

THE CANADIAN BAR REVIEW

LA REVUE DU BARREAU CANADIEN

Vol. 80

March - June 2001 mars - juin

Nos. 1 & 2

QUELLE CULTURE JURIDIQUE POUR LE 21^E SIÈCLE?

Jean-Guy Belley*
Montréal

Ce texte propose une réflexion sur la culture institutionnelle de la Cour suprême. L'auteur imagine ce qu'elle fut vraisemblablement en 1875 dans le contexte d'une société dynamique et unifiée, servie par un droit fort. L'expérience de la modernité avancée justifierait aujourd'hui une autre vision, celle d'une société angoissante et fragmentée, pénétrée par un droit faible. Le principal défi institutionnel de la Cour au 21^e siècle serait de promouvoir une politique juridique traitant différemment les aspirations à la liberté des personnes physiques et des personnes morales.

This paper offers a reflection on the institutional culture of the Supreme Court. In 1875, the Court's culture reflected the image of a dynamic and unified society, surmounted by a strong and minimalist legal order. The social transformations produced by the passage to modernity would justify today the alternative vision of a risk society, highly fragmented and penetrated by a ubiquitous but weak Rule of Law. The first institutional challenge for the Supreme Court in the 21st Century would be to promote a legal policy treating differentially the respective aspirations of human beings and corporate persons to liberty.

I.	Introduction	2
II.	La culture juridique de 1875	3
III.	La culture juridique de 2000	4
IV.	Les défis du 21 ^e siècle	7
	1. Une société parvenue au stade de la modernité avancée	7
	2. Un droit différencié des aspirations à la liberté	10
V.	Conclusion	13

* Jean-Guy Belley, professeur et titulaire d'une Chaire Sir William Macdonald, Faculté de droit, Université McGill, Montréal, Québec. L'auteur remercie M.B. Paradis (B.C.L., LL.M.; chargé d'enseignement à la Faculté de science politique et de droit de l'Université du Québec à Montréal) pour ses suggestions de lectures et ses commentaires sur ce texte.

I. Introduction

Comme toutes les autres institutions sociales, la Cour suprême du Canada aspire à la durée et à l'autonomie. Elle entretient pour cette raison une image d'elle-même, une perception de son environnement, une conscience de l'histoire, en bref une culture institutionnelle, qui s'expriment à travers la jurisprudence de la Cour, mais qui en restent distinctes, comme la personnalité d'un individu se reflète dans ses comportements sans s'y révéler entièrement.

S'il est possible de se référer aux recueils judiciaires de la Cour pour connaître l'évolution de sa jurisprudence dans tel ou tel domaine et pour identifier les défis de continuité ou de rupture qui l'attendent au 21^e siècle, il n'en va pas de même pour la connaissance de sa culture institutionnelle. Non seulement parce que la Cour suprême ne tient pas un registre des images qui orientent sa perception des problèmes et des solutions, mais aussi parce que la culture d'une institution n'est pas un ensemble totalement impersonnel que l'on peut extirper de ceux et celles qui la vivent, ni une entité figée qu'on peut observer comme une chose inerte.

La culture d'une institution préexiste à l'arrivée des personnes choisies pour agir en son nom, mais il n'est pas indifférent que cette culture soit reçue par des personnes amenant avec elles certaines visions du monde plutôt que d'autres. Elle entretient de la même façon des rapports réciproques avec l'action. Elle peut agir comme une prénotion plus ou moins consciente qui donne une direction à l'action. Elle peut aussi se constituer *a posteriori*, comme le sens qu'on attribue aux gestes et aux événements dont on a d'abord fait l'expérience avant de leur trouver une signification. La culture oriente l'action ou lui confère une signification en se tenant à mi-chemin entre la réalisme et l'idéalisme. Parmi toutes les informations disponibles et tous les idéaux imaginables, elle sélectionne et oublie, valorise et sous-estime, choisit et délaisse¹. C'est à ce prix que les acteurs qui se réclament d'elle ou qu'elle habite peuvent croire à quelque chose plutôt que de verser dans le nihilisme, décider et agir sans être paralysés par le scepticisme. La culture institutionnelle est, en somme, un processus dynamique plutôt qu'un produit fini, un projet autant qu'un héritage, une vision rétrospective et prospective davantage qu'un ensemble d'images hétéroclites et désordonnées.

Du fait de ces caractéristiques de la culture institutionnelle, il me semble impossible pour quiconque de se présenter à ce symposium avec la prétention d'exposer, en se réclamant de la sociologie du droit ou de toute autre expertise, ce qu'était véritablement la culture de la Cour suprême en 1875, ce qu'elle est objectivement devenue aujourd'hui et les défis qu'elle devra nécessairement assumer au cours du 21^e siècle. La conception de la culture institutionnelle comme processus réflexif étroitement lié à l'action incite plutôt l'observateur externe à entrer en dialogue avec les acteurs de l'institution pour vérifier avec eux la vraisemblance d'une analyse qui comporte forcément une part de subjectivité que son auteur admet à l'avance².

¹ M. Douglas, *How Institutions Think*, Syracuse, Syracuse University Press, 1986.

² F. Dubet, «Vraisemblance: entre les sociologues et les acteurs», (1994) 44 *L'Année sociologique* 83-107.

Dans cet esprit de dialogue intersubjectif, j'exposerai deux visions différentes de la société et du droit, que je désignerai comme la culture juridique de 1875 et celle de 2000 en me réclamant non pas de la vérité historique ou sociologique, mais de la vraisemblance et de l'utilité pour la réflexion. Je dirai ensuite pourquoi la seconde vision du monde devrait emporter notre adhésion et quels défis pour la Cour suprême et pour l'ensemble de la communauté juridique cette vision du monde incite à privilégier parmi d'autres défis concevables.

II. La culture juridique de 1875

Je tiens pour vraisemblable que la Cour suprême du Canada ait été créée dans une ambiance d'optimisme; sinon au sein de toute la population canadienne, du moins parmi les élites. En 1875, le pays ne manque pas de problèmes, mais ces problèmes se conçoivent comme les difficultés inévitables d'une vaste entreprise collective dont les buts sont clairement perçus et qui dispose des moyens de surmonter les obstacles. La vision optimiste du monde s'organise plus particulièrement autour des trois images suivantes : une société dynamique, une société unifiée et un droit fort.

L'économie s'industrialise; l'État repousse ses frontières; la culture devient moderne. Dans cette société du mouvement et de l'expansion, la figure dominante du héros est celle de l'entrepreneur, capitaine d'industrie, bâtisseur de la Nation, inventeur autodidacte ou pionnier de la découverte scientifique. La foi dans le Progrès fait oublier les échecs momentanés. La collectivité a confiance dans sa capacité de faire mieux avec ses ressources. La rupture avec le passé est souhaitable puisque le futur se profile clairement comme promesse de richesse et de bonheur.

Ce dynamisme social séduit les esprits plutôt que de les effrayer parce qu'il paraît canalisé et contrôlé par les institutions d'une nation unifiée politiquement et juridiquement. L'État se superpose aux collectivités locales. Une délocalisation du sentiment d'appartenance s'effectue. Au-delà de la communauté de naissance s'institue la communauté nationale, une entité canadienne aux yeux de ses citoyens et au regard des autres nations du monde. Un droit distinctement canadien sera le symbole et l'instrument privilégié de cette unification de la société sous la gouverne de l'État. Le droit public trouvera son unité sur la base de la loi constitutionnelle qui structure la fédération. Le droit privé profitera des forces unificatrices juxtaposées sinon conjuguées de la *common law* et du *Code civil* pour baliser juridiquement un espace où l'activité économique doit pouvoir se déployer librement, sans l'entrave des particularismes locaux.

L'image qui accompagne l'émergence de ce droit national (et qui lui confère un potentiel de développement qu'on verra se réaliser pleinement au 20^e siècle) est celle d'un droit fort. Si le droit étatique dégage alors une impression de force, c'est parce qu'il se réclame de trois attributs que les élites acceptent désormais, bon gré, mal gré, comme des prétentions légitimes et souhaitables.

Le droit étatique est fort parce que réputé indépendant. Lui seul dorénavant peut tracer la frontière du juridique et du non-juridique, du légal et de l'illégal.

Il lui est loisible de laisser beaucoup de place à l'initiative des individus et des groupes en se faisant libéral ou de soutenir activement les moeurs en se dotant d'un contenu moral traditionnel ou moderne, mais ces concessions aux acteurs économiques ou aux définisseurs de la morale ne cessent jamais d'obéir à la volonté d'un pouvoir réputé indépendant. Le droit étatique est fort, en deuxième lieu, parce qu'il s'est doté d'une méthodologie qui lui permet d'aspirer à la plus grande clarté dans son énonciation et à la plus grande rigueur dans son application. L'écriture des règles, la formalisation des procédures et la stabilité des catégories de la science juridique confèrent à la légalité étatique une netteté à laquelle aucune version antérieure du droit n'a pu prétendre, une précision que les autres idéologies n'ont jamais revendiquée (par exemple les idéologies libérale et socialiste), ou hésitent de plus en plus à professer (par exemple les doctrines chrétiennes). Le droit étatique est fort, en troisième lieu, parce qu'il se tient à l'extérieur et au-dessus de la société, parce qu'il s'élabore et s'applique à bonne distance de la vie des groupes et des individus, en dehors et au-delà de la mêlée sociale, dans un univers symbolique auquel on n'accède qu'au prix de la soumission à des manières de faire et de penser purement juridiques³.

Cette force distante et ésotérique du droit étatique ne scandalise pas la société de 1875 pour au moins une raison fondamentale. Dans une économie qui se veut libérale et dans une culture qui privilégie encore la morale traditionnelle pour tout ce qui concerne la vie privée, on ne demande pas à l'État de dire quoi faire et comment le faire, mais d'exercer plutôt une fonction éminemment utile à l'économie autant qu'à la morale, celle de fixer clairement les bornes du non-permis, l'*ultra vires* des droits, des libertés et des pouvoirs, les limites externes des compétences privées et publiques. La société accepte et appelle de ses vœux l'extériorité et la supériorité du droit étatique parce qu'il lui fournit le cadastre formel à l'intérieur duquel pourra s'exercer librement l'activité individuelle et collective. La force de ce droit qui pose clairement et fixement les bornes du dynamisme social se conçoit donc à tout le moins comme un mal nécessaire⁴.

III. La culture juridique de 2000

Avant même que la page du 20^e siècle ne soit tournée, les penseurs ont redoublé d'ardeur pour en identifier les traits saillants et pour lui conférer une signification globale dans la longue histoire de l'humanité. Certains fixent le commencement véritable du 20^e siècle en 1914, au début de la première grande guerre mondiale; ils considèrent la chute du mur de Berlin en 1989 comme l'événement qui symbolise le mieux la fin d'un siècle qui passera à l'histoire comme celui des guerres à grande échelle et des régimes totalitaires⁵. D'autres résument le 20^e

³ W.T. Murphy, *The Oldest Social Science? Configurations of Law and Modernity*, Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 8-36, 77-108.

⁴ P. Bourdieu, «La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique», (1986) 64 *Actes de la recherche en sciences sociales* 3-32.

⁵ A. Finkelkraut, *L'humanité perdue. Essai sur le XX^e siècle*, Paris, Seuil, 1996; E.J. Hobsbawm, *Les enjeux du XX^e siècle. Entretiens avec Antonio Polito*, Bruxelles, Éditions complexes, 2000.

siècle d'une façon plus culturelle en y voyant l'expérience de plus en plus répandue du désenchantement d'un esprit moderne qui a graduellement fait le vide de ses convictions traditionnelles pour faire confiance à des promesses de progrès et de bonheur devenues incertaines ou illusoires⁶.

Je tiens pour vraisemblables ces interprétations du 20^e siècle et j'en ferai la toile de fond d'une culture juridique hypothétique dont l'utilité sera de s'opposer point par point à ce qui a été considéré comme la culture juridique de 1875. Ancrée dans une ambiance générale de pessimisme, la culture juridique de 2000 reposerait plus particulièrement sur les images d'une société angoissante plutôt que dynamique, d'une société fragmentée plutôt qu'unifiée et d'un droit plutôt faible que fort.

La société actuelle est angoissante parce qu'elle entretient une conscience sans précédent du risque et de l'incertitude des actions collectives et individuelles⁷. Imposés par la nature ou produits par l'intervention humaine, subis comme une fatalité ou assumés comme la contrepartie d'une stratégie d'action ou d'un choix de vie, le risque et la conscience du risque sont devenus le lot quotidien de collectivités et de personnes engagées volontairement ou non dans une dynamique de mouvement général et ininterrompu. Les contrats d'assurance privés et les régimes d'indemnisation de l'État-providence se sont développés en réponse à un immense sentiment d'insécurité qu'ils ont rendus encore plus conscient. Les héros du 20^e siècle sont les acteurs les plus habiles à prévoir, à contourner si possible et à gérer si nécessaire les risques inhérents aux projets qu'on veut encore poursuivre malgré l'incertitude de leurs résultats.

La protection assurantielle et la confiance dans les gestionnaires de risques sont toutefois de plus en plus clairement mises à l'épreuve. L'angoisse a pris une nouvelle ampleur avec la conscience du fait que les risques les plus considérables qui vont de pair avec le fonctionnement de la société actuelle sont des risques qui ne peuvent être calculés correctement, des dangers dont les conséquences ne pourront être réparées adéquatement parce qu'elles seront irréversibles, trop onéreuses ou non compensables en argent, des risques dont le contrôle ne peut plus être laissé à des experts soupçonnés d'éthique douteuse et qui se réclament de toutes façons de sciences parvenues elles-mêmes au stade de l'incertitude.

Les institutions étatiques ne fournissent plus d'antidotes à cette angoisse contemporaine. La société politique n'est plus crédible comme instance centrale capable de canaliser les informations, d'organiser les débats, de clarifier les enjeux et de contrôler les décisions. En dépit de son développement gigantesque, l'État n'incarne plus dans les esprits une unité symbolique rassurante. La conscience de la mondialisation rend peu crédible toute politique qui prétend contrôler les flux économiques et culturels ayant cours à l'intérieur des frontières au moyen des seuls attributs de la souveraineté. Au sein même de la société nationale, la spécialisation fonctionnelle des sphères d'activité (l'économie, la santé, l'éducation, la communication, le divertissement, etc.) et

⁶ M. Gauchet, *Le désenchantement du monde*, Paris, Gallimard, 1989.

⁷ A. Giddens, «Risk and Responsibility», (1999) 62 *The Mod. L. Rev.* 1-10.

l'autonomie considérable qu'elles ont toutes acquise au plan de leurs opérations et de leurs critères de fonctionnement imposent l'image d'une société et d'une culture fragmentées⁸. Le système social semble paralysé par l'étanchéité de ses sous-systèmes. La communication publique est devenue une Tour de Babel où s'affrontent dans le chaos les discours préfabriqués des organisations et des associations, les succédanés de pensée scientifique, religieuse ou magique et les opinions individuelles exprimant tous les degrés du dogmatisme et de la fantaisie.

Dans cette société aux frontières poreuses, au fonctionnement néocorporatiste et à la culture éclatée, l'État est un acteur majeur parmi d'autres acteurs incontournables. Ses instances de décisions sont des lieux de pouvoir parmi d'autres. Son droit est un langage et un mode d'évaluation parmi d'autres références rationnelles et normatives. Paradoxalement, l'État a cessé d'apparaître au centre et au sommet du système social au fur et à mesure qu'il se développait pour pénétrer plus loin et plus profondément à l'intérieur même de la société. L'expansion juridique qui a accompagné ce développement a rendu le droit étatique omniprésent, mais faible⁹.

Puisque ce droit prétend désormais régir le fonctionnement interne de la société civile et intervenir dans les choix moraux des individus, on ne lui concède plus, en effet, le pouvoir légitime d'énoncer de manière indépendante le légal et l'illégal. S'agissant de fixer les limites substantives et non plus simplement formelles des droits, pouvoirs et libertés, la légalité étatique doit se concilier avec les règles organisationnelles et les morales individuelles qui aspirent à combler le vide laissé par l'extinction des valeurs traditionnelles. De même que l'administration gouvernementale entre en réseau avec les instances privées et joint son action à celle de ses partenaires, de même le droit s'ouvre aux autres rationalités et normativités sociales. Il s'énonce de façon assez souple pour convenir à la fluidité et à la diversité des processus sociaux. Il reste assez indéterminé pour laisser place à l'exercice raisonnable et discrétionnaire des autonomies.

Engagé directement dans l'action, gagné à l'interdépendance des stratégies, des rationalités et des normes, l'État lui-même ne soutient plus le projet d'un droit formel et pur dont la fonction éminente mais unique se limiterait à arpenter l'espace social en arbitrant les conflits de voisinage. À travers ses politiques et ses partenariats, l'État infuse dans son propre droit toutes les rationalités matérielles de ses multiples secteurs d'intervention. Il lui enjoint de contribuer à toutes les fonctions nouvelles requérant son expertise ou sa caution. Il abolit la distance ancienne entre le droit et la société. Il contraint la pensée juridique à revoir ses concepts fondamentaux en renonçant au confort des abstractions

⁸ N. Luhmann, *The Differentiation of Society*, New York, Columbia University Press, 1982.

⁹ G. Teubner, «The Two Faces of Janus: rethinking Legal Pluralism», (1992) 13 *Cardozo L. Rev.* 1443-1462. Voir aussi M. Coutu, «Le pluralisme juridique chez Gunther Teubner: La nouvelle guerre des dieux?», (1997) 12 *Revue canadienne droit et société* 93-113.

métaphysiques et de la logique formelle¹⁰. L'État fait le pari d'une légalité réaliste et utile à l'efficacité fonctionnelle, au risque de produire un droit trop spécialisé, trop flou et trop engagé dans la mêlée pour symboliser l'unité de la société¹¹.

IV. Les défis du 21^e siècle

J'ai annoncé en introduction ma conviction qu'une culture juridique articulée autour des images d'une société angoissante et fragmentée, pénétrée par un droit faible, devait emporter notre adhésion de préférence à une autre culture juridique privilégiant les images d'une société dynamique et unifiée sur la base d'un droit fort. Je dirai maintenant pourquoi cette préférence me semble justifiée et quels défis elle permet d'entrevoir pour le 21^e siècle.

1 - Une société parvenue au stade de la modernité avancée

Il y a incontestablement du pessimisme dans la culture juridique identifiée comme celle de l'an 2000. Ce pessimisme participe du sentiment assez répandu d'une crise du lien social, de la politique, de la culture et du droit. Le sociologue français Alain Touraine y voit les signes multiples et concordants d'une période historique de «démodernisation», i.e de déclin, dans les pratiques et dans les esprits, de toutes les institutions typiques de la modernité¹². D'autres croient pouvoir décréter que nous sommes d'ores et déjà entrés dans une nouvelle ère culturelle, celle de la postmodernité, en rupture radicale et définitive avec les idéaux universalistes et rationalistes du Siècle des Lumières¹³. Le sociologue anglais Anthony Giddens considère pour sa part que le 20^e siècle n'a pas marqué la fin de la modernité occidentale, mais a plutôt révélé les forces et les faiblesses des sociétés parvenues au stade de la modernité avancée, des sociétés au sein desquelles les techniques et les valeurs modernes se déploient dans des cadres sociaux où les techniques et les valeurs traditionnelles sont désormais inopérantes¹⁴.

Cette dernière interprétation me semble la plus féconde parce qu'elle traduit plus finement les dynamiques sociales qui ont caractérisé le 20^e siècle

¹⁰ G. Teubner, *Droit et réflexivité. L'autoréférence en droit et dans l'organisation*, trad. de l'all. par N. Boucquoy et G. Maier, Diegem/Paris, Story scientia/LGDJ, 1994, p. 3-98; voir aussi du même auteur «How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law», (1989) 23 Law and Society Review 727-757.

¹¹ H. Willke, «Diriger la société par le droit?», (1986) 3 Archives de philosophie du droit 182-214.

¹² A. Touraine, *Pourrons-nous vivre ensemble? Égaux et différents*, Paris, Fayard, 1997, p. 39-93.

¹³ Voir notamment le dossier collectif intitulé «Lumières - Révolution - Post-modernisme» dans (1989) 13 Droit et Société 313-386.

¹⁴ A. Giddens, *The Consequences of Modernity*, Stanford, Stanford University Press, 1990.

et surtout parce qu'elle incite à considérer le pessimisme actuel comme la contrepartie de l'immense optimisme qui a porté et peut encore inspirer valablement les sociétés de la modernité avancée. La société contemporaine nous semble dominée par le désordre et le manque d'unité parce que nous valorisons le changement, la liberté et la diversité. Le droit contemporain nous semble faible parce que nous parions sur la capacité des personnes et des groupes de produire librement et diversement la normativité qui conviendra à leurs aspirations. La culture juridique qui est en émergence depuis le milieu du 20^e siècle nous rend souvent plus pessimistes qu'optimistes parce que nous sommes nostalgiques de la culture mi-moderne, mi-traditionnelle du 19^e siècle ou parce que nous hésitons à aborder les problèmes nouveaux avec un esprit de créativité plutôt qu'un réflexe de régression vers des solutions anciennes inadaptées au défi que nous a légué le 20^e siècle.

Ce défi est à mon sens celui d'un double apprentissage aussi exaltant que pénible, l'apprentissage de la liberté et de la diversité que je conçois ici comme les prérogatives reconnues aux acteurs de participer volontairement et à leur façon au jeu social, économique, politique ou juridique. Ces prérogatives de principe sont exercées activement ou détenues passivement. Leur exercice peut être tactique (*i.e.* confiné à l'intérieur des choix rendus disponibles par d'autres) ou stratégique (*i.e.* mettant à profit les options créées sur mesure par l'acteur lui-même), occasionnel ou soutenu, standardisé (conformiste) ou diversifié (original). Conçues dans cette perspective pragmatique plutôt que métaphysique, la liberté et la diversité exercées par les acteurs sociaux, économiques, politiques ou juridiques varient en quantité et en qualité. Elles témoignent d'un apprentissage élémentaire ou sophistiqué.

L'expérience du 20^e siècle nous a montré les potentialités et les difficultés de ces deux idéaux. Parmi tous les enseignements utiles de ce siècle qui a beaucoup misé sur la puissance pratique et la valeur morale de l'action autonome, j'accorde personnellement une importance décisive à l'enseignement suivant : l'expérience de la liberté et de la diversité a été vécue de façon extrêmement différente par les personnes physiques et par les personnes morales. Pour exprimer ma conviction sans trop de nuances, je dirais que la grande majorité des personnes physiques n'ont fait qu'une expérience très modeste de la liberté et de la diversité, en particulier dans les sphères de l'économie, de la politique et du droit¹⁵, tandis que les organisations ont été de

¹⁵ Pour une analyse théorique des possibilités de jeu offertes par le système juridique, voir M. van de Kerchove et F. Ost, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, PUF, 1992. Pour des études empiriques montrant l'habileté très inégale des sujets de droit à participer au jeu juridique en mettant à profit la liberté et la diversité autorisées, voir par exemple M. Galanter, «Why the Haves Come out Ahead? Speculations on the Limits of Legal Change», (1974) 9 *Law and Society Review* 95-160; H.M. Kritzer & S.S. Silbey, special issue ed., «Do the "Haves" Still Come Out Ahead?», (1999) 33 *Law and Society Review* 795-1124; J.-G. Belley, «Stratégie du fort et tactique du faible en matière contractuelle: une étude de cas», (1996) 37 *Les Cahiers de Droit* 37-50; J.-G. Belley, «Une philosophie de l'aspiration juridique: L'art de bien se contraindre», (2000) 44 *Archives de philosophie du droit* 337-350.

très loin les principales bénéficiaires du libéralisme auquel nous avons adhéré pratiquement et idéologiquement¹⁶. Puisque le droit, même faible, peut encore contribuer utilement aux apprentissages nécessaires, cet enseignement du 20^e siècle rend prioritaire une politique juridique abordant différemment les problèmes que pose la libéralisation des actions individuelles d'une part, organisationnelles d'autre part.

La peur individuelle de la liberté dans une société qui exacerbe la conscience des risques nourrit davantage les réflexes sécuritaires que les aspirations à l'authenticité. Elle conduit souvent au repli sur soi, parfois à l'abandon aux pouvoirs totalitaires¹⁷. La peur individuelle de la différence dans une culture éclatée suscite le conformisme des modes identitaires, la recherche obsessionnelle du consensus, l'esprit de secte et la défense intégriste des identités¹⁸. Dans une culture démocratique qui prétend garantir à chaque personne, et non seulement à l'élite, le droit de choisir son mode de vie¹⁹, ces manifestations de la peur témoignent d'une âme individuelle tragiquement inadaptée, en particulier aux exigences de l'action libre dans les sphères économique, politique et juridique.

L'âme des personnes morales qui ont fait de la société du 20^e siècle une «société organisationnelle»²⁰ n'a pas ce déficit de confiance ni le défi d'assumer positivement les prérogatives auxquelles le libéralisme permet d'aspirer. L'autonomie d'action et le droit à l'identité individuelle, elles les ont vécues sous le mode de l'excès parasitaire plutôt que de la retenue lucide. Elles pratiquent l'action stratégique en se réclamant d'une logique unidimensionnelle dont l'application systématique expulse de leurs champs d'intervention toute rationalité et toute normativité qu'elles n'ont pas réussi à instrumentaliser²¹. Engagées dans une logique de guerre où l'ennemi s'appelle «obstacle à la croissance» et l'arme principale «concentration de l'action», les organisations jouent à fond la carte d'une politique stratégique qui impose aux autres (aux employés, aux fournisseurs, aux clients, aux partenaires, aux concurrents et

¹⁶ Sur l'idéologie du «corporate liberalism» et le rôle décisif joué par les institutions juridiques dans son triomphe au 20^e siècle, voir S.R. Bowman, *The Modern Corporation and American Political Thought. Law, Power and Ideology*, University Park, The Pennsylvania State University Press, 1996, p. 1-34, 125-183. Sur la métaphore de la «corporate person», voir D. Greschner, «The Supreme Court, Federalism and Metaphors of Moderation», (2000) 79 R. du B. can. 47-76, p. 51.

¹⁷ E. Fromm, *Escape from Freedom*, New York, Holt, Rinehart and Winston, 1969 (1st ed. 1941).

¹⁸ G. Lipovetsky, *L'empire de l'éphémère. La mode et son destin dans les sociétés modernes*, Paris, Gallimard, 1987; du même auteur voir aussi *L'ère du vide. Essais sur l'individualisme contemporain*, Paris, Gallimard, 1983. Plus généralement, voir l'ouvrage collectif publié sous la direction de J.-F. Côté, *Individualisme et individualité*, Sillery, Les éditions du Septentrion, 1995.

¹⁹ L.M. Friedman, *The Republic of Choice. Law, Authority, and Culture*, Cambridge, Harvard University Press, 1990.

²⁰ R. Presthus, *The Organizational Society*, New York, Random House, 1962.

²¹ H. Marcuse, *L'homme unidimensionnel. Essai sur l'idéologie de la société industrielle avancée*, trad. de l'anglais par M. Wittig, Paris, Les Éditions de Minuit, 1977, p. 145-192.

même à l'État) la normalisation dont elles ont besoin pour conquérir ce qui est devenu pour elles «le marché» des ressources matérielles, des idées, des personnes, des pouvoirs et des normes. Dans l'état actuel des choses, la puissance des organisations marginalise les aspirations individuelles dans la sphère publique; elle contraint les personnes physiques à se cantonner dans une sphère privée qui confine de plus en plus à une fuite dans l'imaginaire²².

2 - Un droit différencié des aspirations à la liberté

Le 20^e siècle a commencé dans la philosophie optimiste d'une société ouverte aux aspirations de ses membres, en rupture au moins partielle avec l'ancien modèle d'une société close, frileusement repliée sur l'imposition de ses traditions²³. Au terme d'un parcours extrêmement mouvementé, ce siècle nous laisse la vision pessimiste d'une société duale caractérisée par un écart saisissant entre les réussites des personnes morales qui ont étendu très loin le domaine de leurs aspirations et les échecs des personnes physiques qui vivent la transition généralisée de la société close à la société ouverte dans l'angoisse, le déchirement ou la passivité. L'image d'une société fragmentée a l'utilité de nous prédisposer à prendre acte de cette dualité. Elle rend impérieuse l'élaboration d'un droit capable de parler un double langage, celui de l'aspiration solidaire quand il s'adresse aux héros de la croissance organisationnelle, celui de la liberté responsable quand il se tourne vers les timorés, les éclopés ou les frénétiques de l'existentialisme.

La culture juridique héritée du 19^e siècle prépare mal les juristes à tenir ce double langage. Elle s'est structurée autour de l'idéal d'un droit commun dont les préceptes seraient suffisamment abstraits pour convenir également à tous les sujets de droit quelles que soient leurs différences réelles. Cet égalitarisme formel a permis l'assimilation de principe des personnes physiques et des personnes morales au regard du droit commun incluant celui des libertés garanties constitutionnellement. L'expérience du 20^e siècle a largement démontré que cette assimilation repose sur une vision anthropomorphique naïve et chaque jour plus grotesque. Le premier défi culturel pour la communauté juridique sera à cet égard d'entretenir l'idéal d'un droit différencié qui traitera différemment les aspirations des personnes physiques au contrôle de leur vie et celles des personnes morales au contrôle de la vie des autres.

La culture juridique classique s'est d'autre part formée dans le contexte d'une société close où ils s'agissait d'introduire plus de dynamisme. La philosophie et la méthodologie du travail juridique visaient alors à mesurer de façon limitative et à énoncer de façon claire les obligations que la société traditionnelle

²² J.-G. Belley, «Gouvernance et démocratie dans la société neuronale», à paraître dans C. Andrew et L. Cardinal, dir., *Gouvernance et démocratie: Autour de Gilles Paquet*, Ottawa, Les Presses de l'Université d'Ottawa.

²³ H. Bergson, *Les deux sources de la morale et de la religion*, Paris, Presses Universitaires de France, 1969 (1^{ère} édit., 1932), p. 1-103.

imposait de manière extensive et faisait connaître de manière diffuse. Des générations de juristes ont ainsi appris à maîtriser un langage certes plus libéral et plus précis que celui de la tradition, mais qui restait dominé par la morale et la logique des obligations plutôt que par celles des aspirations.

En 1964, le juriste américain Lon L. Fuller présentait le défi qui s'impose à la communauté juridique dans une société ouverte où le droit se profile sur un arrière-plan constitué d'aspirations plutôt que d'obligations²⁴. Le sentiment de Fuller était que le droit serait toujours plus à l'aise dans l'expression de la moralité des devoirs, lorsqu'il s'agit de fixer le plus petit commun dénominateur des obligations envers la société, au moyen de règles générales, promulguées, claires, stables et appliquées conformément à une procédure équitable. En contrepartie, le droit se sentirait toujours inconfortable, affaibli parce qu'évoluant au-delà de son domaine traditionnel, dès lors qu'il s'intéresserait à la sphère des aspirations où les normes appropriées ne peuvent être que des modèles de référence aussi variés que les champs d'expression des personnalités individuelles, des standards aussi évolutifs que les objectifs de rendement optimal, des critères substantifs appliqués avec une subjectivité aussi reconnaissable que celle qui inspire les pratiques de jugement esthétique.

Quarante ans plus tard, le pressentiment de Fuller est devenu une évidence. Quel que soit leur inconfort, les juristes sont de plus en plus sollicités par des questions et des problèmes qui ont trait à la poursuite d'aspirations en principe légitimes plutôt qu'appelés à intervenir en rapport avec des conduites présumées criminelles ou déviantes. Ce renversement fondamental de perspective n'est nulle part plus manifeste que dans les grandes firmes de conseillers juridiques qui mettent leurs compétences au service des personnes morales et au soutien juridique de leurs aspirations²⁵. Dans ces bureaux où la modernité avancée se vit au quotidien, le défi professionnel ne se limite pas à la connaissance des obligations minimales imposées par l'environnement juridique et social. Il consiste à produire, au-delà de ce droit déjà institué, les innovations juridiques qui procureront aux aspirations des clients la légalité et la légitimité dont elles ont besoin²⁶. Il ne s'agit pas d'ignorer l'existence du droit de la première modernité, le droit général énoncé et appliqué par l'État. Il s'agit de mettre au point un droit typique de la seconde modernité, un droit du second degré, un droit taillé sur mesure pour les organisations clientes, à la hauteur des critères

²⁴ L.L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1969 (1st ed., 1964), p. 3-32.

²⁵ M. Galanter, «Mega-Law and Mega-Lawyering in the Contemporary United States», in R. Dingwall and P. Lewis, eds., *The Sociology of the Professions*, London, MacMillan, 1983, p. 152-175; Y. Dezalay, «Multinationales de l'expertise et «déperissement de l'État», (1993) 96-97 Actes de la recherche en sciences sociales 3-20.

²⁶ Puisque l'action stratégique des organisations se déploie aujourd'hui à l'échelle mondiale, les praticiens du droit exercent de plus en plus leurs talents créateurs dans un contexte juridique transnational au point où ils pourraient être les véritables moteurs d'un droit comparé intégré. Voir H.P. Glenn, «Vers un droit comparé intégré?», (1999) R.I.D.C. 841-852.

d'efficience et parfois même des préoccupations esthétiques qui président à la réalisation de leurs aspirations²⁷.

Cette pratique autonome et créative du droit interpelle l'ensemble de la communauté juridique et de la société à la façon d'une avant-garde artistique. Elle rend plus évidente la voie dans laquelle nous engage la dynamique de la modernité avancée et le champ d'expérimentation qui mobilisera de plus en plus les esprits. Elle témoigne des connaissances et des habiletés nouvelles qui seront nécessaires. Elle montre les potentialités et les dangers des innovations suscitées par la dynamique des aspirations. Elle force la société à se doter elle-même d'un droit nouveau, à faire preuve d'une créativité juridique correspondante, en définissant les normes de troisième degré qui diront la limite supérieure des aspirations légitimes. Il ne s'agit plus d'imposer un conformisme minimal comme le fait encore et continuera de le faire le droit commun classique. Il s'agit d'identifier avec des acteurs libres les exigences d'un développement conscient de la solidarité objective qui fait participer les autres à l'action de chacun, positivement à titre d'agents, de mandataires ou de bénéficiaires, négativement à titre de victimes des excès.

La production sociale d'un droit différencié des aspirations et de la solidarité me semble résumer le défi qui nous attend. Empruntant résolument le langage des aspirations, le droit à produire se préoccupera de faire accéder les personnes physiques au second degré de la vie juridique, celui où le droit soutient les aspirations au lieu d'y faire obstacle. Invoquant lucidement les exigences de la solidarité, il définira à l'intention des personnes morales les paramètres du troisième degré de la vie juridique, les limites que doivent s'imposer des sujets de droit libres qui n'aspirent pas au bonheur existentiel, mais plutôt, comme l'État lui-même, à la régulation rationnelle et normative des activités sociales.

L'État, le droit et la communauté juridique n'auront pas la responsabilité exclusive ni même principale de cet apprentissage différencié de la liberté, de la diversité et de la solidarité. Ils n'auront pas à incarner une société unitaire. Ils devront plutôt participer avec leurs compétences propres au fonctionnement et à la représentation symbolique d'une société pluraliste, invivable sans une éthique individuelle forte²⁸ et sans la conciliation de la

²⁷ Il y a une version notariale et une version avocate de l'expertise requise pour l'élaboration adéquate de ce droit du second degré. Voir A. Lapeyre, «L'ordre contractuel et les techniques des contrats», (1967) *Jurisclasseur périodique*, Doctrine 2108 et M.C. Suchman and M.L. Cahill, «The Hired Gun as Facilitator: Lawyers and the Suppression of Business Disputes in Silicon Valley», (1996) 21 *Law and Social Inquiry* 679-712. Il y a aussi une version purement économiste et une autre plus éthique de la culture professionnelle à développer pour satisfaire aux exigences et aux enjeux de cette production praticienne du droit. Voir R.J. Gilson, «Value Creation by Business Lawyers: Legal Skills and Asset Pricing», (1984) 94 *Yale L. J.* 239-323; R. Ashford, «Socio-Economics: What is its place in Law Practice?», (1997) *Wisconsin L. Rev.* 611-623; S.D. Carle, «Lawyers' Duty to Do Justice: A New Look at the History of the 1908 Canons», (1999) 23 *Law and Social Inquiry* 1-43.

²⁸ M. Canto-Sperber, «Éthique», dans J. Brunschwig et G. Lloyd avec la collaboration de P. Pellerin, *Le savoir grec. Dictionnaire critique*, Paris, Flammarion, 1996, p. 133-160.

liberté et de l'altérité²⁹. La communauté juridique devra se faire à l'idée d'un droit faible parce qu'acceptant le pari de l'interdépendance, de l'incertitude et du rapprochement avec la vie. Aux deuxième et troisième degrés de l'activité juridique, cette faiblesse-là est la contrepartie nécessaire de la liberté des autres et de la pertinence du droit.

V. Conclusion

Le droit est faible. Il n'y a pas de meilleure raison que celle-là pour espérer que se développe chez les citoyens et les juristes une culture juridique qui permette d'utiliser avec la plus grande efficacité les ressources limitées mais non négligeables du droit. Du fait de sa position institutionnelle, de sa visibilité sociale et de son influence au sein de la communauté des juristes, la Cour suprême du Canada est appelée à jouer un rôle d'avant-garde dans le développement de cette culture juridique adaptée aux défis de la modernité avancée.

Je n'ai pas une connaissance assez étendue de la jurisprudence de la Cour suprême pour bien mesurer les besoins de continuité et de rupture auxquels elle devra répondre pour assumer ce rôle dans la production du droit différencié des aspirations et de la solidarité qui me semble constituer le défi prioritaire du 21^e siècle. Je conclurai simplement sur deux impressions très générales.

S'agissant de parler aux personnes physiques, je crois que la Cour a privilégié, notamment dans l'interprétation de la *Charte canadienne des droits et libertés*, un langage de liberté courageusement assumée et responsable. Cette jurisprudence, audacieuse au besoin, appelle à mon avis une solution de continuité.

S'agissant de parler aux personnes morales, la Cour me semble être restée fidèle au langage formaliste hérité de la culture juridique classique. L'assimilation de principe avec les personnes physiques confère aux personnes morales des attributs juridiques sans rapport intelligible avec les réalités organisationnelles contemporaines³⁰. Elle rend impossible une compréhension adéquate des problèmes que pose la régulation interne et externe d'entités impersonnelles dont les ramifications s'étendent aujourd'hui à toutes les sphères et à tous les niveaux d'activité sociale et politique³¹. L'expérience du 20^e siècle impose à

²⁹ P. Ricoeur, «Liberté», dans *Encyclopaedia Universalis*, 1999, version 5, support électronique.

³⁰ M. Dan-Cohen, *Rights, Persons and Organizations. A Legal Theory for Bureaucratic Society*, Berkeley, University of California Press, 1986; G. Teubner, «Enterprise Corporatism: New Industrial Policy and the «essence» of the Legal Person», (1988) 36 *Am. J. Comp. L.* 130-155.

³¹ Outre l'ouvrage de S.R. Bowman cité *supra* note 16, voir C.D. Stone, *Where the Law Ends: the Social Control of Corporate Behavior*, New York, Harper & Row, 1975; K.J. Hopt and G. Teubner, eds., *Corporate Governance and Directors' Liabilities. Legal, Economic and Sociological Analyses on Corporate Social Responsibility*, Berlin, W. de Gruyter, 1985; S. Wheeler, «Towards a Feminization of the Corporation», (1999) 52 *Curr. Legal Probs.* 313-358; G. Wilson, «Business, State, and Community: 'Responsible Risk Takers', New Labour, and the Governance of Corporate Business», (2000) 27 *Journal of Law and Society* 151-177.

cet égard une rupture claire avec le langage désuet du droit commun de la personnalité juridique.

Si ces impressions générales sont justifiées, la culture institutionnelle de la Cour suprême devrait évoluer à la fois dans le sens de la continuité et de la rupture. À l'avant-garde de la production d'un droit qui assume le pari d'une société pluraliste, sans désespérer de pouvoir en découvrir les exigences de fonctionnement optimal, la Cour devrait se concevoir comme un lieu symbolique où s'exprime par excellence une conscience morale se réclamant des valeurs de liberté et de diversité³². La voix de cette conscience ne paraîtra maladivement faible qu'aux citoyens qui s'illusionnent encore sur les vertus de la puissance qu'on abandonne ou qu'on soutire aux autres³³.

³² Sur le système juridique contemporain conçu comme «conscience de la société», voir T. Murphy, *op. cit.*, *supra* note 3 aux pp. 186-210.

³³ Pour une défense et illustration d'une nouvelle conception de la démocratie républicaine où le contrôle des abus de pouvoir corporatif s'effectue par des sanctions faibles et par la persuasion morale, voir l'article de J. Braitwaite, «On Speaking Softly and Carrying Big Sticks: Neglected Dimensions of a Republican Separation of Powers», (1997) 47 U.T.L.J. 305-361.