Document generated on 07/08/2025 4:48 a.m.

Les Cahiers de droit

BJARNE MELKEVIK, *Réflexions sur la philosophie du droit*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2000, 214 p., ISBN 2-7637-7735-X.

Henri Mbulu

Volume 44, Number 3, 2003

URI: https://id.erudit.org/iderudit/043765ar
DOI: https://doi.org/10.7202/043765ar

See table of contents

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)
1918-8218 (digital)

Explore this journal

Cite this review

Mbulu, H. (2003). Review of [BJARNE MELKEVIK, *Réflexions sur la philosophie du droit*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2000, 214 p., ISBN 2-7637-7735-X.] *Les Cahiers de droit*, *44*(3), 557–564. https://doi.org/10.7202/043765ar

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 2003

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

ces que comporte leur inscription sur un support électronique. Les règles essentielles concernent ici encore la conservation de l'information, mais aussi la garantie de son intégrité, de sa lisibilité et de sa valeur probatoire ou documentaire.

Quel que soit l'intérêt de ces diverses communications, on peut s'interroger sur l'à-propos de les publier sous la forme d'un recueil de ce type. Un cycle de conférences prononcées isolément, dans un cadre thématique très souple, sur la durée d'une année universitaire, présentera en général nettement moins d'unité qu'un colloque dont les participants, réunis en un même lieu pour une courte durée, confrontent leur points de vue sur un thème relativement circonscrit. L'effet d'éclatement et de discontinuité, auquel ne peut guère échapper un cycle de conférences, est très sensible dans *Le lisible et l'illisible*. Le propos, le ton, le niveau d'approfondissement, l'appareil scientifique, la dimension : tout varie très notablement d'un texte à l'autre. Cela n'enlève rien à l'intérêt de chaque texte pour ce qu'il est. L'ensemble demeure éminemment… lisible ! Sur le plan de la visibilité, toutefois, la majorité de ces communications aurait sans doute gagné à paraître dans les périodiques juridiques.

Pierre Issalys
Université Laval

Bjarne Melkevik, **Réflexions sur la philosophie du droit**, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2000, 214 p., ISBN 2-7637-7735-X.

Il y a un peu plus de deux ans, les Presses de l'Université Laval publiaient les *Réflexions sur la philosophie du droit* de Bjarne Melkevik. Dans cet ouvrage de 214 pages, dont le titre rappelle, par certains côtés, les *Réflexions sur la Révolution française*, du libéral et contre-révolutionnaire Edmund Burke, ainsi que les *Réflexions sur la philosophie et le droit*, de Michel Villey, l'auteur entreprend une analyse critique des plus clairvoyantes de la pratique juridique au Québec. À la différence de Burke et de sa descendance (p. 136-137 et 148), notamment chez Hayek, il ne tente pas de brader le projet juridique moderne en faveur de la tradition, de l'histoire, de l'irrationnel, ni d'aucune autre idéologie. Au contraire, dans le monde contemporain dominé par le marché, la mondialisation et l'argent, Melkevik ne trouve aucune raison valable de sacrifier les sujets de droit à l'autel de « ces nouveaux dieux ». Dans tous les cas, « il s'agit de réfléchir sur la participation réelle des personnes à la production de droits et de lois de façon intersubjective […] C'est là une solution de rechange critique au modèle positiviste » (p. 208) mais aussi à toute velléité antidémocratique.

Pour mieux apprécier cette contribution d'un auteur clé de la philosophie du droit au Québec et au Canada, nous aimerions, dans un premier temps, présenter la structure d'ensemble de l'ouvrage. Dans un second temps, en reprenant sa thèse du projet juridique moderne, nous soulèverons deux questions théoriques qui, à notre avis, nécessitent plus d'éclaircissements.

L'ouvrage de Melkevik comporte cinq parties. De prime abord, l'agencement de ces parties semble fortuit ; on dirait même qu'elles traduisent des préoccupations différentes. Le lecteur pressé pourra croire que la cohérence interne de l'ouvrage s'en trouvera compromise. Cependant, une lecture attentive permettra d'apercevoir nettement le fil conducteur qui lie les différentes parties autour de l'idée démocratique du droit.

La première partie s'intitule : « Solidarité et philosophie ». Elle se divise en deux chapitres, dont l'un a trait à l'enseignement de la philosophie du droit au Québec. L'auteur y expose sa conception de la philosophie du droit à partir de sa propre expérience de l'enseignement de cette matière. Renonçant à toute forme de « Raison-Ordonnatrice » et à celle du « Vrai-Droit », il adopte une conception plutôt modeste de la philosophie du droit. Car si cette dernière doit renoncer à ces deux options hypostatiques (droit naturel et positivisme), « il ne lui reste plus que la possibilité d'accompagnement du projet

juridique et, plus précisément, d'accompagnement des réflexions, des arguments et des raisons qui étayent le projet juridique » (p. 11).

L'autre chapitre a pour titre : « La solidarité, la philosophie et notre présent ». Comment penser la solidarité aujourd'hui ? Pour répondre à cette question, l'auteur renvoie dos-à-dos deux options qu'il considère comme des modèles dépassés : la solidarité-fait et la solidarité-devoir. Ce renvoi, sans appel, se justifie par le fait que « la solidarité factuelle, telle que pensée par Durkheim, n'engage personne et la solidarité morale n'a aucune prise sur la réalité sociale » (p. 20). Que faire alors ? se demande l'auteur. « Laissez la notion de « solidarité » (p. 20) dans les poubelles de l'histoire » ? Melkevik résiste et ne saurait se satisfaire d'un tel délaissement. Pour lui, la solidarité ne pourrait être une charité chrétienne, ni un cautionnement kantien, ni même une spéculation sur le « visage de l'autre », comme le pensait Levinas. Elle doit être une « possibilité d'engagement en faveur de tout ce qui porte visage humain » (p. 23). Pour être encore plus net, l'auteur précise la nécessité d'un test d'universalité pour jauger à sa juste valeur cet engagement de solidarité : « Pour ce faire, nous devons maintenant réviser notre compréhension de l'universalité. Il faut la faire sortir d'un cautionnement kantien et sémantique, et plutôt l'interpréter comme le propose Habermas : « l'égal respect pour chacun et la solidarité avec tout ce qui porte visage humain » » (p. 26). Dans cet ordre d'idées, seule une telle compréhension de la solidarité peut acquérir une validité pratique et se déployer dans une démocratie moderne.

La deuxième partie de l'ouvrage, « Identité et droit », est une longue interrogation sur les identités. Elle porte, d'une part, sur l'interaction entre les Premières Nations du Québec, le Québec et les discours souverainistes québécois et, d'autre, part sur l'intégration de ces identités au sein du Canada, du Québec et de la communauté internationale. Les revendications de reconnaissance juridique et politique de ces identités butent contre l'idéologie du libéralisme contemporain, caractéristique de la pratique institutionnelle du Canada. Cette approche unilatérale du libéralisme méconnaît notamment les cultures légales-coutumières autochtones. Pour l'auteur, « cet investissement unilatéral dans l'idéologie libérale explique en partie l'impasse juridique dans laquelle se trouve actuellement le droit autochtone canadien » (p. 62). Comment sortir de cette impasse ? La solution pourra-t-elle venir des accommodements philosophiques de l'univers autochtone et, pourquoi pas, québécois ? Quelle que soit la réponse à cette question, un préalable s'impose : « les nations autochtones et le Québec devraient étudier de façon critique leur identité respective » (p. 60). Si cet appel à la négociation critique a été entendu, en revanche, constate l'auteur, il n'a pas encore reçu de réponse. Dès lors, il faut se résoudre à l'évidence : « Le défi de la philosophie du droit contemporain repose en conséquence sur le dialogue avec les cultures légales-coutumières et sur la création d'une place pour elles dans la modernité juridique » (p. 84).

La troisième partie intitulée : « Métaphysique et droit » se divise en trois chapitres. Le premier a pour titre : « La métaphysique et le droit : une appréciation philosophique ». Le deuxième chapitre porte sur Villey et la philosophie du droit, tandis que le troisième se penche sur l'influence de Villey au Québec et au Canada francophone. Dans ces trois chapitres, l'auteur prend ses distances à l'égard de toute pensée métaphysique du droit. Les anecdotes sur Michel Villey et la référence à ses multiples influences sur la pratique du droit au Québec et au Canada français n'ont pour seul objet que de montrer l'abîme qui les sépare. Certes, Melkevik reconnaît l'incontestable contribution que la métaphysique, à toutes les époques de l'histoire, a apporté à la culture juridique occidentale. À la différence, par exemple, de la culture juridique hyperréaliste chinoise, la culture occidentale a toujours pensé le droit sous le double registre de l'immanence et de la transcendance, de la positivité et du droit naturel, de la loi positive et de la loi « supérieure », du droit et de la justice. Cependant, toutes ces constructions métaphysiques du droit sont désormais révolues. Il ne reste donc que l'indépassable

horizon démocratique du droit. La conception de la philosophie du droit de l'auteur demeure bien ancrée dans une perspective postmétaphysique et démocratique du droit. C'est pourquoi il souligne ceci (p. 97) :

> Dès l'entrée en matière, nous avons bien affiché nos couleurs. Nous ne croyons pas que la métaphysique juridique soit encore la base du langage juridique de notre époque. Dans notre perspective, c'est plutôt aujourd'hui à une conception démocratique de représenter la dimension d'indisponibilité qui seule peut rendre le projet juridique autonome par rapport aux forces hétérogènes.

« Idéologie et droit », constitue la quatrième partie. Elle comporte également trois chapitres intitulés respectivement : « L'épistémologie hayekienne et la question de droit : analyse et critique », « À propos de Marx et de sa conception du droit : intersubjectivité, matérialité et normativité » et « Pasukanis, philosophie et droit ». Ces chapitres veulent regrouper des perspectives épistémologiques et les approches sociocritiques du droit. En les mettant à profit, l'auteur voudrait les contraster ou les mesurer par rapport à sa conception démocratique de la philosophie du droit. Ainsi, l'intérêt que Melkevik poursuit dans l'analyse de l'épistémologie hayekienne est de constater son incapacité à mobiliser une conception délibérative et procédurale de la démocratique. Deux arguments peuvent expliquer ce constat d'échec. D'abord, partant des prémisses irrationnelles de cette épistémologie, « nous ne pouvons avoir accès à ce que Hayek appelle l'ordre spontané, puisque ce n'est rien d'autre qu'une construction idéologique et l'objet d'une autosoumission idéologique » (p. 149). Ensuite, constate l'auteur, « Hayek réduit le sens de la démocratie à un instrument, à un moyen ou à une courroie, pour ce qu'il considère comme base ontologique et éthique du droit » (p. 150). Cette dernière position condamne Hayek et les hayekiens à une insoluble frustration politique, « ou du moins à une position de contre-révolution » (p. 151) semblable à celle que défendait le contre-révolutionnaire Edmund Burke (p. 148).

S'il est possible de lire dans l'épistémologie de Hayek des prémisses antimodernes, en revanche la perspective qui a été ouverte, au XIX^e^ siècle, par la philosophie du droit de Marx se rapproche davantage du projet juridique moderne. À ce titre, elle peut être qualifiée d'introduction à une « nouvelle modernité du droit » (p. 167). Cependant, cette perspective reste encore prisonnière de l'unilatéralisme de la pensée juridique des philosophes du siècle des Lumières et ne thématise guère la question démocratique. L'écho de cette ouverture sur la modernité se prolonge dans la théorie juridique de Pasukanis, « le plus remarquable et le plus perspicace des philosophes marxistes du droit » (p. 171). Au-delà de l'intérêt que cette théorie, ou projet humaniste, suscite pour la pensée et la pratique juridique, son apport à l'argumentation de l'auteur reste mince. Elle peut être considérée comme une réfutation contre la pure instrumentalité du droit dans l'épistémologie hayekienne. Comme le constate cependant l'auteur, Marx, aussi bien que Pasukanis, n'arrive jamais à formaliser la question démocratique, avec les conséquences désastreuses que nous connaissons aujourd'hui.

La cinquième et dernière partie : « Culture et positivisme » instruit le lecteur sur les diverses facettes de la pensée juridique au Québec ; nous préférons ici l'expression plus englobante de « pensée juridique » au lieu de « philosophie du droit », malgré les réserves de l'auteur (p. 183). Car, si toute philosophie du droit est pensée, en revanche toute pensée sur le droit n'est pas philosophique. Cela dit, deux chapitres structurent cette partie autour d'une solution de recherche critique au paradigme dominant du positivisme sous toutes ses formes. Dans le premier chapitre, « La philosophie du droit au Québec : développements récents », Melkevik brosse un tableau très intéressant des tendances et idéologies qui sous-tendent la pensée juridique québécoise. Il est difficile de voir dans ces différentes tendances une orientation unique. En dépit des différences qui les caractérisent, deux tendances se dégagent du tour d'horizon que présente l'auteur.

D'une part, du côté des juristes, un ensemble de projets positivistes ou sociojuridiques portent sur la factualité, l'émergence

des normes. Pour l'auteur, « il s'agit là d'une épistémologie juridique réductionniste dans la volonté de traiter le droit comme « objet » (p. 184). Ce réductionnisme se manifeste notamment dans les thèmes du « pluralisme » et du « féminisme ». D'autre part, du côté des philosophes du droit, il y a « éthicisation » du droit, une autre forme de réduction du droit à l'éthique. C'est pourquoi, constate Melkevik, « nous trouvons une multitude d'études sur la « fonction éthique » des juges, études dont l'idée essentielle est que nous devons voir dans nos cours de justice les juges ultimes de nos représentations éthiques ou, en d'autres mots, que les juges ont comme fonction de juger nos problèmes éthiques » (p. 185). D'après Melkevik, c'est surtout le cas de Luc Bégin et de Georges Legault. Il conclut qu'aussi bien chez les juristes que chez les philosophes du droit se dessine une double réduction inacceptable du droit. Ce premier chapitre s'achève sur la contribution du projet Diké, dont l'objectif majeur est de faire vivre la philosophie du droit au Québec et, pourquoi pas, de permettre d'échapper à cette double réduction du droit.

Le deuxième chapitre de cette dernière partie prolonge la critique du positivisme juridique et du sociopositivisme à travers une brève analyse de la culture juridique québécoise contemporaine. D'un côté, Melkevik voudrait mettre en évidence le fait que deux modèles président désormais à cette culture : « le modèle de marché et le modèle systémique administratif » (p. 196). Ces deux modèles sont des produits de l'individualisme, de la sécularisation et d'une instrumentalisation du droit. De l'autre côté, l'auteur montre comment la reprise du projet positiviste ordinaire, dira-t-il, par le positivisme sociojuridique et postmoderne, a hypothéqué le développement d'un positivisme juridique strictement « scientifique » au Québec. Plus grave encore, « le positivisme postmoderne, [par sa méthodologie objectivante et donc réductionniste], nous fait entrer dans un monde où le plus important sera « qui parle ou écrit » sur le droit. À quel clan appartenez-vous ? Qui sont vos amis (ou vos adversaires) ? » (p. 206). Évidemment, au-delà de la critique des variantes du positivisme, l'intention de l'auteur est de faire comprendre sa conception de la philosophie du droit dans le contexte d'une société démocratique. C'est pourquoi il conclut dans ce passage qui ne saurait passer inaperçu : « pour notre compte, nous avons choisi de voir le droit dans la lumière d'une relation sujet-sujet, dans une perspective intersubjective ou communicationnelle, où le droit n'est plus que la production d'arguments et de raisons sur fond d'une rationalité juridique » (p. 208).

Telles sont les grandes lignes que nous a suggérées la lecture combien intéressante de cet ouvrage. Nous aimerions maintenant discuter ce passage qui conclut l'argumentation de Melkevik. En fait, il résume non seulement les lignes maîtresses de l'ouvrage, mais aussi il représente sa thèse principale. Il s'agit donc d'une thèse démocratique de la philosophie du droit qui s'adosse aux prémisses intersubjectives et communicationnelles d'une philosophie postmétaphysique.

Certes, la clairvoyance de l'auteur mérite d'être saluée ; elle peut être qualifiée de remarquable. Car, contrairement aux diverses formes de positivisme et à leurs effets pervers (le modèle du marché et le modèle systémique administratif), contrairement à la pensée « Ordonnatrice », la perspective intersubjective ou communicationnelle semble préférable. Elle est le plus grand atout de la démocratie moderne dont l'objectif est de parvenir à une parité de rapports entre égaux de naissance. Dans la mesure où l'enseignement et le discours sur la philosophie du droit valorisent la démocratie et le projet juridique moderne qui l'accompagne[1], il ne saurait être question raisonnablement de s'y opposer. Toutefois, le projet général de l'auteur, fondé sur la relation sujet-sujet, c'est-à-dire la démocratie délibérative, soulève quelques difficultés théoriques. Nous voulons en retenir

1. Melkevik note, à juste titre, qu'« il en découle que la description de notre enseignement de la philosophie du droit est indissociable des concepts de la philosophie du droit que nous devons enseigner » (p. 7).

deux. La première a trait à l'enseignement de la philosophie du droit comme accompagnement, tandis que la seconde porte sur la perspective intersubjective du projet juridique moderne : c'est la conception démocratique de la philosophie du droit.

Concernant la première difficulté, l'auteur a raison. L'enseignement de la philosophie du droit, au Québec et en Amérique du Nord, vacille entre une approche positiviste (pragmatique) du droit et une initiation à « la foi dans les institutions libérales » (p. 15). Pour sa part, il voudrait le stabiliser autour d'une conception démocratique du droit. Sauf que, en affirmant « le fait de concevoir l'enseignement de la philosophie du droit avant tout dans un rôle d'accompagnement à l'égard du projet juridique » (p. 10), Melkevik s'expose à une double critique. Sous un aspect, il confère à l'enseignement une dimension pragmatique. L'autre aspect fait surgir la question de savoir si la priorité accordée à l'accompagnement ne risque pas, sur le plan méthodologique, de se mettre en marge du rôle traditionnel de la transmission d'un savoir universitaire. Dans le premier cas, il y a risque de politisation de l'enseignement. En ce sens, Melkevik se prête à la même critique de partisanerie que les positions qu'il dénonce, notamment le positivisme et le droit naturel. Dans le second cas, il démocratise excessivement le savoir : le respect de l'égalité démocratique exige qu'une opinion, même celle du professeur, en vaille une autre.

Aux pages 38 et 42, Melkevik suggère une lecture différente de la thèse selon laquelle l'enseignement de la philosophie du droit est un acte d'accompagnement. De ce point de vue, nos inquiétudes peuvent paraître démesurées. Il est évident que ces pages précisent que le moment de l'argumentation en philosophie du droit repose sur une « trilogie ». Celle-ci procède par la narration (culture) en passant par l'interprétation (dogmatique juridique) pour se concrétiser dans l'argumentation. Cette dernière acquiert ici une importance capitale. Car le jugement se fait avant tout à l'égard des arguments qui sont bons et convaincants. C'est donc la question du jugement qui devient l'instance centrale dans cette conception de la philosophie du droit. Il s'agit d'aider les étudiants à formuler par eux-mêmes des arguments, mais aussi de les former à participer à une culture juridique qui ne fonctionne plus uniquement sous le mode de l'autorité.

Il va sans dire que ces précisions sont précieuses. Cependant, l'idée sous-jacente à la méthode de l'auteur, qui mêle la méthode socratique au moment kantien du jugement, déplace l'ordre de priorité dans un domaine où il faut davantage insister sur la priorité de la transmission. La « conviction politique » à la base de ses réflexions est une conception séduisante et ne semble pas avoir une égale valeur aux autres idéologies qui structurent la pensée juridique dominante en Amérique du Nord. Tout compte fait, cette conception démocratique ne risque-t-elle pas de reléguer au second plan le rôle de l'acquisition de la culture juridique ? La philosophie du droit doit-elle se contenter d'une place accessoire, alors que les autres matières sont décrétées essentielles à la formation des jeunes juristes ? À notre sens, même si la position de l'auteur est courageuse, ses multiples implications prêtent le flanc à toutes sortes de critiques stigmatisant la crise de l'éducation qui sévit aujourd'hui en Amérique du Nord. Ces implications témoignent également de la crise de l'enseignement devant l'hyperspécialisation nord-américaine et québécoise.

L'hyperspécialisation, soit la tendance à faire des facultés de droit des écoles de formation professionnelle, nous entretient dans l'illusion selon laquelle l'application en droit est simple. En fait, nous n'en sommes pas certain. Il faut prendre très au sérieux ceux qui, comme Aristote, pensent que les choses de la vie et les réalités morales et sociales (la politique ou l'éthique et le droit) qui ne relèvent pas d'une exactitude semblable aux mathématiques requièrent une culture générale. Aussi, Aristote souligne ceci dans l'*Éthique à Nicomaque* : « il est évident à peu près aussi déraisonnable d'accepter d'un mathématicien des raisonnements probables que d'exiger d'un rhéteur des démonstrations proprement dites. D'autre part, chacun juge

correctement de ce qu'il connaît, et en ce domaine il est bon juge. Ainsi, dans un domaine déterminé, juge bien celui qui a reçu une éducation appropriée, tandis que, dans une matière excluant toute spécialisation, le bon juge est celui qui a reçu une culture générale[2] ». Le droit est visé ici non pas parce qu'il exclut toute forme de spécialisation ou d'hyperspécialisation mais parce qu'il concerne les choses de la vie et renvoie au jugement. En ce domaine, est meilleur juge celui qui a reçu une formation juridique et une culture générale. De ce point de vue, l'enseignement de la philosophie du droit renvoie aux deux dimensions. En effet, l'université en général et les facultés de droit en particulier ne peuvent se réduire ni à une école de formation professionnelle ni à un simple accompagnement du citoyen. Elles sont aussi le lieu de la culture générale. La formation du juriste doit assumer un souci minimal pour la culture juridique au sens large. Nous pensons qu'il y a une importante question de formation générale dans l'hyperspécialisation. Car il est réducteur de construire une faculté de droit uniquement sur un professionnalisme étroit. L'université a une autre fonction. Elle est ou doit être aussi le lieu de la recherche, et même d'une recherche désintéressée (pour ne pas dire inutile), c'est-à-dire qui n'a pas une utilité directe et immédiate.

Bien sûr, nous valorisons le professionnalisme et la démocratie. Et nous sommes particulièrement fiers des progrès obtenus dans ces deux domaines. Cependant, nous devons aussi savoir que ces deux domaines renvoient à la politique. De la sorte, ils n'ont de sens que s'ils se pratiquent à l'intérieur des limites formelles bien précises. La sphère publique de la communication et de la discussion n'est viable que si les conditions d'une culture minimale d'argumentation rationnelle sont prises en considération. L'absence de culture nuit au débat. Car si une personne transforme ne serait-ce que les vérités de fait en opinions, le principe d'identité en principe de contradiction, si elle ne respecte pas les principes élémentaires de la logique formelle, par exemple, alors il n'y a plus de discussion possible ! C'est la cacophonie, la tyrannie de l'opinion et autres choses du même genre ! Pour éviter ces extrêmes, le moyen le plus approprié que nous avons trouvé pour rendre possible un débat non violent, c'est l'université. C'est notamment la recherche philosophique, sociologique, historique, anthropologique, ou autre, qui rend possible l'ouverture de perspectives nouvelles. Réduire la formation du juriste à un apprentissage de quelques recettes ou règles du praticien n'est pas un signe d'ouverture. Et c'est bien mince comme perspective. Voilà quelque enjeu méthodologique de l'enseignement de la philosophie du droit comme accompagnement.

La seconde difficulté ou questionnement concerne la primauté que l'auteur accorde à la rationalité « communicationnelle » (p. 14). Plus précisément, il s'agit de la perspective intersubjective du projet juridique moderne ou de la conception démocratique du droit. Les objections que Melkevik soulèvent à l'encontre des positions positivistes, des positions du « droit éthique », ou ce qu'il appelle « le retour d'un droit naturel retricoté en éthique » (p. 2), mais aussi aux perspectives épistémologiques de Marx, Hayek, et autres, sont sérieuses. Cependant, « la solution de rechange critique » (p. 209) qu'il propose à tous ces modèles, bien qu'elle soit séduisante encore une fois, nous laisse décontenancé. Son idéalisation de la conception démocratique ne rend pas justice à l'importance qu'il convient d'accorder à l'autorité et à une certaine forme de positivisme, nécessaire pour assurer la sécurité juridique. De plus, en rejetant la dualité droit et justice (p. 93), l'auteur ferme la porte à tout questionnement sur le juste politique.

La primauté que Melkevik accorde à la rationalité communicationnelle et la conception démocratique qui mobilise l'ensemble de son projet juridique accréditent une certaine idéalisation de ces deux options. En particulier, la conception idyllique de l'autolégislation démocratique qu'il formalise n'est pas sans rappeler les mises en garde de Rousseau

2. ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Paris, Vrin, 1994, I, 2, 1094 b 20 et suiv.

contre toute idéalisation de la démocratie : « S'il y avait un peuple de dieux, il se gouvernerait démocratiquement. Un gouvernement si parfait ne convient pas à des hommes[3]. » Conscient du fait que toute démocratie empiriquement réalisée est imparfaite, l'auteur ne voudrait ni célébrer un « fait démocratique » quelconque ni même se faire l'apologiste des institutions démocratiques. Cependant, en rejetant toute pratique démocratique approximative, il trouve refuge dans « le côté prospectif » (p. 16), c'est-à-dire l'option onirique de la démocratie. Celle-ci postule une relation essentiellement intersubjectiviste de la démocratie. Sur le chemin de cette rationalité communicationnelle entre sujets, il trouve également le « langage » comme modèle par excellence de tout rapport public impliquant sujet-sujet (p. 38). Cependant, le chemin que Melkevik emprunte semble difficilement praticable dans les sociétés hautement complexifiées. Car il ne tient pas suffisamment compte de l'importance de l'autorité de la loi et de la sécurité juridique.

L'autorité et la sécurité juridique ne signifient nullement céder à l'autoritarisme de l'expérience juridique, ni fonder des normes sur des prémisses hiérarchiques et inégalitaires. Il s'agit plutôt de reconnaître la place qui revient à l'autorité de la loi que les citoyens se donnent eux-mêmes. Si ces derniers sont auteurs et destinataires du droit, comme Melkevik l'affirme (ce que personne ne saurait raisonnablement contester), il est de leur plus haut intérêt qu'ils se conforment aux droits qui représentent l'expression de la volonté générale. Il est donc important d'assumer la destination des droits sous forme du paradoxe de l'Homme moderne ; autrement dit, d'assumer le versant non seulement comme « auteurs » du droit, mais aussi comme « destinataires » du projet juridique moderne. En effet, l'Homme moderne veut fuir la loi autoritaire. Il veut promouvoir l'égalité et la liberté. Toutefois, la loi qu'il se donne ne peut demeurer dans un rapport d'égalité. Dès qu'il se donne cette loi, celle-ci devient contraignante. Elle acquiert un statut d'autorité pour garantir, à travers un positivisme ouvert, la sécurité juridique. Une démocratie participative ou délibérative n'est réalisable empiriquement que dans des conditions d'autorité et de sécurité juridique. Si cette prémisse est acceptée, la conception démocratique de l'auteur n'est compréhensible que comme instance originelle de la construction de l'autorité. Il serait possible de penser que la Loi n'acquiert d'autorité que par le processus de l'autolégislation. Il est évident qu'une telle conception peut avoir comme avantage aujourd'hui non seulement de sortir de l'impasse du néolibéralisme et de l'irrationalisme ambiant mais aussi de remettre la question de l'hétéronomie au programme de la philosophie du droit. Toutefois, elle ne saurait éluder complètement le moment d'une détermination objectiviste de la Loi.

Par ailleurs, d'aucuns regretteront que, sous la pression des conceptions du droit naturel, du positivisme et du modèle systémique administratif, l'auteur abandonne la question de la dualité droit et justice, en faveur d'une démocratie reléguant l'autorité au second plan, question qui avait constitué, depuis l'Antiquité greco-romaine, le lieu par excellence de la réflexion philosophique sur les normes. L'importance de ce dédoublement du droit est indéniable. Sans recourir au droit naturel, ni au positivisme radical, il est tout à fait possible de concevoir, dans une démocratie, la poursuite objective ou intersubjective d'une loi moralement non acceptable. L'exemple serait une justice fondée sur une pratique institutionnelle qui méconnaît les cultures légales-coutumières autochtones. Cela signifie que les procédures démocratiques n'excluent pas à elles seules, et pas en théorie, une injustice morale, une société où persistent des inégalités et encore moins une domination de l'opinion de la majorité. Cet exemple signifie, en d'autres termes, que ce n'est pas parce qu'une procédure démocratique a été rigoureusement suivie qu'elle est juste par rapport à toutes les minorités et

3. J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Paris, G-F Flammarion, 1992, p. 97.

à tous les individus. Dès lors, la question qui se pose est la suivante : comment éviter les iniquités institutionnelles ? Plus encore : à partir de quelle base la démocratie doit-elle réguler la démocratie s'il n'y a que des points de vue des sujets individuels ? Le fait est manifeste : l'auteur consacre ici un relativisme juridique qui a besoin d'être thématisé.

La conception démocratique du droit chez Melkevik même généreuse et pluraliste suscite plusieurs interrogations quant à l'application des lois. Dans la mesure où elle thématise la construction intersubjective des normes et la question de l'espace public de discussion, cette conception surmonte assurément plus de la moitié de problèmes des interactions sociopolitiques. Car c'est dans l'espace public que nous pouvons aujourd'hui stipuler ce qui doit compter comme norme d'égalité et de justice. S'il y a insistance sur la philosophie du droit comme accompagnement, il s'en suit logiquement et rationnellement que la philosophie ne travaille pas uniquement sur le « droit », mais aussi qu'elle n'a d'autre choix que de se lancer dans la sphère publique. De fait, cette dernière peut servir à faire ressortir des exclusions systémiques ou autres. En quittant la philosophie du droit de « concepts », ou ce qui est appelé dans la tradition allemande la *Begriffsjurisprudenz*, la pensée juridique moderne gagnerait, par l'entremise de la sphère publique, la faculté et la nécessité de conceptualiser ce qui se passe dans la société et dans le droit. Néanmoins, il y a l'autre moitié de problèmes qui dépasse la construction démocratique des normes : l'espace public n'applique pas les lois.

Précisons à partir de l'exemple des Autochtones. Nous pouvons imaginer que des institutions où les lois appliquées soient organisées de telle manière que les revendications de reconnaissance juridique et politique soient accueillies. Cependant, cette option quoique nécessaire, n'est pas encore suffisamment juste. Car, entre les principes abstraits de l'égalité et de la liberté ainsi que les institutions démocratiques, il existe des pratiques culturelles et des intérêts qui peuvent aller contre la lettre et l'esprit du droit, de chartes constitutionnelles ou même faire obstacle à des besoins moralement justes des citoyens ou des sujets du droit. Comment la démocratie doit-elle corriger ces écarts si elle ne pose pas la question du juste ? C'est ici que la conception idéalisante de la démocratie et du droit atteint sa limite ultime. Par conséquent, elle requiert une véritable théorie de l'interprétation du droit et une thématisation du relativisme juridique par rapport à ces deux difficultés que nous venons d'invoquer sous la thèse d'une conception démocratique du droit.

Ces difficultés théoriques ne doivent pas cependant faire oublier l'admiration que nous avons pour les *Réflexions sur la philosophie du droit*. Les praticiens et les théoriciens du droit, aussi bien que les étudiants en droit et en philosophie, devraient trouver dans cet ouvrage une source précieuse de réflexions sur la pratique du droit au Québec. Le regard aiguisé de l'auteur est notable, ses vues profondes et ses intuitions ingénieuses. Sa conception du droit fait qu'il n'hésite pas à ramer à contre-courant par rapport aux positions « à la mode ». Toutefois, un approfondissement de la question du juste politique en démocratie aurait été souhaitable. Par ailleurs, nous sommes conscient qu'il est impossible de tout aborder à la fois. Il faut constater que le projet de l'ouvrage est colossal. Melkevik est le premier à le reconnaître : « vaste projet » (p. 3), dira-t-il. Il appartiendra sûrement à un autre ouvrage ou à d'autres articles de mener à terme le programme d'une conception démocratique de la philosophie du droit et des nombreux problèmes que soulève le projet juridique moderne.

Henri MBULU
Université de Montréal