoyant que la *Charte* devra être interprétée de manière conforme à la Charte sociale. Cependant, il me semble que les droits à la santé et à l'alimentation sont des valeurs primaires, bien que le discours traditionnel des droits ne les ait pas traités de la même manière que la liberté et l'égalité – sans doute parce qu'on les perçoit plutôt comme des droits « positifs » que des libertés négatives. Il peut sembler que le droit à la santé ainsi que les autres droits sociaux de la CSA sont moins susceptibles d'une approche relationnelle. Toutefois, on doit interpréter la signification de l'égalité à la lumière de tels droits sociaux et inversement, l'ensemble nécessitant une analyse relationnelle.

d'atteintes « systémiques, ou dont l'impact est systémique [25] pour les groupes vulnérables et désavantagés ainsi que leurs membres »³³. Ce tribunal serait doté de larges pouvoirs de contrôle des législations, réglementations et politiques publiques aux niveaux fédéral et provincial ; il pourrait enjoindre au gouvernement de prendre toute mesure appropriée, et pourrait lui demander de rendre des rapports sur les mesures adoptées ou proposées. Ces injonctions, toutefois, « n'entrer[ai]ent pas en vigueur tant que la Chambre des communes ou le législateur compétent aura siégé pour une période de cinq semaines au moins, durant laquelle la décision pourra être annulée à la majorité simple de l'assemblée législative ou du Parlement »³⁴.

Cela constitue un effort d'imagination pour répondre aux inquiétudes concernant le pouvoir des juges en matière de mise en œuvre des droits lorsque cela implique d'engager des fonds publics. Cette proposition (contrairement à celle du rapport Beaudouin-Dobbie soumis par une commission parlementaire composée de représentants de tous partis³⁵) prévoit un mécanisme coercitif important, tout en réservant le dernier mot au forum primaire de la délibération démocratique – l'assemblée législative. Cela semble offrir un mécanisme prometteur pour lancer un dialogue continu qui permettrait d'apprécier la prise de décision démocratique à l'aune des valeurs fondamentales de l'égalité.

Le mécanisme en question serait hautement démocratique. La proposition appelle à la nomination des membres du tribunal par le Sénat (réformé), et à ce qu'un tiers des membres soit issu des secteurs du gouvernement fédéral, des gouvernements provinciaux et territoriaux, et des organisations non-gouvernementales représentatives de groupes vulnérables et désavantagés. En outre, cette institution est conçue pour permettre un dialogue continu avec les autorités décisionnaires que sont les gouvernements. L'idée que les droits impliquent un processus de définition continu est donc reconnue dans la structure mise en place par la CSA. Celle-ci crée pour ce processus un mécanisme démocratique qui ne se contente pas de donner la priorité à la démocratie sur les droits. Il offre le moyen de s'assurer que les décisions démocratiques seront appréciées à l'aune des valeurs fondamentales, sans pour autant traiter les droits comme des atouts. En somme, la CSA esquisse les contours d'un modèle réalisable de constitutionnalisme compris comme un dialogue [26] de responsabilisation démocratique, dans lequel les droits à protéger découlent de la recherche des conditions d'existence des formes de relations nécessaires à une société libre et démocratique.

³³ CSA, art. 10(1).

³⁴ *Ibid.*

³⁵ L'accord de Charlottetown ne précise pas de mécanisme coercitif pour ce qui concerne l'« Union sociale et économique ».

V.- CONCLUSION

Comprendre ainsi la constitutionnalisation des droits comme un moyen de créer un dialogue de responsabilisation démocratique amène une redéfinition des justifications à apporter aux restrictions constitutionnelles à la délibération démocratique. De manière sans doute plus importante, pour le monde en dehors de la recherche universitaire, nous proposons un cadre conceptuel qui nous aidera à concevoir et à évaluer les mécanismes de constitutionnalisation des droits dans les démocraties modernes. Cette conception du constitutionnalisme engendre et promeut une compréhension nouvelle des droits comme structurant des relations. Cela permet à son tour de surmonter les difficultés les plus sérieuses soulevées par l'approche dominante de la tradition libérale. Lorsque nous comprenons ainsi les droits comme des relations, et le constitutionnalisme comme un dialogue de responsabilisation démocratique, nous pouvons non seulement dépasser certains problèmes anciens, mais créer une structure conceptuelle et institutionnelle qui facilitera l'examen critique des problèmes nouveaux qui émergeront inévitablement.