

## LES DROITS COLLECTIFS COMME DROITS-LIBERTÉS

*Frédéric Charette\**

*Au-delà des usages purement rhétoriques, les droits collectifs renvoient essentiellement à l'exercice du pouvoir politique. Loin de s'identifier au droit de sécession ou de représenter la conclusion d'une recherche de privilèges garantis par l'État, les droits collectifs assoient le pouvoir des individus de se constituer en communautés politiques ayant le pouvoir de légiférer de facto sur les matières locales. Cette conception des droits collectifs comme droits-libertés participe d'une longue tradition occidentale, tout en étant logiquement et économiquement défendable.*

*Beyond purely rhetorical uses, collective rights belong essentially to the question of political power. A collective right is not a right of secession, nor is it the conclusion of lobbying efforts to obtain legal privileges protected by the State. Collective rights are the rights of individuals to constitute themselves into a political community with a de facto legislative power over local matters. This idea of collective rights as liberties shares in a long Western tradition, while being defensible both logically and economically.*

---

\* LL. D. (Montréal), Research Fellow (School of Law, UC Berkeley). L'auteur tient à remercier le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada pour son soutien financier et les professeurs Ejan Mackaay, Catherine Valcke et Lukas Soesoe pour leurs judicieux commentaires.



## TABLE DES MATIÈRES

I.	INTRODUCTION .....	307
II.	L'ÉTAT MODERNE ET LE FÉDÉRALISME .....	310
III.	LES DROITS COLLECTIFS COMME FRONTIÈRES JURIDICTIONNELLES .....	316
	A. <i>La reconnaissance formelle des collectivités locales</i> .....	318
	B. <i>La portée juridictionnelle dans le domaine intérieur</i> .....	321
IV.	LA VIABILITÉ DES DROITS COLLECTIFS .....	328
	A. <i>Les juridictions locales furent historiquement viables</i> .....	328
	B. <i>Le polycentrisme juridique favorise la croissance économique</i> .	329
	C. <i>Un marché des institutions politiques permet l'expression des</i> <i>préférences individuelles</i> .....	330
	D. <i>La hiérarchisation et la spécialisation du politique s'inscrit</i> <i>dans la structure du développement humain</i> .....	331
V.	CONCLUSION .....	333



## I. INTRODUCTION

Les droits collectifs ne sont souvent que des métaphores malheureuses de droits individuels existants, qu'ils s'agissent de privilèges légaux ou de libertés fondamentales<sup>1</sup>. Néanmoins, l'attrait pour les droits collectifs ne se dément pas. Au-delà des usages tendancieux, il y a des appels aux droits collectifs qui participent très clairement d'une volonté de prévenir des injustices ou de protéger les libertés individuelles. Si les droits collectifs peuvent certainement tendre vers la recherche d'avantages et de privilèges auprès de la législature, ils peuvent aussi vouloir s'opposer à un État jugé oppressant pour s'affranchir de celui-ci.

D'un point de vue juridique, il n'y a pas de nécessité de distinguer les droits collectifs des droits individuels. La logique individualiste traverse tout le droit et impose de ne considérer que des sujets de droit individualisés, y compris en faisant intervenir la fiction des personnes morales, qu'il s'agisse de syndicats, de corporations ou d'associations politiques. Toutefois, d'un point de vue rhétorique ou sémantique, parler de droits collectifs présente une certaine utilité puisque cela permet de rassembler sous un même terme toutes les variantes du droit à l'auto-détermination. Autrement dit, il faut concevoir les droits collectifs comme une catégorie de droits individuels qui renvoie à la problématique de la reconnaissance politique des collectivités locales et des pouvoirs et privilèges qui se rattachent à cette reconnaissance.

Ainsi, on peut comprendre les droits collectifs comme imposant à l'État une obligation, soit de fournir aux membres d'une communauté culturelle les moyens, légaux et même financiers, de perpétuer leur culture, soit de permettre un certain degré d'autonomie législative. Dans les deux cas, toutefois, la portée de ces concessions en regard des libertés fondamentales témoignent d'un objectif ambigu: cependant que la modernité représente une échappée de l'arbitraire de la tradition, les droits collectifs pourraient représenter une manière de restauration du pouvoir du groupe sur les individus.

La figure des droits-collectifs comme droits-créances a été défendue par Kymlicka<sup>2</sup>. Selon lui, l'obligation de l'État d'assurer la survie des communautés minoritaires découlerait du devoir de traiter également les citoyens. La recherche individuelle du bonheur s'inscrivant toujours dans un contexte culturel donné, les individus membres d'une culture minoritaire qui seraient contraints d'abandonner celle-ci souffriraient un préjudice sérieux. Kymlicka prétend en quelque sorte que la survie du groupe est une condition nécessaire à l'épanouissement individuel et il réclame en conséquence des droits-créances pour garantir cette survie.

Dans sa revendication de droits collectifs sur la base de l'appartenance culturelle, Kymlicka insiste que ceux-ci ne sont pas seulement admis par les principes libéraux d'égalité, mais même requis par eux. Kymlicka situe très clairement le contexte de sa démonstration:

My concern is with this modern liberalism, not seventeenth-century liberalism, and I want to leave it entirely open what the relationship is between the two.<sup>3</sup>

Le biais moderne du libéralisme qu'adopte Kymlicka lui simplifie beaucoup trop la tâche: à vrai dire, c'est la réconciliation de revendications collectives avec le libéralisme classique qui est fondamentale pour les sociétés qui ont adopté le marché et la primauté du droit comme fondements

---

<sup>1</sup> Voir notre «Des usage intempestifs de l'expression "droits collectifs"», (1997) 38 Les Cahiers de Droit 691..

<sup>2</sup> W. Kymlicka, *Liberalism, Community, and Culture*, Oxford, Clarendon Press, 1989.

<sup>3</sup> *Ibid.* à la p. 10.

de leur régime économique.

Sur le plan historique, le libéralisme classique demeure la philosophie politique fondamentale des démocraties occidentales et l'ancêtre du libéralisme moderne. Bien que ces deux philosophies politiques en soient venues à s'opposer quant aux rapports de l'État à la société civile<sup>4</sup>, elles partagent toujours une croyance fondamentale dans les libertés individuelles. C'est dans ce contexte qu'il faut tenter de réconcilier la part légitime des revendications rassemblées sous le vocable « droits collectifs ».

Deux autres motifs nous amènent à adopter la perspective libérale classique: la première, méthodologique, la seconde, rhétorique. D'abord, sur le plan de la méthode, le libéralisme classique apparaît beaucoup plus réfractaire que sa contrepartie moderne face à l'idée même de droits-créances, auxquels s'apparentent certaines revendications collectives. Par conséquent, l'individualisme avoué du libéralisme classique et son hostilité déclarée envers toute forme de collectivisme fournit un cadre assurément très exigeant pour quiconque entend démontrer l'existence de certains droits collectifs. De toute évidence, la probité de la démonstration sera en proportion des exigences que feront peser sur elle le contexte politique dans lequel elle sera tenue. Ensuite, sur le plan rhétorique, il est indiscutable que ce choix nous permet de nous affranchir du texte de Kymlicka. Il va sans dire que certains arguments développés par Kymlicka ont une portée qui dépasse le contexte du libéralisme moderne — notamment quant à la valeur de l'appartenance culturelle — et c'est dans cette mesure qu'ils trouveront leur pertinence ici. Au-delà de ces arguments partagés, il faudra repenser les termes dans lesquels on conçoit les revendications collectives.

Pour des raisons que nous avons exposées dans un autre article, les tentatives de justifier les droits collectifs sur la base de l'appartenance culturelle ne semblent pas fondées<sup>5</sup>. Néanmoins, et malgré le préjugé scepticiste du libéralisme envers les phénomènes juridiques collectifs, trois raisons nous permettent de croire en la possibilité d'intégrer, par certains aspects, des droits collectifs dans une philosophie libérale et individualiste.

D'abord, la pensée libérale dans son ensemble s'accorde pour refuser que des lois particulières puissent brimer la liberté d'association et d'expression des membres de communautés minoritaires, quelles qu'elles soient. Ensuite, le libéralisme classique est un humanisme, ce qui implique une croyance dans la possibilité du progrès et plus particulièrement de l'épanouissement individuel. Or, cette affirmation de l'individu n'est possible qu'à travers l'éducation et, plus généralement, la connaissance de soi et du monde, ce qui renvoie nécessairement à un phénomène communautaire. Enfin, il est possible de prétendre, comme le fait Sohn, que les droits individuels ne peuvent être réalisés sans que les groupes possèdent des droits collectifs:

One of the main characteristics of humanity is that human beings are social creatures. Consequently, most individuals belong to various units, groups, and communities; they are simultaneously members of such units as a family, religious community, social club, trade union, professional association, racial group, people, nation, and state. It is not surprising, therefore, that international law not only recognizes inalienable rights of individuals, but also recognizes certain collective rights that are exercised jointly by individuals grouped into larger communities, including peoples and nations. *These rights are still human rights*; the effective exercise of collective rights is a

<sup>4</sup> J. Gray, *Liberalism*, coll. Concepts in the Social Sciences, Milton Keynes (England), Open University Press., 1986 à la p. 92: «[Modern] Liberal thought quickly endorsed the new conception of the rule of government engendered by the struggle for votes in a mass democracy—the conception of government as the provider of general welfare and not, as hitherto, the guardian of the framework within which individuals may provide for themselves.»

<sup>5</sup> Voir notre «Une critique des droits collectifs conçus comme droits-créances», à paraître.

precondition to the exercise of other rights, political or economic or both. If a community is not free, most of its members are also deprived of many important rights.<sup>6</sup> [nous soulignons]

Est-ce que cela veut précisément dire qu'une communauté ne soit pas libre? À cette question, il faut répondre hypothétiquement: ne pas être libre de se donner les lois auxquelles tous les citoyens agrèent. Dans la pratique du droit, cette hypothèse se traduit par un recours au droit à l'auto-détermination. On invoque ce droit précisément dans les cas où une communauté réclame pour elle-même de voter ses propres lois.

Même les auteurs les plus réfractaires à l'idée d'investir une collectivité de droits reconnaissent que s'il existe un seul droit collectif, ce ne peut être que le droit à l'auto-détermination<sup>7</sup>. En pratique, toutefois, ce droit est considéré comme étant soit ambigu, soit extrêmement restreint. Dans le premier cas, comme le fait remarquer Sosoe, l'indétermination de ce droit tient à ce qu'il est possible de «lui substituer un ensemble de mécanismes constitutionnels et politiques qui en rendent l'usage inutile»<sup>8</sup>. Dans le second cas, sa portée restreinte tient à ce que l'exercice de ce droit est conçu, par ses promoteurs, comme devant mener à la souveraineté nationale, entendu au sens le plus entier du terme.

Dans cette perspective souverainiste, le droit international distingue une conception externe et une conception interne du droit à l'auto-détermination. On réserve le premier cas aux contextes coloniaux, la stabilité des frontières occupant une place déterminante. Dans le second cas, le droit se limite à la possibilité de déterminer librement la nature des institutions politiques. Bien que cette conception semble s'attaquer à l'exercice du pouvoir, elle signifierait plutôt que d'autres États «*should not, through appeals or pressure, seek to prevent a people from freely selecting its own political, economic, and social system*»<sup>9</sup>. Si on ne remet pas en question l'équation suivant laquelle la souveraineté absolue découle invariablement de la constitution d'un État, cette dilution du droit à l'auto-détermination semble effectivement s'imposer.

Cette distinction perd toutefois son objet aussitôt que l'on refuse d'être envahi par l'État moderne et ses lois. En effet, si la volonté du législateur n'a pas la prétention de s'imposer absolument, il devient possible d'envisager toutes manières d'aménagement de l'autorité politique. Le droit à l'auto-détermination renvoie très certainement à une volonté de redéfinir les frontières internes d'un État, et cette redéfinition implique nécessairement une modification des structures politiques.

Toutefois, sauf dans les cas d'oppression et d'atteinte à la vie et à la sécurité des membres de communautés, le droit à l'auto-détermination n'est jamais un droit à la sécession<sup>10</sup>. Quoique cette

<sup>6</sup> L.B. Sohn, «The New International Law: Protection of the Rights of Individuals Rather Than States» (1982) 32 Am. U. L.R. 1 à la p. 48. Contra: J. Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Ithaca (NY), Cornell University Press, 1989.

<sup>7</sup> J. Donnelly, *supra* note 6 à la p. 147: «[L]et us consider the right to self-determination, the one unambiguously well established peoples' right.»

<sup>8</sup> L.K. Sosoe, «Le contractualisme et la question des nationalités» (1992) 19 *Philosophiques* 29 à la p. 36.

<sup>9</sup> S. Senese, «External and Internal Self-Determination», (1989) 16 *Social Justice* 19 à la p. 19. Voir aussi D. Wippman, «Treaty-Based Intervention: Who Can Say No?» (1995) 62 U. Chi. L.R. 607 à la p. 663: «[S]elf-determination outside of the decolonization context is increasingly understood as a right of the people of a state as a whole to determine their own political structures.»

<sup>10</sup> Il en va de même des droits des minorités, voir J.A. Sigler, *Minority Rights: A Comparative Analysis*, Westport (CT), Greenwood Press, 1983 à la p. 196: «Minority rights do not include the right to revolution and secession except upon the same basis as do individual rights. Only the direct and substantial threat to life, limb, and the integrity of family life would ordinarily justify group resistance to constituted authority.»

conclusion rejoigne l'opinion exprimée en droit international<sup>11</sup>, elle ne repose pas sur le principe de l'intégrité territoriale au titre d'une conception externe de ce droit.

L'intégrité territoriale peut se justifier en invoquant les libertés fondamentales. Lorsque les libertés sont garanties sur un territoire donné, toute fragmentation de ce territoire implique nécessairement un rétrécissement des libertés. Dans un contexte fédéral, cette protection des libertés se double de la possibilité d'échapper aux abus de pouvoir des États membres en se déplaçant vers une autre juridiction. Lorsqu'aucun gouvernement ne possède de monopole législatif sur un territoire, il devient beaucoup plus facile pour les individus de se soustraire aux lois qui leur déplaît. L'abandon d'une conception absolutiste de la loi permet d'envisager les droits collectifs comme un outil de fragmentation du pouvoir.

En proposant une théorie des droits collectifs comme droits-libertés, nous entendons répondre aux questions soulevées par Kymlicka et Sosoe. Le premier, dans sa revue du *Secession* de Allen Buchanan<sup>12</sup>, demande pour quels motifs on doit préférer la préservation de la fédération à la liberté des États membres de faire sécession<sup>13</sup>. Le second veut «savoir s'il existe des droits collectifs et comment une théorie libérale peut en rendre compte sans s'opposer à ses propres prémisses<sup>14</sup>». On fera progresser cette hypothèse et on illustrera dans quelle mesure on peut parler de "droits collectifs" en trois temps. En premier lieu, nous survolerons l'évolution de l'État moderne depuis les communes médiévales jusqu'aux fédérations contemporaines. Ensuite, nous soutiendrons une théorie des droits collectifs comme frontières juridictionnelles. Enfin, nous donnerons un aperçu des raisons pour lesquelles les libertés fondamentales méritent ce qualificatif, hors de tout appel au droit naturel, et en quoi ces raisons soutiennent des droits collectifs soucieux de liberté.

## II. L'ÉTAT MODERNE ET LE FÉDÉRALISME

C'est un fait bien documenté que l'Europe médiévale a connu une fantastique période de prospérité depuis la fin du XIe siècle jusqu'au milieu du XIVe<sup>15</sup>, au moment où décline l'influence de la papauté (exil à Avignon vers 1309) et alors que la peste noire décime le tiers de la population du continent (1347). De nombreux facteurs contribuèrent à cette croissance économique. Le moment fondateur s'inscrit probablement dans la division de l'empire carolingien entre les trois fils de Charlemagne par le traité de Verdun de 843, duquel surgiront les formes primitives des royaumes de France, d'Allemagne et d'Italie.

L'affaiblissement de l'Empire a deux conséquences majeures. Il crée d'abord une situation d'insécurité qui sera propice à l'émergence de conflits militaires entre les souverains. Il se conjugue ensuite au détournement des institutions féodales pour créer une situation de concurrence entre les

---

<sup>11</sup> D. Wippman, *supra* note 9 à la p. 663: «As the Badinter Commission recently held, self-determination, whatever its precise content, does not—under existing conceptions of international law—encompass a right of secession.»

<sup>12</sup> A. Buchanan, *Secession: The Morality of Political Divorce from Fort Sumter to Lithuania and Quebec*, Boulder (CO), Westview Press, 1991.

<sup>13</sup> W. Kymlicka, «Book Review—*Secession: The Morality of Political Divorce from Fort Sumter to Lithuania and Quebec* by Allen Buchanan» (1992) 20 Pol. Th. 527 à la p. 531.

<sup>14</sup> L.K. Sosoe, *supra* note 8 à la p. 37.

<sup>15</sup> B. Bouckaert, «City Air Sets Free—Medieval Cities as Voluntary Political and Economic Communities» dans D. Beito, dir., *The Voluntary City*, San Francisco (CA), Independent Institute, à venir à la p. 3 du manuscrit; A. Black, *Guilds and Civil Society in European Political Thought from the Twelfth Century to the Present*, Ithaca (NY), Cornell U.P., 1984 à la p. 33; N. Rosenberg and L.E. Birdzell, *How the West Grew Rich: The Economic Transformation of the Industrial World*, New York, Basic Books Inc., 1985; N. Elias, *La dynamique de l'Occident*, Paris, Calmann-Lévy, 1975.

vassaux. Bientôt, les fiefs concédés par les souverains deviennent des objets de convoitise parce qu'ils sont source de pouvoir et qu'on peut multiplier leur possession en se mettant au service de plusieurs souverains. En outre, les vassaux obtiennent le pouvoir de transmettre en héritage les fiefs obtenus en concession. Les rois tentent successivement de rétablir l'Empire de Charlemagne avec le concours de l'Église. Ces tentatives échouent et leur sort semble définitivement scellé par la séparation des pouvoirs temporel et spirituel consacrée par les concordats de Worms (1106) et de Westminster (1107), qui mettent fin à la querelle des Investitures entre le pape et l'empereur sur le titulaire de la véritable souveraineté. La *Pax Christiana* marque le véritable envol de ce miracle européen.

Outre le développement du crédit et des sociétés, l'essor des libertés conjugales (les femmes cessant d'être l'objet de transactions) et la mobilité sociale accrue, le développement des sociétés de marchands et d'artisans et l'apparition des marchés et des villes retiennent particulièrement notre attention. Ces nouvelles institutions sont marquées par la fraternité et l'entraide mutuelle destinées à assurer la sécurité économique des membres de la guilde, et par la liberté de tenir marché, d'édifier des fortifications et de disposer de ses biens. Ces libertés distinguaient la commune du régime féodal. Le slogan de l'époque était: « l'air des villes affranchit »<sup>16</sup>. Guildes et communes partageaient certaines institutions, notamment le serment d'allégeance renouvelé à intervalles réguliers et l'assemblée populaire<sup>17</sup>. Les décisions importantes ne pouvaient être prises qu'à l'unanimité.

La prospérité nouvelle apportée par ces *universitas* (le terme générique employé à l'époque pour désigner toute association de ce genre) en fit des cibles de choix pour le pouvoir royal, qui continuait de maintenir un pouvoir certain par l'étendue de ses domaines. Les guerres de royaumes exigeaient des ressources considérables et la survie des communes se négocia par l'octroi de Chartes royales qui consacraient l'existence de celles-ci en échange de paiements forfaitaires d'impôts<sup>18</sup>. La nécessité continue de lever des fonds pour des fins militaires conjugua à la croissance économique des villes imposa des solutions analogues: le Roi consentait cette fois des privilèges en échange des impôts. Le pouvoir royal développa très tôt une relation symbiotique avec les guildes et les villes. La fin de la guerre de Cent Ans marque un répit de courte durée avant que débute la conquête du Nouveau Monde. Les guerres reprennent alors avec une vigueur renouvelée par l'appât des gains aisés rapportés d'outremer.

La Réforme protestante initiée par Luther (1513) devait polariser la société européenne et transformer les conflits territoriaux en guerres de religion. Celles-ci marquent fortement l'Occident et mènent à la doctrine du pouvoir divin des rois comme solution aux conflits civils<sup>19</sup>. La paix de Westphalie (1648) marque la consécration du principe *cujus regio, ejus religio* et celle des frontières qui l'accompagnent. En France, la centralisation entreprise par Richelieu est menée à son apogée sous Louis XIV. Cent ans plus tard, la Révolution française fait table rase de l'Ancien Régime.

En voulant échapper au carcan des privilèges royaux innombrables consentis aux guildes, aux communes, au clergé et à la noblesse, la Révolution française a balayé tous les corps

<sup>16</sup> A. Black, *supra* note 15 à la p. 34; P. Michaud-Quantin, *Universitas — Expressions du mouvement communautaire dans le Moyen-Age latin*, Paris, J. Vrin, 1970 à la p. 194.

<sup>17</sup> A. Black, *supra* note 15 à la p. 55.

<sup>18</sup> A. Ballard et J. Tait, dir., *British Borough Charters, 1216–1307*, Cambridge, Cambridge U.P., 1923. Voir aussi les Chartes de communes répertoriées dans Jourdan, Decrusy et Isambert, *Recueil général des anciennes lois françaises (420–1270)*, tome I, Paris, Belin-Le-Prieur, 1821.

<sup>19</sup> L. Greenfeld, *Nationalism: Five Roads to Modernity*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1992 à la p. 110.

intermédiaires, allant jusqu'à ignorer les droits individuels s'exerçant collectivement:

La Déclaration de 89 ignore la liberté d'association, et ses auteurs, dans des textes célèbres — Loi Le Chapelier, décret d'Allarde — condamnent les groupements à base professionnelle. [...] la volonté de détruire les corps et communautés qui formaient le tissu de l'Ancienne France, la crainte des groupements hostiles à l'esprit nouveau.<sup>20</sup>

C'est le bébé qu'on a jeté avec l'eau du bain. Ce sont les privilèges en matière d'imprimerie, d'exploitation des innovations de contrôle des routes et du transport, d'exercice des métiers qui font problème. Les monopoles des guildes, le protectionnisme des communes, les immunités de la noblesse n'étaient pas inhérents aux structures qui les encadraient.

Le balayage des corps intermédiaires touche d'abord les structures. Les idéaux de la Révolution sont certes hérités des philosophes, mais on retrouve, transposées sur l'État naissant, la notion antique de citoyenneté et celle de fraternité héritée directement des communes et des guildes dont on venait pourtant de proclamer l'extinction<sup>21</sup>. Le serment juré à la guilde ou à la commune sera dorénavant porté à la Nation. Très rapidement, écrit Mentzel, les guerres révolutionnaires et napoléoniennes effacent les traces d'individualisme et de libéralisme que portait le nationalisme naissant<sup>22</sup>. La doctrine de l'identité nationale, fort utile en temps de guerre pour secouer la corde sensible de la loyauté, s'avère une construction idéologique sans fondement concret, mais dont l'État assure le perpétuel renouvellement: c'est une prophétie auto-réalisatrice<sup>23</sup>. Les caractéristiques essentielles qui expliquaient le succès des guildes et des communes furent gommées: la participation individuelle constante aux décisions communes, la propriété individuelle et inaliénable des outils et des armes, et surtout, la liberté d'émigrer vers un autre village (désormais inutile puisque l'autorité politique est centralisée).

Face à cette nouvelle et terrifiante loyauté mise au service d'un appareil militaire, il devenait impératif pour l'Europe du Traité de Westphalie de réagir. Prenant le contrepied de la pensée universaliste française, les penseurs allemands se tournèrent vers l'histoire pour trouver les ressources idéologiques permettant de contrer ce nouvel impérialisme. Mais là s'arrêtent les différences: les institutions pré-révolutionnaires ayant trouvé racine à travers toute l'Europe, c'est sans surprise que les concepts empruntés à l'irréductible village allemand — la fraternité, les moeurs communes, la solidarité — se superposent aux idéaux de la Révolution, même s'ils trouvent leur source dans l'Histoire plutôt que dans la Raison. L'État rationnel français trouve sa réflexion spéculaire dans l'État historique allemand: nous vivons encore aujourd'hui les échos de leur confrontation.

C'est ainsi que les régimes occidentaux contemporains présentent des tendances fascisantes en vertu d'abord de leurs idéologies nationalistes, mais aussi de leur réglementation des corps professionnels et des industries, de leurs secteurs militaires hautement et discrétionnairement

<sup>20</sup> J. Rivero, «Les droits de l'homme: droits individuels ou droits collectifs?» (1980) 32 *Annales de la Faculté de droit et des sciences politiques et de l'Institut de recherches juridiques, politiques et sociales de Strasbourg* 17 à la p. 19.

<sup>21</sup> J.A. Sigler, *supra* note 10 à la p. 36: «Instead of a patchwork quilt of estates, communities, and associations, each with its own laws and customs, the philosophes wanted uniformity and order. In a sense, the philosophes wanted to revive the ancient notion of citizenship with each person possessing the same political and legal status.»

<sup>22</sup> P. Mentzel, «Nationalism» (1992) 8 *Hum. Stud. R.* 1 à la p. 13.

<sup>23</sup> Ludwig Von Mises faisait d'ailleurs remarquer que l'importance des frontières nationales est en proportion de l'activité de l'État et que c'est la protection de l'État qui exige la protection des frontières et non l'inverse: *ibid.* à la p. 16.

subventionnés, de leur législation morale croissante et toujours impérative. L'essence du fascisme, indépendamment de toute configuration historique, «*is nationalistic collectivism, the affirmation that the "national interest" should take precedence over the rights of individuals*»<sup>24</sup>.

La toute-puissance de l'État moderne ne permet pas la pleine expression des volontés individuelles, soit en diluant celles-ci au niveau politique par le mécanisme de la représentation, soit en imposant l'uniformité de nombreuses pratiques, précisément dans ces domaines où les individus cherchent généralement à exprimer la particularité de leurs situations: éducation, travail, morale, etc. Ce phénomène n'est pas limité aux États-nations. Toutes les fédérations — pourtant éloignées par définition de l'idéal national — ont connu une croissance marquée du gouvernement fédéral<sup>25</sup>, souvent même en présence de dispositions constitutionnelles explicites à l'effet contraire<sup>26</sup>.

L'intégration économique et la tendance des États, même fédéraux, à se servir du symbole de l'unité nationale pour poursuivre des objectifs divers donnent l'impression d'une guerre engagée contre la diversité culturelle<sup>27</sup> et suscitent donc des craintes légitimes sur lesquelles s'appuient les revendications de droits collectifs. Lorsque le rapport de forces ne permet pas d'envisager une certaine autonomie du groupe menacé, on reconnaîtra implicitement la domination de l'État national ou fédéral en réclamant une compensation sous la forme de privilèges. Ces créances ne règlent cependant rien et ne font qu'accroître la dépendance envers l'État, tout en invitant autrui à rechercher des privilèges semblables sous d'autres prétextes. Lorsque, au contraire, l'autonomie semble réalisable, c'est dans le droit à l'auto-détermination que s'incarnent les droits collectifs. Toutefois, cette démarche ne manque pas d'ambiguïté: on a parfois l'impression que l'autonomie revendiquée ne répond qu'aux volontés d'une élite, non pas à celle des individus membres du groupe.

Cette ambiguïté découle directement du modèle de Westminster. La démocratie représentative constitue une tentative d'éviter la tyrannie de quelques-uns sur le grand nombre, mais cette tentative échoue sur les écueils des problèmes d'*agency*. Comme le faisait déjà remarquer J.S. Mill, ce modèle se concilie mal avec le pluralisme dans la mesure où certains individus risquent de n'appartenir à aucune coalition majoritaire<sup>28</sup>. Pour eux, le système ne se distingue aucunement, dans ses effets, de l'absolutisme royal qu'il devait remplacer. Pour remédier à cela, on a mis en place un certain nombre d'institutions destinées à prévenir la tyrannie de la majorité: libertés fondamentales, séparation des pouvoirs, majorité qualifiée, droits individuels basés sur

<sup>24</sup> R. Higgs, *Crisis and Leviathan—Critical Episodes in the Growth of American Government*, New York, Oxford U.P., 1987 à la p. 241, discutant les travaux de C. Twight, *America's Emerging Fascist Economy*, New Rochelle (NY), Arlington House, 1975.

<sup>25</sup> Sur la centralisation au Canada, voir F. Chevrette et H. Marx, *Droit constitutionnel — Notes et jurisprudence*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1982 à la p. 14: «la centralisation des pouvoirs qu'entraîna l'effort de guerre entre 1939 et 1945 fut durable et se prolongea bien après la fin de celle-ci.» Sur l'extension du pouvoir fédéral américain via l'interprétation de la clause de commerce, voir R.A. Epstein, *Forbidden Grounds—The Case Against Employment Discrimination Laws*, Cambridge (MA), Harvard U.P., 1992 aux pp. 135–140; R. Higgs, *supra* note 24 aux pp. 158–195. Pour la Suisse, voir V. Bogdanor, «Federalism in Switzerland», (1988) 23 *Gov. & Opp.* 69 à la p. 78.

<sup>26</sup> Cette évolution participe d'un mouvement plus général d'extension du rôle assumé par l'État en temps de paix: voir M. Olson, *The Rise and Decline of Nations—Economic Growth, Stagflation, and Social Rigidities*, New Haven (CT), Yale U.P., 1982, particulièrement aux pp. 75–117.

<sup>27</sup> F. Svensson, «Liberal Democracy and Group Rights: The Legacy of Individualism and its Impact on American Indian Tribes», (1979) 27 *Pol. Stu.* 421 à la p. 439: «The concepts of justice and rights have come to serve as weapons in the war of reduction of alternative cultures and societies.»

<sup>28</sup> J.S. Mill, *On Representative Government*, London, Oxford U.P., 1960 [1859] aux pp. 247–271.

l'appartenance à la minorité. De l'avis de Madison:

it is not the pluralist nexus of interests that holds society in check but rather the constitutionally defined jurisdictions that delineate a federal system.<sup>29</sup>

Le fédéralisme s'est imposé parfois en raison de la composition ethnique ou culturelle de la population, parfois, et notamment aux États-Unis et en Allemagne, en raison de la volonté de prévenir l'apparition d'une majorité trop ambitieuse. Encore aujourd'hui, il semble que ce soit une voie privilégiée de résolution et de prévention des conflits au niveau international<sup>30</sup>. Sa définition générale — un régime doté d'une séparation des pouvoirs modifiable seulement selon une formule d'amendement explicite — ne requiert pas, comme l'illustre d'ailleurs la *Loi constitutionnelle de 1982*, que les changements fussent se faire à l'unanimité.

Mais, comme l'a démontré de Jasay, une fois que l'unanimité est écartée comme fondement des décisions politiques, la majorité requise pour adopter une loi n'a pas à se contenter de la meilleure option admise par les règles constitutionnelles, elle peut également se réunir pour adopter une règle constitutionnelle qui admettrait de meilleures options<sup>31</sup>. La situation n'est pas différente lorsque ce sont les tribunaux qui sont appelés à interpréter la portée des pouvoirs dévolus aux niveaux respectifs de gouvernement. Ce régime n'est stable que si ces propres règles ne peuvent être modifiées qu'à l'unanimité<sup>32</sup>.

Une fédération bonifie, en principe, les libertés individuelles de deux manières fondamentales. Premièrement, en permettant à ses citoyens de circuler et de s'établir sur un plus grand territoire, elle inhibe l'expansion de l'appareil d'État au niveau des États membres par la concurrence qu'elle introduit entre ceux-ci. Deuxièmement, en garantissant que certaines décisions soient prises au niveau régional, elle permet de réduire l'écart des préférences individuelles de telle sorte qu'il est moins probable de se retrouver systématiquement au sein de la minorité (ou plus probable que les décisions législatives tendent à l'unanimité). Évidemment, il faut pour cela que l'existence des États membres et de leurs pouvoirs soient garantis constitutionnellement en requérant leur consentement à des modifications éventuelles. Si le pouvoir des États membres est délégué et si leurs frontières sont sujettes à des modifications unilatérales, un écart trop grand dans les politiques poursuivies par rapport aux normes « nationales » sera inmanquablement suivi d'une revendication venant des États voisins pour que ces politiques soient répudiées.

Toutefois, l'impact bénéfique de ces deux caractéristiques du fédéralisme sur les libertés individuelles décroît en raison inverse de la population. D'une part, on constate que la mobilité géographique des individus dans une société industrialisée n'est pas fonction du territoire, mais de la population. Ainsi, *The Economist* rapporte que seulement 1,4% de la population européenne

<sup>29</sup> P.C. Ordeshook, «Constitutional Stability», (1992) 3 Const. Pol. Econ. 137 à la p. 168.

<sup>30</sup> D. Wippman, *supra* note 9 à la p. 664: «[T]he international community supports as the preferred approach to resolving a number of recent intercommunal conflicts the adoption of federal or confederal structures that effectively confer limited independence on subnational groups.»

<sup>31</sup> A. de Jasay, *Social Contract, Free Ride—A Study of the Public Goods Problem*, Oxford, Clarendon Press, 1989 aux pp. 115–118.

<sup>32</sup> Relativement au pouvoir du Sénat américain de ratifier aux deux tiers des membres *présents* les traités conclus par le Président, Madison (*The Federalist Papers*, New York, Mentor, 1961, no. 75 à la p. 453) écrit que requérir les deux tiers de tous les membres équivaudrait à un principe d'unanimité «[a]nd the history of every political establishment in which this principle has prevailed is a history of impotence, perplexity and disorder.» À considérer l'étendue du pouvoir fédéral aux États-Unis, il n'est pas sûr que l'impotence n'eut pas été préférable.

n'habite pas son pays d'origine<sup>33</sup> et propose que cette absence de mobilité s'explique par la nécessité de se trouver un emploi pour toucher des avantages sociaux et par la difficulté de s'intégrer à une nouvelle culture. Au Canada, qui ne connaît pourtant ni l'une ni l'autre de ces restrictions, seulement 5% de la population ne vivait pas dans la même province cinq ans auparavant<sup>34</sup>.

Ce phénomène semble reposer sur le fait que plus la densité de la population augmente, plus les opportunités locales augmentent. Or, la connaissance locale des opportunités permet d'en estimer la valeur bien plus justement que nulle part ailleurs. On retrouve ici la formule de Heiner: plus la situation est complexe et incertaine, plus le gain espéré doit être élevé pour écarter la conduite actuelle<sup>35</sup>. Autrement dit, quand la population de deux États membres croît de façon parallèle, il devient sans cesse plus difficile d'anticiper les gains d'un déménagement<sup>36</sup>.

Comme le souligne Elias, et comme l'illustre le panorama que nous avons dressé de l'histoire occidentale, toute compétition sociale libre et éliminatoire tend à la formation de monopoles<sup>37</sup>. L'une des raisons qui permet d'expliquer pourquoi les fédérations ne se désintègrent pas plus rapidement, c'est que la compétition entre les États d'une fédération n'est pas libre et éliminatoire, souvent par la volonté même de l'État fédéral.

Au Canada, le gouvernement fédéral dispose d'un droit de veto sur les lois provinciales qui n'a presque jamais été utilisé depuis le début du siècle, alors même que de nombreuses provinces restreignaient l'accès à leur marché du travail par diverses contraintes réglementaires. Pourtant, ce droit de veto avait été à profusion durant les premières années de la confédération, lorsque l'expansion provinciale et l'immigration battait son plein. De plus, la péréquation de l'État fédéral assure que les provinces les plus riches ne deviennent jamais suffisamment puissantes pour menacer son hégémonie. C'est une manière de mettre en oeuvre la maxime «diviser pour régner».

Cette mise en oeuvre de la maxime est fort peu efficace et contraire aux libertés. Elle nuit à la découverte des solutions politiques préférées par les citoyens à la fois en permettant des entraves à la liberté d'établissement et en redistribuant les gains qu'une province peut faire par une gestion responsable. Une fois de plus, on s'éloigne du principe d'unanimité en diluant la participation des citoyens qui doivent plutôt s'adresser à l'État fédéral pour rapatrier une partie de leurs impôts. Pis encore, ce mécanisme est encore plus pervers, puisque l'on constate que la redistribution s'effectue non pas des citoyens les plus riches vers les plus pauvres, mais entre les classes moyennes<sup>38</sup>. Sur chaque projet législatif, une majorité refile le coût de ses préférences à l'ensemble des citoyens, avec comme résultat un enchevêtrement de privilèges mutuellement consentis dont les effets destructeurs se ressentent dans la baisse de l'activité économique qu'ils engendrent: c'est le cirque de l'État-providence<sup>39</sup>.

---

<sup>33</sup> «The Enlightened Welfare-Seeker's Guide to Europe», *The Economist* (12 mars 1994) 57.

<sup>34</sup> Statistiques Canada, *Annuaire du Canada 1992*, Ottawa, Ministre de l'Industrie des Sciences et de la Technologie, 1991 à la p. 77.

<sup>35</sup> La mobilité des travailleurs migrants illustre fort bien la nécessité d'un gain relatif très élevé pour accepter les risques du déplacement.

<sup>36</sup> En fait, même dans les cas où la population n'est pas nombreuse, Elias a montré comment chacun tend systématiquement, dans l'interaction avec autrui, à encenser sa propre communauté et à dénigrer les communautés voisines: voir N. Elias et J.L. Scotson, *The Established and the Outsiders*, London, Frank Cass, 1965 aux pp. 95 et suiv.

<sup>37</sup> N. Elias, *supra* note 15 à la p. 40.

<sup>38</sup> B. de Jouvenel, *The Ethics of Redistribution*, 2e éd., Indianapolis, Liberty Press, 1989, annexe aux pp. 83-91. Évidemment, ce résultat n'est pas propre aux fédérations, mais participe de la nature même du mécanisme de redistribution.

<sup>39</sup> La formule est de Ejan Mackaay.

Dans ce schéma, la classe politique est parfaitement parasitaire et la redistribution n'apparaît que comme un moyen pour les fonctionnaires de s'enrichir aux dépens d'autrui. Par conséquent, nous sommes d'accord avec Wiseman pour dire que le pouvoir dont il faut se méfier et qu'il est impératif de limiter «is the power to coerce citizens *in any way that citizens themselves deem to be unacceptable*»<sup>40</sup>. [italiques dans l'original]

Bien sûr, les droits individuels apparaissent comme la voie privilégiée pour limiter l'action gouvernementale, mais leurs propres limites sont manifestes en regard de l'expansion de l'État dans l'après-guerre et même à la lumière de la jurisprudence de l'article premier de la *Charte canadienne*<sup>41</sup> par la Cour suprême. Les droits individuels sont un outil puissant lorsqu'ils sont reconnus par le pouvoir judiciaire, mais le parcours qui mène à cette reconnaissance demeure semé d'embûches.

Ceci est particulièrement vrai dans la mesure où des violations différentielles mais systématiques ne provoqueront à aucun moment un outrage assez important chez aucun citoyen pour justifier d'engager des procédures judiciaires coûteuses à tout point de vue. De la même façon qu'un droit à l'exil est sans valeur s'il n'existe aucune terre d'accueil, les libertés fondamentales s'avèrent impuissantes à contenir la marche en avant de l'État lorsque celui-ci avance à pas de tortue, c'est-à-dire lorsque chaque violation des libertés peut être justifiée cependant que leur somme ne pourrait pas l'être. C'est particulièrement évident en matière de taxation: dans la situation actuelle, il n'y a aucun recours contre les augmentations continues mais minimes des impôts perçus, cependant que la somme de ceux-ci dépasse de façon outrageuse les seuils atteints par les plus puissants seigneurs médiévaux, au-delà desquels la population se révoltait violemment. Au terme de ce parcours historique, on constate que l'édification des États modernes s'est faite sur le mode de l'appropriation d'institutions médiévales dont on a perverti l'esprit. Au surplus, on observe que la tendance à la centralisation des pouvoirs présente dans les États nationaux apparaît également dans les fédérations, au bénéfice de l'État fédéral, et ce malgré la présence de garanties formelles destinées à prévenir précisément une telle évolution. Une dynamique s'installe alors par laquelle l'État fédéral entre en concurrence de juridictions avec les provinces, chacun cherchant à s'assurer d'un monopole législatif, au détriment des citoyens<sup>42</sup>. Cette expansion continue de l'État, conjuguée à la croissance de la population, signifie que l'exercice véritable des libertés fondamentales, et particulièrement de la liberté de circulation et d'établissement, est compromis. Pour remédier à ce rétrécissement indu du pouvoir de contrôle de l'individu sur sa propre vie, il faut faire appel, de façon tout à fait surprenante, aux droits collectifs.

### III. LES DROITS COLLECTIFS COMME FRONTIÈRES JURIDICTIONNELLES

Le contexte dans lequel s'inscrit notre préoccupation pour les droits collectifs présente initialement l'aspect d'une contradiction insoluble. D'un côté, la centralisation croissante du pouvoir politique et l'expansion de l'appareil d'État forment des menaces réelles aux libertés individuelles. De l'autre, la volonté d'échapper à ce pouvoir de façon unilatérale apparaît comme une régression vers des contextes où la liberté tend à se réduire à la liberté de se défendre contre l'agression.

<sup>40</sup> J. Wiseman, «Principles of Political Economy—An Outline Proposal, Illustrated by Application to Fiscal Federalism» (1990) 1 Const. Pol. Econ. 101 à la p. 119.

<sup>41</sup> *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c.11 [ci-après la *Charte*].

<sup>42</sup> En vertu de son contrôle de l'armée, l'État fédéral tend bien sûr à dominer. Pour une exposition générale de la maxime «la force fait le droit», voir B.L. Benson, «Emerging from the Hobbesian Jungle: Might Takes and Makes Rights», (1994) 5 Const. Pol. Econ. 129.

Il est indéniable que la formation des États nations et des fédérations d'États représente initialement un progrès en terme de sécurité physique et de mobilité à la fois sociale et spatiale. Mais on constate que le prix à payer est d'abord très lourd en terme de renoncement aux identifications antérieures et, à mesure que se consolide le pouvoir central, en terme d'insécurité croissante et de pertes de libertés. Doit-on voir dans cette évolution une inévitable tragédie?

L'intégration croissante des fonctions militaires au sein d'ensembles plus vastes n'emporte pas nécessairement avec eux la disparition des structures politiques antérieures qui se chargeaient de la sécurité. Ceci est manifeste dans l'évolution contemporaine de la communauté européenne: il est clair que les fonctionnaires de Bruxelles ne peuvent actuellement nourrir aucun espoir de faire disparaître les gouvernements nationaux. Or, s'il en est ainsi pour les États-nations, on ne voit pas pourquoi il en irait autrement des regroupements intermédiaires. La réconciliation des libertés individuelles et de la sécurité internationale passe par la renaissance des collectivités locales.

Cette proposition n'est pas entièrement nouvelle. Déjà au XVI<sup>e</sup> siècle, Althusius concevait le contrat social comme un contrat entre des communautés, cités, provinces et régions agréant d'établir entre eux une union fédérale<sup>43</sup>. Gierke, dans la lignée contractualiste, a soutenu la possibilité pour les individus de se lier par de multiples contrats sociaux, donnant ainsi naissance à une entité morale pourvue de la personnalité juridique et d'un pouvoir de législation indépendant, même au sein d'un Commonwealth<sup>44</sup>. Figgis écrivait au début de ce siècle:

Instead of an iron uniformity, we need more and more a reasonable distinction of groups, all of which should be honorable [...] The real question of freedom in our day is the freedom of the smaller union to live within the whole.»

De nos jours, Dworkin ajoute:

It is also fashionable to ask for more local control by small groups over political decisions, not so much because decisions made locally are likely to be better, but because personal political relationships of mutual respect and cooperation, generated by local decisions, are desirable for their own sake.<sup>45</sup>

Et Rawls, dans sa discussion de l'estime de soi (*self-respect*) comme exigeant à la fois la conviction de mener une vie digne de valeur et la capacité de réaliser les projets y afférent, conclut:

Thus what is necessary is that there should be for each person at least one community of shared interests to which he belongs and where he finds his endeavors confirmed by his associates.<sup>46</sup>

Ces perspectives impliquent toutes une reconnaissance de la nécessité de fragmenter le pouvoir politique, mais elles éludent la dynamique qui tend à résorber cette fragmentation pour investir l'autorité centrale d'un pouvoir absolu. Il faut donc indiquer par quels mécanismes ou sur la base de quels arguments il est possible de justifier la fragmentation continue du pouvoir politique. Pour ce faire, il faut d'abord se pencher sur la nature des regroupements et sur les pouvoirs qu'on pourrait leur reconnaître en vertu de droits collectifs.

Waldron a bien identifié les deux problèmes auxquels sont confrontées les affirmations de

<sup>43</sup> J. Althusius, *Politics*, coll. *Sociology of Politics and Religion*, Boston, Beacon Press, 1964.

<sup>44</sup> O. Gierke, *Natural Law and the Theory of Society: 1500 to 1800*, Cambridge, Cambridge U.P., 1958.

<sup>45</sup> R. Dworkin, «Liberalism» dans S. Hampshire, dir., *Public and Private Morality*, Cambridge, Cambridge U.P., 1978, 113 à la p. 114.

<sup>46</sup> J. Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge (MA), Harvard U.P., 1971 à la p. 442.

droits collectifs. D'une part, comment déterminer l'identité du groupe et s'assurer de sa cohésion préalable? D'autre part, comment garantir la primauté des libertés individuelles ou, inversement, comment limiter le pouvoir du groupe sur ses membres<sup>47</sup>?

Ce découpage de la problématique rejoint celui de McDonald qui distingue la question de l'ontologie du groupe de celle de la nature du droit revendiqué<sup>48</sup>. Évidemment, les deux problématiques demeurent indissolublement liées par le fait que la portée de la juridiction à laquelle prétend le groupe imposera des conditions supplémentaires pour justifier sa formation. Inversement, si le respect des libertés individuelles peut être garanti de façon certaine, les conditions d'accès à la personnalité morale seront relaxées. Par conséquent, ce sont les contraintes de la rédaction, plus que la nature du sujet, qui imposent les deux sections suivantes: d'abord, un examen des motifs qu'on peut invoquer pour reconnaître l'existence juridique d'une collectivité locale (A); ensuite, une étude des raisons qui justifient une autonomie limitée du groupe dans ses rapports avec ses membres et avec l'État (B).

#### A. *La reconnaissance formelle des collectivités locales*

Dans la perspective d'une théorie des droits basée sur la connaissance<sup>49</sup>, les droits sont des frontières qui déterminent de part et d'autre des faisceaux de libertés et d'obligations. Or, la constitution même d'un sujet de droit obéit également à cette opération: il en va ainsi des sociétés commerciales et des personnes morales, et même des individus. Dire d'un individu qu'il a des droits, c'est affirmer plutôt que le droit constitue un individu-sujet-de-droit, et que cette constitution fait apparaître un titulaire potentiel d'un ensemble de pouvoirs et de libertés, d'obligations et de responsabilités. Dans l'Antiquité, on estimait que ce droit n'existait que si des conditions spécifiques étaient remplies, parmi lesquelles l'humanité ne figurait pas<sup>50</sup>.

De nos jours, la discussion sur les catégories de sujets de droit est inscrite au cœur du débat sur l'avortement. Quelle que soit la position que l'on adopte sur ce sujet, la question se ramène ultimement à ceci: à partir de quel moment ou sur quelle différence *réelle* le droit va-t-il prendre appui pour constituer le sujet de droit? Les deux différences réelles sur lesquelles s'appuient les camps adverses sont respectivement la fécondation et le moment de la gestation à partir duquel il est possible d'assurer la survie du nouveau-né (22 semaines). Tous les arguments visent à établir la prépondérance de l'une de ces différences sur l'autre.

La question se pose de la même façon en regard des communautés auto-constituées. À partir de quel moment peut-on dire d'une collectivité qu'elle possède la personnalité juridique? Faut-il reconnaître que la personnalité juridique de toute association dépend, au même titre que celle de toute corporation, exclusivement du bon vouloir de l'État? Puisque ces collectivités réclament précisément l'exercice de certains pouvoirs détenus par le législateur, ce serait assurément une solution dépourvue de sens. Il n'existe que trois possibilités permettant de justifier la constitution unilatérale d'une association: soit en invoquant l'unanimité des volontés individuelles, soit en s'appuyant sur les critères dont l'État se réclame pour asseoir la légitimité de sa propre constitution, soit en identifiant des différences manifestes et suffisantes.

La première figure s'impose dans les philosophies contractualistes. Seule la volonté unanime

---

<sup>47</sup> J. Waldron, «Can Communal Goods Be Human Rights?», (1987) 81 Arch. eur. socio. 296 aux pp. 315–316.

<sup>48</sup> M. McDonald, «Collective Rights and Tyranny», (1986) 56 R.D. Ottawa 115 à la p. 118.

<sup>49</sup> Voir notre «Toward a Knowledge-Based Theory of Rights», à paraître.

<sup>50</sup> Par exemple, les esclaves n'étaient pas sujets de droit et le père de famille disposait d'un droit de vie ou de mort sur les nouveaux-nés.

de s'associer peut justifier l'existence d'une personne morale, et cela vaut pour l'État. Inversement, aucune association ne devrait survivre si elle ne repose pas sur le consentement renouvelé de ses membres. Comme l'écrit admirablement Spooner à propos de l'autorité de l'État, on ne peut déduire du vote des citoyens leur consentement aux lois qui les gouvernent. L'individu constate que c'est grâce au vote que d'autres hommes exercent sur lui cette tyrannie. Il voit encore que, si seulement il est disposé à utiliser lui-même le vote, il a une chance de se délivrer quelque peu de la tyrannie des autres en les soumettant à la sienne propre. Bref, il se trouve, sans l'avoir voulu, dans une situation telle que s'il utilise le vote, il sera peut-être un maître; s'il ne l'utilise pas, il sera nécessairement un esclave.<sup>51</sup>

De la même façon, l'impôt n'étant pas libre, il n'y a pas de consentement manifeste. Le seul moyen de s'assurer du consentement des citoyens aux lois et à la constitution consisterait à proposer un serment d'allégeance que l'on serait libre de refuser (comme c'était notamment le cas dans les communes médiévales). Dans la même tradition s'inscrit la proposition selon laquelle seuls les individus ont des droits, délégués à la communauté<sup>52</sup>. De toute évidence, ce n'est pas une solution à laquelle les États contemporains semblent enclins.

Dans la seconde figure, on admet l'argument selon lequel le vote et/ou l'impôt suffisent à assurer la légitimité de l'État. On doit donc admettre que toute association démocratique ayant un pouvoir de taxation participe de la même légitimité. Par conséquent, même si une municipalité est théoriquement une créature de la législature, elle possède une existence légitime en vertu de la reconnaissance tacite de ses électeurs-contributeurs. Si la législature s'avisait de vouloir abolir une municipalité, il y aurait nécessairement un concours de légitimité dont l'issue dépendrait de la faveur des citoyens (ou de l'usage de la force). La municipalité a donc un droit collectif à l'existence à faire valoir à l'encontre de l'entité supérieure qu'est la législature, *mais non pas à l'encontre de ses citoyens*. Ce droit collectif s'incarne dans la frontière de juridiction entre la législature et la municipalité.

La troisième figure est celle que retiennent la plupart des auteurs. Svensson parle de reconnaître les groupes multidimensionnels, qui ne sont pas voués à une entreprise particulière: «*they have a systemic unity based on inter-dependence which lends itself to political recognition*»<sup>53</sup>. McDonald parle de groupes auto-constitués<sup>54</sup>. Buchanan renonce, quant à lui, à fournir «*a general, principled answer to the problem of legitimate group status*»<sup>55</sup>. Tous ces critères introduisent au moins une condition substantielle en supplément (et parfois indépendamment) au consentement formel unanime. Cette condition substantielle consiste généralement en une différence manifeste qui permette de distinguer les membres d'un groupe des autres citoyens. Comme l'écrit Sarbanes, «*a "collective" theory of representation would view communities as an organic social entity whose real social existence should be recognized by the law*»<sup>56</sup> Johnston conclut:

Taken together, the variables of interdependence, recognition, dimensional complexity and obligation provide an intricate framework for determining whether a given group is entitled to

<sup>51</sup> L. Spooner, *Outrage à chefs d'État*, Paris, Belles Lettres, 1991 à la p. 40.

<sup>52</sup> D. Sanders, «Collective Rights», (1991) 13 *Hum. Rts. Q.* 368 à la p. 377, citant T.S. Axworthy et P.-E. Trudeau, dir., *Towards a Just Society*, Markham (ON), Viking, 1990 à la p. 364.

<sup>53</sup> F. Svensson, *supra* note 27 à la p. 435.

<sup>54</sup> M. McDonald, «Should Communities Have Rights? Reflections on Liberal Individualism», (1991) 4 *Can. J. Law & Jur.* 217.

<sup>55</sup> A. Buchanan, *supra*, note 12 à la p. 140.

<sup>56</sup> M. Sarbanes et K. Skullney, «Taking Communities Seriously: Should Community Associations Have Standing in Maryland?», (1995) 6 *Mary. J. Cont. Leg. Issues* 283 à la p. 315.

recognition as a rights-bearing entity.<sup>57</sup>

Malgré la difficulté de réaliser, en pratique, une association volontaire unanime, il semble que l'on cherche à prévenir ainsi la multiplication des collectivités en présumant que les pires excès pourraient découler de l'absence d'une condition substantielle. Ainsi, McDonald distingue les groupes «auto-constitués» naturels, qui reposent sur la reconnaissance interne d'une caractéristique partagée et significative, des groupes «auto-constitués» artificiels que seraient les associations purement volontaires<sup>58</sup>.

En droit international, on exige parfois des critères additionnels pour prévenir spécifiquement l'accession à l'autonomie de groupes particuliers. Ainsi, on lira clairement la condamnation de l'apartheid dans le passage suivant:

Assuming the desirability of “enabling recognized minority groups to maintain their cultural heritage when they desire to do so,” it is suggested that to be entitled to recognition a group should (1) be non-dominant, (2) “possess and wish to preserve stable ethnic, religious or linguistic traditions,” and (3) “include a number of persons sufficient by themselves to preserve such traditions...”<sup>59</sup>

Le problème des critères substantifs, c'est qu'il n'est pas toujours clair que les traditions ethniques, religieuses ou linguistiques possèdent une existence distincte *avant* qu'on entreprenne d'en faire la preuve. Il appert que l'allégeance à un groupe culturel peut être reniée si l'individu juge qu'il est dans son intérêt de le faire. Cette volatilité de l'identité culturelle ne peut manquer d'attirer les entrepreneurs politiques, qui s'en réclameront pour faciliter l'action collective<sup>60</sup>. Comme le rapporte Taylor,

study after study of the “third world” has shown how these identities are malleable, how supposedly “primordial” groups have been *constructed* by political entrepreneurs, and how communal identities have been intentionally politicized and used in the pursuit of advantage, especially of benefits dispensed by governments. There is “overwhelming evidence that tradition is less a constraint on action than a resource for political engineering” [...]<sup>61</sup>

Cette observation vaut également pour les États-nations. Comme le souligne MacCormick, l'idée de nation est bien antérieure à la formation de l'État moderne<sup>62</sup>. Le terme “nation” trouve son origine au XII<sup>e</sup> siècle (racine “naître”) et renvoie à un ensemble d'êtres humains caractérisés par

<sup>57</sup> D.M. Johnston, «Native Rights and Collective Rights: A Question of Group Self-Preservation» (1989) 2 *Can. J. Law & Jur.* 19 à la p. 24.

<sup>58</sup> M. McDonald, «Indian Status: Colonialism or Sexism?», (1986) 9 *Can. Comm. L.J.* 23 à la p. 37.

<sup>59</sup> V. Van Dyke, «Justice as Fairness: For Groups?» (1975) 69 *Am. Pol. Sc. R.* 607 à la p. 613, citant la *UN Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities*.

<sup>60</sup> M. Taylor, «Structure, Culture, and Action in the Explanation of Social Change» dans W.J. Booth, P. James et H. Meadwell, dir., *Politics and Rationality*, Cambridge, Cambridge U.P., 1993, 89 à la p. 122.

<sup>61</sup> *Ibid.*, citant D.D. Laitin, *Hegemony and Culture: Politics and Religious Change Among the Yoruba*, Chicago, U. of Chicago Press, 1986 à la p. 99.

<sup>62</sup> N. MacCormick, *Legal Right and Social Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 1982, ch. 13, et notamment à la p. 256: «The distinctiveness of nations was, long before 1789, advanced as a reason why they ought to live under their own kings subject to their own laws; this was advanced as a matter of right, of the right of a people to live under their own laws and customs; and conversely it was represented as injustice if this were not allowed.»

une communauté d'origine, de langue, de culture, par opposition à *race* et *gent*<sup>63</sup>.

Près du tiers des États du monde ne contiennent pas même une majorité ethnique<sup>64</sup>. Aucun État n'est culturellement homogène, pas même le Japon avec sa forte minorité coréenne. Il est clair que les identités nationales ne sont que pures constructions idéologiques. Pourtant, la formation de ces États, si l'on en croit le droit international, a bien dû passer par un moment de reconnaissance mutuelle. Selon Elias, ce moment est clair:

Only in the course of the two great wars of this century did the populations of the more developed industrial states take on the character of nations in the more modern sense of the word, and their states the character of nation states. Nation states, one might say, are born in wars and for wars.<sup>65</sup>

Ceci vaut également pour les fédérations. Il est clair que la nation américaine ne naît qu'avec la guerre civile, et le Canada qu'à l'occasion des deux grandes guerres. Par la suite, l'identité nationale au Canada est devenu un objectif légitime de propagande, avec ses propres budgets et son ministère du patrimoine<sup>66</sup>.

Si les critères substantifs ne servent que de matériel rhétorique, on se retrouve avec l'alternative initiale, soit le consentement unanime, soit le concours des légitimités. Dans les deux cas, ce sont les critères de nombre et de durée — invoqués notamment au soutien de l'intégrité des frontières territoriales des États — qui prévaudront. On devrait donc reconnaître la personnalité morale à toute association ou communauté dont l'existence découle soit de la volonté unanime de ses membres, soit de leur consentement à l'imposition et à l'élection de représentants. Dès lors, l'État n'a pas de prépondérance particulière à faire valoir à l'encontre des communautés ainsi constituées, sauf à invoquer le pouvoir des armes.

Ainsi, les droits collectifs comprennent le pouvoir pour une association de se constituer en personne morale sur la base de la volonté unanime de ses membres, ou pour une association existante de maintenir son existence contre la volonté de l'État, mais soumise à celle de ses membres. On peut difficilement rendre compte de la naissance d'une personne morale sans recourir à la notion d'un droit collectif. Celui-ci n'implique pas nécessairement un droit à l'auto-détermination, mais il permet très certainement de s'engager dans un concours de légitimité. Bref, toute association formée par la volonté unanime de ses membres ou dont l'existence est déjà légalement reconnue (sa personnalité morale est établie) peut *prétendre* exercer une autorité politique sur ses membres et ceux-ci sont libres d'accepter ou de refuser cette prétention. Il reste à apprécier l'étendue des pouvoirs qui seraient rattachés à un tel statut.

## B. La portée juridictionnelle dans le domaine intérieur

Le problème que nous devons résoudre ici consiste à définir l'étendue des pouvoirs légitimes

---

<sup>63</sup> A. Rey, dir., *Dictionnaire historique de la langue française*, tome 2, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1993 à la p. 1306. Bakunin n'était pas dupe de l'artificialité de l'identité entre État et Nation: «The Slavs must seek their liberation outside of the state, not just in struggle against the German state but in an uprising of all nations against all states [...]» (M. Bakunin, *Statism and Anarchy*, Cambridge, Cambridge U.P., 1990 à la p. 45, cité par P. Mentzel, *supra* note 22 à la note 1 de la p. 16.)

<sup>64</sup> W. Connor, «Beyond Reason: The Nature of the Ethno-national Bond» (1993) 16 *Eth. & Rac. Stud.* 373 à la p. 377.

<sup>65</sup> N. Elias, *The Society of Individuals*, Oxford, Basil Blackwell, 1991 à la p. 208.

<sup>66</sup> Le Québec semble échapper à cette règle, mais le politologue Daniel Latouche suggérait lors d'une émission télévisée que ce sont les publicitaires francophones qui ont construit l'identité québécoise pour justifier le déplacement des budgets de publicité destinée à la province, de Toronto vers Montréal.

d'une association sur ses membres dans un contexte où les deux contraintes suivantes existent: d'une part, il n'est pas possible de dissoudre aucune association établie sans l'accord unanime de ses membres et, d'autre part, on ne peut forcer aucun membre à renoncer à son appartenance à une association plus englobante.

Cette seconde contrainte participe de l'esprit des droits humains fondamentaux. On présente généralement la controverse sur les droits fondamentaux dans un cadre opposant les tenants du droit naturel et à ceux du droit historique. Les premiers soutiennent que ces droits existent de toute éternité. Les seconds signalent plutôt l'émergence historiquement située des libertés fondamentales, mais cette caractérisation a le malencontreux effet de priver les droits fondamentaux de leur transcendance. Comment réconcilier ces deux positions? Il est clair pour les esprits contemporains que les droits humains expriment véritablement un horizon de vérité; il est également manifeste que malgré les efforts les plus soutenus, ces droits sont constamment menacés par les pouvoirs de l'État, à certains endroits plus qu'ailleurs. Ces positions sont irréconciliables aussi longtemps que l'on confond l'idéal spirituel avec les caractéristiques naturelles<sup>67</sup>.

Les libertés ne sont pas naturelles dans le sens où elles peuvent être liées à telle ou telle caractéristique humaine, qu'il s'agisse du fait d'avoir quatre membres, d'avoir un sexe ou d'être capable de se reproduire, et même de la parole et de la conscience. C'est d'ailleurs le problème auquel on se heurte chaque fois qu'on tente de protéger les libertés fondamentales d'un foetus: comment un être qui ne possède aucune caractéristique humaine peut-il avoir des droits? L'erreur qu'on commet, c'est de se tourner vers le passé plutôt que de regarder vers l'avenir. Comme l'avait bien vu Fichte, l'individualité n'émerge que dans l'intersubjectivité<sup>68</sup>. C'est notre capacité de reconnaître un animal de l'espèce humaine comme membre symbolique de l'humanité qui lui confère des libertés fondamentales. Autrement dit, l'injonction faite aux États modernes de respecter les droits humains vient d'une association en devenir qui leur est supérieure, à savoir l'association des êtres humains ou le regroupement des membres symboliques de l'humanité.

Dans cette hiérarchie des associations, la liberté fondamentale pragmatique par excellence, c'est la liberté d'association. La liberté d'association comprend le pouvoir de se joindre et le pouvoir de s'exiler; elle forme le dernier rempart pour mettre en oeuvre les autres libertés que sont les libertés de conscience, de religion et d'expression. D'ailleurs, la volonté des dissidents de l'époque communiste dans les pays de l'Est ou des Chinois d'aujourd'hui de quitter leur pays à défaut de pouvoir s'y faire entendre librement témoigne amplement de cette réalité. Cette liberté se trouve inscrite dans les garanties internationales sur l'accueil des réfugiés politiques. Il est maintenant possible de répondre à la question soulevée par Donnelly:

What does respecting the right to self-determination involve? Roughly, it involves respecting all other human rights, and in particular rights to political participation and freedom of speech, press, assembly, and association. If these rights are fully respected, it is difficult to see how the right to self-determination could be denied.<sup>69</sup>

Il faut être d'accord avec Donnelly pour dire qu'on ne peut nier le droit à l'auto-détermination. Toutefois, il nous semble essentiel de restreindre sa portée sur la base de la seconde contrainte, à savoir qu'aucune communauté ne peut forcer autrui à renoncer à son appartenance à une association plus englobante. De la même manière que l'État ne peut nier les libertés fondamentales,

<sup>67</sup> La démarche est similaire à celle qui distingue la licence et l'autonomie ou une morale de l'interdiction et une morale de l'aspiration.

<sup>68</sup> L. Ferry, *Philosophie politique — Le droit: la nouvelle querelle des Anciens et des Modernes*, tome 1, Paris, P.U.F., 1984 aux pp. 18 et suiv.

<sup>69</sup> J. Donnelly, *supra* note 6 à la p. 148.

ainsi le droit à l'auto-détermination, en tant que droit de sécession pur et simple, ne peut se réaliser que du consentement unanime des membres de l'*association supérieure*. Cela signifie-t-il alors que le droit à l'auto-détermination soit vide de sens? En effet, certains auteurs rejettent d'emblée la possibilité de reconnaître des droits aux communautés qui soient en-deça de la sécession pure et simple.

[W]e should only favor solutions that turn on respect for individual rights, including the protections afforded members of minority groups under the law of international human rights. Under this view, subnational political groups should not be considered separate political communities within a state under any circumstances short of an accomplished secession. Until that point, the rights of members of such groups should include the individual human rights to political participation and to be free from discrimination, but should not include the collective right to an internationally recognized autonomous political status.<sup>70</sup> [nous soulignons]

Cette volonté d'éviter les divisions à l'intérieur de la «société» est illusoire: les divisions existent, mais elles ne s'expriment pas toujours en termes légaux. Ainsi, il n'y pas vraiment d'entité politique appelé la Gaspésie, mais les Gaspésiens réclament auprès de Québec (et d'Ottawa) leur juste part des dépenses publiques. Très certainement, la consolidation des recettes fiscales au niveau provincial est de nature à exacerber les divisions bien plus que la reconnaissance d'une entité politique.

Par ailleurs, on fait reposer cette légitimité de l'État unitaire — qui rappelle la Révolution française et son abolition des corps intermédiaires — sur la nécessité de consolider l'identité nationale:

From a practical perspective, formal recognition of separate political communities within a state may aggravate the problems such recognition is intended to solve. Conferring countermajoritarian political rights on the Turkish community in Cyprus, for example, is likely to hinder creation of a national identity encompassing both Greek and Turkish Cypriots, which would lessen the friction between the two communities.<sup>71</sup>

Ce postulat selon lequel l'identité nationale diminue les frictions n'est pas vérifiée dans la pratique. Le pays le plus pacifiste d'Europe, la Suisse, repose sur la reconnaissance constitutionnelle des différences cantonales. Inversement, l'assujettissement à une seule et même unité nationale pour plusieurs décennies voire plusieurs siècles n'a pas permis de faire taire les nationalismes québécois, catalan, écossais, irlandais, corse, pour ne nommer que les mieux connus<sup>72</sup>.

Sur cette base, il est possible de répondre partiellement à la question de Kymlicka: pourquoi devrions-nous préférer la fédération à la sécession? Tout simplement parce que la fédération dégage un espace de liberté pour les individus qui les rapproche de l'idéal d'une association des membres symboliques du genre humain. Par conséquent, la sécession d'un État membre représente une perte de liberté pour *tous* les membres de la fédération: la mobilité de tous les citoyens et les possibilités d'interaction se trouvant réduites, la sécession constitue donc une atteinte aux libertés fondamentales. La sécession ne peut être justifiée qu'en dernier recours, lorsqu'une partie des

<sup>70</sup> D. Wippman, *supra* note 9 à la page 661 (notes omises).

<sup>71</sup> *Ibid.*

<sup>72</sup> Ejan Mackaay fait remarquer que ces nationalismes européens se font davantage entendre depuis l'Union européenne, ce qui laisse croire que le pouvoir des États-nations s'est effectivement affaibli à travers l'Union.

membres se réclame le pouvoir d'opprimer l'autre partie et qu'il y a une volonté unanime des membres opprimés d'échapper à une tyrannie véritable.

Le rôle primordial d'une fédération, c'est d'assurer la défense contre les ennemis extérieurs et de garantir la perméabilité des frontières intérieures. Lorsqu'une fédération s'oppose à la sécession d'un État membre, c'est pour préserver cette perméabilité. Ceci vaut également pour toute entité législative d'un niveau supérieur par rapport aux parties qui la composent. En pratique, il n'est pas étonnant de constater l'échec de la plupart des mouvements sécessionnistes. La sécession d'une partie du territoire d'un État n'est pas attrayante pour les individus, puisqu'elle a peu de chance de faire l'unanimité et que, si elle se réalise dans ces conditions, elle a toutes les chances de reproduire la tyrannie à laquelle elle voulait échapper.

Ainsi, comme nous l'avons souligné à propos de la démocratie représentative majoritaire, on constate que le respect des libertés individuelles n'est pas toujours suffisant pour satisfaire les membres de groupes minoritaires:

[E]xperience teaches that respect for individual rights often does not satisfy the concerns of subnational political communities that may be regularly, albeit fairly, outvoted. In cases where those concerns are strong enough to provoke large-scale violent conflict, proposals for resolution that do not confer special protection on weaker political communities, protection that extends beyond simple respect for human rights, will not lead to a settlement. The Turkish community on Cyprus, for example, would not even consider, much less accept, a proposal that placed exclusive reliance on individual human rights guarantees rather than on weighted voting schemes giving Turkish Cypriots veto power over important areas of government policy.<sup>73</sup>

En théorie, il devrait être loisible à un individu de se soustraire à la tyrannie de la majorité lorsque l'unanimité n'est pas respectée. En pratique, on sait que vouloir se soustraire à l'impôt, même en renonçant aux avantages procurés par l'État, est une entreprise périlleuse. Sans une Grande Coalition de citoyens qui décident, tous en même temps, de s'affranchir de la tutelle de l'État, c'est là une entreprise individuelle encore bien plus risquée que de défendre les droits garantis par la Constitution.

La Grande Coalition nécessaire pour renverser un gouvernement trop présent est infiniment difficile à réaliser dans le contexte de l'État-providence<sup>74</sup>, en raison de la dépendance de chaque citoyen envers les créances (limitées) que lui procurent ses taxes (illimitées). Sans l'assurance que la Grande Coalition se maintiendra, personne ne veut mettre en péril les services assurés par l'État et dont dépend sa survie. Au surplus, la taille même des populations modernes rend la coordination difficile. La question qui se pose est donc la suivante: puisque la sécession n'est pas une solution viable ni légitime dans la grande majorité, comment peut-on échapper à la poussée inexorable des pouvoirs de l'État?

Historiquement, on constate que l'échappée s'est réalisée par de grandes révolutions. Celles-ci réussirent à rassembler et à maintenir une Grande Coalition<sup>75</sup>. Cette réalisation est tout à fait surprenante à la lumière de la logique de l'action collective: normalement, on devrait s'attendre à ce que plus un groupe s'agrandit, plus il soit difficile de prévenir les défections<sup>76</sup>. Or, Taylor rapporte comment la Révolution française fut notamment tributaire des insuccès préalables de la monarchie à éradiquer, au profit des paysans-entrepreneurs, le pouvoir des communes qu'elle avait

---

<sup>73</sup> D. Wippman, *supra* note 9 à la p. 662.

<sup>74</sup> E. Mackaay, «Le droit saisi par le jeu», (1991) 17-1 *Droit et Société* à la p. 57.

<sup>75</sup> *Ibid.*

<sup>76</sup> M. Olson, *The Logic of Collective Action—Public Goods and the Theory of Groups*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1965 à la p. 44.

pourtant largement contribué à établir dans ses efforts pour miner l'influence des seigneurs<sup>77</sup>.

[T]he royal edicts that legislated this agrarian reform were to have little effect. This was above all because most of the intendants in the villages, believing that the changes would make it impossible for them to collect the taxes and difficult for the peasants to pay them, obstructed the implementation of the legislation. They continued to hold communities collectively responsible for taxes, they declined to initiate partitions and enclosures, and in general they allowed the peasants to continue in their old collective ways.

The upshot was that on the eve of the Revolution the peasant community was scarcely diminished in its vigor and in its capacity for collective action.<sup>78</sup>

Ce phénomène n'est pas propre à la France. À l'aube de la Révolution russe, les communes paysannes étaient toujours une institution florissante, que les réformes agraires du début du siècle n'avaient pas réussies à entamer<sup>79</sup>. Ainsi, l'existence des communautés paysannes joua un rôle déterminant et fut «*a precondition of social revolution in France and Russia because it provided the social basis for sustained, rational, revolutionary collective action*»<sup>80</sup>. Il est probable que le succès de la Révolution américaine puisse s'expliquer en partie par la cohésion des communautés protestantes qui s'étaient établies en sol américain.

En fait, l'existence de sous-collectivités organisées comme condition de succès dans la résistance à la tyrannie semble être une condition non seulement historique, mais aussi théorique. Petersen démontre dans un article fascinant que les Grandes Coalitions sont plus faciles à maintenir en raison de l'existence de sous-groupes organisés et distribués selon une configuration particulière<sup>81</sup>.

Les libertés fondamentales inscrites dans les documents constitutionnels furent donc obtenues non seulement par l'action collective d'un grand groupe, mais par la collusion de multiples communautés. Par conséquent, s'il n'est pas souhaitable de reconnaître un droit de sécession aux collectivités, il semble impératif que leur existence soit consacrée, à titre préventif, pour permettre l'organisation éventuelle de la résistance. Les regroupements intérieurs n'apparaissent donc pas comme une source d'instabilité, mais comme un aspect essentiel permettant de garantir les libertés fondamentales.

Évidemment, il en va de la consécration formelle des communautés comme de celle des libertés individuelles. Leur inscription ne vaut rien si leur mise en oeuvre repose sur la discrétion du niveau de gouvernement le plus élevé. On retrouve la figure dessinée par de Jasay: hors de l'unanimité, point de salut. Si on examine la Constitution canadienne, on constate que les frontières provinciales ne peuvent être modifiées qu'avec le consentement des provinces concernées et de l'État fédéral. Toutefois, les frontières municipales ou régionales sont soumises aux aléas de la politique provinciale.

À mesure que la population croît, les citoyens de chaque province se retrouvent donc dans la situation peu enviable de devoir rendre des comptes à deux gouvernements contre le pouvoir desquels il est extrêmement difficile de se liquer. Les garanties formelles de la *Charte* forme l'unique rempart<sup>82</sup>. Là encore, l'État dispose de deux mécanismes disculpatoires — l'article premier et la clause nonobstant —, en plus du contrôle de la nomination des juges, pour se soustraire aux

<sup>77</sup> M. Taylor, *supra* note 60 aux pp. 100–101.

<sup>78</sup> *Ibid.* à la p. 101.

<sup>79</sup> *Ibid.* à la p. 106.

<sup>80</sup> *Ibid.*

<sup>81</sup> R. Petersen, «A Community-Based Theory of Rebellion» (1993) 34 *Arch. europ. sociol.* 41.

<sup>82</sup> Dont le droit de propriété ne fait pas partie, mais qui consacre par ailleurs des droits sociaux.

conséquences de ses violations. À moyen terme, il est difficile de voir comment les libertés fondamentales pourront ne pas se rétrécir.

Plus haut, nous avons affirmé que les droits collectifs comprenaient le droit pour une collectivité de maintenir ses frontières, c'est-à-dire son existence en tant que collectivité organisée. Dans un tel cas, le nombre de ses membres et l'ancienneté de son statut contribueront à asseoir sa prétention. L'expression de la volonté des membres constitue de toute évidence le critère ultime. Mais ces conditions sont insuffisantes pour éviter que les collectivités soient réduites au rôle d'exécutants des décisions du pouvoir central. On peut fort bien garantir l'existence des collectivités dont la formation nouvelle est unanime ou dont la continuité n'est jamais remise en question et néanmoins mettre en péril les pratiques qui font leur spécificité. Il faut donc que le droit collectif au maintien du statut de personne morale entraîne de façon nécessaire quelque autonomie de la personne morale. Cette implication nécessaire doit se traduire par la mise en oeuvre de la règle suivante: la prépondérance de la juridiction locale sur les matières locales, «*home rule breaks state rule*».

Ce principe fondamental se retrouve inscrit de façon principielle dans diverses formules juridiques. C'est le principe qui gouverne le droit de non-ingérence dans les affaires internationales. En droit canadien, c'est le principe qui a inspiré les attributions de compétence provinciale sur les affaires locales et sur la propriété et les droits civils<sup>83</sup>. Le droit de propriété lui-même est une attribution de contrôle prépondérant du propriétaire sur le domaine délimité par le droit. On peut même concevoir qu'il s'agisse du principe qui gouverne la liberté de conscience: nul ne peut imposer à autrui d'agir contre sa conscience. Il y a donc une universalité du principe de contrôle des affaires internes qui traverse tout le droit: c'est vrai au niveau individuel, c'est vrai au niveau provincial, et c'est vrai pour le droit international. Ce devrait être vrai pour tous les corps intermédiaires.

Dans cette perspective, il n'y a rien qui justifie l'attribution de principe de compétences exclusives à l'un quelconque des niveaux de gouvernement. Prenons l'exemple de la défense. On pourrait penser qu'il s'agit là d'une compétence exclusivement fédérale (ou nationale). Or, la Constitution américaine garantit par le II<sup>e</sup> Amendement le droit des États de maintenir une milice, dans le but de les soustraire à la tyrannie possible du gouvernement fédéral. Au niveau individuel, il est clair que le droit de posséder des armes *chez soi* est tout à fait légitime, bien que le port d'une arme dans le domaine public puisse être régi par le titulaire du contrôle sur ce domaine.

Une association possède le pouvoir prépondérant de légiférer *sur le domaine public*. Lorsqu'elle légifère sur les domaines privés, elle ne peut le faire qu'à titre supplétif et non impératif. Ce pouvoir de légiférer est un pouvoir individuel de la communauté en tant que personne morale. Évidemment, la question de l'éducation et de la morale fait rapidement surface dans une telle perspective. Simpson, prenant acte des différences apparemment irréconciliables entre libéraux et communautariens propose que les communautés qui composent un État:

...must therefore be illiberal and intrusive, and only the state, or the alliance, must be liberal and minimal. For the alliance only exists and is only created to preserve the communities. It does not exist to govern or rule them. They do that themselves. The state only has the duty to interfere to the extent required by the preservation of the alliance and of its constituent communities.<sup>84</sup>

Son argument repose sur la prémisse que la famille est la condition naturelle de l'être humain

<sup>83</sup> Respectivement art. 92.10 et art. 92.13 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3.

<sup>84</sup> P. Simpson, «Liberalism, State, and Community», (1994) 8 *Critical R.* 159 à la p. 168.

et que le fonctionnement de la famille est «*illiberal in spirit and execution*»<sup>85</sup>. La nécessité d'une éducation morale, écrit-il, ne peut se réaliser que dans une communauté restreinte où la discipline et le contrôle des mineurs est possible. Cet impératif éthique des communautés n'affecte pas la collaboration économique, et ce d'autant que la coopération militaire est déjà assurée dans l'État. Cette position se rapproche par certains aspects de notre proposition, mais elle offre une vision trop limitée du champ des possibles. D'une part, il apparaît que l'argument restreint indûment le genre d'associations qui peut surgir à tout niveau. Il n'est pas certain que les individus veuillent vivre ou appartenir à des communautés non libérales. La conjonction d'un droit collectif d'être reconnu comme personne morale et de la prépondérance des lois de l'association dans les matières qui la concernent ne préjuge aucunement des associations qui se prévaudront d'un tel droit collectif ni du contenu des règles qu'elles pourraient adopter.

D'autre part, s'il est possible que des communautés plus autoritaires surgissent en raison de la mise en oeuvre de tels principes, il apparaît essentiel que la reconnaissance d'un groupe à titre de titulaire de libertés collectives doive reposer sur les critères identifiant les formes positives d'autorité: celle-ci ne doit pas reposer sur une forme charismatique d'autorité et doit permettre l'expression des volontés des membres, elle doit favoriser le développement de ceux-ci et leur permettre de s'exiler<sup>86</sup>. Le respect des droits humains fondamentaux s'impose sans aucun doute. Certains opposeront que, si on autorise le recours aux droits fondamentaux, cela risque de compromettre irrémédiablement l'existence de la communauté en la dépouillant de ses membres. À cela il faut répondre, avec Tomasi, que les droits fondamentaux ne s'exercent pas seulement de façon positive (en réclamant leur mise en oeuvre), mais aussi négativement (en réservant leur exercice)<sup>87</sup>. Une communauté auto-constituée qui veut faire la preuve de l'adhésion continue de ses membres ne peut le faire qu'en garantissant les dites libertés, dont l'exercice réservé témoigne de la volonté d'appartenance des membres. Plus la communauté est petite et plus les alternatives sont nombreuses, et plus on peut être confiant que les membres acceptent les règles de la communauté. Cet argument recoupe les positions avancées contre l'absolutisme: lorsque l'unanimité est le fondement des associations politiques, cela équivaut à donner à chacun un droit individuel d'exprimer son désaccord en refusant l'adoption d'une nouvelle règle. La communauté doit choisir entre l'acceptation de la dissidence ou l'abolition de la règle. S'il y a une volonté unanime d'expulser le membre récalcitrant, toutes les dédommagements qui s'imposent devront être versées par la communauté.

Même dans le système parlementaire et constitutionnel canadien, si une règle communautaire se substituait à une règle d'État de manière plus contraignante, il demeurerait possible aux individus d'invoquer la règle moins contraignante si la règle d'État constitue déjà une violation des droits et libertés. En effet, dans le contexte même de l'article premier de la *Charte*, les limites raisonnables aux libertés n'effacent pas la violation préalable. En vertu du test de l'arrêt *Oakes*<sup>88</sup>, seule une atteinte minimale aux droits et libertés est raisonnable. Donc, une atteinte supérieure à une atteinte déjà existante ne peut pas être une atteinte minimale. La règle d'État doit prévaloir.

Cet argument permet également d'appuyer le principe de la prépondérance des règles locales. En effet, si une règle communautaire est moins contraignante que la règle d'État à laquelle elle se substitue, elle constitue donc la démonstration que l'atteinte aux libertés par la règle d'État n'est pas minimale; celle-ci est donc déraisonnable et invalide.

Le tandem droit collectif/prépondérance n'a pas pour but de multiplier les entités politiques.

<sup>85</sup> *Ibid.* à la p. 167.

<sup>86</sup> Voir notre «Une critique des droits collectifs conçus comme droits-créances», à paraître.

<sup>87</sup> J. Tomasi, «Individual Rights and Community Virtues» (1991) 101 *Ethics* 521 à la p. 527.

<sup>88</sup> *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

On doit le concevoir d'abord comme un principe qui permet de se rapprocher de l'unanimité dans les décisions politiques et donc de s'éloigner de la tyrannie de la majorité. Dans la mesure où la population d'un État croît sans cesse, alors que l'appréciation du bien-être demeure indissolublement attaché à l'individu, il doit être possible de redéfinir la taille des communautés. Autrement, le nombre de gens frappés par des mesures qu'ils n'approuvent pas risque de s'accroître en même temps que la difficulté à saisir les raisons apportées au soutien de ces mesures.

Ce tandem se présente donc également comme un outil heuristique à deux branches. D'une part, si vraiment, comme le prétendent les communautariens, l'appartenance à la communauté est un bien essentiel que nie la société libérale<sup>89</sup>, il sera possible aux individus d'en faire la preuve en s'associant pour se donner les règles de leurs choix. D'autre part, la seule possibilité qu'une règle puisse être répudiée localement est une contrainte sérieuse sur l'action législative de toute entité politique. L'exercice des droits collectifs, comme l'exercice des droits individuels, représente une position de repli lorsque le dialogue argumentatif se rompt. Quant à la prépondérance locale, elle crée un marché législatif plus concurrentiel où les actions des citoyens et leurs déplacements sont révélateurs de leurs préférences<sup>90</sup>.

#### IV. LA VIABILITÉ DES DROITS COLLECTIFS

Concluons en exposant brièvement les motifs qui permettent de croire que le modèle élaboré plus haut est viable comme fondement d'un régime politique national ou fédéral. Ces motifs s'articulent autour de quatre pôles: l'histoire, l'économie, l'épistémologie et la structure du développement humain.

##### A. *Les juridictions locales furent historiquement viables.*

Le système du millet a constitué l'un des systèmes de juridictions multiples dont la longévité a témoigné de sa capacité à accommoder des populations d'origines, de cultures et de religions diverses au sein de l'Empire turc<sup>91</sup>. S'inspirant du système romain de personnalité des lois, le millet octroyait aux établissements religieux de tous les groupes minoritaires non musulmans une autonomie complète en matière de charité publique, de religion, de droit familial et d'éducation, y compris un pouvoir de taxation, de législation et d'adjudication des litiges internes. Le système a disparu avec la montée du nationalisme<sup>92</sup>.

L'Europe médiévale a bien sûr connu les guildes et les communes<sup>93</sup>, auxquelles nous avons déjà fait allusion. Celles-ci se constituaient sur la base d'un serment, renouvelé périodiquement, en vue de procurer des avantages à ses membres. Faire partie d'une guilde signifiait que l'on avait atteint la maîtrise de son art, mais aussi que l'on pouvait participer aux entreprises confiées à la guilde et à leurs bénéficiaires. Quant aux communes, elles permettaient de tenir marché à l'abri des bandits et avec l'assurance d'une justice rapide et équitable en cas de litige. Les impôts dus au

<sup>89</sup> Voir notamment M. McDonald, *supra* note 50 à la p. 122.

<sup>90</sup> Pour une démonstration du mécanisme de révélation des préférences dans un tel contexte, voir C.M. Tiebout, «A Pure Theory of Local Government Expenditures» (1956) 64 J. Pol. Econ. 416.

<sup>91</sup> Le système du millet s'étendit du XV<sup>e</sup> au début du XX<sup>e</sup> siècle: J. A. SIGLER, *supra* note 10 à la p. 70

<sup>92</sup> K.Z. Paltiel, «Group Rights in the Canadian Constitution and Aboriginal Claims to Self-Determination» dans R.J. Jackson, D. Jackson et N. Baxter-Moore, dir., *Contemporary Canadian Politics: Readings and Notes*, Scarborough, Prentice-Hall, 1987 26 à la p. 29.

<sup>93</sup> Sur ces deux institutions médiévales, voir P. Michaud-Quantin, *supra*, note 16 et les ouvrages cités *supra* note 15.

seigneur étaient souvent exigés de la commune sous la forme d'un paiement forfaitaire, ce qui laissait à ses membres toute latitude pour décider de la contribution de chacun. Le système des guildes et des communes a inspiré plus que tout autre le slogan «Liberté, Égalité, Fraternité». Muldoon souligne qu'au Moyen-Âge, «the term "outlaw" literally meant the person who was outside the protection provided by a group and its law<sup>94</sup>».

Enfin, les fédérations suisse et allemande constituent des exemples contemporains où les juridictions locales continuent de prévaloir jusqu'à un certain point. La première, un pays de moins de sept millions d'habitants, est divisé en 26 cantons dont le plus important, Zurich, compte à peine plus d'un million d'âmes; le demi-canton d'Appenzel n'en compte que 13 000<sup>95</sup>. La Suisse accommode protestants et catholiques sous quatre langues officielles. La citoyenneté suisse s'acquiert du canton<sup>96</sup>, celui-ci est souverain dans la mesure de la Constitution et possède une compétence exclusive sur la langue, la culture, la religion et l'assurance sociale<sup>97</sup>.

En Allemagne, la constitution est limpide sur la dévolution des pouvoirs d'État:

Article 30. L'exercice des pouvoirs publics et l'accomplissement des tâches incombant à l'État appartiennent aux Länder, sauf disposition ou autorisation contraire de la présente Loi fondamentale.<sup>98</sup>

Une institution particulière attire par ailleurs notre attention dans le financement des Églises. Il existe une taxe religieuse, à laquelle on peut se soustraire volontairement, dont la redistribution se fait selon la dénomination religieuse désignée par le citoyen<sup>99</sup>.

Tous ces exemples illustrent combien la centralisation n'est ni nécessaire, ni souhaitable, même si elle semble inévitable. Notre conception des droits collectifs constitue en partie une tentative de réactivation d'institutions qui font partie du patrimoine occidental et qui ont grandement influencé son développement. Il faut en quelque sorte redécouvrir les cartes de notre tradition, quitte à les valider et à les mettre à jour.

#### B. *Le polycentrisme juridique favorise la croissance économique.*

Le terme de polycentrisme juridique regroupe trois phénomènes: la multiplicité potentielle ou réelle des juridictions sur un même territoire, la dénationalisation des espaces publics et l'absence de groupes d'intérêts. Le premier anticipe les deux autres: la concurrence des compétences rend l'action des groupes d'intérêts plus ardue, et la propriété locale des espaces publics marque un progrès vers la propriété privée des ressources. Les compétences concurrentes empêchent un niveau de gouvernement de stigmatiser l'initiative et l'entrepreneuriat sous peine de voir ses lois annulées par un niveau inférieur. Lorsque la concurrence s'installe au sein même du monopole d'État, il devient beaucoup moins prometteur d'y entreprendre du «lobbying» alors que la solution recherchée peut être difficilement appliquée. Les groupes d'intérêts qui cherchent des rentes aux dépens de l'ensemble de la population en échange de l'appui électoral de leurs membres feront face

<sup>94</sup> J.B. Muldoon, «The Development of Group Rights» dans J.A. SIGLER, dir., *supra*, note 10, 31 à la p. 38.

<sup>95</sup> V. Bogdanor, *supra* note 25 à la p. 70.

<sup>96</sup> G. Ionescu, «The Relevance of Switzerland for Modern Politics» (1988) 23 *Gov. & Opp.* 3 à la p. 9.

<sup>97</sup> V. Bogdanor, *supra* note 25 aux pp. 77-78.

<sup>98</sup> *Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne*, (promulguée le 23 mai 1949), Bonn, Office de presse et d'information du gouvernement de la République fédérale d'Allemagne, 1986 à la p. 19.

<sup>99</sup> R. Sugden, «Rules for Choosing Among Public Goods—A Contractarian Approach» (1990) 1 *Const. Pol. Econ.* 63 aux pp. 76-77.

à des politiciens incapables de livrer la marchandise. De plus, comme le souligne Olson, l'introduction de la concurrence entre les juridictions suite à des intégrations économiques a toujours provoqué une croissance économique rapide<sup>100</sup>.

C. *Un marché des institutions politiques permet l'expression des préférences individuelles.*

On peut parler d'un marché des institutions politiques dans la mesure où, bien qu'il ne s'agisse pas de transactions financières, les juridictions acquièrent deux caractéristiques essentielles d'un droit de propriété: elles sont divisibles et transférables. Comme pour le droit de propriété, une frontière imperméable est aussi inutile du point de vue de la connaissance qu'une absence de frontière. Le droit collectif crée une frontière perméable. Cette perméabilité est essentielle, parce que c'est grâce à elle que les préférences individuelles sont *révélées*.

L'importance de la révélation des préférences ne tient pas au fait que les droits collectifs protègent des intérêts collectifs, qui seraient par là connus. Comme Hardin le souligne:

[T]ypical actions in voluntaristic, large-number contexts without voting do not generally reveal actual preferences in full because no individual ever has a choice between all-cooperate and all-defect in such contexts.<sup>101</sup>

Or, ce que les droits collectifs permettent, conjugués à la prépondérance des règles locales, c'est soit l'émergence de situations où tous coopèrent à la constitution d'une association (unanimité), soit le déplacement volontaire des personnes sur la base de la concurrence horizontale entre les associations locales. La concurrence verticale des juridictions permet quant à elle aux citoyens de comparer deux ou plusieurs propositions législatives spécifiques plutôt que de devoir choisir, comme c'est le cas actuellement, entre deux partis politiques aux orientations incertaines.

Un fédéralisme décentralisé sur cette base apparaît donc comme un régime politique supérieur en raison de sa flexibilité, qui permet de faire apparaître et de répondre aux préférences des citoyens<sup>102</sup>. Il permet de s'attaquer au besoin à la nationalisation de l'espace public et à ses empiètements sur le domaine privé et de faire revivre le principe selon lequel «les bonnes clôtures font les bons voisins». De nos jours, les clôtures s'amincissent tant et si bien que chacun en est réduit à quémander auprès de l'État monopoleur sa part du butin. Le fédéralisme décentralisé sur une base volontaire permet de recréer un environnement où les associations doivent se faire concurrence pour attirer chez elles des citoyens qui voudront bien se soumettre à leur régime de taxation et de biens publics.

Déjà, on observe ce phénomène entre les unités régionales de l'accord de libre-échange nord-américain, mais le recrutement se limite en général aux citoyens corporatifs puisque, d'une part, eux seuls possèdent la liberté d'établissement et que, d'autre part, leurs revenus élevés signifient que les différences de taxation se traduisent par des économies significatives sans qu'il soit nécessaire de rien sacrifier. Pour un individu, il est difficile de s'établir et même s'il y parvient, la différence de taxation impose des sacrifices considérables en terme d'éloignement de sa famille étendue et de choix de la langue d'enseignement et de travail. La taille des entités législatives a

---

<sup>100</sup> M. Olson, «Economic Nationalism and Economic Progress» dans W.J. Booth et al., dir., *supra* note 61, 217 aux pp. 225–227.

<sup>101</sup> R. Hardin, *Morality Within the Limits of Reason*, Chicago, University of Chicago Press, 1988 à la p. 98.

<sup>102</sup> J. Wiseman, *supra* note 40 aux pp. 110–111: «Efficiency concerns the responsiveness of the system of social arrangements to individual values (and, over time, its responsiveness also to changes in these values).»

donc une importance énorme pour les individus qui s'impose de façon moins nécessaire aux corporations.

Dans un modèle alternatif, Kukathas suggère que la liberté réelle la plus étendue exige qu'il soit possible de quitter la communauté pour une grande société ouverte aux exilés. Pour cela, écrit-il, «*it may be necessary that the wider society itself be one that could be described as embodying a liberal political culture*»<sup>103</sup>.

Cette exigence échoue sur le même écueil que la proposition de Simpson énoncée plus haut: elle postule un contenu *a priori* pour les lois de la Grande Société. Notre modèle ne présuppose pas du contenu des lois parce qu'il cherche précisément à définir les conditions qui permettraient aux citoyens de se donner des lois auxquelles ils sont prêts à se plier. Si, malgré la possibilité réelle de se constituer en association dont les lois prévaudront sur celles de la Grande Société, rien de tel ne se produit, il faudra présumer que le régime politique actuel convient à ses citoyens. Bien que Kukathas écrive dans un contexte l'opposant au libéralisme moderne, il s'en rapproche singulièrement:

[F]or the classical liberals, progress is, so to speak, an emergent property of free exchanges among men, for the modern liberals progress becomes the realization in the world of a specific conception of the rational society. [...] We are better employed in devising a framework in which we may make our own trials and errors than in attempting to force on all a preferred path to improvement.<sup>104</sup>

De plus, la société actuelle étant elle-même conçue sur le modèle d'une communauté élargie, il faudrait conclure que notre liberté réelle en tant que citoyen est à toutes fins utiles inexistante. C'est pourquoi les droits collectifs conçus comme le droit de se constituer en communauté apparaissent être une tentative légitime de rétablir cette liberté perdue. Cette conception permet également de répondre à la critique de Kymlicka selon laquelle l'individualisme excessif du libéralisme ignorerait les associations et les communautés qui sont la source de notre identité<sup>105</sup>. Toutefois, la solution à cet enracinement ne réside pas dans l'obtention d'un résultat particulier, mais consiste à faire apparaître un cadre, une structure qui permette aux individus d'exprimer leurs préférences, et notamment leur préférence à l'égard de certaines communautés. La concurrence et la mobilité possible des individus s'inscrit dans un processus général de découverte.

#### D. La hiérarchisation et la spécialisation du politique s'inscrit dans la structure du développement humain.

Dans la tradition positiviste qui va de Hobbes à Kelsen, l'État représente une étape souhaitable, «*a higher phase*» dans l'évolution des sociétés<sup>106</sup>. S'il est certain que l'intégration économique a eu des bénéfices énormes sur le sort matériel de l'humanité, il en va tout autrement de son sort existentiel ou spirituel. La grande erreur d'une philosophie positiviste-nationaliste, c'est de croire que toutes les fonctions assumées par des communautés restreintes peuvent être transférées à un niveau supérieur de gouvernement. Dans une telle perspective, les promoteurs d'un gouvernement mondial nous proposent une recette pour la tyrannie la plus complète que le genre humain ait jamais connue.

<sup>103</sup> C. Kukathas, «Are There Any Cultural Rights?», (1992) 20 *Pol. Th.* 105 à la p. 134.

<sup>104</sup> J. Gray, *supra* note 4 à la p. 92.

<sup>105</sup> W. Kymlicka, «Liberalism and the Politicization of Ethnicity», (1991) 4 *Can. J. Law & Jur* 239 à la p. 245: «[L]iberalism ignore the political significance of cultural membership and ethnic identity because their individualism ignores its significance entirely.»

<sup>106</sup> B. Bouckaert, *supra* note 15 à la p. 21.

En fait, les bénéfiques de l'intégration économique ne découlent pas de l'intégration politique, mais de la *spécialisation* du politique. À mesure que les tâches de survie (défense, production de biens matériels) sont assurées par de grands ensembles, cela libère des énergies, parmi les plus petits ensembles, y compris les individus. Ces énergies peuvent être consacrées à d'autres tâches plus symboliques.

Ainsi, l'État n'est pas une entité de substitution par rapport aux communautés antérieures, mais une entité d'intégration qui permet à celles-ci d'entrer plus facilement dans des rapports de coordination/compétition sur une base symbolique plutôt que matérielle. À partir d'un certain point, ces communautés seront appelées à répondre non pas aux besoins matériels ou même aux besoins d'assurance de leurs membres — lesquels seront comblés par des mécanismes se situant au niveau du plus grand ensemble — mais à des besoins existentiels ou motivationnels en apportant des pistes à suivre pour répondre à des questions comme 'pourquoi suis-je sur cette Terre?' 'que puis-je apporter?' L'apparition de structures politiques plus vastes répond donc à l'intégration des besoins primaires (production des ressources nécessaires à la survie) et à la différenciation des unités de production des biens que les individus recherchent. Les structures demeurent, mais leur apport fonctionnel respectif se transforme substantiellement.

On avance parfois que l'intégration économique au niveau international tend à imposer une uniformité qui s'opposerait aux forces de différenciation culturelles dont témoignent les revendications autonomistes minoritaires. L'observation de ces tendances contraires remonte au moins au début du siècle<sup>107</sup>. Il y aurait donc un conflit irréconciliable entre la logique économique et celle de la diversité culturelle. Ce conflit surgirait de la difficulté de réaliser simultanément les libertés positives que procurent, d'une part, l'accroissement de la richesse née de la division internationale du travail et, d'autre part, l'appartenance à une communauté de moeurs.

On peut toutefois interpréter ce mouvement d'intégration économique doublé d'une désintégration nationale non comme une contradiction, mais comme une évolution vers l'efficacité d'échelle. L'unification nationale ne mène pas nécessairement à l'uniformité, pas plus que le libre-échange, en raison notamment de la spécialisation économique et de la persistance des différences réelles qui n'obéissent pas aux découpages juridiques. Mieux encore, on peut penser que la spécialisation économique tendant à s'agglomérer sur certains territoires, il n'est pas douteux que les moeurs et les occupations des membres de certaines communautés tendent à l'émergence d'une culture distincte. Même dans le contexte d'États nations souverains, on identifie facilement *Silicon Valley* à l'industrie informatique, Milan au design industriel, Bordeaux au vin, et ainsi de suite. Ces communautés ne sont pas seulement des regroupements aléatoires de gens partageant des préoccupations industrielles, mais de véritables communautés ayant leur propre éthique.

Cette évolution est analogue à celle que nous vivons au niveau individuel. La spécialisation du travail et l'expertise de chacun est source de grand pouvoir, mais elle nous impose un coût de dépendance à l'égard d'autrui sans qui plus aucune réalisation n'est possible. Plus nous nous distinguons d'autrui et plus notre dépendance s'accroît. Alors que le travail humain se déplace de plus en plus vers la manipulation de symboles plutôt que vers celle des objets, l'économie de l'information (dont l'Internet n'est qu'un aperçu) devient une économie de points de vue. Les gens en viennent à rechercher, pour des raisons économiques, une information organisée selon certains modèles et non pas un amas hétéroclite de données. Pour cela, il est impératif que les individus qui offrent ces points de vue aient la possibilité de grandir dans des environnements où leurs

---

<sup>107</sup> Voir par exemple W.E.H. Lecky, *Democracy and Liberty*, vol. I, Indianapolis, Liberty Classics, 1981 [1896] à la p. 422: «The tendency to great agglomerations and larger political unities has in our day been very evident. [...] On the other hand, there has been in many forms a marked tendency to accentuate distinct national and local types.»

expériences personnelles ne seront pas contraintes, mais délibérées.

Il y a deux manières de concevoir l'évolution politique des sociétés. La première, c'est la logique du « *bigger is better* », où le niveau supérieur de gouvernement exerce une souveraineté absolue, laquelle lui permet de déléguer des pouvoirs et de former des juridictions aux fins qu'il juge nécessaire. C'est la Chine contemporaine, mais c'est aussi une logique inscrite au coeur du principe de la prépondérance des lois fédérales. Cette logique est aveugle aux phénomènes symboliques: l'individu peut être influencé, les traditions abandonnées, les communautés assimilées. Le négatif de cette logique, c'est celle du « *small is beautiful* », où la souveraineté est rattachée soit à l'individu, soit aux communautés. On veut revenir à un passé mythique et s'y fixer. Dans les deux cas, on nie la capacité d'intégration des structures humaines, à la faveur d'une fixation sur le pouvoir absolu.

Or, il est possible de concevoir l'État comme un outil pour soutenir les traditions et les libertés, la société ouverte et les communautés. Pour cela, il faut reconnaître le pouvoir libérateur de la concurrence des lois. Les droits collectifs, comme les libertés fondamentales, peuvent permettre de ralentir la course vers la centralisation. Mais leur reconnaissance ne peut survenir que d'un effort délibéré. Comme pour les droits fondamentaux, il n'y a pas de dynamique naturelle qui mène à leur enchâssement. Ces droits, comme toute liberté, devront être conquis de haute lutte.

## V. CONCLUSION

Historiquement, on constate que l'État a repris à son compte certaines institutions médiévales pour les mettre au service de l'idéal national. Le monopole des armes, la centralisation du pouvoir et la taille même de l'État moderne ont toutefois mené à la corruption de l'esprit de fraternité et de solidarité qui inspira jadis les guildes et les communes. De volontaire, la soumission à l'autorité commune est devenue impérative.

Les droits collectifs apparaissent comme une tentative de parer certaines communautés de la légitimité nécessaire pour entrer en concurrence avec l'État. Puisque cette concurrence s'inscrit nécessairement dans un espace juridique, tout groupement qui entend agir doit d'abord obtenir la personnalité juridique. Un droit collectif, c'est d'abord le droit pour un regroupement d'individus de se constituer en personne morale à des fins législatives. Celles-ci ne visent pas autrui, mais se limitent aux affaires internes de l'association ou de la communauté. De façon analogue à la liberté de conscience et au droit de non-ingérence, les droits collectifs marquent le premier pas vers le contrôle des matières locales par les individus regroupés volontairement sous la bannière de leur choix. Les droits collectifs ont donc vocation à s'opposer à la centralisation et au monopole législatif de l'État.

Bien que la multiplication de communautés réduites, aux frontières poreuses et qui ne légifèrent que sur la base idéale de l'unanimité ouvre des perspectives saisissantes pour l'avenir, la réalisation des droits collectifs ne s'inscrit pas dans une dynamique naturelle du pouvoir. Comme les droits fondamentaux, ils devront faire l'objet de marchandage lorsque l'État n'aura plus les moyens de ses ambitions. Les droits collectifs bien pesés apparaissent donc comme l'avenir incertain des libertés fondamentales.

