

Les périls du totalisme conceptuel en droit et en sciences sociales

Jean Leclair*

Lex Electronica, vol. 14 n°1 (Printemps / Spring 2009)

Le juriste appelé à réfléchir à la question autochtone est inéluctablement entraîné à poser son regard sur les disciplines exogènes au droit : anthropologie, ethnologie, histoire, sociologie, pour n'en nommer que quelques-unes. Cet exercice, fort salutaire, l'oblige à un « examen de conscience épistémologique ». En d'autres termes, il doit s'interroger sur la nature du savoir qu'il produit et sur les méthodes employées pour ce faire. Mais cet exercice l'amène également à constater que, dans un univers résolument hostile à l'idée de valeurs universellement partagées, la légitimité du droit passe de plus en plus par la mobilisation du savoir produit par les sciences sociales énumérées plus haut. Autrement dit, en raison du scepticisme à l'égard de l'objectivité des valeurs, la discipline prescriptive par excellence qu'est le droit se tourne vers les disciplines qui *décrivent* le réel.¹ Ainsi, on voit les avocats embrigader et instrumentaliser les résultats de recherche produits par les sciences sociales dans la définition des droits ancestraux. Or, bien souvent, ces avocats ne s'interrogent pas sur les limites épistémologiques des disciplines qu'ils enrôlent au profit de leur client.²

À l'inverse, le juriste constate que, sous le couvert d'un relativisme cognitif radical aux termes duquel tout est construction, et qu'il n'y a pas de vérité objective, certains intellectuels développent des approches fortement normatives et prescriptives en ce sens qu'elles visent moins

* Faculté de droit, Université de Montréal.

¹ Il va de soi que toute forme de description suppose un support théorique. Je veux simplement souligner ici que l'anthropologie ou la sociologie, par exemple, à la différence de la philosophie ou du droit, ne sont pas des disciplines qui visent, au tout premier chef, une finalité normative.

² Pour une étude fort intéressante de cette question, lire Yves-Marie Morissette, « L'impact des disciplines exogènes au droit sur le métier des praticiens », à paraître en 2009 dans la *Revue juridique Thémis*. Yves-Marie Morissette est juge à la Cour d'appel du Québec.

à décrire qu'à distinguer le bon grain de l'ivraie, à séparer le pur de l'impur. Ces auteurs sont parfois des anthropologues, mais plus souvent des intellectuels qui, se réclamant de la théorie politique, récupèrent le savoir anthropologique à des fins normatives. Avec l'évacuation de toute prétention à l'objectivité, le militant en vient à remplacer le spectateur impartial.

Ces avocats et ces intellectuels militants conçoivent tous le droit comme une discipline ne répondant qu'aux impératifs de la rationalité instrumentale. Le droit étatique, pour les premiers, n'est qu'un moyen pour atteindre une fin. Quant aux intellectuels militants, comme ils associent le droit étatique à l'oppression, c'est plutôt aux concepts du droit international qu'ils confient la tâche d'instituer leurs points de vue particuliers. Dans la perspective militante de ces intellectuels, le droit peut difficilement se fonder sur un autre type de rationalité. En effet, la rationalité axiologique est à exclure puisque l'universalité des valeurs n'est qu'un miroir aux alouettes.

Cette question du rôle du droit étatique et de son rapport avec les sciences sociales est d'autant plus importante que le droit a acquis un statut hégémonique dans nos sociétés. Dans un univers désenchanté, dans « un ciel vidé de ses anges »³, la logique « des droits » de la personne, par exemple, s'est imposée au détriment des définitions historiques de l'appartenance politique, favorisée en cela par le scepticisme ambiant à l'égard du politique en général.⁴ Cette logique des droits, associée au triomphe de l'« authenticité » comme marqueur social, c'est-à-dire ce droit d'être toujours plus semblable à soi-même, confine de plus en plus l'État à un rôle de redistribution des richesses, et récuse sa capacité à pouvoir se prétendre le point d'attache d'une communauté politique nationale.⁵ Se pose alors la question de savoir au nom de quel principe il sera possible de construire une communauté politique englobante, prête à faire le sacrifice du partage et de la redistribution réclamé par la myriade de titulaires de droits. Autrement dit, sans

³ Peter L. Berger, *La religion dans la conscience moderne*, trad. franç., Éditions du Centurion, aux pages 182-183, cité par Geneviève Daudelin, *La réflexivité dans la connaissance de sens commun — Des représentations sociales des nouvelles techniques de la reproduction d'usagers de la médecine de la reproduction*, Ph.D., Département de sociologie, Université de Montréal, Montréal, 1997, à la page 14.

⁴ Marcel Gauchet, *La démocratie — D'une crise à l'autre*, Éditions Cécile Defaut, Paris, 2007.

⁵ Dominique Schnapper, *La démocratie providentielle — Essai sur l'égalité contemporaine*, NRF essais, Gallimard, Paris, 2002.

nier l'importance du particulier, peut-on encore envisager l'universel ? Du point de vue du constitutionnaliste que je suis, cette question est capitale.

Dans les paragraphes qui suivent j'aimerais mettre au jour certains des problèmes liés à la conceptualisation, en droit et en sciences sociales. Je voudrais tout spécialement souligner le danger du « totalisme »⁶ conceptuel, lequel vise à faire entrer la totalité du réel dans un seul concept. Je tiens à souligner immédiatement que je n'accuse pas tous les anthropologues, les historiens, les philosophes politiques et les juristes qui réfléchissent à la question autochtone de sombrer dans le totalisme conceptuel dénoncé ici. Mais, parce qu'assez fréquent, le phénomène mérite qu'on s'y arrête.

De mon point de vue de constitutionnaliste, il importe de recourir à des concepts permettant de prendre acte du réel dans toute sa complexité, sans pour autant le réifier ou le figer. Des concepts qui induiront des comportements dont la finalité sera de faciliter les rapports entre les Autochtones et les non-Autochtones, et non de leur nuire. Parce que le droit mobilise les savoirs des disciplines des sciences sociales, le juriste doit à la fois réfléchir à son propre objet disciplinaire *et* s'intéresser au mode de production du savoir dans les disciplines exogènes au droit. Comme le souligne Alisdair McIntyre⁷ (: 2-3), les concepts qu'on utilise ont la capacité de transformer nos comportements : « [S]ince to possess a concept involves behaving or being able to behave in certain ways in certain circumstances, to alter concepts, whether by modifying existing concepts or by making new concepts available or by destroying old ones, is to alter behavior. » Je rappellerai également un truisme qui devrait nous enseigner la prudence : toute conceptualisation exclut autant qu'elle définit.

⁶ J'emprunte cette expression à Bernard Valade, « De l'explication dans les sciences sociales : holisme et individualisme », in Jean-Michel Berthelot, *Épistémologie des sciences sociales*, PUF, Paris, 2001, pp. 357-405 : 385.

⁷ *A Short History of Ethics*, Macmillan, 1966 ; cité par Terence Ball, James Farr et Russell L. Hanson (eds.), *Political Innovation and Conceptual Change*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988, à la p. 2. Quentin Skinner abonde dans le même sens lorsqu'il affirme dans « Language and political change. » *ibid.*, pp. 6-23 : 22 : « It is true that our social practices help to bestow meaning on our social vocabulary. But it is equally true that our social vocabulary helps to constitute the character of those practices. To see the role of our evaluative language in helping to legitimate social action is to see the point at which our social vocabulary and our social fabric mutually prop each other up. »

Constitutionnaliste, je m'intéresserai au droit, en mettant l'accent sur le droit étatique. D'une part, parce que, malgré sa mort maintes fois annoncée, l'État demeure encore un incontestable dépositaire de pouvoir et que, en tant que principal détenteur de la violence légitime, toute conciliation des rapports Autochtones/non-Autochtones nécessitera sa contribution. D'autre part, parce que l'institutionnalisation d'une norme donnée par le droit étatique lui confère, comme on le verra, un statut auquel ne peuvent prétendre les autres normes sociales. Je tiens à dire tout de suite que j'entends par « droit étatique », non pas simplement le texte de la Constitution ou l'interprétation qui en est donnée par les tribunaux, mais également — et non exclusivement — les comportements politiques induits par les concepts du droit positif.

Il est juste de dire que le droit positif est souvent présenté comme monopolisant tout l'espace normatif. C'est oublier que son existence et sa légitimité dépendent de l'existence de tout un faisceau de normes informelles. Au nom de ce prétendu monopole cependant, implicitement accepté par un certain nombre de juristes, les concepts juridiques sont souvent présentés comme embrassant la totalité du réel. Au nom de son autonomie conceptuelle, le droit positif a tendance à se refermer sur lui-même et à encourager une posture d'indifférence à l'égard des dimensions sociologiques ou économiques d'un problème donné. Cette autonomie dispense souvent le juriste de réfléchir aux justifications qui ont présidé à l'adoption de la règle.

Le totalisme conceptuel en droit étatique (par exemple, affirmer que 'toute la différence autochtone peut être médiatisée par le concept de « droits ancestraux »') soulève un problème particulier. En effet, les concepts juridiques empruntés par le droit étatique sont investis d'une force symbolique dont les autres normes sociales sont dépourvues. Parce que bien souvent présenté comme « vérité universelle », comme exprimant des normes impersonnelles et neutres, le droit étatique apparaît, pour reprendre l'expression de Pierre Bourdieu⁸, « à ceux qui l'imposent, et même, dans une plus ou moins grande mesure, à ceux qui le subissent, comme *totalemment indépendant* des rapports de force qu'il sanctionne et consacre. » (: 3) Ces normes bénéficient du support de l'État qui peut en assurer la sanction. À ce titre, les règles du droit

⁸ Pierre Bourdieu, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en science sociale*, 1986, no 64, pp. 3-19.

positif peuvent faire office d'« armes symboliques » (: 9) car elles constituent ce que Bourdieu⁹ appelle des « *actes de nomination* ou *d'institution* » (: 13) ; des « actes magiques qui réussissent, dit-il, parce qu'ils sont en mesure de se faire reconnaître universellement, donc d'obtenir que nul ne puisse refuser ou ignorer le point de vue, la vision, qu'[ils] imposent. » (: 13).¹⁰ Bien que, contrairement à Bourdieu, je ne conçoive pas le droit comme un instrument au seul service des dominants (: 16-19), ce qu'il dit à propos des enjeux qui entourent l'appropriation par les acteurs sociaux du sens à donner aux règles du droit positif me paraît tout à fait pertinent.

Ajoutons à cela que, au terme de ce processus d'institutionnalisation par le droit étatique, une innovation est, pour ainsi dire, emprisonnée dans les mailles —étroites ou distendues— du filet conceptuel sélectionné. De plus, puisque la rationalité juridique se fonde en partie sur l'idée de la cohérence interne du droit, l'innovation, une fois objectivée, devra être harmonisée avec les normes déjà existantes du système. En effet, « ce qui [a été préalablement] institué devient instituant. »¹¹ Le concept juridique sélectionné pour traduire l'innovation, ainsi que les normes environnantes, prédétermineront donc, en quelque sorte, la manière dont la nouvelle pratique pourra être promue et défendue juridiquement et politiquement.

Bref, puisque le savoir des sciences sociales est de plus en plus mobilisé pour modifier le droit étatique ou en infléchir le sens, et puisque le juriste, quant à lui, doit recourir à des concepts qui permettront de prendre acte de la complexité du réel sans le réifier, le juriste, donc, est tenu de s'interroger sur le mode de production de ce qu'on propose d'institutionnaliser par le droit. Cette question des modes de production des savoirs est d'autant plus importante que, une fois

⁹ Il parle alors plus précisément du verdict des juges, mais ce qu'il dit vaut pour toute règle de droit énoncée ou sanctionnée par un agent de l'État.

¹⁰ Il rejoint là-dessus, assez étrangement, l'opinion du philosophe anglais John Langshaw Austin, *Quand dire, c'est faire*, trd. franc. de *How to Do Things With Words*, (1962), Seuil, Paris, 1970 qui a fait ressortir le caractère « verdictif » des décisions judiciaires : « Si vous êtes juge et que vous disiez : 'je décide que ...', prononcer ces mots, c'est décider. » (: 105 ; voir aussi 145, 153-162). Ainsi, par exemple, le sauf-conduit dans *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025 n'était peut-être pas, ontologiquement parlant, un traité entre la Couronne et une nation autochtone, mais il l'est devenu une fois pour toutes dans l'ordre du droit positif lorsque le juge Lamer en a décidé ainsi.

¹¹ Pierre Noreau, « L'innovation sociale et le droit—Est-ce bien compatible? », in *Le développement social au rythme de l'innovation*, Presses de l'Université Laval, Québec, 2004, 73-108, à la p. 102.

institutionnalisés dans le droit positif, les résultats de ces savoirs auront des conséquences pratiques sur la vie d'hommes et de femmes en chair et en os.

La méthodologie propre à certaines disciplines à vocation descriptive, comme je tenterai de le démontrer, peut avoir des implications normatives que l'on ne doit pas nécessairement condamner, mais qu'un juriste averti doit garder en mémoire. Bien que mon texte vise à explorer les problèmes soulevés par l'absolutisation conceptuelle en général, les trois difficultés examinées ci-dessous mettent plus spécifiquement l'accent sur le modèle culturaliste fort en vogue chez certains anthropologues et chez certains intellectuels qui, dans la poursuite de finalités normatives, se réclament du savoir anthropologique. La première porte sur les conséquences normatives résultant du recours à une épistémologie fondée sur le holisme méthodologique ou, à l'opposé, sur l'individualisme méthodologique. La deuxième concerne l'occultation du réel entraînée par la totalisation conceptuelle. Quant à la dernière, elle découle de la posture intellectuelle selon laquelle pouvoir et oppression sont nécessairement synonymes. J'examinerai ces trois difficultés successivement.

Première difficulté: L'épistémologie du chercheur s'inspire-t-elle de l'individualisme méthodologique ou du holisme méthodologique ?¹² Se situe-t-elle à mi-chemin entre les deux ? La première approche fait des comportements intentionnels et rationnels des sujets la source des phénomènes sociaux. La deuxième, au contraire, soutient plutôt que les normes et les valeurs du groupe, inculquées à l'individu par la socialisation, et sans que celui-ci ait de prise sur elles, déterminent ses comportements individuels. Analogue à la deuxième, on peut ajouter le nationalisme méthodologique aux termes duquel la nation détermine la nature de l'individu. Ces approches ne sont pas sans avoir des implications normatives. En effet, on est vite passé de l'individualisme méthodologique à l'individualisme moral et du holisme méthodologique au holisme ou communautarisme moral. Poussé à l'extrême, l'individualisme méthodologique pourrait laisser penser que l'individu se construit sans égard au contexte et à l'époque où il se trouve. Il risque même parfois de déboucher sur un individualisme atomiste qui donne toute la

¹² Sur cette distinction, lire Bernard Valade, « De l'explication dans les sciences sociales : holisme et individualisme », in Jean-Michel Berthelot, *Épistémologie des sciences sociales*, PUF, Paris, 2001, pp. 357-405.

place à la volonté individuelle sans tenir compte du fait que les individus sont toujours « ... insérés dans un système social, système de contraintes, où se déroulent leurs actions. » (Valade: 374)

À l'inverse, le holisme méthodologique, quant à lui, évacue complètement le sujet, faisant de lui un objet passif façonné par son environnement, comme le caillou roulé par les vagues. L'individu, ou plutôt la personne, est, selon cette approche, le strict produit d'une socialisation donnée, ou encore de structures ou de cadres particuliers. Sa destinée est irrévocablement fixée par ces mécanismes ou structures qui l'empêchent de se posséder lui-même. Ses choix personnels sont dictés par des « causes » hors de son contrôle et non par des « raisons fortes ». L'essence serait ainsi antérieure à l'existence. L'approche culturaliste, fort prisée par certains intellectuels intéressés par la question autochtone, fait appel à cette méthodologie. Aux termes de celle-ci, notre culture dicte nos choix, nos raisons d'agir ne comptent pour rien. En effet, les jugements que le sujet porte sur son monde ne peuvent s'appuyer sur des raisons fortes puisque, comme le dit Raymond Boudon¹³, « ...les causes des états de conscience du sujet ne résident pas dans les causes que lui-même y voit, mais dans l'action de forces culturelles invisibles. » (: 210) Il s'ensuit également, comme le note toujours Boudon, que « ...les cultures apparaissent comme opaques les unes pour les autres... » (: 42)

On aura deviné que le recours à cette approche culturaliste emporte des conséquences majeures lorsqu'on cherche à institutionnaliser en droit positif le résultat de recherches qui s'en inspirent. De plus, comme un très grand nombre d'écrits juridiques et politiques portant sur la question autochtone, et poursuivant donc une finalité normative, se réclament d'une telle perspective holistique, il est essentiel pour le juriste, si sa mission est pour partie de préserver la liberté individuelle, de prendre la mesure des limites de cette perspective.

¹³ Raymond Boudon, *Renouveler la démocratie — Éloge du sens commun*, Odile Jacob, Paris, 2006. Boudon, dans le passage cité, décrit la posture culturaliste. Il ne l'approuve pas, au contraire.

À ce chapitre, un commentaire et deux questions me viennent immédiatement à l'esprit : 1) Tout comme Marcel Gauchet¹⁴ (: 62), je pense que « [l]e sujet classique est en partie une illusion, ce n'est pas douteux, mais pas au point où il faille lui intimer de se taire parce que *ça parlerait* à sa place. S'il est libre et s'il y a du sens à lui reconnaître sa liberté, c'est que sa parole compte. Le point de vue de la liberté amène aussitôt, ainsi, la question du sujet. » 2) Si les motivations personnelles ne comptent pour rien dans le développement d'une communauté, comment les tenants du culturalisme peuvent-ils expliquer le changement, sinon par mutations brusques et spontanées des comportements collectifs –phénomènes mystérieux dont il est permis de douter qu'ils se soient jamais produits ? 3) Enfin, comment les tenants du culturalisme peuvent-ils s'expliquer eux-mêmes ainsi que leur propre démarche intellectuelle? En d'autres termes, si nous sommes tous le produit d'un contexte qui nous construit sans égard aux raisons que l'on avance pour justifier nos agissements, par quel don des dieux les intellectuels culturalistes ont-ils pu s'extraire et mettre à distance leur propre culture qui, en toute logique, doit les enserrer tout autant que leurs semblables? D'où leur vient cette clairvoyance? Roy D'Andrade¹⁵, dans un article intitulé « Moral Models of Anthropology », critique l'avènement d'un modèle de pensée en anthropologie dont l'objectif n'est plus de décrire un objet d'étude, mais bien plutôt de distinguer ce qui est bon de ce qui est mauvais (: 407-408) :

[T]hose who use the model... do not ask... 'Why should others believe *my* assertions when *I* do not believe theirs?' or 'Why have *I* been blessed with the knowledge of good and evil that *others* do not seem to have?' Overall, there is the un reflexive assumption that one is a member of an elect that by natural grace knows what is right, and this elect consists of those who hold the current moral model. »

On peut faire la même critique à certains auteurs s'intéressant à la dimension juridique et politique de la question autochtone. Des auteurs qui parlent d'autorité au nom de tous et chacun sans qu'il nous soit permis de savoir ce qui leur confère cette autorité et sans qu'il nous soit permis, relativisme culturel oblige, d'émettre quelque doute à son sujet.

D'un point de vue juridique, il importe de souligner que l'institutionnalisation des constats culturalistes nous obligerait à reconnaître une autorité, reconnue par l'État, à « ceux qui savent »,

¹⁴ Marcel Gauchet, *La condition historique*, coll. « Folio/essais », Gallimard, Paris, 2003.

¹⁵ Roy D'Andrade, « Moral Models of Anthropology », *Current Anthropology*, Vol. 36, No. 3, (juin 1995), pp. 399-408.

bref, à ceux qui, de leurs propres dires, ne sont pas victimes de la « fausse conscience » qui afflige leurs semblables. L'enjeu est majeur.

En évacuant le sujet au profit du groupe, l'approche culturaliste n'est pas sans avoir de répercussions sur la façon d'appréhender le débat portant sur la hiérarchisation des droits individuels et des droits collectifs, débat houleux dans l'univers de la réflexion sur la question autochtone. Il en va de même bien sûr de l'individualisme atomiste qui, lui, met l'accent sur l'individu au détriment du groupe. Mais, pour reprendre l'expression de Karl Popper¹⁶ (: 78), il y a quelque chose de névrotique, d'hystérique dans cet accent prononcé mis sur l'opposition entre l'individu et le collectif. Dans la mesure où l'on admet le caractère relationnel plutôt que substantiel de la notion d'identité, il devient en effet impossible de trancher radicalement entre la personne et la collectivité.¹⁷ En outre, l'approche culturaliste tend à associer collectivité et altruisme, individualisme et égoïsme. En réalité, le collectivisme s'oppose à l'individualisme et l'altruisme à l'égoïsme.¹⁸ Bref, on peut parfaitement admettre, et l'Histoire regorge d'exemples, qu'il puisse exister des collectivités égoïstes et des individus altruistes. La conjugaison des droits individuels et des droits collectifs est donc plus complexe qu'il n'y paraît.

Deuxième difficulté: la dimension totalisante d'un concept oblige souvent celui qui l'adopte à occulter une partie du réel. Ainsi, le concept juridique de « droits ancestraux » par exemple, tend à instituer une logique d'affrontement. Un droit fait office de bouclier à l'encontre de l'activité étatique. Il force les Autochtones à insister sur ce qui les distingue des non-Autochtones au détriment de ce qui les en rapproche. Dès lors, il porte ceux qui interprètent et mobilisent le concept de « droits ancestraux » —avocats, juges ou Autochtones— à lui donner un contenu substantiel qui peut, lorsque ce contenu est défini à partir d'une perspective culturaliste, déboucher sur l'essentialisme identitaire.

¹⁶ Karl Popper, « Is There Meaning in History » (1940) in Jeremy Shearmur and Peirs Norris Turner (dir.), *After The Open Society : Selected social and political writings*, , Routledge, New York, 2008, aux pp. 72-82.

¹⁷ Tim Schouls, *Shifting Boundaries — Aboriginal Identity, Pluralist Theory, and the Politics of Self-Government*, UBC Press, Vancouver, 2003.

¹⁸ Karl Popper, « Moral Man and Immoral Society » (1940) in *After The Open Society : Selected social and political writings, supra*, aux pp. 62-71.

En effet, la dimension totalisante de l'approche culturaliste entraîne elle aussi, à sa façon, une occultation du réel et ce, tout particulièrement lorsqu'elle est mobilisée par des intellectuels poursuivant des finalités normatives. La nature même de cette approche exige la substantification de la notion même de culture. Puisque la culture nous façonne, il importe d'en définir les traits fondamentaux. Or, puisque l'épistémologie culturaliste récuse toute forme d'objectivité, l'identification de ces traits relève encore de « ceux qui savent ». Pour le culturaliste, toute objectivité, comme toute prétention à la vérité ou à l'universalité, n'est que chimère. Cette affirmation, en passant, le culturaliste la tient pour objectivement vraie et universelle. Donc, puisque les murs culturels sont infranchissables, c'est vers les perceptions subjectives des initiés qu'il importe alors de se tourner. Certains traits qui « déplaisent » courent alors le risque d'être relégués au statut d'épiphénomènes ou à celui de manifestations de la fausse conscience d'individus qui, malgré les raisons fortes qu'ils invoquent, ignorent ce qui est bon pour eux. D'autres traits, au contraire, pourront être absolutisés, hyperbolisés, sans qu'il soit possible de savoir qui a tort et qui a raison.

En effet, comme le souligne Raymond Boudon (: 90), l'hyperbolisation d'une facette de la réalité constitue un des réflexes méthodologiques du relativisme. Ce réflexe consiste à métamorphoser une proposition indiscutablement vraie, mais limitée et circonscrite, (« certains individus sont égoïstes ») en une proposition à caractère universel (« tous les individus sont égoïstes »). Ainsi, parce qu'il est vrai que le pouvoir opprime parfois, on en conclut que tout pouvoir est oppression; parce qu'il est vrai que le savoir traditionnel autochtone est pertinent, seul le savoir traditionnel est pertinent ; parce qu'il est vrai que la pensée scientifique mène parfois à des conclusions erronées, la pensée scientifique mène toujours à des conclusions erronées. Autrement dit, ce qui est possible devient nécessaire (*id.* : 70; note 1).

Cette hyperbolisation encourage bien souvent une conception binaire, sinon manichéenne des choses et des personnes. Elle risque d'enfermer les groupes dans un carcan culturel dont il ne leur sera pas permis de sortir. On risque ainsi d'enfermer l'Occident, comme le font par exemple

James (Sa'ke'j) Youngblood Henderson et Marie Batiste¹⁹ (au nom, en passant, d'une perspective holistique), dans un seul gigantesque acte d'agression. Parce que certains Européens et Euro-canadiens ont opprimé les Autochtones, tous les Européens et les Euro-canadiens —ceux d'hier comme ceux d'aujourd'hui— ont les mains tachées de sang. Au contraire, les Autochtones risquent de voir la complexité de leur identité laminée sous le couteau du grand rêve romantique. Ainsi, selon Taiaike Alfred²⁰ (: 22) :

« At the time of their first contact with the Europeans, the vast majority of Native Americans societies had achieved true civilization : they did not abuse the earth, they promoted communal responsibility, they practiced equality in gender relations, and they respected individual freedom. »

Le même auteur nous fournit un magnifique exemple de réification manichéenne lorsqu'il affirme (: 25) :

« In choosing between revitalizing indigenous forms of government and maintaining the European forms imposed on them, Native communities have a choice between two radically different kinds of social organization : one based on conscience and the authority of the good, the other on coercion and authoritarianism. »

Le juriste appelé à s'inspirer du savoir produit par les sciences sociales ou des théories politiques qui s'en réclament doit donc être sensible aux fondements méthodologiques ou épistémologiques de ces dernières ou encore à la récupération dont elles peuvent faire l'objet. Sur le plan méthodologique, il est permis de se demander si un chercheur a tenté d'éviter, autant que faire se peut, de recourir à des concepts qui lui masqueront très certainement une partie du réel. Max Weber a brillamment posé le problème lorsqu'il affirme : « Si quelqu'un est un enseignant capable, sa première tâche est d'apprendre à ses élèves à reconnaître des faits *désagréables*, des faits, veux-je dire, qui sont désagréables pour sa propre opinion partisane. Et il y a pour toute opinion partisane, par exemple y compris pour la mienne, des faits extrêmement désagréables. »²¹

¹⁹ *Protecting Indigenous Knowledge and Heritage — A Global Challenge*, Purich, Saskatoon, 2003. Dans cet ouvrage, arguant pourtant d'une approche holistique, les deux auteurs réduisent la civilisation occidentale à un vaste cloaque où strictement rien (sauf peut-être le sympathique Platon (: 121)) ne trouve grâce à leurs yeux. En contrepartie, bien sûr, l'univers autochtone est paré de mille vertus. Bien sûr, il ne faut pas voir là, nous diront-ils, une quelconque forme de manichéisme. Nul n'est responsable de sa condition: les Européens sont culturellement programmés pour être immondes et les Autochtones culturellement programmés pour caresser leur prochain.

²⁰ Taiaike Alfred, *Peace, Power and Righteousnes — An Indigenous Manifesto*, Oxford University Press, Don Mills, 1999.

²¹ Max Weber, « La profession-vocation de savant », in *Le savant et le politique*, 1917, Éditions La découverte, Paris, 2003, (nouvelle traduction de Catherine Colliot-Thélène), à la p. 96. Le passage se poursuit par les mots

Est-ce à dire que la parfaite « neutralité » ou « impartialité » est possible pour le professeur appelé à réfléchir à cette question? Non. Mais je pense, comme Raymond Aron²², qu'à défaut d'aspirer à une indifférence axiologique, un professeur, un chercheur, se doit de viser l'« équité. » (: 46) Autrement dit, si, comme universitaires, il nous est très certainement possible de poser un jugement de valeur, il nous faut cependant le faire uniquement après avoir pris les précautions suivantes : nous être assurés de n'avoir pas sélectionné arbitrairement les faits; de n'avoir pas déterminé arbitrairement ce qui est important ou essentiel et, surtout, de nous être assurés de n'avoir pas « prétend[u] connaître avec précision et certitude des phénomènes qui, par leur nature même, sont équivoques. » (: 62-63). Toute pensée construite sans égard à ces trois principes s'apparentera inévitablement à ces vastes synthèses dépourvues d'aspérités et qui ne sont rien d'autres que des discours idéologiques. La tâche d'un intellectuel n'est jamais strictement civique, elle demeure toujours épistémologique, en ce sens qu'elle doit tendre à révéler une part de vérité, aussi fragile soit-elle. Vérité au sens d'horizon vers lequel on tend et non comme réalité tangible.

Un dernier mot au sujet de l'objectivité de la connaissance. Si le savoir occidental n'a rien d'objectif et n'est qu'une manifestation de nos préjugés culturels, en toute logique, il en va de même du savoir autochtone. Autrement dit, les relativismes cognitif et épistémologique nous renvoient tous autant que nous sommes à nos subjectivités respectives. Et quant au relativisme normatif radical sur lequel les deux premiers débouchent, il porte le juriste à se poser la question suivante : en vertu de quelle raison commune, compte tenu de l'incommensurabilité de nos modes de connaissance et de nos valeurs respectives, les non-Autochtones devraient-ils reconnaître des droits spécifiques aux Autochtones et contribuer à assurer l'épanouissement de leur volonté d'autonomie ? Compte tenu de notre affligeante cécité, comment pourrions-nous, nous, Euro-canadiens, « entendre raison » ? Même si le relativisme cognitif et normatif n'a pas tout faux, il ne peut écarter l'universel en totalité.

suivants : « Je crois que lorsqu'un professeur d'université contraint ses auditeurs à s'habituer à cet état de chose, il fait alors bien plus qu'une œuvre intellectuelle pure, il fait quelque chose pour quoi j'irais jusqu'à employer l'expression d'« œuvre morale », même si cela sonne peut-être un peu trop pathétique pour une chose aussi simple et si naturelle. »

²² Raymond Aron, « Science et conscience de la société », in *Les sociétés modernes*, Coll. « Quadrige », PUF, 2006, aux pp. 49-76.

Jean LECLAIR, « Les périls du totalisme conceptuel en droit et en sciences sociales » 12

Droits d'auteur et droits de reproduction. Toutes les demandes de reproduction doivent être acheminées à Copibec (reproduction papier) – (514) 288-1664 – 1(800) 717-2022.
licences@copibec.qc.ca

J'aimerais insister sur une autre dimension du problème soulevé par la mobilisation d'une approche culturaliste à des fins normatives. Il s'agit cette fois, non pas de l'occultation d'une partie du réel, mais d'une représentation décontextualisée et ahistorique de ce dernier. La culture d'une communauté donnée s'inscrivant toujours dans la longue durée, le processus d'identification de l'« essence » culturelle de cette communauté passe nécessairement par un retour sur l'Histoire. Or c'est ici qu'intervient une autre difficulté : l'hyperbolisation d'une pratique donnée sans égard au contexte. Prenons l'exemple du partage, du « sharing. » Il s'agit d'une pratique qui n'était pas familière aux Européens. Cette pratique, affirme-t-on, témoignerait d'une essence collectiviste autochtone incompatible avec l'idée d'individualisme au sens occidental du terme. Encore une fois, la raison d'être du « sharing » serait culturellement donnée, sans égard au contexte et aux raisons fortes qu'avaient les Autochtones d'adopter cette pratique. Mais comme le démontre Carole Lévesque²³ dans ses études sur les Inuit, de telles approches sont étriquées (2007 : 9) : « Les explications à l'effet que les Inuit soient coincés entre la tradition et la modernité ne me semblent plus satisfaisantes. En fait la dualité tradition/modernité repose habituellement sur l'idée qu'à l'époque traditionnelle c'est l'esprit communautaire qui domine et que la modernité est plutôt l'espace d'expression de l'individualisme. Il n'est pas rare, par exemple, de lire chez certains auteurs que les solidarités traditionnelles se sont effritées avec la sédentarisation. Il est question notamment du partage que l'on associe volontiers à la vie traditionnelle, à une valeur traditionnelle. On passe alors sous silence que le partage n'est pas simplement une pratique, qu'il s'agissait en réalité d'un système sophistiqué de régulation sociale qui visait justement à maintenir un équilibre entre les intérêts des individus et ceux du groupe. Il y avait donc aussi, à l'époque traditionnelle, une valeur accordée à l'individualité et non seulement à la collectivité. »

Autre exemple : le consensus. Aux dires de plusieurs, les Autochtones fonctionneraient tous, impératif culturel oblige, selon un mode de gestion politique consensuel. Si tel est le cas, faudrait-il qualifier d'Européens les Aztèques et les Incas? Ne serait-il pas plus juste de dire que

²³ « New Avenues to Address Critical Changes in Education and Human Capital », 27 octobre 2007. Voir aussi Carole Lévesque, Dominique de Juriew, Catherine Lussier et Nadine Trudeau, *Entre abondance et disette — L'alimentation et l'institution du partage chez les Inuit de la région circumpolaire au cours de la période historique*, INRS-Urbanisation, Culture et Société, Montréal, 2000.

le contexte géographique et démographique de l'Amérique du Nord rendait une autre forme de mobilisation difficilement praticable? Autrement dit, les Autochtones n'avaient-ils pas des « raisons » autres que leur empreinte génétique pour agir comme ils le faisaient ? Les travaux de Daniel K. Richter²⁴ sur les Iroquois et ceux de Adrian Tanner²⁵ sur les Innus du Labrador montrent bien que si le consensus était l'idéal poursuivi, c'est entre autres raisons parce qu'il était toujours possible de s'esquiver (« avoidance »). Les travaux de Charles Tilly²⁶ et de Robert H. Bates²⁷ sur la construction des États européens, et surtout ceux de Jeffrey Herbst²⁸ sur les problèmes de diffusion du pouvoir en Afrique subsaharienne, problèmes engendrés par la conjonction des deux variables que sont la faible démographie des populations subsahariennes et l'immensité du territoire, montrent combien ces deux variables peuvent expliquer, en partie et non en totalité, l'importance des palabres et de la recherche du consensus.

Est-ce à dire qu'au fond il n'existe pas de différence entre Autochtones et non-Autochtones ? Non, comme le dit Carole Lévesque, il est incontestable que les Autochtones ont leur propre façon de gérer les rapports entre les personnes et la collectivité. Elle soutient plutôt qu'il faut élaborer des concepts mieux à même de traduire l'articulation complexe de la triade personnes-familles-communautés en milieu autochtone. Lorsque Richter (: 45), quant à lui, fait référence au consensus, il souligne que si « [e]ach headman and war chief was free, to the extent he could mobilize resources and followers, to pursue his own policies both at home and in dealing with other peoples », il n'en reste pas moins que ce qui assurait une certaine cohésion politique « was a shared belief in the ideal of consensus and in the spiritual power that comes from alliance with others. » Autrement dit, la différence existe, mais elle se fonde sur des raisons fortes qui n'excluent pas des motivations axiologiques. Cette différence ne prend pas racine dans un quelconque déterminisme culturel à déclenchement mécanique.

²⁴ *The Ordeal of the Long House — The Peoples of the Iroquois League in the Era of European Colonization*, University of North Carolina Press, 1992.

²⁵ « The Double Bind of Aboriginal Self-Government » in Colin H. Scott, (dir.), *Aboriginal Autonomy and Development in Northern Quebec and Labrador*, UBC Press, Vancouver, 2001, aux pp. 396-414.

²⁶ *Coercion, Capital and European States, AD 990-1992*, Blackwell Publishing, Oxford, 1992.

²⁷ *Prosperity & Violence — The Political Economy of Development*, W.W. Norton & Company, New York, 2001.

²⁸ *States and Power in Africa — Comparative Lessons in Authority and Control*, Princeton University Press, Princeton, 2000.

Il découle de ce qui précède que le juriste averti se doit de tenir compte de cette différence là où elle existe vraiment. Le principe du consensus fournit encore un bon exemple.

Il ne fait aucun doute que les rapports familiaux et claniques sont encore aujourd'hui très étroits dans les communautés autochtones.²⁹ Or, l'imposition du modèle électif (une personne, un vote) dans ces communautés a engendré des effets pervers.³⁰ Premièrement, en disqualifiant la recherche du consensus qui existait dans certaines communautés et qui visait entre autres à favoriser la négociation interclanique, le modèle électif a permis d'assurer l'appropriation du pouvoir par les familles les plus influentes. Il autorise ainsi la reconduction des mêmes dirigeants au pouvoir. Deuxièmement, ce modèle, lorsqu'imposé plutôt que choisi, a repoussé à la marge les instances traditionnelles qui ont longtemps joué un rôle important dans la gestion politique des communautés.

Si l'on entend recourir au droit positif pour institutionnaliser un changement, il est donc des différences véritables qui méritent d'être prises en compte si notre objectif consiste à faciliter les rapports entre les personnes au lieu de leur nuire.

Troisième difficulté : Bien souvent, au nom de l'hyperbolisation évoquée plus haut, le pouvoir est associé à l'oppression. Or, comme le pouvoir est associé aux dominants (plus spécifiquement à l'État) et que le droit est un produit étatique, le droit, conclut-on, ne peut être qu'oppression.

Le droit, il va sans dire, soulève la question du pouvoir. Toutefois, si le droit est une manifestation de pouvoir, le pouvoir existe en-dehors du droit, et en particulier du droit étatique. Si le pouvoir est défini comme la capacité de contrôler ou d'influencer le comportement des

²⁹ À propos de la prégnance de la patrimonialisation du pouvoir en Afrique, voir Patrick Chabal & Jean-Pascal Daloz, *Africa Works — Disorder as Political Instrument*, James Currey & Indiana University Press, Oxford et Bloomington, 1999.

³⁰ Ghislain Otis, « Élections, gouvernance traditionnelle et droits fondamentaux » (2004) 49 *McGill Law Journal* 393 : 405-406.

autres, il ne loge pas uniquement dans le giron de l'État.³¹ L'intellectuel « qui sait », celui qui pointe du doigt la fausse conscience des autres, exerce une forme de pouvoir.

Le juriste doit également se méfier de ceux qui dissimulent les conflits de pouvoir intratribaux sous le voile de la culture. Premièrement, ces conflits existent bel et bien et ils ne sont pas tous le produit du colonialisme. Cependant, il ne découle pas de cette constatation que des solutions dépourvues de toute résonance pour les Autochtones doivent être imposées. Deuxièmement, malgré tout mon respect pour les adeptes de la « démocratie délibérative », je pense qu'un juriste ne peut se permettre d'entretenir une conception idéalisée de la démocratie qui l'amènerait à nier l'incontournable « *fait oligarchique* » du politique, comme l'appelait Raymond Aron (: 509).³² Il est faux de penser que tout le monde aura la volonté, le temps ou l'intérêt requis pour participer à l'exercice du pouvoir. On doit accepter le fait que, même chez les Autochtones, la liberté des Anciens — pour parler comme Benjamin Constant³³, liberté qui consistait « à exercer collectivement, mais directement, plusieurs parties de la souveraineté toute entière » (: 594)— a tendance à céder la place à la liberté des Modernes, c'est-à-dire la liberté individuelle que l'on connaît et qui rend nécessaire, au niveau politique, le principe de la représentation (: 615-616). Ce fait oligarchique est inconnu des Autochtones? Peut-être au sein des petites communautés — j'en doute,— mais il se matérialise dès que ces communautés s'associent pour former des corps politiques plus englobants.³⁴

Enfin, le pouvoir n'est pas intrinsèquement mauvais. À force de réfléchir uniquement en termes d'oppression³⁵, on en est venu à oublier que le pouvoir peut produire le bien. Le pouvoir est avant

³¹ Pour une intéressante typologie des différentes formes de pouvoir, lire Bertrand Russell, *Le pouvoir*, trad. franç. de *Power* (1996), PUL et les Éditions Syllepse, Québec, 2003.

³² « Classe sociale, classe politique, classe dirigeante », in *Les sociétés modernes*, Coll. « Quadrige », PUF, 2006, aux pp. 503-523.

³³ Benjamin Constant, « De la Liberté des Anciens comparée à celle des Modernes » (1819) in *Écrits politiques*, sous la direction de Marcel Gauchet, coll. « folio/essais », Gallimard, Paris, 1997, aux pp. 589-619.

³⁴ Joe Sawchuk, *The Dynamics of Native Politics — The Alberta Metis Experience*, Purich Publishing, Saskatoon, 1998.

³⁵ D'Andrade, *supra* : 406 : « [P]ower brings about oppression, therefore power is bad. Science gives people power, therefore science is bad. Objectivity is part of science, therefore objectivity is bad. Generalizations are produced by objective science, therefore generalizations are bad. And some would take it further : generalizations are based on fieldwork, therefore fieldwork is, if not bad, at least a situation that places one in very grave moral jeopardy. »

tout capacité d'action. Il n'y a pas de changement sans pouvoir. On en est également venu à oublier qu'un détenteur de pouvoir peut vouloir l'exercer au profit des autres et non pour satisfaire son seul intérêt.

Conclusion

Dans les paragraphes qui précèdent, j'ai simplement voulu montrer, à l'aide de quelques exemples, le problème posé par la récupération, à des fins normatives, du savoir produit par les disciplines à vocation descriptive. Le juriste ne doit pas rester indifférent à la question des modes de production de ces savoirs car, une fois institutionnalisés dans le droit positif, les résultats de ces savoirs auront des conséquences pratiques sur la vie d'hommes et de femmes en chair et en os. Comme intellectuels, il nous est impossible de prédire l'avenir, mais il nous est toutefois possible de révéler les conséquences qui pourront raisonnablement découler de la poursuite de telle fin déterminée ou de l'emploi de tel moyen plutôt qu'un autre pour y parvenir (Weber : 102).³⁶ Comme le dit Max Weber (: 103), ce à quoi le savant —l'intellectuel— peut aspirer, c'est à « obliger un individu à se rendre à lui-même des comptes quant au sens ultime de sa propre action, ou du moins [à] l'aider à le faire. »³⁷ Or, pour le juriste, il est capital de réfléchir aux conséquences probables qui résulteraient de l'institutionnalisation de tel ou tel concept. Il doit garder en mémoire que le droit — constitutionnel tout particulièrement — simplifie et donc réifie toujours les réalités ou les phénomènes qu'il entend traduire.

Il y aurait encore beaucoup à dire, tout particulièrement parce que le droit ne peut se contenter de constater le réel. Il poursuit également des finalités axiologiques qui elles-mêmes appellent des choix. Les valeurs, diront les culturalistes, ne sont que des faits contingents. Disons simplement que j'en doute. Il est vrai qu'examinées sur le court terme certaines valeurs peuvent sembler purement contingentes et locales. Toutefois, examinées sur le très long terme, il m'apparaît que certaines valeurs ont fait la démonstration de leur caractère universel. Je pense, à titre d'exemple, au principe de la séparation des pouvoirs. Plus personne, je pense, ne soutiendrait aujourd'hui

³⁶ À la même page, il ajoute : « L'enseignant peut vous présenter la nécessité [d'un] choix, mais, pour autant qu'il entend rester un enseignant et non se transformer en démagogue, il ne peut faire plus. »

³⁷ À la même page, il ajoute que « [p]our parler en termes imagés », le savant peut dire ceci à celui qui l'interroge : « quand vous vous décidez en faveur de cette prise de position, vous servez tel dieu et vous en offensez tel autre. »

que la concentration de tous les pouvoirs dans la main d'un seul est préférable à sa répartition entre plusieurs titulaires. Il va sans dire que la réalisation concrète de ce principe prendra différentes formes selon les contextes. L'universel ne doit pas être confondu avec l'uniforme.

Je terminerai en insistant sur le fait que les constitutionnalistes doivent proposer des concepts qui, plutôt que de réifier nos identités respectives, prendront acte de leur mutabilité.