Communauté de droits
Droit des communautés

Community of Rights
Rights of Community

Sous la direction de
Ysolde Gendreau
Editor

Les Éditions Thémis

CRDP
Université de Montréal

Communautés et traditions

H. Patrick Glenn*

Introduction 31

I. La thèse : la communauté fondée sur l'information 32

II. Les communautés dites épistémiques 35

III. Les communautés étatiques 36

IV. Les communautés raciales 38

V. Les communautés linguistiques 41

Conclusion 41

* Titulaire de la Chaire Peter M. Laing, Faculté de droit et Institut de droit comparé, Université McGill (Canada).

Comment comprendre les communautés humaines? Plus exactement, comment comprendre les communautés, non pas dans leur complexité et dans leurs particularités, mais en tant que communautés? Pourquoi existent-elles comme communautés, résistant ainsi à l'entropie de l'univers? Comment existent-elles comme communautés, grâce à quelles méthodes ou quels principes de cohésion? Y a-t-il des éléments communs qui unissent les communautés, malgré leurs différences importantes? Quel est le rôle du droit dans la définition des communautés humaines?

Voilà des questions, importantes et difficiles, qui viennent à l'esprit en réfléchissant sur le thème du Cycle de conférences du Centre de recherche en droit public cette année : « Communauté de droits, droit des communautés ». Le thème est ambitieux, et d'une grande actualité. Le sociologue britannique Roger Cotterell a écrit récemment que le concept de communauté « rend possible la définition d'une vision pluraliste du droit qui reconnaît la réalité des mouvements de globalisation et de régionalisation influençant le droit contemporain »[1]. Derrière les grands mouvements contemporains il y aurait donc la notion de communauté. Beaucoup dépendrait de la manière dont elle est comprise.

Tout traitement d'un sujet ambitieux risque de se révéler, à la fin, modeste. Je vous propose quand même des propos ambitieux, sachant que leur modestie se révélera sans effort supplémentaire de ma part. Mon propos le plus ambitieux se présente sous la forme d'une thèse générale qui expliquerait le phénomène des communautés humaines et le rôle du droit dans leur maintien. Pour appuyer la thèse, j'essayerai d'en fournir

---

[1] Roger COTTERELL, « A Legal Concept of Community », (1997) 12 *R.C.D.S.* 75.

quatre démonstrations, consistant chacune en l'explication d'un type de communauté.

La thèse générale est à l'effet que l'élément constitutif de chaque communauté humaine est l'information. Il n'y aurait pas de base plus solide et plus matérielle pour nos communautés, et il y a lieu de s'en féliciter. La thèse peut être démontrée en examinant quatre types de communautés – les communautés dites épistémiques, les communautés étatiques, les communautés raciales et les communautés linguistiques. Ce serait l'information donc qui constitue le fondement de chacune de ces communautés et, d'ailleurs, de toute autre communauté que je n'aurai pas le temps de traiter (communautés économiques, religieuses, géographiques, etc.).

I. La thèse : la communauté fondée sur l'information

Qu'est-ce que cela veut dire, que toute communauté est fondée sur l'information? On verra toutes les implications de la thèse en examinant des communautés particulières, mais pour l'instant nous pouvons concentrer notre attention sur deux aspects principaux des communautés, fondées comme elles sont sur l'information.

Dans un premier temps, il faut envisager la communauté selon la perspective de ses membres, les individus qui constituent les éléments de la communauté. Pour qu'un individu soit membre d'une communauté, il doit assumer une identité (collective) qui devient son identité. Qui est juif? Qui est musulman? Qui est québécois? Qui est canadien? Qui est mohawk? Dans tous les cas il s'agit de quelqu'un qui se range et est rangé dans ce type d'identité, une identité qui découle de l'existence de la communauté. Pour être québécois ou canadien, ou autre, il faut que l'individu puisse identifier un contenu de cette identité. Cela doit vouloir dire quelque chose, être mohawk. Personne aujourd'hui n'est wisigoth. Personne ne veut l'être et personne ne peut l'être, car être wisigoth aujourd'hui n'a plus de sens. La manière de vivre de ces gens, et les croyances des wisigoths, sont oubliées, disparues. C'est le cas pour

beaucoup de peuples d'autrefois, bien qu'il y ait des descendants biologiques de ces peuples. Pour qu'un individu sache ce que c'est d'être québécois ou canadien, ou autre, il faut donc qu'il y ait de l'information disponible qui l'informe des conséquences de cette identité. Dans l'absence de cette information, la communauté va périr, car personne ne s'identifie avec rien. L'information, c'est donc le cœur de chaque communauté.

Toujours selon la perspective de l'individu, il faut qu'il consente à son identification comme membre de la communauté, à son appartenance. Il existe bien sûr des communautés qui nient la possibilité de quitter leurs rangs (l'apostasie). Le consentement serait présumé, pour ces communautés, dans tous les cas. Il ne s'agit, cependant, que d'une règle de la communauté (de l'information), qui pourrait changer. Aucune communauté, d'ailleurs, n'a les moyens pour empêcher effectivement la sortie (*exit*). La mort est la sortie ultime. La communauté vivante et saine est donc la communauté fondée sur le consentement réel, éclairé et renouvelé de ses membres. Mais si le consentement des individus est nécessaire à l'existence des communautés, il ne s'agit pas d'une condition adéquate pour leur existence. Une communauté est composée de ses membres, consentants, mais il faut autre chose pour attirer des membres, définir leurs droits et leurs obligations, et distinguer la communauté des autres communautés. Tout cela, c'est la tâche de l'information de la communauté.

Dans un second temps, il faut envisager la communauté dans son ensemble. Il y aura un cœur à la communauté, nous l'avons déjà vu, qui sera la raison d'être de la communauté, l'information clé ou primordiale sans laquelle la communauté n'aurait pas de but ou de cohérence. En plus de cette information primaire, cependant, chaque communauté doit fournir des règles ou des principes sur l'appartenance à la communauté et sur ses modes de fonctionnement. Il y a une grande diversité dans l'information que contiennent ces règles ou ces principes.

Il ne semble pas y avoir de relation directe entre la stabilité de la communauté et la source de ces règles ou principes. Dans les États modernes, les règles d'appartenance et de fonctionnement sont écrites, formellement énoncées. Cela donnerait une certaine stabilité dans les relations entre l'État et ses citoyens. Mais on sait que les États aujourd'hui peuvent être instables. Le caractère écrit des règles fournit une stabilité qui ne serait que relative. Dans les communautés autochtones ou chthoniennes, les règles ne sont pas écrites, mais ces communautés sont peut-être les communautés les plus durables que nous ayons connues. D'autres communautés informelles, cependant, qui existent malgré l'absence de règles constitutives écrites, peuvent être d'une durée très courte.

La stabilité d'une communauté pourrait donc découler non pas de la source de ces règles d'appartenance ou de fonctionnement, mais des critères d'appartenance qui sont utilisés. Ici on s'approche du cœur informationnel de la communauté. L'appartenance, la classe des membres, peut être définie en fonction des objectifs majeurs de la communauté. Les membres seraient ainsi ceux qui adhèrent au cœur informationnel de la communauté, ou qui sont nés à ces adhérents, ou qui sont liés au territoire qui est celui de la communauté. Dans tous les cas, cependant, l'appartenance découle des critères d'appartenance qui sont ceux de la base informationnelle de la communauté. L'identité est accordée en fonction de cette information.

La durée ou la stabilité de la communauté pourrait donc découler d'une combinaison de son cœur informationnel, du caractère de ses sources et des critères d'appartenance utilisés. Dans tous les cas, il s'agit de l'information; les communautés sont donc totalement dépendantes de cette information. Dans la mesure où l'information se transforme, avec le temps, en tradition, chaque communauté particulière deviendrait de plus en plus durable. La différence entre les communautés chthoniennes, dont l'information est non écrite, et les autres communautés informelles, se trouverait donc dans la durée établie de l'information chthonienne. C'est la tradition qui serait à la fois la marque et l'élément constitutif des communautés stables, au-delà de leurs caractéristiques particulières.

Si cette thèse de la relation entre les communautés et l'information est valable, il devrait être possible de démontrer cette validité par rapport aux communautés particulières, ce qui est notre prochaine tâche.

II. Les communautés dites épistémiques

Qu'est-ce qu'une communauté épistémique? Il s'agirait d'une communauté née des technologies de la communication, qui se forme autour de l'expertise et des connaissances de ces membres, qui sont reliés par les moyens instantanés de communication à travers le monde[2]. Les professions traditionnelles peuvent donc se reconstituer en communautés épsistémiques[3] aussi bien que les chercheurs et le professorat[4]. Une telle communauté se distingue par sa capacité de dépasser les frontières étatiques et les autres barrières géographiques.

Les experts des communautés épistémiques *se lient* donc autour du corpus de leur expertise. Il y a peu ou pas de critères explicites d'appartenance et peu ou pas de règles formelles d'appartenance. On est plus ou moins expert et plus ou moins membre de la communauté. Plus l'expertise de la communauté est raffinée, plus il sera difficile d'y

---

2 Peter HAAS, « Epistemic communities and International Policy Coordination », (1992) 46 *Int. Organization* 1; Susan HAACK, *Evidence and Enquiry: Towards Reconstruction in Epistemology*, Oxford, Blackwell, 1993, p. 190-192.

3 John BRAITHWAITE et Peter DRAHOS, *Global Business Regulation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 73 et 501 (« Most epistemic communities start with professions »).

4 Voir Jane M. RUSSELL, « Scientific communication at the beginning of the twenty-first century », (2001) 53 *Int'l. Soc. Sc. J.* 271, 275, 276 (une hausse de collaboration internationale de 200 % entre 1981 et 1995, par rapport à une hausse générale de production de seulement 20 %) et 277 (« collaboratories »).

accéder, mais en principe la communauté est ouverte. Seule la capacité de participer est requise.

Ici la démonstration de la thèse générale est la plus simple. La communauté épistémique *est* une communauté fondée sur l'information. Il n'y aura pas d'autre fondement, explicite ou implicite, pour une telle communauté. L'importance grandissante de ces communautés dans le monde d'aujourd'hui est une indication de la force de l'information dans la constitution des communautés humaines. Tournons-nous donc vers des communautés qui seraient plus problématiques.

III. Les communautés étatiques

Les communautés étatiques sont des communautés formelles. L'État de droit est un État fondé sur une constitution et des règles de droit positif. À un certain niveau, je pense qu'il est tout à fait évident qu'une telle communauté formelle et étatique est fondée sur l'information. L'information, c'est la masse du droit positif de l'État, qui inclut les règles formelles sur l'appartenance à l'État par la citoyenneté. La définition de la citoyenneté varie d'un État à l'autre et l'appartenance à l'État par la citoyenneté dépend entièrement de cette définition. Il n'y a pas de citoyenneté brute ou matérielle. La citoyenneté peut être complétée par les autres facteurs de rattachement que sont le domicile et la résidence, mais ici aussi tout est une question de définition. D'ailleurs, chaque État est capable de *changer* ces règles d'appartenance, de changer le contenu informationnel de la définition de ses membres. Nous assistons actuellement à une croissance dans les autorisations étatiques de la citoyenneté double. Il devient de plus en plus facile d'appartenir à deux États, car les critères informationnels d'appartenance deviennent plus souples.

À un autre niveau, plus théorique, j'aurais tort de parler des communautés étatiques fondées sur l'information. La théorie positiviste contemporaine – représentée par Hart et Kelsen, notamment – nous enseignent que l'État moderne est fondé sur un *fait* d'obéissance sociale

(Hart) ou sur l'*efficacité* de sa norme fondamentale (Kelsen). Il y aurait donc ici, enfin, quelque chose de solide et cette solidité serait la raison pour l'existence et pour la persistance des États.

Qu'est-ce, cependant, qu'un fait, et qu'est-ce qu'un État fondé sur un fait social d'obéissance? Renan a enseigné qu'un État, c'est un plébiscite de tous les jours[5] – dans le langage politique du Québec, un « neverendum » – et au Québec on est en mesure d'apprécier la solidité et la stabilité inhérente des structures étatiques, vues comme des simples faits. Nous savons que les faits peuvent dissoudre.

Nous connaissons les notions de faits et d'États parce qu'il y a de l'information – même une très longue tradition – qui nous enseigne de croire dans ces idées[6]. La communauté musulmane, l'*umma*, ne voit pas l'État comme un simple fait social mais plutôt comme un argument, qui contraste avec la notion qu'une communauté est avant tout religieuse. Mais la tradition occidentale nous dit que le monde est désenchanté, même séculier, et que l'État peut légiférer librement dans la cité terrestre. L'information dans ce sens vient des sources différentes – du christianisme, de la rationalité grecque, des théories politiques de la nature du monde – et constitue une normativité persuasive, pré-étatique, sur laquelle les États sont fondés. On peut en conclure que l'État, où il existe, est fondé sur une tradition juridique transnationale dont chaque État représente une cristallisation particulière.

---

5 Ernest RENAN, « Qu'est-ce qu'une nation » dans *Oeuvres Complètes*, vol. 1, Paris, Calmann-Lévy, 1948, p. 887, à la p. 904.

6 Barbara SHAPIRO, *A Culture of Fact: England, 1550-1720*, Ithaca, Cornell University Press, 2000; René DEKKERS, « Le fait et le droit : problèmes qu'ils posent », dans TRAVAUX DU CENTRE NATIONAL DE RECHERCHES DE LOGIQUE, *Le fait et le droit : Études de logique juridique,* Bruxelles, Émile Bruylant, 1961, p. 15 sur l'action du droit romain *in factum*.

Dans certaines parties du monde les États disparaissent. La « carte blanche » réapparaît dans les Atlas du monde, ou devrait y réapparaître. Le droit international public doit s'accommoder avec l'idée des « États échoués » ou non fonctionnels[7]. Comment expliquer la disparition des États? C'est que l'information étatique, la tradition étatique, a perdu son emprise auprès des populations impliquées, qui reviennent à d'autres idées, pré-étatiques, de la communauté. Au fond, l'État ne serait pas plus solide ou matériel que la communauté épistémique. Les deux dépendent de l'information qui les alimentent et les justifient. L'État semblerait plus solide ou plus matériel ou plus stable parce que la tradition de l'État serait plus longue et plus répandue que la tradition des communautés épistémiques. Au fond, cependant, les États n'ont pas de base ou de matérialité autre que l'information. Ce serait aussi le cas pour les communautés historiquement reconnues comme raciales.

IV. Les communautés raciales

La notion d'une communauté raciale pousse l'idée d'une communauté *matérielle* encore plus loin. Il faut, cependant, situer le débat. Mahomet a enseigné que « chaque enfant est né dans l'état naturel[8] ». L'enfant n'a pas d'identité collective; l'enfant est enfant. La race n'existe pas pour lui. D'où vient donc la notion de race?

---

7 Voir Ruth GORDON, « Saving Failed States: Sometimes a Neocolonialist Notion », (1987) 12 *Am.U.J.Int'l.L. & Pol'y.* 903, avec les références à la p. 904; Nii Lante WALLACE-BRUCE, « Of Collapsed, Dysfunctional and Disoriented States: Challenges to International Law », (2000) 47 *Neth.I.L. Rev.* 3, 54 : « [T]he phenomenon of a state in which the basic institutions have completely ceased to function is of recent origin. International law does not appear to have foreshadowed this and so it has no defined principles to apply to such situations ».

8 Ibn KHALDÛN, *The Muqaddimah*, Princeton, N.J., Princeton University Press, 1967, 94.

La meilleure explication historique de la notion de race situe son développement dans le monde occidental, notamment en Espagne pendant l'Inquisition. Les Inquisiteurs de l'Église catholique ont décidé que l'identité juive persistait, de génération en génération, malgré la conversion des parents juifs au catholicisme[9]. L'identité juive serait donc dans le sang. Nous rencontrons ici, pour la première fois comme doctrine, l'idée d'une identité collective fondée sur la matérialité du corps humain.

Cette idée s'est répandue dans la pensée occidentale, notamment avec la science raciale du XIX^{e} et du XX^{e} siècle. C'est la science, cependant, qui plus récemment a contribué le plus à la destruction de cette idée. Pour la science contemporaine, ce n'est pas la diversité humaine qui fait défaut, car elle existerait malgré tout ce qui nous unit. C'est plutôt la taxonomie du racisme qui ne peut plus se justifier, étant donné les connaissances scientifiques contemporaines. La structure génétique humaine serait en grande partie commune à tous les êtres humains. Les différences entre eux seraient minimales par rapport à ces éléments communs, et ces différences qui existent ne peuvent pas être groupées, de manière taxonomique, selon des modèles-types. Les différences humaines existent sur un continuum, avec des gradations infiniment petites, de sorte que toute classification est nécessairement arbitraire et scientifiquement non justifiable.

Le concept de race serait donc matériellement injustifiable, selon les opinions les plus autorisées aujourd'hui. Mahomet avait raison. La race ne serait qu'une construction sociale, de l'information qui circule, dénouée de fondement scientifique, ce qui laisse complètement ouverte la réponse contemporaine au racisme. Il y a des constructions sociales

---

9 Ivan HANNAFORD, *Race: the History of an Idea in the West*, Washington, Woodrow Wilson Center Press, 1996; et pour l'absence, dans d'autres civilisations, de la notion de race, voir Joseph L. GRAVES, Jr., *The Emperor's New Clothes: Biological Theories of Race at the Millenium*, New Brunswick, Rutgers University Press, 2001.

qui méritent de l'opposition et des mesures affirmatives de correction. Mais la race n'existerait pas au-delà de l'information (erronée) qui affirme son existence. C'est d'ailleurs ce que les traditions religieuses ont longtemps enseigné, en acceptant la possibilité de conversion vers une religion (on peut devenir juif) et la possibilité de quitter une religion (on peut cesser d'être juif). Même dans le cas ou une religion refuse la conversion (le zoroastrisme) et la sortie (l'apostasie du droit islamique), ces règles ne sont pas fondées sur une notion de race mais existent simplement pour la protection de la communauté. Car Mahomet a dit que l'enfant est né sans race. La protection de la communauté ne peut donc pas être fondée sur l'idée de race.

Le Canada est-il donc raciste en adoptant le *jus sanguinis* comme critère de citoyenneté, ou en adoptant l'ascendance comme critère d'appartenance aux communautés autochtones? Certains le disent, en insistant sur l'emploi du sang comme critère d'appartenance. Il faut cependant nuancer. Le Canada insiste-t-il que l'identité collective existe *matériellement* dans le corps humain (la position raciste) ou est-ce que le Canada *attribue* l'identité, par acte législatif, aux enfants nés dans l'état naturel? Dans le droit canadien on peut perdre la citoyenneté canadienne et perdre le statut d'autochtone. Le Canada et le droit islamique peuvent donc être non racistes, tout en utilisant l'ascendance comme critère informationnel d'appartenance.

Il faut donc distinguer l'identité par l'ascendance du racisme. Le racisme peut cependant exister, là où l'identité est acceptée comme découlant des caractéristiques physiques. Nous avons déjà vu, cependant, que la base informationnelle du racisme change. La race était acceptée comme phénomène physique ou matériel dans la science du XIX^{e} siècle. Aujourd'hui elle ne l'est plus. Les catégories physiques raciales disparaissent. L'information sur laquelle elles dépendaient a changé.

Il reste un dernier exemple de communauté informationnelle.

V. Les communautés linguistiques

Bien que toutes les langues du monde ont changé, les communautés linguistiques seraient quand même les communautés les plus anciennes du monde. Ici l'information à laquelle l'individu adhère est la langue, comme mode de représentation. Le critère d'appartenance de la communauté linguistique est encore la langue. Une communauté linguistique est donc une communauté épistémique et nous avons en quelque sorte bouclé la boucle en découvrant que les communautés les plus jeunes et les plus anciennes démontrent la même structure, étant donné leur fondement informationnel. Nous avons aussi vu que cette même structure constitue le fondement des autres communautés que nous avons examinés, les communautés étatiques et les communautés dites raciales.

Conclusion

Y a-t-il une conclusion à tirer de cet argument? Il me semble que oui, car dans la mesure où les communautés sont fondées sur l'information, et que l'information circule dans le monde, il n'y a pas de communautés matérielles ou autonomes, radicalement séparées les unes des autres. La conclusion serait importante pour les relations entre les peuples, et pour les identités individuelles. L'individu aurait toujours la possibilité de devenir autre, et le devient dans une certaine mesure en apprenant des autres. Les loyautés ne sont pas unilatérales et absolues. Seule l'ignorance donne l'impression qu'elles le sont. Les peuples seraient liés par l'information qu'ils partagent. Il n'y aurait pas de civilisations conçues comme entités, nécessairement en conflit quand elles entrent en contact. L'interdépendance des peuples serait la réalité, le conflit nécessairement l'exception. Trouver le fondement des communautés dans l'information ne serait donc pas une conclusion banale.