

LIBERTÉ ET ÉGALITÉ : RAWLS ET DWORKIN ET LA PHILOSOPHIE DU DROIT DES ÉTATS-UNIS

Stephen C. Hicks

Volume 12, Number 2, 1982

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1110302ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1110302ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (print)

2561-7087 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Hicks, S. C. (1982). LIBERTÉ ET ÉGALITÉ : RAWLS ET DWORKIN ET LA PHILOSOPHIE DU DROIT DES ÉTATS-UNIS. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 12(2), 483–497. <https://doi.org/10.7202/1110302ar>

LIBERTÉ ET ÉGALITÉ: RAWLS ET DWORKIN ET LA PHILOSOPHIE DU DROIT DES ÉTATS-UNIS

par Stephen C. HICKS*

Le droit, ensemble de règles appliquées impartialement au sein de la société, vise l'harmonie des intérêts individuels et des groupes sociaux. L'individu est libre de se conformer aux lois établissant la sécurité et l'ordre. De plus, il peut poursuivre un but personnel si ce dernier ne s'oppose en rien au bonheur social. Le système juridique définit les limites en cause. Les relations sociales, les valeurs morales et humaines entrent en jeu dans les limites juridiques¹. L'utilitarisme, théorie politique, définit le droit selon sa représentation du bien et sa description de la nature humaine. Cette perspective utilitariste illustre, le rapport étroit entre la société individuelle et le processus politique dans notre tradition. Malgré la révolution technologique au vingtième siècle et la transition de la norme du bonheur individuel au bien-être social, Rawls dans son écrit intitulé *Theory of Justice* et Dworkin dans le sien *Taking Rights Seriously* considèrent comme point de départ l'utilitarisme puisqu'il représente les courants politiques actuels. Entre Blackstone et Austin, s'est effectuée une transformation de notre condition sous-jacente au système juridique. Cette transformation incite Rawls et Dworkin à constater que le processus politique est le seul contexte viable pour la réalisation du droit.

Dworkin et Rawls tentent d'équilibrer et les intérêts majoritaires et les minoritaires dans la démocratie. Dworkin a pour critère l'importance des buts minoritaires; tandis que Rawls, s'occupe des principes de l'équité. Ils analysent les mêmes parties de l'équilibre démocratique, premièrement, les principes de la distribution, et en deuxième lieu, le droit fondamental au traitement égalitaire selon Dworkin, et à la liberté selon Rawls. Finalement, ils fondent leur

* M.A., LL.B. (1972) (Downing College, Cambridge), LL.M. (1978) (Virginia), Associate Professor, Suffolk University Law School, Boston. L'auteur remercie Mme Diane Farmer, Esq., pour son expertise et ses encouragements lors de la traduction de cet article rédigé comme rapport présenté au Congrès du mouvement international des avocats catholiques à Manille, Philippines, en 1979. Cet article a été publié en anglais dans (1980) 25 *Catholic Lawyer* 106, (copyright 1980, St. Thomas Moore Institute for Legal Research).

1. J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, Humanities, 1965, p. 118 (1832).

théorie sur la dignité et le respect politique dus aux individus. Toutefois, leur interprétation de l'équilibre démocratique diffère quelque peu. La théorie de Rawls repose sur un idéal de réciprocité sociale. Pour lui, l'individu n'a pas à participer au processus politique. Si ce dernier ne lui offre aucun avantage particulier. Le rôle du gouvernement, en tant qu'instrument social, se trouve donc restreint dans l'élaboration du bien public. La théorie de Dworkin se fonde sur un idéal du respect politique. Tous les individus disposent d'une voix dans le système politique sans pour autant obtenir une distribution égalitaire des avantages sociaux.

Dworkin soutient principalement que les minorités doivent détenir un pouvoir politique égal dans certaines situations. C'est un rajustement de la société suivant le principe de l'égalité politique. Ce rajustement repose sur le concept utilitaire de la moralité sociale qui définit, à la fois, l'individu comme être rationnel intéressé, et sujet du système juridique objectif. Rawls, d'autre part, reconnaît le rajustement selon la liberté. Il prétend que la liberté assure la meilleure société. Celle-ci dépend des individus moraux dévoués à la réalisation du bien public équitable au lieu de son accroissement au détriment de la liberté sociale. En plus d'utiliser le même point de départ soit l'utilitarisme, ils idéalisent le concept du respect dans leurs philosophies.

Notre expérience juridique se révèle comme un élément important de la philosophie du droit. L'individu et le droit sont interdépendants. Il en résulte ainsi puisque l'État apparaît à la société par l'entremise de la moralité sociale et puisque la société se présente aux individus par la moralité personnelle. En conséquence, les structures de la démocratie sociale et les principes de la justice sociale et politique sont redéfinis. Ainsi, l'interdépendance du droit et de l'individu élargit notre perspective juridique pour inclure la société et le processus politique. Voilà une étape significative dans la tradition positive du droit.

J'aborde en premier la théorie de Dworkin puisqu'elle est en harmonie avec l'évolution de la tradition. Son ancêtre immédiat est probablement Mill comme il partage certaines idées politiques, soit les limites appropriées du gouvernement par opposition à l'utilité d'un tel organisme. Dans un premier temps, Dworkin suggère que la notion de "droits" a deux sens. Les droits, au sens primaire protègent la liberté individuelle contre l'intervention gouvernementale. Au sens secondaire, les droits sont indispensables à l'individu². Le droit de désobéir à l'autorité politique est un trait essentiel du concept de

2. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard, 1978, pp. 191-192.

droits au sens primaire. En somme, il n'est pas obligatoire de se conformer aux lois seulement parce que celles-ci pontent sur le respect des droits primaires. La liberté générale n'existe pas comme telle. Selon Dworkin elle équivaut à l'indépendance menacée par l'inégalité politique et la législation paternaliste³. Il soutient que les droits sont nécessaires à la coordination de la liberté sociale et de l'égalité politique. En plus Dworkin prétend que l'égalité est la base même du concept de droits. Les deux sens du concept de droits sont le traitement égal dans la distribution des ressources et surtout, le droit au traitement égalitaire dans la prise de décision politique⁴. Une fois que le traitement égalitaire existe comme tel, il s'ensuit que le calcul utilitaire devient représentatif du concept de la justice⁵.

Selon Dworkin, la difficulté que pose la contrainte acceptée de l'utilitarisme consiste à déterminer le bien public en fonction d'influences externes au lieu de se fonder sur le respect égalitaire⁶. Ainsi, les droits contre le gouvernement surgissent lorsque le pouvoir politique enfreint le principe du respect, prémisses du droit fondamental au traitement d'égalité. Il soutient que la tendance de la majorité d'ignorer le respect et le traitement égalitaire, donne lieu à une notion individualiste et subjective du droit à la liberté⁷. La liberté n'est pas fondamentale, mais les droits le sont. L'égalité précède la liberté, puisque cette dernière dépend des buts sociaux. L'égalité doit revenir à l'individu. Il a le droit à l'égalité devant la loi afin de participer à la détermination du bien public⁸. Le respect égal et le droit au traitement égalitaire demeurent inviolables. En conséquence, le traitement égalitaire dans la distribution des ressources pourra être modifié pour atteindre les buts sociaux lorsque le résultat définitif comportera une augmentation de l'égalité résiduelle ou un équilibre du pouvoir politique.

Voilà l'envers de l'utilitarisme. Les minorités peuvent imposer des avantages à la société au détriment de la majorité tant que l'exercice de leurs préférences personnelles ne viole pas le droit au traitement égalitaire. Cela représente une théorie modeste de la redistribution de la liberté et de l'égalité, théorie qui ne reflète aucune ambition, du point de vue politique, ni d'impossibilité du point de vue social. Le but définitif devient la réalisation totale de l'égalité des

3. *Id.*, 263.

4. *Id.*, 198, 273.

5. *Id.*, 204.

6. *Id.*, 276.

7. *Id.*, 277.

8. *Id.*, 273.

minorités au sein de l'institution politique. Dworkin, en donne un exemple particulier, soit l'évolution d'un individu séparé devenant égal, puis égal, mais séparé, et s'intégrant de façon efficace dans le système politique actuel. Il convient de déterminer si, un processus social ou individuel fonde la réalisation du traitement égalitaire⁹. Malgré la tradition utilitariste, Dworkin prétend que le système politique détermine les rapports entre les individus. Selon Dworkin, il est nécessaire d'arriver à une augmentation, de l'égalité résiduelle ou de la participation des parties en cause, sans enlever à la majorité le droit au pouvoir politique égal¹⁰. La démocratie devient fonctionnelle. Du droit résulte le bien politique; l'égalité en demeure sa garantie.

De cette théorie découle un problème identique au problème de l'utilitarisme. Ou bien l'individu est reconnu comme tel au détriment d'un concept du bien-être social, ou il est transformé en un citoyen munit de droits et de libertés accordés par le pouvoir politique. Selon Dworkin, les individus désobéissent aux lois pour rappeler les limites du droit, sinon, ils demeurent des sujets du système juridique. L'ensemble du système fonctionne par l'entremise de l'administration, des classes ou des intérêts individuels. Les parties ne peuvent qu'être indirectes, abstraites ou représentatives. Les descriptions de Dworkin sont des plus réalistes. Il perpétue la dichotomie classique entre la politique et la moralité. Il associe le droit à la politique. Le processus juridique, moyen continu entre l'individu et la société, touche la moralité dans un but social et non politique.

Au contraire, l'idéalisme de Rawls fait de l'individu une personne morale, rationnelle, non représentée dans le processus politique. L'individu ne se situe pas dans la polarité subjective – objective des institutions et des normes. Le droit au traitement égalitaire de Dworkin, base fondamentale d'une société politique, devient un pré-requis essentiel pour le calcul utilitaire. Selon Dworkin l'individu, sujet politique, possède une attitude objective pour atteindre un équilibre de convictions intuitives et sincères. L'application de ses convictions à des situations nouvelles n'est pas encore éprouvée en fonction de la moralité sociale¹¹. Dworkin conçoit la relation entre l'égalité et la liberté sous un angle politique, en raison de la priorité de la participation égale dans le processus politique. Ainsi, il envisage les concepts de la dignité humaine et du respect sous une perspective politique.

9. STONE, "Justice in the Slough of Equality", (1978) 29 *Hastings L.J.* 995, 1013.

10. DWORKIN, *op. cit.*, note 2, 239.

11. *Id.*, 163.

De plus, le sens limité du respect égal se développe lorsque sont soustraits des choix politiques les influences externes puisqu'elles ont pour effet de corrompre le calcul utilitaire¹². Ainsi, l'individu est représenté comme un citoyen dirigé par des règles juridiques visant le bien public. Il peut aussi être représenté comme une personne ayant des intérêts individuels et une raison subjective, mais influencée par une société politique.

La théorie de Dworkin présente une autre difficulté. La mise au point des préférences majoritaires par les intérêts minoritaires se fonde sur le droit au traitement égalitaire. L'égalité seule ne détermine pas le réajustement puisque les intérêts, même minoritaires, doivent être évalués comme étant représentatifs du bien public. Il faut établir des valeurs pour lesquelles l'égalité en est le moyen¹³. La contribution de Dworkin à la philosophie positiviste prouve qu'il reconnaît pareille nécessité. Il ajoute aux faits de l'acceptation sociale des arguments de la théorie politique normative. Au lieu de dévoiler les implications individuelles et sociales, il en expose seulement les implications politiques¹⁴. L'accent mis sur l'égalité, particulièrement dans le processus politique, réduit la possibilité d'une apparition spontanée de valeurs délimitant la base, la cohésion et la direction de la société. L'égalité rend uniforme tous les intérêts, et généralise leurs sources dans le comportement social pour en arriver au rôle abstrait du processus politique¹⁵. Dworkin résout les inconséquences de l'utilitarisme en fondant les droits des minorités sur le droit au traitement égalitaire. L'absence du concept de la réciprocité individuelle au sein de sa théorie politique se manifeste tout de même dans les objectifs du bien-être social.

Rawls ne se concentre pas sur l'égalité et le respect politique. Il place l'individu au centre de sa théorie afin de contourner les limites de l'utilitarisme¹⁶. Sa théorie de l'équité présente une vision contraire des relations entre le pouvoir politique et la société. Comme les événements contemporains supposent une dégradation dans les ressources et une illusion du progrès matériel, il se peut que l'avenir prouve la validité de la théorie de Rawls. Rawls se dissocie de la réalité dans

12. *Id.*, 235, 276.

13. LUCAS, "Against Equality", (1965) 40 *Philosophy* 296. Cf. W. KAUFMANN, *Without Guilt and Justice*, Delta, 1973 and W.A. LUIJPEN, *Phenomenology of Natural Law*, Duquesne, 1967, pp. 180 et 219.

14. DWORKIN, *op. cit.*, note 2, 68.

15. SABINE, "The Two Democratic Traditions", (1952) 61 *Phil. Rev.* 451, 471.

16. Voir A.K. SEN, "Rawls versus Bentham", dans N. DANIELS (ed.), *Reading Rawls*, Basic Books, 1976, p. 284.

la mesure où Dworkin s'y associe. Il utilise le principe du contrat social et intitule l'étape de la négociation la "position originale". À l'intérieur de cette position originale nous devons agir conformément aux principes d'équité pour effectuer des choix sociaux ou politiques rationnels¹⁷.

Cette position originale ne cherche pas à établir les limites de l'égoïsme. Les principes de la raison et de l'équité exigent que nous agissions comme des êtres moraux au sein de la position originale. Rawls s'inscrit dans la tradition distincte du rationalisme européen. La base de la distribution égale est la réciprocité sociale, et la base de la réciprocité est cette position originale, miroir de l'état d'esprit actuel¹⁸. Non seulement la liberté précède l'égalité dans le domaine des relations sociales, mais elle conduit vers une nouvelle conception de l'être humain. En plus, elle contribue au développement du droit.

Il y a deux principes d'équité¹⁹. Le premier veut que tout individu ait libre accès aux biens primaires. Selon le deuxième principe, les inégalités sociales et économiques sont arbitraires, à moins qu'elles n'avantagent tous les individus suivant la maximisation du bien-être social²⁰. La liberté a priorité sur le bien primaire incluant le droit de vote; l'admissibilité à un poste; la liberté de parole, d'assemblée, de conscience; le droit de propriété et la protection contre l'intrusion. Elle ne peut être sacrifiée que pour elle-même et non pour des avantages d'occasions favorables²¹. En conséquence, les normes rationnelles deviennent futiles. C'est en fonction de la liberté et des principes d'équité que la majorité développe le bien-être social. Il est inutile d'examiner les intérêts personnels puisque dans la position originale ceux-ci sont éliminés par les biens secondaires²². Le respect mutuel signifie la responsabilité individuelle au sein de la société. Celle-ci se fonde sur un désintéressement réciproqué de tout, sauf de la liberté et du niveau de vie favorisant les moins avantagés²³. Il reste à savoir si les individus peuvent penser ainsi.

La maximisation utilitaire du bien-être social est soumise aux priorités de la liberté, des principes d'équité et des avantages pour les moins favorisés. Le bien-être social se développe en regroupant nos

17. J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Harvard, 1971, pp. 21-22.

18. *Id.*, 14. Dworkin est également de cet avis, voir DWORKIN, *op. cit.*, note 2, 158.

19. *Id.*, 60, 302. Voir aussi LUCAS, *loc. cit.*, note 13, 302.

20. *Id.*, 303.

21. *Id.*, 61, 243-5.

22. *Id.*, 91-2, 447, 450.

23. *Id.*, 511, 543.

intuitions, nos convictions et notre savoir dans un équilibre selon le principe de l'équité²⁴. L'intérêt individuel se manifeste dans le droit de poursuivre un but personnel. Le lien entre le pouvoir politique et l'État se réalise par l'entremise de la réciprocité sociale. L'opposition entre l'individu et l'État se résoud par l'impartialité du bien-être social, axé sur le respect politique et mutuel. Dans pareil cas, la difficulté consiste à savoir s'il y a compatibilité avec la philosophie du droit²⁵.

D'une part, l'individu est perfectionné par la réciprocité sociale et il est représenté par la participation politique. D'autre part, l'individu apparaît comme un être atemporel et immatériel dans la position originale qui se doit de réduire sa facticité afin d'appliquer à ses choix les principes d'équité²⁶. Rawls ne perçoit pas l'individu comme être subjectif perdu dans une majorité altruiste, ni comme observateur détaché prenant des décisions politiques au nom d'un autre²⁷. Selon la théorie de l'utilitarisme, l'échange entre l'individu et l'État s'effectue par le processus de la représentation politique. Cependant, Rawls soutient que l'échange doit se réaliser par le bien moral. Nous affrontons notre responsabilité sociale²⁸. L'exigence d'être moral n'est pas difficile à atteindre; au contraire, c'est le détachement de nous-mêmes qui s'avère impossible. Ce détachement est pourtant la garantie de l'équité initiale.

La minimisation des intérêts personnels, des facultés humaines et des avantages sociaux est aussi irréaliste que l'utilitarisme dépend de l'altruisme²⁹. Cette description idéaliste de la nature humaine vise à établir ce que nous sommes véritablement. Selon Rawls, le respect a priorité sur le pouvoir politique égal et devient une condition personnelle de notre existence. Il faut au moins un calcul utilitaire pour déterminer si les avantages personnels sont moindres que les désavantages dans la distribution des biens. Il reste à savoir si la liberté existe comme telle. En plus, il faut déterminer si cette liberté se mesure quantitativement sans avoir recours à une norme établie du bonheur social³⁰.

24. *Id.*, 20, 48-53.

25. *Id.*, 14, 33, 499-502.

26. Pour une critique approfondie de Rawls sur ce point, voir R. WOLFF, *Understanding Rawls*, Princeton, 1977, p. 97.

27. RAWLS, *op. cit.*, note 17, 135, 184-85.

28. *Id.*, 187-92, 256.

29. Voir WOODARD, "Reality and Social Reform: The Transition from Laissez-Faire to the Welfare State", (1962) 72 *Yale L.J.* 286, 300.

30. WOLFF, *op. cit.*, note 26, 90. HART, "Rawls on Liberty and Its Priority", in N. DANIELS (ed.), *op. cit.*, note 16, 238, 248.

La théorie de Rawls pose certaines difficultés sur la nature de la raison détachée dans la position originale. D'après lui, la pensée ne peut être une faculté hypothétique ou logique. Il existe un doute, à savoir si la pensée peut quitter la situation existentielle de l'individu raisonnable. La réciprocité sociale s'effectue plus facilement que l'équilibre politique, puisque les individus agissent interpersonnellement et non de façon démocratique. D'ailleurs, les crises économiques et morales en influençant le système politique assurent le développement du respect social. Sous cette perspective, le système politique est abstrait. Rawls expose la dimension individuelle de la moralité sociale même si sa conception de l'individu reste abstraite et idéaliste. L'homme, sujet rationnel est diamétralement opposé à l'homme, objet du droit positif.

L'importance de Rawls réside dans le fait qu'il présente une théorie tout à fait indépendante des théories d'organisation marxiste, utilitariste, ou perfectionniste³¹. La théorie de Rawls reflète la tendance du système juridique d'établir l'équilibre entre la liberté et la distribution égale des biens³². D'une part, Rawls retient le caractère individualiste perdu dans le système politique majoritaire et, d'autre part, il admet l'autonomie des préférences individuelles vis-à-vis la politique. Ainsi l'individu agit à titre de sujet libre et non à titre de représentant du système politique³³. En accentuant le respect mutuel à l'avantage de l'égalité politique et de la distribution des biens par opposition à l'intérêt personnel, Rawls atteint la position originale. Il s'agit de savoir si l'individu peut penser à partir de la position originale.

En résumé, les deux principes de Dworkin sont, le traitement égalitaire dans la distribution des biens sociaux et dans la participation politique. Rawls utilise des principes de distribution selon l'index maximal des biens primaires à l'égard des moins avantagés. De cette maximisation découle une liberté sociale compatible avec la notion d'une liberté égale pour tous. Les principes de Dworkin se fondent sur l'égalité. La relation entre les deux principes se manifeste dans une forme d'utilitarisme renversé. Le sens fort du droit au traitement égalitaire qualifie le fonctionnement normal de l'utilitarisme favorisant les minorités. Les principes d'équité de Rawls se fondent sur le respect. La relation entre les deux principes empêche la maximisation

31. C'est l'hommage de Dworkin. DWORKIN, *op. cit.*, note 2, 132.

32. RAWLS, *op. cit.*, note 17, 542, 546.

33. Notez que Wolff affirme que Rawls n'a pas de théorie de l'état. WOLFF, *op. cit.*, note 26, 202. Voir SABINE, *loc. cit.*, note 15, 458 sur les implications du contrat social à cet égard.

des biens. Cependant celle-ci est permise si elle agit en faveur des moins favorisés. L'augmentation des biens contribue à la liberté égale et la démocratie sociale en sera le résultat inévitable. Ce n'est pas le credo politique de Rawls car il a une philosophie politique axée sur l'individualisme libéral.

Selon Dworkin, la relation entre la dignité politique et l'individu s'établit par la cohérence des décisions inédites pour la moralité sociale actuelle. Il analyse l'Administration et en particulier le rôle du juge. Il semble que l'individu raisonne de la même façon que le juge. Selon Rawls le lien entre la dignité politique et l'individu se manifeste par le biais de l'équilibre démocratique représentant l'individu comme un citoyen. L'individu n'agit pas en vertu des préférences extérieures de cohérence sociale. Au contraire, il poursuit des buts personnels soumis aux principes d'équité.

L'utilitarisme emporte une conséquence sérieuse. La transition du rôle secondaire de l'État dans le maintien de l'ordre et de la sécurité au rôle primaire de maximisation du bien-être, entraîne un risque certain. Hart dans son *Concept of Law*, envisage ce risque comme la possibilité pour l'autorité politique d'agir sans tenir compte du soutien de la minorité³⁴. En plus d'avoir une usurpation politique systématique sur l'indépendance sociale au prix du droit réel et utile, il y a danger que le paternalisme du pouvoir politique érode le respect individuel et que la tyrannie de la majorité distribue inégalement les biens secondaires. Une fois le risque assumé, il devient nécessaire de rationner les ressources et de protéger les droits afin de garantir à la société sa continuité. Le pouvoir politique menace continuellement de créer le déséquilibre, la répression et l'exploitation au sein de la société. Rawls et Dworkin, reconnaissent la nécessité d'un rajustement politique. Ce rajustement s'effectue par l'entremise de l'équité ou de l'égalité politique des minorités. Rawls et Dworkin fondent leur idéal de rajustement politique sur la prémisse du respect. Pour Rawls, le respect mutuel, tandis que pour Dworkin, le respect politique égal.

Ainsi, l'égalité n'est ni fondamentale, ni partagée chez Rawls et Dworkin. Dans la distribution des biens primaires à l'égard des intérêts minoritaires, il faut utiliser des valeurs autres que l'égalité. La vraie liberté, selon Rawls ne se limite pas à une participation politique de l'individu. Sous un tel angle elle devient en quelque sorte le prix que le gouvernement se voit forcé de payer à l'individu. La priorité de la liberté fait du système politique le moyen de distribution des biens

34. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, 1961, p. 196. Voir aussi BERLIN, "Equality", (1956) 56 P.A.S. 300, 318.

pour maximiser le bien-être social. Sous un angle juridique le respect conçu par Dworkin présuppose la mutualité. La notion d'équité selon Rawls touche l'existence véritable de l'individu. À titre d'égaux politiques, nous devons non seulement respecter l'autre, mais nous devons être respectés.

De plus, nous avons tendance à percevoir l'égalité comme une norme mathématique assurant l'équité. L'égalité se conforme à nos espoirs de la pureté, de la simplicité et de la clarté rationnelle. Cependant, nous nous trompons pour deux raisons. Premièrement, l'égalité nécessite une norme quelconque, puisqu'il semble que rien n'est égal à rien d'autre. Nous devons définir les valeurs avant de déterminer l'égalité. Les valeurs deviennent les moyens pour atteindre l'égalité. Deuxièmement, l'égalité comme critère de la division proportionnée, se transforme en l'égalité du pouvoir politique. En conséquence chaque individu détient un pouvoir politique égal. Il peut retirer son soutien pour l'utiliser comme rançon au sein du processus politique. Cependant, il n'y a pas de valeurs sociales certaines pour établir l'égalité du pouvoir politique³⁵. Devant ce pouvoir, l'égalité comme mesure de justice devient équivoque. Plus la distribution des biens s'avère nécessaire, moins l'égalité détermine l'équilibre. Des nouvelles valeurs provenant de la société doivent y participer. L'égalité, comme mesure proportionnée de la distribution des biens se perçoit en fonction de la liberté. L'égalité en tant que respect dans l'élaboration du processus politique dépend de la réciprocité sociale comme moyen d'être juridique.

La difficulté précédente s'oppose à la tradition en allant de Bentham et d'Austin, jusqu'à Hobbes. Depuis toujours l'homme en société ne disposait pas de norme de comportement. En plus, les règles appliquées impartialement et dérivées de l'autorité politique devenaient des moyens rationnels pour atteindre l'ordre et la sécurité. Conséquence, le système juridique doit être coercitif afin d'assurer le contrôle des préférences subjectives par la raison objective. Le droit se concrétise par des règles uniformes et générales. Celles-ci émanent de l'autorité souveraine et visent la réalisation du bien public. La tradition concentre sur le formalisme législatif et délaisse la condition juridique de l'individu. Avant d'être soumis aux règles politiques, l'homme est, et était, selon Blackstone, au sens perfectionniste, un être social dans le système juridique³⁶. L'influence de la politique sur

35. Il est significatif qu'en dernière analyse l'efficacité d'un système juridique positiviste dépende de l'acceptation volontaire du droit contraignant par ses officiants et une majorité. HART, *op. cit.*, note 34, 196.

36. D. BOORSTIN, *The Mysterious Science of Law*, Peter Smith, 1973, p. 159.

le système juridique cause un préjudice certain à l'égard de la moralité. Rawls et Dworkin nous dirigent vers ce chevauchement du droit et de la moralité par leur vision différente de l'égalité et du respect mutuel. L'un utilise le rationalisme moral et l'autre la philosophie rationnelle du droit.

La réforme du droit de Bentham permet de réorganiser la société et de maximiser le bien-être social. La contribution de Bentham fixe le point de départ pour Rawls et Dworkin. Le système politique altère l'essence véritable du droit en le détachant des valeurs humaines et des intérêts sociaux et le transforme en un formalisme juridique axée sur les préférences extérieures. L'abondance des textes législatifs illustre la soumission du système juridique au pouvoir politique. Le droit devient seulement un outil politique visant l'ordre et la sécurité au sein de la société. Selon Dworkin et Rawls, le respect et le traitement égalitaire ne peuvent être atteints puisque le mécanisme de la réciprocité sociale n'existe pas dans le processus juridique. Il faut donc examiner les sources et les effets de notre tradition sur notre expérience juridique afin de percevoir le lien direct entre le droit et la politique. En plus, il faut à tout prix accorder une fonction active à la réciprocité dans notre tradition juridique.

La question des droits de l'homme se divise en deux notions fondamentales. Les droits de l'homme sont des éléments nécessaires à l'épanouissement de l'individu. En plus, les droits de l'homme deviennent des fins particulières accordées par l'État dans un but politique. Ces deux extrêmes obscurcissent le sens véritable des droits de l'homme au sein de la société. Il est nécessaire d'examiner le rôle des droits de l'homme dans la société afin de découvrir la nature même de cette question fondamentale.

Pour l'individu, les droits de l'homme représentent des garanties essentielles à sa survie. Pour l'État, ils sont des principes d'organisation politique. Les droits de l'homme deviennent en somme le pivot sur lequel reposent des valeurs individuelles, sociales et politiques. Ils contribuent sans aucun doute à la polarisation de l'individu et du système politique. En conséquence, au lieu de se révéler comme des valeurs sociales individuelles, ils illustrent la réalité politique.

La philosophie juridique actuelle s'attarde sur deux valeurs essentielles, soit la liberté et l'égalité. L'individu ne peut les aliéner puisqu'elles deviennent pour lui des droits fondamentaux. Pour l'État ces valeurs sont les garanties du bien-être et de la paix sociale. La liberté et l'égalité représentent le concept du *bien* tel qu'il a évolué au sein de la tradition occidentale par le rationalisme et l'utilita-

risme³⁷. Les conflits entre la majorité et la minorité, l'individu et l'État, le droit et la nature contribuent au développement de la liberté et de l'égalité³⁸. Sous une perspective idéaliste la liberté et l'égalité déterminent le principe de la réalité contemporaine et nous incitent à une réflexion fondamentale de la condition humaine. Au sein de la société américaine, cette considération touche certains domaines, entre autres, la discrimination à rebours; les contrôles du coût de la vie, de la rémunération et l'énergie; la moralité de l'avortement et de l'homosexualité; et, en général le rôle du gouvernement dans la démocratie sociale. En se penchant sur la structure juridique de la société, l'on constate que la moralité n'y est que peu présente et que la politique figure en premier plan. Il en résulte que le processus politique se distingue de la société. Je prétends qu'il en est ainsi parce que le droit rabaisse la dignité humaine au niveau du pouvoir politique égalitaire.

La liberté et l'égalité reposent sur le principe du respect mutuel. La liberté tend vers la réciprocité et l'égalité vers les relations. L'égalité distributive se concrétise dans la participation au processus politique. La liberté se manifeste dans l'équité des fins politiques³⁹.

L'homme en tant que citoyen est un sujet de l'institution politique. L'égalité vise une proportion équilibrée entre les individus et l'institution politique, tandis que la liberté repose sur le principe de réciprocité sociale. La liberté succède à l'égalité car cette dernière est une conséquence historique de la société politique.

La poursuite de buts personnels ne se révèle pas sous une dimension juridique puisque le droit est limité dans son rôle par le pouvoir politique. La structure de la société disparaît lorsque nous nous préoccupons de l'homme et de l'État. Le bonheur social se dessine au sein des rapports intimes entre la liberté et l'égalité. Puisque nous nous croyons subjectifs mais rationnels, la liberté et l'égalité nous semblent être la formule idéale de l'État pour atteindre le bonheur social. Nous pensons de façon utilitariste et nous utilisons le droit comme instrument politique pour arriver à l'égalité. Bien que la société soit à l'arrière-plan de la politique, nous classons tout sous un angle politique, et en conséquence, l'égalité prend de l'importance et

37. M. HEIDEGGER, *An Introduction to Metaphysics*, Anchor, 1961, pp. 164-172.

38. Ces propositions m'apparaissent circonscrire la théorie moderne du droit.

39. Notons que Dworkin assimile son sens du respect mutuel dans la création et l'administration des institutions politiques au concept du respect de Rawls. DWORKIN, *op. cit.*, note 2, 180. Il s'agit sûrement d'un excès d'admiration.

la liberté s'estompe. Selon Dworkin, le respect égal doit permettre le développement de la moralité sociale afin de contribuer au droit positif. Les principes de la liberté, selon Rawls, émettent une façon d'y parvenir.

Au départ l'égalité reste implicite dans les objectifs immédiats de la sécurité et de l'ordre. Les droits de l'homme rendent possible la distribution égale du bien-être et éclipsent la liberté en tant que droit suprême. La relation étroite entre les individus et le bien public confère à la liberté une dimension sociale. Mais à mesure que le pouvoir politique s'implante au sein de la société la nature de la liberté se transforme en une réalité politique. Il est donc capital de redéfinir la nature de la liberté.

L'évolution de la liberté suit trois étapes⁴⁰. Dans un premier temps, la liberté apparaît comme une valeur personnelle, essence même de la société. Blackstone soutient que la liberté est une norme personnelle et sociale. Ensuite, la liberté devient en quelque sorte une conséquence de l'apparition du système juridique. Le pouvoir politique édicte des lois générales pour régir le comportement de l'individu⁴¹. L'individu est libre de s'y conformer. L'influence de la liberté sur le système juridique conduit à un troisième stage. La liberté existe comme un droit ou un produit de l'autorité politique. Elle se concrétise dans les lois permissives et contraignantes de l'État. La liberté prône la possibilité d'être heureux dans les limites politiques⁴².

La nature actuelle de la liberté de l'égalité résulte du système juridique visant l'ordre et la sécurité au sein de la société. La société devient l'arène politique. Il importe de replacer le droit au sein de la société. Sans une perspective sociale, nous concevons le droit comme règle externe politique et non comme moyen d'expression de notre condition sociale. Nous devons à tout prix façonner notre condition juridique selon un procédé politique, social et individuel.

En dissociant la liberté du droit une nouvelle pensée juridique surgit⁴³. Austin examine les rapports entre l'autorité et le corps politique et soumet que le droit a pour but de réglementer le comporte-

40. W. BLACKSTONE, *1 Commentaries on the Laws of England*, (éd. de 1783), Garland, 1978, pp. 125-126.

41. J. BENTHAM, *Of Laws in General*, édité par H.L.A. Hart, Athlone, 1970, p. 294. J. BENTHAM, "A Critical Examination of the Declaration of Rights", Mss. U.C.L. Box 69, p. 62, in B. PAREKH (ed.), *Bentham's Political Thought*, Harper and Row, 1973, p. 268.

42. B. PAREKH, *op. cit.*, note 41, 279. Voir aussi LYONS, "Logic and Coercion in Bentham's Theory of Law", (1972) 57 *Cornell L.R.* 335.

43. J. AUSTIN, *op. cit.*, note 1, 107.

ment humain⁴⁴. Il définit l'ordre comme étant un équilibre de la liberté et de l'égalité maintenu par l'État. Sa vision du système juridique touche le bien commun. L'évolution des dix-neuvième et vingtième siècles apporte un changement au sein de la société, soit en sa représentation politique comme objet du droit aux fins du bien-être social.

La nature de notre respect détermine notre condition juridique. Selon Dworkin et Rawls, nous pouvons être égaux soit politiquement ou socialement. Le fondement de notre condition juridique repose sur l'essence véritable du droit⁴⁵. Nous ne sommes pas seulement comme l'expose la théorie de l'utilitarisme, des objets du droit placés dans des rôles représentatifs intéressés, mais nous sommes désintéressés mutuellement et alliés réciproquement. De la même façon, le droit n'est pas seulement positiviste, utile et dirigé, mais représente notre condition sociale. Ainsi, le droit n'est ni objectif, ni subjectif mais bien social.

La réciprocité est l'aspect public de notre comportement juridique. Celle-ci se manifeste, sous un angle politique, par la participation égale des individus aux prises des décisions politiques. D'un point de vue social, la réciprocité se découvre dans les relations interpersonnelles⁴⁶. Le respect est le caractère privé de notre comportement juridique. Il vise la considération individuelle tout en maintenant l'impartialité. Le respect signifie surtout désintéressement mutuel. Nous devons nous pencher sur l'équilibre social créé par la réciprocité et le respect afin de délimiter notre position juridique et de définir les fins du système juridique. La réalisation de l'équilibre social accorde au système juridique la possibilité de se révéler comme un moyen d'être et non une conséquence politique. Une telle spéculation illustre l'authenticité du réalisme juridique. Le système juridique dépasse alors les limites du positivisme pour devenir une partie intégrante de nous-mêmes. Nous créons la société. Nous nous chargeons de son fonctionnement et de sa représentation politique⁴⁷. Toutefois notre situation juridique comme objet de l'institution politique nous soustrait à notre responsabilité envers la réciprocité et le respect. En conséquence nous blâmons nos représentants politiques de la situation actuelle au lieu d'examiner la nature même de la société. En plus,

44. *Id.*, 291-293.

45. Comme je le perçois, il s'agirait d'une sorte d'archéologie phénoménologique. Voir M. FOUCAULT, *The Order of Things*, Vintage, 1973.

46. H. PITKIN, *Wittgenstein and Justice*, California, 1972, pp. 132-139.

47. P. BERGER et T. LUCKMANN, *The Social Construction of Reality*, Penguin, 1971, p. 79.

nous présumons que le système juridique doit remédier aux circonstances. Ainsi le droit s'écarte de l'individu puisque nous l'utilisons pour des fins externes.

Une renaissance du droit naturel doit survenir dans notre histoire tout comme elle est apparue dans le principe de plaisir-douleur de Bentham. Cette renaissance juridique résultera de l'influence de l'individualisme rationnel⁴⁸. Nous devons à tout prix réagir au respect et à la réciprocité afin de déterminer notre cohérence sur le plan social et politique. Notre perspective politique doit reposer sur l'arrière-plan du domaine social. Nous devons reconnaître que l'intervention politique dans la liberté et l'égalité peut à long terme être contre-nature. Des valeurs morales sociales doivent orienter notre conception de la vie. Néanmoins, la société demeure une réalité politique. Cependant les accents mis par Rawls et Dworkin sur le respect et la réciprocité, indiquent clairement que notre pensée juridique se dirige vers l'exploration de nouvelles possibilités existentialistes. En conséquence, il en découlera un rapport, lien nouveau entre la liberté et l'égalité, entre l'individu et le droit, si bien que le résultat éventuel pourrait être une métaphysique de l'expérience juridique.

Cette perspective suggère une nouvelle théorie de l'individu devant le droit tout comme Dworkin l'estimait⁴⁹. Le droit n'est pas tout à fait individuel, ni subjectif, il doit être objectif. La théorie juridique actuelle présente le droit comme un système positif de règlements. Nous l'envisageons à la fois comme une manière d'être, une structure objective de l'autorité politique et un processus subjectif de redressement. Une telle théorie se trouve chez Saint-Thomas d'Aquin. Notre vision utilitaire camouffle l'essence véritable du droit⁵⁰. L'importance de Dworkin se révèle dans son concept de moralité sociale, prérequis à l'évolution du droit positif. Tandis que Rawls dans sa théorie de la raison d'être de la moralité individuelle.

48. D. YANKELOVICH et W. BARRETT, *Ego and Instinct: The Psycho-analytic View of Human Nature Revised*, Random House, 1970, p. 269.

49. DWORKIN, *op. cit.*, note 2, 292.

50. Dans ce contexte, soulignons l'intéressante réflexion du Pape Jean-Paul II sur la "participation" (voir K. WOJTY-LAW, *The Acting Person*, Reidel, 1979, pp. 261 et ss.) et sa pertinence en rapport avec l'intersubjectivité.