

---

# *La justification de la législation comme jugement pratique*

---

Luc B. Tremblay\*

---

L'objectif de ce texte est d'examiner la force de trois conceptions contemporaines de la justification de la législation conçue comme l'expression de jugement pratique. La notion de jugement pratique sous-tend l'idée que la législation exprime des jugements indiquant ce qui est permis, ce qui convient ou ce qui ne convient pas de faire dans un contexte donné.

En soutenant que les raisons expliquant pourquoi la justification a longtemps été évacuée des réflexions sur la législation ne tiennent généralement plus, l'auteur propose les principaux critères d'une bonne justification, notamment, son caractère acceptable, pertinent, suffisant, universel et intelligible aux fins d'une évaluation critique rationnelle. Ensuite, l'auteur examine les trois conceptions dominantes de la justification de la législation : la justification conséquentialiste, la justification déontologique et la justification procédurale.

Ces notions peuvent être associées à trois conceptions de la démocratie telles que la démocratie majoritariste, la démocratie libérale et la démocratie délibérative. L'auteur préconise la thèse générale selon laquelle la troisième conception de la justification pourrait, à certaines conditions, satisfaire aux critères de bonne justification, si les deux premières conceptions n'y parviennent pas.

The objective of this article is to examine the strength of three current conceptions of the justification of legislation conceived as the expression of practical judgment. The notion of practical judgment underlies the idea that legislation expresses judgments indicating what is permitted, what is appropriate, or what is not appropriate to do in a given context.

In arguing that the reasons explaining why the idea of justification has long been lacking in reflection on legislation are generally no longer tenable, the author proposes the principal criteria of a good justification, notably its character as acceptable, pertinent, sufficient, universal, and intelligible to the ends of a critical and rational evaluation. Next, he examines the three dominant conceptions of the justification of legislation: consequentialist, deontological, and procedural.

These notions can be linked to three conceptions of democracy: majoritarian, liberal, and deliberative. The author advocates the general thesis according to which the third conception of justification could, in certain conditions, satisfy the criteria of good justification, if the first two conceptions do not.

---

\* Professeur, Faculté de droit, Université de Montréal.

© Revue de droit de McGill 2001

McGill Law Journal 2001

Mode de référence : (2001) 47 R.D. McGill 59

To be cited as: (2001) 47 McGill L.J. 59

---

**Introduction****I. La législation comme jugement pratique****II. La bonne justification****III. La justification conséquentialiste****IV. La justification déontologique****V. La justification procédurale****Conclusion**

---

## Introduction

La justification d'une action, d'une décision ou d'une pratique est une argumentation rationnelle qui montre qu'elle est bien fondée, bonne, juste, correcte ou légitime. Quelles sont les conditions générales qui doivent être satisfaites pour que la législation soit justifiée<sup>1</sup> ? Telle est la question théorique sur la justification de la législation. Dans ce texte, je comparerai trois réponses contemporaines à cette question. Ces réponses forment trois conceptions distinctes de la justification de la législation. Elles peuvent être respectivement associées aux théories de la démocratie majoritariste, libérale et délibérative. Je soutiendrai, d'une part, que les deux premières conceptions de la justification semblent incapables de rencontrer les conditions d'une bonne justification dans le cadre d'une société qui se caractérise par le pluralisme. D'autre part, j'avancerai la thèse selon laquelle les théories de la démocratie délibérative postulent une conception de la justification de la législation qui pourrait, à certaines conditions, satisfaire aux exigences d'une bonne justification.

## I. La législation comme jugement pratique

Les réflexions théoriques sur la justification de la législation peuvent avoir deux objets distincts. Lorsque ces réflexions ont pour objet la «forme» même de la législation, cette dernière est conçue comme un «instrument» de normativité sociale parmi d'autres. Sa justification dépend alors du fait qu'elle constitue un moyen efficace et proportionnel de parvenir à certaines fins sociales jugées désirables, tels l'ordre, la paix et la sécurité publique, la soumission de la conduite humaine à des règles ou de permettre aux citoyens d'agir à leur guise dans le cadre de règles de conduite connues d'avance. Lorsque les réflexions sur la justification ont pour objet le «contenu» même de la législation, cette dernière est conçue comme l'expression de «jugements pratiques», c'est-à-dire, de jugements indiquant ce qui est permis, ce qui convient ou ce qui ne convient pas de faire dans un contexte donné<sup>2</sup>. La justification repose sur le fait que les jugements qu'elle exprime (ou les actes qu'elle prescrit, prohibe ou autorise)

---

<sup>1</sup> Par législation, je penserai principalement aux «lois» du Parlement et des législatures qui, dans notre tradition politique et juridique, constituent non seulement le siège de la souveraineté mais aussi celui de la représentativité démocratique. Cependant, la plupart des considérations avancées s'appliqueront *mutatis mutandis* aux règles de droit qui font autorité et qui sont appliquées et sanctionnées par les pouvoirs étatiques.

<sup>2</sup> Les expressions «jugement pratique» et «jugement politique», «décision politique» et «décision pratique», «action gouvernementale» ou «politique législative» présupposent que ceux qui sont sujets au jugement, à la décision, à l'action ou à la politique font ou feront de leur contenu une règle de conduite ou une maxime d'action. L'évaluation de la justification de la législation présuppose donc toujours que les actes qu'elle prescrit, prohibe ou autorise se déroulent ou se dérouleront conformément à ce qu'elle énonce en substance.

contribuent de manière efficace et proportionnelle à certaines finalités politiques, sociales ou éthiques désirables compte tenu d'une conception normative de la société juste ou bonne<sup>3</sup>.

La justification de la législation conçue comme instrument de normativité sociale a fait l'objet de nombreuses réflexions en philosophie politique, sociale et juridique. Elle a été généralement abordée sous l'angle des conceptions formelles de la primauté du droit qui valorisent l'ordre, la légalité et la certitude juridique. En conséquence, les réflexions théoriques sur la justification ont généralement porté sur les caractéristiques formelles que doit posséder la législation pour constituer un «mode de gouvernance» acceptable, bien fondé ou légitime. Les travaux de Lon L. Fuller sur la moralité du droit peuvent être considérés comme paradigmatiques<sup>4</sup>. De même, la question de la justification de la législation conçue comme l'expression de jugements pratiques a fait l'objet de nombreuses réflexions en philosophie politique et juridique. Elle est probablement aussi vieille que la philosophie politique elle-même<sup>5</sup>. Cependant, avec l'avènement de la culture libérale et démocratique au dix-neuvième siècle, elle a été peu à peu évacuée des réflexions théoriques. Ce désintérêt a même été tel que la célè-

---

<sup>3</sup> Dans l'avis du concours «Perspectives juridiques 1999 : la législation en question» parrainé par la Commission du droit du Canada, l'Association canadienne des professeurs et professeures de droit, l'Association canadienne Droit et Société et le Conseil canadien des doyens et doyennes des facultés de droit, on lit : «On peut envisager que le droit vise à assujettir la conduite des hommes à des règles. Dans cette optique, il doit donc conduire avocats, juges, universitaires, parlementaires et citoyens à rechercher les principes et les moyens de l'ordonnement social grâce auquel les êtres humains puissent fonctionner en paix et de façon productive et juste dans la société moderne». Ces propositions révèlent que le droit est tantôt conçu comme «forme» («le droit vise à assujettir la conduite des hommes à des règles»), tantôt comme «contenu» («permettre aux êtres humains de fonctionner en paix et de façon productive et juste dans la société moderne»). Voir R.A. Macdonald, «Introduction : la législation, science normative» dans Commission du droit du Canada, *La législation en question : mémoires du concours Perspectives juridiques 1999*, Ottawa, Commission du droit du Canada, 2000, 1 à la p. 3, en ligne : Commission du droit du Canada <<http://www.cdc.gc.ca/fr/themes/gr/rl/ldi1999.pdf>> (date d'accès : 24 septembre 2001).

<sup>4</sup> Voir L.L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1964. Pour Fuller, le droit est une entreprise téléologique : «the enterprise of subjecting human conduct to the governance of rules» (*ibid.* à la p. 96). Les réflexions de Fuller avaient pour objet le droit dans son ensemble conçu comme «forme» ou, comme il préférerait le dire, comme «procédure» : «we are concerned, not with the substantive aims of legal rules, but with the ways in which a system of rules for governing human conduct must be constructed and administered if it is to be efficacious and at the same time remain what it purports to be» (*ibid.* à la p. 97). Il s'ensuit une réflexion féconde sur la légalité, notamment sur la justification des caractéristiques formelles que doit posséder le droit : généralité, promulgation, prospectivité, clarté, cohérence, stabilité.

<sup>5</sup> L'une des premières réflexions sur la justification de la législation conçue comme jugement pratique remonte à la pièce de Sophocle, *Antigone*, deuxième et troisième actes, bien que cette pièce soit surtout célébrée pour ses réflexions sur la relation entre la justification de la législation et le devoir d'obéissance à l'autorité.

bre phrase de Peter Laslett écrite en 1956 à propos de la philosophie politique en général s'appliquait directement aux réflexions sur la législation conçue comme jugement pratique : «For the moment, anyway, political philosophy is dead»<sup>6</sup>.

Quatre champs culturels contribuent à expliquer ce phénomène. D'abord, la culture politique s'est de plus en plus caractérisée par l'une ou l'autre version de l'utilitarisme classique<sup>7</sup>. Or, cette doctrine fixa une fois pour toute la finalité ultime désirable, l'utilité au sens du plus grand bonheur, et les politiques sociales ne furent plus conçues qu'en termes d'«efficacité». Rapidement, l'utilitarisme est devenu une discipline «scientifique» contrôlée par divers *a priori*, tels ceux de l'économie du bien-être<sup>8</sup>. Ensuite, cette culture s'est appuyé sur la culture bureaucratique dominée par la logique de la rationalité instrumentale, le formalisme et la neutralité axiologique par rapport aux finalités substantielles<sup>9</sup>. Les fins étant prédéterminées, le choix des moyens ne nécessitait plus que les jugements d'experts en sciences économiques et sociales capables d'analyser le rapport «coût-bénéfice» et de prédire, modifier, voire modeler, les comportements humains et les structures sociales. De même, la culture juridique en est venue à écarter la question de la justification de leurs réflexions théoriques sur la législation. Dominée par l'une ou l'autre version du positivisme juridique, elle postulait la vérité de trois propositions fondationnelles : la législation représente l'expression de la volonté du souverain (que ce dernier soit un individu, une institution ou un peuple) ; la connaissance de l'intention du législateur est possible sur un plan épistémologique, au moins dans la très grande majorité des cas (dans les autres cas, les juges exercent un pouvoir discrétionnaire) ; les juristes doivent être fidèles à la volonté du souverain exprimée dans sa législation<sup>10</sup>. Il s'ensuivit qu'un juriste qui se préoccupait de la justification de la législation dans le cadre de sa pratique agissait sans légitimité ou, comme on le disait parfois, en «mauvais» juriste<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> P. Laslett, dir., *Philosophy, Politics and Society*, Oxford, Blackwell, 1956 à la p. vii.

<sup>7</sup> Voir par ex. J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, éd. par J.H. Burns et H.L.A. Hart, Oxford, Clarendon Press, 1996 ; J.S. Mill, *Utilitarianism, Liberty, Representative Government*, New York, J.M. Dent & Sons, 1910 ; H. Sidgwick, *The Methods of Ethics*, 7<sup>e</sup> éd., Londres, Macmillan, 1962.

<sup>8</sup> Jeremy Bentham, par exemple, estimait déjà que l'utilitarisme était voué à devenir une science et une technique capable de mesurer rigoureusement le degré de plaisir.

<sup>9</sup> Voir par ex. M. Weber, *Économie et société*, t. 1, Paris, Plon, 1971.

<sup>10</sup> Voir par ex. J. Bentham, *Limits of Jurisprudence Defined. Of Laws in General*, éd. par H.L.A. Hart, Londres, University of London, Athlone Press, 1970 ; J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, 2<sup>e</sup> éd., Londres, J. Murray, 1861-63 ; H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961.

<sup>11</sup> Cette assertion ne signifiait pas que les juristes ne pouvaient jamais s'interroger sur la qualité de la justification d'une législation. Cependant, le cas échéant, ils n'agissaient plus en juristes, mais en moralistes ou en philosophes. Cette position n'était qu'un corollaire du principe positiviste de la séparation du droit et de la morale. Sur ce dernier principe, voir Hart, *ibid.*

Enfin, les cultures politique, bureaucratique et juridique trouvaient elles-mêmes appui dans la culture du scepticisme moral qui se manifestait de plus en plus en arrière-plan. Le scepticisme postule que la question des valeurs éthiques ou morales, ainsi que celle des finalités pratiques, échappe à la raison. Nul ne peut donc prouver rationnellement que les jugements moraux ou éthiques sont vrais ou faux. Les propositions qui les expriment ne représentent que l'expression des préférences ou des sentiments subjectifs des individus ou des groupes les énonçant<sup>12</sup>. La culture du scepticisme a contribué à la force d'attraction de l'utilitarisme classique qui fondait les principes de la morale sur des jugements de fait de type anthropologique ou psychologique concernant la nature des êtres humains<sup>13</sup> ou la nature de ce que ces derniers désirent en fait<sup>14</sup>. De même, elle a donné du poids à la culture bureaucratique qui, comme l'exprimait Max Weber, postulait que les questions de fins relèvent des valeurs

---

<sup>12</sup> Le scepticisme moral recouvre diverses philosophies morales. L'émotivisme est probablement la plus connue. Voir par ex. C.L. Stevenson, *Ethics and Language*, New Haven, Yale University Press, 1944 ; A.J. Ayer, *Language, Truth and Logic*, New York, Dover, 1952. Cette philosophie trouve ses racines dans les travaux de David Hume (D. Hume, *Traité de la nature humaine ; essai pour introduire la méthode expérimentale dans les sujets moraux*, trad. par A. Leroy, Paris, Montaigne, 1946), de Thomas Hobbes (T. Hobbes, *Leviathan*, Londres, Dent, 1987, c. 6) et du Cercle de Vienne (1918-19). Voir aussi C.K. Ogden et I.A. Richards, *The Meaning of Meaning : A Study of the Influence of Language upon Thought and of the Science of Symbolism*, 8<sup>e</sup> éd., New York, Harcourt, Brace & World, 1946. Voir aussi les théories «prescriptivistes», par ex. R.M. Hare, *The Language of Morals*, Oxford, Clarendon Press, 1952 à la p. 69 ; les théories «existentialistes», par ex. J.-P. Sartre, *L'existentialisme est un humanisme*, Paris, Nagel, 1964 ; et les diverses théories du «relativisme» moral (social ou individuel), par ex. R. Benedict, «Anthropology and the Abnormal» (1934) 10 *J. Gen. Psych.* 59 ; G. Harman, *The Nature of Morality : An Introduction to Ethics*, New York, Oxford University Press, 1977.

<sup>13</sup> Celle-ci pourrait être la recherche du plaisir ; voir par ex. Bentham, *supra* note 7.

<sup>14</sup> Parmi des exemples de cette nature, on retrouve le bonheur ou la satisfaction de leurs préférences. Voir par ex. A.J. Ayer, *Philosophical Essays*, New York, St. Martin's Press, 1954 aux pp. 264-70. Certes, le fondement de la morale utilitariste qui, en politique, se traduisait par le «principe du plus grand bonheur pour le plus grand nombre» semblait compatible avec les postulats scientifiques modernes. En l'absence d'une conception ontologique de la nature humaine ou d'une conception de la raison permettant de fonder objectivement les jugements moraux, les utilitaristes ont proposé une conception naturaliste de la morale ou de l'éthique compatible avec les postulats empiriques de la science. Cependant, compte tenu du caractère radicalement flou du concept de «bonheur» ou de «plaisir», l'utilitarisme convenait aux thèses sceptiques qui, d'une part, réfutaient l'existence de critères moraux objectifs permettant de distinguer la bonne de la mauvaise action et, d'autre part, réduisaient les jugements moraux ou éthiques à l'expression des préférences ou des sentiments subjectifs des individus ou des groupes.

et, en tant que telles, échappent à la raison<sup>15</sup>. Enfin, pour les juristes, le scepticisme moral a souvent constitué une raison suffisante d'adopter une attitude positiviste<sup>16</sup>.

Cependant, depuis plus d'une trentaine d'années, les postulats qui animaient les quatre champs culturels sont fortement secoués. Certes, parmi les facteurs responsables il y a des facteurs sociaux<sup>17</sup>, mais les plus significatifs sont d'ordre philosophique. La philosophie contemporaine du droit, par exemple, a remis en question non seulement la conception de la législation comme expression cohérente et rationnelle de la volonté du législateur, mais aussi le postulat épistémologique selon lequel tout bon juriste peut avoir un accès privilégié à cette intention<sup>18</sup>. L'application de la législation n'est plus nécessairement conçue comme un acte autonome par rapport à la justification<sup>19</sup>. Pour sa part, la philosophie des sciences sociales a fortement secoué la forme de rationalité instrumentale présupposée par les cultures politique et bureaucratique, ainsi que les présuppositions de neutralité éthique<sup>20</sup>. L'idée même de prédiction dans

---

<sup>15</sup> Voir D.G. Macrae, *Max Weber*, New York, Viking Press, 1974 ; P. Rieff, *Fellow Teachers*, New York, Harper & Row, 1974 à la p. 22.

<sup>16</sup> Voir par ex. A. Ross, *On Law and Justice*, Berkeley, University of California Press, 1959 ; H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., trad. par C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962. Pour une affirmation explicite de cette position en droit canadien, voir *Harrison c. Carswell*, [1976] 2 R.C.S. 200 à la p. 218, 62 D.L.R. (3<sup>e</sup>) 68, juge Dickson.

<sup>17</sup> Les facteurs sociaux snivants tendent à revaloriser la question de la justification de la législation : les revendications des autonomies ; la prise de conscience d'un pluralisme de fait irréductible qu'il nous faut pratiquement accommoder ; l'incapacité de l'État à prédire adéquatement les résultats de ses politiques ; le phénomène de la globalisation, conçu en termes économiques, technologiques, juridiques ou politiques, qui tend à subordonner la volonté des souverains tantôt à des lois «inexorables» quasi-naturelles, telles les lois du marché, au nom de valeurs incontestables (telles l'efficacité, la flexibilité, la rapidité à s'adapter et la productivité), tantôt à des lois moralement «supérieures», telles les déclarations internationales sur les droits de l'homme et autres conventions internationales ; la prolifération des Chartes des droits dans les constitutions des États démocratiques ; la montée en puissance des juges qui se prononcent explicitement sur la justification des restrictions aux droits ; la prise de conscience du «déficit» démocratique dans nos États modernes, appuyée d'études scientifiques socio-politiques empiriques (voir par ex. R.A. Dahl, *A Preface to Democratic Theory*, Chicago, University of Chicago Press, 1956) ; la revitalisation de la société civile tant sur un plan local que global qui déplace les pôles de citoyenneté vers une multitude d'associations volontaires séparées de l'État (voir par ex. J. Keane, *Democracy and Civil Society: On the Predicaments of European Socialism, the Prospects for Democracy, and the Problem of Controlling Social and Political Power*, New York, Verso, 1988 aux pp. 1-30).

<sup>18</sup> Voir par ex. P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 1999 aux pp. 3-30 et aux notes de référence 1-5.

<sup>19</sup> R. Dworkin, *Law's Empire*, Londres, Fontana Press, 1986.

<sup>20</sup> S.K. Nath, *A Reappraisal of Welfare Economics*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1969, c. 6 à la p. 125 et s.

les affaires humaines a été dénoncée comme une forme moderne de charlatanisme<sup>21</sup>. Enfin, la philosophie morale et politique contemporaine a rétabli l'idée que les fins et les valeurs pouvaient aussi être l'objet de débats rationnels produisant des jugements objectifs<sup>22</sup>. Ces divers facteurs nous contraignent à repenser notre attitude à l'égard de la législation. C'est pourquoi, tant en philosophie politique que juridique, nous assistons à un intérêt renouvelé pour les questions normatives, telle la justification de la législation conçue comme l'expression de jugements pratiques<sup>23</sup>. De plus, il y a de bonnes raisons de croire que cet intérêt renouvelé constitue le reflet d'une demande sociale plus profonde. Il nous faut maintenant relever le défi d'établir les conditions générales d'une bonne justification de la législation conçue comme jugement pratique.

## II. La bonne justification

La justification d'un jugement pratique est une argumentation qui consiste à donner les raisons qui le soutiennent, l'appuient ou l'établissent. Ces raisons constituent des «faits» de nature sociale, économique, politique, scientifique, institutionnelle, juridique, morale, éthique ou religieuse qui, considérés les uns avec les autres, poussent un agent rationnel à accepter le jugement pratique qu'elles soutiennent. Les raisons constituent les «prémises» de l'argumentation et le jugement qu'elles soutiennent se nomme la «conclusion». L'objectif d'un processus de justification est de convaincre rationnellement les membres des auditoires à qui les raisons sont fournies que le ju-

<sup>21</sup> Voir S. Andreski, *Les sciences sociales, sorcellerie des temps modernes ?* trad. par A. Rivière et C. Rivière, Paris, Presses universitaires de France, 1975 ; A. MacIntyre, *Après la vertu. Étude de théorie morale*, trad. par L. Bury, Paris, Presses universitaires de France, 1997.

<sup>22</sup> Voir par ex. K. Baier, *The Moral Point of View : A Rational Basis of Ethics*, Ithaca, Cornell University Press, 1958 ; C. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Paris, Presses universitaires de France, 1958 ; S.E. Toulmin, *An Examination of the Place of Reason in Ethics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1950 ; J. Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge (Mass.), Belknap Press of Harvard University Press, 1971 [ci-après Rawls, *Theory*] ; R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1977 [ci-après Dworkin, *Rights*] ; A. Gewirth, *Reason and Morality*, Chicago, University of Chicago Press, 1978 ; B.A. Ackerman, *Social Justice in the Liberal State*, New Haven, Yale University Press, 1980 ; C. Perelman, *Éthique et droit*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1990 aux pp. 218-46 ; Dworkin, *Law's Empire*, supra note 19 ; J. Habermas, *Droit et démocratie : entre faits et normes*, trad. par R. Rochlitz et C. Bouchindhomme, Paris, Gallimard, 1997 [ci-après Habermas, *Démocratie*].

<sup>23</sup> Plusieurs ouvrages publiés à partir des années 1960 ont contribué à remettre à l'ordre du jour la question de la justification de la législation. En philosophie du droit, les ouvrages suivants ont été particulièrement influents : P. Devlin, *The Enforcement of Morals*, Londres, Oxford University Press, 1965 ; H.L.A. Hart, *Law, Liberty, and Morality*, Londres, Oxford University Press, 1963. En philosophie politique, les ouvrages suivants ont été marquants : B.M. Barry, *Political Argument*, New York, Humanities Press, 1965 ; Rawls, *Theory*, *ibid.* Depuis, la littérature en philosophie politique et juridique occidentale normative est abondante.



gement pratique est bien fondé, légitime, vrai, juste, bon ou autrement correct<sup>24</sup>. Une bonne justification est une argumentation qui fournit une *bonne raison* d'accepter le jugement pratique qu'elle appuie. L'évaluation d'une argumentation porte donc sur la force normative des raisons avancées au soutien du jugement pratique<sup>25</sup>. Quelles sont les conditions générales que doivent rencontrer les considérations avancées au soutien des jugements pratiques pour constituer de bonnes raisons ? Quels sont les critères d'évaluation d'une bonne justification ? Cette section veut rappeler les principaux critères formels d'une bonne justification<sup>26</sup>.

Premièrement, les prémisses d'une bonne justification doivent être acceptables. Elles doivent pouvoir être acceptées comme «vraies» ou comme établies avec un degré suffisant de «probabilité» par tous les membres de l'auditoire à qui la raison est fournie. Les prémisses peuvent exprimer des jugements de fait ou des jugements de valeur. Celles qui expriment des jugements de fait décrivent des états de choses existant, qui ont existé ou qui existeront dans le monde<sup>27</sup>. Elles sont acceptables dès lors qu'elle résistent à l'examen critique des membres de l'auditoire qui possèdent une connaissance et compétence critique pertinentes. Sont inacceptables les prémisses qui contredisent ce qui est tenu pour vrai ou probable<sup>28</sup>, compte tenu des méthodes et des règles de preuve et d'argumentation généralement admises par les experts de la communauté scientifique pertinente, de la connaissance ou de l'expérience personnelle fiable. Les prémisses qui contredisent d'autre prémisses acceptables, celles qui n'ont pas de fondement rationnel, celles qui ne sont pas soutenues par une preuve suffisante et celles qui présupposent ce que l'argumentation tente de justifier sont également inacceptables.

Les prémisses qui expriment des jugements de valeur énoncent un verdict sur le caractère désirable ou indésirable d'un objet donné, tel un état de choses, une con-

---

<sup>24</sup> Selon le contexte, l'auditoire peut être composé de soi-même, d'une autre personne, d'un groupe de personnes ou de tous les êtres humains formant ce qu'on appelle l'auditoire «universel». Dans un contexte démocratique, l'auditoire est généralement constitué de tous les citoyens de la communauté politique affectés par la législation ou de tous leurs représentants. Sur le concept d'auditoire, voir C. Perelman, *Logique juridique : nouvelle rhétorique*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1979 ; Perelman et Olbrechts-Tyteca, *supra* note 22.

<sup>25</sup> Le caractère normatif d'une argumentation peut être soumis à des critères d'évaluation dont l'élaboration relève des théories de l'argumentation.

<sup>26</sup> J'ai abordé en détails les conditions minimales d'une bonne justification dans L.B. Tremblay, «La justification des restrictions aux droits constitutionnels : la théorie du fondement rationnel» (1999) 44 R.D. McGill 39.

<sup>27</sup> Ces jugements peuvent avoir pour objet un fait social ou naturel ou un lien causal entre deux faits.

<sup>28</sup> Compte tenu des méthodes et des règles de preuve et d'argumentation généralement admises par les experts de la communauté scientifique pertinente ou compte tenu de la connaissance commune ou de l'expérience personnelle fiable.

duite, une pratique, une personne ou un idéal. Elles sont acceptables dès lors qu'elles peuvent résister à un examen rationnel critique. Trois conditions doivent être remplies. Les jugements de valeur doivent constituer une appréciation de l'objet évalué et non pas de l'expression d'une attitude affective ou émotive de l'agent qui pose les jugements. L'appréciation doit être fondée sur une ou plusieurs des caractéristiques de l'objet évalué et non pas sur les goûts, les préférences subjectives et les émotions de l'agent qui pose les jugements. L'appréciation doit être justifiable rationnellement en termes de principes, standards ou normes pertinents et acceptables. Cette dernière condition signifie que les principes, standards ou normes doivent être solides, bien fondés, légitimes ou vrais, compte tenu des méthodes et des règles d'argumentation généralement admises à l'intérieur des champs normatifs dans lesquels les jugements de valeur s'inscrivent<sup>29</sup>. Les prémisses qui contredisent des jugements de valeur dont la vérité ou la justification est établie, compte tenu du poids déterminant des arguments en cause et du système de croyances fondamentales que les membres de l'auditoire visé ne peuvent rationnellement remettre en question ou compte tenu de ce qui est admis à l'intérieur d'un discours spécialisé pertinent<sup>30</sup> ne sont pas acceptables. Les prémisses évaluatives qui n'ont pas de fondement rationnel ou dont la justification est douteuse et les prémisses qui contredisent d'autres prémisses évaluatives ou celles qui présupposent ce que l'argumentation tente de justifier sont également inacceptables. L'argumentation qui l'énoncerait serait privée de l'une de ses prémisses constitutives et ne saurait convaincre les membres rationnels de l'auditoire à qui elle est destinée.

Deuxièmement, les prémisses d'une bonne justification doivent être pertinentes. Elles doivent contribuer à établir la probabilité du jugement qu'elles soutiennent. Elles doivent donc posséder un lien substantiel avec la conclusion dont elles constituent la raison. Il s'ensuit que certains éléments que nous associons parfois à l'«art» de la persuasion ou de la rhétorique<sup>31</sup> ne peuvent généralement pas compter pour bonnes raisons car ils ne possèdent ni la consistance ni le type d'identité pouvant fournir le genre de soutien matériel requis rendant probable le jugement pratique<sup>32</sup>. Il en va de même des croyances injustifiées (croire erronément à un état de choses, par exemple) et des volitions (l'acte de vouloir qu'un état de choses soit). Ce sont de simples états

---

<sup>29</sup> Il s'agit de l'économie politique, la politique sociale, l'éthique, la morale politique, l'esthétique.

<sup>30</sup> Par exemple, un jugement de valeur d'ordre économique non contesté.

<sup>31</sup> Certains de ces éléments sont les sophismes, les diversions, les flatteries, les promesses, les effets de toge, les menaces et les appels aux sentiments, aux préjugés ou aux peurs.

<sup>32</sup> Cela ne veut pas dire que la peur ne puisse jamais compter comme une raison dans le processus de délibération d'un agent. Mais l'appel aux peurs d'un agent évoque un état d'esprit et non pas des raisons qui pourraient soutenir un jugement donné. Par exemple, le seul fait que les députés ont peur de la troisième guerre mondiale ne saurait soutenir une loi sur les mesures de guerre. Les considérations pertinentes devraient avoir un lien substantiel avec l'objet de la peur, tel le fait que tels pays constituent une menace sérieuse à la sécurité nationale.

d'esprit. Enfin, les considérations qui rendraient compte d'un jugement pratique d'une manière «causale» exclusivement, tels les événements, les actions ou les phénomènes qui l'ont occasionné ou produit, ne pourraient compter comme raisons. Elles contribueraient à «expliquer» ce *par* quoi le jugement a eu lieu, pas nécessairement ce *pour* quoi il a eu lieu<sup>33</sup>.

Troisièmement, les prémisses d'une bonne justification doivent être suffisantes. Elles doivent avoir suffisamment de poids ou fournir une preuve suffisamment forte au soutien de la conclusion avancée. Les prémisses ne doivent donc pas seulement contribuer à établir la probabilité du jugement qu'elles soutiennent ; elles doivent entraîner la conclusion. Les membres de l'auditoire à qui elles sont fournies doivent être contraints d'admettre qu'elles donnent un poids suffisant à la conclusion, c'est-à-dire qu'elles justifient adéquatement la conclusion. Une bonne justification doit donc répondre aux critères ou aux règles d'une inférence pratique valide<sup>34</sup>.

Ces trois conditions entraînent au moins quatre corollaires. D'abord, une bonne justification doit posséder une certaine indépendance par rapport à la pure subjectivité, l'arbitraire, les émotions brutes, les préjugés, les goûts, les volitions ou les intérêts personnels de l'agent qui l'avance. Ensuite, une bonne justification doit montrer que le jugement pratique est soutenu par un ou plusieurs principes, standards ou finalités acceptables, pertinents et suffisamment pesants. Une bonne justification dérive sa force normative d'une ou plusieurs considérations ultimes qui indiquent les *biens*<sup>35</sup> auquel le jugement pratique contribue (ou est censé contribuer) ou se conforme (ou est censé se conformer). En matière politique, ces considérations ultimes forment ou procèdent généralement d'une conception de la société juste ou bonne.

De plus, une bonne justification doit prétendre à une certaine validité «universelle». Cela ne signifie pas qu'elle doit être universellement valable d'un point de vue absolu, abstrait, ahistorique et décontextualisé. Mais une bonne justification doit pouvoir être reconnue comme normative par tous les êtres rationnels de l'auditoire que vise la justification<sup>36</sup>. Elle n'a donc pas nécessairement à transcender les perspectives

---

<sup>33</sup> Il est toujours possible d'expliquer l'existence d'un jugement pratique par les motifs valables qui ont poussé les agents à le poser. En cela, il existe un recoupement entre les motifs valables et les raisons explicatives. Mais ce n'est pas toujours le cas. D'une part, il peut exister des motifs valables qui ne contribuent en rien au fait qu'un agent ait posé tel jugement ou fait telle action. D'autre part, il peut exister des considérations explicatives qui ne peuvent compter comme raison valable.

<sup>34</sup> Pour une élaboration de ces conditions, voir Tremblay, *supra* note 26.

<sup>35</sup> Le mot «bien» est employé dans un sens très général.

<sup>36</sup> Le raisonnement est le suivant : l'agent qui estime qu'un jugement pratique est bien fondé doit fournir des bonnes raisons à l'auditoire ; le fait de fournir des raisons implique que celles-ci peuvent être examinées et critiquées par les auditeurs ; l'agent doit donc pouvoir défendre les raisons qui soutiennent le jugement auprès de tous ceux qui tentent de la réfuter ; cela présuppose qu'une bonne rai-

culturelles et historiques de ceux qui l'évaluent. Cela dépend plutôt du type de jugement en cause et des attentes de l'auditoire visé qui, dans certains cas, peuvent exiger de certains types de jugement qu'ils soient soutenus par des raisons qui prétendent à une validité universelle entendue dans un sens absolu. Néanmoins, une bonne justification ne doit pas être individuelle ; elle ne doit pas être censée valoir uniquement pour l'agent qui l'énonce ou pour un sous-groupe de l'auditoire auquel il s'adresse<sup>37</sup>. Ce corollaire explique en partie pourquoi la justification politique formule généralement le «bien» ultime en termes de «bien commun», de «bien-être général», d'«intérêt public ou général», de «droits moraux égaux ou universels» ou de «justice». Ces concepts indiquent que les considérations avancées tiennent compte également ou équitablement des intérêts ordinaires ou fondamentaux de chacun, et font bénéficier tous les citoyens du même avantage ou incarnent des obligations morales qui lient déjà ou que reconnaît déjà chaque individu indépendamment du droit. Les prémisses de l'argumentation référant à de tels concepts sont donc censées valoir comme «bonnes» pour tous les êtres rationnels de l'auditoire à qui elles sont fournies et pouvoir être reconnues par eux comme s'imposant à chacun<sup>38</sup>.

Enfin, une bonne justification doit pouvoir être évaluée et vérifiée de façon critique et rationnelle par tous ceux à qui elle est fournie. Les raisons avancées doivent donc être accessibles et intelligibles à tous les membres de l'auditoire visé, y compris à ceux qui sont hostiles au jugement pratique et à ceux qui ne sont pas prédisposés à l'accepter. À cette fin, les prémisses doivent posséder une substance et une consistance réelles. Elles doivent être formulées avec suffisamment de précision et de spécificité de manière à constituer des contraintes matérielles, faire l'objet de discussions authentiques et, éventuellement, susciter un accord rationnel substantiel et non purement verbal. Ce critère est particulièrement critique lorsque les prémisses énoncent des jugements de valeur qui reposent sur des concepts «universels» formulés à un niveau très élevé de généralité et d'abstraction tel que le «juste» ou l'«injuste», le «raisonnable» ou le «déraisonnable», le «bien» ou le «mal», le «bon» ou le «mauvais». À défaut de leur donner un contenu substantiel plus précis, l'usage de ces concepts n'a bien souvent qu'une valeur rhétorique qui les empêche de faire l'objet d'une évaluation rationnelle.

En principe, on peut évaluer la justification de la législation de deux manières. D'abord, on peut évaluer la finalité que la législation est censée viser. Le jugement

son est censée s'imposer comme bonne à tous les membres rationnels de l'auditoire à qui elle est fournie.

<sup>37</sup> Par exemple, une raison ne peut faire appel uniquement aux intérêts, aux goûts, aux préférences ou aux désirs égoïstes d'un agent ou d'un sous-groupe de l'auditoire.

<sup>38</sup> Une justification avancée au soutien d'un jugement sur l'égalité des races pourrait prétendre à une validité universelle, même si elle était fournie à un auditoire composé de racistes, car elle serait censée valoir pour tous les êtres rationnels de cet auditoire, à la condition bien entendu que ceux-là soient ouverts à la discussion, de bonne foi et suffisamment informés.

porte alors sur les arguments montrant que l'objectif visé est bien fondé. Il existe toujours une certaine corrélation entre l'objectif d'une législation et les raisons qui la justifient. Si l'objectif est de réduire le trafic des stupéfiants, alors la réduction du trafic des stupéfiants fait partie des raisons, voire des motifs déterminants, qui soutiennent la loi. L'objectif d'une législation constitue toujours l'une des principales prémisses dont l'agencement forme l'argumentation qui la justifie. Toutefois, en pratique, les objectifs des mesures gouvernementales sont complexes. Les finalités s'emboîtent généralement les unes dans les autres, de la plus immédiate à la plus éloignée par rapport à la mesure elle-même, et renvoient à tout un arrière-plan de considérations accessoires. Les jugements sur le bien-fondé des objectifs sont donc complexes. Ils doivent évaluer le bien-fondé des raisons avancées à leur soutien. En dernier lieu, ils énoncent que la fin visée est légitime ou illégitime, juste ou injuste, bonne ou mauvaise, acceptable ou inacceptable, importante ou non importante, raisonnable ou déraisonnable.

De plus, on peut évaluer les modalités choisies afin de réaliser l'objectif en question. Le jugement porte alors sur les arguments qui montrent que les moyens utilisés à cette fin sont bien fondés. Il est impossible de poser un jugement sur le bien-fondé des moyens sans en poser un sur celui des finalités, car l'objectif visé par cette action ou cette décision constitue toujours l'une des considérations déterminantes qui forment les prémisses de l'argumentation justifiant le choix de moyens. Un objectif injustifié ne peut pas fournir une justification aux modalités choisies. En conséquence, un jugement selon lequel un objectif serait mal fondé priverait ou déposséderait *ipso facto* la législation de l'une des prémisses du raisonnement qui autrement aurait pu la soutenir. Par contre, dès lors qu'un objectif paraît suffisamment justifié, l'évaluation des moyens peut exiger celle d'autres considérations, telles celles qui montreraient que les modalités choisies sont plus désirables que toutes ses concurrentes, compte tenu de l'objectif ou d'autres valeurs pertinentes (le juste, par exemple). Il s'ensuit que l'évaluation du bien-fondé des moyens est également complexe. Elle doit considérer le bien-fondé des raisons avancées à son soutien. Ultimement, les jugements énoncent que les moyens choisis sont rationnels ou non rationnels, nécessaires ou non nécessaires, proportionnés ou disproportionnés, équitables ou inéquitables, justes ou injustes, légitimes ou non légitimes.

### III. La justification conséquentialiste

J'analyse maintenant trois conceptions contemporaines influentes de la justification de la législation conçue comme jugement pratique. La première conception est de type «conséquentialiste». C'est la forme «normale» d'une justification législative dans la tradition démocratique «majoritariste». Elle énonce qu'une décision politique est justifiée dès lors que les conséquences des actes s'y conformant maximisent la pro-

duction d'un état de choses (un «bien humain») désirable ou minimisent la production d'un état de choses (un «bien humain») indésirable. Une raison conséquentialiste possède une force normative en vertu de la qualité globale des résultats que produit une action donnée, en l'occurrence, une loi<sup>39</sup>. La version la plus connue est l'utilitarisme. Elle énonce qu'une décision politique est suffisamment justifiée dès lors que ses conséquences maximisent l'utilité, c'est-à-dire le bonheur ou le bien-être total ou moyen du plus grand nombre d'êtres humains qu'elle concerne<sup>40</sup>. D'autres versions pourraient décrire l'état de choses désirable en termes de biens humains indépendants, tel l'intérêt national, la connaissance de la vérité, l'excellence humaine, la richesse collective, la culture, l'expérience esthétique, la pureté ethnique, le génie créateur ou tout autre bien désirable pour lui-même. Pour nos fins, une justification conséquentialiste comprend tous les états de choses qui peuvent être jugés désirables et tous les modes d'évaluation des actes axés sur les résultats.

En principe, une bonne justification conséquentialiste devrait montrer, d'une part, que l'état de choses à maximiser est désirable et, d'autre part, que le choix des moyens est bien fondé compte tenu de cet état de choses. Cela présuppose que l'état de choses soit clairement défini, que les conséquences soient connues, que les résultats soient mesurables et que toutes les alternatives puissent être comparées. Le mode de justification conséquentialiste laisserait aux agents gouvernementaux le pouvoir discrétionnaire d'avancer à peu près n'importe quelles considérations au soutien de leurs décisions et nous ne posséderions aucun critère rationnel permettant d'évaluer le bien-fondé de la législation. Dans ce qui va suivre, j'avancerai quelques considérations qui montrent que les modes de justification conséquentialiste ne rencontrent pas les conditions d'une bonne justification<sup>41</sup>.

Premièrement, une argumentation conséquentialiste peut difficilement justifier les états de choses désirables dont la maximisation est requise. Certes, la plupart des

---

<sup>39</sup> En philosophie, le conséquentialisme est conçu comme une théorie morale qui énonce le critère de l'action juste en termes de maximisation du bien. Voir par ex. S. Scheffler, dir., *Consequentialism and Its Critics*, Oxford, Oxford University Press, 1988.

<sup>40</sup> Les mots «total» et «moyen» réfèrent à deux versions de l'utilitarisme : l'utilitarisme classique et l'utilitarisme moyen. En vertu du principe de l'utilité moyenne, une certaine action ou décision est justifiée dès lors que ses conséquences maximisent le bonheur ou le bien-être moyen de la collectivité prise comme un tout. Je n'ai pas besoin de m'arrêter à la distinction entre l'utilitarisme classique et l'utilitarisme moyen.

<sup>41</sup> Mon objectif n'est pas tant de critiquer le conséquentialisme conçu comme méthode de raisonnement moral que de montrer ses limites en tant que théorie de la justification de la législation. Néanmoins, mes arguments recouperont nécessairement certaines critiques avancées à l'encontre du conséquentialisme conçu comme méthode de raisonnement moral. Voir par ex. J.J.C. Smart et B. Williams, *Utilitarianism, For and Against*, Cambridge, Cambridge University Press, 1973 à la p. 110 et s. ; G. Grisez, «Against Consequentialism» (1978) 23 *Am. J. Juris.* 21 ; J. Finnis, *Fundamentals of Ethics*, Oxford, Clarendon Press, 1983, c. 4.

«objectifs» avancés par un législateur peuvent être conçus comme «intermédiaires» en ce qu'ils peuvent être soutenus par des finalités plus lointaines. Or la logique interne d'une argumentation conséquentialiste postule toujours au moins un état de choses «ultime» dont la valeur fournit leur force justificatrice aux autres considérations. Autrement, la justification s'engagerait dans une régression infinie. Cet état de choses ultime possède ainsi une valeur intrinsèque. Un état de choses dont la valeur est intrinsèque n'est cependant pas justifiable dans le cadre des postulats conséquentialistes. Présupposer qu'il puisse l'être à la lumière d'un bien plus fondamental signifierait qu'il est intermédiaire et poserait immédiatement la question de la justification à ce nouveau bien ultime. Présupposer qu'il puisse l'être par une norme morale indépendante (l'égalité, par exemple) poserait la question de savoir comment justifier cette norme morale en termes conséquentialistes.

Quels arguments les conséquentialistes pourraient-ils avancer pour justifier le caractère normatif du bien ultime ? Ils pourraient d'abord avancer que la justification du bien ultime repose sur des considérations non morales, du type théologique, ontologique ou scientifique<sup>42</sup>, telles la volonté de Dieu, la nature humaine ou la psychologie. Ces faits pourraient constituer des raisons de croire que tel état de choses est désirable ou que tous les êtres humains ont telle finalité, tel intérêt ou sont motivés par tel type de «désir». Mais cet argument serait problématique. D'une part, les arguments théologiques, ontologiques ou scientifiques ne peuvent valoriser par eux-mêmes les jugements de faits qu'ils énoncent sans reproduire le fossé entre ce qui est et ce qui doit être<sup>43</sup>. Pour rendre compte de la force normative de l'état de choses, les arguments de ce genre doivent logiquement introduire une prémisse normative. D'autre part, avancer que des considérations non morales puissent être normatives par elles-mêmes impliquerait l'attribution de propriétés normatives à des faits qui n'auraient dès lors de sens que dans le cadre de théories ou de présuppositions théologiques ou métaphysiques difficilement vérifiables par des moyens rationnels<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> Les théories conséquentialistes justifient les biens ultimes en termes non moraux pour le motif même qu'elles postulent que la morale consiste à maximiser un état de choses qui a une valeur pré-morale. En ce sens, le bien précède le juste.

<sup>43</sup> Le fossé entre ce qui est et ce qui doit être (entre le *is* et le *ought*) est connu au moins depuis David Hume. Voir Hume, *supra* note 12, t. 2, livre III, partie i, s. 1 à la p. 569 et s.

<sup>44</sup> Ces faits pourraient peut-être être «connus» par des moyens non rationnels — la foi, par exemple. Mais dès lors la justification ne serait pas rationnelle. Pour qu'un jugement de fait soit rationnellement fondé, sa vérité, sa probabilité, ou sa vraisemblance doit faire appel à des théories présupposées ou autres considérations qui sont en principe vérifiables par des moyens rationnels tels l'expérimentation, l'observation, l'analyse rationnelle de données empiriques, des raisonnements et la réflexion. On pourrait donc justifier rationnellement un fait non observable. Mais le problème avec un jugement de fait ontologique, théologique ou scientifique relatif au bien humain ultime semble échapper à ces conditions.

Les conséquentialistes pourraient avancer que l'expérience personnelle de chacun montre que tel état de choses est désirable ou que tous les êtres humains ont telle finalité, tel intérêt ou sont motivés par tel type de «désir». Mais l'argument serait assez faible. Notre expérience personnelle montre plutôt que nous reconnaissons le caractère désirable d'une pluralité de biens et que ceux-ci sont à la base même de nos conflits pratiques. De même, nous savons que les sociétés modernes se caractérisent par ce que les philosophes nomment le «fait du pluralisme»<sup>45</sup>. En même temps, nous savons que les individus ne partagent pas une méthode rationnelle, une échelle unique ou un ordre de priorités commun permettant de mesurer les biens entre eux ou même de les comparer<sup>46</sup>. Pour ces raisons, les conséquentialistes pourraient tenter de justifier l'existence d'un unique bien substantiel à partir d'une reconstruction de l'ensemble des biens estimés désirables. Il est vrai qu'une approche interprétative de ce genre pourrait contribuer à résoudre les conflits pratiques d'un individu placé dans une situation donnée<sup>47</sup>. Néanmoins, à l'échelle d'une communauté entière, cette stratégie semble vouée à l'échec. La construction du bien ultime désirable étant justifiée par des arguments de type herméneutique, il faudrait l'évaluer en tant qu'interprétation et non en tant que fait brut que nous connaissons d'expérience. Or, puisque cette interprétation intégrerait tous les biens jugés désirables, le bien substantiel construit aurait fort peu de poids pour ceux qui ne reconnaîtraient pas le caractère désirable de quelque bien intégré<sup>48</sup>.

Les conséquentialistes pourraient plutôt avancer que l'unique bien ultime doit être conçu en termes formels de manière à contenir l'ensemble de choses que les individus estiment désirables<sup>49</sup>. Malheureusement, aux fins de la justification des états de choses désirables, cette thèse n'aurait aucun intérêt. Du moment que le bien humain ultime est conçu de manière à comprendre toutes les choses que les êtres humains estiment déjà désirables, il n'ajoute rien à la force normative que possèdent (ou ne possèdent

---

<sup>45</sup> J. Rawls, *Libéralisme politique*, trad. par C. Audard, Paris, Presses universitaires de France, 1995 [ci-après Rawls, *Libéralisme*].

<sup>46</sup> Les valeurs fondamentales apparaissent bien souvent incommensurables. Voir par ex. R. Chang, dir., *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1997.

<sup>47</sup> Voir par ex. C. Taylor, «La conduite d'une vie et le moment du bien» dans C. Taylor, *La liberté des modernes*, trad. par P. de Lara, Paris, Presses universitaires de France, 1997, 285 ; MacIntyre, *supra* note 21, c. 15.

<sup>48</sup> Pour quels motifs un catholique reconnaîtrait-il comme ultime le bien qui intégrerait le bien du sadique ?

<sup>49</sup> Par exemple, les concepts utilitaristes, tels le «bonheur», l'«utilité», le «plaisir», les «préférences» et la «satisfaction des désirs» pourraient représenter non pas une valeur substantielle dominante, mais tous les biens désirables. Voir par ex. J. Griffin, *Well-Being*, Oxford, Clarendon Press, 1986, c. 2, où l'utilité est conçue comme une analyse formelle de ce que signifie le fait que quelque chose a de la valeur du point de vue de la prudence.



pas) déjà ces états de choses. Référer au bien dans l'argumentation n'aurait plus qu'une valeur rhétorique permettant de légitimer n'importe quoi.

Les modes de justification conséquentialiste ne fournissent donc aucun cadre indépendant de valeurs par rapport auquel le «choix» d'une fin pourrait être évalué, mesuré et comparé à la valeur d'états de choses potentiellement concurrents. Les états de choses désirables sont *posés* et, à partir de là, on choisit les moyens qui permettent de les maximiser. On se préoccupe du «comment», comme si le «quoi» allait de soi<sup>50</sup>. Les justifications conséquentialistes constituent donc, en pratique, des exercices de rationalité «instrumentale»<sup>51</sup>. Les seules contraintes qui pèsent sur la qualité de la justification sont *internes* au mode de calcul approprié en vertu duquel une option politique donnée est mesurée et comparée à ses concurrentes, compte tenu de la fin recherchée. Ces contraintes se rapportent aux concepts d'«efficacité» et de «nécessité». Il doit y avoir un *lien rationnel* entre la mesure et l'état de choses désirable : la mesure doit contribuer matériellement à la fin visée. Il doit également y avoir une *proportionnalité* entre les effets négatifs causés par la mesure et les bénéfiques obtenus qui soit au moins égale au rapport coût-bénéfice de toutes les mesures alternatives. Une mesure gouvernementale dont les conséquences ne contribueraient en rien à l'état de choses désirable ou dont les conséquences négatives (ou préjudiciables) seraient proportionnellement plus importantes, par rapport aux effets positifs (ou bénéfiques), que celles produites par une mesure concurrente ne serait ni efficace ni nécessaire compte tenu de l'état de choses à maximiser.

Les critères de rationalité et de proportionnalité (ou de nécessité et d'efficacité) ne sont toutefois pas faciles à appliquer. D'abord, pour les appliquer, il faudrait que les états de choses à maximiser puissent constituer des standards matériellement contraignants. Or, ils sont généralement conçus en des termes qui les rendent difficilement opérationnels. Par exemple, les concepts d'«utilité», tels le bonheur ou le bien-être collectif, ou les standards plus spécifiques, que ce soit le plaisir ou la satisfaction des préférences, n'indiquent pas clairement le type de propriétés constitutives auxquelles ils réfèrent, ni le type de politiques qu'ils impliquent. En tant que concepts abstraits, vagues et généraux, ils peuvent justifier une pluralité de jugements pratiques disparates, voire incompatibles<sup>52</sup>. L'application de ces concepts nécessite donc une interpréta-

---

<sup>50</sup> Par exemple, la doctrine de l'«économie du bien-être» présuppose que le bien à maximiser est le bien-être de tous les individus, par opposition à toutes autres finalités possibles, et présuppose que l'utilité doit être comprise en termes exclusivement marchands (en termes de biens et services échangeables sur le marché). Pour une analyse de cette question, voir Nath, *supra* note 20.

<sup>51</sup> Une illustration récente est fournie par Richard Posner dans une critique de l'argumentation morale proposée par les philosophes professionnels. Voir R.A. Posner, «The Problematics of Moral and Legal Theory» (1998) 111 Harv. L. Rev. 1637.

<sup>52</sup> Qu'est-ce que le bonheur ? Le plaisir, la satisfaction des préférences, le bien-être, la satisfaction de tous ses intérêts, la capacité de choisir de manière autonome, le sentiment d'être respecté par les

tion préalable. Or, dès que nous tentons de matérialiser les concepts représentant les fins ultimes, ceux-ci deviennent la proie du pluralisme d'interprétation. L'argumentation conséquentialiste nous file ainsi entre les doigts, incapable de fournir un standard en vertu duquel nous pourrions rationnellement comparer les interprétations concurrentes de l'état de choses à maximiser et déterminer l'argumentation exprimant le mieux sa signification. Les fournirait-elle que nous présupposerions résolue la question d'interprétation. Le raisonnement conséquentialiste nous enferme dans une forme de circularité : l'état de choses désirable doit être interprété en termes spécifiques, sans quoi il ne saurait fournir des standards contraignants. Toutefois, pour choisir l'interprétation la plus conforme à l'état de choses désirable, il faudrait que l'état de choses fournisse déjà un standard contraignant.

Ensuite, même si l'état de choses à maximiser pouvait être matériellement contraignant (si, par exemple, le bien était formulé à un niveau intermédiaire), les critères de rationalité et de proportionnalité exigeraient que les résultats des diverses options politiques disponibles puissent être rationnellement mesurables et comparables. Il devrait exister une unité de mesure ou un mode de calcul capable d'établir, dans une situation particulière, l'action qui maximise causalement l'état de choses désirable. Or, il existe de bonnes raisons de douter que cela soit possible<sup>53</sup>. Premièrement, il existe des difficultés pratiques inhérentes aux calculs conséquentialistes qui sont généralement connues. D'abord, nos informations empiriques ne sont pas toujours fiables. Par exemple, si le résultat visé est la maximisation du plaisir ou la satisfaction des préférences, il n'est pas possible pour une institution de connaître parfaitement tous les degrés de plaisirs possibles que provoquent les actions ou tous les types de préférences apparentes ou véritables des citoyens. Ensuite, il est impossible de connaître toutes les conséquences, quasiment infinies, d'une même action. Même lorsqu'une action contribue rationnellement à l'état de choses visé, elle peut entraîner dans son sillon des actes dont les effets lui nuisent. De plus, il existe une incertitude relativement au futur. Nous ne savons pas comment les individus ou les collectivités agiront ou réagiront dans un contexte où des facteurs imprévisibles seront pris en considération lors de l'agir. Enfin, il n'est pas toujours possible d'établir la part de résultat que produit effectivement une législation par rapport à celle que produisent d'autres actes ou phénomènes. Ainsi, les effets négatifs d'une mesure peuvent être proportionnellement supérieurs à ceux anticipés lors du calcul initial.

Deuxièmement, dès que l'état de choses à maximiser est fixé aux fins de la justification, il ne reste plus de valeurs indépendantes par rapport auxquelles on pourrait

---

autres, la réalisation de projets porteurs de sens ? Qu'est-ce que le plaisir ? Une sensation, la participation dans une activité, une expérience désirée pour elle-même ? Qu'est-ce que le bien-être ? La santé, l'éducation, l'alimentation saine, la sécurité ou un ensemble de tout cela ?

<sup>53</sup> Voir D.W. Brock, «Recent Work in Utilitarianism» (1973) 10 Am. Phil. Q. 241; Finnis, *supra* note 41 à la p. 86 et s. ; Grisez, *supra* note 41.

évaluer toutes les conséquences produites par la mesure. Les critères de rationalité et de proportionnalité enferment les jugements de valeur à l'intérieur d'une échelle unique, celle qu'établit l'état de choses à maximiser. Or, puisqu'un même acte peut affecter une multiplicité de biens, il devient difficile, voire impossible, de mesurer la valeur d'une option donnée conformément au critère de proportionnalité. Il devient en outre difficile de savoir si, compte tenu de sa contribution à l'état de choses visé, l'option choisie est proportionnellement aussi avantageuse que toutes les options concurrentes<sup>54</sup>. Enfin, il est difficile de poser un jugement adéquat sur la proportionnalité relative des mesures concurrentes, car la valeur des moyens dépend d'un critère de «nécessité» et non de «suffisance».

Troisièmement, au moins en relation avec certaines fins, il est loin d'être acquis que le mode de calcul exigé par la justification conséquentialiste puisse être possible même en principe<sup>55</sup>. Par exemple, si la finalité visée est la satisfaction des préférences du plus grand nombre, il faudrait posséder, en plus d'une idée claire de ce que constitue une «préférence», un mode de calcul ou une échelle unique permettant de mesurer l'intensité des préférences individuelles à satisfaire et permettre les comparaisons interpersonnelles. Or, on voit mal à quoi ressemblerait un tel mode de calcul. On pourrait tenter de résoudre cette difficulté en demandant à chacun d'exprimer ses préférences par un vote, l'option ayant reçu l'appui de la majorité faisant foi des préférences du plus grand nombre, mais cette procédure ne tiendrait compte ni de l'intensité des préférences ni du caractère marginal de certaines utilités pour certains votants<sup>56</sup>. On pourrait cependant tenter de réduire l'impact de ces difficultés en créant des modèles d'analyse très précis qui ignoreraient ou feraient abstraction de la réalité<sup>57</sup>. On pourrait soutenir qu'il suffit que le mode de calcul puisse produire des solu-

---

<sup>54</sup> Les effets distincts d'options distinctes sur des biens distincts ne pourraient être adéquatement mesurés et comparés que si les biens distincts affectés étaient eux-mêmes rationnellement mesurables et comparables.

<sup>55</sup> Comme le disait Dan W. Brock : «More important and perplexing, however, is how the necessary calculations can, even in principle, be made and whether the logical foundations necessary to the intelligibility of these calculations exist» (Brock, *supra* note 53 à la p. 245).

<sup>56</sup> Ce problème a été fortement débattu en philosophie politique. Voir par ex. Brock, *ibid.* ; P. Van Parijs, *Qu'est-ce qu'une société juste ?* Paris, Seuil, 1991, c. 1. Le vote majoritaire se heurte aussi à ce qu'il est convenu d'appeler le théorème d'impossibilité d'Arrow. Ce dernier stipule que des préférences individuelles ordonnées qui sont parfaitement transitives (tel : si  $a > b$  et  $b > c$ , alors  $a > c$ ) peuvent ne pas l'être dès qu'on les agrège en un tout collectif.

<sup>57</sup> La structure analytique de la théorie économique du bien-être relative à l'allocation des ressources associée à Pareto pourrait constituer un tel modèle. Ce modèle permet de choisir rationnellement les options en fonction du critère dit de «Pareto-optimalité» (un état de chose est «Pareto-optimal» si, et seulement si, aucun changement de l'allocation des ressources pourrait améliorer le sort d'au moins un individu sans nuire à personne). Ce modèle fonctionne cependant sur la base de présuppositions abstraites. Pour une description de ces présuppositions, voir Nath, *supra* note 20, c. 2.

tions «approximatives» ou «objectivement probables»<sup>58</sup>. Quelle que soit la valeur au mérite de ces positions de repli aux fins d'une éthique conséquentialiste, elles auraient pour effet d'affaiblir la force du conséquentialisme en tant que mode de justification de la législation.

Ces considérations suffisent à montrer que les justifications qui procèdent du conséquentialisme ne peuvent généralement pas fournir à ceux à qui elles sont fournies une bonne raison d'accepter le jugement pratique qu'elles sont censées soutenir. En pratique, une argumentation conséquentialiste constitue autant l'expression de «choix», c'est-à-dire de volitions et de décisions, voire d'instincts, d'intuitions et d'émotions, que de considérations rationnellement fondées. Les auditeurs sont invités à admettre les fins ultimes proposées et à s'incliner devant les arguments techniques des experts soutenus par des analyses de type coût-bénéfice, en dépit de leur insuffisance.

Pour ces raisons, les justifications conséquentialistes conviennent bien aux doctrines politiques «décisionnistes» ou «volontaristes», telle la doctrine de la souveraineté qui confère à la volonté du souverain le droit de décider et de choisir ce qui constitue le bien, ce qui constitue les meilleurs moyens de l'atteindre et ce qui constitue les méthodes appropriées de calculer, mesurer et comparer les diverses options politiques entre elles. En vertu de la doctrine de la souveraineté, le seul fait que le souverain décide qu'un état de choses doit être réalisé constitue une raison suffisante de reconnaître le caractère désirable de cet état de choses. De même, le fait que le souverain «veuille» réaliser cet état de choses en utilisant tels moyens plutôt que tels autres suffit aussi à en justifier le bien-fondé. Il n'existe aucun standard supérieur d'évaluation que l'acte de volonté. La décision fait foi des «bonnes raisons». Bref, il suffit au caractère désirable de certains états de choses qu'il soit posé et aux moyens utilisés qu'ils soient voulus. La question normative essentielle ne porte donc pas sur la qualité de la justification de la législation conçue comme jugement pratique. Elle porte sur la légitimité politique du souverain. Elle est de savoir si la personne, le groupe de personnes ou l'institution qui, en fait, décide les finalités et choisit les moyens de les atteindre est moralement autorisé d'exercer le pouvoir politique. Dans l'hypothèse où il l'est, sa législation est justifiée, quelle qu'en soit son mérite<sup>59</sup>.

De même, les justifications conséquentialistes conviennent bien aux théories de la démocratie majoritariste. Ces théories constituent généralement des théories politiques décisionnistes. La source de la légitimité politique réside dans la volonté de la collectivité, que cette dernière soit comprise en termes de peuple, de communauté, de citoyens libres et égaux, d'agrégat d'individus ou de représentants élus. Le seul fait

---

<sup>58</sup> Voir toutefois les réserves de Brock, *supra* note 53 à la p. 246 et s. et celles de Smart et Williams, *supra* note 41 aux pp. 40-41.

<sup>59</sup> Voir Tremblay, *supra* note 26 à la p. 55 et s. où j'ai rappelé les traits essentiels des doctrines de la souveraineté.

que le *demos* veuille poursuivre telle politique suffit à la justifier et, en général, le vote majoritaire fait foi de cette volonté. Certes, les citoyens ou leurs représentants peuvent avancer des considérations du type conséquentialiste. Cependant, c'est le «choix» collectif qui l'emporte en dernier et non pas la force du meilleur argument. Pour cette raison, les théories de la démocratie majoritariste postulent une forme d'égalité politique «procédurale», conférant également à chacun une voix. Elles présupposent généralement que personne n'a unilatéralement le droit d'imposer à tous les autres sa conception de ce qui est juste et bon. Tout comme les modes de justification conséquentialistes, les théories de la démocratie majoritariste impliquent que la législation est en fait une affaire de volonté, de décision et de choix, et non de justification rationnelle<sup>60</sup>.

#### IV. La justification déontologique

Il existe pourtant une intuition assez partagée selon laquelle il doit exister un moyen de justifier rationnellement la législation et de vérifier si elle est bien ou mal fondée, justifiée ou injustifiée au mérite. C'est certainement une conviction animant les citoyens qui partagent les idéaux d'une démocratie libérale. La seconde conception de la justification de la législation procède de ces idéaux. Elle prend acte des difficultés que posent les modes de justification conséquentialiste et reconnaît que, dans le cadre de leurs limites intrinsèques, ces modes normaux de justification peuvent posséder une finalité et une logique propres. Elle postule néanmoins qu'il existe des standards ou des critères objectifs de type déontologique en vertu desquels les citoyens peuvent rationnellement évaluer la justification de la législation<sup>61</sup>. Ces standards ou critères sont fournis par un ensemble de «droits fondamentaux» conçus comme des contraintes qui pèsent sur les actions gouvernementales et les décisions politiques. Je qualifierai de «latérales» ces contraintes car elles pèsent de côté ou, pour ainsi dire, de l'extérieur sur des actions et des décisions normalement fondées sur un mode de raisonnement conséquentialiste<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> Pour les mêmes raisons, les justifications conséquentialistes se prêtent mal au contrôle judiciaire. Tout au plus peuvent-elles convenir aux doctrines de la retenue ou de la déférence judiciaire.

<sup>61</sup> Une contrainte de type déontologique postule qu'un acte, une décision ou une pratique peut être bon ou mauvais, juste ou injuste, raisonnable ou déraisonnable, en vertu de règles, de principes ou de considérations catégoriques qui lient les individus indépendamment des conséquences que pourrait produire l'acte, la décision ou la pratique. Une contrainte de type déontologique pèse sur l'action indépendamment des résultats que pourrait produire l'acte.

<sup>62</sup> Le concept de «contrainte latérale» est directement inspiré de l'expression «side-constraint» proposée par Robert Nozick. Voir R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, New York, Basic Books, 1974. L'expression «side-constraint» a été traduit en français par les expressions «contraintes secondaires» et «contraintes auxiliaires». Je préfère l'expression «contrainte latérale» pour sa force métaphorique et parce qu'elle possède une acception plus large que la conception des droits proposée par Nozick.

La thèse des droits comme contraintes latérales ne signifie pas que les agents gouvernementaux ne peuvent légitimement poursuivre qu'un seul but, soit la maximisation des droits. Une telle contrainte ne serait pas latérale, mais interne à l'argumentation conséquentialiste. Elle correspondrait à ce que Robert Nozick a qualifié d'«utilitarisme des droits»<sup>63</sup>. Elle présupposerait que la seule fonction légitime de l'État est de produire un seul état de choses désirable, de minimiser l'ensemble total (pondéré) des violations des droits dans la société. En principe, les droits conçus comme «contraintes latérales» ne dictent pas aux agents gouvernementaux le type de finalités désirables, ni les types de moyens les plus efficaces. Ils les laissent «libres» de poursuivre toutes sortes de finalités, même celles qui ne commandent pas la maximisation de la protection des droits, et de tenter de les atteindre par les moyens jugés les plus efficaces. Ce qu'ils ajoutent de spécial, cependant, est l'existence d'espaces d'activités et d'avantages ou de bénéfices indépendants que les actions gouvernementales et les décisions politiques ne doivent pas violer. Ces espaces d'activités et ces avantages ou bénéfices individuels ou collectifs indépendants freinent donc «négativement», de «l'extérieur» ou «de côté» (si je puis dire), certains types d'actions gouvernementales et de décisions politiques qui autrement seraient jugés valables dans le cadre d'une justification conséquentialiste. Une décision politique est donc tenue pour justifiée dès lors qu'elle ne viole pas ces espaces, activités, avantages ou bénéfices.

Une autre façon d'explicitier cette idée est de l'opposer à un modèle de normativité politique moniste. Dans un tel modèle, le champ politique serait réductible à une finalité ultime, la protection ou la promotion des droits fondamentaux. Ces derniers se situeraient au sommet de la hiérarchie des valeurs et toutes les décisions politiques tireraient leur force normative de leur rapport à cette finalité. La thèse des droits comme contraintes latérales s'inspire plutôt d'un modèle pluraliste de normativité politique. Les droits fondamentaux ne constituent pas le critère unique de finalité politique. Le modèle admet que les actions gouvernementales et les décisions politiques peuvent promouvoir une pluralité de fins, plus ou moins justifiables rationnellement, qui ont peu ou rien à voir avec les droits. Cependant, la thèse des droits comme contraintes latérales implique que les droits fondamentaux peuvent bloquer ces types de jugement pratique politique qui, autrement, seraient tout à fait valables. Les droits comme contraintes latérales n'indiquent donc pas positivement aux institutions gouvernementales quelles finalités elles doivent viser et quels sont les moyens d'y parvenir. Ils indiquent négativement les espaces d'activités et les avantages ou bénéfices individuels ou collectifs que leurs actions et décisions ne doivent pas violer.

Il existe au moins trois versions plausibles de l'idée selon laquelle des droits constituent des contraintes latérales. Chaque version établit ses propres critères de

---

<sup>63</sup> Nozick, *ibid.* à la p. 28.

justification. La première constitue une forme d'absolutisme. Elle énonce que les droits doivent être strictement protégés, quelles qu'en soient les conséquences. Les droits sont traités comme des contraintes absolues qui pèsent sur les actes de l'État. Ils ne doivent être restreints sous aucune considération, même si cette restriction maximise un état de choses désirable, améliore une situation particulière, favorise les intérêts de la communauté dans son ensemble, protège les droits d'autrui ou permet d'éviter une catastrophe. Une version absolutiste rend pratiquement impossible la justification d'une mesure gouvernementale portant atteinte à un droit, même si le respect intégral du droit devrait entraîner des conséquences indésirables. Comme l'écrivait Charles Fried, «[a] claim of right blocks the appeal to consequences in justifying violations of a right»<sup>64</sup>. Par contre, une législation qui ne porterait pas atteinte à un droit serait justifiée<sup>65</sup>.

La seconde version se situe à la limite de l'absolutisme. Elle énonce que les droits doivent être strictement protégés, sauf dans des situations urgentes et réelles où le respect intégral du droit entraînerait une catastrophe, la violation d'autres droits ou empêcherait la réalisation de buts sociaux fondamentalement importants. Les droits sont encore traités comme des contraintes latérales qui pèsent sur les actes de l'État, mais ils ne pèsent plus d'une manière absolue. Ils écartent plutôt certains types de considération auxquels un gouvernement pourrait autrement en appeler pour justifier ses actes et ses décisions. On pourrait dire que les droits ne pèsent d'une manière absolue qu'à l'égard de certains types de considération, tels l'utilité, le bien-être général et la perfection des individus ou de la communauté. John Rawls résumait cette idée en ces termes : «Each person possesses an inviolability founded on justice that even the welfare of society as a whole cannot override. [...] an injustice is tolerable only when it is necessary to avoid an even greater injustice»<sup>66</sup>. Les droits ont donc une forme de prio-

---

<sup>64</sup> C. Fried, *Right and Wrong*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1978 à la p. 81.

<sup>65</sup> Cette attitude déontologique est manifeste en philosophie politique contemporaine. Pour Fried, «a categorical norm displaces other judgments in its domain, so that other values and ends may not be urged as reasons for violating the norm. It is preemptive» (*ibid.* à la p. 12). Robert Nozick semble penser que toutes les restrictions aux droits équivalent *ipso facto* à des violations, voir Nozick, *supra* note 55 à la p. ix : «Individuals have rights, and there are things no person or group may do to them (without violating their rights). So strong and far-reaching are these rights that they raise the question of what, if anything, the state and its officials may do».

<sup>66</sup> Rawls, *Theory*, *supra* note 22 aux pp. 3-4. Plus récemment, il écrivait : «Ces libertés ont une valeur absolue par rapport aux arguments fondés sur le bien public et sur des valeurs perfectionnistes» : Rawls, *Libéralisme*, *supra* note 45 à la p. 351. Dworkin écrivait quant à lui, «Someone who claims that citizens have a right against the Government need not go so far as to say that the State is *never* justified in overriding that right. He might say, for example, that although citizens have a right to free speech, the Government may override that right when necessary to protect the rights of others, or to prevent a catastrophe, or even to obtain a clear and major public benefit (though if he acknowledged this last as a possible justification he would be treating the right in question as not among the most important or fundamental)» (Dworkin, *Rights*, *supra* note 22 à la p. 191).

rité absolue sur la législation, mais seulement lorsque cette dernière n'est pas soutenue par des raisons spéciales. Dans les limites du respect des droits, les justifications conséquentialistes sont suffisantes<sup>67</sup>.

La troisième version des droits comme contraintes latérales s'inspire du principe de «l'échelle mobile». Elle pourrait être conçue comme un raffinement de la seconde version. Elle présuppose que les droits, même lorsqu'on peut les qualifier de fondamentaux, peuvent avoir plus ou moins de poids selon l'aspect concret du droit qui est en cause dans un contexte donné. Plus l'aspect concret du droit en cause est pesant, plus il a le pouvoir de résister aux restrictions gouvernementales. On pourrait dire que les droits doivent être strictement protégés, sauf dans des situations urgentes et réelles où le respect intégral de l'aspect du droit affecté empêcherait la réalisation d'état de choses dont le caractère désirable est relativement plus pesant que l'aspect du droit auquel il a porté atteinte. Ainsi, plus le but visé par la mesure gouvernementale est important, juste ou légitime, plus l'État a le pouvoir de l'atteindre efficacement en restreignant les aspects des droits qui ont relativement moins de poids. Inversement, plus les aspects concrets et spécifiques des droits en question ont du poids, plus les raisons avancées au soutien de la mesure restrictive doivent être importantes pour être acceptées comme suffisantes. L'échelle mobile décrit le fait que le poids d'un droit particulier se déplace le long d'une échelle et, compte tenu des aspects concrets spécifiques du droit qui sont affectés par une mesure gouvernementale, fixe une multitude de seuils au-delà desquels il a le pouvoir de résister aux considérations politiques concurrentes de moindre amplitude<sup>68</sup>.

Quelle que soit la version, la justification de la législation est toujours évaluée par rapport aux droits fondamentaux. Il s'ensuit, contrairement au mode de justification conséquentialiste, que la seconde conception de la justification fournit des critères objectifs ou des standards critiques matériels en vertu desquels les fins et les moyens peuvent être rationnellement évalués. Selon la version absolutiste, ces critères énon-

---

<sup>67</sup> Il y a plusieurs manières d'exprimer cette version «déontologique» en philosophie politique contemporaine. Rawls l'a lui-même exprimé en termes d'une pluralité de principes de justice posée rationnellement dans un ordre de «priorité lexicale» dont le premier confère aux individus des droits à certaines libertés spécifiques. Voir Rawls, *Libéralisme*, *ibid.* Dworkin a utilisé l'image de l'«atout» (*trump card*) pour exprimer l'idée que les droits détenus par les individus «coupent» certains types de justification. Voir Dworkin, *Rights*, *ibid.* à la p. xi.

<sup>68</sup> On pourrait exprimer cette version de diverses façons, selon les valeurs et les considérations qui permettent d'établir le fondement et le poids des droits et de leurs divers aspects, ainsi que ceux des objectifs, selon les critères qui permettent de les comparer et selon la manière de les agencer. En ce sens, l'établissement du seuil au-delà duquel les droits exercent une contrainte dans un contexte peut procéder de considérations non-déontologiques et exiger une forme de «balancing». Mais une fois que le seuil est établi, le droit doit avoir prépondérance à l'encontre des considérations politiques concurrentes de moindre amplitude. Je soutiens que la théorie générale des droits «as trumps» proposée par Dworkin appuie l'idée de l'échelle mobile avancée ici. Voir Dworkin, *Rights*, *ibid.* aux pp. 92-93.



cent que la législation est injustifiée dès lors qu'elle porte atteinte à un droit. Selon la seconde version, le critère énonce que la mesure est injustifiée dès lors qu'elle porte atteinte à un droit, sauf si elle est soutenue par certaines considérations spéciales. Selon la troisième version, la législation est injustifiée dès lors qu'elle porte atteinte à un droit, sauf si elle est soutenue par des considérations qui ont plus de poids que celles qui soutiennent l'aspect du droit qu'elle restreint. Certes, l'évaluation de la justification demeure partielle et négative : on ne demande pas à l'État de justifier complètement les états de choses qu'il estime désirables de réaliser, ni de justifier complètement les moyens qu'il entend prendre pour les réaliser. Néanmoins, l'évaluation procède dans le cadre d'un ordre normatif distinct, celui qui reconnaît les droits, dont le fondement et la justification découlent de valeurs et de principes indépendants des états de choses ultimes visés par la législation.

Or, comme on sait, les droits sont fort controversés. Alasdair MacIntyre, par exemple, soutient d'une manière assez brutale que nous ne devons nous égarer : «[L]a vérité est simple : ces droits n'existent pas, et croire en eux, c'est croire aux sorcières et aux licornes»<sup>69</sup>. Même chez ceux qui y croient, il n'y a d'accord ni sur leur fondement ni sur ce qu'ils représentent ni sur leur poids<sup>70</sup>. La justification rationnelle d'une proposition exprimant l'existence, le contenu et la priorité d'un droit est donc requise. Or, comment justifier le fondement des droits par rapport auxquels se mesure la législation ? Comment justifier les intérêts fondamentaux dignes de protection ? Comment justifier la formulation spécifique des espaces d'inviolabilité protégés ? Comment justifier le poids relatif et approximatif des droits par rapport aux objectifs politiques concurrents, c'est-à-dire la détermination du seuil de résistance au-delà duquel la protection fondée sur les droits tombe ?

On pourrait tenter de justifier les prémisses avancées au soutien des droits, de leurs définitions et de leurs poids relatifs de diverses manières. Premièrement, on pourrait avancer que les propositions relatives aux droits et à leur priorité sont «évidentes par elles-mêmes»<sup>71</sup>. Mais cette affirmation ne serait pas convaincante dans un contexte où les propositions sont fortement contestées. À tout le moins, elle ne saurait l'être pour les membres de l'auditoire qui récusent l'évidence et qui demandent une justification. Deuxièmement, on pourrait avancer que les propositions relatives aux

<sup>69</sup> MacIntyre, *supra* note 21 à la p. 70.

<sup>70</sup> Comparer par ex. les théories concurrentes de Nozick, *supra* note 62 ; Rawls, *Theory*, *supra* note 22 ; Dworkin, *Rights*, *supra* note 22 ; Ackerman, *supra* note 22 ; J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980 ; D. Gauthier, *Morals by Agreement*, Oxford, Clarendon Press, 1986 ; A. Gewirth, *Human Rights : Essays on Justification and Applications*, Chicago, University of Chicago Press, 1982.

<sup>71</sup> Voir par ex. le préambule de la *Déclaration américaine d'indépendance* (1776) : «WE hold these Truths to be self-evident, that all Men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the Pursuit of Happiness».

droits se fondent sur la révélation divine, la loi naturelle, la nature ou un bien humain ultime. Mais il est peu probable, dans une société pluraliste, que l'une ou l'autre de ces justifications puisse être acceptable à tous les membres de l'auditoire à qui elle serait destinée. En outre, faire appel à la révélation, à la nature ou à l'idée de bien ultime présuppose des affirmations sur des types de fait qui se prêtent mal à la justification rationnelle : non seulement les faits (ce que Dieu a révélé, ce que la nature dicte, ce qui est le bien ultime) ne sont-ils pas observables, mais ils n'ont de sens que dans le cadre de théories et métathéories controversées<sup>72</sup>.

Troisièmement, on pourrait tenter de justifier les droits et libertés, ainsi que leur poids relatif, en termes de principes politiques justes, moralement validés par une procédure neutre qui possède une valeur déontologique et qui est établie indépendamment du bien ou des conséquences<sup>73</sup>. La position originale élaborée par John Rawls constitue probablement le prototype contemporain d'une telle stratégie : des agents rationnels choisissent les principes de justice (notamment ceux énonçant les droits et les libertés) devant gouverner leur interaction sociale sous le poids de certaines contraintes équitables (le «voile de l'ignorance») qui incarnent un point de vue impartial<sup>74</sup>. Trois difficultés doivent toutefois être mentionnées. D'abord, il n'est pas certain que tous les êtres rationnels puissent accepter la prémisse selon laquelle le juste, déterminé d'une manière procédurale, doit avoir priorité sur le bien<sup>75</sup>. D'une part, au moins certains auditeurs peuvent concevoir la vie morale en termes substantiels faisant fondamentalement appel à une vision éthique globale ou à une diversité de biens<sup>76</sup>. D'autre part, il se pourrait que la priorité du juste soit elle-même un jugement dont la justification doit faire appel au bien humain<sup>77</sup>. Ensuite, même en admettant que

---

<sup>72</sup> Voir *supra* notes 39-41 et le texte correspondant ; voir aussi Tremblay, *supra* note 26 aux pp. 72-73.

<sup>73</sup> La valeur déontologique de la procédure signifie qu'elle lie en elle-même tous les êtres rationnels et qu'elle incarne le principe kantien affirmant la priorité du juste sur le bien. Comme le souligne Michael Sandel, le caractère déontologique de la procédure ne s'oppose pas tant aux justifications conséquentialistes. Elle s'oppose aux modes de justification téléologiques. La justification déontologique est «foundational» : «it describes a form of justification in which first principles are derived in a way that does not presuppose any final human purposes or ends, nor any determinate conception of the human good» (M.J. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982 à la p. 3).

<sup>74</sup> Voir Rawls, *Theory*, *supra* note 22. D'autres auteurs ont élaboré des formes de procédure qui incarnent l'idée d'impartialité. Voir par ex. T.M. Scanlon, «Contractualism and Utilitarianism» dans A. Sen et B. Williams, dir., *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982 à la p. 103 ; Dworkin, *Rights*, *supra* note 22 ; Ackerman, *supra* note 22.

<sup>75</sup> Voir par ex. M. Walzer, *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*, New York, Basic Books, 1983 ; MacIntyre, *supra* note 21 ; Sandel, *supra* note 73.

<sup>76</sup> Voir par ex. le chapitre sur «The Diversity of Goods» dans C. Taylor, *Philosophy and the Human Sciences: Philosophical Papers 2*, Cambridge, Cambridge University Press, 1985, c. 9 à la p. 230.

<sup>77</sup> S. Chambers, *Reasonable Democracy: Jürgen Habermas and the Politics of Discourse*, Ithaca, Cornell University Press, 1996 aux pp. 46-49.

les principes de justice puissent être justifiés en termes procéduraux, tous les êtres rationnels pourraient ne pas accepter le type de procédure proposé<sup>78</sup>. Enfin, même en admettant la validité d'un type de procédure, les droits et les libertés qui en découleraient pourraient ne pas être acceptés par tous les êtres rationnels. Une procédure de type déontologique présuppose toujours une certaine conception de l'individu, de sa dignité, de son autonomie de sa rationalité et de son mode d'être intersubjectif. Or, dans une société pluraliste, cette conception est controversée<sup>79</sup>. D'autre part, puisque cette conception guide l'application de la procédure elle-même, les prémisses de la justification risquent d'apparaître insuffisantes ou inacceptables à ceux qui ne les partagent pas. Prenons un exemple. La procédure proposée par Rawls exige une forme de dialogue hypothétique entre des êtres rationnels hypothétiques censés nous représenter. Bien que la conversation qu'il imagine soit censée refléter celle des participants placés dans la position originale, en réalité, Rawls demeure maître de la conversation. Comme l'a souligné maintes fois Jürgen Habermas, Rawls procède monologiquement : il contrôle la teneur du dialogue et détermine lui-même le cadre conceptuel et normatif à l'intérieur duquel la conversation évolue<sup>80</sup>. Rien ne peut donc garantir que tous les citoyens réels accepteraient les conclusions des représentants imaginés par Rawls<sup>81</sup>.

Quatrièmement, on pourrait tenter de justifier les droits et les libertés ainsi que leur poids relatif en termes de principes politiques dont la justification procéderait de la meilleure interprétation des pratiques communes, des croyances et des compréhensions partagées qui, dans les sociétés démocratiques, font une place aux droits et aux libertés. Les principes politiques tireraient leur force normative du fait qu'ils contribueraient à donner un sens cohérent au discours moral existant en vertu duquel nous existons nous-mêmes comme êtres moraux. Selon Michael Walzer, «[n]os catégories, nos relations, nos engagements et nos aspirations sont tous façonnés par cette morale existante et exprimés dans ces termes [...]. On peut dire que le monde moral fait pour nous autorité car il fournit tout ce qu'il faut pour mener une vie morale, y compris la capacité de réflexion et de critique»<sup>82</sup>.

---

<sup>78</sup> Voir *supra* note 74. Il est intéressant de noter que Rawls a pris quelque distance avec la position originale comme mode de justification rationnelle des principes de justice de manière à se tourner vers les intuitions les plus profondes de la culture démocratique. Voir Rawls, *Libéralisme*, *supra* note 45.

<sup>79</sup> Voir la critique de Sandel, *supra* note 73.

<sup>80</sup> Voir Habermas, *Démocratie*, *supra* note 22 ; J. Habermas, *Morale et communication : conscience morale et activité communicationnelle*, trad. par C. Bouchindhomme, Paris, Cerf, 1986 ; J. Habermas, *De l'éthique de la discussion*, trad. par M. Hunyadi, Paris, Cerf, 1992.

<sup>81</sup> Il est significatif que la théorie de Rawls ait provoqué une abondante littérature critique. Voir par ex. N. Daniels, dir., *Reading Rawls : Critical Studies on Rawls' A Theory of Justice*, 2<sup>e</sup> éd., Stanford, Stanford University Press, 1989.

<sup>82</sup> M. Walzer, *Critique et sens commun*, trad. par J. Roman, Paris, La découverte, 1990 aux pp. 32-33.

Ce type de justification, qu'on pourrait qualifier d'herméneutique, pose toutefois trois problèmes<sup>83</sup>. D'abord, dans une société pluraliste, l'existence d'un ensemble cohérent de pratiques, de croyances, de jugements, de significations et de compréhensions morales partagées n'est pas facilement démontrable. Ronald Dworkin a plutôt soutenu que l'existence même de désaccords pratiques sur une question politique controversée, telle celle de savoir si les soins de santé relèvent des besoins ou du marché libre, prouve qu'il n'existe pas de signification sociale partagée à propos de laquelle on pourrait être en désaccord<sup>84</sup>. Peut-on dès lors justifier des principes politiques cohérents à partir d'une interprétation des pratiques sociales auprès de tous les participants à ces pratiques ? De plus, la certitude ne constituant pas un objectif fondamental de l'approche herméneutique, les interprétations ne sont jamais posées comme finales et définitives. Par conséquent, les justifications de type herméneutique sont toujours ouvertes à la contestation. Il est vrai que la validité d'une interprétation donnée dépend d'un critère de cohérence, mais il peut y avoir plus d'une lecture cohérente d'une même pratique sociale. D'une part, les limites «territoriales» des pratiques ou la liste des éléments qui les constituent et qui doivent faire partie de l'interprétation ne sont pas fixées d'avance. D'autre part, elles ne peuvent pas l'être. Elles ne peuvent être déterminées qu'au cours du processus d'interprétation. Par exemple, la question de savoir si l'histoire d'une pratique doit faire partie des éléments à intégrer dans l'interprétation et, le cas échéant, quels aspects de l'histoire et quel poids leur accorder peut donner lieu à diverses interprétations concurrentes. Il en va de même de tous les éléments et de tous les aspects de la pratique<sup>85</sup>. Enfin, même en s'accordant sur la meilleure interprétation de nos traditions, de nos conventions, de nos compréhensions et de nos croyances morales partagées, cette interprétation pourrait ne pas avoir de force normative auprès des individus estimant que l'approche herméneutique ne pro-

---

<sup>83</sup> L'herméneutique postule que les expressions humaines (actions, pratiques sociales et concepts) possèdent généralement une signification au-delà des éléments empiriques qui les manifestent. Cette signification peut être reconstruite par une interprétation située qui les ajuste au langage, à l'histoire et aux traditions dans lesquels les expressions en question se manifestent. Pour une introduction, voir M.T. Gibbons, *Interpreting Politics*, New York, New York University Press, 1987. J'ai aussi abordé cette question notamment dans L.B. Tremblay, «Le droit a-t-il un sens ? Réflexions sur le scepticisme juridique» (1999) 42 R.I.E.J. 13.

<sup>84</sup> R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1985 à la p. 217.

<sup>85</sup> Joshua Cohen a soutenu que dans sa critique de la pratique, Walzer discrimine entre les valeurs qui sont les nôtres et celles qui en dévient : «Walzer is critical of current practices. But just because of this, the SCD [simple communitarian dilemma] leads us to expect an arbitrary and tendentious description of "our" values. For, in order to be critical, Walzer must regard significant elements of current practices as not indicative of *our* values. So we can expect that only *some* current practices will be said to embody our values. But we can also expect to be perplexed by the principle of selection. And in fact this a priori suspicion is confirmed by a number of examples» (J. Cohen, Recension de *Spheres of Justice : A Defense of Pluralism and Equality* de M. Walzer (1986) 83 J. Phil. 457 à la p. 464).

duit que des jugements de fait ou d'ordre anthropologique, alors que la question des droits doit dépendre de considérations moralement indépendantes, critiques ou supérieures (telles l'évidence, la révélation divine, la nature ou une procédure déontologique).

Ces difficultés ne signifient évidemment pas que les stratégies employées sont fausses ou que les principes qu'elles reconnaissent sont erronés. La question est de savoir si l'une ou l'autre des stratégies argumentatives est capable de fournir une bonne justification à tous les membres des auditoires concernés. Elle est de savoir si l'argumentation avancée au soutien des droits, de leur sens et de leur poids relatif fournit à tous les auditeurs raisonnables une bonne raison d'en accepter les conclusions pratiques. Il semble bien que la réponse soit négative. Non seulement les prémisses les plus fondamentales des arguments semblent-elles dans les faits insuffisantes ou inacceptables à plusieurs citoyens, mais dans la mesure où ces prémisses en appellent aux conceptions controversées du bien, du monde et de l'être humain, elles peuvent difficilement prétendre au type d'universalité requis par l'idée de bonne justification. Le pluralisme de fait qui affecte les questions du bien et de la vie bonne semble aussi affecter les conceptions du fondement des droits, de leur signification et de leur poids relatif.

## V. La justification procédurale

La troisième conception de la justification de la législation prend acte du fait que, dans la culture politique actuelle, les arguments de type conséquentialiste ainsi que ceux axés sur les droits comme contraintes latérales sont généralement incapables de fournir aux membres des auditoires à qui ils sont présentés une bonne justification des jugements pratiques qu'ils sont censés soutenir. Elle récuse néanmoins la thèse sceptique qui pourrait s'ensuivre selon laquelle la quête d'une justification rationnelle devrait être abandonnée, les citoyens n'ayant plus qu'à s'incliner devant la coercition, la violence ou la force utilisée au soutien des volitions, des décisions, des instincts, des intuitions ou des émotions du plus grand nombre de ceux qui exercent le pouvoir à un moment donné. La troisième conception postule que la législation peut, en principe, faire l'objet d'une bonne justification, à la condition d'engager activement chaque citoyen dans un processus collectif de délibération rationnelle. Pour cette raison, on peut l'associer aux théories de la démocratie délibérative<sup>86</sup>.

---

<sup>86</sup> Les théories de la démocratie délibérative sont généralement conçues comme des théories de la justification politique. Elles postulent généralement que la source de légitimité réside dans le processus de délibération publique entre les citoyens. Voir par ex. J. Colen, «Deliberation and Democratic Legitimacy» dans A. Hamlin et P. Pettit, dir., *The Good Polity : Normative Analysis of the State*, Oxford, Basil Blackwell, 1989 à la p. 17 [ci-après Colen, «Deliberation»]; B. Manin, «On Legitimacy and Political Deliberation», trad. par E. Stein et J. Mansbridge (1987) 15 *Pol. Theory* 338. Voir en gé-

L'idée générale qui anime la troisième conception de la justification est que la délibération publique, libre et ouverte est une procédure qui permet à chaque citoyen de participer à la détermination des raisons substantielles qui justifient la législation et, en dernier lieu, de les accepter comme étant bonnes. Chacun peut donc faire valoir publiquement ce qui lui apparaît constituer les meilleurs arguments, évaluer la force relative des arguments concurrents et tenter de les réfuter sur la base de raisons que tous pourraient reconnaître comme bonnes. Chacun a ainsi le pouvoir de persuader les autres d'adopter la législation qui lui semble la plus justifiée et de s'opposer aux propositions législatives qui ne semblent pas soutenues par de bonnes raisons. La délibération démocratique constitue un mode de décision politique censé permettre de régler les désaccords dans une société pluraliste, non par la force, le nombre et les volitions, mais sur la base de considérations rationnelles que tous pourraient, en principe, accepter. Il s'ensuit que les raisons avancées au soutien d'une proposition politique doivent posséder une force normative susceptible de contraindre tous les participants. Elles doivent aller au-delà de l'expression des préférences, des intérêts personnels et des volontés des agents qui les énoncent. Les raisons avancées doivent être conçues en des termes que chacun pourrait rationnellement accepter. Cela implique que chacun doit tenir compte des vues et des arguments de tous les autres et être prêt à transformer sa compréhension initiale de la force normative relative des raisons substantielles en présence.

La démocratie délibérative est un mode de décision politique qui peut viser divers objectifs selon la théorie envisagée<sup>87</sup>. Pour les fins d'une conception de la justification politique de la législation, on peut identifier deux versions des théories de la démocratie délibérative. La première procède d'une vision de la société politique qu'on pourrait qualifier de républicaine ou communautarienne. La bonne justification est déterminée collectivement, au terme du processus de délibération publique, par le vote du plus grand nombre. Dans une thèse sur la légitimité des décisions politiques prises au terme d'un processus délibératif dans lequel chacun a pu librement participer et voter pour ou contre les options proposées, Bernard Manin a soutenu que «[t]he relative force of its justification can only be measured by the amplitude and the intensity of the approval it arouses in an audience of reasonable people»<sup>88</sup>. Pendant le processus, les participants tentent de se persuader mutuellement de la force ou de la faiblesse des arguments présentés. Mais puisque les arguments ne sont ni vrais ni faux, aucune conclusion ne s'impose nécessairement : chacun «remains free to give his agreement or to withhold it»<sup>89</sup>. C'est donc le vote final qui, en déterminant à la majorité

---

néral J. Bohman et W. Rehg, dir., *Deliberative Democracy*, Cambridge (Mass.), MIT Press, 1997 ; J. Elster, dir., *Deliberative Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.

<sup>87</sup> Voir par ex. T. Christiano, «The Significance of Public Deliberation» dans Bohman et Rehg, *ibid.* à la p. 242.

<sup>88</sup> Manin, *supra* note 86 à la p. 354.

<sup>89</sup> *Ibid.*

la proposition qui l'emporte, établit la force relative des arguments<sup>90</sup>. Néanmoins, la décision majoritaire peut être considérée «as emanating from the people»<sup>91</sup> puisque tous les citoyens ont participé à la «construction» de la justification.

Cette première version se heurte à deux objections. D'abord, elle convient mal au concept de délibération rationnelle. Si la délibération démocratique est un processus par lequel chacun peut librement avancer des propositions politiques et débattre des meilleurs arguments dans le but de persuader autrui de leur bien-fondé, les raisons avancées doivent pouvoir s'évaluer à la lumière de considérations substantielles dont le statut est logiquement antérieur au résultat de la délibération et indépendant de la proposition qui ralliera le plus grand nombre de voteurs. Certes, la vérité ou la fausseté des arguments politiques ne fait pas plus l'objet d'un système logico-déductif que d'une démonstration scientifique. Mais la nature d'une délibération rationnelle doit supposer que la force ou la faiblesse des arguments peut être évaluée rationnellement dans le cadre du processus, à la lumière de critères ou de considérations internes au discours politique. Autrement, si la force des arguments avancés devait dépendre du nombre de ceux qui finalement les approuvent, chaque participant devrait attendre l'issue du vote avant de former sa propre opinion sur le poids relatif des arguments avancés. Ce serait incohérent<sup>92</sup>.

Ensuite, en postulant que la décision politique qui reçoit l'appui du plus grand nombre peut être considérée comme émanant du peuple, la première version confère aux minoritaires et aux dissidents le statut d'«auteurs» de la législation<sup>93</sup>. Ces derniers peuvent donc, moralement, être tenus responsables de la législation et, par voie de conséquence, tenus à l'obéissance. Or, il ne semble pas raisonnable de tenir responsable d'une norme une personne qui ne l'approuve pas, qui a voté contre elle et qui a fait valoir publiquement les motifs justifiant son désaccord. Une telle responsabilité devrait présupposer que l'opinion de la majorité reflète vraiment celle du peuple dans son ensemble. Or, contrairement à ce qu'on a pu croire dans la tradition démocratique classique qui remonte au moins à Jean-Jacques Rousseau<sup>94</sup>, les minoritaires et les dis-

---

<sup>90</sup> La première version confère aussi à la procédure délibérative et démocratique une vertu «épistémique» en ce qu'elle postule que le bien commun ou la justice politique se découvre ou se construit collectivement et ne peut être «connu» ou «jugé» qu'au terme de la délibération, au moment du vote.

<sup>91</sup> Manin, *supra* note 86 à la p. 352.

<sup>92</sup> Bien entendu, la procédure démocratique pourrait être conçue comme une conversation, c'est-à-dire comme un échange de vues, de préférences et d'intérêts où la force du meilleur argument n'aurait pas besoin de l'emporter. Mais cette conception heurterait le sens que l'on donne à une délibération, du moins dans la plupart des versions de la démocratie délibérative.

<sup>93</sup> Elle pourrait aussi, en théorie, exclure les minorités du concept de peuple, mais une telle thèse serait incompatible avec les postulats fondamentaux des théories de la démocratie délibérative.

<sup>94</sup> Rousseau estimait que le contenu de la volonté générale qui exprimait le bien commun pouvait être déterminé par un vote majoritaire. Par conséquent, les minoritaires et les dissidents étaient néces-

sidents peuvent avoir de très bonnes raisons de s'objecter aux propositions majoritaires. Il s'ensuit que l'identité des vues majoritaires et minoritaires fondée sur la règle de la majorité est un postulat inacceptable. Il est vrai que, pour les théoriciens de la première version, c'est le fait que les arguments des minoritaires soient rationnellement considérés par la majorité avant de voter qui permet de concevoir la décision majoritaire comme émanant du peuple dans son ensemble. Mais on voit mal pour quel motif le seul fait de considérer l'argument d'une autre personne, et de le juger insuffisant ou inacceptable, pourrait rendre cette autre personne responsable d'une norme que son argument cherchait explicitement à réfuter.

La seconde version semble procéder d'une vision plus libérale ou individualiste de la communauté politique. La bonne justification de la législation serait celle que chaque citoyen peut rationnellement admettre comme pertinente, suffisante et acceptable. La force relative de la justification d'une norme ne dépend donc pas du nombre d'appuis qu'elle a reçu au moment du vote, mais de la force normative de ses prémisses, telle qu'évaluée rationnellement par chaque citoyen<sup>95</sup>. En ce sens, la bonne justification fait de chaque individu le centre du processus de justification. Il s'ensuit que la production d'un consensus ou d'un accord rationnel entre tous les participants constitue l'un des principaux objectifs du processus de justification politique<sup>96</sup>. Or, cette version postule que le processus de délibération publique constitue la procédure la mieux adaptée à l'objectif pour produire des raisons que tous peuvent accepter comme bonnes. Tous les participants sont traités comme des égaux qui ont le «droit» d'exiger de bonnes raisons avant que la coercition étatique puisse être utilisée contre eux. Si un groupe de citoyens minoritaires estimait de bonne foi au terme du processus de délibération publique que la législation n'est pas soutenue par une bonne raison, alors, en principe, dans la mesure où ce groupe de citoyens est concerné, la législation ne serait pas justifiée.

Cette seconde version incarne l'idée de «justification publique» selon laquelle, pour être légitimes, la législation, la coercition et l'autorité doivent pouvoir être justifiées en termes de considérations acceptées rationnellement par chaque individu qu'elles affectent (ou ne peut pas raisonnablement rejeter). Jeremy Waldron a fait de cette idée, bien connue au sein du contractualisme<sup>97</sup>, le fondement de la pensée libé-

sairement dans l'erreur. Voir J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, Paris, Garnier-Flammarion, 1966 à la p. 149.

<sup>95</sup> La démocratie délibérative n'a pas de valeur épistémique ici, elle est un mode de justification politique.

<sup>96</sup> La production d'un consensus ou d'un accord rationnel comme l'une des conditions de la justification politique constitue l'un des traits distinctifs de la plupart des théories de la démocratie délibérative. Voir par ex. Colen, «Deliberation», *supra* note 86 à la p. 22. Cependant, il importe de souligner une exception notable, Manin, *supra* note 86.

<sup>97</sup> Cette idée est au cœur des théories du contrat social, au moins depuis les travaux de Thomas Hobbes, John Locke, Jean-Jacques Rousseau et Immanuel Kant. Thomas Scanlon a défini le con-



rale moderne : «[T]he liberal insists that intelligible justifications in social and political life must be available in principle for everyone, for society is to be understood by the individual mind [...] If there is some individual to whom a justification cannot be given, then so far as *he* is concerned the social order had better be replaced by other arrangements»<sup>93</sup>. La seconde version «démocratise», en la radicalisant, l'idée de justification publique. Par exemple, lorsque les libéraux soutiennent, à la suite de Kant, que «each individual requires to be convinced by reason that the coercion which prevails is lawful»<sup>99</sup>, ils n'insinuent pas que tous les citoyens doivent participer réellement au processus de délibération politique. La délibération est plutôt conçue comme une entreprise philosophique non pas politique. Le contrat social est un fait de raison, non pas un fait historique. De même, ils ne soutiennent pas que toute la législation doit être justifiée au mérite. La justification au mérite n'est requise que pour les principes constitutionnels fondamentaux, tels ceux qui reconnaissent la règle de la majorité et les droits fondamentaux. Il s'ensuit que la législation compatible avec les droits fondamentaux est généralement tenue pour justifiée dès lors qu'elle a reçu l'appui d'une majorité de citoyens<sup>100</sup>.

La seconde version de la démocratie délibérative exige une bonne justification intersubjective pour chaque législation. Il s'ensuit que les réflexions théoriques sur la justification de la législation ne doivent pas privilégier la détermination dans l'abstrait d'un critère substantiel objectif et universel du bien ou du juste. Les valeurs politiques devant être établies par une délibération publique qui engage tous les citoyens, les réflexions théoriques doivent ainsi se tourner vers la «procédure». Elles doivent tenter d'établir les règles ou les normes procédurales qui promeuvent la délibération démocratique et qui garantissent, autant que possible, que la législation en résultant rencontre les conditions d'une bonne justification. Ces règles ou normes doivent établir, en premier lieu, les contraintes gouvernant la forme des débats, notamment les «droits» souvent qualifiés de démocratiques<sup>101</sup>. En second lieu, elles doivent établir les contraintes gouvernant la forme que doivent revêtir les raisons pour constituer de bonnes raisons. Ces contraintes peuvent être multiples et tous les penseurs de la dé-

---

tractualisme ainsi : «An act is wrong if its performance under the circumstances would be disallowed by any system of rules for the general regulation of behaviour which no one could reasonably reject as a basis for informed, unforced general agreement» (Scanlon, *supra* note 74 à la p. 110).

<sup>93</sup> J. Waldron, "Theoretical Foundations of Liberalism" in J. Waldron, *Liberal Rights : Collected Papers 1981-1991*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993, 35 à la p. 41.

<sup>99</sup> I. Kant, «On the Common Saying : 'This May Be True in Theory, but It Does Not Apply in Practice'» dans H. Reiss, dir., *Kant's Political Writings*, trad. par H.B. Nisbet, Cambridge, Cambridge University Press, 1977 à la p. 85.

<sup>100</sup> Ces assertions correspondent aux modes de justification déontologique. Voir la partie IV ci-dessus.

<sup>101</sup> Par droits démocratiques on entend le droit de participer, de proposer des normes, d'avancer des arguments, de voter.

mocratie délibérative ne s'entendent pas sur leur contenu. Elles peuvent énoncer les traits formels que les considérations avancées doivent posséder pour constituer des raisons, par opposition aux intérêts privés, aux rationalisations, aux préjugés, aux simples croyances, aux volitions brutes, à l'expression des sentiments ou aux sophismes<sup>102</sup>. Elles peuvent aussi être plus exigeantes et énoncer les traits formels que les considérations avancées au soutien de la législation doivent posséder pour constituer de bonnes raisons intersubjectives.

À l'instar d'Amy Gutmann et Dennis Thompson, elles pourraient exiger des citoyens d'une société démocratique pluraliste de se conformer à une norme de «réciprocité», c'est-à-dire à une forme de raisonnement politique mutuellement justifiable : «You make your claims on terms I can accept in principle» et «I make my claims on terms you can accept in principle»<sup>103</sup>. Une telle version de la démocratie délibérative invaliderait d'avance les types de considération qui ne sont pas mutuellement acceptables<sup>104</sup>. Alternativement, les contraintes pourraient énoncer les critères permettant d'établir la force relative de la justification du point de vue de chaque citoyen réel. Ces critères pourraient permettre d'établir la sincérité et la crédibilité des citoyens qui récusent la justification avancée au soutien d'une législation et d'évaluer le caractère pertinent, suffisant et acceptable des motifs pour lesquels un citoyen soutiendrait que la justification avancée n'est pas acceptable. À titre d'exemple, ces critères pourraient énoncer qu'un citoyen démontrant que la justification avancée est incompatible avec l'un de ses intérêts qu'il juge fondamental pour des raisons sincères et crédibles, que la justification est discriminatoire à son endroit, que les fardeaux qu'on lui impose sont clairement disproportionnés par rapport aux bénéfices qu'en tirera la collectivité, qu'il n'y a pas de lien rationnel entre la mesure législative et l'objectif visé, et que l'atteinte à l'un des intérêts qu'il juge fondamental pour des raisons sincères et crédibles n'est pas minimale en raison des alternatives également efficaces, prouverait que la législation n'est pas soutenue par une bonne justification<sup>105</sup>.

Cette seconde version se heurte toutefois à une objection majeure. En faisant dépendre la justification politique de la production de consensus, elle pose une condition

<sup>102</sup> Pour une étude détaillée de ces règles ou normes, voir Tremblay, *supra* note 26.

<sup>103</sup> A. Gutmann et D. Thompson, *Democracy and Disagreement*, Cambridge (Mass.), Belknap Press of Harvard University Press, 1996 à la p. 55. Pour eux, «[t]he foundation of reciprocity is the capacity to seek fair terms of social cooperation for their own sake [...] From a deliberative perspective, a citizen offers reasons that can be accepted by others who are similarly motivated to find reasons that can be accepted by others» (*ibid.* aux pp. 52-53).

<sup>104</sup> Par exemple les arguments religieux. Josluea Cohen avance une thèse semblable à partir d'une norme d'égalité. Voir J. Cohen, «Procedure and Substance in Deliberative Democracy» dans S. Benhabib, dir., *Democracy and Difference: Contesting the Boundaries of the Political*, Princeton, Princeton University Press, 1996 à la p. 100.

<sup>105</sup> Voir L.B. Tremblay, «Deliberative Democracy and Liberal Rights» (2001) 14 *Ratio Juris* 424.

qui semble tout à fait irréaliste, particulièrement dans le cadre d'une société pluraliste. Si, pour les motifs examinés, les justifications de type conséquentialiste ainsi que celles axées sur les droits sont généralement incapables de fournir à tous les membres des auditoires à qui elles sont fournies de bonnes raisons d'accepter les jugements pratiques qu'elles sont censées soutenir, il semble illusoire de penser que la délibération démocratique pourrait, elle, en produire. Si la délibération permet à chaque citoyen de se former une opinion rationnelle et de participer à la formation de celle d'autrui, il n'y a aucune garantie que le débat public puisse produire des justifications que tous accepteraient comme bonnes. Au contraire, il pourrait accentuer les désaccords. Pour cette raison, les penseurs de la démocratie délibérative qui font du consensus rationnel un critère de légitimité adhèrent généralement à la règle de la majorité<sup>106</sup>.

À cette objection, on peut faire valoir deux réponses. Premièrement, il semble prématuré de conclure qu'un processus de délibération publique ne pourrait produire de bonnes justifications intersubjectives. Pour pouvoir tirer une telle conclusion, il faudrait d'abord l'instituer. Aujourd'hui, la théorie de la démocratie délibérative ne peut pas être confrontée aux faits. Deuxièmement, il semble raisonnable de croire qu'une délibération publique de qualité pourrait produire un accord rationnel au moins à l'égard d'un bon nombre de conflits sociaux et politiques. Certes, le succès de l'entreprise dépend de diverses conditions, notamment de la motivation des participants à produire des solutions mutuellement justifiables. Mais il n'est pas déraisonnable de penser qu'à ces conditions une discussion rationnelle puisse y parvenir. En effet, une délibération guidée par l'objectif de produire une bonne justification intersubjective pourrait aboutir à des solutions de compromis qui, dans l'abstrait, pourraient apparaître boiteuses ou à des accommodements qui pourraient heurter de plein front l'idéal d'universalité caractérisant la législation libérale et démocratique. L'objectif de la démocratie délibérative n'est pas de produire une législation idéale dans l'abstrait et formellement universelle ; il est de produire une législation dont la justification puisse être acceptée comme bonne du point de vue de tous les citoyens qu'elle affecte. Si le compromis et l'accommodement constituent les meilleurs moyens de préserver l'accord rationnel, ce sont eux qui doivent être promus.

On pourrait répliquer que la recherche du compromis ou de l'accommodement mutuellement justifiable doit être provisoirement arrêtée, sans quoi une communauté politique pourrait faire sur place, et que dans une démocratie il n'existe pas de mécanisme autre qu'un vote soumis à la règle de la majorité. Cependant, dans une telle hypothèse, la règle de la majorité n'aurait d'autres vertus que d'être pragmatique et prudentielle (liée à l'efficacité, la nécessité pratique, le réalisme). Par conséquent, cette

---

<sup>106</sup> Joshua Cohen, par exemple, écrit : « ideal deliberation aims to arrive at a rationally motivated consensus [...] Even under ideal conditions there is no premise that consensual reasons will be forthcoming. If they are not, then deliberation concludes with voting, subject to some form of majority rule » (Cohen, «Deliberation», *supra* note 86 à la p. 23).

règle ne constituerait pas une raison de concevoir comme mutuellement justifiable le résultat du vote majoritaire. Il s'ensuit que la démocratie délibérative comporterait divers forums de discussion publique en plus des institutions traditionnellement associées à la production de la législation. Le forum judiciaire, par exemple, pourrait, à certaines conditions, faire contrepoids aux décisions politiques dont la justification n'apparaîtrait pas mutuellement acceptable. Le cas échéant, ces institutions confèreraient une forme de droit de veto aux dissidents ou aux minorités en contribuant à la «contextualisation» de la législation et à l'établissement de ce que plusieurs théoriciens politiques nomment la «politique de la différence»<sup>107</sup>. Mais elles ne le feraient pas dans le but de rendre la législation conforme à un bien ultime objectif ou juste. Elles le feraient dans le but de contribuer à la recherche de compromis et d'accommodements produisant une législation mutuellement justifiable.

## Conclusion

Dans ce texte, j'ai rappelé quelques raisons qui expliquent pourquoi la justification de la législation conçue comme jugement pratique devait maintenant constituer un aspect central des réflexions sur la législation. Après avoir exposé les principaux critères d'une bonne justification rationnelle, j'ai soutenu que deux des trois conceptions dominantes, la justification conséquentialiste et la justification déontologique ne parvenaient pas, ou très difficilement, à les satisfaire. Dans une dernière section, j'ai avancé quelques raisons qui montraient que la troisième conception pouvait, à certaines conditions, rencontrer les critères d'une bonne justification.

Cette dernière conception comporte toutefois quelque chose de paradoxal. Elle qualifie de «procédurale» la justification avancée au soutien de la législation, car la justification de la législation n'est pas établie par des normes, des valeurs ou des principes substantiels<sup>108</sup> que s'affairent à découvrir les philosophes de la politique. Elle est établie par la procédure démocratique qui engage tous les citoyens dans une délibération collective. Toutefois, puisqu'il appartient, à l'intérieur de ce processus, à chaque participant de juger du poids des arguments avancés au soutien des propositions politiques, la justification «procédurale» présuppose que puisse exister une bonne justification «substantielle» à la législation indépendamment et antérieurement au vote. Pour cette raison, la démocratie délibérative apparaît comme une procédure qui permet d'élargir politiquement le débat philosophique sur le bien et le juste à toute la

---

<sup>107</sup> Voir par ex. I.M. Young, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, Princeton University Press, 1990.

<sup>108</sup> Par exemple, on peut signaler le bien (justification conséquentialiste) ou le juste (justification déontologique).

communauté, en vue de produire des consensus, des compromis ou des accommodements mutuellement justifiables<sup>109</sup>.

---

---

<sup>109</sup> Voir L.B. Tremblay, «La démocratie délibérative et la protection des intérêts fondamentaux» dans A. Duhamel *et al.*, dir., *La démocratie délibérative en philosophie et en droit : enjeux et perspectives*, Montréal, Thémis, 2001.