

Note

« Une épistémologie du droit : *L'État providence* de François Ewald »

Yves-Marie Morissette

Les Cahiers de droit, vol. 28, n° 2, 1987, p. 407-420.

Pour citer cette note, utiliser l'information suivante :

URI: <http://id.erudit.org/iderudit/042816ar>

DOI: 10.7202/042816ar

Note : les règles d'écriture des références bibliographiques peuvent varier selon les différents domaines du savoir.

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter à l'URI <https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche. Érudit offre des services d'édition numérique de documents scientifiques depuis 1998.

Pour communiquer avec les responsables d'Érudit : info@erudit.org

Une épistémologie du droit : *L'État providence* de François Ewald

Yves-Marie MORISSETTE *

*When scholarly research in law confines itself to source materials, it effectively allows positive law to prescribe the limits of the intellectual enquiry. When it does not so confine itself, scholarly research gradually erases as it progresses the boundary between the object of its own enquiry and that of other disciplines in the human sciences. In the author's view, if ultimately law is to be seen as more than standardized common sense armed with a big stick, it must become responsive, from within, to the findings of these disciplines. But this process of integration raises serious methodological difficulties. Their solution, assuming there is one, will draw on epistemology and a reexamination of the relationship between law and knowledge. One recent and most commendable contribution to legal epistemology is François Ewald's *L'État providence*. The author, a philosopher, sets out to explain how the fundamental rationality of the French legal system was transformed at the beginning of the XXth century. Having first described the respective functions of law, morality and benevolence in the post revolutionary liberal model, Ewald then shows how probability theory made possible the development of statistics, modern sociology and «insurance technology». The advent of a workmen's compensation scheme, a result of these developments, marked an epistemological breaking point French private law. From then onwards, the order of distributive justice never ceased to expand: risk became the rule and fault the exception. The change is now irreversible and the modern Welfare State has created its own original brand of justice. Michel Foucault's influence is often noticeable in *L'État providence*, a complex but fascinating book which illustrates why philosophy, legal scholarship and law, although capable of sharing certain outlooks, must forever remain distinct.*

* Professeur agrégé à l'Université McGill. L'auteur tient à remercier son collègue, le professeur Daniel Jutras, dont les commentaires sur les questions et l'ouvrage abordés ici lui ont été précieux.

	<i>Pages</i>
1. L'épistémologie juridique.....	410
2. <i>L'État providence</i> : structure.....	412
3. <i>L'État providence</i> : méthode.....	416
4. <i>L'État providence</i> : réflexions.....	418

Chercheur, praticien ou enseignant, le juriste qui entreprend d'approfondir sa réflexion sur un aspect quelconque du droit ne tarde pas à voir le sol se dérober sous ses pas s'il se contente de « faire du droit ». Car pratiquer les lois, la jurisprudence et la doctrine ne peut apporter de certitudes que dans l'ordre du droit positif : certitudes relatives, donc, ou certitudes incertaines, ce qui est une contradiction dans les termes. Bien qu'on connaisse leurs limites dans les milieux juridiques, on continue pour des raisons évidentes de faire de ces écrits le point de départ habituel de sa réflexion.

Pour peu, cependant, qu'on veuille aller au fond des choses, voir ce que recèlent des notions telles que l'apparence, la prévisibilité, l'autonomie de la volonté ou la primauté du droit, on se sent vite sollicité par d'autres disciplines qui usent pour parler des mêmes choses d'un langage moins codé ou moins fuyant que celui du droit. Mais l'ouverture vers l'extérieur est déstabilisante. Il est certain, en effet, que les emprunts à d'autres disciplines introduisent dans son champ des controverses que le droit s'est toujours efforcé d'évacuer, le plus souvent d'ailleurs avec succès. Et ces controverses peuvent porter non seulement sur l'utilité pour le droit d'une contribution particulière venue de l'extérieur, mais aussi sur ce que vaut cette contribution à l'intérieur même de son propre champ¹.

Aura-t-on voulu, par exemple, appeler l'histoire à la rescousse qu'il faudra par la même occasion décider à quelle enseigne méthodologique on se loge, porter un jugement critique sur les matériaux disponibles, choisir entre

1. On connaît depuis plus d'une quinzaine d'années l'apport de l'analyse économique du droit et les débats qu'elle nourrit aussi bien entre juristes qu'entre économistes. Plus récemment, la linguistique, l'herméneutique et les théories critiques empruntées à la littérature comparée furent mises à contribution. Ces échanges et ces voisinages n'ont jamais pour effet de mettre un terme au débat juridique, mais seulement d'en changer la teneur : voir M. KRAUSS, « Droit public : Nihilisme et interprétation des lois », (1986) 20 *Revue Juridique Thémis* 125.

les historiographies celles qui paraissent le plus dignes de confiance^{1.1}. Il faudra en somme se rallier à une façon de faire de l'histoire plutôt qu'à une autre et le risque sera toujours présent que dans ce choix se profilent les *a priori* de son auteur, sinon ses préférences idéologiques. À moins de domestiquer l'histoire pour en faire l'instrument d'un dessein déjà arrêté, on ne pourra trouver refuge dans l'affirmation à la fois rassurante et conforme à la mentalité juridique que l'Histoire, eh bien, c'est un fait : il n'y a pas, en effet, de cour suprême de l'histoire.

Les discussions sur le contenu et les limites de la connaissance juridique coïncident peut-être avec une intellectualisation croissante du droit puisqu'elles semblent marquer, parmi les éléments qui le composent, un certain recul de l'autorité devant la raison. Peut-être aussi sont-elles le signe avant-coureur de son dédoublement. Après tout, les sciences humaines, créatures de la pensée moderne longtemps tenues pour sciences « molles », ne sont plus aujourd'hui menacées dans leur existence et continuent d'étendre leur empire. Dans les milieux juridiques, l'attrait qu'exercent auprès de certains les idées de multidisciplinarité et de recherche fondamentale, et l'hostilité même qu'elles suscitent chez d'autres, démontrent qu'il y a probablement place pour une science juridique dégagée du droit, qui serait face à lui un peu ce qu'est la science politique face à la politique². Car si la loi institue des monopoles pour la pratique du droit, personne n'a le monopole

1.1 Voir à ce sujet G. Blaine Baker et Brian Young *Sources in the Law Library of McGill University for a Reconstruction of the Legal Culture of Quebec, 1760-1890*, Faculty of Law and Montreal Business History Project, McGill University, 1987, p. 13-26 (texte inédit disponible à la bibliothèque de la faculté de droit de l'Université McGill).

2. Le rapport qui existe entre le droit, discipline enseignée dans des facultés spécialisées, et ceux qui s'y consacrent, n'a pas aujourd'hui d'équivalent en sciences humaines. Aussi, par exemple, Joseph VINING soutient-il, dans *The Authoritative and the Authoritarian*, Chicago, University of Chicago Press, 1986, p. 187 à 190 et passim, que la théologie est le genre de savoir avec lequel le droit présente le plus d'affinités ; et voulant décrire ce savoir, un avocat employait récemment le substantif « dogmatique » (partie de la théologie consacrée à l'étude des dogmes) dans *Le Journal Barreau*, 15 octobre 1986, p. 7. Transposé au domaine de la science politique, le rapport entre le droit et les personnes qui l'ont étudié commanderait que l'écrasante majorité des politologues, ou personnes formées dans cette discipline, soient aussi des politiciens. Mais la faiblesse de cette analogie apparaît tout de suite, la réalité voulant plutôt que le droit, en tant qu'activité professionnelle, soit une politique bien plus qu'une science politique. Il est significatif, du reste, que dans un pays comme le Canada le personnel politique continue de se recruter en plus grand nombre chez les avocats que chez les diplômés en science politique. Une science juridique qui formerait des « jurologues » se détacherait forcément du droit puisqu'on ne peut que difficilement être à la fois l'analyste et l'objet de sa propre analyse. On peut même conjecturer que confier la mise en œuvre du droit à des « jurologues » aurait pour effet, presque à coup sûr, de la paralyser.

de la réflexion sur le droit. Sans doute, cette science juridique essuiera-t-elle les mêmes sarcasmes que la science politique à ses origines. Sans doute aussi dira-t-on avec plus d'à propos qu'elle n'a pas de raison d'être puisque le droit, dans la mesure où il se prête à une analyse scientifique, est déjà examiné comme symptôme dans plusieurs spécialités reconnues des sciences humaines. Vu de la sorte, le droit ne serait que l'un des écrans derrière lesquels il faut rechercher les constantes économiques, sociologiques, anthropologiques, et ainsi de suite, celles-là seules constituant des phénomènes dignes d'intérêt scientifique.

Certes, évoquer l'apparition d'une science humaine consacrée à l'étude du droit soulève d'emblée une question préalable et de taille : celle du rapport possible entre, d'une part, la connaissance, et d'autre part, le droit, manifestation et discipline du pouvoir, ensemble de comportements régis par des spécialistes, mais aussi savoir pratique fortement systématisé. Il se peut bien, en effet, que le droit, en tant qu'entité composite et catégorie de l'esprit, n'ait de sens que pour ses usagers, ceux qui le pratiquent et ceux qui en ressentent la contrainte ; que la réflexion juridique libérée de l'encadrement du droit positif doive toujours se continuer bien au-delà de ce qu'on appelle conventionnellement le droit, jusqu'au seuil réel de la normativité. Quoi qu'il en soit, cette nouvelle science humaine, si elle finit par se développer, aura plusieurs avantages sur le savoir juridique actuel. N'étant pas tenue contrairement à lui d'intérioriser une idéologie et une seulement, elle pourra se présenter divisée sur une question, faire la part du regard qu'on jette sur la réalité, avoir pour seule préoccupation une meilleure compréhension de son objet. Et en se détachant de cet objet, elle pourra mettre fin à une ambiguïté ressentie par plusieurs dans l'enseignement du droit : celle de devoir évoluer en même temps à l'intérieur et à l'extérieur d'un système, de devoir transmettre un savoir-faire juridique tout en sachant juger le droit. Autant de préoccupations qui, à des degrés divers, relèvent de l'épistémologie.

1. L'épistémologie juridique

Or, on voit se constituer depuis quelques années de nouvelles études sur le droit qu'on peut regrouper sous l'appellation générale d'épistémologie juridique. Déjà assez développée dans les pays de common law et en Allemagne, l'épistémologie juridique a fait l'objet d'un ouvrage récent et synthétique sous la plume du juriste français Christian Atias ; entre autres questions, l'auteur y traite lucidement de la distinction entre le droit et la connaissance juridique³. Le droit étant œuvre de volonté autant qu'un effort

3. *Épistémologie juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 1985. Voir sur cet ouvrage les remarques de M. TANCELIN, *Chronique bibliographique* (1986) 27 *C. de D.* 477.

cognitif, la possibilité d'une véritable épistémologie du droit demeure sans doute problématique. Néanmoins, qu'elle s'intéresse aux rapports entre le droit et l'univers connu, ou plus simplement à la connaissance du droit et à la façon qu'elle a de se former, de se modifier et de se transmettre, la réflexion épistémologique apporte une manière riche et neuve de sonder le droit, d'étudier bien au-delà de la théorie des sources comment s'élaborent les concepts et les rationalités juridiques.

Moins d'un an après la publication de l'ouvrage de C. Atias, paraissait, en France toujours, *L'État providence*⁴ de François Ewald, imposant essai qu'on pourrait qualifier d'épistémologie fondamentale d'un des principaux systèmes juridiques occidentaux. Philosophe et ancien assistant de Michel Foucault au Collège de France, l'auteur présente en six cents pages denses et pénétrantes un exposé extrêmement documenté sur la transformation de la société libérale, photographiée par la codification de 1804, en une société assurantielle et solidariste, l'État providence.

Lorsqu'on le décrit sommairement de la sorte, ce thème peut sembler, sinon banal, du moins bien connu des juristes ; et de fait, le droit tient une place de premier plan dans *L'État providence*, où il sert en quelque sorte de révélateur. Mais qu'on ne s'y trompe pas. Le livre est aussi chargé d'une thèse, qui fait sa principale originalité : le remplacement du droit civil par le droit social marque un point de rupture épistémologique, un passage sans retour possible d'une rationalité à une autre ; la « crise de l'État providence », dont on parle beaucoup et dont certains se réjouissent, doit s'analyser non comme déclin, mais comme une caractéristique normale de cette société, comme le mode de reproduction d'une solidarité instable dans son agencement, mais irréversible dans son principe. Depuis un certain temps déjà, constate l'auteur, nous sommes entrés dans l'ère de la Justice sociale. Cette nouvelle forme de justice est toute autre chose qu'un avatar bancal du droit libéral. Elle est dotée d'une identité propre et elle a bel et bien succédé au droit libéral.

La thèse de l'État providence donne de la réalité une représentation fort différente de celle mise de l'avant par l'école néolibérale. Intervenant sur un autre plan que l'analyse économique du droit, elle ne s'attaque pas ouvertement aux procédés de cette dernière, mais elle neutralise certaines idées maîtresses de Friedrich A. Hayek en les présentant comme les éléments actifs d'une idéologie plutôt que d'une philosophie du droit⁵.

4. François EWALD, *L'État providence*, Paris, Bernard Grasset, 1986.

5. Idées développées dans *Droit, législation et liberté*, Paris, Presses universitaires de France, 1981, et principalement dans le volume 2 de cet ouvrage, qui porte comme sous-titre « Le mirage de la justice sociale ».

Dès sa parution, l'ouvrage de F. Ewald fut salué dans la grande presse par André Glucksmann, qui en traita en termes élogieux⁶. Il est possible que *L'État providence* soit beaucoup lu pour un ouvrage de ce genre. Aussi en parlera-t-on ici d'une manière surtout destinée à exciter la curiosité du lecteur. Précisons tout d'abord, et à grands traits, comment l'auteur développe son sujet. Il sera ensuite question de la méthode suivie par F. Ewald ainsi que de certaines réflexions suscitées par son ouvrage.

2. *L'État providence* : structure

L'État providence se divise en quatre livres. Chacun d'eux traite d'un moment (et de ce qui pourrait s'appeler un sous-ensemble épistémologique) dans l'évolution entre « La Responsabilité » individuelle du droit libéral (Livre I) et « L'ordre normatif » de la société assurantielle (Livre IV). Le livre II, « Du Risque », explique comment certains changements dans la façon de penser les rapports entre la société et l'individu rendront possible la rupture épistémologique étudiée dans le Livre III, « Assurance sociale ».

Tout commence avec le Code civil de 1804 et un droit de la responsabilité individuelle dont on peut dire aujourd'hui qu'il paraît minimaliste. Le critère de juridicité de l'époque est résolument restrictif et ne tolère aucune intrusion de la morale dans le droit. Celle-ci, concède-t-on, fonde le droit, mais elle s'annulerait elle-même si elle trouvait sa sanction dans la contrainte de la loi, car elle ne demeure une morale que dans la mesure où elle est immanente. Ainsi s'érige un régime juridique qui sanctionne l'obligation de ne pas nuire à autrui, mais non celle, morale, de lui porter secours.

Au service d'une justice essentiellement commutative, le droit veille à ce que tout le monde soit responsable de ses fautes et à ce que personne ne puisse forcer autrui à partager les aléas dont n'importe qui peut être individuellement la victime. La liberté, la concurrence et la prévoyance sont les principales assises de cette société où le pauvre ne doit qu'à lui-même la condition peu enviable qui est la sienne. Mais si le droit valorise les comportements responsables, et donc la prévoyance, la politique, elle, favorise la bienfaisance. Il ne saurait y avoir de droit à la bienfaisance — ce serait créer une expectative et déresponsabiliser l'individu ; cependant, la bienfaisance est essentielle à la société parce qu'elle permet au pauvre de surmonter sa condition et de devenir prévoyant.

6. « Je m'assure, donc nous sommes », *Le Point* [de Paris], (17 février 1986) 72, où l'auteur écrit au sujet du livre de François Ewald : « Je prends les paris, son livre fera date, comme il y a vingt-cinq ans "L'histoire de la folie" de celui qui fut son maître, Michel Foucault. » Pour un compte rendu plus critique, voir P. VIDELIER, « Chronique bibliographique : l'état du travail et de son droit », dans *Économie et Humanisme*, n° 292, novembre-décembre 1986, p. 87.

Bientôt, pourtant, cette conception des choses se montre impuissante à expliquer quelques phénomènes caractéristiques du XIX^e siècle : le paupérisme, pauvreté née de la condition ouvrière et non de l'imprévoyance individuelle ; l'accident industriel, événement statistiquement normal, mais souvent catastrophique pour l'individu et pour lequel il n'y a de responsable que l'industrialisation ; le travail des enfants, sous-produit cruel de la liberté contre lequel on finira par légiférer. Imperceptiblement, le régime en vient à ne plus pouvoir tolérer les rigueurs de sa propre rationalité. À compter du moment où la faute est incapable de corriger ce que de plus en plus de gens perçoivent comme des injustices, un processus d'inflation de la faute s'amorce qui finira par la mettre en contradiction avec le droit. Le patronat, noblesse oblige, organise parallèlement le patronage, sorte de philanthropie intéressée, et entretient avec la main-d'œuvre des rapports fondés non plus sur la liberté, mais sur la sécurité et la permanence des engagements. La doctrine de l'économie sociale se développe en réaction contre le libéralisme pur. On veut moraliser l'ouvrier et prendre en charge son insécurité pour le rendre plus productif. Cette doctrine favorise la rémunération en nature et en services de l'ouvrier (logement, charbon, etc.) ; dans la mesure où le besoin devient un facteur légitime de différenciation, on a déjà là l'embryon d'une justice distributive.

C'est le mérite de F. Ewald d'exposer ici, en cent pages limpides, les relations trop souvent passées sous silence entre le droit du XIX^e siècle et la morale libérale : vision austère et fataliste de la personne humaine, mais vision dont on ne peut nier le courage. C'est peut-être justement parce qu'elle exige un courage surhumain qu'elle s'écroulera. Quoi qu'il en soit, contre cette toile de fond froidement volontariste, le contour de la faute retrouve une netteté qu'on ne lui connaissait plus depuis longtemps.

Pendant que le libéralisme s'installe puis subit ses premières mutations, d'autres idées progressent, à bonne distance du droit, mais qui bientôt l'influenceront. Entre le milieu du XVII^e siècle et le début du XIX^e, Pascal, Bernoulli et Laplace avaient créé une nouvelle mathématique, celle des probabilités. Apparaît alors avec la Révolution industrielle, surtout grâce aux travaux du mathématicien belge Adolphe Quételet, la statistique sociale, et cela à la même époque où Auguste Comte jette les bases de la sociologie. Les idées de norme, de régularité statistique et d'homme moyen apparaissent. Il devient manifeste que le tout (la société) n'est pas égal à la somme de ses parties (les individus). Le libre arbitre demeure, mais globalement ses effets s'annulent entre eux.

Ce déplacement épistémologique ouvre la voie à un projet politique qui a pour objet non plus la moralisation de l'individu, mais le maintien de certains équilibres dans la société. L'assurance, devant laquelle les obstacles

juridiques disparaissent, se développe considérablement. On voit apparaître les caisses d'épargne et les sociétés de secours mutuel. Dans sa *Politique Universelle* publiée à Bruxelles en 1852, Émile de Girardin propose un nouveau contrat social, une assurance universelle gérée par l'État (bien plus, qui serait l'État) et qui fournirait « les moyens de sortir de l'individualisme libéral sans tomber dans les affres du socialisme »⁷. La perception de la personne humaine et de la société a changé, la morale et le droit s'en ressentiront. Ici encore, l'auteur établit des correspondances jamais relevées ailleurs et qui valent d'être méditées. Tout est en place pour que se produise la rupture épistémologique dont la législation sur les accidents du travail sera le plus clair symptôme.

Le passage de la responsabilité et du droit civil à l'assurance et au droit social eut selon F. Ewald un commencement qu'on peut situer dans le temps en 1898, date de l'adoption de la première Loi française sur les accidents du travail. Le débat parlementaire sur cette Loi avait duré 18 ans. Malgré quelques avancées importantes en matière de responsabilité du fait des choses, l'indemnisation des victimes d'accidents du travail demeurait assujettie au régime de la faute et, de ce fait, paraissait trop lacunaire. Une idée s'était précisée sous la plume de juristes comme Saleilles et Josserand : il est injuste que les ouvriers, et toujours eux, subissent les pertes liées à certaines activités dont eux seuls, contrairement aux industriels et à la société, ne profitent pas. L'insuffisance maintenant démontrée de la prévoyance, du patronage et des formes privées de secours collectif, accentuaient la nécessité d'une réforme. Il fallait que le rapport profit-risque remplace le rapport pouvoir-responsabilité, que le mode de problématisation de l'accident devienne assurantiel et adjudiciaire.

Compromis difficilement négocié, la Loi de 1898 n'ira pas aussi loin que l'auraient souhaité certains réformateurs, mais sa valeur symbolique est considérable. Il est sûr qu'elle fut le signal d'un profond changement de mentalité. On aurait pourtant tort d'y voir comme certains une première inflexion du droit devant la « réalité ». F. Ewald écrit à ce sujet, dans un passage caractéristique du ton qui imprègne *L'État providence* :

Une certaine tradition s'est attachée à dénoncer le caractère idéologique et trompeur des dispositions du Code civil eu égard à la réalité des rapports de production : le dogme de l'égalité des contractants, par exemple, ne cessant d'être démenti et contredit par la réalité des inégalités. On a dit aussi qu'à l'encontre, la législation sociale de la fin du XIX^e siècle aurait consisté, même si ce n'était pas encore suffisant, en une première reconnaissance des faits. La doctrine du droit du travail, qu'elle soit positive ou critique, baigne ainsi dans une sorte de réalisme : la valeur du droit du travail se jugerait à sa plus ou moins

7. *Supra*, note 4, p. 219.

grande adéquation avec les faits. Vision sociologiste, sans doute susceptible d'émouvoir les esprits épris du réel, mais qui conduit à passer à côté de l'essentiel. Le droit du travail est fait d'autant de fiction que le droit civil. On peut penser que c'est la raison pour laquelle ses énoncés gardent le statut de droit. Du droit civil au droit social, la différence n'est pas de la fiction au réel, mais une transformation dans le type de fiction. Aux fictions de la volonté, de l'égalité, de la faute se sont substituées celles du risque, d'entreprise, de société. Les psychanalistes diraient qu'on est passé d'un ordre symbolique à un autre. On n'est pas plus près du réel pour autant : on n'a plus le même imaginaire.⁸

Consacrée en droit positif par la législation sur les accidents du travail, la notion de risque social prend alors sa véritable portée. D'abord *obstacle au changement* parce qu'elle faisait appel à une logique incompatible avec celle, admise, de la faute, elle devient avec cette législation un *facteur de changement*, car le raisonnement qui la rend applicable aux accidents du travail paraît tout aussi applicable à d'autres aspects de la vie en société. La législation atteint ensuite l'assistance aux vieillards, aux infirmes et aux indigents, puis la retraite dans les classes ouvrières et paysannes. Bientôt, le risque pénètre et transforme le régime de responsabilité de l'État. Divers rapports entre personnes sont alors repensés dans l'optique d'une justice distributive et la sécurité sociale supplante peu à peu la bienfaisance. Responsable ne signifie plus « qui est en faute », mais « qui supporte la perte ». L'État providence (ou société assurantielle) naît ainsi d'une conjoncture épistémologique originale. Cet État est lié à la société industrielle, laquelle fut peut-être fille du droit civil, mais aussi mère du droit social. Le droit y remplace la morale et l'on voit s'y réaliser un bio-pouvoir qui gère les existences en échange à la fois d'une sécurité partagée par tous et d'un droit de chacun à la vie. La référence au droit naturel, cette justice dans les choses et extérieure au droit positif, n'est plus possible : tous passe désormais par les conflits continuels entre regroupements d'intérêts et solidarités instables d'individus.

L'ordre normatif de l'État providence repose donc sur la solidarité. Celle-ci est rendue possible puis propagée par l'assurantialisation de la société, aussi bien au plan individuel avec, notamment, l'assurance responsabilité, qu'au plan collectif avec les assurances sociales. Les notions de normalité, de dangerosité, de prévention, permettent de mesurer le risque social sans faire référence au comportement d'un individu particulier dans un cas précis. La règle de droit servait depuis longtemps à sanctionner le mal — c'est-à-dire la faute — au nom du bien. Désormais, la normativité juridique s'attache à trouver un équilibre entre des conceptions concurrentes du bien. « De même que le mal n'est plus ce qui s'oppose au bien, mais ce qui se loge

8. *Id.*, p. 315-316.

dans le rapport d'un bien à un autre bien, dans le rapport des biens entre eux, le risque ne s'inscrit plus dans le rapport à une nature à la fois bienfaisante et hostile, mais dans le rapport des hommes entre eux, dans leur commune quête du bien »⁹.

Dans ce nouvel ordre normatif, la distinction entre légalité et opportunité s'estompe, au point qu'on assiste à l'agonie du droit classique. La confusion qui existe aujourd'hui dans les milieux savants sur ce qu'est le droit annonce d'ailleurs la mort du droit, ou du moins d'un droit, par l'inflation des droits. L'assurantisation et la socialisation du droit de la responsabilité étaient difficilement évitables une fois reconnues l'inéluçabilité statistique de l'erreur dans les domaines d'activité humaine et l'incommensurabilité trop fréquente entre la gravité du préjudice infligé à la victime, l'importance du fardeau de la réparation et la bénignité de la faute commise par le responsable. Mais d'autres indices confirment cette évolution : la consécration d'inégalités formelles en droit (discrimination positive, différenciations du type consommateur-commerçant ou salarié-employeur), la relativisation générale des valeurs, le recours désormais courant à des concepts juridiques, tels le raisonnable et l'abusif, vides d'*a priori* et caractéristiques d'une logique qui ne se donne plus pour syllogistique.

Le droit social, droit des équilibres précaires et de l'arbitrage incessant entre intérêts individuels, a sa propre positivité, distincte de celle du droit civil : il sert à corriger les inégalités, à rétablir les équilibres menacés¹⁰. Avec lui s'instaure un ordre juridique de la négociation permanente, incompatible avec la conception kantienne du droit et des droits. Le contrat, disait-on, a succédé au statut ; le consensus succède maintenant au contrat. Tout devient affaire de transaction, de compromis nécessaire imposé puis géré de façon créative par le droit. Le juste et l'injuste se définissent désormais à partir d'un rapport social. À la règle de jugement du droit libéral, un principe d'égalité formelle, s'est substituée une nouvelle règle de jugement, la norme du droit social, qui évoque les idées de moyenne et de régularité statistique. L'État providence supplante l'État libéral. Il porte en lui une rationalité originale qui échappe à la dualité libéralisme-totalitarisme et qui caractérise les grandes sociétés post-industrielles.

3. *L'État providence : méthode*

La méthode d'investigation philosophique adoptée par F. Ewald explique pour une bonne part l'originalité de l'ouvrage. Cette méthode se

9. *Id.*, p. 435.

10. *Id.*, p. 461.

veut très influencée par la pensée et les travaux de Michel Foucault. On la trouve exposée dans *l'État providence* et dans un texte plus court, mais identique sur plusieurs points, que publiait en 1986 la revue *Droits*¹¹. En quoi consiste-t-elle? Disons d'emblée qu'elle a peu en commun avec la méthodologie juridique interne d'abord préoccupée par la pureté des sources et dont la finalité est de l'ordre de la description-prescription.

F. Ewald adopte une position résolument nominaliste, incompatible aussi bien avec le droit naturel classique ou moderne qu'avec le positivisme essentialiste. Le Droit n'existe pas. Seules existent des pratiques et une expérience juridiques étroitement agrippées à l'histoire. Est de droit ce qui à une époque donnée est perçu comme tel. Or, plutôt que comme une forme de contrainte, le droit devrait s'analyser comme un art de juger dont les praticiens aspirent à l'objectivité: objectivité de soi sur soi et de soi sur les autres. La façon de problématiser cette recherche de l'objectivité (que ce soit, par exemple, par le respect en toute chose d'un principe d'égalité formelle ou par l'assujettissement à une normalité de type statistique) caractérise les pratiques juridiques. Celles-ci sont habitées par une rationalité profonde, enfouie sous les phénomènes de surface (codes, lois, jurisprudence et commentaire savant), une rationalité qui échappe à toute formulation synthétique et pour la description de laquelle F. Ewald introduit le concept central de «règle de jugement», principe d'intelligibilité des pratiques juridiques. «Pour un ordre juridique donné, le "droit" est moins dans les énoncés normatifs que dans la règle qui les constitue comme juridiques»¹². Il faut fouiller les pratiques juridiques et chercher dans leurs régularités ce qui permettra de dégager la règle de jugement propre à chaque épistémè. D'où la nécessité de procéder à une vaste entreprise «d'archéologie» du droit, au sens que M. Foucault donnait à ce terme.

Cette analyse rend possible un positivisme critique qui, tout en les dépassant par la critique justement, présente plusieurs affinités avec les thèses kelséniennes. Mais il s'agit aussi d'évaluer les pratiques juridiques au regard de leur juridicité, de réintroduire ainsi la distinction droit-légalité. Sinon, droit, légalité et totalitarisme pourraient s'équivaloir. De quelle façon s'articulera ce critère nécessaire à la critique? Sur ce point, les explications

11. *Id.*, p. 27 à 43 et «Pour un positivisme critique: Michel Foucault et la philosophie du droit», (1986) 3 *Droits* 137. Voir aussi du même auteur «Une expérience foucauldienne: les principes généraux du droit», (1986) 62 *Critique* 788.

12. *Supra*, note 11, p. 139, et *supra*, note 4, p. 37 «[...] précisons qu'il ne faut pas entendre par là une règle, mais ce qui règle le jugement juridique, non pas quelque chose que l'on applique, mais ce à travers quoi on juge [...]»; p. 35 «La règle de jugement n'est jamais formulable en tant que telle, mais seulement à travers une série d'approximations successives qui, en même temps qu'elles la visent et la saisissent, la transforment.»

données par F. Ewald gagneraient en clarté si elles étaient plus élaborées. À la fin du XX^e siècle sont ancrées en Occident deux traditions critiques envers le droit. L'une, radicale et marxiste, veut la disparition du droit. L'autre, réformatrice, prolonge et déploie sans cesse ce qui est de droit dans l'espoir de parfaire le droit. Le positivisme critique dont il est question ici cherchera quant à lui à déterminer les conditions qui rendent possible dans une société donnée l'objectivité du jugement normatif. Une pratique dite juridique peut être conforme à la légalité, mais contraire au droit. La question « À quelles conditions, dans telle ou telle conjoncture, pour telle ou telle société, l'exercice de la contrainte prend-il la forme d'un droit ? » met en lumière le rapport d'intelligibilité qui doit exister entre la règle de jugement et les pratiques, légales et contraignantes, dont on veut apprécier le contenu juridique. Ainsi, le jugement porté sur les pratiques ne s'instruit plus à partir d'un idéal jusnaturaliste, ou en fonction d'un rapport de cohérence dans la hiérarchie des normes positives ; une pratique est de droit, et non plus simplement légale, lorsque dans sa conjoncture épistémologique elle renvoie à la règle de jugement et comporte de ce fait un réel dessein d'objectivité.

Influencée, on l'a déjà dit, par M. Foucault, l'analyse d'Ewald est difficile d'accès, parfois tortueuse et d'une minutie qui souvent laisse le lecteur fourbu. On pourrait lui adresser plusieurs des critiques dont l'œuvre de Foucault fut elle-même la cible¹³. Cette analyse impose une conception excessivement monolithique de chaque phase dans l'évolution du droit. S'intéressant d'abord aux discontinuités, elle sous-estime un autre facteur, la filiation qui va du droit romain au droit moderne. Néanmoins, en faisant table rase de toutes sortes de notions conventionnelles et en favorisant un coup d'œil panoramique sur le droit, ses assises intellectuelles et son histoire, elle ne peut qu'enrichir le lecteur.

4. *L'État providence : réflexions*

L'État providence s'inscrit dans un courant philosophique auquel on n'a pas encore attribué de nom générique, sauf peut-être celui, peu satisfaisant, de « philosophie de la modernité ». Les principaux représentants de ce courant partagent, presque malgré eux, des préoccupations épistémologiques étonnamment semblables¹⁴, dont on trouve fréquemment les traces dans

13. Voir notamment J.G. MERQUIOR, *Foucault ou le nihilisme de la chaire*, Paris, Presses Universitaires de France, 1986, pour une critique pertinente de la conception des épistémés caractéristique de cette analyse, p. 62 à 87.

14. Voir à ce sujet le recueil de textes publié sous la direction de Quentin SKINNER, *The Return of the Grand Theory in the Human Sciences*, Cambridge, Cambridge University Press, 1985.

l'ouvrage de F. Ewald. En outre, l'idée d'une société assurantielle, où l'individu devient une unité statistique dans un calcul social complexe effectué à une échelle autre que la sienne, rejoint le thème célèbre de la mort de l'homme, avec lequel il y a vingt ans M. Foucault terminait, en quelques phrases saisissantes, *Les mots et les choses*¹⁵. Quelle que soit, donc, la valeur de l'œuvre aux yeux des philosophes, elle est caractéristique des méthodes et des visées actuelles de la philosophie, comme a pu l'être à une époque encore récente, et en marge de la phénoménologie contemporaine, l'*Esquisse d'une phénoménologie du droit*¹⁶ d'Alexandre Kojève. Parlant de choses bien connues des juristes, elle fournit l'occasion d'un dialogue entre ces disciplines, et celle aussi de mettre certains dogmes juridiques à l'épreuve d'une pensée originale tout à fait dégagée des contraintes de la pratique.

Bien qu'elles aient surtout pour cadre la société française des XIX^e et XX^e siècles, les transformations historiques décrites par F. Ewald ressemblent beaucoup à celles vécues au Québec pendant la même période. Tout porte à croire que, si l'on dépouillait les archives des institutions de bienfaisance québécoises, on découvrirait encore les mêmes convergences qu'en France¹⁷. Le constat s'impose aussi pour ce qui est du débat sur l'indemnisation des accidentés du travail. C'est donc que derrière la volonté souveraine des législateurs, et malgré l'autonomie des systèmes juridiques, il existe une rationalité commune et moins diffuse qu'on ne le croit. Cette rationalité suggère aujourd'hui une façon de voir les choses qui est à l'inverse de ce qu'enseigne le discours juridique conventionnel.

Plus concrètement, ce qui est de règle selon le discours juridique toujours dominant n'est que matière à exception selon la rationalité qui sous-tend le droit moderne. Si l'on s'arrêtait à dénombrer tous les cas que résolvent, pendant un laps de temps quelconque, les régimes d'indemnisation auxquels nous sommes désormais habitués (accidents de la route et du travail, pour ne mentionner que ceux-là), qu'on y ajoutait toutes les formes de préjudice et d'appauvrissement maintenant prises en charge par l'État (maladie, chômage, vieillesse, etc.) et que l'on tenait compte aussi des effets considérables de l'assurance publique ou privée, obligatoire ou facultative, que resterait-il en comparaison de la responsabilité individuelle à base de

15. M. FOUCAULT, *Les mots et les choses*, Paris, Gallimard, 1966.

16. A. KOJÈVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Paris, Gallimard, 1981 (manuscrit daté de 1943).

17. C'est en tout cas ce qui ressort à première vue de l'intéressant ouvrage consacré à cette question par Huguette Lapointe-Roy, *Charité bien ordonnée — Le premier réseau de la lutte contre la pauvreté à Montréal au 19^e siècle*, Montréal, Les Éditions du Boréal, 1987; voir notamment sur le rôle des pouvoirs publics les pp. 125 à 142.

faute ? Bien que, sur ce plan, la réalité soit moins nette, le même raisonnement vaut pour la responsabilité contractuelle, elle aussi transformée par l'assurance — souvent obligatoire, comme en matière de services professionnels — et de plus en plus fortement réglementée par la loi. L'exception est donc devenue la règle. Est-ce le réel qui a changé ? Probablement pas, bien que l'explication soit connue et commode. Il n'est pas démontré, en tout cas, que les risques de la vie moderne, toujours associés au machinisme et au progrès, sont plus meurtriers que ne l'étaient il y a deux ou trois siècles les risques d'épidémie, de famine, de banditisme et de cataclysme naturel contre lesquels on ne connaissait pas encore la façon de se prémunir. Bien au contraire, la longévité moyenne de l'homme occidental n'a pas cessé de s'accroître depuis le début du XIX^e siècle. En somme, ce n'est pas tant le réel qui a changé que l'idée que nous nous en faisons et les moyens que nous avons de l'appréhender. D'où l'intérêt et l'importance du travail accompli par l'auteur de *L'État providence*.

Les programmes de premier cycle en droit étant déjà surchargés — il y a, en effet, tant de régimes « d'exception » à enseigner... —, on ne peut espérer qu'un ouvrage comme celui-ci soit ajouté à la liste des lectures obligatoires à ce niveau. Cette situation est compréhensible, mais tout de même regrettable, car on trouverait là plus qu'ailleurs toute la matière d'un débat de fond sur la place du droit dans la société actuelle. Souhaitons à tout le moins que *L'État providence* soit lu, cité et commenté dans les facultés de droit : il le mérite.