

Direction des bibliothèques

AVIS

Ce document a été numérisé par la Division de la gestion des documents et des archives de l'Université de Montréal.

L'auteur a autorisé l'Université de Montréal à reproduire et diffuser, en totalité ou en partie, par quelque moyen que ce soit et sur quelque support que ce soit, et exclusivement à des fins non lucratives d'enseignement et de recherche, des copies de ce mémoire ou de cette thèse.

L'auteur et les coauteurs le cas échéant conservent la propriété du droit d'auteur et des droits moraux qui protègent ce document. Ni la thèse ou le mémoire, ni des extraits substantiels de ce document, ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans l'autorisation de l'auteur.

Afin de se conformer à la Loi canadienne sur la protection des renseignements personnels, quelques formulaires secondaires, coordonnées ou signatures intégrées au texte ont pu être enlevés de ce document. Bien que cela ait pu affecter la pagination, il n'y a aucun contenu manquant.

NOTICE

This document was digitized by the Records Management & Archives Division of Université de Montréal.

The author of this thesis or dissertation has granted a nonexclusive license allowing Université de Montréal to reproduce and publish the document, in part or in whole, and in any format, solely for noncommercial educational and research purposes.

The author and co-authors if applicable retain copyright ownership and moral rights in this document. Neither the whole thesis or dissertation, nor substantial extracts from it, may be printed or otherwise reproduced without the author's permission.

In compliance with the Canadian Privacy Act some supporting forms, contact information or signatures may have been removed from the document. While this may affect the document page count, it does not represent any loss of content from the document.

Université de Montréal

Stabilité et progrès : étude de deux notions constitutionnelles à travers une lecture de la
pensée politique de Jean-Jacques Rousseau

par
Martin Hould

Département de philosophie
Faculté des arts et des sciences

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de M.A.
en philosophie
option philosophie au collégial

juin, 2009
©, Martin Hould, 2009



Université de Montréal
Faculté des études supérieures

Ce mémoire intitulé :

Stabilité et progrès : étude de deux notions constitutionnelles à travers une lecture de la
pensée politique de Jean-Jacques Rousseau

présenté par :
Martin Hould

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Peter Dietsch
Daniel Marc Weinstock
Ryoa Chung

Résumé

Comment interpréter les Constitutions écrites? Quelles sont les notions fondamentales se trouvant au cœur de toute réflexion constitutionnelle? Nous en proposons deux : stabilité et progrès. Partant du constitutionnalisme contemporain et remontant jusqu'à un de ses piliers modernes, Jean-Jacques Rousseau, nous examinons comment ces deux notions s'articulent à travers divers choix constitutionnels. Nous découvrons que, souvent, « stabilité et progrès » conduisent la réflexion vers une tension, une aporie, laquelle est difficilement résoluble sans l'établissement d'un ordre de priorités entre « loi et peuple », « prudence et innovation », et « ordre et changement ». Suivant Cass R. Sunstein, soutenant que les bases d'une Constitution évoluent à travers l'esprit des gens, et Edward Schneier, primant les structures par rapport aux écritures, nous présentons une lecture de Rousseau où le « projet institutionnel » reprend sa place devant le « projet essentiellement moral » que Ernst Cassirer lui prête.

Mots-clés : philosophie, politique, constitution, stabilité, progrès, peuple, loi, Rousseau.

Abstract

How do we interpret written constitutions? What notions are at the heart of each constitutional reflection? We propose two : stability and progress. Beginning with contemporary constitutionalism and going back to modern thoughts and one of its founding thinkers, Jean-Jacques Rousseau, we examine how these two notions were articulated in different constitutional choices. Moreover, in the conduct of our investigation, we have found that stability and progress often end up with a tension - an "aporia"- a problem we can hardly resolve without suggesting an order of priority between "law and people", "prudence and innovation", and "order and change". Following Cass R. Sunstein, who says that basic understandings of Constitutions evolve through "many minds", and Edward Schreier, who claims that "it is structures rather than strictures that are the ultimate guardians of rights", we propose a reading of Rousseau that emphasizes institutions over Ernst Cassirer's "moral" approach.

Key words : philosophy, politic, constitution, stability, progress, people, law, Rousseau.

TABLE DES MATIÈRES

| | |
|--|----|
| INTRODUCTION..... | 1 |
| PREMIÈRE PARTIE | |
| Stabilité et progrès : explicitation d'un débat constitutionnel toujours vivant..... | 6 |
| CHAPITRE PREMIER | |
| La définition de « stabilité et progrès »..... | 7 |
| <i>Définition stricte vs définition large d'une Constitution</i> | 7 |
| <i>Définitions communes et étymologiques de stabilité et progrès</i> | 12 |
| <i>Constitution écrite vs constitution coutumière</i> | 15 |
| <i>Constitution rigide vs constitution souple</i> | 18 |
| CHAPITRE DEUXIÈME | |
| Le lexique de « stabilité et progrès »..... | 23 |
| <i>Loi et peuple</i> | 23 |
| <i>Prudence et innovation</i> | 29 |
| <i>Ordre et changement</i> | 39 |
| DEUXIÈME PARTIE | |
| Stabilité et progrès : qu'est-ce qui est prioritaire chez Jean-Jacques Rousseau? | 46 |
| CHAPITRE TROISIÈME | |
| Problèmes théoriques dans le <i>Contrat social</i> | 47 |
| <i>Raison et sentiment</i> | 47 |
| <i>Vérité et normativité</i> | 48 |
| <i>Théorie et pratique</i> | 50 |
| <i>L'interprétation de Ernst Cassirer : la loi comme principal moteur de la pensée de Rousseau</i> | 53 |
| <i>La primauté du peuple et de la créativité humaine dans le Contrat social</i> | 58 |
| <i>Rousseau vs Kant : l'interprétation de Étienne Balibar</i> | 68 |

| | |
|--|----|
| CHAPITRE QUATRIÈME | |
| Problèmes pratiques dans les applications à la Corse et à la Pologne | 75 |
| <i>L' « Avant-propos » et l' « État de la question »</i> | 75 |
| <i>Les institutions économiques</i> | 78 |
| <i>Les institutions sociales et culturelles</i> | 84 |
| CONCLUSION..... | 91 |
| BIBLIOGRAPHIE..... | 93 |

LISTE DES FIGURES

| | |
|---|----|
| Figure 1 : Lexique de la stabilité..... | 23 |
| Figure 2 : Lexique du progrès..... | 23 |

LISTE DES SIGLES ET DES ABRÉVIATIONS

CG : *Considérations sur le gouvernement de Pologne et sur sa réforme projetée.*

PC : *Projet de constitution pour la Corse.*

R. : Jean-Jacques Rousseau.

« Posséderaistu un savoir qui te ferait oublier que, en regard d'une mère et d'un père et de la totalité des ancêtres, la patrie est chose plus honorable, plus vénérable, plus digne d'une sainte crainte et placée à un rang plus élevé, tant aux yeux des dieux qu'à ceux des hommes sensés ; qu'il faut donc vénérer sa patrie, lui obéir et lui donner des marques de soumission plus qu'à un père, en l'amenant à changer d'idée ou en faisant ce qu'elle ordonne et en supportant sans se révolter le traitement qu'elle prescrit de subir, que ce soit d'être frappé, d'être enchaîné, d'aller au combat pour y être blessé ou pour y trouver la mort ; oui, cela il faut le faire, car c'est en cela que réside la justice ; et on ne doit ni se dérober, ni reculer, ni abandonner son poste, mais il faut, au combat, au tribunal, partout, ou bien faire ce qu'ordonne la cité, c'est-à-dire la patrie, ou bien l'amener à changer d'idée en lui montrant en quoi consiste la justice. » (Traduction de Luc Brisson)

Socrate,
prosopopée de la loi,
dans le *Criton* de Platon,
51a-51c.

Merci beaucoup à M. Daniel Marc Weinstock de m'avoir soutenu jusqu'à la fin.

AVANT-PROPOS

Nous avons commencé à nous intéresser au constitutionnalisme lors d'un cours donné par M. Daniel Weinstock, portant sur les institutions démocratiques. Nous tentions de trouver des pistes de solution à la réforme électorale et c'est à la suite d'une réflexion constante sur ce cas de figure passionnant par son extrême complexité, autant sur le plan éthique que mathématique, que nous avons pensé qu'il faudrait au préalable, pour pouvoir s'arrêter sur un choix précis de mode de scrutin, définir de manière claire et précise quelles sont les notions constitutionnelles fondamentales et établir un ordre de priorité. Sans cela, il nous apparaissait que le débat pourrait durer éternellement.

Nous avons proposé diverses approches, sans succès. Nous avons recommencé entièrement la rédaction depuis le début par trois fois. Trouver les fondements du constitutionnalisme s'est révélée être une tâche remplie d'embûches : quelle méthode adopter? Quelle position défendre? Quels auteurs choisir? Des dilemmes communs pour tout postulant à la maîtrise, mais qui se sont compliqués avec un sujet qui semblait nécessiter la prise en compte de divers corpus : constitutionnalisme antique, moderne, contemporain, design institutionnel, théorie de la justice, science politique, droit.

De plus, nous intéressant depuis quelque temps à la logique et à la rhétorique, nous nous étions mis en tête que notre travail devait être non seulement rigoureux et profond, mais que le texte devait également être intéressant à lire, stylisé et avec un ton particulier.

En fin de compte, nous sommes revenus à l'essentiel : nous avons circonscrit le sujet de manière très précise, et nous avons adopté une attitude neutre vis-à-vis des auteurs. Nous nous sommes concentrés sur seulement deux notions constitutionnelles, stabilité et progrès, et sur leurs interprétations chez quelques contemporains (Stephen Holmes, Edward Schneier et Cass R. Sunstein) et chez un philosophe classique de la modernité : Jean-Jacques Rousseau.

Cela a été un choix difficile, mais nous espérons que la lecture de ce mémoire intéressera autant ceux qui s'interrogent sur la manière d'interpréter les textes constitutionnels d'aujourd'hui, que ceux qui se spécialisent dans l'actualisation de la philosophie politique rousseauiste.

INTRODUCTION

Si nous demandions à un expert en la matière quelles sont les notions à la base de toute Constitution, alors il ferait fort probablement référence à des expressions comme « droits fondamentaux », « gouvernement », « séparation des pouvoirs », « État », « loi », « responsabilité ». Puis, si nous voulions aller plus loin et savoir par exemple ce que comprend la notion de « droits fondamentaux », alors nous obtiendrions à peu près ceci :

« They include, (1) freedom to organize; (2) freedom of expression; (3) the right to vote, (4) to run for public office, and (5) to campaign and compete for voter support; (6) access to alternative sources of information about significant issues; (7) free and fair elections; and (8) the functioning of institutions, such as parties and interest groups, to link government policies to public preferences. »¹

Assez rapidement, nous constaterions combien le domaine du constitutionnalisme est vaste et diversifié. Or, est-il possible de développer une réflexion philosophique sur un sujet aussi vaste, de penser qu'il y aurait derrière toute Constitution écrite une théorie, ou du moins une structure argumentative, articulant ces divers éléments autour de quelques notions-clés?

Nous pensons que oui et, dans ce mémoire, nous en proposons deux, stabilité et progrès, deux notions qui, à notre avis, sont fondamentales pour le constitutionnalisme. Tout projet constitutionnel est caractérisé par une réflexion où nous retrouvons ces deux notions, qui sont très rarement définies explicitement dans les textes, mais qui sont toujours présentes en arrière-plan, comme des desiderata implicites. Parfois, il semblerait qu'elles sont complémentaires, d'autres fois, en tension, mais il y a toujours cette constante : pour établir les règles fondamentales d'une société, il faut faire des choix et, dans ces choix, l'approche que nous adoptons vis-à-vis des notions de stabilité et de progrès nous conduit vers des priorités très différentes.

S'il faut un exemple, notre travail abonde dans le sens de l'ouvrage de Laurence H. Tribe : *The Invisible Constitution*. Nous déployons un projet semblable : « *visualizing the invisible* », mettre en lumière ce qui n'est pas évident dans le texte, mais qui est tout de même crucial : « *the quest for the invisible Constitution is surely central to any study*

¹ SCHNEIER, Edward, *Crafting Constitutional Democracies*, Rowman & Littlefield Publishers, Lanham, 2006, p. 9.

of the Constitution we are able to see and to read. »² Pour comprendre la Constitution écrite, il faut être capable d'articuler ce qui se trouve derrière elle ou entre ses lignes, dans le domaine du « non-écrit ». Par contre, d'où nous vient cette idée, « stabilité et progrès »? *A priori*, qu'est-ce que ces notions recèlent de si important pour qu'elles forment la base « invisible » de toute Constitution? Il y a au moins trois réponses à cette question.

Premièrement, partant d'un élément très récent, la Loi constitutionnelle canadienne de 1982, qui se met à l'abri des « contingences politiques » avec sa procédure complexe d'amendement (*cf.* « partie V » de la Loi) et qui, simultanément, stipule dans son article « premier » que les « droits et libertés » « ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique »³, est une bonne illustration de la dualité « stabilité et progrès » qui nous préoccupe. Il semble que, d'une part, l'esprit de la Constitution soit de protéger les « droits fondamentaux » en rendant leur modification pratiquement impossible, mais, d'autre part, qu'il soit également « essentiel » de ne pas entraver les changements constitutionnels qui s'inscrivent dans le « cadre d'une société libre et démocratique ». Nous pensons pouvoir distinguer là deux aspects fondamentaux de la réflexion constitutionnelle : le desideratum de la stabilité, exprimant une volonté de « conservation » et de « protection », et le desideratum de progrès, exprimant une volonté de « développement » et d'« avancement ».⁴ Comment trouver le juste milieu entre la stabilité et le progrès? La Constitution canadienne penche-t-elle davantage du côté « stabilisateur » ou bien du côté « progressif » du constitutionnalisme? Comment articuler ces deux éléments?

² TRIBE, Laurence H., *The Invisible Constitution*, Oxford University Press, New York, 2008, p. 211.

³ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *Codification administrative des LOIS CONSTITUTIONNELLES DE 1867 à 1982*, Lois codifiées au 1^{er} octobre 1989, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, Ottawa, 1989, art. 1, p. 59.

⁴ Dans la théorie du constitutionnalisme contemporain, la dualité « *protective democracy* »/ « *developmental democracy* » revient souvent, *cf.* notamment HELD, David, *Models of Democracy*, Stanford University Press, Stanford, 1987, chap. 2-3, p. 36-104; MACPHERSON, C.B., *The Life and Times of Liberal Democracy*, Oxford University Press, Oxford, 1977, chap. 2-3, p. 23-76. Ils sont représentés comme les deux modèles fondamentaux de la modernité, auxquels s'ajoutent ou se substituent, selon le cas, d'autres modèles plus contemporains. Jusqu'à quel point les « nouveaux modèles » ont remplacé les « modernes » est une question très pertinente à laquelle nous ne répondrons pas ici explicitement. Cependant, il est clair qu'en proposant « stabilité et progrès » comme deux notions constitutionnelles fondamentales, nous nous trouvons implicitement à proposer que les deux modèles de base de la modernité soient — au moins dans leur esprit — encore très actuels.

Deuxièmement, si nous allons un peu plus loin dans le passé, et que nous visitons l'histoire constitutionnelle américaine, alors il est possible de retrouver encore cette dualité stabilité/progrès à travers le fameux débat Madison/Jefferson, un débat qui attise encore aujourd'hui une polémique passionnée chez des intellectuels tels que Stephen Holmes et Edward Schneier. La question est de savoir s'il faut ou non établir de manière périodique une assemblée constituante. Autrement dit, le processus ayant conduit à l'adoption progressive de la Constitution américaine par les États doit-il être répété dans le futur ou bien devons-nous considérer qu'une fois la Constitution acceptée, cet acte devient fondateur et scelle pour toujours l'avenir de la Fédération?

Jefferson défendait la première position, Madison, la deuxième, et Holmes commente en ces mots la première position : « *Imbued with the ideology of unlimited progress, they probably assumed that the future would take care of itself. In sum, neither managed to conceive the constitution in a positive manner, as an indispensable instrument of government.* »⁵ L'interprétation de Holmes, rapportant une « frénésie de progrès » et une ignorance de la valeur positive des contraintes gouvernementales, est difficile à accepter lorsque nous considérons certains faits biographiques au sujet de Jefferson : « *In 1787 he received a copy of the proposed constitution, which he supported strongly but with some reservations : it should, he said, include a bill of rights and limit the number of terms a president may serve.* »⁶ Les paroles de Jefferson s'avérèrent prophétiques, car, aujourd'hui, la Constitution est accompagnée d'un « *bill of rights* » de 27 amendements, dont le 22^e, ratifié en 1951 (soit 125 ans après sa mort) : « *No person shall be elected to the office of the President more than twice [...]* ».⁷ Comment quelqu'un ne comprenant rien à la valeur positive de la Constitution aurait-il pu simultanément vouloir y inclure une charte de droits et y limiter le nombre de mandats présidentiels pouvant être reçus par une même personne? Critiquer aussi vivement une approche constitutionnelle où la notion de progrès est essentielle crée un certain malaise, nous motivant à essayer de mieux comprendre la dialectique stabilité/progrès.

⁵ HOLMES, Stephen, *Passions and Constraint, on the theory of liberal democracy*, The University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 159.

⁶ HAMILTON, MADISON, JAY, *The Federalist with Letters of « Brutus »*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. XL.

⁷ *Ibid.*, p. 563.

Troisièmement, si nous retournons aux sources mêmes du constitutionnalisme nord-américain, dans ce qu'il a de plus « libérateur » et de plus « exalté », nous retrouvons celui qui, à tort ou à raison, a souvent été identifié comme l'instigateur de la Révolution française, ou du moins son maître à penser : Jean-Jacques Rousseau. C'est à travers son œuvre politique que la dualité stabilité/progrès s'est exprimée pour la première fois avec le plus de clarté et le plus de rigueur :

« En affirmant à la fois l'universalité des principes du droit politique et le déploiement de l'éventail des formes d'humanité que rend possible la « perfectibilité » qui distingue l'homme de la bête (et n'est subordonnée à aucune visée téléologique pré-dessinée), Rousseau se situait au cœur de tensions dont il ne pouvait pressentir les développements ultérieurs. »⁸

Rousseau est « l'un des prophètes de notre modernité », rien de moins. Pourquoi? Parce qu'il a mis en évidence la tension entre deux aspects distincts et fondamentaux, se trouvant à l'origine de nombreux « développements ultérieurs », toujours vivants, présents, actuels : la « permanence principielle » et l'« avancement indéterminé ».

C'est pourquoi nous pensons qu'il est pertinent de tenter d'explicitier les notions de stabilité et de progrès : elles expriment quelque chose de fondamental, au sens philosophique du terme, englobant un ensemble très varié et large de problèmes constitutionnels, caractéristique de notre époque.

D'ailleurs, nous souhaitons aborder cette étude autant dans une perspective contemporaine que moderne, examiner l'importance de ces deux notions dans une perspective actuelle et également en remontant à leurs origines historiques pas si lointaines. En ce sens, nous séparons notre mémoire en deux parties principales.

La première porte sur l'explicitation de la tension entre stabilité et progrès dans la pensée contemporaine. Dans le premier chapitre, nous réfléchissons à une définition de la Constitution qui prend compte de divers aspects (institutionnels, économiques, sociaux et culturels). Nous articulons ensuite les notions à l'étude à la lumière de cette définition, en prenant compte de divers types de Constitutions (écrites/coutumières, souples/rigides). Puis, dans le deuxième chapitre, nous explorons un « lexique de stabilité et progrès », de

⁸ TINLAND, Franck, « *De l'universalité des principes du droit politique à la découverte de la patrie, et vice-versa* », dans *Jean-Jacques Rousseau, politique et nation, Actes du II^e Colloque international de Montmorency (27 septembre-4 octobre 1995)*, Éditions Champion, Paris, 2001, p. 204.

manière à pousser encore plus loin l'explicitation en incluant d'autres couples de concepts : loi/peuple, prudence/innovation, ordre/changement.

La deuxième partie profite de l'élucidation des notions de stabilité et de progrès dans la première pour développer une interprétation qui, nous l'espérons, apporte lumière sur la pensée d'un des piliers du constitutionnalisme moderne, Jean-Jacques Rousseau, présentant sa pensée politique de manière cohérente et proposant une solution convaincante aux contradictions apparentes. Le troisième chapitre s'attarde aux problèmes théoriques présents dans le *Contrat social* et réfute certaines interprétations insatisfaisantes. Le quatrième chapitre se consacre au constitutionnalisme appliqué des écrits tardifs de Rousseau et vérifie si l'approche des problèmes du *Contrat social* (basée sur les deux notions, stabilité et progrès) y est encore valable et si elle peut y être confirmée.

PREMIÈRE PARTIE

Stabilité et progrès : explicitation d'un débat constitutionnel toujours vivant

Dans la deuxième partie de ce mémoire, nous démontrons que la pensée de Rousseau, lorsqu'elle se penche sur les fondements constitutionnels dans le *Contrat social* et quand elle tente de trouver les bases des Constitutions de la Corse et de la Pologne, est habitée par deux notions fondamentales, la stabilité et le progrès. Puis, nous posons la question suivante : laquelle est prioritaire? Laquelle prend le dessus sur l'autre? Est-ce la stabilité, est-ce le progrès ou peut-être ont-elles le même poids au bout du compte? Nous soutenons que le progrès arrive en premier. Mais avant d'en arriver là, il faut d'abord justifier le choix des termes eux-mêmes, « stabilité et progrès », leur donner des définitions préliminaires, et expliquer le sens qu'ils ont pour nous, aujourd'hui, dans une réflexion philosophique contemporaine portant sur les Constitutions. Nous pensons qu'en procédant de cette manière, en plus de démontrer le caractère fondamental des deux notions, nous serons à même de tirer une interprétation de la pensée de Rousseau qui soit actuelle et éclairante pour la pensée du 21^e siècle.

CHAPITRE PREMIER

La définition de « stabilité et progrès »

Comment définir « stabilité et progrès »? Ce que nous savons déjà : une tension qui se dégage de deux notions fondamentales, deux préoccupations élémentaires, deux desiderata, et qui peut conduire devant un choix : lequel primer? Or, pourquoi ce choix? Pourquoi faut-il choisir? Et comment ce choix se présente-t-il dans le cadre d'une réflexion constitutionnelle? Commençons par définir ce qu'est une Constitution et, après cela, nous serons en meilleure posture pour répondre à ces questions.

Définition stricte vs définition large d'une Constitution. — Qu'est-ce qu'une Constitution? « *Constitutions, as a rule, have two closely related functions : they constitute governments or define their institutions, and they constrain or restrict the scope of their powers.* »⁹ La Constitution est une règle, une loi, 1) qui définit la forme du gouvernement et la forme de ses institutions, les systèmes politiques et juridiques plus précisément, et 2) qui limite ou contraint les pouvoirs attribués à chacune des institutions gouvernementales. Cette limitation des pouvoirs a elle-même deux aspects : 1) elle définit les procédures politiques et juridiques et 2) elle établit un contenu, un ensemble de sujets, sur lequel elle peut agir. Ces deux aspects représentent par exemple, d'une part, l'articulation procédurale des pouvoirs législatifs, exécutifs et judiciaires, et, d'autre part, les chartes de droits. Au Canada, la Constitution est également composée de conventions et de traditions non écrites. Le mode de scrutin en fait partie. Bien qu'il y ait une loi électorale, contrôlant entre autres les dépenses des partis et la procédure des candidatures, les principes à la base du système de représentation uninominal à un tour ne sont inscrits nulle part ou, du moins, la loi s'y réfère très vaguement; ils sont « sous-entendus » dans la loi.¹⁰

⁹ SCHNEIER, *op. cit.*, p. 2-3.

¹⁰ Comme le remarquent James R. Robertson et Sebastian Spano, dans un article publié à la Bibliothèque du Parlement (*cf.* en ligne : <http://www.parl.gc.ca/information/library/PRBpubs/bp437-f.htm>, visité le 2 juin 2009) : « l'un des changements les plus significatifs de l'histoire du système politique canadien est le fait que les modalités d'organisation et les règles de procédure ont été progressivement soustraites à l'intervention et au contrôle politiques partisans. Le système est maintenant administré par un groupe de fonctionnaires neutre, impartial et indépendant, même si les lois sont toujours adoptées par des politiciens. » Dans la Loi électorale du Canada, il est bien question de « circonscription », de « relevés du

Cette définition est la définition stricte d'une Constitution, et elle coïncide grosso modo avec ce que nous propose n'importe quelle définition tirée d'un dictionnaire populaire.¹¹ Cependant, le constitutionnaliste étudie souvent son objet dans une perspective plus large, la Constitution ne se limite pas pour lui à la définition stricte, mais elle a des fondements beaucoup plus vastes : elle reflète également des préoccupations de nature économique, sociale et culturelle. Tentons une définition pour un « *constitutionnalisme philosophique* », c'est-à-dire un champ d'études constitutionnel qui se veut très large : **l'étude des constitutions, entendues comme des ensembles de structures institutionnelles (politiques et juridiques), économiques, sociales et culturelles à la tête desquelles se trouvent des textes fondamentaux.**

Dans cette perspective élargie, quels textes sont fondamentaux et constitutionnels? Déjà, à l'époque de la Révolution française, l'idée que les « textes fondamentaux » n'étaient pas nécessairement ou ne se limitaient pas seulement aux « textes constitutionnels légaux et reconnus » était admise :

« C'est à propos de la Déclaration des droits que Mirabeau salue en Jean Jacques l'initiateur dont l'influence reste vivante à travers celle, plus directement sensible à tous, des déclarations américaines. Un député, Duquesnoy affirme même dans son journal avoir proposé d'imprimer le *Contrat social* en tête de la Constitution. Toute déclaration des droits n'étant, selon lui, qu'un « mauvais commentaire » des « principes éternels » développés par Rousseau. L'Assemblée Nationale est

scrutin » et de « dépouillement du scrutin », mais l'articulation générale du système n'est explicite nulle part. Il s'agit surtout d'établir des règles de procédure qui garantissent l'impartialité, c'est-à-dire des règles qui sont généralement valides pour tous les modes de scrutin (par exemple, garantir le vote secret, protéger les boîtes de votes, etc.). À l'article 313 (*cf.* Loi électorale en ligne : <http://www.elections.ca/content.asp?section=loi&document=part00&dir=leg/fel/cea&lang=f&textonly=fals> e, visité le 2 juin 2009), nous pouvons lire ceci : « Le directeur du scrutin [...] déclare élu le candidat qui a obtenu le plus grand nombre de votes en établissant le rapport d'élection sur le formulaire prescrit figurant au verso du bref. » C'est le seul article de la loi qui parle de la façon de déterminer les vainqueurs et d'interpréter le vote, et il est assez vague. Comment le vote de l'individu, sur le bulletin, va-t-il influencer le résultat final de l'élection? Quel est le lien entre l'élection d'un candidat dans une circonscription et le parti gagnant? Par exemple, il est sous-entendu dans la loi que le parti au pouvoir est le parti recevant le plus grand nombre de candidats élus et que si l'individu vote pour un tiers parti, alors cela contribue à l'élection d'un gouvernement minoritaire. Or, qu'est-ce qu'un gouvernement minoritaire? Qu'est-ce que le bipartisme? Ce sont là des questions fondamentales qui ne reçoivent des réponses qu'en observant l'histoire des élections générales du Canada et les traditions du Parlement (ou en consultant un ouvrage sur les systèmes électoraux, *cf.* notamment article en ligne ci-dessus).

¹¹ « Ensemble des textes fondamentaux qui établissent la forme d'un gouvernement, règlent les rapports entre gouvernants et gouvernés, et déterminent l'organisation des pouvoirs publics. » LAROUSSE, *le Petit Larousse illustré 2005*, 100^e édition, Larousse, Paris, 2004, *cf.* art. « Constitution », p. 284.

donc, de divers côtés, invitée à reconnaître dans les grands principes qui fondent son existence, la présence toujours agissante de Jean Jacques Rousseau. »¹²

La Constitution officielle, en l'occurrence la Déclaration des droits de l'homme de 1789 en France, n'est que le reflet ou un « mauvais commentaire » des textes constitutionnels fondamentaux. Pour bien comprendre la Constitution, le texte lui-même de la loi n'est pas suffisant, car il n'est qu'une version abrégée, codifiée de la véritable Constitution, celle qui s'est construite à travers une réflexion plus large, dans ce cas-ci, celle d'un philosophe.

Par contre, ce ne sont pas que les philosophes qui écrivent les textes constitutionnels fondamentaux (au sens large). Il y a aussi des juristes, des politiciens, des hommes et des femmes de lettres. Dans l'ensemble, nous pouvons parler d'une sorte d'« élite », comme le propose Edward Schneier, qui a un rôle clé dans l'établissement des lois les plus importantes d'un pays :

*« The role of key elites and even particular individuals cannot be ignored either in crafting democracies or in destroying them. It is almost impossible to imagine the emergence of a democratic South Africa absent Nelson Mandela and F.W. de Klerk, who won the Nobel Prize for their efforts. »*¹³

La loi fondamentale a besoin de gens qui vont la défendre contre ses adversaires, la présenter comme un projet ou lui trouver des arguments convaincants. Le texte de la loi constitutionnelle ne s'établit pas par lui-même, il doit être porté par une figure marquante ou par un ensemble de figures démontrant des qualités exceptionnelles.

De plus, des pays tels que le Royaume-Uni, Israël, la Nouvelle-Zélande et la République Tchèque n'ont pas de Constitution formelle, c'est-à-dire des textes de loi distincts des autres et protégés par des statuts particuliers.¹⁴ Le Québec fait également partie de cette famille, dans une certaine mesure. Le gouvernement du Québec a adopté plusieurs textes de loi et Chartes, dont les plus importants, le Code civil du Québec, la Charte des droits et libertés de la personne du Québec et la Charte de la langue française du Québec, mais ces textes n'ont pas un statut constitutionnel officiel (comme, par exemple, l'État du Vermont, aux États-Unis, qui a une Constitution officielle depuis

¹² BARNY, Roger, *Le droit naturel à l'épreuve de l'histoire*, Diffusion Les Belles Lettres, Paris, 1995, p. 24.

¹³ SCHNEIER, *op. cit.*, p. 79.

¹⁴ *Ibid.*, p. 224.

1793¹⁵), et un simple vote à majorité à l'Assemblée peut modifier ces lois.¹⁶ L'Australie, quant à elle, a une Constitution protégée, son statut du *Commonwealth* est scellé par une procédure d'amendement nécessitant l'unanimité dans les deux chambres législatives et un référendum dans chacun de ses États et de ses territoires, mais elle n'inclut par contre aucune charte de droits fondamentaux.¹⁷

Même si tous ces États n'ont pas de textes constitutionnels officiellement protégés en tant que tels, ou de droits fondamentaux dans le cas de l'Australie, cela ne les empêche pas d'avoir une Constitution informelle, de protéger des droits et surtout, cela n'implique pas qu'ils soient dénués de textes fondamentaux posant les bases de leur communauté politique. Par exemple, la « *Magna Carta* » a marqué un tournant crucial dans l'évolution du constitutionnalisme au Royaume-Uni : « *The Magna Carta, a great symbol of the emergence of constitutional democracy, was a royal edict and not an act of parliament. It specified not a means of conveying power to the people but rather a set of limitations and constraints on royal prerogatives.* »¹⁸ Parmi les contraintes qu'établissait cette « Grande Charte », nous trouvons les suivantes :

*« This charter moreover established an equality of weights and measures throughout England, it exempted merchants from arbitrary imposts, and gave them liberty to enter and depart the kingdom at pleasure. It even extended to the lowest orders of the state, since it enacted, that the villain, or bondman, should not be subject to the forfeiture of his implements of tillage. Lastly, by the thirty-ninth article of the same charter, it was enacted, that no subject should be exiled, or in any shape whatever molested, either in his person or effects, otherwise than by judgment of his peers, and according to the law of the land, — an article so important, that it may be said to comprehend the whole end and design of political societies [...] ».*¹⁹

Pour la première fois en Angleterre, des éléments aussi fondamentaux que le droit de circuler, l'étalon de mesure, le droit à un procès juste et équitable et l'interdiction de l'esclavage entre sujets (ce qui n'empêchait malheureusement pas l'esclavage d'étrangers) étaient établis par écrit. Même si ce texte n'a aujourd'hui aucune valeur

¹⁵ *Ibid.*, p. 11.

¹⁶ À condition de respecter la Constitution du Canada, évidemment, qui est la loi suprême.

¹⁷ Cf. Constitution de l'Australie en ligne : <http://www.aph.gov.au/senate/general/constitution/index.htm> (visité le 2 juin 2009).

¹⁸ *Ibid.*, p. 3.

¹⁹ DE LOLME, J. L., *The Constitution Of England*, éditions Henry G. Bohn, Londres, 1853, p. 25-26. Notre version est une copie faite à partir d'un original, publiée par *Hesperides Press*, aux États-Unis (l'année et la ville concernant cette copie ne sont pas disponibles).

légale, il fait tout de même partie des textes constitutionnels fondamentaux, car l'esprit de cette Charte se reflète encore dans la loi et pas seulement en Angleterre, mais un peu partout dans le monde.

Encore, aux États-Unis, les textes constitutionnels fondamentaux ne se limitent pas à ceux contenus dans la Constitution officielle. Les *Federalist Papers*, ce recueil d'articles de journaux écrits par les « pères fondateurs » (Alexander Hamilton, James Madison et John Jay) en fait également partie. Comment comprendre toute la profondeur de la Constitution des États-Unis d'Amérique sans avoir accès à ces articles?

La réflexion constitutionnelle conduit bien plus loin qu'elle ne le paraît au premier regard. Autant à la lecture des *Federalist papers*, de *The Constitution Of England* que des textes politiques de Rousseau, nous constatons que la réflexion ne se limite pas aux aspects juridiques et politiques contenus dans des textes à valeur légale, mais que des problèmes de nature sociale, économique et culturelle s'immiscent dans les discussions de nombreux textes produits en périphérie de la loi.

Qu'il y ait ou non une Constitution officielle, il y a toujours des textes importants qui soutiennent la loi et qui en présentent une explication plus large que ce que la loi elle-même nous donne :

*« Constitution makers understand that words on paper can be twisted or ignored, and few deny the importance of cultural and historic limits; but it is their acute awareness of these forces that pushes them to structure institutions and limit their formal powers in the hope of controlling excesses. »*²⁰

Penser une Constitution ne nous conduit pas vers l'établissement de lois qui nous situeraient à l'extérieur de toute culture et de l'histoire. Au contraire, ces deux éléments, la culture et l'histoire — compris ici au sens de « culture politique et civile » et de « histoire du développement économique et social » — sont au cœur des préoccupations du penseur d'une Constitution et ils lui permettent d'évaluer la pertinence d'une loi constitutionnelle. Nous reviendrons sur ces aspects dans le chapitre quatre, lorsque nous aborderons les textes d'applications constitutionnelles de Rousseau.

Maintenant que nous avons une idée de ce qu'est une Constitution, au sens large du terme, qu'elle est un ensemble de structures à la tête desquelles se trouvent des textes fondamentaux écrits pas seulement par des législateurs, mais aussi par des intellectuelles

²⁰ SCHNEIER, *op. cit.*, p. 35.

et des intellectuels de formations variées, nous pouvons en arriver au vif du sujet : qu'est-ce que cela implique que le penseur d'une Constitution puisse être préoccupé par les notions de stabilité et de progrès? Il faut définir l'un et l'autre de ces termes.

Définitions communes et étymologiques de stabilité et progrès. — Le progrès est : « Développement (sans jugement de valeur) ». ²¹ Quelques exemples : « Les progrès de l'alcoolisme, de la criminalité ». Le progrès a une portée sociale, il est un changement dans la « dynamique sociale », mais ce changement n'a *a priori* aucune valeur morale, il n'est ni négatif, ni positif. Si nous lui donnons une valeur positive, alors le progrès devient : « Amélioration, développement des connaissances, des capacités de quelqu'un. [...] Développement de la civilisation. » ²² Prendre compte du progrès peut donc signifier au moins deux choses pour le constitutionnalisme : 1) considérer que les populations ne sont pas des entités figées, elles se développent et ce développement peut être autant positif que négatif sur le plan des valeurs 2) si les populations se développent nécessairement d'une manière ou d'une autre, alors des règles favorisant un développement positif sont envisageables afin que les populations s'améliorent d'une manière ou d'une autre (pour plus de justice, plus de coopération, plus de prospérité et plus de liberté, par exemple).

C'est ce que nous appelons habituellement le « perfectionnisme », position que peut adopter autant une pensée « conservatrice » qu'une pensée « libérale » :

« Some conservatives, no less than some liberals, are visionaries with respect to the Constitution. They believe that rightly understood, the document embodies a social vision that will have a large effect on American life, one that will require us to change our practices in major ways. » ²³

Au Canada, la question des compétences provinciales vs les compétences fédérales est souvent sujette à de vifs débats. Il existe une perspective « conservatrice-perfectionniste » au Québec qui se base sur une vision confédérale du Canada, où chaque province se développe individuellement et peut négocier l'implantation de tout programme venant d'une initiative fédérale et touchant les compétences provinciales, comme la santé et

²¹ CUVILLIER, Armand, *Vocabulaire philosophique*, Librairie Armand Colin, Paris, 1956, cf. art. « progrès », p. 187.

²² LAROUSSE, *le Petit Larousse illustré 2005*, op. cit., cf. art. « progrès », p. 869.

²³ SUNSTEIN, Cass R., *A Constitution of Many Minds, Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before*, Princeton University Press, Princeton, 2009, p. 39.

l'éducation. Par contre, pour le « libéral-perfectionniste », les frontières entre les compétences des deux niveaux de gouvernement sont flexibles lorsqu'il est question de faire avancer des causes sociales (notamment, l'égalité des chances) à un niveau plus large, une responsabilité inscrite dans la Constitution²⁴ depuis 1982.²⁵

Étymologiquement, le progrès signifie « avancer ». Mais avancer vers quoi et comment? Là repose un aspect fondamental de la réflexion constitutionnelle : comment voulons-nous que notre Constitution représente et agisse sur le plan du développement des domaines politique, juridique, social, économique et culturel? Et comment concilier ce progrès avec la notion tout aussi fondamentale de stabilité?

La stabilité : « Caractère de ce qui est stable, de ce qui tend à conserver son équilibre [...] qui se maintient durablement sans profondes variations. »²⁶ La stabilité permet de maintenir un certain équilibre, de manière durable et sans profondes variations. Celui qui écrit une constitution doit penser un régime stable, qui se maintient, qui reste en place, sinon il aura à réécrire constamment une nouvelle Constitution à chaque moment. De plus, la Constitution doit avoir quelque chose d'irrévocable si nous voulons qu'elle prenne effet et qu'elle ait une influence sur le cours des choses.

C'est vraisemblablement dans cet esprit que Solon, archonte d'Athènes à l'époque des premiers régimes constitutionnels (Aristote pense même qu'il aurait été le premier à inclure des principes démocratiques dans la Constitution), a précisé lui-même que sa « *politeia* » devait durer cent ans, et que c'était seulement après cent ans d'application que les Athéniens pourraient lui apporter un changement.²⁷ Il y a là certainement une

²⁴ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *op. cit.*, cf. art. 36.

²⁵ À cet égard, nous pouvons penser aux Bourses du millénaire de 1998, programme cher au Premier ministre du Canada à l'époque, Jean Chrétien, et pour lequel le gouvernement du Québec a demandé et a obtenu une entente administrative l'année suivante, visant à gérer lui-même la part des ressources prévues pour les étudiants du Québec (ce qui signifie qu'il pouvait et qu'il a dans les faits utilisé cet argent à d'autres fins que le financement des études). Il nous semble qu'il y ait là deux visions du « changement », qui ne sont pas nécessairement contradictoires, mais qui peuvent entrer en conflit dans certains cas : la première étant plus « libérale » au sens d'un fédéralisme structurant le progrès social, la deuxième, plus « conservatrice », au sens d'un fédéralisme minimaliste, où les initiatives se limitent aux compétences traditionnelles et où les provinces administrent elles-mêmes les nouvelles politiques sociales.

²⁶ *Ibid.*, cf. art. « stabilité », p. 1006.

²⁷ ARISTOTE, *Constitution d'Athènes*, traduit par Georges Mathieu et Bernard Haussoulier (édition bilingue), Les Belles Lettres, Paris, 1996, VII, 2. Aussi, IX, 1 : « Il semble que, dans l'activité politique de Solon, ce soient là les trois mesures les plus démocratiques : tout d'abord, ce qui est le plus important, l'interdiction de prendre les personnes pour gages des prêts ; puis le droit donné à chacun d'intervenir en justice en faveur d'une personne lésée ; enfin, mesure qui, dit-on, donna le plus de force au peuple, le droit d'appel aux tribunaux [...]. »

sorte d'exagération poétique, typiquement grecque. Cependant, il se cache aussi l'intuition singulière qu'une communauté, pour perdurer dans le temps et ne pas sombrer dans l'anarchie, doit avant tout conserver son intégrité constitutionnelle, qu'elle doit rester inchangée sur le plan de ses lois les plus fondamentales.

Dans le débat Madison/Jefferson, soulevé dans l'introduction, Madison prend une position qui va en ce sens :

« Madison was more concerned with what he considered the positive role that a well-constructed constitution could play in furthering democratic government. Not only would frequent changes “deprive the government of that veneration which time bestows on everything,” but they could lead to situations in which the legal vacuum created by each transition would confound the questions of constitutional structures with those of more ephemeral issues of the day. »²⁸

Pour apprécier la valeur des lois constitutionnelles « bien construites », il faut leur laisser le temps d'agir, de s'enraciner dans le régime politique de manière à ce qu'elles puissent produire quelque chose de positif. Pour cela, il faut éviter de les confondre avec les sujets du jour, qui concernent la politique active et qui nécessitent des mesures ponctuelles.

Dans ce cas, la notion de stabilité indique qu'un rôle de la Constitution est d'établir un certain équilibre « bien construit » et qu'à la base de cet équilibre, il doit se trouver des principes solides, sûrs, qui ne pourront pas être remis en question à tout moment. Mais un équilibre entre quels éléments et sur la base de quels principes? Voilà tout le problème de la stabilité constitutionnelle : déterminer ce qui est certain, ce qui est indubitable et ce qui reste toujours le même. C'est à ce moment que la tension avec la notion de progrès commence à apparaître. Considérons une image tirée de l'étymologie.

Stabilité vient du latin « *stabilis* », qui signifie « se tenir debout ».²⁹ « *Stabilis* » est également à l'origine du verbe « établir », « ce qui est établi » est la « règle ». Comment quelque chose qui ne se tient pas debout peut-il devenir une règle? La règle est par définition stable, car si elle n'est pas « solide », alors elle n'est pas vraiment une règle. La source latine a également donné naissance au nom commun « établi », qui signifie « table de travail ».³⁰ Ainsi, pour construire, il faut se poser sur quelque chose de stable. En ce sens, la stabilité est prioritaire par rapport au progrès, car comment faire

²⁸ SCHNEIER, *op. cit.*, p. 11.

²⁹ LAROUSSE, *Dictionnaire d'Étymologie*, Larousse, Paris, 2001, cf. art. « stable », p. 728.

³⁰ *Ibid.*, cf. art. « établir » p. 271.

progresser la construction disons de notre « société », si nous n'avons pas un « établi » pour la soutenir. Le progrès n'est-il pas alors soumis à la stabilité s'il faut avant tout de la stabilité pour réussir à développer quelque chose de positif?

Le problème est que cela est vrai seulement si nous avons une idée exacte d'où nous allons, si nous savons exactement ce à quoi va ressembler notre construction à la fin du processus. Par contre, avec une « société », une « communauté politique », nous ne savons pas toujours où va s'arrêter la « construction », nous ne savons pas s'il y a une fin à ce processus. D'ailleurs, l'alternance du pouvoir fait en sorte que le régime ne va pas toujours dans la même direction, selon que ce soit des « conservateurs » ou des « libéraux » qui gouvernent.

Jusqu'où peut nous conduire notre construction sans que l'établi craque? Les pattes de la table de travail ne vont-elles pas finir par céder sous le poids d'un progrès continu et souvent hétéroclite? C'est à ce moment que la stabilité peut prendre la deuxième place, elle se réduit alors à être l'« outil du progrès ». Elle n'est qu'un moyen pour enclencher un processus qui, une fois en route, ne peut plus être stoppé, de sorte que lorsque nous atteignons un stade avancé, les règles constitutionnelles liées à la stabilité sont si loin derrière qu'elles perdent leur priorité; de nouvelles priorités s'installent et la Constitution originelle n'est plus que de l'« histoire ancienne ». À ce moment, il serait possible que les règles basées non pas sur la notion de stabilité, mais sur celle de progrès revêtent un aspect prioritaire dans notre réflexion. Donnons quelques exemples généraux.

Constitution écrite vs constitution coutumière. — Il faut prévoir des règles fixes, mais paradoxalement, il faut aussi prévoir des règles qui vont permettre de changer ces règles rixes, comme si nous devions admettre d'avance que notre Constitution était vouée à être remaniée et à être réformée :

« Aucun pouvoir ne saurait s'inscrire pour l'éternité, malgré son souci de stabilisation juridique des rapports sociaux : subissant les jeux mouvants de l'évolution sociale, attentifs aux soubresauts d'une opinion publique toujours prompte à se saisir des dysfonctionnements pour accabler les gouvernements en place, le pouvoir s'inscrit dans un rapport spécifique au texte constitutionnel. Et parfois, pour éviter les affrontements sociaux des révoltes durement réprimées, comme ce fut le cas lors des débuts de la III^e République de France, le pouvoir institué se transforme en pouvoir « réformateur ». »³¹

³¹ KOUBI, Geneviève, ROMI, Raphaël, *État Constitution Loi*, Éditions Litec, Paris, 1993, p. 96.

Même le pouvoir le mieux institué ne peut pas éviter la réforme. Selon les calculs de Donald Lutz, la durée de vie moyenne d'une Constitution est de 52 ans³², ce qui est plus court que l'espérance de vie d'un homme ou d'une femme canadienne! La Constitution doit pouvoir s'adapter aux nouvelles réalités sociales, et cela peut même parfois devenir une question de sécurité : le manque de flexibilité constitutionnelle peut donner lieu à des violences.

Face à ces faits, nous pouvons faire un choix progressif ou bien un choix de stabilité. Le choix progressif nous dit : « à quoi bon écrire une Constitution si de toute façon le texte finit par disparaître dans quelques années? » Dans ce cas, la façon la plus facile de gérer le changement est de tout simplement ne pas admettre de Constitution écrite, formelle et protégée, et de fonder le droit dans la « coutume », l'« habitude », ce qui est « évident » pour tous. Nous obtenons alors *un régime constitutionnel progressif* :

« L'analyse de ce type de constitution ne peut se focaliser sur sa seule « forme » puisque justement, il n'existe pas de « figure » juridique précise. Elle repose sur le contenu : ensemble de traditions, d'usages, de pratiques ... de l'ordre d'un droit « non écrit ». Sa création relève de bases historiques, sociologiques et politiques : factuelles. La constitution coutumière rassemble des principes d'organisation politique généralement admis, reconnus, respectés, et obéis, par tous, gouvernants et gouvernés, sans que soit mise en doute leur évidence, sans qu'il soit nécessaire de les retranscrire. »³³

Qu'il n'y ait pas de Constitution officielle ne signifie pas qu'il n'y ait pas de Constitution du tout. Cela signifie plutôt que la Constitution reste en quelque sorte constamment « ouverte », qu'elle n'est jamais « finie ». Elle se développe simultanément et de manière homogène avec l'ensemble des lois du pays, au lieu de se développer en parallèle, dans un champ juridique particulier et supérieur. À ce sujet, le régime politique du Royaume-Uni est le meilleur exemple et nous en avons déjà parlé.

À l'opposé, si nous faisons un choix de stabilité, alors c'est que nous pensons pouvoir trouver des règles qui sont vraiment certaines et qui le resteront longtemps, quoi qu'il arrive, et que nous avons des raisons de penser que le progrès est une menace pour ces règles, qu'il faut les écrire et les protéger. Alors, peut-être faudrait-il opter pour un

³² LUTZ, Donald S., « *Toward a Theory of Constitutional Amendment* », *American Political Science Review*, vol. 88, n. 2, 1994, p. 369. Cette moyenne est établie à partir d'une liste de 32 pays, dont l'Australie, la France, l'Allemagne, l'Espagne, les États-Unis, le Japon, etc.

³³ *Op. cit.*, p. 102.

régime constitutionnel stable? Un régime qui non seulement établit une version officielle de la Constitution, mais qui en plus met tout en œuvre pour ralentir ou même empêcher celui qui voudrait la réformer. Ici, le Canada fait figure de *leader* dans le domaine de la stabilité avec sa *Procédure de modification de la Constitution du Canada*, incluse dans la Constitution de 1982, dont l'article 38 va comme suit :

« La Constitution du Canada peut être modifiée par proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, autorisée à la fois : *a)* par des résolutions du Sénat et de la Chambre des communes; *b)* par des résolutions des assemblées législatives d'au moins deux tiers des provinces dont la population confondue représente, selon le recensement général le plus récent à l'époque, au moins cinquante pour cent de la population de toutes les provinces. »³⁴

Pour apporter une modification à la Constitution du Canada, il faut, comme pour une loi ordinaire, obtenir l'appui de la majorité des députés et l'appui de la majorité des sénateurs. C'est ce que dit la sous-section a). C'est dans la sous-section b) que nous retrouvons exprimé le desideratum de la stabilité avec une force supérieure, comme si la procédure normale n'était pas suffisante.

Nous sommes tellement à l'aise avec le bien-fondé de la loi constitutionnelle canadienne que le fait que les députés aient été élus au suffrage universel et le fait que les lois soient examinées en plus par des comités sénatoriaux ne sont pas suffisants pour la changer. Il faut davantage : les gouvernements d'au moins sept provinces sur dix doivent appuyer officiellement la nouvelle loi et il faut que le total des populations de ces sept provinces équivaille à au moins la moitié de la population totale du Canada. Il faut donc une sorte de gigantesque consensus qui traverse non seulement les institutions fédérales, mais qui atteint également les institutions provinciales à travers une très grande part du pays. Celui qui veut changer la loi constitutionnelle doit s'investir d'une sorte de mission suprême de relations publiques à divers niveaux. Il doit non seulement convaincre le parti au pouvoir à Ottawa du bien-fondé de sa réforme, mais il doit aussi convaincre sept partis au pouvoir dans sept provinces différentes du Canada³⁵, ce qui n'est pas une mince affaire.³⁶

³⁴ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *op. cit.*, art. 38 (1), p. 70.

³⁵ Si nous évaluons la « difficulté relative du processus d'amendement » de la Constitution canadienne, en prenant compte des données fournies par LUTZ, Donald S., *op. cit.*, p. 368, alors nous obtenons le chiffre 4 (1 pour l'obtention d'une majorité dans les deux chambres et 3, pour les 2/3 des provinces). En comparaison, l'indice de difficulté pour un gouvernement qui n'a qu'une seule chambre et où il ne faut

Stabilité ou progrès? Le Royaume-Uni a une Constitution progressive, c'est-à-dire qu'il n'y a pas de texte officiel rendant compte des lois les plus fondamentales et les plus sûres, ce qui fait en sorte que le changement dans ces lois se coordonne avec la politique au quotidien et avec la justice au quotidien : les lois votées à la Chambre des communes et les jugements rendus par la Cour sont essentiellement ce qui fait avancer la Constitution. Le Canada a une Constitution de stabilité : il a un texte concis regroupant les lois constitutionnelles, établissant solidement leur caractère prioritaire et articulant des moyens pour les extraire de la politique au quotidien, des procédures propres à décourager le politicien moyen de changer les règles établies dans ce document. Si nous pensons que la Constitution est quelque chose qui, en priorité, doit progresser, alors nous n'avons pas besoin de Constitution écrite. Si nous pensons que la Constitution doit, en priorité, stabiliser les règles les plus fondamentales, les rendre pratiquement intouchables et obliger les politiciens à entreprendre des procédures spéciales et compliquées pour les changer, alors nous avons besoin d'une Constitution écrite assortie d'une procédure d'amendement.

Voilà un excellent exemple illustrant comment s'articulent les notions de stabilité et de progrès dans une réflexion constitutionnelle. Le besoin de règles constitutionnelles écrites reflète le desideratum de stabilité. Le besoin de règles constitutionnelles coutumières exprime le desideratum de progrès. Comment concilier les deux?

Constitution rigide vs constitution souple. — Le Canada priorise de toute évidence la stabilité par rapport au progrès constitutionnel, mais cela ne signifie pas qu'il n'y a aucune place pour des règles constitutionnelles progressives. Par exemple, son mode de représentation des citoyens au Parlement, communément appelé représentation

seulement qu'une majorité à l'assemblée est de 0.5 (par exemple, les gouvernements des provinces canadiennes, s'ils décidaient de se doter d'une Constitution). Selon les conclusions de l'auteur, le niveau de difficulté normal se situerait entre 0.75 et 1.25 (*ibid.*, p. 365), une norme que la Constitution canadienne dépasse largement (par plus de 300%).

³⁶ Dans ces circonstances, il n'est pas surprenant que, jusqu'à maintenant, depuis l'adoption de la Constitution en 1982, toutes les tentatives pour apporter des changements consistants à la Constitution aient échoué, l'accord du Lac Meech et l'accord de Charlottetown au tournant des années 90 ayant été les deux tentatives les plus sérieuses. En fait, il y a même des parties de la Constitution qui requièrent l'unanimité dans les provinces pour être abrogées, notamment l'attachement à la monarchie britannique, la composition de la cour suprême et l'usage du français ou de l'anglais. La procédure de modification de la Constitution est elle-même protégée par l'article 41 (*Op. cit.*, art. 41, p. 71), ce qui fait en sorte que la Constitution est « barrée à double tour » : il est extrêmement difficile de changer la Constitution dans ses grandes lignes, mais il est encore plus difficile de changer la procédure qui conduit au changement.

uninominalement majoritaire à un tour, est une loi constitutionnelle en grande partie « non écrite » et elle n'est pas protégée par une procédure particulière.

Puis, le fait qu'elle ne soit pas protégée n'enlève rien à son aspect fondamental :

« Most scholars agree that the design of the electoral system is “probably the most powerful instrument for shaping the political system.” Who is represented in the system and how? Electoral systems in most nations can be changed by simple majority; but it is not at all uncommon to find the basic outlines embedded in the constitution or insulated from politics in some other way. »³⁷

La plupart des nations du monde ne protègent pas leur système électoral avec une formule d'amendement, mais cela ne signifie pas que la plupart des nations du monde sont des États progressifs. En réalité, c'est plutôt le contraire : la constitution écrite « est la forme de constitution la plus répandue dans le monde »³⁸. La priorité de la stabilité n'empêche donc pas les lois constitutionnelles progressives d'exister et d'être répandues.

À l'inverse, si nous choisissons le progrès, cela ne signifie pas qu'il n'y a aucune place pour la stabilité, et surtout, cela ne signifie pas que l'État progressif va nécessairement subir plus de changements que l'État stable :

« La notion de constitution souple est parfois liée à celle de constitution coutumière mais aucune composante des modifications progressives des normes constitutionnelles par le « temps » (durée et répétition d'un usage) ne rejoignent ce processus : dans les États pourvus de constitutions coutumières, les lois sont écrites, rédigées, promulguées... et ne préconisent pas directement de réformes, sauf lors de circonstances particulières... Théorique, la notion de constitution souple est un « faire-valoir » de la notion de constitution « rigide ». Une constitution est dite rigide lorsqu'elle prévoit des modalités précises et spéciales pour que certaines de ses dispositions puissent être modifiées. »³⁹

Si le processus de changements constitutionnel est progressif, cela ne veut pas dire que la Constitution « préconise » ou promeut les réformes, elle n'est pas nécessairement plus « souple ». Ce processus donne lieu à une Constitution « ouverte », mais cette « ouverture » n'est pas une promotion du changement, il n'est pas un processus assurant que la Constitution change plus souvent. Cela dépend des circonstances : à quel point les gens et les institutions sont-ils attachés aux coutumes constitutionnelles?

³⁷ SCHNEIER, *op. cit.*, p. 87.

³⁸ KOUBI, ROMI, *op. cit.*, p. 104.

³⁹ *Ibid.*, p. 109.

Reprenons les exemples précédents au sujet du Canada : la Constitution écrite et le mode de scrutin. La Constitution n'a pas subi de grands changements depuis sa création, et cela malgré des efforts considérables au tournant des années 90. Cela démontre une rigidité de la loi écrite et protégée. Par contre, si nous considérons le mode de scrutin, alors nous constatons qu'il n'a pas subi lui non plus de changements majeurs, et cela, malgré des efforts également considérables, au Canada, au Québec et en Colombie-Britannique notamment, durant les dix dernières années. Les gouvernements de ces trois États ont lancé des Commissions pour aborder la question de la réforme du mode de scrutin, et la Colombie-Britannique est même allée jusqu'à faire un référendum sur la question. Dans tous les cas, les projets sont tombés à l'eau et le statu quo a prévalu.⁴⁰ Cela démontre donc aussi une rigidité certaine de la loi coutumière, une loi qui n'est pourtant pas écrite explicitement, mais qui est toutefois, dans ce cas-ci, plus ancienne que la Fédération canadienne elle-même et qui remonte à l'Acte constitutionnel de 1791.⁴¹

Le « blindage » de la Constitution canadienne n'est pas garant du fait qu'elle va changer moins souvent que la Constitution progressive. Jusqu'à quel point les gens et les institutions sont-ils soucieux du respect de l'intégrité de la Constitution écrite? Cela aussi a un impact important sur le cours des choses :

« In the real world, the balance between the inspiring and generally complementary forces of constitutionalism and democracy are manifest in such periods of social upheaval, and they may result in formal amendment, abrogation

⁴⁰ La Colombie-Britannique vient tout juste de proposer une nouvelle fois une réforme aux citoyens, sans succès : « En 2005, les partisans du système proportionnel, le *single transferable vote* (STV), sont venus remarquablement près de la victoire. Ils ont lamentablement échoué cette fois. Ce rejet retentissant est-il un signe de plus que les Canadiens commencent à souhaiter l'élection d'un gouvernement majoritaire? Les partis fédéraux vont sans doute soupeser cette hypothèse. » (SPECTOR, Normand, « *Les leçons d'une élection* », dans *Le Devoir*, le jeudi 14 mai 2009, p. A7.) Il semblerait que la crise économique ait joué pour beaucoup en faveur du *statu quo*, car l'une des vertus principales du système actuel est de favoriser la formation d'un gouvernement majoritaire (au détriment du vote de bon nombre d'individus, ce qui rend ce système « désuet », selon certains réformateurs), ce qui pourrait être un avantage pour apporter la stabilité dans la structure économique. En tout cas, au Québec, le parti au pouvoir a reçu (décembre 2008) un mandat majoritaire en déployant une stratégie électorale basée sur l'urgence d'élire un « gouvernement de stabilité », pour mieux affronter la crise économique.

⁴¹ « Pour la mise sur pied du système représentatif, on divisera le territoire en districts électoraux. La Chambre d'assemblée du Haut-Canada se composera d'au moins seize membres et celle du Bas-Canada, d'au moins cinquante. [...] Les représentants seront élus à la majorité des voix des personnes qualifiées pour voter [...]. » LACOURSIÈRE, Jacques, *Histoire populaire du Québec, Tome 2, De 1791 à 1841*, Éditions du Septentrion, Sillery, 1996, p. 12.

*of the existing constitution, ignoring it, or through some process of formal amendment. »*⁴²

La Constitution avance et, à mesure qu'elle évolue, l'amendement à la Constitution en suivant une procédure spéciale n'est qu'une voie parmi tant d'autres. En réalité, dans des moments de « grands changements sociaux », à peu près tout peut arriver à la Constitution écrite et elle peut même être ignorée s'il le faut.

Selon Donald S. Lutz, le secret de la longévité d'une Constitution ne se trouve pas dans la fermeté avec laquelle nous la protégeons, dans l'expression d'une primauté consacrée à la stabilité, mais plutôt dans l'acceptation que le progrès est inévitable et que c'est en visant un niveau modéré de modifications constitutionnelles que nous pouvons atteindre une véritable stabilité : « *beyond a certain point, making the amendment process more difficult is an « inefficient » way to keep the amendment rate in the moderate range. »*⁴³ Pour qu'une Constitution survive au temps, il faut d'abord penser à lui fixer un « niveau d'amendement modéré », car si elle est trop difficile à changer, paradoxalement, les chances qu'elle soit un jour complètement remplacée augmentent. Dans ce cas, la notion de progrès aurait un aspect prioritaire, en ce sens qu'elle deviendrait sur ce quoi se pose la stabilité, renversant ainsi l'image d'une construction posée sur un établi. Dans la perspective empirique de Lutz, la Constitution ressemblerait davantage à un bateau sur la mer qu'à une maison posée solidement sur la terre.

En somme, lorsque nous réfléchissons à l'établissement d'une Constitution et lorsque nous établissons des priorités, les notions de stabilité et de progrès peuvent nous conduire à différents choix difficiles à concilier. Faut-il écrire une Constitution? Oui ou non? Si oui, jusqu'à quel point faut-il protéger les lois constitutionnelles? Faut-il ralentir l'évolution constitutionnelle? Y a-t-il des lois constitutionnelles dont la protection et l'écriture sont inutiles ou même nuisibles?

C'est ce genre de questions auxquelles la dialectique de « stabilité et progrès » tente de répondre et si nous voulons tenter une réponse, alors nous devons à un moment donné établir une priorité, entendu que ni la stabilité, ni le progrès ne peuvent être complètement évacuée du discours. Nous sommes restés pour l'instant dans une

⁴² SCHNEIER, *op. cit.*, p. 12.

⁴³ LUTZ, *op. cit.*, p. 365.

explication d'ordre général de « stabilité et progrès ». Avant de nous lancer dans la lecture des textes constitutionnels de Rousseau, soyons plus précis et apportons encore plus de détails à nos réflexions à l'aide d'un lexique de « stabilité et progrès ».

CHAPITRE DEUXIÈME

Le lexique de « stabilité et progrès »

Nous choisissons le couple « stabilité et progrès », mais d'autres termes auraient pu également faire l'affaire, d'autres termes renvoyant également à la difficulté que nous voulons expliciter : « ordre et changement », « prudence et innovation » et « loi et peuple ». Les premiers termes de cette suite forment le lexique de la stabilité (*cf.* Figure 1, p. 34). Les deuxièmes termes forment le lexique du progrès (*cf.* Figure 2, p. 34).

Figure 1 : Lexique de la stabilité

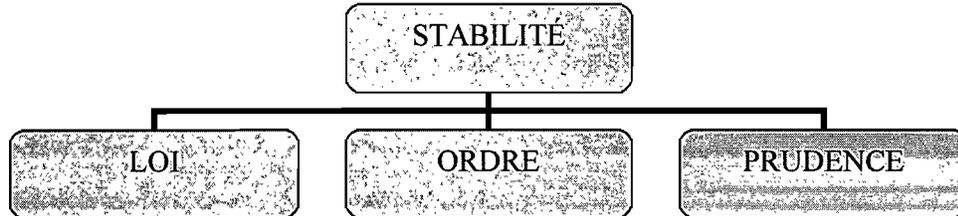
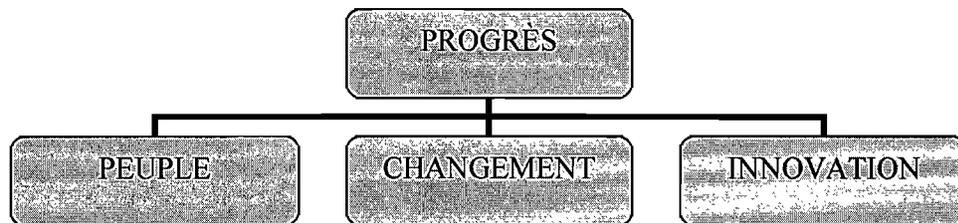


Figure 2 : Lexique du progrès



Loi et peuple. — Où se situe la tension entre le peuple et la loi? Et pourquoi cette tension est-elle analogue à celle s'exprimant entre stabilité et progrès? Dans la plupart des régimes constitutionnels, la loi constitutionnelle est écrite et protégée, et le peuple, lui, est soumis à cette loi, de manière plus ou moins légitime. Parfois, la loi a été approuvée par référendum, parfois, elle a été imposée après une invasion étrangère ou après une révolution, ou bien elle peut avoir été établie par des représentants élus au

suffrage universel, comme c'est le cas au Canada. Les possibilités sont multiples et nous ne jugeons pas ici de la légitimité relative de chacun de ces moyens.

Par contre, dans l'ensemble, il nous faut admettre que tous ces moyens visent à établir la loi, et que chacun de ces moyens a des failles : « S'il est une constante dans ces divers actes constitutionnels, c'est bien de placer la « loi » comme lieu de la garantie de ces droits et libertés — avec les dangers que cela comporte [...]. »⁴⁴ La Constitution écrite place la loi au-devant de la scène, elle établit sa priorité, mais cela n'est pas sans problème : « le pouvoir politique de l'État protège et garantit la constitution sociale, mais on sait fort bien que les protections et garanties tournent facilement en moyens d'oppression [...] ». ⁴⁵ Il n'y a aucun moyen qui nous permet d'établir une certitude quant à la légitimité présente et future de la loi, même si nous pouvons dire que généralement, le référendum est préférable à la révolution, pour des raisons évidentes. La loi peut toujours conduire à une forme d'oppression :

« Depuis que la loi a pris le pas sur la coutume et a ainsi monopolisé les sources du droit, il se trouve que le pouvoir politique, dont la confection de la loi est l'une des attributions, est devenu maître de consacrer ou de ne pas consacrer juridiquement les droits individuels et, une fois consacrés dans leur principe, de les organiser pratiquement à sa guise ». ⁴⁶

L'établissement de la loi écrite constitutionnelle a cette particularité de remettre entre les mains du pouvoir politique la mise en pratique des droits garantis, de sorte que le peuple peut graduellement être dépossédé de ce qui lui appartenait peut-être au départ : le siège de la loi.

Dans ce cas, qu'est-ce qui fonde la loi? La loi peut-elle être imposée par sa seule forme, c'est-à-dire lorsqu'elle est jugée stable, bien établie en elle-même? Ou bien n'est-ce pas plutôt le peuple qui fonde la loi, indépendamment de sa forme? Est-ce qu'il y a des lois qui sont bonnes en elles-mêmes, indépendamment du peuple auquel elle s'applique? Ou bien la loi n'est-elle pas toujours soumise à une sorte de principe démocratique, c'est-à-dire au fait que le peuple a la possibilité de la renverser? Bien sûr, dans les faits, le peuple peut toujours renverser la loi établie, s'il a la force pour le faire, mais est-ce légitime? Y a-t-il des lois que le peuple ne peut pas légitimement changer, même si elles

⁴⁴ KOUBI, ROMI, *op. cit.*, p. 119.

⁴⁵ HAURIOU, Maurice, *Précis de droit constitutionnel*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1929, p. 612.

⁴⁶ *Ibid.*

sont mal appliquées ou, pour utiliser une métaphore souvent empruntée au domaine de la biologie, la démocratie a-t-elle des « gènes », des principes sans lesquels elle ne peut absolument pas exister et fonctionner? Est-ce qu'elle apparaît par un hasard de circonstances ou bien y a-t-il des éléments-clés qui la soutiennent, des éléments sans lesquels elle ne pourrait jamais apparaître et se maintenir?

Encore une fois, il ne s'agit pas d'exclure l'un ou l'autre de ces éléments, le peuple ou la loi. Il s'agit de réaliser qu'il y a une tension entre les deux et que cette tension ne peut souvent se résoudre que par un choix : lequel primer? Tous les penseurs qui se penchent sérieusement sur cette question prennent une décision à un moment ou à un autre.

Par exemple, chez Stephen Holmes, c'est la stabilité qui prime et l'expression de la stabilité est la loi. « *Why should a constitutional framework, ratified two centuries ago, exert such enormous power over our lives today? Why should a minority of our fellow citizens be empowered to prevent amendments to the Constitution?* »⁴⁷ Il y a une tension entre le régime constitutionnel stable et le principe démocratique, l'idée que le pouvoir appartient au peuple, lorsque nous considérons leur cohabitation à travers de nombreuses générations de citoyens : pourquoi protéger les constitutions des changements futurs, avec des formules spéciales d'amendement? Pourquoi lier les mains des générations futures? Qu'est-ce qui justifie l'autorité des générations passées sur les générations futures?

Pour le penseur de la stabilité, la réponse se trouve dans la logique même de la loi : « *You cannot voluntarily agree to give up your right voluntarily to agree.* »⁴⁸ Il y a des lois qui ne peuvent pas être remises en question, tout simplement parce qu'il serait irrationnel de le faire : quelqu'un ne peut pas volontairement abandonner son droit de choisir volontairement. Dans ce cas, le peuple n'a pas de légitimité indépendamment de la loi, car la loi est précisément ce qui légitime le pouvoir du peuple, la démocratie. « *The dead should not govern the living; but they can make it easier for the living to govern themselves.* »⁴⁹ La démocratie a besoin de lois fondamentales, de lois stables, et s'il faut protéger certaines lois, c'est parce qu'elles ont leur propre vérité, et que cette vérité est

⁴⁷ HOLMES, *Passions & Constraint*, *op. cit.*, p. 134-135.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 176.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 177.

logique et rationnelle, elle n'est soumise à aucune génération en particulier, elle est une norme stable et indépendante de l'histoire dans laquelle le peuple s'inscrit : elle est là pour simplifier la tâche à toutes les générations futures.

Ainsi, le penseur qui s'attarde à la tension se trouvant entre la stabilité et le progrès, ce que Holmes nomme dans ce cas-ci « le paradoxe de la démocratie », le terme « paradoxe » exprimant bien l'idée de « tension », est conduit à un choix : le peuple ou la loi? Et l'auteur choisit ici la loi : « *One paradoxical "solution" to the paradox of constitutional democracy may lie here. To preserve voluntariness, voluntariness itself must be restricted.* »⁵⁰ Le paradoxe de la démocratie se résout, bien que de manière peut-être pas tout à fait satisfaisante, comme l'admet l'auteur, ce qui est exprimé par l'expression « *paradoxical "solution"* », lorsque nous comprenons la logique inhérente de la loi constitutionnelle protégée. Il faut donner une explication satisfaisante à la tension entre le principe démocratique, où chaque génération est maître d'elle-même, et le principe constitutionnel, où la loi est suprême. Pour se faire, il faut établir une priorité et, dans ce cas-ci, la rationalité de la loi semble l'emporter.

Un auteur qui penche plutôt du côté inverse, du côté du progrès démocratique, est Edward Schneier :

*« Although most world constitutions contain bills of rights or other sections that set such areas aside from government control, in times of crisis, they have proven to be of little value. "Mere parchment barriers," as James Madison wrote in defending the American constitution he helped draft, provide little real protection for liberty. Where then can such protection be found? The ultimate defense are, of course, in the people. »*⁵¹

Pour le penseur du progrès, la Constitution n'est pas tant un instrument permettant d'établir des lois écrites et stables, les normes rationnelles de la démocratie, mais davantage un instrument permettant aux gens de participer au pouvoir et de s'unir autour de projets communs qui forment leur identité en tant que peuple :

*« "Publius (and especially Madison)," as Pickus suggests, "conceived citizenship to be neither a matter of cultural belonging nor of assenting to a settled set of political principles. For Publius, American citizenship meant attachment to a common identity that is itself subject to change. He tried to forge a shared identity without foreclosing deliberation over the nature of that identity." »*⁵²

⁵⁰ *Ibid.*, p. 176.

⁵¹ SCHNEIER, *op. cit.*, p. 10.

⁵² *Ibid.*, p. 25.

Pour le penseur de la stabilité, la loi est la limite du progrès, le peuple ne peut progresser que dans les limites de la logique de la loi établie. Pour le penseur du progrès, c'est plutôt le peuple qui est la limite de la loi, la stabilité n'a de sens que dans la mesure où elle permet au peuple d'avancer, elle est l'outil du progrès démocratique, le progrès du peuple en tant que projet unifié, en tant que nation.

Le point de vue de Schneier est cohérent avec la pensée des « Fédéralistes » : « *Stability in Government, is essential to national character, and to the advantages annexed to it, as well as to that repose and confidence in the minds of the people, which are among the chief blessings of civil society.* »⁵³ La stabilité est bonne dans la mesure où elle sert les intérêts du peuple, où elle lui permet de se donner une forme, un caractère, et qu'elle lui permet d'avoir confiance envers ses institutions. Tout changement souhaité par le peuple est une source potentielle de stabilité, dans la mesure où ce changement renforce 1) l'unité nationale et 2) l'obligation de respecter les institutions.

De plus, selon Schneier, ce qui fonde la loi n'est pas tant sa forme que sa capacité à unir les foules autour de causes communes, de manière à créer un contrepoids au pouvoir politique établi :

*« The structural key to constitutional democracy is the notion of checks and balances : the idea that power is best constrained, not by abstract limits, but by countervailing power. Bills or rights are aspirational; constitutions are political, and it is structures rather than strictures that are the ultimate guardians of rights. »*⁵⁴

Ce qui se trouve au cœur du constitutionnalisme, ce n'est pas le desideratum d'écrire ce qui est certain et bien établi, puis de le protéger; c'est plutôt celui de faire progresser le peuple dans des structures et où la loi progresse avec lui et pour lui à travers ces structures : « *As people become habituated to working through certain defined procedures, as they accustom themselves to a common rhetoric of rights, the constitution itself becomes part of a shared political culture that takes on a life of its own.* »⁵⁵ C'est lorsque les gens s'habituent à la Constitution et à la rhétorique par laquelle elle a été établie que la nation apparaît, qu'une « culture politique partagée » émerge, et, une fois ce processus enclenché, la Constitution prend vie et elle emprunte son propre chemin.

⁵³ HAMILTON, MADISON, JAY, *op. cit.*, p. 170.

⁵⁴ SCHNEIER, *op. cit.*, p. 11.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 47.

La tension entre stabilité et progrès est encore une fois présente et ce passage est particulièrement pertinent pour l'illustrer : « *Democratization is a process, not an event. It requires effort to keep the process open yet stable.* »⁵⁶ L'expression « *open yet stable* » la traduit bien : la démocratisation n'est pas quelque chose de fini, d'accompli, elle suit son cours, mais elle a tout de même besoin de stabilité. Encore : « *While the moment of constitutional creation marks an important milestone in a nation's history, constitutions are living documents that change almost as soon as they are born.* »⁵⁷ Il y a des moments historiques qui sont cruciaux dans la vie d'un peuple, qui le place dans une situation où son identité est forgée et établie de manière solide, mais les écrits constitutionnels eux-mêmes et leurs principes sont susceptibles de changer très rapidement.

Encore une fois, il est difficile de réconcilier stabilité et progrès, mais il faut faire un choix, il faut mettre une priorité, et Schneier, contrairement à Holmes, semble pencher pour le progrès, pour le peuple et ses structures, dans la plupart de ses analyses, bien que son choix soit plus évident dans certains passages que dans d'autres.

Sur quoi se pose au juste la Constitution, sur le peuple ou sur la loi? Si elle se pose sur le peuple, alors la Constitution est une entité vivante, structurée à partir de principes qui sont beaucoup plus rhétoriques que rationnels. Si elle se pose sur la forme de la loi, alors la Constitution est inscrite dans le marbre, elle a quelque chose d'indubitable, elle est l'expression d'une pensée rationnelle qui résiste au temps et aux générations. Cependant, comment expliquer que le peuple puisse être structuré de manière stable sans un cadre rationnel formel? Puis, d'un autre côté, qu'est-ce qui fait qu'un cadre rationnel formel puisse se maintenir malgré tous les événements historiques qu'un peuple est amené à vivre durant son histoire? La réponse à ces deux questions reste ambiguë jusqu'à maintenant et il est difficile de s'arrêter sur un choix entre l'approche de Schneier et celle de Holmes.

Une autre façon d'examiner la dualité stabilité/progrès, qui nous ferait avancer dans notre réflexion, serait de procéder à partir des concepts « prudence et innovation » : choisir la stabilité, choisir la loi bien établie, est-ce que ce serait également choisir la prudence, alors que pencher pour le progrès, pour le peuple, ce serait opter pour

⁵⁶ *Ibid.*, p. 31.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 221-222.

l'innovation? Examinons à cet effet l'ouvrage de Cass R. Sunstein, *A constitution of many minds*, où l'auteur critique deux modes d'interprétations du constitutionnalisme qui sont pertinents pour notre propos : le traditionalisme et le populisme.⁵⁸

Prudence et innovation. — « Innovation » vient de « neuf » qui, à l'origine, renvoyait à « sans préjugé » et à « sans expérience ».⁵⁹ L'innovation était ainsi imprégnée d'une connotation négative : elle était un manque et ce manque faisait en sorte que ce que nous mettions de l'avant était issu de notre « passion » au lieu de notre jugement, de notre affectivité au lieu de notre expérience. Ainsi, celui qui innovait se démarquait de celui qui était prudent : le « sage ».⁶⁰ La prudence était le fait de celui qui avait des « jugements préalables » (sens original de « préjugés »), de celui qui tirait de son expérience, de sa longue vie, des craintes envers certains dangers.

Aujourd'hui, le terme « innovation » n'a plus autant une connotation négative qu'avant, même qu'au contraire, le terme prend de plus en plus une connotation se situant à l'extrême opposé : « Action d'innover, d'inventer, de créer qqch de nouveau. [...] création. *Des innovations techniques.* »⁶¹ L'innovation est une action positive qui résulte d'un long processus, elle est quelque chose que nous produisons et que nous construisons, une création. La connotation négative incombe maintenant davantage les termes « préjugé » et « expérience », qui sont tous deux liés à la « tradition », en tant que « transmission de doctrines »⁶². « Préjuger » : « Juger, décider d'avance avant d'avoir tous les éléments d'information nécessaires. [...] Prévoir par conjecture; porter un jugement prématuré sur. »⁶³ Le « sage classique » n'est plus aussi « sage » qu'avant : il est maintenant reconnu comme pouvant faire des jugements prématurés, sans avoir toutes les informations requises en main.

⁵⁸ Il y a aussi un troisième mode, brièvement examiné par l'auteur à la fin de l'ouvrage (l'auteur y consacre un seul chapitre) : le cosmopolitisme, que nous laissons de côté pour les besoins de notre propos. La critique de l'auteur est mitigée sur ce mode d'interprétation, d'où le titre du dernier paragraphe de ce chapitre « *Yes and no* » : « *Much of the discussion here is meant to help to explain the conclusion that for some nations, it is not worthwhile, all things considered, to consult foreign practices.* » Il parle ici entre autres des États-Unis.

⁵⁹ LAROUSSE, *Dictionnaire d'étymologie*, op. cit., cf. art. « neuf », p. 505.

⁶⁰ *Ibid.*, cf. art. « prudent », p. 626.

⁶¹ LAROUSSE, *Le petit Larousse illustré 2005*, op. cit., cf. art. « innovation », p. 583.

⁶² *Ibid.*, cf. art. « tradition », p. 583.

⁶³ *Ibid.*, cf. art. « préjuger », p. 860.

La figure moderne du « scientifique » se substitue à celle du « sage classique », de sorte que la définition même d'« expérience » prend maintenant une connotation « scientifique » : « Connaissance acquise par une longue pratique *jointe à l'observation.* »⁶⁴ Il y a une tension entre prudence et innovation qui résulte d'une rencontre entre le passé et le présent : qu'est-ce qui est le plus sage de faire, s'en remettre à l'expérience du passé ou bien faire confiance aux découvertes du jour? Cass R. Sunstein examine ce dilemme en passant par deux modes d'interprétation de la Constitution : le traditionalisme et le populisme, deux éléments qui, à notre avis, correspondent à la difficulté entre stabilité et progrès.

Sunstein présente la voie de la stabilité, la voie du traditionalisme, en se basant sur la pensée de Edmund Burke, qu'il qualifie de minimaliste : « *Burkean minimalists prize stability.* »⁶⁵ Elle est une voie prudente d'interprétation du dilemme constitutionnel, basée sur l'expérience et la tradition : « *Burkean minimalists distrust visionaries above all. They think that political life builds on the past, not on ambitious visions.* »⁶⁶ C'est ce qu'il appelle le traditionalisme : le passé est garant du futur, et il faut considérer que les lois établies depuis longtemps ont une valeur en elles-mêmes, minimalement parce qu'elles sont là depuis longtemps, et qu'il faut ainsi redouter les innovations, notamment les « nouveaux droits » (pensons par exemple aux droits environnementaux et aux droits des minorités).

À l'opposé de cette approche, il y a ce que l'auteur nomme le « populisme » : « *when the Court innovates, it almost always does so in a way that is responsive to a widely held social judgment, or one that is clearly emerging.* »⁶⁷ Les innovations juridiques ont presque toujours une connotation populiste. Il y a une « dialectique de l'innovation » qui peut affecter les juges et, à ce moment, il ne s'agit plus de mettre de l'avant l'expérience du passé, mais de se concentrer sur le présent, la nouveauté du jour, c'est-à-dire l'état actuel de l'opinion publique, et, dans cette perspective, la stabilité de la loi devient secondaire par rapport au besoin de progrès : « *It is tempting to think that judges should rule as they see fit even if the heavens would fall. But if the heavens really*

⁶⁴ *Ibid.*, cf. art. « expérience », p. 443.

⁶⁵ SUNSTEIN, *op. cit.*, p. 38.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 39.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 142.

would fall, perhaps judges should not rule as they see fit. »⁶⁸ Il est non seulement essentiel que la loi soit soumise au peuple dans le cas où ce dernier pourrait être profondément vexé par elle, mais, également, il y a aussi le principe de l'« humilité judiciaire » qui entre en jeu, l'idée que les juges ont une connaissance de l'interprétation correcte à donner à la Constitution qui est limitée.

En effet, Sunstein va jusqu'à dire qu'il y aurait une raison « épistémique » à la primauté du progrès sur la stabilité : « *The interpretations of the Supreme Court lack finality* ». Si les gens sont mieux placés pour interpréter la loi que les juges, ce n'est pas parce qu'ils la connaissent mieux ou parce qu'ils sont particulièrement compétents, mais c'est plutôt parce que la capacité des juges à comprendre le sens du mot « *We the people* » est limitée : « *the public is entitled to have the ultimate say, not because it has ratified any constitutional amendment, but because it has settled on its own view about how the document is best understood.* »⁶⁹ Le peuple a une compréhension qui lui est propre de la finalité de la Constitution, laquelle vise au fond sa propre finalité, la finalité du « nous, le peuple » : la Constitution reste avant tout un instrument d'autodétermination, permettant au peuple de se donner une identité et des institutions auxquelles il obéit de plein gré.

Par contre, Sunstein remarque qu'il faut être tout de même excessivement prudent en cette matière. L'opinion publique n'est pas infaillible : « *the risks of systematic bias, cascade effects, and polarization introduce important cautionary notes for political leaders no less than judges.* »⁷⁰ L'« erreur systématique » peut conduire le peuple vers une position qui le place en contradiction avec lui-même. Par exemple, l'interdiction du mariage homosexuel contrevient de manière évidente au principe d'égalité, mais il est fort probable que, si le peuple est pour cette mesure répressive, alors ce ne soit pas parce qu'il veut vraiment apporter un changement à la Constitution, mais plutôt parce que son opinion est biaisée par des préjugés concernant certains faits.⁷¹

⁶⁸ *Ibid.*, p. 143.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 180.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 183.

⁷¹ *Ibid.*, p. 169. Nous pouvons penser par exemple au lien entre l'homosexualité et le sida : beaucoup de gens pourraient vouloir interdire les mariages de même sexe, pensant qu'en faisant cela, ils empêchent la propagation du sida.

Il y a aussi l'effet de « cascade » : parfois, l'opinion publique va dans une certaine direction non pas parce qu'elle a reçu de bonnes ou de mauvaises informations, mais tout simplement par un effet d'entraînement : nous voyons que les autres sont outrés par un certain jugement, alors nous nous mettons nous aussi à être affectés, sans vraiment pouvoir expliquer pourquoi :

« Even within the lower courts, legal cascades do seem to develop, as judges are heavily influenced by the rulings of other judges. If precedential cascades can be found within the court system, there is every reason to believe that law-related cascades occur within the public culture in general, as the constitutional judgements of a few help to produce an apparently widespread view in favor of one or another position. »⁷²

Même dans les milieux juridiques, il y a parfois un effet d'entraînement qui empêche les jugements d'être efficaces, alors il est fort probable que cela se produise aussi chez le peuple.⁷³

La position finale de Sunstein est assez originale, voire surprenante. La façon dont il règle la tension stabilité/progrès, prudence/innovation va comme suit : autant la position progressive que la proposition stabilisatrice reposent la plupart du temps sur la même structure argumentative : l'argument du nombre, ce qu'il appelle « *many minds argument* » : « *They ask : If many people have settled on some practice or proposition, shouldn't we, or the Supreme Court, pay careful attention to the settlement?* ». Autant pour le traditionalisme que pour le populisme : « *the structure of the argument is identical.* »⁷⁴ S'il y a de nombreuses personnes qui pensent d'une façon, alors cela est une bonne raison de penser que cette façon est vraie ou, en tout cas, qu'elle ne peut pas être totalement fausse.

Nous pouvons dire que jusqu'ici, cette position est sûrement la plus originale pour résoudre la difficulté soulevée dans ce mémoire. En effet, si nous réussissons dans le discours à démontrer que ni stabilité ni le progrès ne fait grand cas de la rationalité de la proposition, et que l'essentiel repose sur le nombre de personnes y adhérant, comme le suggère l'analyse de Sunstein, alors la tension entre les deux s'évanouit : les structures

⁷² *Ibid.*, p. 171-172.

⁷³ Pour une analyse approfondie du phénomène de la polarisation, cf. SUNSTEIN, Cass R., *Going to Extremes: How Like Minds Unite and Divide*, Oxford University Press, New York, 2009, p. 2 : « *The unifying theme is simple: When people find themselves in groups of like-minded types, they are especially likely to move to extremes.* »

⁷⁴ *Op. cit.*, p. 211.

argumentatives entourant les notions de stabilité et de progrès ne sont plus en tension de manière fondamentale.

La question qui nous vient immédiatement à l'esprit : est-ce que Sunstein a raison de dire que la position stabilité ne fait pas grand cas de la rationalité de la proposition? Comme nous l'avons vu dans le débat entre Schneier et Holmes, une des choses qui distingue la position stabilité de la position progrès est la place qu'y occupe la rationalité, voire les normes universelles. Le premier les considère secondaires, le deuxième, primordiales. Quant à lui, Sunstein considère que, pour les deux positions, la rationalité n'est pas l'essentiel de l'argument, que nous placions notre confiance en la loi établie ou en le peuple, les deux positions s'articulent autour d'un « *many minds argument* ». C'est ici précisément que commence notre critique.

S'il est très convaincant de soutenir que la position progressiste se tient sur un argument du nombre, car, au fond, le peuple est foule, multitude, masse, alors cela est plus problématique lorsque nous considérons la position basée sur la prudence et la stabilité : « *The most interesting traditionalists endorse the wisdom of established practices, built on the judgments of the many, and stress the potential recklessness of theories, built on the judgments of the few.* »⁷⁵ Notre argument va en ce sens : la position stabilité n'est pas un argument « *many minds* », au même sens que celui du progrès : il ressemble davantage à un argument du type « *very few minds* », car ce n'est pas le nombre de têtes qui compte et qui est décisif, comme pour le populisme, mais la qualité des expériences. Or, ceux qui déterminent les expériences « stables » et les distinguent des expériences « éphémères », ceux qui dictent les règles de la prudence, ce ne sont pas les gens du peuple, mais ceux qui appliquent la loi et qui en connaissent toutes les subtilités. Bref, la prudence est basée avant tout sur une raison pratique caractéristique d'une élite professionnelle où la rationalité occupe une place primordiale. Dans la citation, il faudrait remplacer « *the many* » par « *the not so many* », car les jugements sont rendus et établis par un petit nombre de juges compétents.

Sunstein, pour maintenir sa thèse, se retrouve donc dans la situation délicate où il doit prouver que le minimalisme burkéen est un antirationalisme, ce qui nous apparaît être la partie de son ouvrage la plus difficile. À plusieurs reprises, dans la partie

⁷⁵ *Ibid.*, p. 37.

« *Traditionalism* », nous sommes confrontés à des passages où le « *many minds argument* » ne paraît pas si pertinent :

*« It emerges that for purposes of constitutional law, Burkeanism comes in both antimajoritarian and majoritarian varieties. The antimajoritarian varieties emphasize the wisdom of traditions and regards innovations as modest versions of the French Revolution, reflecting hubris, passion, or folly. The majoritarian varieties are unwilling to allow any kind of theory-based revolution through the courts — but they are entirely hospitable to democratic efforts to rethink traditions. »*⁷⁶

Si la position traditionaliste de Burke peut autant se développer en accord qu'en désaccord avec le principe de la majorité, alors ne serait-ce pas justement un signe que, peut-être, le nombre ne constitue pas l'essentiel, l'élément décisif, de cette façon d'aborder le débat constitutionnel?

Le point précis sur lequel il semble y avoir peut-être un malentendu est la répugnance que manifeste Burke envers les juges qui voudraient être des théoriciens, ceux qui voient la tâche juridique comme étant essentiellement contemplative : « *In constitutional law, they are especially skeptical of visions, believing as they do that judges should pay close attention to what many minds have accepted, not what theories counsel.* »⁷⁷ Ici, encore une fois, nous pouvons nous poser la question : est-ce vraiment l'expression « *many minds* » qui est la plus appropriée dans cette phrase? Ne serait-ce pas plutôt « traditions » ou « jurisprudence »? Est-ce que le rejet des théories implique nécessairement un rejet de la rationalité en faveur du plus grand nombre? Est-ce que cela implique nécessairement que le mot « tradition » signifie « le plus grand nombre de personnes »?

Sunstein l'admet lui-même : « *Burke himself emphasized social practices rather than judicial judgements, but insofar as he spoke of and celebrated "jurisprudence", he tended to collapse the two.* »⁷⁸ Pour que la position de Sunstein tienne, il faut qu'il présente Burke comme étant un disciple des « pratiques sociales », un sceptique de l'« autorité judiciaire », mais voilà : il se trouve que Burke était un fervent défenseur de

⁷⁶ *Ibid.*, p. 57. Cf. aussi p. 37 : « *Burkeanism might therefore be used as a shield, enabling government to fend off attacks on traditions, or instead as a sword, allowing ordinary people to challenge questionable innovations.* »

⁷⁷ *Ibid.*, p. 39-40.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 49.

la jurisprudence. Comment expliquer cela? La réponse de Sunstein reste, à notre avis, évasive : « *I do not attempt anything like an exegesis of Burke, an exceedingly complex and not always consistent figure, in this space.* »⁷⁹ Si Burke est trop complexe et parfois inconsistant, alors pourquoi l'avoir choisi comme pilier du traditionalisme?

L'auteur émet plusieurs hypothèses pour expliquer la place qu'occupe la jurisprudence dans la pensée burkienne, mais nous restons quand même, au bout du compte, avec l'idée que sa façon de présenter les choses ne rend pas totalement justice au traditionalisme. Par exemple, lorsqu'il cite un extrait d'un ouvrage de Burke (*Reflections on the Revolution in France*) :

« *The science of government being therefore so practical in itself, and intended for such practical puposes, a matter which requires experience, and even more experience than any person can gain in his whole life, however sagacious and observing he may be, it is with infinite caution that any man ought to venture upon pulling down an edifice which has answered in any tolerable degree, for ages the common purposes of society, or on building it up again, without having models and patterns of approved utility before his eyes.* »⁸⁰

Sunstein interprète ce passage comme une preuve que l'argument de Burke tient sur la base du nombre, tel un « *many minds argument* » : « *He objects to "pulling down an edifice," a metaphor capturing the understanding of social practices as reflecting the judgments of numerous people extending over time.* »⁸¹ Il semble évident que le passage dit beaucoup plus que ce que Sunstein laisse entendre, notamment, si nous considérons les expressions « *science of government* » et « *practical puposes* ». Le traditionalisme aspire à une vérité qui ne repose pas tant sur le nombre, que sur une « science du gouvernement », qui elle fait appelle à des « raisons pratiques » que seuls les juges compétents maîtrisent suffisamment, c'est-à-dire ceux qui ont de l'expérience et qui ne comptent pas seulement sur leurs propres idées de la justice, mais qui comptent surtout sur les pratiques de l'ensemble de la communauté juridique dans laquelle ils s'inscrivent.

Dans le chapitre « *Rationalists vs. Burkeans* », l'auteur pousse plus loin encore cette présentation d'un traditionalisme « social » et « antirationnel » : « *Rationalists are interested in the reasons behind practices, not in practices themselves. An underlying idea is that traditions are often unjust or arbitrary and that society frequently progresses*

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ *Ibid.*, p. 50.

⁸¹ *Ibid.*

by subjecting them to serious challenge. »⁸² Le régime de la loi traditionnelle est un régime arbitraire, injuste et qui peut difficilement faire face aux défis sociaux d'une société en constant changement. Par exemple, le principe d'égalité, contenu dans la Constitution : la position traditionaliste a été réticente à donner des droits aux femmes, car la « tradition sociale » la confinait au domaine domestique. Encore, le principe de neutralité : la position traditionnelle se place en confrontation avec une position rationnelle qui voudrait que toute référence à dieu soit proscrite dans la Constitution.⁸³

Il est vrai que la tradition, en tant qu'expression de la notion de stabilité, est en tension avec la société, en tant qu'entité sujette au progrès, mais est-ce une raison pour reléguer la tradition à un argumentaire irrationnel? Il faut tenter de clarifier le point de malentendu soulevé plus haut : le rejet de la théorie dans le minimalisme burkéen.

À notre avis, si le minimalisme burkéen s'efforce de tirer les juges hors des spéculations théoriques, alors ce n'est peut-être pas pour défendre un point de vue de la justice qui soit « non scientifique », « non rationnelle », mais peut-être simplement pour limiter le rôle du juge : établir que sa tâche principale n'est pas tant de statuer sur l'état de la théorie juridique, lorsqu'il fait son travail, que de résoudre le cas qui se présente devant lui. En ce sens, si, parfois, dans les jugements, le juge burkéen donne des résultats discordants avec, par exemple, les principes d'égalité et de neutralité, ce n'est peut-être pas parce qu'il est arbitraire, mais tout simplement parce qu'il s'appuie sur d'autres normes qui, elles, ne sont pas moins rationnelles, mais simplement différentes et en tension avec les normes égalitaires et de neutralité.

Il s'ensuit que la critique que nous pouvons faire de cette position n'est pas de type « populaire », au sens où autant le peuple que les juges peuvent se tromper par un effet de cascade ou à cause de préjugés, mais plutôt de type « rationnel », voire « scientifique ». Si les juges peuvent faire des erreurs, ce n'est pas tant parce qu'ils sont au fond comme des gens ordinaires, des gens du peuple, mais plutôt parce qu'ils sont comme des scientifiques : ils peuvent parfois faire des erreurs, des erreurs qui peuvent se trouver dans la théorie elle-même, qui est erronée ou incomplète, ou dans la procédure, dans le protocole, qui produit une erreur systématique. Pensons par exemple aux études

⁸² *Ibid.*, p. 60.

⁸³ *Ibid.*, cf. p. 60-61 et 90.

contradictoires qu'a produites la communauté scientifique au sujet de l'effet du tabac sur la santé et du lien entre le gaz carbonique et les changements climatiques. Qui a raison, qui a tort? Le cas du tabac est maintenant « réglé », mais cela ne s'est pas fait du jour au lendemain. Que dire des changements climatiques? Il semble que toute la lumière n'a pas encore été faite là-dessus.

Réfléchissons au cas du tabac, qui est aujourd'hui beaucoup moins controversé qu'avant, de manière à faire ressortir la ressemblance entre la communauté scientifique et la communauté juridique. Nous savons que le tabac est nocif pour la santé, mais imaginons que dans un futur lointain, nous réussissions à isoler ce qui cause le cancer dans le tabac et que, par des changements génétiques, nous réussissions à extirper ce facteur de la cigarette. Alors, les gens pourraient *en principe* recommencer à fumer librement, un peu partout, dans les bars, au travail, à l'école, à l'hôpital. Mais est-ce vraiment cela qui arriverait? Que ferions-nous de toutes les mesures législatives établies pour minimiser les effets négatifs du tabac sur la santé? N'y aurait-il pas une réaction de prudence autant au niveau juridique, politique que scientifique, de sorte que la « libération des fumeurs » prendrait du temps? Annuleraient-ils toutes les lois antitabac du jour au lendemain? Nous pouvons penser que, par prudence, des juges, des politiciens et des scientifiques seraient sceptiques. Peut-être même que l'aversion pour la cigarette aurait atteint un point tel que ces lois ne seraient jamais abandonnées. Au bout du compte, qu'est-ce qui serait le plus rationnel de faire?

Il nous semble alors évident que le dilemme rationalité/antirationalité est ici insuffisant pour arriver à trancher, car les deux propositions ont une base rationnelle consistante : la première se base sur l'effet positif sur la santé des lois antitabac et l'autre, sur les nouvelles techniques de manipulation génétique. Le dilemme pertinent pourrait plutôt être stabilité/progrès, prudence/innovation. La prudence dirait de ne pas aller trop vite, car depuis des décennies, la répression contre le tabac a permis de sauver des vies et de diminuer les coûts du système de santé. Par contre, si la pression populaire était telle que les gens voudraient que nous leur rendions leur « liberté de fumer » immédiatement, alors peut-être pencherions-nous alors en faveur des nouvelles découvertes, indépendamment du fait qu'elles forment la meilleure théorie ou non?

Dans le premier cas, la prudence s'articule autour des expériences passées et ce sont ces expériences qui sont décisives pour l'argument. Dans le deuxième cas, la proposition se base aussi sur des expériences, plus récentes, mais ces expériences ne sont pas cruciales. C'est plutôt la pression populaire qui est déterminante : la pression exercée est-elle assez forte pour que la prudence cède à l'innovation? Évidemment, la décision la plus facile à prendre serait lorsque les gens ne croiraient pas aux nouvelles théories et lorsqu'ils voudraient garder intacte l'ancienne législation. Dans ce cas, stabilité et progrès coïncideraient parfaitement, mais ce ne serait que par accident, cela n'annulerait pas la tension fondamentale entre les deux.

En somme, si nous voulons être généreux dans notre interprétation de la position du minimalisme burkéen, alors nous pouvons articuler l'argument selon lequel une communauté juridique « burkéenne » n'est pas tant structurée de manière analogue aux peuples (bien qu'elle puisse, elle aussi, aux niveaux inférieurs, parfois subir des effets de cascade), que de manière similaire aux communautés scientifiques : lorsqu'une expérience est répétée et qu'elle semble fonctionner assez bien dans de nombreux cas, alors elle devient la norme dans le domaine, et cela, jusqu'à ce que de meilleures normes apparaissent, mais ce processus, autant en justice, qu'en science, peut être très long, et il est même possible que différentes théories cohabitent pendant longtemps le même espace.⁸⁴

Si nous acceptons cet argument, alors nous pouvons en déduire que le traditionalisme, basé sur la stabilité et sur la prudence, n'est pas une position interprétative de la Constitution qui se base sur un argument dont la structure est identique à la position qui se dégage des notions de progrès, d'innovation et de peuple. Elle n'est pas du type « *many minds* », mais plutôt du type « *very few minds* », car elle ne repose pas avant tout sur le jugement du plus grand nombre, mais sur le jugement des

⁸⁴ Pensons par exemple à Newton et à Einstein en physique. Le premier a une vision mécanique de l'univers, le deuxième, relativiste, mais les deux théories sont encore largement enseignées aujourd'hui : aucune des deux n'a supplanté l'autre de manière décisive comme, par exemple, en astronomie, où la théorie héliocentrique a complètement éclipsé la théorie géocentrique. Dans le domaine de la justice, nous pouvons penser aux deux théories canoniques du « conséquentialisme » et du « déontologisme » : causer du tort à quelqu'un de manière délibérée est un facteur aggravant, mais le faire, sans le savoir, par ignorance et avec seulement de bonnes intentions, n'excuse pas tout non plus. Alors que la théorie du droit divin, elle, ne trouve plus beaucoup de preneurs, elle a été reléguée aux oubliettes.

« plus grandes normes », celles qui ont fait histoire et derrière lesquelles se construit l'expérience d'une communauté juridique compétente.

Puis, cela nous reconduit au problème principal qui nous préoccupe dans cette étude, la tension entre stabilité et progrès, qui ne fait alors que se manifester de manière plus évidente avec les concepts « prudence et innovation » : la nouveauté du peuple et de ses revendications n'est pas quelque chose de nécessairement négatif, car l'esprit scientifique moderne est justement basé sur une réhabilitation de l'innovation en tant que facteur de « progrès positif ». Par contre, cela ne signifie pas que la prudence doit être abandonnée, car l'innovateur peut se tromper, il peut errer, recevoir de mauvaises informations et, en fin de compte, la position priorisant la prudence reste peut-être la plus représentative d'une rationalité « bien placée », d'une raison pratique où l'expérience des juges compétents passe avant la prise en considération de théories scientifiques/juridiques récentes.

En tout cas, à notre sens, il y a une aporie fondamentale entre prudence et innovation que l'approche de Sunstein ne réussit pas à démystifier. Abordons alors le problème sous un autre angle, « ordre et changement », et voyons si nous pouvons apporter quelque chose de concluant à cela.

Ordre et changement. — Une autre façon d'aborder la dualité stabilité/progrès passe par une réflexion sur les notions d'ordre et de changement. La voie de la stabilité recherche les lois bien établies. Elle est un traditionalisme dans la mesure où elle est réfractaire à tout changement de la loi. Le mot-clé est prudence, et celle-ci s'articule autour du maintien d'un certain ordre : les normes se comprennent d'une certaine façon, suivant une certaine logique, laquelle n'est pas nécessairement encrée dans une théorie explicite et précise, mais tout de même, qui repose sur quelque chose de plus qu'une simple addition de « *minds* », elle est une forme d'expertise qui a des points en commun avec l'expertise scientifique (des points en communs qui, nous l'avouons, mériteraient d'être explicités davantage, mais l'important ici est de voir que le « *many minds argument* » ne colle pas aussi bien avec les notions de stabilité, de loi et de prudence qu'avec les notions de progrès, de peuple et d'innovation).

René Descartes donne une définition générale de l'ordre, sur le plan logique, qui est la suivante : « L'ordre consiste en cela seulement que les choses qui sont proposées

les premières doivent être connues sans l'aide des suivantes. »⁸⁵ L'ordre logique des choses veut que ce qui apparaît en premier s'explique sans avoir recours à ce qui apparaît par la suite. Ainsi, imaginons que, lorsque le peuple (ou le chef du peuple) tente d'expliquer ce qui vient avant lui (la tradition, les lois établies) à l'aide de quelque chose de nouveau, quelque chose d'innovateur, il apporte un changement dans l'ordre, il trouble l'ordre. La prudence dénonce alors ce changement, car elle est « compétence » et « expérience de la loi ». Et si le peuple veut se poser comme étant à la source de la loi, comme étant prioritaire par rapport à la loi, alors les experts dénoncent cette imposture, ils font appel à l'ordre : il faut laisser la jurisprudence faire son travail et ne pas permettre au peuple d'annuler les jugements à sa guise.

L'ordre établi nous place dans une situation où la crainte du changement est logique, elle est une crainte qui découle directement du fait que l'ordre est une suite logique d'éléments dotés d'une place prédéterminée dans l'ensemble du discours, une place stable. Le changement est alors relégué au second plan, il n'est acceptable que dans la mesure où il ne change pas l'ordre établi et où il est en accord avec la prudence.

Quel changement est acceptable, raisonnable, selon la norme, et quel changement ne l'est pas? Cette formulation est propice à une dialectique de la stabilité et de nombreux auteurs classiques expriment leurs idées en ce sens. Pour la plupart d'entre eux, il y a une séparation claire à faire entre ce que le peuple « peut toucher » et ce que le peuple « ne doit pas toucher », et la législation, l'écriture de la loi, l'administration de la justice est précisément là où se trouve cette limite, depuis au moins Aristote :

« Le peuple est admirable pour choisir ceux à qui il doit confier quelque partie de son autorité. Il n'a à se déterminer que par des choses qu'il ne peut ignorer, et des faits qui tombent sous les sens. Il sait très bien qu'un homme a été souvent à la guerre, qu'il y a eu tels ou tels succès ; il est donc très capable d'élire un général. Il sait qu'un juge est assidu ; que beaucoup de gens se retirent de son tribunal contents de lui ; qu'on ne l'a pas convaincu de corruption ; en voilà assez pour qu'il élise un préteur. Il a été frappé de la magnificence ou des richesses d'un citoyen ; cela suffit pour qu'il puisse choisir un édile. Toutes ces choses sont des faits dont il s'instruit mieux dans la place publique, qu'un monarque dans son palais. Mais saura-t-il conduire une affaire, connaître les lieux, les occasions, les moments, en profiter? Non : il ne le saura pas. »⁸⁶

⁸⁵ CUVILLIER, *op. cit.*, cf. art. « ordre », p. 165.

⁸⁶ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, *L'Esprit des lois*, Collection Classique Larousse, Larousse, Paris, 1995, II, 38-51, p. 33.

Le peuple est un « fin observateur », il voit tout ce qui se passe sur la place publique, il se spécialise dans les « faits », il est un « être sensible », il est un « cueilleur » inestimable d'informations, et en tant que tel, aucun « monarque » ne saurait le remplacer. Cependant, peut-il lui-même utiliser cette information à bon escient, peut-il lui-même tirer de ses sens une compréhension plus large, de manière à déterminer, par exemple, les principes et les procédures adéquats de la justice? La réponse du penseur de la stabilité est sans appel : « Non : il ne le saura pas. » Autrement dit, il n'a pas cette compétence.

Le peuple est capable de dire qui est un bon juge et qui n'en est pas un, mais il n'est pas capable de répondre à la question : « qu'est-ce qu'un bon juge? » Il est capable de le pointer du doigt, mais il ne saurait en faire un par lui-même. Cette idée était répandue au 18^e siècle et elle s'est maintenue au 19^e siècle, un discours s'adressant à une assemblée syndicale en donne un exemple probant : « *Your function, in a word, is not to rule but to supply the motive to rule. Not to control methods, but to insist upon results; not to dictate to mere tools, but to follow the lead of the men of your choice.* »⁸⁷ Le peuple n'a pas intérêt à mettre son nez dans les « méthodes », il ne doit pas lui-même essayer de gouverner ou de juger, il doit plutôt s'en tenir à choisir des personnes qui gouvernent et qui jugent à sa place, et aux résultats que ces personnes obtiennent, indépendamment des moyens pour les obtenir. Bref, le peuple doit s'en tenir au rôle d'observateur passif pour la raison bien simple qu'il est incapable de faire plus et qu'il est déraisonnable de lui en demander plus.

Cependant, avec les développements récents du design institutionnel, le maintien de cet ordre apparaît de moins en moins comme quelque chose allant de soi. Il se pourrait que le peuple soit bien plus qu'un observateur, qu'un être sensitif, et qu'il soit préoccupé 1) par des valeurs sociales précises 2) par son identité en tant que groupe 3) par les procédures de la justice et 4) par l'intention derrière les jugements rendus par la justice.⁸⁸ C'est du moins ce que défend Tom Tyler dans un article intitulé *Social motives and*

⁸⁷ HARRISON, Frederic, *Order And Progress : Thoughts On Government And Studies Of Political Crises*, éditions Longmans, Green, and Co., Londres, 1875, p. 230-231. Notre version est une copie faite à partir d'un original, publiée par *Kessinger Publishing*, aux États-Unis (l'année et la ville précises concernant cette republication ne sont pas disponibles).

⁸⁸ TYLER, Tom, « *Social motives and institutional design* », dans *Evolution and Design of Institutions*, Routledge, New York, 2006, cf. p. 62-71.

institutional design. Parmi les valeurs sociales, nous trouvons l'attachement aux valeurs éthiques et morales :

« Tyler and Blader (2004) examined the same social values in two studies of employees focusing on people's values in relationship to the institutions for which they work. Their findings support the argument that employee's ethical values — legitimacy and moral congruence — shape their rule-following behavior in work settings. They suggest that companies benefit by fostering ethical values in their employees that support rule-following. »⁸⁹

Pour qu'une personne suive la règle, il ne suffit pas que la règle soit raisonnable et suivant un ordre établi : « travaille sinon tu vas perdre ton emploi », « obéis à ton supérieur, il sait ce qu'il faut faire ». Il faut aussi que la règle soit en accord avec les valeurs des gens, et les administrateurs ont avantage à renforcer, expliciter et insister sur les liens qui unissent la réglementation de l'entreprise et les valeurs de ses employés, de manière à développer chez eux une responsabilisation et une autorégulation, bref, une autonomie au travail :

« The findings of Tyler and Blader (2004) point to the potential value of using a self-regulatory approach to employee motivation that is centered around the encouragement of social motivations. In recent decades, the recognition that self-regulation has value has been a widespread one within law. Self-regulatory is widely touted as means of avoiding the problems that occur when government seeks to regulate business, and to lessen the costs of government agencies with a regulatory role. »⁹⁰

Il faut que l'approche de la réglementation soit basée sur la prise en charge de la l'entreprise par les employés, ou, si nous extrapolons dans un cadre constitutionnel, il faut que la loi constitutionnelle soit basée sur la prise en charge de l'État par les citoyens. Il faut que le peuple se sente lui-même l'auteur de la Constitution, comme si c'était lui-même qui l'avait écrite. C'est le secret du succès dans une situation où les ressources sont limitées, c'est-à-dire quand l'État ne se permet pas de placer, disons, des policiers ou des caméras à chaque coin de rue, pour faire respecter la loi.

À la fin de son article, Tyler pose la question suivante : « *Do social motivations matter?* » Est-ce qu'il faut prendre compte du fait que les gens se préoccupent des 4 points mentionnés plus haut? Est-ce important? Le simple fait de poser la question est déjà à notre avis le signe de la présence d'une difficulté, d'une tension entre une

⁸⁹ *Ibid.*, p. 63.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 64.

conception où les « motivations sociales » des gens sont des éléments négligeables, et une conception où elles sont primordiales. Il y a quelque chose de nouveau dans le fait d'affirmer la deuxième, quelque chose qui vient changer l'ordre normal :

« The changing nature of identity, of citizenship, and of work, are all leading to greater attention to the factors shaping voluntary engagement and cooperation with groups, institutions, and societies. A world in which people will work unceasingly on behalf of and even willingly to die for causes they believe in must be understood through the lens that includes a focus on social motivations. »⁹¹

L'identité des gens, leur citoyenneté et leur travail sont des éléments qui importent pour comprendre comment ils interagissent, et plus ces éléments seront portés à changer, plus il deviendra important d'en prendre compte, car le maintien de l'économie et de la défense du pays en dépendra. Autrement dit, ces éléments avaient jusqu'à maintenant été négligés et relégués au second plan. Mais à mesure qu'ils changent, nous réalisons que, pour rester compétitif et pour minimiser les coûts pour l'État, il faut les inclure dans les considérations entourant l'établissement de la loi.

Tyler n'est pas en train de nous dire que l'approche basée sur les caractères sociaux est prioritaire et, en ce sens, il reste prudent. Son idée est plutôt que cette approche est complémentaire aux modèles traditionnels, par exemple le modèle basé sur la sanction.⁹² Il ne se demande jamais laquelle est prioritaire et il insiste surtout sur l'avantage économique du modèle « volontariste », qui est beaucoup moins coûteux que celui où la coopération est stimulée au moyen de récompenses et de punitions.

Cependant, il ouvre tout de même la porte à la réflexion en disant que plus les choses changent dans la société, plus le modèle social prend de l'importance et acquière de la pertinence : *« Approaching cooperation from this framework suggests new approaches to our understanding of how most effectively to design groups, institutions and societies. »⁹³* Mais jusqu'où peut nous conduire ce changement? Est-il possible de penser un monde futur où le progrès sera tel que l'approche sociale ne sera plus seulement complémentaire, mais qu'elle supplantera l'approche traditionnelle, de sorte que nous assisterons véritablement à un renversement de l'ordre établi?

⁹¹ *Ibid.*, p. 73.

⁹² *Ibid.*, cf. p. 72.

⁹³ *Ibid.*, p. 73.

Il apparaît alors plus clairement pour quelle raison la position de Sunstein a quelque chose de surprenant, voire « renversant ». En défendant qu'il y a un « *many minds argument* » derrière non seulement la dialectique sociale du peuple, ce qui va de soi, mais également derrière le traditionalisme, il semble bien opérer une sorte de renversement de l'ordre établi : que le nombre, le facteur social, ne soit pas quelque chose de complémentaire dans la compréhension de loi, mais de fondamental, sous-jacent même à l'interprétation traditionaliste.

Dans ce cas, faut-il maintenir la spécificité traditionnelle de la compétence juridique, qui la place au-dessus de la masse, avec une raison pratique inaccessible à la foule, ou bien la réduire à une fonction du nombre, à une fonction stabilisatrice de la démocratie qui régularise les jugements rendus selon un certain ordre sans toutefois ne jamais pouvoir atteindre la spécificité épistémique et socialement changeante du « nous, le peuple »? Encore une fois, nous pensons que la réponse à cette question dépend de la place qu'occupent dans notre esprit les notions de stabilité et de progrès : qu'est-ce qui est prioritaire dans notre théorie?

Résumons depuis le début. Nous avons commencé par définir le terme « Constitution », de manière à mieux comprendre différents enjeux liés à différents types de Constitutions, coutumières vs écrites, souples vs rigides. Nous avons ensuite exploré différents concepts afin d'étendre le domaine d'application de notre terminologie. Nous avons découvert que la dialectique stabilité/progrès permet une extension du problème constitutionnel aux couples loi/peuple, prudence/innovation et ordre/changement.

De cette façon, nous avons tenté d'ouvrir la voie à une approche philosophique de la science constitutionnelle, regroupant la présentation de nombreux enjeux sous deux notions simples et relativement faciles à comprendre. Nous avons fait cela tout en restant neutres sur le plan de la solution à la question : qu'est-ce qui est prioritaire? Nous nous sommes efforcés de laisser le dilemme ouvert, en insistant sur les aspects insatisfaisants des positions de Schneier, de Holmes et de Sunstein.

À ce sujet, nous avons d'abord expliqué comment Holmes s'y prend pour défendre la valeur d'un texte constitutionnel écrit il y a très longtemps et pensé par une minorité de gens : la loi constitutionnelle a une valeur en elle-même, une logique interne qui est valable pour toutes les générations. Schneier, quant à lui, insiste plutôt sur la

structure des institutions, qui repose sur le peuple (son histoire, sa culture, son économie), et il considère la loi écrite comme étant plutôt sujette à des changements fréquents. Enfin, Sunstein essaie, d'une certaine façon, de réconcilier ces deux positions en démontrant comment autant l'argument se fondant sur le peuple, que celui insistant sur la valeur de l'expérience des générations passées, est basé sur une même structure argumentative : le poids du nombre. À cet égard, nous nous sommes efforcés de démontrer que cette solution au problème, bien qu'étant très convaincante, nous place également dans une situation où nous devons confondre le traditionalisme avec un certain antirationalisme, ce qui est plus difficile à accepter étant donné que la tradition peut représenter le maintien d'un ordre rationnel, c'est-à-dire la compétence d'une « raison pratique » où un petit nombre de personnes établit des normes indépendamment des « motivations sociales ».

Considérons que, pour les besoins de notre propos, nous sommes allés assez loin dans cette voie et que cela n'est bien sûr qu'un début, car il faudrait encore s'attarder à de nombreux autres cas pour pouvoir affirmer que stabilité et progrès, en tant que notions constitutionnelles fondamentales, fournissent un cadre satisfaisant pour le constitutionnalisme. Nous nous concentrons dans la deuxième partie de ce mémoire à une autre tâche : démontrer les origines des notions à l'étude dans la pensée d'un des piliers du constitutionnalisme moderne, l'un des seuls philosophes de l'histoire qui, avec Aristote (*cf. Constitution d'Athènes*), a pris la peine d'étendre sa compréhension de la science politique à des cas particuliers, de manière à interpréter des défis constitutionnels précis qui ont vraiment eu lieu : Jean-Jacques Rousseau.

DEUXIÈME PARTIE

Stabilité et progrès : qu'est-ce qui est prioritaire chez Jean-Jacques Rousseau?

Nous avons déjà expliqué pourquoi la loi est un concept qui se rattache à la notion de stabilité et non à la notion de progrès, car la loi est par définition solide et bien établie, elle nécessite « ordre » et « prudence », alors que le progrès, lui, est « changement de logique », « développement du peuple » et « innovation ». Dans ce chapitre, nous voulons démontrer que cette tension entre deux notions constitutionnelles fondamentales est non seulement présente chez R. (Rousseau), mais qu'en plus, il y a des raisons de penser que R. penche en faveur du progrès. C'est pour cela que l'interprétation de Ernst Cassirer, dans *Das Problem Jean Jacques Rousseau*, est particulièrement pertinente dans notre étude : l'auteur y défend que la loi soit le moteur principal de la pensée constitutionnelle de R., ce qui, à notre sens, se place en antithèse par rapport à notre propos.

Pour faire avancer notre idée, nous expliquerons donc pourquoi ce n'est pas la loi, mais plutôt le peuple qui est le moteur principal de la pensée constitutionnelle de R., et pourquoi le peuple n'est pas une entité stable, mais plutôt progressive. Nous faisons cela en commençant par un examen du *Contrat social*. Puis, nous vérifions ensuite si cette hypothèse tient toujours dans les écrits plus tardifs, portant sur les peuples corses et polonais.

CHAPITRE TROISIÈME

Problèmes théoriques dans le *Contrat social*

Avant d'entrer en profondeur dans l'analyse de la théorie politique de R., il y a quelques éléments sur lesquels nous voudrions porter notre attention, et cela, pour éviter certains malentendus. C'est qu'il y a aussi des couples de concepts qu'il faut éviter, qui, à notre sens, ne correspondent pas à « stabilité et progrès ». Il y en a au moins trois : « raison et sentiment », « vérité et normativité » et « théorie et pratique ».

Raison et sentiment. — Il y a toute une littérature tentant de répondre à la question : « Rousseau est-il un rationalisme ou un sentimentalisme? »⁹⁴ C'est pourquoi nous tenons à mettre au clair que la tension entre stabilité et progrès n'est pas liée directement à ce débat, qu'elle ne correspond pas à la tension entre raison et sentiment. Elle est plutôt une tension s'exprimant à travers l'argumentation politique de R. et il n'est pas nécessaire d'avoir accès à l'ensemble de l'œuvre de R. pour la remarquer (notamment à ses aspects romanesques et autobiographiques). Nous ne voulons pas dire qu'il serait impossible de faire des liens entre son [supposé] sentimentalisme, sa biographie et ses états d'âme pour expliquer sa tendance à pencher pour le progrès. Seulement, nous pensons qu'en nous fixant seulement sur l'ensemble de sa théorie politique, et plus particulièrement sur les textes d'applications constitutionnelles (Corse et Pologne), et, dans ces textes, sur la structure de l'argumentation philosophique, il est possible d'explicitier cette tension. De plus, cela nous permet de limiter notre recherche et d'éviter

⁹⁴ Par exemple, dans DERATHÉ, Robert, *Le rationalisme de Jean-Jacques Rousseau*, Presses universitaires de France, Paris, 1948, l'auteur défend la thèse originale que malgré la place importante qu'occupent le cœur et le sentiment dans la pensée de R., ce dernier serait tout de même un authentique rationaliste : « Il n'en reste pas moins exact qu'il faut distinguer chez Rousseau deux types de sensibilités, l'une active et l'autre passive. Sur ce point un texte peu connu des *Dialogues* vient confirmer l'interprétation de M. Cassirer. « Il y a, dit Rousseau, une sensibilité physique et organique, qui, purement passive, paraît n'avoir pour fin que la conservation de notre corps et de notre espèce, par les directions du plaisir et de la douleur. Il y a une autre sensibilité, que j'appelle active et morale, qui n'est autre chose que la faculté d'attacher nos affections à des êtres qui nous sont étrangers ». On peut considérer la conscience comme un élément de cette sensibilité active, mais elle a sur les autres affections le privilège d'être unie étroitement à la raison. Tandis qu'il suffit de faire appel à l'imagination pour rendre active la pitié, la conscience ne peut le devenir sans l'aide de la raison. C'est une affection qui présuppose la raison et « ne peut se développer sans elle »; c'est, selon la formule même de Rousseau, « une affection de l'âme éclairée par la raison ». Elle ne convient donc qu'à un être raisonnable par nature. C'est pourquoi la doctrine de Rousseau ne nous a paru nullement contraire au rationalisme. » (*Ibid.*, p. 190-191.)

d'avoir à passer par l'immensité de la littérature secondaire portant de près ou de loin sur le sentimentalisme/rationalisme de R.

Vérité et normativité. — Un autre couple qu'il faut éviter pour ne pas nous égarer en interprétant la tension entre stabilité et progrès est celui de « vérité et normativité ». En disant que R. est un penseur où le progrès est prioritaire, nous ne voulons pas dire qu'il est un penseur où les principes ont un aspect normatif, c'est-à-dire un penseur qui comprend les fondements du constitutionnalisme en termes de normes flexibles, contrairement à un penseur qui comprendrait les fondements en termes de vérités absolues ne subissant aucune variation selon les circonstances. Au contraire, nous n'avons vu jusqu'ici que ce qui caractérise la pensée mettant en priorité la stabilité n'est pas la vérité, en tant qu'énoncé absolu, mais plutôt l'importance cruciale accordée aux normes.⁹⁵ Autrement dit, nous ne soutenons pas que la flexibilité normative est synonyme de progrès, que cette priorité est en opposition avec une conception qui mettrait l'accent sur la conception de la vérité comme absolue et qu'ainsi, une pensée mettant l'accent sur la stabilité serait une pensée cristallisée, immobiliste, réfractaire aux aspects normatifs de la vie en société. En réalité, autant la dialectique du progrès que celle de la stabilité prend compte de l'aspect normatif. Aucune de ces pensées ne se place dans une logique de vérité absolue, éternelle, qui voudrait s'imposer devant les aspects normatifs.

Cependant, il est important de souligner que l'aspect normatif des vérités que défend et met en priorité la pensée de la stabilité n'est pas une résolution de la tension qui se dégage de la rencontre avec la notion de progrès : le fait que les normes pourraient changer et être remplacées par d'autres normes est plutôt ce qui fait problème, le fait que les normes actuelles ne pourraient être qu'une étape vers d'autres normes, de sorte que la véritable priorité serait plutôt le progrès et non la stabilité. En ce sens, le penseur priorisant la notion de progrès peut adhérer à la norme en vigueur, comme Schneier prend bien le temps de le noter au début de son ouvrage : « *It is difficult meaningfully to discuss the concept of constitutional democracy without acknowledging the normative*

⁹⁵ « Ce qui est (du point de vue normatif) le plus important, ce n'est pas le bien du « tout », dans ce cas de la société, mais le bien des particuliers. » (VIROLI, Maurizio, *La théorie de la société bien ordonnée chez Jean-Jacques Rousseau*, Walter de Gruyter, Berlin, 1988, p. 153.) Pour R., dans l'absolu, le tout, la société, est prioritaire par rapport aux parties, mais « du point de vue normatif », l'individu est primordial. Cette dualité vérité/normativité, qui est aussi une dualité société/individu, tout/parties, n'est pas celle que nous mettons de l'avant en parlant de stabilité et progrès.

components of both terms. This book is based on the premise that both democracy and constitutionalism are “good” and compatible. »⁹⁶ L’auteur reconnaît que le débat constitutionnel ne peut vraiment être consistant que si nous parlons en terme d’« aspects normatifs » et sur ce plan, il faut admettre que « normalement » 1) la démocratie constitutionnelle est « bonne », elle est un régime légitime, et 2) le « pouvoir au peuple » est compatible avec l’« État de droit », l’État où il y des lois fondamentales.

Par contre, comme le remarque ensuite Schneier, adhérer à l’approche normative, admettre que, généralement, la démocratie constitutionnelle fonctionne et qu’elle est bonne n’implique pas nécessairement qu’elle est une norme universelle, qu’elle est une norme irremplaçable et permanente :

*« Good government is an elusive concept since even the most corrupt is good for someone (such as the corruptees), and the varieties that can be encompassed under the rubric of “constitutional democracy” are many. But a case can be made not just that democracy is normatively good, but that it is a system uniquely appropriate to the contemporary world. »*⁹⁷

L’auteur consent à l’idée de « bon gouvernement », au sens normatif, mais il ne lui accorde pas une si grande importance puisque, pour lui, même les gouvernements corrompus peuvent être bons pour les gens, minimalement pour les gens corrompus eux-mêmes. De plus, les formes de régime pouvant être considérées comme des « démocraties constitutionnelles » sont si nombreuses qu’au fond, pratiquement n’importe quel régime peut, avec quelque modification, être identifié de cette façon, ce qui fait en sorte que l’appellation devient un peu triviale. Enfin, l’auteur pense qu’adhérer à la norme n’empêche pas de soutenir simultanément qu’elle ne soit valable que dans les conditions qui caractérisent aujourd’hui le monde où nous vivons.

En somme, la difficulté que pose le couple vérité/normativité ne doit pas être confondue avec la tension entre stabilité et progrès puisque ces deux dernières sont compatibles avec l’approche normative. Ce n’est donc pas là que se situe l’intérêt de notre étude. Un autre couple qu’il faut considérer et qui se situe très près de vérité/normativité est celui de théorie/pratique.

⁹⁶ SCHNEIER, *op. cit.*, p. 14.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 15.

Théorie et pratique. — Une aporie que relève souvent les commentateurs de R. est celle qui se dégage de l'ensemble des textes politiques, notamment dans le *Contrat social* et dans les écrits appliqués concernant la Corse et la Pologne⁹⁸ :

« Le *Contrat social* explicite la formule générique de la socialisation politique et met de ce fait en avant le thème de la citoyenneté, abstraction faite, le plus souvent, des questions de fait et des attachements des citoyens aux groupes constitués en dehors de la sphère politique. »⁹⁹

Le premier tente de déterminer une définition de la citoyenneté qui est normative, généralement vraie, sans prendre compte des cultures, des territoires et des mœurs qui sont particuliers à chacune des communautés politiques.

« Les textes ultérieurs, tout en conservant ces principes, offrent une nouvelle lisibilité au versant républicain de l'œuvre, présent également dans le *Contrat social*, mais dont les enjeux apparaissent bien plus clairement dans le *Discours sur l'économie politique*, la *Lettre d'Alembert*, le *Projet* et les *Considérations*, là où il est avant tout question de patriotisme, d'identification avec la communauté, et de « maintien » des bonnes mœurs. »¹⁰⁰

Les écrits appliqués, quant à eux, remettent de l'avant l'importance de créer, préserver et entretenir les particularismes des communautés politiques. Comment lier ces deux pans de la pensée politique de R.? Sont-ils complémentaires? Est-ce que l'un se substitue à l'autre?

Comment expliquer cette dualité? C'est à ce moment que le recours au couple théorie/pratique devient pertinent :

« Aussi pourrait-on par un travail d'abstraction distinguer le point de vue théorique, qui se place au niveau de l'universalité des « principes du droit politique », de la genèse empirique de la société politique, qui a égard à telle nation particulière dotée d'une « forme particulière ». La société politique en voie de constitution n'est pas exactement superposable à la société de fait. »¹⁰¹

Si le *Contrat social* insiste sur l'aspect normatif-universel, celui qui ne varie pas selon les circonstances, c'est qu'il est un écrit surtout théorique. Ensuite, lorsque R. met en pratique sa théorie, les éléments particuliers aux Corses et aux Polonais prennent plus de place justement parce qu'il ne s'agit plus d'établir la théorie, mais d'appliquer cette dernière, de la mettre en pratique dans des circonstances uniques.

⁹⁸ *Projet de Constitution pour la Corse et Considérations sur le gouvernement de Pologne.*

⁹⁹ LEPAN, Géraldine, *Jean-Jacques Rousseau et le patriotisme*, Éditions Champion, Paris, 2007, p. 326.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 327.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 328.

Vincent Fortier, dans son mémoire de maîtrise intitulé *Jean-Jacques Rousseau : de la théorie à la politique appliquée*, soutient lui aussi qu'il y a chez R. une dualité entre théorie et pratique expliquant son changement de cap apparent dans les écrits plus tardifs :

« Les fondements philosophiques de l'État étant toujours les mêmes, il s'ensuit que nous devons les comprendre comme étant des idées régulatrices et non constitutives. Le *Contrat social*, et plus particulièrement sa partie doctrinale, doit être compris comme une idée de la raison qui tend à établir une norme idéale à partir de laquelle l'homme peut juger de ce qui doit être. En ce sens, on comprend dès lors mieux en quoi réside « l'inaccessibilité de la normativité étatique. » »¹⁰²

Dans ce cas-ci, comme dans le cas précédent, le couple théorie/pratique a pour le commentateur la fonction principale de résoudre une difficulté dans le discours, il sert à expliquer, comprendre et réconcilier deux types d'écrits différents, un écrit de philosophie politique au sens classique du terme, en l'occurrence la philosophie du « contractualisme », et deux écrits de « politique active », où R. s'est lui-même mêlé de problèmes politiques concrets, nécessitant des solutions immédiates : « C'est un autre aspect de la citoyenneté, dans laquelle prime le sentiment patriotique, qu'éclairent en effet les textes de politique appliquée, en particulier le *Projet* et les *Considérations*, motivés tous deux par un sentiment d'urgence. »¹⁰³ Lorsque R. part à la rescousse du peuple corse et du peuple polonais, le *Contrat social* n'est pour lui qu'un guide, car cet ouvrage ne contient au fond que les grandes lignes de sa vision de l'État, ce qui explique pourquoi il n'applique pas de manière intégrale les principes de droit qui s'y trouvent. Nous en arrivons au point précis que nous voulons soulever : comment pourrions-nous confondre théorie/pratique avec stabilité/progrès?

Comme nous l'avons déjà dit, « stabilité et progrès » est une tension qui peut s'exprimer par plusieurs couples : loi/peuple, prudence/innovation et ordre/changement. Seulement, étant donné que nous soutenons que R. penche pour les deuxièmes termes de cette suite, le lecteur pourrait penser que cela est peu plausible et que si la théorie n'est pas abandonnée dans les écrits appliqués, alors c'est une bonne raison de penser que R. reste avant tout un penseur de la loi, de la prudence et de l'ordre. En effet, comme nous

¹⁰² FORTIER, Vincent, *Jean-Jacques Rousseau : de la théorie à la politique appliquée*, mémoire présenté à la Faculté des études supérieures de l'Université de Montréal, Montréal, 2002, p. 116-117.

¹⁰³ *Op. cit.*

allons le voir dans la suite, des commentateurs importants voient la pensée de R. comme étant l'une des premières de la modernité à établir la primauté de la loi rationnelle et de l'ordre dans la société, comme le suggère le livre de Maurizio Viroli : *La théorie de la société bien ordonnée chez Jean-Jacques Rousseau*.

Néanmoins, Viroli admet d'entrée de jeu que cette primauté n'est pas sans problème :

« lorsque Rousseau est concerné surtout avec le problème de la vertu civile, le langage du choix rationnel laisse la parole à un autre langage qui se fonde sur les notions d'identité commune et d'appartenance. Rousseau développe la théorie du contrat social de la manière la plus cohérente et il s'en sert afin de prouver la rationalité de la constitution politique fondée sur l'empire de la loi et la souveraineté du peuple. Mais en même temps il en révèle les limites insurmontables. »¹⁰⁴

Cet extrait est particulièrement intéressant à notre avis parce qu'il exprime bien l'idée que nous voulons ici mettre au clair : que la dualité théorie/pratique ne correspond pas à la dualité stabilité/progrès. En effet, lorsque nous lisons « prouver la rationalité de la constitution politique fondée sur l'empire de la loi et la souveraineté du peuple », nous voyons bien que la dualité soulevée précédemment entre loi et peuple (qui correspond à stabilité et progrès) fait partie de la théorie de R., qu'elle n'est pas quelque chose qui apparaît tout à coup avec plus de force dans les textes constitutionnels appliqués. Elle est déjà présente dans le *Contrat social*.

Confondre le couple stabilité/progrès avec théorie/pratique risquerait donc de nous faire passer à côté du problème principal qui concerne notre propos et de nous fermer les yeux sur le fait que la combinaison rationnelle entre « l'empire de la loi » et « la souveraineté du peuple » est déjà elle-même, sur le plan théorique et à l'époque du *Contrat social*, extrêmement problématique. La problématique de cette combinaison se présente peut-être avec encore plus de force dans les écrits tardifs de R., mais à notre avis, cela n'est qu'une raison supplémentaire pour nous pencher sur eux dans le prochain chapitre et pour faire attention de ne pas mêler le problème de l'applicabilité des fondements avec le problème des fondements eux-mêmes.

En d'autres termes, si l'applicabilité est problématique, nous pensons que ce n'est peut-être pas juste parce qu'elle est une application et que par nature, l'application

¹⁰⁴ VIROLI, *op. cit.*, p. 20-21.

s'opère avec une certaine distance de la théorie. Notre hypothèse est plutôt que, d'une part, il y a déjà dans la complexité de la théorie des difficultés et que, d'autre part, ces difficultés s'illustrent plus facilement à l'aide 1) des notions de stabilité et de progrès, et 2) des exemples d'application constitutionnelle pour la Corse et pour la Pologne. Passons donc maintenant à l'étape suivante : démontrer que R. arrive difficilement à réconcilier deux notions constitutionnelles fondamentales, stabilité et progrès, et que, pour se faire, il mise plus sur le deuxième terme que sur le premier.

L'interprétation de Ernst Cassirer : la loi comme principal moteur de la pensée de Rousseau. — Nous nous penchons ici précisément sur deux chapitres de la version française de l'ouvrage *Le problème Jean-Jacques Rousseau*, les chapitres s'intitulant *La loi contre la nature : la liberté* et *La loi contre l'État : la société*. Dans la version originale, le texte n'est pas séparé en chapitres et ces titres n'apparaissent pas, mais nous trouvons utile d'y faire référence quand même, étant donné qu'ils représentent bien la pensée de l'auteur.¹⁰⁵ Le premier chapitre qui nous concerne présente le problème de R. de cette façon, dans la version originale :

« *Wir sehen uns jetzt zu einer Peripetie hingeführt, die noch immer das Staunen aller Interpreten weckt. Rousseau wird zum Verfasser des „Contrat social“: er schreibt eben jener Gesellschaft, die er verworfen und die er als Ursache aller Verderbnis und alles Unglücks der Menschheit bezeichnet hatte, ihr Gesetzbuch. Und wie sieht dieses Gesetzbuch aus? Man sollte erwarten, dass es die Gesellschaft so weit als nur irgend möglich, in Schranken hielte — dass es ihre Befugnisse so sorgsam einengte und begrenzte, dass damit jeder Angriff auf die Individualität hintangehalten wird. Aber ein solcher „Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen“, liegt Rousseau völlig fern. Der „Contrat social“ verkündigt und verherrlicht einen schlechthin ungebundenen Absolutismus des Staatswillens. Vor der Macht der „volonté générale“ zerbricht jeder Sonder- und Einzelwille.* »¹⁰⁶

¹⁰⁵ Le chapitre *La loi contre la nature : la liberté* de la version française correspond, dans le texte original (CASSIRER, Ernst, *Das Problem Jean Jacques Rousseau*, dans *Archiv Für Geschichte Der Philosophie*, Carl Heymanns éditeur, Berlin, 1932, vol. XLI, n. ½), aux pages 190 à 200 et, le chapitre *La loi contre l'État : la société*, aux pages 201 à 205.

¹⁰⁶ CASSIRER, *ibid.*, p. 190. Dans la version française : « Rousseau nous entraîne dans une péripétie qui fait toujours l'étonnement des interprètes : il écrit le *Contrat social*, il prescrit sa Constitution à cette société que précisément il condamnait et qu'il considérait comme responsable de toute la dégénérescence et de tout le malheur de l'humanité. Comment se présente cette Constitution? On aurait pu s'attendre qu'il eût maintenu autant que faire se fût pu la société dans certaines limites, réduisant et bornant si soigneusement son autorité de sorte qu'ainsi toute atteinte à l'individualité eût été écartée. Mais pareil « essai de fixer à l'État les limites de son action » est fort loin des préoccupations de notre auteur. *Le Contrat social* proclame et prône l'absolutisme sans limite de la volonté étatique. Devant la puissance de la « volonté

Comment R. peut-il, d'un côté, faire l'éloge de l'individualité en articulant une critique virulente de la société et, d'un autre, proposer une Constitution où la volonté de l'individu se dissout dans la volonté générale? Cela n'est-il pas contradictoire?

Dans le reste du chapitre, l'auteur s'applique à résoudre cette difficulté en suivant les étapes suivantes :

- 1- Il définit le caractère de la « vraie liberté » (*echten und eigentlichen Charakter der Freiheit*), par opposition à la « liberté naturelle », comme étant chez R. la soumission de l'individu à une loi inviolable, rationnelle et adoptée de plein gré.¹⁰⁷
- 2- Il donne à la science un statut secondaire par rapport à la loi morale, celle qui émerge de la « vraie liberté », car, avant de connaître le monde qui l'entoure, l'homme doit d'abord trouver en lui la loi juste et fixe (*das klare und feste Gesetz*) qui le constitue.¹⁰⁸
- 3- La science économique étant également soumise à la loi morale, l'État peut s'ingérer dans gestion de la propriété privée si la répartition de la richesse devient tel que des citoyens sont réduits à la misère et qu'ils ne peuvent plus, dans ces conditions, exercer leur autonomie en tant que citoyen libre, étant totalement à la merci des « puissants » (*Mächtigen*).¹⁰⁹
- 4- De cette façon, un « État de raison » (*Vernunftstaat*) se substitue à un État de domination où les hommes sombrent dans la déchéance.¹¹⁰

L'individu ne se perd pas dans un État gouverné par la volonté générale, car cette volonté est stable et simple, parce qu'elle assure que chacun et chacune puissent avoir le minimum de biens matériels pour se développer normalement et qu'ainsi leur dignité et leur autonomie soient préservées comme le bien le plus précieux. Dans cet État, la loi morale est suprême, elle est la voix de la raison s'imposant devant toutes les tentatives d'usurpations étrangères, elle est à proprement parler le fondement de l'État de droit.

générale », toute volonté particulière ou individuelle se brise. » (CASSIRER, Ernst, *Le problème Jean-Jacques Rousseau*, traduit de l'allemand par Marc B. de Launay, Hachette, Paris, 1987, p. 28-29)

¹⁰⁷ *Op. cit.*, p. 192.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 194.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 196.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 199.

Dans le deuxième chapitre qui nous concerne, *La loi contre l'État : la société*, l'auteur explique ce qui distingue la pensée de R. par rapport à son époque, que l'État de droit n'est pas un eudémonisme, qu'il n'est pas un élitisme ou un « despotisme éclairé » et qu'il est plutôt un point de vue radicalement éthique. Sa principale préoccupation n'est pas l'utilité ou le bonheur, mais plutôt la dignité de l'homme et les moyens nécessaires pour réaliser cette dignité.¹¹¹ Cette radicalité fait de R. un penseur révolutionnaire, qui se démarque des pensées basées sur la prudence et sur l'expérience : deux éléments dont les encyclopédistes critiquaient justement l'absence dans la théorie politique de Rousseau.¹¹²

Cassirer insiste beaucoup sur l'aspect innovateur de R. Il le présente comme un penseur qui ne fait que très peu de cas de la tradition et de l'expérience des générations passées. R. est un penseur obsédé par la notion de progrès : il veut que l'humanité avance vers un développement de ce qu'elle est en tant qu'humanité, il veut un changement radical de la logique de l'État, que l'État soit au service de l'humanité et non plus l'inverse.¹¹³ Mais comment concilier ce besoin de progrès avec le besoin tout aussi pressant d'une loi inviolable et stricte, à laquelle l'individu se soumet de plein gré¹¹⁴, exprimé dans le premier chapitre, *La loi contre la nature : la liberté?*

Nous pouvons alors légitimement nous poser la question suivante : est-ce que Cassirer réussit à résoudre la tension qu'il a identifiée au début du premier chapitre? Comment d'une part admettre la suprématie de la loi, en tant qu'expression stable de la volonté générale, et, d'autre part, poser que l'humanité a absolument besoin de se construire quelque chose de nouveau? Voulons-nous stabiliser la Constitution ou bien la faire avancer? Si nous la stabilisons, alors l'individu se retrouve dans un cadre fixe qui ne peut pas être changé, et nous retournons alors au problème où l'individualité risque de se perdre dans la généralité inflexible de la loi. D'un autre côté, si nous faisons progresser la Constitution, alors l'individualité peut s'exprimer à travers elle plus facilement, l'individualité peut participer à un processus qui l'inclut en tant qu'individualité, un processus créatif. Par contre, où ce processus va-t-il nous conduire? Allons-nous rester

¹¹¹ *Ibid.*, p. 204.

¹¹² *Ibid.*, p. 203.

¹¹³ *Ibid.*, p. 205.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 192..

dans le cadre de la loi établie? Nous ne pouvons pas le savoir, car la création est par définition « nouvelle », elle est quelque chose de nouveau, elle n'est pas prédéterminée.

François Chirpaz illustre bien cette tension lorsqu'il explique le concept de perfectibilité chez R. :

« la perfectibilité, pour lui, désigne, en l'homme, cet état de non-achèvement, de non-détermination définitive : elle désigne l'état d'un être transformable, fragile pour cette raison-là même, et en état d'équilibre non-stable. Ce qui explique qu'il puisse se pervertir, ne devenir qu'un simple homme de l'homme (selon les règles de la vanité mondaine) ou bien devenir un véritable homme de la nature et selon la nature (s'il sait demeurer à l'écoute de cette voix primordiale). »¹¹⁵

L'être humain est « non-stable », il n'est jamais terminé, il est toujours en constant changement. Cela fait de lui à la fois un être fragile, mais aussi un être capable d'être lui-même, d'être vrai, s'il sait écouter sa propre nature. Mais quelle est cette nature? Qu'est-ce que lui dit cette « voix primordiale »? Est-ce que « devenir soi-même » signifie la même chose pour tout le monde, de tout temps? Ou bien est-ce un processus dont nous ne connaissons pas la fin, que chaque génération doit reprendre à son tour, à chaque fois, variant selon différents facteurs, chaque individu, chaque peuple et chaque époque pouvant y trouver sa propre vérité?

Encore, chez Guy Besse : « *Le Contrat social* est un moment nouveau dans l'histoire de la pensée rationnelle; le moment où nous savons enfin comment accorder la « constitution » civile à la « constitution » de l'homme. »¹¹⁶ Nous devons construire une société civile basée sur la nature de l'être humain si nous voulons que notre projet de baser l'État sur le droit soit possible. Mais est-ce que cette nature est toujours la même? Est-elle quelque chose de fini, un objectif qu'une fois atteint, il ne suffit que de préserver, ou bien est-ce quelque chose qu'il faut constamment améliorer et qui n'a pas de fin prévisible?

Il n'y a pas lieu de penser que ces deux types d'interprétations sont irréconciliables : l'un n'empêche pas l'autre. D'une part, nous pourrions dire, pour défendre la stabilité, que ce n'est pas parce qu'il y a des lois générales inflexibles qu'il n'y a aucune place pour la créativité, même que ces lois sont peut-être justement ce qui

¹¹⁵ CHIRPAZ, François, « *L'institution de l'homme* », dans *Jean-Jacques Rousseau au présent*, Édité par l'Association des Amis de Jean-Jacques Rousseau, Grenoble, 1978, p. 27.

¹¹⁶ BESSE, Guy, « *Jean-Jacques Rousseau, le politique et l'humain* », dans « *Penser Jean-Jacques Rousseau* », les publications de La pensée, Paris, 2005, cf. p. 98-99.

permet à l'individu de s'exprimer. D'autre part, pour défendre le progrès, nous pourrions dire que ce n'est pas parce que l'avenir des règles normatives est incertain qu'il n'y a pas de place pour l'ordre, car même si l'ordre change et se fait remplacer par un autre ordre, il y a alors quand même toujours de l'ordre.

Seulement, il faut admettre que si nous voulons proposer une solution, alors il faut faire un choix : qu'est-ce qui est prioritaire? L'universalité des lois ou bien la force créatrice de l'humanité? Cassirer choisit l'universalité des lois :

« Dieser Hymnus auf das Gesetz und seine unbedingte Allgemeingültigkeit geht durch alle politischen Schriften Rousseaus hindurch — aber freilich ist er gerade an diesem Punkte am stärksten und am häufigsten missverstanden worden. Nur einer hat hier den inneren Zusammenhang seiner Gedankenwelt klar und richtig gesehen; nur Kant ist, an eben diesem Punkte, zum bewundernden Schüler Rousseaus geworden. »¹¹⁷

Cassirer pense que la loi est la priorité chez R. et il se base sur l'interprétation kantienne pour expliquer cela. En effet, lorsque nous considérons le projet kantien de fonder une morale universelle où les maximes aspirent à être des lois de la nature¹¹⁸, vraies en elles-mêmes, indépendamment de toute circonstance, et que nous comparons cela avec l'interprétation que fait Cassirer de R. (où l'individu se soumet de plein gré à une loi inviolable et stricte¹¹⁹), les deux convergent. Mais est-ce la bonne interprétation? Cassirer ne projette-t-il pas un peu trop la pensée de Kant sur celle de R.? Est-ce vraiment la loi universelle qui est le moteur principal de la pensée de R., comme chez Kant?

Un bon exemple de pensée qui se base sur un « malentendu », dans la perspective de Cassirer, est celle de Lester G. Crocker, dans son article intitulé « *Rousseau et la voie du totalitarisme* » : « Le paradoxe de Rousseau est que son point de départ est humaniste : l'homme n'est pas asservi à la nature, et est appelé à se créer ; mais son aboutissement est un système antihumaniste par la dissolution du moi distinctif dans le

¹¹⁷ CASSIRER, *Das Problem Jean Jacques Rousseau, op. cit.*, p. 194-195. Dans la traduction française : « cette apologie de la loi et de sa validité universelle absolue parcourt tous les écrits politiques de Rousseau, or c'est précisément cet aspect de sa doctrine qui suscite les malentendus les plus fréquents et les plus profonds. Un seul penseur a su pénétrer son univers intellectuel et en apercevoir la cohésion interne : Kant, et lui seul, s'est fait l'émule admiratif de Rousseau sur cette question-là. » (CASSIRER, *Le problème Jean-Jacques Rousseau, op. cit.*, p. 35.)

¹¹⁸ KANT, Emmanuel, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, traduit par Victor Delbos, collection « les Intégrales de Philo », Éditions Nathan, Paris, 1998, cf. p. 59 : « Agis comme si la maxime de ton action devait être érigée par ta volonté en LOI UNIVERSELLE DE LA NATURE. »

¹¹⁹ CASSIRER, *Das Problem Jean Jacques Rousseau, op. cit.*, p. 192..

moi commun. »¹²⁰ Nous retrouvons ici les mêmes éléments soulevés précédemment, des éléments difficilement réconciliables, l'« humanité créatrice » indépendante de la nature et le « moi commun » qui aspire à être une loi de la nature. Est-ce que Cassirer réussit à dissoudre ce paradoxe en évoquant Kant? Est-ce qu'il résout le « malentendu » qu'il dénonce lui-même?

Tout en insistant sur le fait que le débat reste ouvert et la position de Cassirer, très convaincante, nous pensons qu'il y a des raisons de penser que ce n'est pas la loi, mais le peuple qui est le moteur principal de la pensée de R., du moins dans ses écrits politiques, et que cela fait en sorte que nous pouvons ni dire que R. priorise la loi, ni qu'il néglige l'« humanité créatrice ». Donc, contrairement à Crocker, nous ne pensons pas que R. aboutit à une « dissolution du moi distinctif dans le moi commun ». Cependant, nous ne sommes pas d'avis non plus que la solution de Cassirer est satisfaisante. La priorité de la loi ne résout pas le paradoxe, mais ne fait que le reconduire dans une autre perspective, celle de Kant. Notre position est donc la suivante : que l'aspect indéterminé de l'être humain, l'être humain comme processus de création inachevé, reste l'élément majeur de la pensée de R. et que cela s'exprime à travers la priorité qu'il accorde au peuple. Pour démontrer cela, nous examinons en détail deux textes d'applications constitutionnels, *Projet de Constitution pour la Corse* et *Considérations sur le gouvernement de Pologne*. Mais avant, faisons un petit détour par le *Contrat social*, pour bien faire ressortir les bases théoriques de notre position.

La primauté du peuple et de la créativité humaine dans le Contrat social. — Selon Crocker, R. donne trop de pouvoirs au gouvernement, il lui donne un pouvoir illimité qui va au-delà de ce que permet l'État libéral, et cela fait en sorte que cet État libéral se distingue clairement de celui proposé par R. :

« Le premier cherche à réformer le gouvernement, afin de créer une ambiance favorable au maximum de liberté pour les forces diverses dans une société, sans que celles-ci se heurtent d'une manière préjudiciable au bien général. L'intention de l'autre est d'aller beaucoup plus loin, de pénétrer au-dedans des hommes, de les « former » en vue d'obtenir une harmonie des volontés et d'en faire un vrai

¹²⁰ CROCKER, Lester G., « Rousseau et la voie du totalitarisme », dans *Annales de philosophie politique* [5] *Rousseau et la philosophie politique*, Presses universitaires de France, Paris, 1965, p. 135-136.

organisme collectif et unanime — c'est-à-dire d'éliminer les forces discordantes, plutôt que d'en équilibrer et modérer la libre expression. »¹²¹

L'État libéral est un État basé sur une limitation des pouvoirs du gouvernement, alors que l'État de R. est basé sur un gouvernement qui a tous les droits pour atteindre ses objectifs. Qu'est-ce qui, dans la théorie du *Contrat social*, conduit Crocker à interpréter R. de cette manière?

C'est le pouvoir absolu que R. met entre les mains du « Souverain », lorsque vient le temps de déterminer ce qui appartient à la communauté et ce qui ne lui appartient pas¹²² :

« On convient que tout ce que chacun aliène par le pacte social de sa puissance, de ses biens, de sa liberté, c'est seulement la partie de tout cela dont l'usage importe à la communauté, mais il faut convenir aussi que le Souverain seul est juge de cette importance. »¹²³

Le pacte social ne peut pas aliéner tout ce que possède et fait l'individu, mais seulement ce qui concerne la communauté. Si nous nous arrêtons ici, R. pourrait être pris pour un authentique libéral, puisqu'au fond, il établit une limite entre ce qui concerne l'individu et la communauté. C'est le dernier bout de la citation qui est problématique, selon Crocker : « mais il faut convenir aussi que le Souverain seul est juge de cette importance. » Voilà R. pris la main dans le sac! Il est un absolutisme et non un libéral! Le gouvernement a à lui seul tout le loisir de déterminer la ligne de partage entre ce qui concerne l'État et ce qui concerne la vie privée. D'accord, mais est-ce la bonne interprétation? Est-ce fidèle à l'esprit du *Contrat*?

C'est à ce moment-ci que doit intervenir non pas le concept de « loi », mais celui de « peuple », pour rétablir la balance et l'esprit original habitant la pensée de R. D'abord, ce qu'il est important de noter est que dans le paragraphe venant juste avant celui que Crocker cite, le mot « Souverain » est posé juste à côté de celui de « Citoyens » et R. a lui-même placé un astérisque (*) devant le premier, lequel renvoie à la note suivante : « Lecteurs attentifs, ne vous pressez pas, je vous prie, de m'accuser ici de

¹²¹ *Ibid.*, p. 134.

¹²² *Ibid.*, cf. p. 132.

¹²³ ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Du Contrat social*, texte établi par Robert Derathé, Éditions Gallimard, Paris, 1964, II, 4, p. 195.

contradiction. Je n'ai pu l'éviter dans les termes, vû la pauvreté de la langue ; mais attendez. »¹²⁴ Contradiction? Comment le lecteur pourrait-il voir là une contradiction?

C'est que R. a précédemment établi que le peuple est le souverain inaliénable, que rien ne peut défaire la souveraineté du peuple en tant qu'expression de la « volonté générale » :

« Je dis donc que la souveraineté n'étant que l'exercice de la volonté générale ne peut jamais s'aliéner, et que le souverain, qui n'est qu'un être collectif, ne peut être représenté que par lui-même ; le pouvoir peut bien se transmettre, mais non pas la volonté. »¹²⁵

Si le peuple n'est plus souverain, alors le pouvoir ne s'exerce plus de manière collective, mais de manière individuelle, et dans ce cas, il n'y a plus de peuple, il n'y a que des esclaves soumis à une loi qui n'est pas la leur : « Si donc le peuple promet simplement d'obéir, il se dissout par cet acte, il perd sa qualité de peuple ; à l'instant qu'il y a un maître il n'y a plus de Souverain, et dès lors le corps politique est détruit. »¹²⁶ Comment alors un « Souverain » pourrait-il être distinct des « Citoyens »? Comment le premier pourrait-il avoir un quelconque privilège par rapport aux autres, en l'occurrence celui de délimiter la sphère « publique-communautaire » de la sphère « privée-citoyenne »? R. n'opère-t-il pas là un virage à 180 degrés?

Le fait qu'il ait lui-même identifié un possible malentendu dans l'interprétation de ce passage nous indique qu'il faut justement faire attention de ne pas mal l'interpréter, et surtout, qu'il faut prendre bien le temps de lire ce qui va suivre :

« Qu'est-ce donc proprement qu'un acte de souveraineté? Ce n'est pas une convention du supérieur avec l'inférieur, mais une convention du corps avec chacun de ses membres : Convention légitime, parce qu'elle a pour base le contract social, équitable, parce qu'elle est commune à tous, utile, parce qu'elle ne peut pas avoir d'autre objet que le bien général, et solide, parce qu'elle a pour garant la force publique et le pouvoir suprême. Tant que les sujets ne sont soumis qu'à de telles conventions, ils n'obéissent à personne, mais seulement à leur propre volonté; et demander jusqu'où s'étendent les droits respectifs du Souverain

¹²⁴ *Ibid.* Citation complète : « Mais outre la personne publique, nous avons à considérer les personnes privées qui la composent, et dont la vie et la liberté sont naturellement indépendantes d'elle. Il s'agit donc de bien distinguer les droits respectifs des Citoyens et du Souverain*, et les devoirs qu'ont à remplir les premiers en qualité de sujets, du droit naturel dont ils doivent jouir en qualité d'hommes. »

¹²⁵ *Ibid.*, II, 1, p. 190.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 191.

et des Citoyens, c'est demander jusqu'à quel point ceux-ci peuvent s'engager avec eux-mêmes, chacun envers tous et tous envers chacun d'eux. »¹²⁷

R. ne donne jamais de réponse précise à savoir où se situe exactement cette limite entre le public et le privée, tout simplement parce qu'il considère que cela ne dépend pas de lui, cela dépend des relations entre gouvernants et gouvernés, qui forment ici le même ensemble, ceux qui gouvernent sont exactement les mêmes qui sont gouvernés, de sorte que la limite dépend de « jusqu'à quel point ceux-ci peuvent s'engager avec eux-mêmes, chacun envers tous et tous envers chacun d'eux. » C'est donc au peuple lui-même de délimiter cette frontière, même si R. admet qu'il doit nécessairement y en avoir une et que le peuple ne peut pas « tout » gérer.

Nous voyons donc comment le concept de peuple vient ici mettre une limite précise non pas entre le public et le privée, mais entre ce qui peut être déterminé d'avance et ce qui ne le peut pas :

« Rousseau commence par montrer que toutes les fondations de l'ordre social qui reposent sur un principe de sujétion sont intrinsèquement contradictoires. Il est ainsi conduit à opposer entre elles une « agrégation » (ce qu'est une multitude soumise à un maître) et une « association » (ce que doit être un peuple). Cette dernière notion récuse à la fois les représentations *individualistes* et *corporatives* de la société civile. En effet, dans les deux cas, la distinction entre le *privé* et le *public*, sans laquelle il n'y a à proprement parlé ni droit, ni État, deviendrait inintelligible. Et dans les deux cas les hommes sont politiquement passifs, ce qui signifie qu'il n'y a pas à proprement parler de citoyens. Une association véritable ne peut être ni la juxtaposition des individualités ni leur fusion mystique, ni la multiplicité pure ni l'émanation de l'Un. »¹²⁸

Qu'il y ait une limite entre le public et le privé, cela est certain, car sans elle, il n'y aurait pas vraiment d'association, mais seulement la soumission d'une masse de gens à un ordre supérieur, établi par un « individu » ou une « corporation ». Le peuple n'est donc réductible ni à une simple addition d'individus, ni à un tout unitaire où les individus disparaissent, ce qui s'exprime bien par la formule : « chacun se donnant à tous ne se donne à personne »¹²⁹. Le peuple se trouve quelque part entre les deux, mais où se situe

¹²⁷ *Ibid.*, II, 4, p. 196-197.

¹²⁸ BALIBAR, Étienne, « *Ce qui fait qu'un peuple est un peuple. Rousseau et Kant* », dans *Revue de synthèse*, IV^e s., n. 3-4, juillet-décembre, 1989, p. 391-392.

¹²⁹ *Op. cit.*, I, 6, p. 183.

exactement la ligne de démarcation? Pouvons-nous l'établir d'avance? Y a-t-il une norme universelle qui trace une frontière claire entre ces deux domaines?

Pour de nombreux commentateurs, R. tente ici de réconcilier l'irréconciliable, ce qui crée un paradoxe insoluble, voire une contradiction. Pour Cassirer, à l'instar de Kant, cela se résout dans l'universalité de la loi, comme nous l'avons vu, mais de nombreuses autres explications ont été proposées. Certains donnent une explication psychologique, par exemple : « les idées politiques fondamentales de Rousseau lui furent dictées par un puissant sentiment patriotique [...] ». ¹³⁰ Ainsi, le *Contrat* aurait été motivé par le désir de trouver une solution aux conflits de Genève. D'autres y voient une haine quelconque :

« M. Bourguin essaie de trouver cette explication dans la haine de Rousseau pour le despotisme : « En haine de celui-là il se rejette vilement, radicalement vers la souveraineté collective telle que l'antiquité l'a connue. » Mais, se demande le même auteur avec raison, « dans la société du contrat social, l'individu ne court-il pas encore le risque d'être opprimé par le souverain »? » ¹³¹

R., en voulant abolir pour toujours le despotisme, aurait finalement peut-être contribué à en légitimer les fondements, comme quoi la haine n'engendre que de la haine.

Pour notre part, comme nous l'avons déjà dit, nous pensons que cette aporie peut se comprendre sans avoir recours à la psychologie et seulement à l'aide de la structure de l'argumentation philosophique. En ce sens, nous rejoignons Cassirer. Seulement, contrairement à lui, nous ne pensons pas que le problème de R. se résout ici en misant sur l'ordre et sur la stabilité de la loi de la raison, car il n'y a rien de clair dans le texte qui indique que R. aurait entrepris un tel projet. Le projet de R. semble davantage celui d'établir la légitimité d'une loi fondée non sur la raison, mais sur la volonté générale, laquelle est changeante et peut passer d'un extrême à l'autre sans froisser la légitimité de l'État. Bref, elle est la volonté du peuple.

Cela fait en sorte que le droit n'est pas avant tout quelque chose de stable, mais, pour R., progressif : il dépend exclusivement du niveau d'engagement que les uns sont prêts à prendre avec les autres. R. ne peut pas, à la place des gens, décider jusqu'où peut aller le contrat social, il ne peut pas aller sur ce terrain, car il est le terrain propre au peuple lui-même, c'est-à-dire aux gens voulant s'unir sous une législation commune :

¹³⁰ CHOULGUINE, Alexandre, « *Les origines de l'esprit national moderne et Jean-Jacques Rousseau* », dans *Annales de la société Jean-Jacques Rousseau*, t. 26, Chez A. Jullien Éditeur, Genève, 1937, p. 220.

¹³¹ *Ibid.*, p. 216.

« Pourquoi la volonté générale est elle toujours droite, et pourquoi tous veulent-ils constamment le bonheur de chacun d'eux, si ce n'est parce qu'il n'y a personne qui ne s'approprie ce mot *chacun*, et qui ne songe à lui-même en votant pour tous? »¹³² R. ne cherche qu'à être cohérent avec lui-même en ne fixant pas de limites strictes, car c'est justement une propriété principale de la volonté générale que de ne pas pouvoir être appropriée par aucune volonté individuelle ou corporative, incluant bien sûr la sienne.

Il serait absurde pour R. de chercher à déterminer une norme quant à la limite du pouvoir souverain, car même si une volonté particulière était en accord pour un moment avec la volonté générale, cela ne serait jamais alors une garantie solide pour l'avenir :

« En effet, s'il n'est pas impossible qu'une volonté particulière s'accorde sur quelque point avec la volonté générale; il est impossible au moins que cet accord soit durable et constant; car la volonté particulière tend par sa nature aux préférences, et la volonté générale à l'égalité. Il est plus impossible encore qu'on ait un garant de cet accord quand même il devrait toujours exister; ce ne seroit pas un effet de l'art mais du hasard. Le Souverain peut bien dire, je veux actuellement ce que veut un tel homme ou du moins ce qu'il dit vouloir; mais il ne peut pas dire; ce que cet homme voudra demain, je le voudrai encore; puisqu'il est absurde que la volonté se donne des chaînes pour l'avenir, et puisqu'il ne dépend d'aucune volonté de consentir à rien de contraire au bien de l'être qui veut. »¹³³

Le concept de peuple est décisif pour R., il est prioritaire et il semble que c'est justement parce que le peuple a ce rôle que le philosophe ne peut que développer une pensée progressive, qui laisse la porte grande ouverte à la « créativité de l'humanité ». À tort ou à raison, R. s'empêche explicitement de limiter l'expansion des possibilités pour l'avenir de l'être humain. Même si un individu venait qu'à être capable de déterminer l'avenir de la volonté générale, déterminer pour toujours des éléments précis contenus dans le Contrat social juste et équitable, cela ne serait que le fruit du hasard, car le peuple reste toujours au fond l'ultime siège de la souveraineté et R. se voit mal restreindre de manière permanente ses possibilités de créer de nouveaux contrats.

Dans ce cas, lorsque R. dit qu'il revient au Souverain de délimiter la ligne entre le public et le privée, entre les droits du Souverain et les droits des Citoyens, il n'établit pas les bases d'une pensée qui abolirait les libertés individuelles et leur potentialité créatrice au profit d'un « moi commun », comme le suggérait Crocker, mais il s'assure au

¹³² *Op. cit.*, II, 4, p. 195.

¹³³ *Ibid.*, II, 1, p. 190-191.

contraire que ces libertés individuelles restent toujours au fond maîtres d'elles-mêmes, qu'elles aient devant elles toutes les possibilités du monde, incluant bien sûr celle de se tromper et de faire fausse route : « car s'il lui [le peuple] plaît de se faire mal à lui-même, qui est-ce qui a droit de l'en empêcher? »¹³⁴ Nous pouvons certainement accuser R. de manquer de prudence à cet égard, surtout considérant les dérives historiques de certains régimes nationalistes (qu'il ne connut jamais lui-même, par ailleurs), mais ce qui paraît évident, à notre sens, est que nous ne pouvons pas l'accuser d'entraver les possibilités innovatrices de l'être humain. Au contraire, elles semblent être ici le tout de l'affaire, sa préoccupation première.

De plus, si R. se refuse à établir des « chaînes permanentes » conçues spécialement pour le peuple, c'est également parce qu'il veut éviter de se mettre lui-même dans une situation délicate où il ne ferait qu'étaler au grand jour la vanité qui l'habite, comme il le remarque au sujet de deux de ses contemporains :

« Grotius réfugié en France, mécontent de sa patrie, et voulant faire sa cour à Louis XIII à qui son livre est dédié, n'épargne rien pour dépouiller les peuples de tous leurs droits et pour en revêtir les rois avec tout l'art possible. C'eut bien été aussi le goût de Barbeyrac, qui dédioit sa traduction au Roi d'Angleterre George I. Mais malheureusement l'expulsion de Jaques II qu'il appelle abdication, le forçoit à se tenir sur la reserve, à gauchir, à tergiverser, pour ne pas faire de Guillaume un usurpateur. Si ces deux écrivains avoient adopté les vrais principes, toutes les difficultés étoient levées et ils eussent été toujours conséquents; mais ils auroient tristement dit la vérité et n'auroient fait leur cour qu'au peuple. Or, la vérité ne mene point à la fortune, et le peuple ne donne ni ambassades, ni chaires, ni pensions. »¹³⁵

Ce qui frappe encore une fois dans ce passage est la place qu'y occupe le concept de peuple : R. en fait son fétiche et il fait cela sachant très bien qu'il n'en retirera aucun profit personnel, ce que l'histoire de ses exils confirme. Mettre le peuple devant la loi, faire de lui le siège ultime de l'ordre, n'est certes pas glorieux, mais il y a espoir qu'en faisant cela, le discours constitutionnel puisse se sortir des méandres de l'intérêt personnel pour devenir un discours « vrai », c'est-à-dire un discours qui réponde à de « vrais » besoins pour de « vrais » gens. R. pensait que cela n'était pas possible sans que le philosophe accède à une certaine humilité, l'humilité de ne pas confondre sa propre

¹³⁴ *Ibid.*, II, 11, p. 216.

¹³⁵ *Ibid.*, II, 2, p. 192-193.

volonté avec celle du Souverain, le peuple, ou, pour paraphraser une formule fameuse de Charles Taylor, ne pas prendre un particularisme pour un universalisme.

En somme, il semblerait que la réponse que propose R. au problème politique de la Constitution a davantage l'allure d'une question qu'une réponse. Il se refuse d'être rassurant et de poser des fondements stricts et permanents, des fondements qui garantiraient une stabilité pour le présent et pour l'avenir : « il n'y a ni ne peut y avoir nulle espèce de loi fondamentale obligatoire pour le corps du peuple, pas même le contrat social. »¹³⁶ Pour l'essentiel, il remet entre les mains du peuple le soin de régler les détails du contrat : « au lieu de constituer une réponse satisfaisante au problème politique, il devient une *question*. »¹³⁷ Est-ce là une pensée libérale? Elle est libérale en ce sens qu'elle permet le libéralisme, mais il se pourrait qu'elle ne permette pas juste cela, qu'elle permette aussi son contraire, ce qui fait en sorte que la réponse reste au fond ambiguë, même qu'il se pourrait qu'elle n'en soit pas vraiment une.

Cet état d'esprit « ouvert » est une constante dans le *Contrat social*. Par exemple, dans le chapitre 5 du livre II, lorsqu'il est question « Du droit de vie ou de mort », la réponse est sensiblement du même ordre, elle ressemble davantage à une question :

« Il n'y a point de méchant qu'on ne pût rendre bon à quelque chose. On n'a droit de faire mourir, même pour l'exemple, que celui qu'on ne peut conserver sans danger. À l'égard du droit de faire grace, ou d'exempter un coupable de la peine portée par la loi et prononcée par le juge, il n'appartient qu'à celui qui est au dessus du juge et de la loi; c'est-à-dire au Souverain : Encore son droit en ceci n'est-il pas bien net, et les cas d'en user sont-ils très rares. »¹³⁸

De toute évidence, R. craint plus que tout les condamnations à mort arbitraires, les forfaits perpétrés sans raison évidente, mais, en revanche, il n'y a rien de bien précis dans le droit qu'il établit : « On n'a droit de faire mourir, même pour l'exemple, que celui qu'on ne peut conserver sans danger. » Sans « danger »? Mais quel « danger »? Un danger pour le Souverain, bien sûr. Il nous répond alors : « son droit en ceci n'est-il pas bien net ». R. admet qu'il n'a pas d'idée arrêtée en la matière. Cependant, il s'en remet toujours à la même instance, le Souverain, pour justifier les contraintes du devoir et le Souverain n'est nul autre que le peuple.

¹³⁶ *Ibid.*, I, 7, p. 184.

¹³⁷ BALIBAR, *op. cit.*, p. 395.

¹³⁸ *Op. cit.*, II, 5, p. 199.

À ceux qui disent que R. donne trop de pouvoirs au gouvernement, il leur répondrait donc sûrement 1) qu'ils confondent gouvernement et Souverain¹³⁹, car la volonté générale-souveraine ne correspond pas nécessairement à la volonté du gouvernement, et 2) qu'il ne donne pas trop de pouvoir au peuple-Souverain, mais juste assez, selon les circonstances dans lesquelles les « membres du corps », c'est-à-dire les gens du peuple, veulent s'unir et établir un bien commun : « Le Souverain, par cela seul qu'il est, est toujours tout ce qu'il doit être. »¹⁴⁰ Cet aspect circonstanciel et innovateur du peuple, devant lequel le discours constitutionnel ne peut que rester « ouvert », « questionnant », se retrouve également exprimé dans les chapitres traitant « De la loi » et « Du législateur » et, en réalité, il nous apparaît qu'il traverse l'ouvrage en entier.

Par contre, cela ne signifie pas que R. renie la stabilité et qu'il est un penseur se positionnant contre l'ordre, contre la prudence et contre la loi. Par exemple, lorsqu'il aborde le livre III, le concept de peuple redescend de son piédestal pour venir se placer en équilibre avec celui de gouvernement : « pour que l'État soit dans un bon équilibre il faut, tout compensé, qu'il y ait égalité entre le produit ou la puissance du Gouvernement pris en lui-même et le produit ou la puissance des citoyens, qui sont souverains d'un côté et sujets de l'autre. »¹⁴¹ Le « bon équilibre » nécessite de l'ordre.

Plus loin, dans le livre IV, il insiste aussi sur le besoin d'un « Tribunat », une institution indépendante servant à stabiliser les relations entre gouvernants et gouvernés :

« Ce corps que j'appellerai *Tribunat*, est le conservateur des loix et du pouvoir législatif. Il sert quelquefois à protéger le Souverain contre le Gouvernement, comme faisoient à Rome les Tribuns du peuple, quelquefois à soutenir le Gouvernement contre le Peuple, comme fait maintenant à Venise le conseil des Dix, et quelquefois à maintenir l'équilibre de part et d'autre, comme faisoient les Éphores à Sparte. »¹⁴²

Encore une fois, dans cet extrait, le peuple se retrouve sur le même pied d'égalité que le gouvernement, et cela, ici, explicitement pour conserver l'intégrité des lois et maintenir le pouvoir (législatif) de faire des lois. En ce sens, R. se montre également comme un

¹³⁹ *Ibid.*, II, 6, p. 202, *cf.* note : « Pour être légitime il ne faut pas que le Gouvernement se confonde avec le Souverain, mais qu'il en soit le ministre [...] ». Cela est autant vrai dans une démocratie, une aristocratie qu'une monarchie et cela forme le principe de ce que R. appelle généralement le « Gouvernement républicain ».

¹⁴⁰ *Ibid.*, I, 7, p. 185.

¹⁴¹ *Ibid.*, III, 1, p. 218.

¹⁴² *Ibid.*, IV, 5, p. 276.

penseur prudent et préoccupé par le respect des lois. Il manifeste alors un respect de la tradition des doctrines politiques venant avant lui.

Tout de même, nous pensons que malgré ce revirement apparent entre les notions de stabilité et de progrès, le progrès reste la notion décisive, celle qui prend le plus de place. L'aspect « temporaire » du « Tribunal » exprime bien la limite que R. accorde à la notion de stabilité : aussitôt admis que les lois doivent parfois être protégées autant du peuple que du gouvernement, il insiste immédiatement sur les possibilités d'usurpation du pouvoir et sur la nécessité de ne jamais rendre permanente cette institution spéciale.¹⁴³ Puis, lorsqu'il parle de la puissance relative du gouvernement et des citoyens, il réitère aussi très rapidement sa position de départ :

« Enfin comme il n'y a qu'une moyenne proportionnelle entre chaque rapport, il n'y a non plus qu'un bon gouvernement possible dans un État : Mais comme mille événemens peuvent changer les rapports d'un peuple, non seulement différens Gouvernemens peuvent être bons à divers peuples, mais au même peuple en différens tems. »¹⁴⁴

Tout change, la seule constante : le peuple. Bien sûr qu'il faut céder à l'idée d'un bon gouvernement, et même à l'idée qu'il n'y ait qu'un seul bon gouvernement, mais celui-ci est toujours ramené au concept du peuple, qui, lui, est synonyme de changement, selon les événements, lesquels peuvent entraîner une modification consistante de la Constitution.

Au bout du compte, l'idée de « bon gouvernement » devient un peu comme chez Edward Schneier, une appellation triviale, car c'est encore l'idée du peuple et des circonstances dans lesquelles le peuple se présente qui forment la pierre de touche de la pensée constitutionnelle.

S'il est nécessaire d'en ajouter pour nous persuader qu'il y a de bonnes raisons de penser que ce n'est pas le concept de loi, mais celui de peuple qui est le moteur principal de la pensée politique de R., et que cela fait de lui non pas en premier lieu un penseur de la stabilité, mais plutôt du progrès, alors peut-être serait-il utile de nous pencher un instant sur l'auteur qui inspire directement l'interprétation de Cassirer : Kant. Nous

¹⁴³ *Ibid.*, cf. p. 277.

¹⁴⁴ *Ibid.*, III, 1, p. 219.

passerons ensuite à l'examen des textes appliqués de R. pour vérifier si notre interprétation tient la route.

Rousseau vs Kant : l'interprétation de Étienne Balibar. — Qu'est-ce qui distingue la pensée de R. de celle de son plus grand admirateur, tout aussi célèbre et commenté, Emmanuel Kant? Nous suivons ici les grandes lignes d'un article écrit par Étienne Balibar, s'intitulant « *Ce qui fait qu'un peuple est un peuple. Rousseau et Kant* », en 1989. Comme nous l'avons souligné, R. construit le constitutionnalisme autour d'un questionnement. Lequel? « Qu'est-ce qu'un citoyen? »¹⁴⁵ Il est un individu dont l'identité civile se fonde dans le peuple. Mais qu'est-ce que le peuple? Il est ce qu'il est, selon les circonstances. Tenter de lui donner une forme prédéterminée serait contraire à l'esprit même du *contrat libre*, de sorte que la question rebondit et revient au point de départ : « qu'est-ce qu'un citoyen libre? » C'est précisément cette question qui reste ouverte chez R. et il faut avouer que cette ouverture n'est pas rassurante, car elle est autant une ouverture à l'ordre qu'à la révolution :

« On peut s'y [la volonté générale] référer pour légitimer un État, mais on peut aussi s'en réclamer pour légitimer la révolution. Les penseurs politiques de tous les camps se sont immédiatement rendus compte qu'elle recèle un élément de contestation de *tout* ordre établi, dès lors que « peuple » (ou « nation », ou « société ») et « État » ne sont pas des réalités *identiques*. D'où la nécessité, aux yeux de la plupart d'entre eux, d'en récuser le concept, ou du moins de le transformer profondément. »¹⁴⁶

Parmi ces « penseurs politiques », il y a Kant. Dans cette perspective, sa pensée est donc une réponse à R., elle est une réponse tentant de résoudre cet « élément de contestation de *tout* ordre établi » et c'est pourquoi il est bien important de distinguer la question de la réponse. Quelle est la réponse de Kant? Selon Balibar : « Un citoyen est (toujours encore) un sujet »¹⁴⁷. Kant prend le citoyen de R., qui existe dans une zone grise entre individualité et communauté, et le remet à sa place, dans l'individu.

En effet, chez Kant, le citoyen se distingue clairement du peuple, de sorte que les « droits des citoyens » ne sont pas du tout les mêmes que les « droits de l'homme ». Chez R., comme nous l'avons vu, les « droits individuels », ceux qui ne concernent pas la

¹⁴⁵ BALIBAR, *op. cit.*, p. 391.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 395.

¹⁴⁷ *Ibid.*

volonté générale, sont interprétés précisément comme étant les « droits des citoyens », alors que le « droit public », le droit sur lequel la volonté générale peut légiférer, est le « droit du Souverain », le droit du peuple. Kant renverse cet ordre, les droits du peuple deviennent les droits de l'homme en tant qu'individu, donc le peuple se réduit à une addition de personnes, et le droit public se confond maintenant avec le droit du citoyen, de sorte qu'il est bien vrai qu'avec le philosophe allemand, le citoyen retourne à son état de « sujet », il redevient « entièrement » soumis à l'État, comme il l'a toujours été dans la plupart des doctrines politiques de l'Antiquité. À ce niveau, cela fait d'ailleurs de Kant un penseur plus prudent que R.

Balibar puise dans la *Doctrine du droit* pour mettre en lumière la place décisive qu'occupe dans la pensée de Kant le concept de « représentation », lequel est à la base de ce retour à l'« ordre normal ». Le passage est le suivant :

« « Seule la capacité de donner son suffrage fonde la qualification comme citoyen; mais celle-là présuppose l'indépendance dans le peuple de celui qui ne veut point être une simple partie de la république, mais aussi un membre de celle-ci, c'est-à-dire qui veut être une partie agissant par son propre arbitre avec d'autres en communauté. Cette dernière qualité rend toutefois nécessaire la distinction des citoyens *actifs* des citoyens *passifs*, encore que ce dernier concept semble de manière générale en contradiction avec la définition du concept de citoyen en général » (*Doctrine du droit*, § 46, remarque). »¹⁴⁸

Il faut distinguer les « parties de la république », le peuple, des « membres de la république », ceux qui sont « indépendants dans le peuple »; les « citoyens à part entière » des citoyens qui n'en sont pas vraiment. Sur ce point, Kant se distingue clairement de R. :

« Il ne suffit donc pas, pour devenir citoyen actif, d'être partie prenante au contrat : encore faut-il apporter avec soi des « propriétés » qui sont l'équivalent d'une nature, ou plus vraisemblablement qui rendent possible un certain rapport « libre » à la nature [...]. Ceux qui travaillent au service d'autrui, les mineurs, les femmes, en général les *dépendants* « manquent de personnalité civile et leur existence n'est pour ainsi dire qu'inhérence [...] ils doivent être protégés ou commandés par d'autres individus » (*ibid.*). »¹⁴⁹

Les citoyens actifs ont une double fonction représentative. Ils se représentent eux-mêmes à travers les différentes instances politiques et juridiques, et ils représentent les autres :

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 397-398.

¹⁴⁹ *Ibid.* p. 398.

« Ceux-là mêmes, sans doute, qui ont tendance à se révolter car ils risquent toujours de préférer l'impératif du bonheur (ou le « droit à l'existence ») à l'impératif catégorique ou à l'Idée de la raison. »¹⁵⁰ Il n'y a donc plus chez Kant de « volonté générale » se distinguant d'une « volonté particulière », car les « indésirables » ne font pas et ne doivent pas faire partie de l'équation. Il ne doit y avoir que la volonté de la raison, laquelle s'exprime essentiellement à travers l'action de l'individu qui « protège » ou « commande » autrui, d'où « un certain rapport « libre » à la nature », légitimant la prise en charge du monde.

La primauté de l'individu et de la raison conduisent ainsi Kant à se distinguer de R. sur la scène internationale :

« l'individu ne peut être caractérisé comme sujet de droit (y compris comme sujet de droit *public*) d'une façon univoque. Mais il doit être reconnu et déployer son activité dans une *pluralité* d'ordres juridiques auxquels correspondent autant de « citoyennetés » : non seulement l'ordre juridique national et l'ordre juridique international, mais aussi, innovation propre à Kant, l'ordre « cosmopolitique » (*Weltbürgerrecht*). »¹⁵¹

Pour être conséquent avec lui-même, pour être capable de démontrer que la volonté de l'individu suivant « l'Idée de la raison » est véritablement universelle et toujours la même, Kant doit être capable d'articuler une « prise en charge de la nature » qui ne soit pas seulement locale, mais internationale, bref, qui rejoint et ordonne le genre humain, partout où il se trouve, dans de multiples niveaux cohérents de droits :

« Les fins de la liberté ne peuvent être que la *réalisation de la liberté* elle-même, c'est-à-dire une *transformation du monde* — entendons : du monde humain — telle que la moralité y règne « spontanément ». En d'autres termes, la moralité est cette activité ou cette « pratique » par laquelle, librement, les hommes tentent de se transformer eux-mêmes en êtres naturellement libres, d'instituer un « règne de la liberté », un « règne des fins ». »¹⁵²

Si volonté de l'homme veut prendre en charge de manière libre et rationnelle le monde qui l'entoure, alors elle doit le prendre dans son entièreté, sinon elle n'est pas vraiment libre et rationnelle, elle n'est que partielle et inachevée, comme un raisonnement qui ne va jusqu'au bout de son idée.

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² *Ibid.* p. 405.

Cela conduit Balibar à penser qu'il y a au moins deux points sur lesquels R. et Kant divergent de manière considérable, le citoyen dans sa définition même, et le citoyen dans son rapport au monde et à l'histoire :

« Nous sommes finalement très loin de Rousseau. La notion idéale du « peuple » comme « moi commun » des citoyens s'est dissoute dans le réalisme de la nature humaine. Mais dans le même temps son contenu essentiel, l'identité du sujet et du citoyen, qui peut être considéré comme l'existence même de la liberté, a été sublimé sous la forme d'une « Idée » régulatrice du progrès historique. »¹⁵³

Le peuple n'est chez Kant qu'une bande d'hommes et de femmes passifs, nécessitant d'être commandés et protégés, ce qui se présente comme un « réalisme » devant la représentation « idéale » que R. se fait du peuple : une masse de gens assurant la souveraineté de l'État et la légitimité de la Loi et du Gouvernement. Bref, il n'y a pas de distinction entre l'homme et le citoyen chez R., alors que chez Kant, là est le tout de l'affaire. Puis, le citoyen étant ramené à un sujet soumis à l'autorité de la raison, dénué de toute attache à un corps particulier (il est cosmopolitique), il s'ensuit pour Kant que l'histoire de l'humanité trouve sa fin normative dans le principe même de la raison : le règne d'un État de droit mondial, d'un « Maître des maîtres »¹⁵⁴ : « C'est pourquoi le terme du progrès ne peut être qu'un « État cosmopolitique universel », un « grand corps étatique futur », une « communauté politique » capable « de se conserver elle-même comme un automate »¹⁵⁵. Kant lui-même ne pensait pas que cela risquait d'arriver un jour, et cela, pour de multiples raisons que nous n'exposerons pas ici en détail (notamment, la guerre comme partie intégrante de la nature humaine).¹⁵⁶ Seulement, ce qu'il importe de saisir pour notre propos est que l'idée d'une « progression vers l'État de droit universel n'a pas été abandonnée »¹⁵⁷ et que cela va bien au-delà des projets de R.

Il y a bien chez R. l'idée d'une liberté « entière », « pleine », totalement sûre d'elle-même; c'est la liberté naturelle. Cependant, celle-ci n'a pas le même rôle que dans la pensée de Kant, elle n'est pas ce qui légitime l'établissement d'un État cosmopolitique et la prise en charge du monde :

¹⁵³ *Ibid.*, p. 400.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 411.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 413.

¹⁵⁶ *Ibid.*, cf. p. 413-417.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 413.

« En affirmant que l'auteur du *Contrat social* cherchait à rétablir l'indépendance naturelle que nous avons perdue, les détracteurs de Rousseau faisaient bon marché de ce qu'il ne cesse de répéter : qu'un retour à l'état de nature est impossible, et qu'on ne peut attendre de la société politique qu'elle transforme la nature même de l'homme. Les bonnes institutions, remarque-t-il, n'achèvent pas la nature humaine mais plutôt la déforment; elles privent l'homme de son existence physique pleine et entière, et lui offrent en échange une existence morale qui n'est que relative et partielle. »¹⁵⁸

Si d'un côté, Kant, nous fait miroiter l'espoir d'un futur meilleur, où la terre entière est gouvernée sous l'autorité d'une loi universelle et stable, alors R., de son côté, pense plutôt que la meilleure chose qui peut nous arriver est d'être « transformé » par de « bonnes institutions », de manière à jouir d'une « existence morale qui n'est que relative et partielle ».

C'est que pour R., la liberté naturelle n'est pas une « norme », c'est une « fiction » :

« cet état de nature auquel il se référait était pour lui une fiction. Tenter d'y retourner serait donc non seulement vain mais désastreux, conclut-il dans une longue note au second *Discours* (*O.C.*, III, pp. 202-208), tout comme il serait vain de recouvrer une liberté aussi fictive que cet état de nature. »¹⁵⁹

Dans ce cas, R. ne voit pas le progrès de l'histoire de l'humanité comme étant régulé par une idée de la raison, mais plutôt comme un progrès qui avance sans jamais être certain d'avancer dans la bonne direction, ce qui distingue une « bonne institution » d'une « mauvaise » ne peut être déterminé de manière normative, c'est-à-dire dans une perspective où il serait possible d'établir un schéma normatif applicable à tous les peuples du monde.

Quelle histoire reste-t-il alors pour l'humanité?

« Une histoire des pratiques, des discours des représentations par lesquels l'inscription culturelle d'un corps anonyme a pu *produire* cette nouvelle réalité sociale des masses silencieuses, ou du nouveau complot de la majorité, pour finalement *reproduire* le pouvoir politique d'une immortelle imposture. En somme, il s'agirait d'une histoire du silence qui protège les idéaux de la modernité contre ses propres fondements, son échec et sa ruine, pour en conjurer

¹⁵⁸ WOKLER, Robert, « Rousseau et la liberté », dans *Annales de la société Jean-Jacques Rousseau*, Éditions Droz, Genève, t. 41, 1997, p. 213.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 212.

la crise ou pour instaurer ce qu'on appellera justement et désormais une *culture de la crise*. »¹⁶⁰

Si l'héritage de Kant se trouve dans l'ONU et dans sa Déclaration universelle des droits de l'homme, alors l'héritage le plus vivant de R. serait la « culture de la crise » dans laquelle il nous a laissés, où à peu près tout est une source potentielle de conflit : conflits familiaux, conflits conjugaux, conflits de travail, conflits d'intérêts, conflits syndicaux, patronaux, conflits professionnels, conflits locaux, conflits régionaux, municipaux, provinciaux, fédéraux, nationaux, internationaux et mondiaux, etc. L'être humain ne sera plus jamais tranquille, il ne sera plus jamais un « solitaire » en accord avec lui-même et avec le monde qui l'entoure. Cela n'est d'ailleurs qu'une fiction, car il baigne depuis longtemps dans l'« imposture ».

Or, avons-nous dépassé la pensée de R.? Sommes-nous maintenant à l'aube d'un triomphe de la raison? Ces questions restent bien évidemment ouvertes et si nous espérons proposer ici quelque chose, ce n'est point une réponse à ces questions, mais seulement l'idée que la pensée de R. se comprend mieux si nous rétablissons la priorité de la notion de progrès dans l'esprit de son œuvre politique et si nous prenons bien soin de la distinguer de la notion de stabilité, chère à son illustre admirateur, Kant.¹⁶¹

La notion de progrès est celle qui se rattache aux concepts de peuple, d'innovation et de changement, concepts dont nous avons jusqu'à maintenant démontré l'importance dans le *Contrat social*. La notion de stabilité, quant à elle, se décline sous trois concepts différents : la loi, la prudence et l'ordre, et nous avons démontré comment ces concepts,

¹⁶⁰ MARGEL, Serge, *De l'imposture Jean-Jacques Rousseau Mensonge littéraire et fiction politique*, Éditions Galilée, Paris, 2007, p. 129-130.

¹⁶¹ Une dernière remarque, avant de passer à la prochaine étape. Nous ne pouvons pas nous empêcher de noter à quel point l'« intention générale », le « fil conducteur », derrière l'œuvre politique semble lui aussi diverger entre R. et Kant. *La critique de la raison pure* se présente comme une « mise au tapis » de la métaphysique classique, les concepts de « liberté », d'« âme » et de « dieu » étant relégués à des discours non scientifiques. Puis, avec *La critique de la raison pratique*, c'est comme si Kant tendait à nouveau la main à la métaphysique, pour l'aider à se relever, de sorte qu'une *Métaphysique des mœurs* soit élaborée et occupe le point central de ses écrits politiques. Chez R., il n'y a pas un tel projet métaphysique. Alors, quel est le fil conducteur de ses écrits politiques? Nous proposons ceci : la démocratisation du constitutionnalisme. La constante dans ses écrits politiques est de tenter de rendre accessible au peuple le débat politique ou du moins de revaloriser la valeur du peuple comme élément constitutionnel fondamental. Le débat constitutionnel doit être approprié par les gens, c'est à eux que s'adresse avant tout le contrat social et cela est manifeste lorsque R. s'adresse directement aux peuples de Genève, de la Corse ou de la Pologne; alors qu'avant lui, chez Machiavel et Hobbes notamment, l'art de penser la Constitution était toujours dédié au Prince ou au Roi. Donc, entre Kant et R., il y a deux préoccupations très différentes : l'un essaie de réhabiliter la métaphysique, de la « sauver des griffes de la science moderne », l'autre essaie de faire du constitutionnalisme un discours populaire, accessible aux gens.

tout en étant primordiaux pour Kant, ne le sont pas autant pour R. Laissons alors l'œuvre théorique de côté pour nous concentrer sur les applications constitutionnelles et pour vérifier si notre approche concorde avec les écrits politiques tardifs de R.

CHAPITRE QUATRIÈME

Problèmes pratiques dans les applications à la Corse et à la Pologne

L'« Avant-propos » et l'« État de la question ». — Nous commençons notre analyse par l'examen des premières pages des deux écrits de politique appliquée. Dans le *Projet de constitution pour la Corse*, il s'agit de la section « Avant-propos » et dans les *Considérations sur le gouvernement de Pologne et sur sa réforme projetée*, la section « État de la question ». Ensuite, nous faisons une synthèse critique des deux textes en suivant les trois axes développés dans le premier chapitre : économie, société et culture.

Le *Projet* s'ouvre sur des remarques générales portant sur ce qu'est un bon gouvernement et sur les contraintes se présentant à celui qui veut en établir un. D'abord, nous dit R., il n'y pas de bon gouvernement possible sans un bon peuple, il n'est pas possible de trouver une institution qui soit convenable pour un peuple qui se refuse à toute institutionnalisation : « Il y a des peuples qui de quelques manières qu'on s'y prenne ne sauraient être bien gouvernés parce que chez eux la loi manque de prise [...]. »¹⁶² Il faut donc au préalable un peuple « heureusement disposé » pour arriver à penser une Constitution dont l'application soit heureuse.

C'est le cas des Corses : « Le peuple corse est dans l'heureux état qui rend une bonne institution possible ». ¹⁶³ Les Polonais aussi :

« Monarchies, Républiques, toutes ces nations si magnifiquement instituées, tous ces beaux gouvernements si sagement pondérés, tombés en décrépitude, menacent d'une mort prochaine; et la Pologne, cette région dépeuplée, dévastée, opprimée, ouverte à ses agresseurs, au fort de ses malheurs et de son anarchie, montre encore tout le feu de la jeunesse; elle ose demander un gouvernement et des lois, comme si elle ne faisait que naître. Elle est dans les fers, et discute les moyens de se conserver libre! »¹⁶⁴

¹⁶² ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Projet de constitution pour la Corse*, édition électronique réalisée par Jean-Marie Tremblay, à partir du texte publié en 1763 et avec le titre donné par les éditeurs depuis 1861, collection Les classiques des sciences sociales, Université du Québec à Chicoutimi, 2002, p. 6.

http://classiques.uqac.ca/classiques/Rousseau_jj/projet_corse/projet_corse.html (visité le 8 mai, 2009)

¹⁶³ PC, p. 7. À partir d'ici, « PC » renvoie à : ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Projet de constitution pour la Corse*, *ibid.*

¹⁶⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Considérations sur le gouvernement de Pologne et sur sa réforme projetée*, édition électronique réalisée par Jean-Marie Tremblay, à partir de l'article publié dans les Œuvres complètes de Rousseau en 1782, collection Les classiques des sciences sociales, Université du Québec à

Dès le départ, les deux concepts « loi et peuple » sont mis de l'avant comme étant essentiels, mais sur lequel faut-il miser? Quelle est la priorité?

Les institutions les plus « sages », voire les plus « prudentes », les mieux « ordonnés » tombent en ruine. La seule chose qui reste, le salut de l'institution : le peuple aspirant à la liberté. Bien que la Corse et la Pologne se trouvent dans des situations diamétralement opposées, la première étant dans une situation peut-être plus favorable, étant une nation petite, isolée et jeune, que la deuxième, vieille, grande, partageant de nombreuses frontières avec d'autres nations, la seule chose pouvant vraiment empêcher les peuples d'être libres n'est pas la qualité de leur loi (qu'elle soit démocratique ou monarchique), mais leur qualité en tant que peuple, prêt à défendre la liberté et travaillant fort pour la conserver : « Le repos et la liberté me paraissent incompatibles ; il faut opter. »¹⁶⁵

Peu importe la loi, qu'elle soit « bizarre », impropre à unir les gens autour d'un but commun, qu'elle tende davantage à désunir les gens, comme celle du gouvernement de Pologne, le but n'est pas tant de trouver la loi la plus parfaite, mais de rendre le peuple capable de se reconnaître dans cette loi, de se voir comme le protecteur ultime de la loi :

« Qu'il soit aisé, si l'on veut de faire de meilleures lois. Il est impossible d'en faire dont les passions des hommes n'abusent pas, comme ils ont abusé des premières. Prévoir et peser tous ces abus à venir est peut-être une chose impossible à l'homme d'état le plus consommé. Mettre la loi au-dessus de l'homme est un problème en politique, que je compare à la quadrature du cercle en géométrie. »¹⁶⁶

Faut-il penser un gouvernement qui soit convenable pour le peuple ou bien un peuple qui soit convenable au gouvernement? Faut-il penser avant tout à donner au peuple un gouvernement qui soit bien ordonné ou bien penser des institutions qui soient faites sur mesure pour faire du peuple une entité propre au gouvernement? Selon R., ce sont là deux tâches très différentes :

« Les plus sages en pareil cas observant des rapports de convenance forment le gouvernement pour la nation. Il y a pourtant beaucoup mieux à faire, c'est de

Chicoutimi, 2002, p. 7.

http://classiques.uqac.ca/classiques/Rousseau_jj/considerations_pologne/considerations_pologne.html (visité le 8 mai, 2009)

¹⁶⁵ CG, p. 7. À partir d'ici, « CG » renvoie à : ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Considérations sur le gouvernement de Pologne et sur sa réforme projetée*, *ibid.*

¹⁶⁶ CG, p. 7.

former la nation pour le gouvernement. Dans le premier cas à mesure que le gouvernement décline, la nation restant la même, la convenance s'évanouit; dans le second, tout change de pas égal et la nation entraînant le gouvernement par sa force, le maintient quand elle se maintient et le fait décliner quand elle décline. L'un convient à l'autre dans tous les temps. »¹⁶⁷

Faut-il avant tout fonder un gouvernement stable, fondé sur une loi solide, ou bien faire progresser le peuple vers le gouvernement, de sorte qu'il fasse sienne la loi et qu'« entraînant le gouvernement par sa force, le maintient quand [il] se maintient et le fait décliner quand [il] décline?

R. répond que le premier est vain, car dès que le gouvernement se corrompt, la loi stable ne sert plus à rien et toute la nation se corrompt, puisque le peuple ne sait pas rétablir le bon gouvernement, il ne connaît pas la loi. Alors que dans le deuxième cas, lorsque le gouvernement se corrompt, le peuple se charge de le ramener sur le bon chemin, puisqu'il a été formé pour le gouvernement et qu'il est lui-même le pilier de la loi. Ici, encore, le concept de peuple, entité progressive, variant selon les circonstances, se retrouve devant le concept de loi, entité normative assurant le « bon gouvernement », car R. semble suggérer que peu importe les circonstances, que le peuple soit bon ou pas, il faut que le gouvernement le suive, il faut que le « bon gouvernement », fondé sur de « bonnes lois » se soumette au peuple, même lorsque ce dernier est corrompu.

En ce sens, il nous semble évident que R. fait un choix innovateur : il ne se préoccupe pas d'abord de trouver des fondements normatifs à la Constitution, encore plus primordial, il se préoccupe de faire progresser le peuple vers la prise en charge de ses « institutions », point auquel « la justice même la plus intègre [ne] mène pas »¹⁶⁸, « des obstacles contre lesquels la prudence et l'expérience des politiques les plus consommés ont toujours échoué. »¹⁶⁹ R. était lui-même tout à fait conscient de la nouveauté de son propos : « j'avoue que je vois ma folie sous les traits de la raison. »¹⁷⁰ Cependant, les temps ont bien changé depuis le 18^e siècle et, comme nous l'avons déjà remarqué dans le deuxième chapitre, le concept d'innovation n'a plus aujourd'hui le même aspect péjoratif qu'avant. L'idée que l'institution de la loi et les institutions en périphérie de la loi soient

¹⁶⁷ PC, p. 6.

¹⁶⁸ CG, p. 8.

¹⁶⁹ CG, p. 67.

¹⁷⁰ CG, p. 8.

peut-être encore plus fondamentales que la loi elle-même, bien qu'étant une idée encore très controversée, n'apparaît plus autant comme une « folie ». Pour certains intellectuels, elle est une idée tout à fait raisonnable, la position de Schneier étant exemplaire à ce niveau. Les structures dans lesquelles le peuple évolue y forment le tout de l'affaire, le fil conducteur de la pensée constitutionnelle, et les lois ne sont qu'une partie de ces structures, lesquelles s'expriment sous de multiples facettes « extra-juridiques » et « extra-gouvernementales », dont trois majeures : l'économie, la société et la culture.

Les institutions économiques. — Remarquons d'abord que dans le premier chapitre, nous avons parlé de « structure » et que maintenant, nous parlons de « institution ». Les deux termes se valent jusqu'à un certain point et les deux sont également problématiques. Nous évitons d'utiliser ici le terme « structure » pour la raison évidente que c'est un anachronisme par rapport à la pensée de R. Il faut attendre le 20^e siècle avant que ce terme devienne couramment utilisé, en philosophie comme en sociologie ou en économie. D'un autre côté, le terme « institution » peut lui aussi porter à confusion : de nos jours, il n'a pas du tout la même signification que chez R. Lorsque nous utilisons ce mot aujourd'hui, il y a habituellement quelque chose de « bureaucratique » qui vient avec la signification du terme : parler d'une institution inclut l'idée qu'il doit y avoir quelque part des bureaux, un siège social ou quelque chose du genre qui est une partie intégrante de l'institution. Chez R., l'idée de « bureaucratie » est pratiquement inexistante et s'il en parle parfois indirectement, ce n'est pas avec des mots tendres.¹⁷¹ Le terme « institution » doit plutôt être entendu au sens de « pratique structurante », c'est-à-dire une pratique qui organise les mœurs, les activités, les valeurs, les priorités et même les « goûts » et les « préjugés ».¹⁷² À la limite, un arbre ou une colline pourrait faire l'affaire : la colline sur laquelle les citoyens se regroupent pour régler les « communes », l'arbre au pied duquel les jeunes adultes font leur serment d'allégeance à la patrie. Voilà des exemples d'« institutions constitutionnelles » au sens

¹⁷¹ Qu'il soit question de l'administration de la justice ou de l'économie, une idée qui revient souvent est qu'il ne faut pas faire de ces postes des « métiers » : il ne doit pas y avoir de stabilité dans ces postes, ce ne doit être que des tâches de « passage », car les « spécialistes » qui s'« enracinent » dans leurs « bureaux administratifs » viennent trop facilement à voir comment abuser de la procédure. Cf. CG, p. 46 et PC, p. 30-31.

¹⁷² CG, p. 6.

où R. entend cette expression, ce qui revient à la formule utilisée quelques fois dans les *Considérations* : « institutions nationales ». ¹⁷³

Quelles institutions nationales doivent « structurer » l'économie? Comment gérer l'économie d'un « peuple libre »? Autant dans le *Projet* que dans les *Considérations*, la réflexion économique est bipolaire, soit le régime est « expansionniste », soit il est « autorégulateur ». Le régime expansionniste est puissant, riche et raffiné, mais le peuple y est esclave, la licence règne et l'honneur est à celui qui excelle dans les stratagèmes et les négociations. Le régime « autorégulateur » est simple, modeste et rustre, mais le peuple y est libre, organisé et il trouve son honneur dans le dur travail qu'il fournit et met au service de la communauté. La gloire, le luxe et la guerre caractérisent le premier, le travail, la modération et la paix caractérisent le deuxième :

« Ne tentez pas surtout d'allier ces deux projets; ils sont trop contradictoires, et vouloir aller aux deux par une marche composée, c'est vouloir les manquer tous deux. Choisissez donc, et si vous préférez le premier parti cessez ici de me lire; car, de tout ce qui me reste à proposer, rien ne se rapporte plus qu'au second. » ¹⁷⁴

En lisant le *Projet*, nous aurions pu nous attendre à ce que l'institution économique proposée dans les *Considérations* soit radicalement différente, étant donné que la Corse et la Pologne sont deux nations très différentes : « Le meilleur système économique pour la Corse et pour une République n'est assurément pas le meilleur pour une monarchie et pour un grand État. » ¹⁷⁵ La Pologne est un grand État et, pourtant, les conseils économiques tournent autour des mêmes thèmes dans les deux écrits. Comment expliquer cela?

Dans le *Projet*, nous retrouvons les conditions idéales pour réaliser le « régime parfait », le régime démocratique, celui qui se « rapproche de Dieu », où la loi fondamentale est l'égalité : « La loi fondamentale de votre institution doit être l'égalité. » ¹⁷⁶ La Corse possède les conditions idéales pour mettre en pratique les principes normatifs du droit politique élaborés dans le *Contrat social*, réaliser ce que l'interprétation ordinaire de R. verrait comme son rêve, le rapprochement de l'homme

¹⁷³ CG, p. 12-13.

¹⁷⁴ CG, p. 49. Dans PC, cf. p. 33 : « Deux états contraires jettent l'homme dans l'engourdissement de la paresse. L'un est cette Paix de l'âme qui fait qu'on est content de ce qu'on possède, l'autre est une convoitise insatiable qui fait sentir l'impossibilité de la contenter. »

¹⁷⁵ PC, p. 30.

¹⁷⁶ PC, p. 14.

vers sa nature en tant qu'homme. L'un des fragments du *Projet* est frappant à ce sujet : « Noble peuple, je ne veux point vous donner des lois artificielles et systématiques inventées par des hommes mais vous ramener sous les seules lois de la nature et de l'ordre qui commandent au cœur et ne tyrannisent point les volontés. »¹⁷⁷ « Loi de la nature », « ordre », « égalité » et « démocratie » forment une toile de fond cohérente avec la position de Cassirer, ce qui reconduit dans le *Projet* la tension entre stabilité et progrès, déjà présente dans le *Contrat*.

En effet, dans quelques passages, R. exprime un dégoût évident pour les grands États monarchiques qu'il semble considérer comme pourris jusqu'à l'os : « Celui que je propose ne réussirait ni en France ni en Angleterre et ne pourrait même pas s'y établir »¹⁷⁸. Mais d'où vient l'expression de cette défiance pour les grands États? De sa théorie politique, comprise dans toute sa complexité, ou bien d'un désir propre à R. de rester loin des grandes puissances, c'est-à-dire de toujours rester lui-même, un penseur du peuple se refusant à toute apologie des « puissants »?

Nous pensons qu'il faut ici rappeler un point déjà soulevé et distinguer la rigueur théorique de la rigueur méthodique :

« Nous connaissons les refus de Jean-Jacques à recevoir une pension, à être présenté au Roi, et ses craintes que le contact avec les Luxembourg ne le pervertisse. Parce qu'il ne croit pas en une immutabilité de la nature, qu'il sait « comment l'âme et les passions humaines s'altérant insensiblement, changent pour ainsi dire de Nature », Jean-Jacques ne prend pas le risque, si ce n'est avec les plus extrêmes précautions et des mises au point incessantes, d'expérimenter des situations au travers desquelles il serait à craindre qu'un tout autre Jean-Jacques advienne. »¹⁷⁹

La théorie est basée sur la souveraineté du peuple et la méthode requière l'indépendance vis-à-vis de ceux qui « gèrent » les peuples, de manière à ne pas laisser la « vanité » prendre le dessus.

Si R. avait véritablement pensé que le régime démocratique était le seul à pouvoir se rapprocher d'un État où le peuple est libre, alors pourquoi aurait-il entrepris de réformer un État comme la Pologne? Où aurait été l'intérêt? N'aurait-il pas considéré ce

¹⁷⁷ PC, p. 42.

¹⁷⁸ PC, p. 30.

¹⁷⁹ IMBERT, Francis, « *Éléments pour une théorie du changement chez J.-J. Rousseau* », dans *Revue de Métaphysique et de morale*, n. 1, 1982, p. 83.

travail comme futile et vain? « Rousseau se révèle pédiatre ou psychiatre politique, prescrivant des remèdes tant aux peuples adultes qu'à ceux qui sont atteints d'infantilisme politique (enfance, vieillesse ou dégénérescence). »¹⁸⁰ Pour R., tout peuple, peu importe sa condition, peut être libre s'il sait se prendre en main, s'il sait tirer avantage de sa condition.

Cela s'illustre très bien par le fait que R. admet qu'il y a quelque chose de divin dans les grands États, dans les *Considérations* : « Il n'y a que Dieu qui puisse gouverner le monde, et il faudrait des facultés plus qu'humaines pour gouverner de grandes nations. »¹⁸¹ La démocratie est le régime des dieux¹⁸², mais, la grande monarchie, elle également, ne peut être gouvernée que par des dieux, d'où une apologie bien sentie du peuple polonais qui s'ensuit : « Il est étonnant, il est prodigieux que la vaste étendue de la Pologne n'ait pas déjà cent fois opéré la conversion du gouvernement en despotisme, abâtardi les âmes des Polonais, et corrompu la masse de la nation. »¹⁸³ Un peuple occupant un territoire immense, qui a une longue histoire, gouverné par une loi monarchique et qui, malgré tout, reste fort et libre est peut-être encore plus remarquable qu'un petit peuple où tous sont égaux, se connaissant et participant à la vie politique, car le premier a mille obstacles à surmonter pour rester lui-même, alors que le deuxième est favorisé par sa condition.¹⁸⁴

En réalité, le peuple corse a lui aussi « mille obstacles » à surmonter pour atteindre la liberté : « mille obstacles invincibles s'opposeraient à l'exécution de ce plan. »¹⁸⁵ Voilà pourquoi le texte des *Considérations* n'est pas moins intéressant que le *Projet* et il n'est pas non plus moins près de la pensée théorique de R. Le fait que R. a entrepris ces deux aventures constitutionnelles, dans des conditions diamétralement opposées, est en soi déjà un indice de la pertinence de notre interprétation : cela suggère

¹⁸⁰ KRAFFT, Olivier, *La politique de Jean-Jacques Rousseau, aspects méconnus*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1989, p. 108.

¹⁸¹ CG, p. 21.

¹⁸² ROUSSEAU, *Contrat social, ibid., cf. III, 4, p. 228* : « S'il y avait un peuple de dieux, il se gouvernerait démocratiquement. Un gouvernement si parfait ne convient pas à des hommes. »

¹⁸³ CG, p. 21.

¹⁸⁴ Parlant de la Pologne, R. termine ainsi son discours, cf. CG, p. 77 : « Puisse-t-elle triompher de ses ennemis, devenir, demeurer paisible, heureuse et libre, donner un grand exemple à l'univers, et, profitant des travaux patriotiques de M. le comte Wielhorski, trouver et former dans son sein beaucoup de Citoyens qui lui ressemblent! »

¹⁸⁵ PC, p. 8.

1) que la normativité du droit politique n'est pas l'aspect prioritaire chez R. et 2) que le peuple, en tant qu'entité progressive, pouvant être libre dans des conditions très variées, sur des plans géographiques, démographiques, juridiques et gouvernementaux, est encore le concept autour duquel la pensée rousseauiste se maintient, cohérente depuis le *Contrat* : « il n'y a ni ne peut y avoir nulle espèce de loi fondamentale obligatoire pour le corps du peuple, pas même le contract social. »¹⁸⁶ Bien sûr qu'il y a un lien intime entre la souveraineté du peuple et le régime consacrant le « pouvoir au peuple », la démocratie, mais R., tiraillé entre stabilité et progrès, surmonte cette idée et cela le conduit à ne pas reculer devant une situation où la loi fondamentale (celle de la Pologne monarchique) risque de ne jamais s'approcher de l'égalité.

Le peuple a d'autres instances que la loi et que l'égalité pour assurer sa liberté et, autant dans les *Considérations* que dans le *Projet*, il apparaît que les institutions économiques ont un rôle fondamental à jouer. S'il y a une constante dans les institutions économiques que R. propose, c'est que la loi civile et morale ne peut s'établir, se maintenir que si les personnes sont travaillantes, si elles savent se contenter de peu et si elles ne se mêlent des affaires publiques que lorsque cela est nécessaire. Il n'y a pas de principe moral universel en dehors du corps de la nation, et il faut comprendre ce « corps » au sens physique, corporel, matériel :

« Cultivez bien vos champs, sans vous soucier du reste, bientôt vous moissonnerez de l'or et plus qu'il n'en faut pour vous procurez l'huile et le vin qui vous manquent, puisque à cela près la Pologne abonde ou peut abonder de tout. Pour vous maintenir heureux et libres, ce sont des têtes, des cœurs, et des bras qu'il vous faut : c'est là ce qui fait la force d'un État et la prospérité d'un peuple. »¹⁸⁷

Même chose dans le *Projet* : « Que les Corses, ramenés à une vie laborieuse perdent l'habitude d'errer dans l'Île comme des bandits, que leurs occupations égales et simples les tenant concentrés dans leurs familles leur laissent peu d'intérêts à démêler entre eux! »¹⁸⁸ L'état civil ne trouve pas son origine profonde dans les principes du droit, dans les lois fondamentales ou dans une forme particulière de gouvernement, il émerge avant tout comme une sorte d'effet de système : le peuple, voulant être libre et prospère, ne doit

¹⁸⁶ *Op. cit.*, I, 7, p. 184.

¹⁸⁷ CG, p. 49.

¹⁸⁸ PC, p. 21.

chercher ni la richesse, ni la liberté, il doit chercher le travail gratuit, celui qu'il fait de plein gré, pour lui-même et pour subvenir à ses besoins (d'où l'importance de l'agriculture¹⁸⁹).

Si le peuple recherche la richesse pour le luxe, la liberté pour faire n'importe quoi, alors il deviendra pauvre et esclave. Voilà l'ultime leçon de R., ce qui peut évidemment paraître contradictoire si nous nous plaçons d'un point de vue strictement normatif : pour atteindre l'État de droit, il ne faut pas le vouloir ni le viser directement, il faut le laisser naître dans le peuple. L'institution ne peut que mettre en œuvre des conditions favorables, qui donneront au peuple le goût d'être « maître chez lui ». Mais quelles seront les lois fondamentales du pays? Vers quel type de régime tendront-elles? Il n'y a que le peuple qui peut déterminer cette voie.

La place centrale qu'occupe la notion de travail dans la pensée constitutionnelle appliquée de R. est relativement nouvelle par rapport au *Contrat*, mais elle n'est pas si surprenante, considérant que R. avait déjà rejeté la raison comme principal moteur de la volonté générale. D'ailleurs, il y a sûrement là quelque chose qui fait étrangement penser à Marx :

*« The very reason for the elevation of labor in the modern age was its "productivity," and the seemingly blasphemous notion of Marx that labor (and not God) created man or that labor (and not reason) distinguished man from the other animals was only the most radical and consistent formulation of something upon which the whole modern age was agreed. »*¹⁹⁰

Selon Hannah Arendt, la position radicale de Marx — le travail comme source de pratiquement tout ce qui existe — était déjà largement acceptée par la pensée moderne, avant qu'il ne la formule de cette façon (au 19^e siècle). Notre analyse tend à confirmer cette idée, car il semble bien que R., ne trouvant un support suffisamment solide ni dans la loi, ni dans la raison, se soit en partie rabattu sur la productivité de la force de travail pour asseoir le salut de l'être humain. Nous disons « en partie », car il reste encore à expliquer deux autres types d'institutions élaborées par R. : les institutions sociales et culturelles.

¹⁸⁹ PC, cf. p. 10 : « Le seul moyen de maintenir un État dans l'indépendance des autres est l'agriculture. Eussiez-vous toutes les richesses du monde si vous n'avez de quoi vous nourrir vous dépendez d'autrui. »

¹⁹⁰ ARENDT, Hannah, *The Human Condition*, The University of Chicago Press, Chicago, 1958, p. 85-86.

Toujours est-il que dans le *Contrat*, déjà, l'idée de « production » est directement liée à celle de « bon gouvernement » : « Toute chose d'ailleurs égale, le Gouvernement sous lequel, sans moyens étrangers, sans naturalisations, sans colonies les Citoyens peuplent et multiplient davantage, est infailliblement le meilleur : celui sous lequel un peuple diminue et dépérit est le pire. Calculateurs, c'est maintenant votre affaire; comptez, mesurez, comparez. »¹⁹¹ C'est un élément peu développé dans la théorie, peut-être ambigu, mais qui se clarifie et qui prend un sens précis dans l'œuvre tardive : « Le visage que pourrait prendre, « aujourd'hui » la « nature » ne saurait être que l'effet d'une *production* ». ¹⁹² Cela nous ramène à la pertinence de notre critique de l'interprétation de Cassirer : la loi de la nature est moins une loi normative de la raison qu'une belle histoire inventée par la pensée humaine, prenant tantôt le rôle de « psychiatre », tantôt le rôle de « pédiatre », pour motiver le cœur des citoyens à prendre en charge leur destin.

Les institutions sociales et culturelles. — Les institutions économiques occupant la plus grande partie des réflexions « extra-gouvernementales », du moins surtout dans le *Projet*¹⁹³, nous abordons les institutions sociales et culturelles ensemble. Le peuple corse étant très peu avancé, R. ne s'attarde pas longuement sur la culture et sur les activités sociales. Il parle de « vie pastorale », adaptée à la nature du sol pauvre. À ce niveau de développement, la culture au sens « artistique » se fond complètement dans la culture au sens « agricole ». ¹⁹⁴ Nous pourrions penser par exemple à des chants folkloriques qui racontent des histoires tirées du quotidien dans les champs, qui font l'éloge du courage et de la force du fermier ou de la beauté du paysage. L'activité sociale consiste essentiellement dans le partage du labeur et dans l'échange de denrées. Bref, les institutions économiques, sociales et culturelles occupent les mêmes lieux et se retrouvent dans les mêmes activités.

¹⁹¹ ROUSSEAU, *Contrat social, ibid.*, III, 9, p. 242. Aussi, *cf.* III, 15, p. 251 : « Dans un États vraiment libre les citoyens font tout avec leurs bras et rien avec de l'argent ».

¹⁹² IMBERT, *op. cit.*

¹⁹³ PC, *cf.* p. 31 : « C'est ici la clef de notre Gouvernement politique, la seule partie qui demande l'art, des calculs, de la méditation. C'est pourquoi la chambre des comptes qui partout ailleurs n'est qu'un tribunal très subordonné aura ici le centre des affaires, donnera le branle à toute l'administration et sera composée des premières têtes de l'État. »

¹⁹⁴ PC, *cf.* p. 16.

Dans le cas de la Pologne, les institutions se complexifient et se ramifient davantage. Dans le chapitre s'intitulant « Esprit des anciennes institutions », R. revient sur ce qu'il avait appelé dans le *Contrat* « la religion civile ». Il fait d'ailleurs lui-même référence à ce chapitre, entre parenthèses : « voyez la fin du Contrat social »¹⁹⁵. Il ne faut pas, nous dit R., sous-estimer la valeur des rites religieux et de tout ce qui magnifie l'histoire du peuple et de ses héros. Il prend pour exemple les sources religieuses des Spartiates, des Romains et des Juifs :

« Je regarde les nations modernes j'y vois force faiseurs de lois et pas un législateur. Chez les anciens, j'en vois trois principaux qui méritent une attention particulière : Moïse, Lycurgue, Numa. Tous trois ont mis leurs principaux soins à des objets qui paraîtraient à nos docteurs dignes de risée. Tous trois ont eu des succès qu'on jugerait impossibles s'ils étaient moins attestés. »¹⁹⁶

Beaucoup ont vu dans cette apologie du rite religieux un aspect obscur, étrange, mystérieux ou tout simplement contradictoire de la pensée de R., certains voyant même là une preuve que R. voulait emprisonner l'homme, le contrôler « totalement » :

« Émile Faguet, tout comme Franz Haymann, souligne ce contraste : « Oui, le *Contrat social* a l'air comme isolé dans l'œuvre de Rousseau. » — « Le *Contrat social* ne se rattache aucunement, sinon par la première phrase, dit Arthur Chuquet, au grand principe de Rousseau ; loin d'affranchir l'homme du joug il rend cette servitude plus dure et plus pesante. » »¹⁹⁷

Nous avons déjà donné notre avis en ce qui concerne le « supposé absolutisme » de R. ou son « anti-libéralisme », mais qu'en est-il de l'aspect religieux de sa pensée politique? Pouvons-nous répondre à cela aussi?

À notre avis, ce malentendu tient à deux sous-entendus qui n'ont pas lieu d'être : 1) aujourd'hui, le terme « religion » a une connotation négative qu'il n'avait pas encore à l'époque de R. 2) la plupart des commentateurs confondent amplement « religion », « spiritualité » et « foi ». Il ne faut pas mettre dans le même paquet des éléments qui sont pourtant très différents. Par exemple, si nous consultons l'œuvre de St Augustin, nous constatons que le terme « religion », à travers ses études immenses, n'occupe qu'une partie infime : il n'a écrit qu'un seul traité sur la religion (*cf. De la vraie religion*), alors que son œuvre en compte une centaine. Cela est une platitude pour un théologien

¹⁹⁵ CG, p. 11.

¹⁹⁶ CG, p. 9.

¹⁹⁷ CHOULGUINE, *op. cit.*, p. 216.

d'affirmer qu'« avoir la foi » et « avoir une religion » sont deux choses extrêmement différentes. Ce n'est pas parce qu'une personne pratique une religion de manière assidue qu'elle a nécessairement la foi.

Dans ce cas, il semble exagéré de tirer de la « religion civile » l'idée que le contrat social requière une foi aveugle en la loi, en la volonté générale ou en tout autre élément, bref, une sorte de prise de contrôle absolue de la conscience : « Il y a donc une profession de foi purement civile dont il appartient au Souverain de fixer les articles, non pas précisément comme des dogmes de Religion, mais comme sentiments de sociabilité, sans lesquels il est impossible d'être bon Citoyen ni sujet fidèle. »¹⁹⁸ Si nous formulons une interprétation généreuse, le terme religion signifie plutôt que sous le régime du contrat social, lorsqu'il faut voter par exemple, les citoyens exercent « religieusement » leur droit, lorsqu'une assemblée est appelée à se former, les citoyens répondent « religieusement » à l'appel. Et lorsqu'ils ont des choix à faire, les citoyens s'appliquent « religieusement » à trouver la meilleure solution pour tout le monde : « Dans une cité bien conduite chacun vole aux assemblées »¹⁹⁹. R. admet lui-même que sur le plan de la « science », des « docteurs », la culture religieuse des peuples antiques peut paraître ridicule, mais ce que R. tente de nous dire est que la « religiosité » est une sorte de ciment si efficace que le législateur serait bien fou de vouloir s'en passer.

S'il avait appelé cette section « la foi en la volonté générale », ou « la spiritualité civile », alors nous aurions pu penser qu'il y ait là une forme primitive de totalitarisme, mais « religion » n'implique pas grand-chose pour l'« âme » ou la « conscience » de l'individu, sinon, comme l'indique le sens étymologique du terme, un « sentiment de respect », « qui respecte la règle »²⁰⁰, ou dans le *Contrat* : « Sans pouvoir obliger personne à les croire »²⁰¹. Lorsque nous disons « cet enfant s'applique religieusement à faire ses devoirs », notre expression n'est pas un abus de langage, mais elle renvoie plutôt au sens original du « religieux » : respecter intégralement l'ordre établi. Cela ne signifie pas que l'enfant manifeste une foi inébranlable, aveugle, ou qu'il est un être profondément spirituel. Cela serait absurde venant de la part d'un enfant.

¹⁹⁸ ROUSSEAU, *Contrat social*, op. cit., IV, 8, p. 290.

¹⁹⁹ *Ibid.*, III, 15, p. 251.

²⁰⁰ LAROUSSE, *Dictionnaire d'Étymologie*, op. cit., cf. art. « religion », p. 658.

²⁰¹ *Op. cit.*

Si nous revenons à R., il s'agit d'une part d'admettre que le *Contrat* est fondamentalement indéterminé et, d'autre part, d'accepter que ce qui le maintient, ce qui le « rappelle » et le tient toujours présent à l'esprit du citoyen requiert une institution établie dans son quotidien. Or, à ce niveau, il faut reconnaître que la religion est sûrement l'un des meilleurs exemples, et les peuples antiques auxquels fait référence R. ont une histoire qui donne une certaine force à son argument.

Vouloir tirer de la « religion civile », au sens où R. emploie cette expression, les bases de l'État anti-libéral reviendrait à dire que l'État où les citoyens respectent les règles et où ils manifestent un sentiment de respect envers les institutions publiques est un État anti-libéral, ce qui bien sûr n'a aucun sens. Une personne respectant « religieusement » les mœurs, les coutumes et les institutions publiques d'un pays est-elle une personne dont la conscience est totalement contrôlée par l'État? Ou bien n'est-elle pas plutôt simplement un citoyen prenant son rôle et ses responsabilités au sérieux? Il nous semble qu'il soit possible de comprendre l'affirmation de la religion civile comme l'affirmation de la primauté de la responsabilité civile : que les devoirs du citoyen viennent avant tous les autres, qu'ils revêtent un aspect prioritaire. Or, le citoyen qui tient son devoir civil comme prioritaire est-il un « insensé » ou bien un « citoyen modèle »? Nous pensons que le bon sens penche de toute évidence pour le deuxième.

D'autres aspects culturels (ou socio-culturels, les deux aspects s'entrecoupent souvent dans le discours) que nous pourrions nommer : par exemple, l'habillement et la décoration des lieux publics. Une autre façon de rappeler au citoyen qui il est quels sont ses devoirs envers ses semblables :

« Ces usages, fussent-ils indifférents, fussent-ils mauvais même à certains égards, pourvu qu'ils ne le soient pas essentiellement, auront toujours l'avantage d'affectionner les Polonais à leur pays et de leur donner une répugnance naturelle à se mêler avec l'étranger. Je regarde comme un bonheur qu'ils aient un habillement particulier. »²⁰²

Nous retrouvons encore ici cette défiance, soulignée plus tôt dans le *Projet*, exprimée à travers le mot « étranger » et se rapportant aux Français. Les Anglais sont non seulement épargnés cette fois-ci, mais, à la page suivante, R. les prend même en exemple pour orienter la réforme de l'institution polonaise :

²⁰² CG, p. 14.

« Les deux balles de laine, mises dans la Chambre des Pairs d'Angleterre devant la place du Chancelier, forment à mes yeux une décoration touchante et sublime. Deux gerbes de blé, placées de même dans le Sénat de Pologne, n'y feraient pas un moins bel effet à mon gré. »²⁰³

Qu'y a-t-il de si « sublime » dans une « balle de laine » et une « gerbe de blé »? Ce sont des symboles du peuple. La laine : le tailleur, le tisseur, le tondeur, le berger, etc. Le blé : le fermier, le boulanger, le brasseur, le pâtissier, etc. Le peuple travaille fort et même s'il n'est pas là physiquement (il a autre chose à faire), il reste toujours présent dans le lieu public, il en est la raison d'être. Voilà ce qu'il y a de touchant là-dedans : la reconnaissance par l'autorité de la « présence permanente » du peuple dans l'esprit du gouvernement.

Une autre institution qui est encore plus importante et dont le rôle cette fois-ci apparaît être davantage social est l'éducation :

« L'éducation nationale n'appartient qu'aux hommes libres; il n'y a qu'eux qui aient une existence commune et qui soient vraiment liés par la loi. Un Français, un Anglais, un Espagnol, un Italien, un Russe, sont tous à peu près le même homme; il sort du collège déjà tout façonné pour la licence, c'est-à-dire pour la servitude. »²⁰⁴

L'éducation doit former la sociabilité du citoyen, faire en sorte qu'il se sente chez lui partout où il va et qu'il ne rencontre partout dans son pays que des concitoyens, d'où l'expression « existence commune ». Comment réaliser cela sous une monarchie, là où la hiérarchie est évidente et omniprésente?

« Je n'aime point ces distinctions de collèges et d'académies qui font que la noblesse riche et que la noblesse pauvre sont élevés différemment et séparément. Tous étant égaux par la constitution de l'État doivent être élevés ensemble et de la même manière, et si l'on ne peut établir une éducation publique tout à fait gratuite, il faut du moins la mettre à un prix que les pauvres puissent payer. »²⁰⁵

Dans ce chapitre, R. est franchement surprenant, lorsqu'il discute de l'accessibilité de l'éducation et de l'uniformisation des curriculums : un politicien de chez nous, en 2009, pourrait tenir le même discours.

Ensuite, lorsqu'il décrit les activités physiques et les compétitions communes, nous sommes encore devant un R. qui semble voyager dans le temps : il y a là une vision

²⁰³ CG, p. 15.

²⁰⁴ CG, p. 17.

²⁰⁵ CG, p. 18.

tellement près de ce que nous vivons aujourd'hui, nous rappelant ce que nous nommons couramment « activités parascolaires » :

« On ne doit point permettre qu'ils jouent séparément à leur fantaisie, mais tous ensemble et en public, de manière qu'il y ait toujours un but commun auquel tous aspirent et qui excite la concurrence et l'émulation. Les parents qui préféreraient l'éducation domestique, et feraient élever leurs enfants sous leurs yeux, doivent cependant les envoyer à ces exercices. Leur instruction peut être domestique et particulière, mais leurs jeux doivent toujours être publics et communs à tous; car il ne s'agit pas seulement ici de les occuper, de leur former une constitution robuste, de les rendre agiles et découplés; mais de les accoutumer de bonne heure à la règle, à l'égalité, à la fraternité, aux concurrences, à vivre sous les yeux de leurs concitoyens et à désirer l'approbation publique. »²⁰⁶

Que le riche et le puissant puissent être battus en compétition devant le public et que le pauvre et maigre, lui, ait la chance d'atteindre la victoire et de recevoir l'admiration de ses concitoyens, voilà l'essentiel. Certes, il y a des classes sociales, et des classes de citoyens même, mais l'important n'est pas tant l'égalité dans la loi et dans le fait que l'égalité dans l'honneur, que tous se respectent malgré les différences.

Bref, si nous ne voulons pas que les différentes classes finissent par se haïr, par se faire la guerre, souhaitant et planifiant en secret la chute de l'autre, alors il faut dès leur jeune âge, les habituer à se côtoyer, à jouer ensemble et à se respecter mutuellement. Est-ce réaliste de penser ainsi, que l'élite et le peuple puissent se réconcilier en « jouant ensemble »?

« Rousseau prépare l'avenir de Kosziusko, du soulèvement de la Pologne, enfin de l'indépendance retrouvée en 1918. La recette qu'il propose sera reprise par les mouvements autonomistes du monde entier. N'est-ce pas la même conception qui anime par exemple les Québécois aujourd'hui, avec ce mélange de conservatisme et de tradition mis au service de la révolte contre l'ordre établi? »²⁰⁷

La question cruciale : la révolte ou la paix? Est-ce que R. planifiait sa réforme de manière à préparer les citoyens pour une future révolte et une déclaration de l'indépendance ou bien pour véritablement établir une monarchie perpétuelle et intégrale?

Il semble que la question reste encore une fois ouverte, car R. ne fournit pas de réponse à une telle question et parce que notre analyse ne saurait finalement que confirmer l'interprétation que nous avons déjà formulée : la pensée de R. exprime une

²⁰⁶ CG, p. 19.

²⁰⁷ COT, Jean-Pierre, « *Démésure de Rousseau, remarques sur les considérations* », dans Jean-Jacques Rousseau au présent, op. cit., p. 61-62.

double préoccupation, pour le progrès et pour la stabilité, où la première l'emporte sur la deuxième et où, précisément, ce choix place le débat constitutionnel sur un fond indéterminé : la finalité ultime du projet constitutionnel de R. n'est pas tant de démocratiser la loi ou la forme du gouvernement que de permettre une démocratisation du discours constitutionnel lui-même, de sorte que la science constitutionnelle devienne une science « populaire », du moins accessible, s'adressant directement aux premiers intéressés, les gens du peuple. Mais que feront-ils de cette « science »? Il ne revient qu'à eux de décider. La tranquillité? La révolution? Pourquoi pas les deux : la « révolution tranquille »?

CONCLUSION

Le domaine d'investigation du constitutionnalisme est très large et nous avons tenté, dans la première partie de ce mémoire, de développer une réflexion philosophique sur les fondements de cette discipline, en identifiant deux notions générales, de manière à regrouper sous un nombre réduit de catégories un ensemble très vaste de phénomènes. Puis, nous avons explicité le caractère fondamental de ces deux notions, stabilité et progrès, en examinant divers cas et en déployant un lexique. Cela nous a conduits à dégager une tension entre ces deux notions, une tension qui s'exprime souvent par la nécessité d'un choix : laquelle est prioritaire? Comment réconcilier ces deux notions? Pouvons-nous arriver à les fondre l'une dans l'autre de sorte que nous atteignons l'unité dans la compréhension? Notre étude ne permet pas de répondre par l'affirmative. Nous devons pour l'instant admettre une relation d'irréductibilité entre ces deux desiderata.

Dans la deuxième partie, nous sommes allés puiser dans les fondements du constitutionnalisme moderne pour tenter de répondre à cette question, en scrutant la pensée politique de Jean-Jacques Rousseau. Nous avons critiqué l'interprétation de Cassirer (que nous pourrions qualifier de « canonique » au 20^e siècle), voulant que l'unité de la pensée constitutionnelle de Rousseau se conçoive autour d'un projet essentiellement moral, où la loi universelle occupe la place de pilier ultime. En réhabilitant la préoccupation de R. pour le peuple et pour les autres notions qui forment le lexique du progrès (innovation et changement), nous avons ébranlé cette perspective. Nous avons réactualisé l'interprétation de R. de manière à démontrer à quel point les tensions aujourd'hui présentes dans la théorie du constitutionnalisme sont déjà à l'œuvre dans sa pensée, et cela, autant dans le *Contrat* que dans les écrits appliqués.

Si nous pouvions aller jusqu'à renverser la position canonique (ce que cette mince étude ne permet évidemment pas de faire) et démontrer que l'aspect moral/universel est véritablement secondaire dans les écrits politiques de R., alors peut-être pourrions-nous voir émerger l'unité d'une pensée qui est fondatrice d'un nouveau constitutionnalisme. Un constitutionnalisme non pas moral, mais « populaire », axé sur les institutions du peuple, plutôt que sur les institutions de la loi. Un constitutionnalisme populaire qui substitue à la priorité de l'ordre, la priorité d'accessibilité au discours constitutionnel, de sorte que même le plus simple et le plus rustre puissent y apporter quelque chose de

positif. Dans une perspective plus large, ce serait le projet d'un monde où la diversité de cultures, de sociétés, d'économie, de générations, de lois, de normes, de principes fondamentaux est — pour le meilleur et pour le pire — synonyme d'humanité.

BIBLIOGRAPHIE

Monographie :

- ARENDT, Hannah, *The Human Condition*, The University of Chicago Press, Chicago, 1958, 333 p.
- ARISTOTE, *Constitution d'Athènes*, traduit par Georges Mathieu et Bernard Haussoulier, Les Belles Lettres, Paris, 1996, 182 p.
- BARNY, Roger, *Le droit naturel à l'épreuve de l'histoire*, Diffusion Les Belles Lettres, Paris, 1995, 352 p.
- CASSIRER, Ernst, *Le problème Jean-Jacques Rousseau*, traduit de l'allemand par Marc B. de Launay, Hachette, Paris, 1987, 135 p.
- DE LOLME, J. L., *The Constitution Of England*, éditions Henry G. Bohn, Londres, 1853, 376 p. Notre version est une copie faite à partir d'un original, publiée par *Hesperides Press*, aux États-Unis (l'année et la ville concernant cette nouvelle publication ne sont pas disponibles).
- DERATHÉ, Robert, *Le rationalisme de Jean-Jacques Rousseau*, Presses universitaires de France, Paris, 1948, 201 p.
- FORTIER, Vincent, *Jean-Jacques Rousseau : de la théorie à la politique appliquée*, mémoire présenté à la Faculté des études supérieures de l'Université de Montréal, Montréal, 2002, 126 p.
- HAMILTON, MADISON, JAY, *The Federalist with Letters of « Brutus »*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, 575 p.
- HARRISON, Frederic, *Order And Progress : Thoughts On Government And Studies Of Political Crises*, éditions Longmans, Green, and Co., Londres, 1875, 395 p. Notre version est une copie faite à partir d'un original, publiée par *Kessinger Publishing*, aux États-Unis (l'année et la ville précises concernant cette republication ne sont pas disponibles).
- HAURIOU, Maurice, *Précis de droit constitutionnel*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1929, 759 p.
- HELD, David, *Models of Democracy*, Stanford University Press, Stanford, 1987, 321 p.

- HOLMES, Stephen, *Passions and Constraint, on the theory of liberal democracy*, The University of Chicago Press, Chicago, 1995, 337 p.
- KANT, Emmanuel, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, traduit par Victor Delbos, collection « les Intégrales de Philo », Éditions Nathan, Paris, 1998, 167 p.
- KOUBI, Geneviève, ROMI, Raphaël, *État Constitution Loi*, Éditions Litec, Paris, 1993, 281 p.
- KRAFFT, Olivier, *La politique de Jean-Jacques Rousseau, aspects méconnus*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1989, 144 p.
- LACOURSIÈRE, Jacques, *Histoire populaire du Québec, Tome 2, De 1791 à 1841*, Éditions du Septentrion, Sillery, 1996, 446 p.
- LEPAN, Géraldine, *Jean-Jacques Rousseau et le patriotisme*, Éditions Champion, Paris, 2007, 538 p.
- MACPHERSON, C.B., *The Life and Times of Liberal Democracy*, Oxford University Press, Oxford, 1977, 120 p.
- MARGEL, Serge, *De l'imposture Jean-Jacques Rousseau Mensonge littéraire et fiction politique*, Éditions Galilée, Paris, 2007, 131 p.
- MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *Codification administrative des LOIS CONSTITUTIONNELLES DE 1867 à 1982*, Lois codifiées au 1^{er} octobre 1989, Ministre des Approvisionnement et Services Canada, Ottawa, 1989, 82 p.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, *L'Esprit des lois*, Collection Classique Larousse, Larousse, Paris, 1995, 303 p.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Du Contrat social*, texte établi par Robert Derathé, Éditions Gallimard, Paris, 1964, 535 p.
- SCHNEIER, Edward, *Crafting Constitutional Democracies*, Rowman & Littlefield Publishers, Lanham, 2006, 273 p.
- SUNSTEIN, Cass R., *A Constitution of Many Minds, Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before*, Princeton University Press, Princeton, 2009, 225 p.
- SUNSTEIN, Cass R., *Going to Extremes: How Like Minds Unite and Divide*, Oxford University Press, New York, 2009, 208 p.

- TRIBE, Laurence H., *The Invisible Constitution*, Oxford University Press, New York, 2008, 278 p.
- VIROLI, Maurizio, *La théorie de la société bien ordonnée chez Jean-Jacques Rousseau*, Walter de Gruyter, Berlin, 1988, 199 p.

Articles et extraits d'ouvrages collectifs :

- BALIBAR, Étienne, « *Ce qui fait qu'un peuple est un peuple* », dans *Revue de synthèse*, IV^e s., n. 3-4, juillet-décembre, 1989, p. 391-417.
- BESSE, Guy, « *Jean-Jacques Rousseau, le politique et l'humain* », dans « *Penser Jean-Jacques Rousseau* », les publications de La pensée, Paris, 2005, p. 79-104.
- CASSIRER, Ernst, *Das Problem Jean Jacques Rousseau*, dans *Archiv Für Geschichte Der Philosophie*, Carl Heymanns éditeur, Berlin, 1932, vol. XLI, n. ½, p. 177-213.
- CHIRPAZ, François, « *L'institution de l'homme* », dans *Jean-Jacques Rousseau au présent*, Édité par l'Association des Amis de Jean-Jacques Rousseau, Grenoble, 1978, p. 17-45.
- CHOULGUINE, Alexandre, « *Les origines de l'esprit national moderne et Jean-Jacques Rousseau* », dans *Annales de la société Jean-Jacques Rousseau*, t. 26, Chez A. Jullien Éditeur, Genève, 1937, p. 7-283.
- COT, Jean-Pierre, « *Démésure de rousseau, remarques sur les considérations* », *ibid.*, p. 47-64.
- CROCKER, Lester G., « *Rousseau et la voie du totalitarisme* », dans *Annales de philosophie politique [5] Rousseau et la philosophie politique*, Presses universitaires de France, Paris, 1965, p. 99-136.
- IMBERT, Francis, « *Éléments pour une théorie du changement chez J.-J. Rousseau* », dans *Revue de Métaphysique et de morale*, n. 1, 1982, p. 82-103.
- LUTZ, Donald S., « *Toward a Theory of Constitutional Amendment* », *American Political Science Review*, vol. 88, n. 2, 1994, p. 355-370.
- SPECTOR, Normand, « *Les leçons d'une élection* », dans *Le Devoir*, le jeudi 14 mai 2009, p. A7.

- TINLAND, Franck, « *De l'universalité des principes du droit politique à la découverte de la patrie, et vice-versa* », dans *Jean-Jacques Rousseau, politique et nation, Actes du I^{er} Colloque international de Montmorency (27 septembre-4 octobre 1995)*, Éditions Champion, Paris, 2001, p. 185-204.
- TYLER, Tom, « *Social motives and institutional design* », dans *Evolution and Design of Institutions*, Routledge, New York, 2006, p. 56-76.
- WOKLER, Robert, « *Rousseau et la liberté* », dans *Annales de la société Jean-Jacques Rousseau*, Éditions Droz, Genève, t. 41, 1997, p. 205-229.

Ouvrages en version électronique :

- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Projet de constitution pour la Corse*, édition électronique réalisée par Jean-Marie Tremblay, à partir du texte publié en 1763 et avec le titre donné par les éditeurs depuis 1861, collection Les classiques des sciences sociales, Université du Québec à Chicoutimi, 2002, 42 p.
http://classiques.uqac.ca/classiques/Rousseau_jj/projet_corse/projet_corse.html
(visité le 8 mai, 2009)
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Considérations sur le gouvernement de Pologne et sur sa réforme projetée*, édition électronique réalisée par Jean-Marie Tremblay, à partir de l'article publié dans les Œuvres complètes de Rousseau en 1782, collection Les classiques des sciences sociales, Université du Québec à Chicoutimi, 2002, 77 p.
http://classiques.uqac.ca/classiques/Rousseau_jj/considerations_pologne/considerations_pologne.html (visité le 8 mai, 2009)