



HAL
open science

Identifier les racines, élaguer l'arbre : brèves observations sur deux pistes de recherche pour façonner une "théorie relationniste du droit"

Pierre-Marie Raynal

► **To cite this version:**

Pierre-Marie Raynal. Identifier les racines, élaguer l'arbre : brèves observations sur deux pistes de recherche pour façonner une "théorie relationniste du droit". *Revue juridique de la Sorbonne / Sorbonne Law Review*, 2022, 5, p. 45-65. <hal-05579550>

HAL Id: hal-05579550

<https://hal.science/hal-05579550v1>

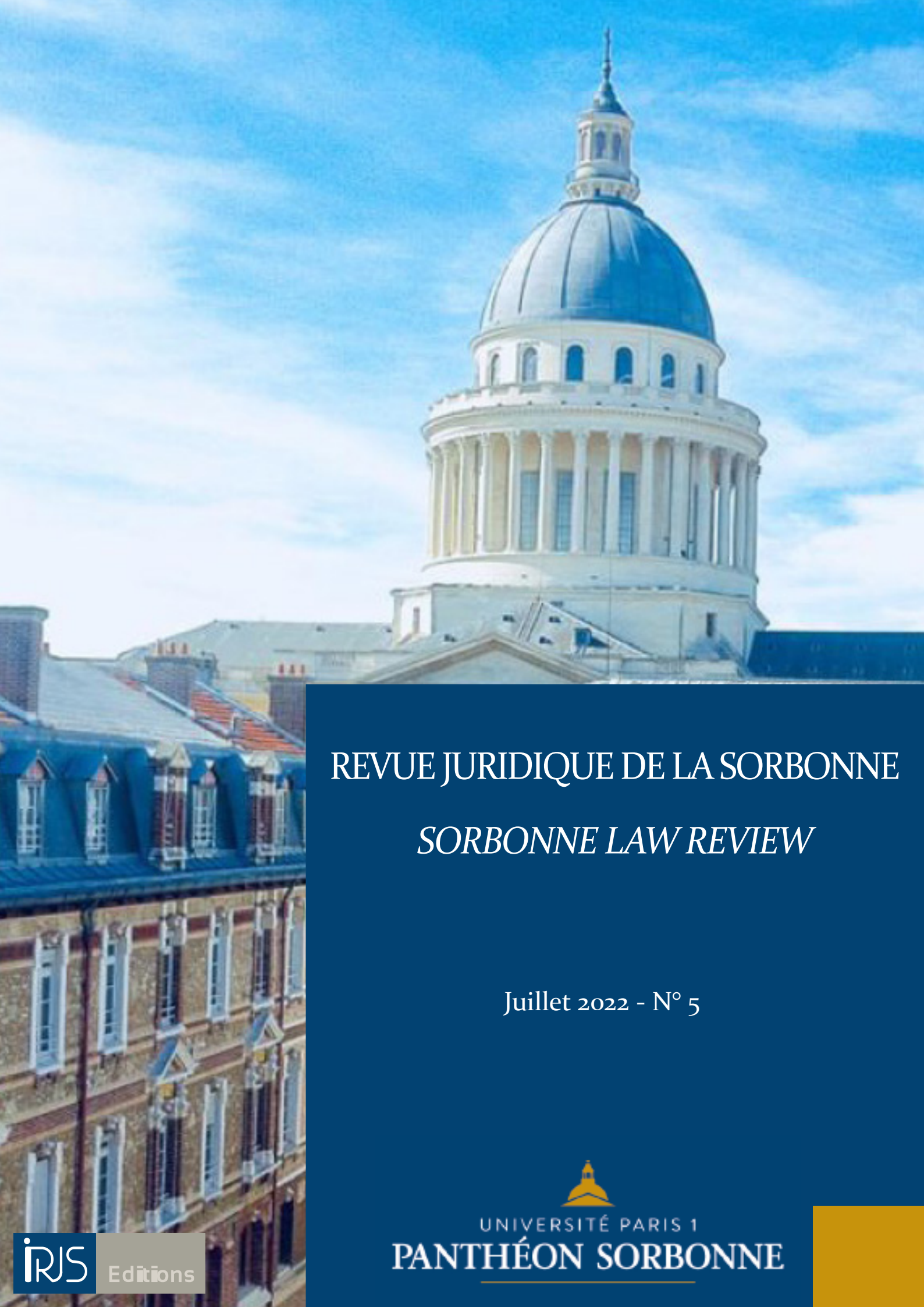
Submitted on 3 Apr 2026

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons CC BY-NC-ND 4.0 - Attribution - Non-commercial use - No Derivative Works - International License



REVUE JURIDIQUE DE LA SORBONNE
SORBONNE LAW REVIEW

Juillet 2022 - N° 5



UNIVERSITÉ PARIS 1
PANTHÉON SORBONNE

Sommaire

ÉDITO.....	4
ARTICLE.....	5
<i>Le bouleversement relatif de l'expertise budgétaire en temps de crise sanitaire</i>	5
Arthur GAUDIN	
DOSSIER THÉMATIQUE, <i>Apréhender le droit à l'aune de la relation</i>	18
<i>Penser l'autonomie des personnes intersexuées avec Jennifer Nedelsky</i>	21
Benjamin MORON-PUECH	
<i>Du contrat à la relation. Pour une approche relationnelle du droit du travail</i>	33
Simon FOUQUET	
<i>Identifier les racines, élaguer l'arbre : brèves observations sur deux pistes de recherche pour façonner une « théorie relationniste du droit »</i>	45
Pierre-Marie RAYNAL	
<i>Le cas, la relation et la confiance : la face cachée du droit moderne</i>	66
Jérémie VAN MEERBEECK	
<i>La relation première</i>	83
Emmanuel JEULAND	
<i>Saisir la base interactionnelle de l'autorité du droit. Préférer Austin à Kelsen</i>	105
Gregory BLIGH	
<i>L'interaction rationnelle en vue de résoudre les questions de la raison pratique : l'apport de la théorie de l'argumentation de Robert Alexy</i>	132
Romain GENIEZ	
<i>L'interaction humaine et le droit</i>	146
Lon L. FULLER	
<i>Repenser les droits comme des relations</i>	183
Jennifer NEDELSKY	
<i>Redessiner la relation juridique</i>	206
George PAVLAKOS	
CHRONIQUE DES GRANDS ARRÊTS	228
<i>Le règlement de copropriété : méditation sur la notion de contrat : Civ. 3^e, 8 avril 2021, n° 20-18.327, comm. Rémy LIBCHABER</i>	229
<i>La garantie d'éviction et ses incohérences : Com. 10 novembre 2021, n° 21-11.975, comm. Maud LAGELEE-HAYMANN</i>	236
<i>Civ. 3^e, 30 juin 2021, n° 20-14.743, comm. Rémy LIBCHABER</i>	247
<i>Analyse d'un contrat très spécial : les fontes posthumes : Civ. 1^{ère}, 6 janvier 2021, n° 19-14.205, comm. Marine RANOUIL</i>	253
RECENSION DES THÈSES 2021 - PRIX DE THÈSE PARIS 1 - IRJS.....	265
1. Romain DUMONT, <i>Les devoirs de l'actionnaire</i> , thèse Paris 1, 2021.....	265
2. Laure THOMASSET, <i>La neuroéthique saisie par le droit. Contribution à l'élaboration d'un droit des neurotechnologies</i> , thèse Paris 1, 2021	266
APPEL À CONTRIBUTIONS N° 6/22.....	268

Apréhender le droit à l'aune de la relation

Séminaire de recherche IRJS

Co-organisé par Emmanuel Jeuland, directeur de l'IRJS

et Gregory Bligh, maître de conférence en droit public – Sciences Po Lyon

I. – Autour de Jennifer Nedelsky

Benjamin MORON-PUECH, « Penser l'autonomie des personnes intersexuées avec Jennifer Nedelsky »

Simon FOUQUET, « Du contrat à la relation. Pour une approche relationnelle du droit du travail »

Pierre-Marie RAYNAL, « Identifier les racines, élaguer l'arbre : brèves observations sur deux pistes de recherches pour façonner une 'théorie relationniste du droit »

II. – Notion féconde, perspectives hétérogènes

Jérémy VAN MEERBEECK, « Le cas, la relation et la confiance : la face cachée du droit moderne »

Emmanuel JEULAND, « La relation première »

Gregory BLIGH, « Saisir la base interactionnelle de l'autorité du droit. Préférer Austin à Kelsen »

Romain GENIEZ, « L'interaction rationnelle en vue de résoudre les questions de la raison pratique : l'apport de la théorie de l'argumentation de Robert Alexy »

III. – Dossier de traductions inédites

Lon L. FULLER, « L'interaction humaine et le droit » (1969)

Jennifer NEDELSKY, « Repenser les droits comme des relations » (1993)

George PAVLAKOS, « Redessiner la relation juridique » (2018)

Identifier les racines, élaguer l'arbre : brèves observations sur deux pistes de recherche pour façonner une « théorie relationniste du droit »

Pierre-Marie RAYNAL

Maître de conférences en droit public à Cergy Paris Université

Selon une formule de nos jours à la mode dans les contrées universitaires, notamment américaines, Emmanuel Jeuland évoque un « tournant relationnel en théorie et en philosophie du droit »¹, et suggère l'existence, au moins « en pointillée », d'une « école » qui s'ignorait jusqu'alors et qui se caractériserait par une « approche relationnelle du droit »². Afin de remplir la bibliothèque de cette école et d'ainsi lui apporter une certaine crédibilité scientifique, une double direction est envisagée. La première est prospective, en ce qu'elle s'intéresse aux ouvrages contemporains qui se réclament expressément d'une telle approche, et la seconde est rétrospective, en ce qu'elle se penche sur des ouvrages plus anciens qui, bien que rédigés avant le tournant suggéré, ne seraient pas étrangers à cette approche et en constitueraient en quelque sorte les prolégomènes. Ainsi pourrait-on notamment trouver dans le rayon des « nouveautés » les travaux de Jennifer Nedelsky, d'Alexander Somek ou encore d'Emmanuel Jeuland lui-même, et dans le rayon des « anciennetés », des auteurs comme Domat, Savigny ou Villey³.

Dès lors que l'objectif général est d'ériger une « théorie relationniste du droit », il s'avère somme toute cohérent, afin d'affermir la chose, de puiser dans des ouvrages tant passés que présents. À bien considérer ce projet de recherche, toutefois, il me semble que la piste rétroactive s'avère bien plus hasardeuse que la piste prospective. Certes, l'une et l'autre sont tout à fait susceptibles d'aboutir à des résultats fructueux, et mon propos n'est certainement pas, fort heureusement, de barrer la première au profit de la seconde. Mais il m'apparaît que l'identification de « racines », pour reprendre l'image de Jérémie Van Meerbeeck⁴, est une piste qui présente des obstacles de taille particulièrement délicats à surmonter, à la

¹ J.-F. BRAUNSTEIN, E. JEULAND (dir.), *Droit et relation : une approche comparative. Autour de Jennifer Nedelsky*, Paris, IRJS, 2018, p. V.

² E. JEULAND, « L'école relationniste du droit – la nouaison ? », *Archives de philosophie du droit*, n° 54, 2011, pp. 373-387. Pour de plus amples développements, v. *id.*, *Théorie relationniste du droit. De la French Theory à une pensée européenne des rapports de droit*, Paris, L.G.D.J., 2016.

³ E. JEULAND, « L'approche relationniste dans les pays de droit civil », in J.-F. BRAUNSTEIN, E. JEULAND (dir.), *Droit et relation : une approche comparative*, *op.cit.*, pp. 27-42.

⁴ J. VAN MEERBEECK, « L'approche relationnelle du droit : avant les ailes, les racines ? », *Revue juridique de la Sorbonne*, Juin 2020, n° 1, pp. 172-188.

différence de la piste s'en tenant pour ainsi dire à l'élagage de l'arbre, à maints égards bien plus balisée.

Plutôt que d'emprunter la piste rétroactive, donc, j'entends ici la soumettre au doute, et plus précisément à un doute méthodologique, sur la base de ce bel aphorisme de Michel Villey : « Nous concevons le droit selon que nous concevons d'abord le monde »⁵. Cela fait, je m'attellerai en revanche à suivre la piste prospective par le biais d'une lecture assez libre de l'une de ses balises incontournables, à savoir *Law's Relations* de Jennifer Nedelsky qui, comme un lointain écho, résume de la manière suivante son intention générale : « À un certain niveau, ce que je défends est un simple changement dans l'intérêt porté aux relations, en les faisant passer de la périphérie au centre de la pensée et de la pratique juridique et politique. Mais à un autre niveau, je pense que ma démarche implique une sorte de changement de comportement dans la manière dont on voit le monde, dans ses habitudes de pensée quotidiennes aussi bien que dans les théories juridiques et politiques »⁶.

I.- Un doute à l'égard de la piste rétrospective : l'écueil de la superficialité

Pour peu que l'on s'accorde à l'aphorisme précité de Villey, il importe méthodologiquement de tenir compte de la culture tant intellectuelle que politique de chaque auteur abordé, ou pour le dire de façon plus simple et peut-être plus fine, de prendre en considération leur propre *tournure d'esprit*, tout à la fois fruit de conditionnement social et de cheminement personnel. Faute de se plier à cette exigence méthodologique redoutable, le risque est grand de tomber dans *l'écueil de la superficialité*, qui consiste à regrouper sous une même enseigne intellectuelle, sous une même école ou un même courant donc, un ensemble donné d'auteurs en faisant fi de leurs préoccupations et plus largement de leurs cadres de pensée respectifs.

A.- Une généalogie illusoire

De ce point de vue, il est permis de douter de la pertinence scientifique de la piste rétrospective, dans la mesure où elle peut tout particulièrement conduire à une lecture partielle et donc réductrice de la plupart des œuvres abordées. S'il est par exemple indéniable que Jean Domat, comme le relève Emmanuel Jeuland, « fait

⁵ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2006, p. 509.

⁶ J. NEDELSKY, *Law's Relations. A Relational Theory of Self, Autonomy, and Law*, New York, Oxford University Press, 2011, p. 3 : « At one level, what I am advocating is just a shift in emphasis that moves relationship from the periphery to the center of legal and political thought and practice. But, at another level, I think this shift amounts to a gestalt-like change in how people see the world, in daily habits of thought as well as political theory and jurisprudence » (trad. E. JEULAND très légèrement remaniée ; sauf précision contraire, comme ici, je traduis).

un usage fondamental des notions de lien et de liaison comme socle de son *Traité des lois* »⁷, il n'en demeure pas moins que la relation primordiale à travers laquelle le juriste français pense le droit, s'inscrit dans une conception théologique du monde. Évoluant au sein d'une société où il apparaissait tout bonnement normal d'attacher une dimension existentielle à l'enjeu du salut des âmes, Domat voit en effet dans « la loi fondamentale de l'amour de Dieu » non seulement la clé de voûte de son entreprise de systématisation du droit positif, mais aussi et surtout la finalité même de ce droit, prêtant notamment aux juges « une mission de dispensateurs de la justice de Dieu »⁸. On conviendra aisément que nous sommes là fort éloignés du cadre *moderne* au sein duquel se déploie « le tournant relationnel » auquel nous convie Emmanuel Jeuland. À travers cette large perspective intellectuelle, aujourd'hui de toute évidence fort dominante dans la culture savante occidentale, le droit apparaît bien plutôt comme une affaire exclusivement humaine, dont la source première et la finalité dernière ne sauraient se trouver ni, à la manière des penseurs gréco-romains, dans la contemplation du « Cosmos », c'est-à-dire de l'ordonnement harmonieux et finalisé des choses, ni, à la manière des penseurs médiévaux auxquels semble appartenir Domat, dans la croyance en ce principe de perfection que l'on appelle « Dieu » dans les traditions monothéistes.

Une manière de voir étrangère à la conception *ancienne* du monde donc, qui ne serait plus en mesure, selon Villey, de « s'ouvrir au spectacle de la nature »⁹, en raison principalement du présupposé en quelque sorte désenchanteur sur lequel elle se fonde. Ce présupposé, dont l'origine remonte à la première moitié du XVII^e siècle et que l'on peut qualifier à la suite de Robert Lenoble de « mécaniste », revient en effet pour l'essentiel à considérer que la nature s'apparente à « une immense horloge sans intentions propres et sans âme »¹⁰. De sorte que tout ce qui nous entoure naturellement, du ruisseau qui s'écoule, aux étoiles qui brillent, en passant par l'oiseau qui chante et les saisons qui passent, n'est plus porté par une cause finale ou une inspiration divine et ne tend donc plus vers quelque chose de bien et de beau, mais se contente, tel le « tic-tac » de l'horloge, de reproduire indéfiniment une même mécanique. Réduite à mouvement purement quantitatif dépourvu en soi de toute signification axiologique, la nature n'est

⁷ E. JEULAND, *Théorie relationiste du droit*, op. cit., p. 393.

⁸ Cette formule évocatrice est de Marie-France Renaud-Zagamé, qui précise auparavant que « [s]i l'œuvre de Domat, par ses résultats concrets, débouche sur la codification, elle s'enracine par ailleurs, et de manière essentielle, dans la puissante tradition augustiniste qui, depuis la renaissance carolingienne, conduit une grande partie des penseurs chrétiens à attendre de l'autorité publique qu'elle contribue, comme la puissance spirituelle, mais avec d'autres moyens, à rétablir, dans une société et un monde « déréglés » par la perversion des hommes, l'ordre qui avait vocation selon la volonté divine à y régner, et qui doit, à la fin des temps, y être rétabli, pour unir à nouveau les hommes à Dieu et entre eux », M.-F. RENAUX-ZAGAMÉ, « Domat Jean », in O. CAYLA, J.-L. HALPERIN (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 135-136.

⁹ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., p. 511.

¹⁰ R. LENOBLE, *Mersenne ou la naissance du mécanisme*, Paris, Vrin, 1971 (1943), p. 606.

plus « éloquente »¹¹, dans la mesure où il devient pour le moins absurde de prétendre trouver en l'observant une réponse sérieuse aux questions délicates de la vie bonne, du souverain bien ou encore de la justice. Les valeurs ne se manifestent et n'ont de sens qu'au sein de la sphère humaine et non au-delà, elles ne sont pas en quelque sorte déjà là, n'existent pas indépendamment des discours formulés à leur endroit. Le présupposé mécaniste, « révolutionnaire » en son temps, a ainsi conduit, résume Alexandre Koyré, à un « divorce total entre le monde des valeurs et le monde des faits »¹². Il en découle un basculement décisif en philosophie du droit, un principe d'autonomie éthique se substituant à un principe d'hétéronomie éthique : le point de départ de la réflexion sur la justice ne réside plus dans une exigence cosmique ou divine, en tout cas supra-humaine, mais dans l'exigence de l'humanité elle-même, que ce soit par le truchement de l'individu ou de la société.

D'où, tranche amèrement Villey, les « ornières » de la philosophie du droit moderne qui, sur la base de « la vision de la *nature* desséchée [...] qu'a répandue la science moderne »¹³, place « l'homme au principe et à la fin de tout »¹⁴, et s'est par conséquent rendue incapable de discerner prudemment, selon la méthode enseignée par Aristote, ce qui est juste « selon la nature »¹⁵. On s'explique ainsi, notons-le au passage, la réplique de Villey à l'encontre de « la fureur des positivistes, qui persistent à ressasser la loi de Hume, interdisant d'inférer le *Sollen* du *Sein*. La faiblesse de leur argument est dans leurs prémisses : ils ont commencé par *vider* la nature et l'être de leur teneur axiologique. Dans l'être et la nature concrets il y a plus que le *fait* scientifique. Il suffit de réintégrer l'ancienne vision réaliste de la *nature*, de rendre à la nature cette richesse dont les modernes l'ont arbitrairement *amputée*, pour qu'apparaisse la vanité des critiques des

¹¹ Ce bon mot est d'Olivier CAYLA, « Langage », in P. RAYNAUD, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 3^e éd., 2003, p. 385.

¹² A. KOYRÉ, *Du monde clos à l'univers infini*, 1962, pp. 11-12 : « Les schémas structurels de l'ancienne et de la nouvelle conception du monde et [...] les changements produits par la révolution du XVII^e siècle [...] me semblent pouvoir être ramenés à [...] la destruction du Cosmos, et la géométrisation de l'espace, c'est-à-dire a) la destruction du monde conçu comme un tout fini et bien ordonné, dans lequel la structure spatiale incarnait une hiérarchie de valeur et de perfection, monde dans lequel "au-dessus" de la Terre lourde et opaque, centre de la région sublunaire du changement et de la corruption, s'"élevaient" les sphères célestes des astres impondérables, incorruptibles et lumineux, et la substitution à celui-ci d'un Univers indéfini, et même infini, ne comportant plus aucune hiérarchie naturelle et uni seulement par l'identité des lois qui le régissent dans toutes ses parties, ainsi que par celle de ses composants ultimes placés, tous, au même niveau ontologique ; et b) le remplacement de la conception aristotélicienne de l'espace [...] par celle de l'espace de la géométrie euclidienne [...] qui, à son tour, impliqua le rejet par la pensée scientifique de toutes considérations basées sur les notions de valeur, de perfection, de sens ou de fin, et finalement la dévalorisation complète de l'Être, le divorce total entre le monde des valeurs et le monde des faits ».

¹³ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., p. 496 ; l'auteur souligne.

¹⁴ M. VILLEY, « L'humanisme et le droit », in *id.*, *Seize essais de philosophie du droit, dont un sur la crise universitaire*, Paris, Dalloz, coll. « Philosophie du droit », 1968, p. 61 ; l'auteur souligne.

¹⁵ Parmi de multiples développements, on se reportera tout particulièrement au chapitre consacré à la philosophie du droit d'Aristote dans M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., p. 78 et s.

positivistes »¹⁶. Dans ces conditions, s'il est vrai que Villey, ainsi que le souligne Emmanuel Jeuland, « définit le *ius* comme un rapport de droit opérant la répartition des biens et des honneurs », on ne peut, sauf précisément à perdre l'esprit de ses travaux, s'en tenir à relever qu'« il a une approche générale jusnaturaliste aristotélicienne et non purement relationniste »¹⁷. Il convient bien plutôt, me semble-t-il, d'admettre que sa démarche n'est tout simplement pas « relationniste » *du tout*.

B.- Un critère d'association à consolider

Cela dit, il est vrai que *tout dépend de la définition que l'on se donne de l'« approche relationnelle »*. C'est là, en effet, le cœur du problème, dans la mesure où cette définition constitue le critère central sur la base duquel se détermine l'intégration ou au contraire l'exclusion de telle ou telle œuvre au sein du « courant relationnel ». On peut par exemple, à la suite de Jérémie Van Meerbeeck, retenir une définition réduite et à ce titre particulièrement englobante. Sur la base d'une compréhension « du terme "relationnel" [...] la plus large et neutre possible comme renvoyant à ce qui concerne la notion de relation »¹⁸, Jérémie Van Meerbeeck esquisse ainsi ce critère en opposition au « paradigme juridique de l'individu », de façon à ce que s'inscrivent d'une manière ou d'une autre dans le « courant relationnel », tous les auteurs qui n'abordent pas la chose juridique au prisme des droits subjectifs. En ce sens, « l'approche relationnelle du droit » trouverait son inspiration première, ses « racines » donc, dans l'art juridique classique, le *dikaion* d'Aristote, qui implique, précise Villey dans un passage que j'ai retenu à dessein, d'adopter « le point de vue [...] du *juge* » et non « celui de l'*avocat*, qui ne sait voir les intérêts que d'une cause particulière, celle de l'individu qu'il défend. [...] Encore une fois, la justice est un arbitrage ; elle vise des *relations*, pas seulement entre individus, mais entre l'individu et le groupe. Son rôle n'est pas de décider en faveur du groupe et contre les individus, pas plus que dans le sens contraire »¹⁹.

Si cet extrait permet de souligner le sens et l'intérêt de la recherche rétrospective entreprise par Jérémie Van Meerbeeck, il ne suffit toutefois pas à lever les réserves que l'on peut nourrir à son égard. Je crains en effet que les liens tissés à partir du critère, *grosso modo*, de l'« anti-individualisme juridique », ne soient pas assez solides pour contourner les obstacles que constituent les divers repères théoriques qui parsèment l'étude de l'histoire de la pensée occidentale, certes discutables mais néanmoins usités car significatifs, à commencer par la distinction entre « Anciens » et « Modernes ». Je maintiens par conséquent qu'il

¹⁶ M. VILLEY, *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit ; Les moyens du droit*, Paris, Editions Dalloz, 2001 (1984-1986), p. 254 ; l'auteur souligne.

¹⁷ Je me réfère ici à un document de travail non publié d'E. JEULAND, « La véraison de l'approche relationniste du droit », 2019, <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02105485v2/document>, p. 4.

¹⁸ J. VAN MEERBEECK, « L'approche relationnelle du droit : avant les ailes, les racines ? », art. cit., note 1, p. 173.

¹⁹ M. VILLEY, *Philosophie du droit, op. cit.*, pp. 129-130 ; l'auteur souligne.

subsiste un fort risque de superficialité dans le fait de réunir au sein d'une même bibliothèque des auteurs forts éloignés quant à leurs manières de voir le monde et donc le droit. Comment peut-on par exemple rendre intellectuellement cohérentes les présences, d'un côté, d'Aristote qui estime que l'exclusion des femmes du partage des droits civiques est naturellement juste²⁰, et, de l'autre, de Jennifer Nedelsky qui souligne pour sa part la proximité de sa démarche avec le féminisme²¹ ?

Dans le même ordre d'idées, quoique de façon moins rhétorique, on peut également pointer la légèreté de la liaison susceptible d'associer Emmanuel Jeuland et Michel Villey. En mobilisant l'idée d'un « tournant relationnel », le premier inscrit sa démarche dans la perspective moderne du *progrès*, dans la mesure où, comme toujours lorsque ce vocable est mobilisé, il s'agit d'adapter la grille d'analyse aux évolutions de l'objet empirique étudié, afin de mieux le comprendre et aussi, quoique cela soit généralement plus implicite, afin de favoriser la réalisation de valeurs estimées. Emmanuel Jeuland observe ainsi que, portés par les « nouvelles technologies », « la complexité et la nouveauté des phénomènes juridiques nécessitent de mettre au point de nouveaux outils de compréhension »²². Et tel serait tout l'intérêt d'œuvrer à l'émergence d'un « paradigme relationnel » : le train du monde est en marche et il importe de le suivre grâce à une innovation savante adaptée. Il est cependant fort probable que cet attrait pour la nouveauté n'aurait guère été au goût de Villey, dont le geste convie à l'inverse à se tourner vers le passé pour mieux penser le droit. Un retour en arrière qui, on le sait, doit nous conduire selon lui à la redécouverte de la philosophie du droit d'Aristote. Une philosophie « merveilleusement adaptée à l'expérience » souligne-t-il²³, à la condition toutefois que l'on s'aperçoive qu'au-delà des néons du progrès technologique, il n'y aurait l'un dans l'autre rien de nouveau sous le soleil. D'un point de vue pratique, d'une part, l'office bien compris du droit consistant à attribuer à chacun le sien à l'aune des indications de la « nature », il demeure opératoire même si le bien en jeu est une tablette numérique et non une tablette de cire. D'un point de vue théorique, d'autre part, seul un regrettable « préjugé chrônolatique »²⁴ peut conduire à évaluer la qualité d'une doctrine philosophique en fonction de son positionnement dans l'histoire, et donc

²⁰ Rappelons en effet que selon le Stagirite, de la même manière que l'esclave, la « nature » de la femme, c'est-à-dire en toute objectivité sa finalité et donc son bien propre, est d'être commandée. V. ARISTOTE, *La politique*, trad. J. TRICOT, Paris, Vrin, 2014 (-4^e s.), Livre I, Chap. 2, p. 25.

²¹ J. NEDELSKY, *Law's Relations*, *op. cit.*, pp. 84-86. On se reportera à ce propos à l'analyse particulièrement informée proposée par Marie GARRAU, « Les approches réciproques de la théorie féministe et de l'approche relationnelle », in J.-F. BRAUNSTEIN, E. JEULAND (dir.), *Droit et relation : une approche comparative*, *op. cit.*, pp. 85-106.

²² E. JEULAND, « L'école relationniste du droit - la nouaison ? », art. cit., pp. 373-374.

²³ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit.*, p. 80.

²⁴ M. VILLEY, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 30.

à valoriser par principe les dernières en date au détriment des précédentes²⁵. En somme, l'œuvre de Villey est traversée par une aspiration conservatrice qui se situe aux antipodes de l'aspiration progressiste présidant à l'idée même du « tournant relationnel ».

Bref, on l'aura compris, des embûches sérieuses se dressent sur la piste rétrospective, sans pour autant toutefois, je tiens à le rappeler, l'invalidier. À vrai dire, je suis même plutôt enclin à considérer que c'est précisément cette complexité qui rend la tâche attrayante, et le doute formulé à l'égard des travaux menés en ce sens se veut résolument constructif, en ce qu'il vise simplement à mesurer toute l'envergure du problème. Si l'on admet à cet égard que « les premiers jalons » établis par Jérémie Van Meerbeek²⁶ dégagent un critère d'association trop inconsistant pour fournir une solution convaincante, peut-être pourrait-on trouver matière à le consolider en suivant la piste prospective, c'est-à-dire en se penchant sur des ouvrages contemporains qui, contrairement aux « anciennetés », s'inscrivent dans une « approche relationnelle » de manière délibérée. D'autant que cette piste est d'une certaine manière bercée par l'air du temps, de sorte que les ouvrages rencontrés ne proviennent pas pour ainsi dire d'un autre monde, rendant ainsi moins redoutable le respect de l'exigence méthodologique de considération à l'égard de la tournure d'esprit de leurs auteurs. Il m'apparaît en tout cas qu'avec *Law's Relations* de Jennifer Nedelsky, on avance en terrain connu.

II.- Un repère de la piste prospective : le constitutionnalisme relationnel de Jennifer Nedelsky

On trouve au détour d'un développement de *Law's Relations* une locution tout à fait anodine, et pourtant particulièrement révélatrice du dessein de son auteure : « *In this vision* »²⁷. Tout semble en effet indiquer que pour Jennifer Nedelsky, la notion de relation est essentiellement un *point de vue*, susceptible d'embrasser tous les domaines de la vie sans pour autant les surplomber, en ce sens que son adoption ne suppose pas nécessairement de se hisser vers les hauteurs escarpées de la théorie

²⁵ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., p. 392 : « Notre actuelle méthode historique est trop esclave des préjugés que, depuis le XVIII^e siècle, l'opinion moderne entretient relativement à l'« évolution de l'humanité » et à son prétendu « progrès ». Aujourd'hui nous faisons de l'histoire époque par époque, comme si tout dépendait du temps. Et nous plaquons si bien cette grille sur notre science du passé que nous arrivons à nous convaincre que tout ait évolué. [...] Il est probablement plus vrai que toutes les grandes thèses philosophiques transcendent la chronologie et qu'elles existent de tout temps, se livrant un perpétuel combat à travers les siècles. [...] En philosophie, je ne crois guère à l'évolution. Aussi peut-on très bien concevoir une histoire de la philosophie qui ne s'occuperait guère des dates : telles étaient en majeure partie les histoires de l'Antiquité, du Moyen Âge et de la Renaissance. Ni Plutarque ni Diogène Laërce, dans sa vie des grands philosophes, ne suivaient l'ordre chronologique ».

²⁶ J. VAN MEERBECK, « L'approche relationnelle du droit : avant les ailes, les racines ? », art. cit., p. 172.

²⁷ J. NEDELSKY, *Law's Relations*, op. cit., p. 246.

savante, sévère et spécialisée. Il se situe déjà et surtout dans les larges vallées de la réflexion ordinaire, plus relâchée, diffuse et spontanée. Ainsi l'objectif de Nedelsky est-il avant tout de « changer les habitudes de pensée de telle sorte que l'on veille tous et tous les jours aux interconnexions qui forment l'expérience humaine, créent des problèmes et constituent des solutions »²⁸.

Il est vrai que si l'on considère le changement auquel aspire Nedelsky en fonction de l'opposition entre ancien et moderne, il ne présente assurément pas l'envergure d'une « révolution scientifique », ni même d'une transformation radicale, et s'apparente davantage à une sorte de *déplacement* au sein du cadre de pensée moderne. Mais le fait est que cette opposition théorique, pour utile qu'elle soit en matière de classification des idées sur le temps long, s'avère non seulement parfaitement étrangère aux préoccupations de Nedelsky, mais aussi trop lourde, trop large, trop perchée enfin, pour cerner convenablement le sens et la portée du déplacement vers l'« habitude relationnelle de penser » auquel le lecteur de *Law's Relations* est convié. Il convient par conséquent de mieux circonscrire l'analyse en se concentrant sur l'un des champs privilégiés par Nedelsky, à savoir le droit constitutionnel tel qu'il est compris par la doctrine du constitutionnalisme libéral. Selon cette doctrine, pour s'en tenir aux grandes lignes, le droit constitutionnel, c'est-à-dire l'ensemble des règles écrites ou non dont l'objet est d'ordonner les conditions pacifiques de la conquête et de l'exercice du pouvoir de l'État, a pour fonction d'instituer ce pouvoir malgré tout nécessaire pour garantir les droits et libertés des individus, et, surtout, de le limiter à cette même fin. De toute évidence, le constitutionnalisme ainsi entendu irrigue assez profondément un certain nombre de régimes contemporains, l'agencement général de leur organisation politique respective étant tendanciellement façonné et légitimé selon le credo « limitation de l'État – protection des droits ». C'est indéniablement le cas outre-Atlantique, et il n'est donc guère surprenant que la juriste américaine Jennifer Nedelsky lui accorde une attention particulière, tant la visée politique qui porte son entreprise de diffusion du point de vue relationnel intéresse de près la matière constitutionnelle²⁹.

A.- Un horizon politique : le perfectionnement de l'État de droit

Au-delà des opinions progressistes dont fait état Nedelsky³⁰, la dimension politique de sa théorie relationnelle réside principalement dans la distinction

²⁸ *Ibid.*, pp. 3-4 : « to shift habits of thought so that people routinely attend to the relations of interconnection that shape human experience, create problems, and constitute solutions » (trad. E. JEULAND très légèrement remaniée).

²⁹ Des huit chapitres composant *Law's Relations*, deux lui sont ainsi spécifiquement consacrés : le second, intitulé « *Law, Boundaries, and the Bounding Self* », et le sixième, intitulé « *Reconceiving Rights and Constitutionalism* ». On peut par ailleurs relever que la conclusion générale de l'ouvrage y revient abondamment.

³⁰ J. NEDELSKY, *Law's Relations*, *op. cit.*, p. 83 : « In sum, then, what are my core substantive normative commitments in this project ? I share the commitment to recognition of the value of care, of the need

qualitative sur laquelle elle repose. Bien que cette distinction primordiale, assez étonnamment, ne fasse pas l'objet de développements spécifiques, il est possible de considérer qu'elle s'établit sur la base de ce qui apparaît sous la plume de Nedelsky comme un double constat. Le premier est relatif à la « nature relationnelle » des êtres humains, et plus particulièrement à l'existence de fait inévitable de « relations de pouvoirs »³¹. Le second porte sur la présence au sein de chaque société de « valeurs fondamentales » (*core values*), c'est-à-dire plus précisément de valeurs dominantes ou encore consensuelles, par conséquent irrémédiablement discutables et discutées³². De là, Nedelsky évalue la qualité des premières à l'aune des secondes et est ainsi amenée à distinguer par principe les bonnes relations des mauvaises. Avec l'objet privilégié par *Law's Relations*, à savoir la société américaine contemporaine, cette évaluation revient schématiquement à distinguer entre, d'un côté, les relations de pouvoirs « constructives », c'est-à-dire celles qui favorisent la réalisation de valeurs fondamentales comme l'autonomie, mais aussi l'égalité ou la sécurité³³, et de l'autre, les « relations de domination » qui à l'inverse défavorisent une telle réalisation³⁴. En ce sens, précise Nedelsky, « mon propre projet n'est pas focalisé sur le maintien des relations existantes, mais sur leur évaluation – en particulier pour savoir si elles soutiennent ou sapent des valeurs fondamentales, telle que l'autonomie. Mon projet aspire à l'évaluation et à la transformation »³⁵.

D'où l'intérêt central que Nedelsky prête au droit, dont l'objet est de « structurer les relations », et qui présente à ce titre une double utilité. D'une part, le droit, entendu ici en tant que droit objectif, *doit* ordonner ces relations de façon

to construct just relations with caregivers, and of the need for more explicit recognition and protection of the value of intimate relations ».

³¹ *Ibid.*, p. 64 : « hierarchies of power are as inevitable as human dependence ».

³² *Ibid.*, pp. 241-242 : « By value I mean any of the big abstractions used to articulate what a given society sees as essential to humanity or to the good life for its members. [...] To refer to the core values of a society suggests that there is some level of consensus – or at least that it is relatively clear which views about values are dominant. Equally important, however, is the idea that the understanding of these values – especially the beliefs about what actions or institutions are most consistent with them – will be contested by some and will shift over time ».

³³ Si l'autonomie est en quelque sorte la valeur phare de *Law's Relations*, dans la mesure où elle en constitue le principal objet d'étude, Nedelsky souligne toutefois fréquemment qu'elle n'est ni unique, ni exclusive. Ainsi, parmi tant d'autres, ce passage : « the relational approach I develop here can be applied to any value, not just autonomy. All core values, such as security, dignity, equality, liberty, freedom of speech, are made possible by (or undermined by) structures of relationships », *ibid.*, p. 41.

³⁴ Ainsi cette illustration didactique : « The relations between students and teachers, for example, will be characterized by the inequality of knowledge inherent in the relation, and in most cases there will be an inequality of power involved in the importance of the teacher's evaluation of the student's knowledge and ability. But teachers can be prevented (or allowed) to augment that power through the use of physical punishment, and they can be constrained (if never completely prevented) from such abuses as susceptibility to bribes or arbitrary favoring of some students over others », *ibid.*, p. 64.

³⁵ *Ibid.*, pp. 87-88 : « In any case, my own project is not focused on maintaining existing relationships, but evaluating them – particularly with respect to whether they support or undermine core values, such as autonomy. My project aims at evaluation and transformation ».

à s'assurer que les conduites qui les constituent tendent à se conformer aux valeurs fondamentales. En vertu de la force obligatoire de son œuvre tant législative que jurisprudentielle, l'État apparaît ainsi comme un instrument précieux pour « restructurer » les relations défailtantes afin de les rendre « constructives »³⁶. D'autre part, le droit, au sens cette fois-ci de droits subjectifs, est une manière particulièrement efficace d'exprimer les valeurs fondamentales, car même si celles-ci ne se réduisent pas à ceux-ci, « [i]l y a toujours un avantage politique à faire reconnaître une valeur comme un droit »³⁷. De sorte qu'une relation « constructive » est aussi, et étant donné le triomphe actuel du « langage des droits » surtout, une relation respectueuse des droits fondamentaux de chacun³⁸. C'est que, selon Nedelsky, « l'approche relationnelle est en réalité la meilleure façon de respecter la valeur unique de tous les individus »³⁹.

À travers cette brève mise en lumière du versant politique de *Law's Relations*, il apparaît que l'approche relationnelle proposée partage le principe central du constitutionnalisme libéral, son noyau dur en quelque sorte, d'après lequel la seule et unique raison d'être de l'État est de garantir les droits fondamentaux. Il est d'ailleurs particulièrement révélateur à cet égard que Nedelsky s'évertue constamment à souligner que l'utilité du pouvoir étatique du point de vue relationnel n'implique pas, tel un blanc-seing délétaire, l'élargissement de son autorité. Ainsi peut-on lire dès l'introduction l'avertissement suivant : « L'utilisation du pouvoir étatique est [...] un véritable enjeu, et il m'importe par conséquent de faire valoir que l'approche relationnelle que je préconise ne requiert pas d'étendre le champ d'action de ce pouvoir »⁴⁰. Certes, il est fort probable que cette précaution récurrente s'explique avant tout par la perspective propre aux mouvements des *Critical Legal Studies* et de ses diverses ramifications, au sein desquels *Law's Relations* s'inscrit à maints égards. Comme le souligne notamment Isabelle Aubert, les *CLS* sont en effet traversées par une profonde ambivalence à l'égard du droit, qui leur paraît tout à la fois comme un vecteur de domination induite et un vecteur d'émancipation espérée⁴¹. Et ce rapport délicat avec la chose

³⁶ V. spécialement *ibid.*, pp. 70-72 et p. 252.

³⁷ *Ibid.*, p. 242 : « *There is always a political advantage to get a value recognized as a right* ».

³⁸ *Ibid.*, p. 73 : « *The most important argument for why I focus on rights is that I think the language of rights has become a worldwide phenomenon. People use "rights" to identify serious harms, to make claims from and against governments, to make claims for international intervention and assistance. The battle over the use of the terme has been decisively won in its favor. I argue, therefore, that the best thing to do is to engage with the meaning of rights, to shift it in a relational direction. The language of rights has huge rhetorical power, and the institutions of rights, such as constitutional bills of rights, are, again, a worldwide phenomenon* ».

³⁹ *Ibid.*, p. 13 : « *the relational approach is actually the best way to respect the unique value of all individuals* ».

⁴⁰ *Ibid.*, p. 7 : « *The use of state power [...] is a real issue, and so I make a point of arguing that the relational approach I advocate need not increase the scope of state power* ».

⁴¹ À propos de l'un des ouvrages références des *CLS*, *A critique of Adjudication* du juriste américain Duncan Kennedy, Isabelle Aubert relève ainsi que « [p]aradoxalement, et cela est caractéristique de l'attitude plus générale des *CLS*, tout en signalant le malaise causé par les discours stratégiques

juridique, tout en tension, se retrouve assurément chez Nedelsky. Mais il est aussi permis de considérer, ceci n'excluant d'ailleurs sans doute pas cela, que sa prudence traduit également une certaine adhésion à la limitation de principe du pouvoir étatique prônée par le constitutionnalisme libéral. Et pour cause, lorsque Nedelsky soutient la pertinence d'un contrôle notamment juridictionnel de la loi en considérant que « même une démocratie optimale pourrait menacer les valeurs fondamentales »⁴², ne s'accorde-t-elle pas à cette mise en garde toute libérale naguère professée par Benjamin Constant selon laquelle « même la volonté de tout un peuple ne peut rendre juste ce qui est injuste »⁴³ ?

Dès lors, à supposer que le déplacement vers « l'habitude relationnelle de penser » en matière constitutionnelle ait bel et bien pour horizon l'État de droit, force est de considérer qu'il demeure pleinement dans le giron du constitutionnalisme libéral. C'est afin d'en réaliser au mieux les aspirations que Nedelsky entend en « réorienter » le point de vue, de façon à abandonner celui, classique, de l'individu, au profit de celui, novateur, de la relation⁴⁴. En d'autres termes, je pense que *Law's Relations* dresse une théorie relationnaliste et non individualiste du constitutionnalisme libéral. Selon cette hypothèse de lecture, cette « autre manière de réfléchir pleinement à la façon dont le pouvoir de l'État devrait être exercé » à laquelle nous invite l'ouvrage⁴⁵, doit ainsi se comprendre comme une *critique constructive* de cette doctrine. De façon remarquablement cohérente, en effet, la « conception alternative du constitutionnalisme » élaborée

les faisant valoir, Kennedy ne renonce pas à défendre les droits comme étant les garants d'une amélioration des conditions d'égalité et de liberté. [...] Un rapport ambivalent aux droits est maintenu, qui semble tenir compte de leur inscription dans un système juridique autant que de leur valeur politique. La manière dont le raisonnement judiciaire traite le discours des droits constitutionnels n'épuise pas le potentiel émancipateur des droits, lesquels, sur le plan politique, permettent aux citoyens d'exprimer de nouvelles revendications normatives », I. AUBERT, « Que doivent à Marx les *Critical Legal Studies* et la *Critical Race Theory* ? », *Droit & Philosophie*, n° 10 – *Marx et le droit*, 2018, p. 231, http://droitphilosophie.com/upload/files/pdf/dp10_ebook.pdf. Pour davantage de précisions sur la genèse intellectuelle des CLS et au-delà, on se reportera avec profit à l'article de G. BLIGH, « Du réalisme juridique à l'intersectionnalité. Une affaire de juristes », *Revue des droits de l'homme*, n° 19, 2021, <http://journals.openedition.org/revdh/11549>.

⁴² J. NEDELSKY, *Law's Relations*, op. cit., p. 245 : « *If ones accepts that there are values we cherish for reasons other than their relevance to the functioning of democracy, and that these values may need protectoin from democratic outcomes, then neither form of the pure democracy critique of rights is persuasive. Even an optimal democracy could threaten core values* ».

⁴³ B. CONSTANT, *Principes de politique, applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France*, in id., *Écrits politiques*, Textes choisis, présentés et annotés par M. GAUCHET, Gallimard, coll. « Folio / Essais », 1997 (1815), p. 318.

⁴⁴ J. NEDELSKY, *Law's Relations*, op. cit., p. 374 : « *Rights have been central to how liberalism expresses and institutionalizes respect for individuals. In this book, I have taken this use of rights and proposed a reorientation. [...] Making real the possibility of every individual, in all her embodied uniqueness, enjoying respect, equality, dignity, autonomy, or security is a central concern of my project as it is of liberalism (at least in its egalitarian forms). The difference – of orientation – is that I don't think this can be achieved without a central focus on the structures of relationships in which individuals develop their capacities* ».

⁴⁵ *Ibid.*, p. 379 : « *The relational approach is [...] one more way of reflecting thought-fully about how state power should be exercised* ».

par Nedelsky part d'une réprobation de l'individualisme qui caractérise la tradition libérale, pour aboutir à la promotion d'un « dialogue de responsabilisation démocratique » (*a dialogue of democratic accountability*), dont l'inspiration délibérative est censée donner un nouveau souffle à l'État de droit.

B.- Une critique radicale : l'humeur pernicieuse de l'individualisme libéral

Afin de saisir toute la profondeur, et toute la finesse aussi, de la critique formulée par Nedelsky à l'encontre du prisme individualiste de la doctrine classique du constitutionnalisme libéral, il convient d'emblée de relever qu'elle ne se réduit pas à l'oubli de la relation. Dans la mesure où cette doctrine s'est attelée à défendre le principe de la limitation du pouvoir politique au profit des droits et libertés des gouvernés, à commencer par le droit de propriété et la liberté d'expression, il va en effet de soi qu'elle considère avec une attention très soutenue la relation entre l'État et l'individu. Le cœur de la critique, par conséquent, n'est pas que la tradition libérale *ne pense pas* cette relation, mais plus exactement qu'elle la *pense mal*, dans la mesure où elle l'envisage essentiellement sous l'angle irrémédiablement épineux du conflit, de la discorde, ou encore, pour reprendre un terme fréquent sous la plume de Nedelsky, de la « menace » (*threat*). Et en se refusant ainsi à des sentiments pourtant naturellement doux tels que la bienveillance et la prévenance, l'individualisme libéral perd de vue le terreau nécessaire à l'émergence d'une relation « constructive »⁴⁶.

On ne saurait sous-estimer la puissance d'une telle critique. En pointant ainsi l'excessive dureté de la tradition libérale, Nedelsky *bouscule* en réalité l'une des justifications majeures du constitutionnalisme qu'est le principe, et l'on pourrait même dire le dogme tant il y est placé sous le signe de l'évidence, de la *faillibilité du gouvernant*. Pourquoi en effet se soucier autant de la soumission du pouvoir politique à des règles, si ce n'est parce que l'on sait bien avec Montesquieu que « c'est une expérience éternelle, que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser ; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites »⁴⁷ ? Et n'est-ce pas précisément en raison de cet effet corrompateur du pouvoir, renchérit Constant, qu'« une Constitution est par elle-même un acte de défiance, puisqu'elle prescrit des limites à l'autorité, et qu'il serait inutile de lui prescrire des limites si vous la supposiez douée d'une infaillible sagesse et d'une éternelle modération »⁴⁸ ? Une telle

⁴⁶ *Ibid.*, p. 56 : « *The American liberal tradition in particular is quite focused on freedom as enabled by limits and boundaries defined by rights: limits on both individual actions, bounded by the rights of others, and limits on the collective action of the state, bounded by constitutional rights. But [...] the capacity for creative interaction will be fostered – and manifested – by a great variety of human values and capacities. I have already mentioned harmony, attentiveness, and receptiveness. These involve an opening out to others, not a closing in within boundaries. In a similar way, the expensive nature of play, humor, and joy also both enables and enacts creative interaction* ».

⁴⁷ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livre IX, Chapitre IV.

⁴⁸ B. CONSTANT, « Discours au Tribunat du 15 nivôse an VIII (5 janvier 1800) », in *id.*, *Écrits et discours politiques*, éd. O. Pozzo di Borgo, tome 1, Paris, J.-J. Pauvert Montreuil, 1964, p. 142.

supposition ne serait pas une illusion simplement naïve, mais aussi et surtout dangereusement liberticide. C'est que les gouvernants, selon l'image saisissante et d'une certaine manière pionnière de John Locke, sont des « lions ».

Ainé de Montesquieu et Constant, Locke est probablement l'un des fondateurs les plus influents de la tradition libérale, mais aussi et plus certainement celui qui a le plus contribué à instiller en son sein cette espèce de soupçon terrible à l'encontre de l'État. Il suffit pour s'en convaincre d'évoquer le ton particulièrement mordant avec lequel *Le second traité du gouvernement* énonce le principe de la faillibilité du gouvernant, et qui s'explique principalement par le contexte tumultueux de la « Glorieuse Révolution » britannique qui l'a vu naître⁴⁹. Certes, déclare en substance Locke, tous les individus n'étant pas capables de se conduire par eux-mêmes de façon raisonnable, l'empire prescriptif et coercitif du pouvoir politique, et tout particulièrement du « législatif », « pouvoir suprême » de tout « État bien constitué »⁵⁰, s'avère nécessaire pour assurer l'ordre au sein de la société. Mais encore faut-il que cet empire ne dépasse pas les « justes bornes » que constituent le respect de la « propriété » de chaque gouverné, c'est-à-dire au sens large où Locke l'entend, « sa vie, sa liberté, ses biens »⁵¹. À moins bien sûr, persiflât-il, que l'on souhaite « une paix maintenue pour l'avantage exclusif des voleurs et des oppresseurs. Quelle admirable paix, n'est-ce pas, que celle qui existerait alors entre les puissants et les faibles : l'agneau y offrirait sans résistance sa gorge à déchirer au loup furieux »⁵². Et pour cause, à travers cette raillerie pour le moins glaçante, Locke entend saisir d'effroi son lecteur en vue de décrédibiliser l'idée même de l'absolutisme qui, en invitant à accorder une confiance finalement aveugle à un monarque soi-disant providentiel ou même à une assemblée aristocratique ou démocratique⁵³, revient à « penser que les hommes sont assez fous pour prendre soin d'échapper aux maux que peuvent leur causer les *putois* et les *renards*, mais qu'ils s'estiment satisfaits, et qu'ils s'imaginent même que c'est une sauvegarde, d'être dévorés par des *lions* »⁵⁴. La cause est donc entendue : il y a toutes les raisons du monde à craindre l'État et l'humeur n'est pas à la sensiblerie,

⁴⁹ Lorsqu'il rédige *Le second traité du gouvernement*, de 1681 à 1683, Locke a adopté une position radicale à l'égard des événements qui précipiteront, conformément à ses souhaits, la « Glorieuse Révolution » de 1688. C'est pourquoi « l'intégralité du projet auquel son livre est consacré [...] est la justification de l'action révolutionnaire ou tout au moins de la menace d'une telle action dans certaines circonstances », J. DUHN, *La pensée politique de John Locke*, trad. J.-F. BAILLON, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1991 (1969), p. 129.

⁵⁰ J. LOCKE, *Le second traité du gouvernement. Essai sur la véritable origine, l'étendue et la fin du gouvernement civil*, trad. J.-F. Spitz, Paris, PUF, coll. « Épiméthée », 1994 (1690), Chapitre 13, § 149, p. 108.

⁵¹ *Ibid.*, Chapitre 7, § 87, p. 62.

⁵² *Ibid.*, Chapitre 19, § 228, p. 164.

⁵³ De la même manière que Montesquieu et Constant après lui, Locke estime que l'effet corrupteur du pouvoir concerne tous les types régimes politiques : « C'est une erreur de penser que ce vice serait propre aux monarchies ; les autres formes de gouvernement y sont également exposées », *ibid.*, Chapitre 18, § 201, p. 146.

⁵⁴ *Ibid.*, Chapitre 7, § 93, p. 68 ; l'auteur souligne.

car tout comme pour la mise en cage des « lions », ce n'est pas avec de la délicatesse que l'on érige des « justes bornes » pour se prémunir des crocs acérés du tyran qui sommeille en tout gouvernant.

La *crainte libérale*, telle est donc le cœur de cible de *Law's Relations* pour ce qui a trait au droit constitutionnel. Privilégiant la contextualisation, Nedelsky ne se réfère pas aux ouvrages précités, et donne plutôt à voir cette crainte à travers une brève genèse du constitutionnalisme américain, sous la forme bien connue depuis Tocqueville de la « tyrannie de la majorité ». L'auteure souligne ainsi qu'à l'origine, celle-ci fut avant tout comprise par la plupart des « Pères fondateurs » de la République américaine au regard de l'enjeu sulfureux de l'inégalité des richesses : dès lors que l'idée républicaine impliquait selon eux de reconnaître au grand nombre des citoyens, par le biais de l'élection de leurs représentants, une certaine influence sur la législation, il importait de protéger les intérêts de la minorité fortunée⁵⁵. En d'autres termes, et Tocqueville ne disait d'ailleurs pas autre chose, la tyrannie de la majorité a initialement été pensée comme le péril que la loi des « pauvres » présentait pour la propriété des « riches »⁵⁶. Aussi les constituants américains ont-ils conçus le droit de propriété et sur sa base les autres droits fondamentaux selon un registre très lockéen, à la manière d'une proie à protéger face à son prédateur⁵⁷. Ils énoncèrent ainsi, dans la continuité des « justes bornes » du philosophe anglais, l'un des principes majeurs du constitutionnalisme américain, et au-delà me semble-t-il, selon lequel l'« érection d'un mur de droits autour de l'individu » est nécessaire pour se prémunir contre les empiètements

⁵⁵ J. NEDELSKY, *Law's Relations*, op. cit., p. 93 : « *Indeed, many thought [...] property would be inherently vulnerable in a republic because the many would always be poor and the few rich; what would prevent the many from using their numerical power in the legislature to take the property from the few? The problem of designing a republican government that could provide security for property was a central one for the Federalists, whose views prevailed at the Constitutional Convention of 1787* ».

⁵⁶ On oublie en effet trop souvent que pour le libéral français, la tyrannie de la majorité correspondait à la tyrannie des « pauvres » : « Est-ce la majorité ou la minorité qui fait la loi ? La majorité sans doute ; et si je prouve que les pauvres composent toujours la majorité, n'aurai-je pas raison d'ajouter que dans les pays où ils sont appelés à voter, les pauvres font seuls la loi ? Or, il est certain que jusqu'ici, chez toutes les nations du monde, le plus grand nombre a toujours été composé de ceux qui n'avaient pas de propriété, ou de ceux dont la propriété était trop restreinte pour qu'ils pussent vivre dans l'aisance sans travailler. Le vote universel donne donc réellement le gouvernement de la société aux pauvres. [...] En Amérique, l'échelle européenne des pouvoirs étant renversée, les riches se trouvent dans une position analogue à celle des pauvres en Europe ; ce sont eux qui souvent se défient de la loi. [...] Aux États-Unis, où le pauvre gouverne, les riches ont toujours à craindre qu'il n'abuse contre eux de son pouvoir », A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, tome 1, in *id.*, *Œuvres*, Paris, Éditions Robert Laffont, coll. « Bouquins », 2004 (1835), p. 208 et p. 234.

⁵⁷ J. NEDELSKY, *Law's Relations*, op. cit., pp. 94-96 : « *The vulnerability of property bred a fear of and, perhaps, contempt for the propertyless, those with less or no property, who were expected to be the vast bulk of the people. With this fear came an urgent sense of the need to contain the people's threatening power. [...] The most thoughtful Framers transformed a widespread fear about threats to property into a sophisticated analysis of the inherent problem of majority oppression. But in so doing they also transformed this general problem into a question of how to contain the power of people* ».

non seulement d'autrui, mais aussi et surtout des empiètements plus oppressants de la majorité au pouvoir⁵⁸. Ce principe se diffusa progressivement avec succès à travers ce que Nedelsky appelle la « métaphore de la frontière » (*the boundary metaphor*), qui surplombe à la fois, en tant que paradigme, la doctrine juridique, et, en tant qu'imaginaire, la culture populaire, et insinue notamment un « récit de menace et de protection » : « Le collectif constitue une menace par des lois invasives et coercitives, et les droits constitutionnels protègent les individus de cette menace »⁵⁹. De sorte que, par exemple, « la protection des droits des minorités [...] s'accompagne généralement d'un ton de mépris et de peur du plus grand nombre »⁶⁰.

Toujours cette même crainte libérale donc, qui bien plus que l'individualisme en lui-même, pose problème à Nedelsky en raison de la mentalité finalement *conflictuelle* qu'elle charrie dans les « habitudes individualistes de penser », fort peu propice à l'établissement de relations « constructives ». C'est là, en quelque sorte, la clé de voûte classique et à ses yeux vermoulue que Nedelsky ambitionne de déloger de l'édifice du constitutionnalisme afin, on l'a dit, de le rénover et non de le détruire. Certes, les « frontières » avec lesquelles cette mentalité raisonne et cloisonne « impliquent une séparation et une opposition qui ne saisissent pas l'interconnexion complexe, fertile et chargée de tension entre soi et autrui, à laquelle un constitutionnalisme transformé doit répondre »⁶¹. Mais celui-ci ne saurait pour autant perdre de vue le risque toujours possible de l'abus du législateur et de la majorité qui le soutient⁶². Il s'agit par conséquent de *reléguer au second plan* une telle crainte, en privilégiant une mentalité plus sereine, voire même traversée par une pointe d'espoir, de façon à ce que « les interactions humaines à régir ne [soient] pas envisagées essentiellement en termes de conflits de droits et d'intérêts, mais selon des modèles de relation à même de développer et de soutenir à la fois une vie collective enrichissante et la possibilité d'une

⁵⁸ *Ibid.*, pp. 96-97 : « *The boundaries central to American constitutionalism are those necessary to protect a bounded or "separative" self: the boundaries around selves form the boundaries to state power. [...] Much of American constitutional protection can be understood as a (misguided) attempt to protect individual autonomy. The primary content of this underlying conception of autonomy is protection from the intrusion of the collective. The autonomy the American system is designed to protect can be achieved by erecting a wall of rights around the individual. Property provided an ideal symbol for this vision of autonomy, for it could both literally and figuratively provide the necessary walls* ».

⁵⁹ *Ibid.*, p. 54 : « *The collective poses a threat through invasive and coercitive laws, and constitutional rights shield individuals from this threat. The media reinforces this story of threat and protection through tales of « others » who lack this legal protection and are forced to wear burkas or are sent to prison for expressing opinions the government sees as hostile* ».

⁶⁰ *Ibid.*, p. 116 : « *the protection of minority rights have [...] usually carries a tone of contempt and fear of the many* ».

⁶¹ *Ibid.*, p. 115 : « *Boundaries [...] imply a separation and opposition that does not capture the complex, fertile, and tension-laden interconnection between self and others that a transformed constitutionalism must respond to* ».

⁶² *Ibid.*, p. 117 : « *My claim is not that boundary could never be a helpful metaphor for the self or for legal practices designed to protect and promote core values. My claim is that in current North American (and probably Western) culture, boundary distorts understanding and reinforces weaknesses in the culture's capacity to recognize and reflect on the importance of relationship* ».

véritable autonomie individuelle »⁶³. Et c'est à partir de ce *renversement d'humeur* somme toute *méthodologique* que se déploie la dimension constructive de la critique formulée dans *Law's Relations*⁶⁴.

C.- Une amélioration démocratique : la diffusion d'un contrôle populaire de la constitutionnalité des lois

Dès lors que le point de vue relationnel ne fait plus primer la crainte libérale, la rénovation du constitutionnalisme passe par un renouvellement de la justification de sa finalité relative à la protection des droits fondamentaux. À cette fin, Nedelsky préconise la reconnaissance au sein des démocraties libérales d'un « dialogue de responsabilisation démocratique » qui, me semble-t-il, s'apparente pour l'essentiel à une forme de *contrôle populaire de la constitutionnalité des lois*.

À la différence du contrôle judiciaire généralement usité, ce contrôle n'est pas réservé au juge et à son expertise juridique puisqu'il est par définition ouvert à n'importe quel citoyen, et sa fonction n'est pas de statuer sur une éventuelle violation des droits fondamentaux, mais d'entretenir une constante discussion publique à propos de leur signification. Bien que Nedelsky n'entende pas substituer ce contrôle populaire au contrôle judiciaire, il s'avère en tout cas suffisamment privilégié dans *Law's Relations* pour prendre sa place en tant que vecteur principal de l'État de droit⁶⁵. Cet écart vis-à-vis de l'orthodoxie constitutionnaliste, traditionnelle aux États-Unis et plus récente en France, s'explique par l'idée selon laquelle la meilleure façon de légitimer le principe même du contrôle de constitutionnalité de la loi est de le *démocratiser*, c'est-à-dire de le rendre disponible et plus exactement compréhensible pour le corps civique ; les citoyens ordinaires, premiers concernés par ce contrôle mettant en jeu leurs lois et leurs droits, devenant ainsi également les premiers responsables de sa bonne tenue⁶⁶. Dans cette perspective, le contrôle de constitutionnalité n'apparaît plus principalement sous les traits d'une tension inextricable entre la volonté majoritaire d'un législateur élu et la décision savante d'un juge minoritairement saisi. À défaut de disparaître, cette tension trouve en effet matière à s'apaiser dans le grand mouvement démocratique de la délibération publique. « Ma conception du constitutionnalisme, précise ainsi Nedelsky, consiste à responsabiliser la

⁶³ *Ibid.*, p. 245 : « *The human interactions to be governed are not seen primarily in terms of clashing of rights and interests, but in terms of the way patterns of relationship can develop and sustain both an enriching collective life and the scope for genuine individual autonomy* ».

⁶⁴ Ce renversement supposerait notamment, ainsi que le suggère très brièvement Nedelsky, de substituer à la « métaphore de la frontière » la métaphore bien plus délicate de la « peau » : « *The human skin is perhaps the most compelling alternative to the wall image of boundaries : it is permeable, slowly and constantly changing while keeping its basic contours, and a source of sensitive connection to the rest of the world* », *ibid.*, p. 107.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 234 : « *My picture of constitutionalism as a dialogue of democratic accountability [...] highlights the limits of the dominant court-centered understanding of rights and constitutionalism* ».

⁶⁶ *Ibid.*, p. 364 : « *the version of constitutionalism that I have laid out invites popular deliberation about the meaning of rights* ».

démocratie vis-à-vis des valeurs fondamentales, au moyen de mécanismes entretenant un dialogue permanent quant à la question de savoir si les décisions collectives prises par les citoyens à travers leurs assemblées démocratiques sont conformes à leurs valeurs les plus profondes »⁶⁷.

Outre le renforcement de sa légitimation, la démocratisation du contrôle de la constitutionnalité de la loi permet également, selon Nedelsky, de renforcer son efficacité. Ce qui revient à considérer que le contrôle populaire est plus à même d'assurer la protection des droits fondamentaux que le contrôle judiciaire. À première vue, l'idée semble, sinon saugrenue, du moins douteuse, étant entendu que le juge se distingue du peuple par sa maîtrise du savoir juridique, et qu'un tel savoir est évidemment nécessaire pour rendre justice en ce domaine. Mais, conformément à la sérénité méthodologique propre à son approche relationnelle, *Nedelsky ne réduit pas la justice constitutionnelle à une affaire purement contentieuse*. Or, pour peu que l'on sorte du prétoire, il apparaît que « les droits ne sont pas seulement des revendications à l'encontre du gouvernement, mais aussi une occasion d'entretenir un dialogue continu sur la signification et la mise en œuvre de ces droits »⁶⁸. Bien que techniquement faible voire médiocre aux yeux exercés du juge, ce dialogue n'en est pas moins susceptible d'exercer une certaine pression sur le législateur. Il conduit en effet dans un même mouvement tous les citoyens qui y participent à trouver un consensus quant aux valeurs qu'ils prêtent à leur société et, en référence à celles-ci, à soumettre à un examen critique l'œuvre du législateur, lui imposant ainsi de s'expliquer et de rendre des comptes. En ce sens, Nedelsky invite à considérer que *c'est à l'agora et non au tribunal que trouve pleinement à s'exercer le contrôle de constitutionnalité de la loi*. Car c'est sur la place principale de la Cité que se noue l'essentiel en matière constitutionnelle, à savoir la délibération du peuple quant aux valeurs fondamentales, celles-là même dont dépend tout à la fois la qualité des relations et le bienfondé des lois qui les structurent et des droits qui les protègent.

C'est d'ailleurs depuis cette même place que Nedelsky formule l'idée selon laquelle les droits fondamentaux sont des « choix collectifs ». Cette idée est décisive car elle intègre le juge dans le giron de la délibération démocratique, et mérite par conséquent que l'on s'y penche un instant afin d'en synthétiser le propos. Nedelsky part du principe que la définition des droits fondamentaux dépend d'une interprétation inévitablement relative car tributaire de valeurs au mieux consensuelles et non unanimement partagées, de sorte que « les débats sur

⁶⁷ *Ibid.*, p. 253 : « My idea of constitutionalism is to make democracy accountable to basic values, to have mechanisms of ongoing dialogue about whether the collective choices people make through their democratic assemblies are consistent with their deepest values. When a society chooses to constitutionalize a value, to treat it as a constitutional right, they are in effect saying both that there is a deeply shared consensus about the importance of that value and that they think that value is at risk. The same people (collectively) who value it are likely to violate it through their ordinary political process ».

⁶⁸ *Ibid.*, p. 239 : « rights are not just claims against a government, but an occasion of ongoing dialogue about the meaning and implementation of these rights ».

la signification et l'application des droits sont inhérents aux droits eux-mêmes »⁶⁹. Aussi le juge lui-même, malgré son expertise juridique, est-il inévitablement conduit à opérer une interprétation politisée des droits à l'aune desquels il remplira son office en tranchant officiellement la question de la constitutionnalité de la loi qui lui est soumise. Or rien n'indique *a priori* que l'interprétation des droits opérée dans le tribunal soit d'une qualité suffisamment excellente pour ne pas être discutée sur l'agora. Bien au contraire à vrai dire, car l'existence même de désaccords en son sein, ainsi les opinions dissidentes ou les revirements de jurisprudence, prouve que l'art juridique n'est pas une science exacte. Dès lors, si le monopole juridique du pouvoir de statuer qui caractérise le contrôle judiciaire n'est pas remis en cause par Nedelsky, il ne saurait en revanche impliquer le monopole politique de l'interprétation des droits. Aussi est-ce avant tout en tant que citoyen que le juge prend part au débat public relatif à ces valeurs fondamentales dont les droits doivent servir la réalisation ; encore qu'il ne soit pas certain, tacle Nedelsky, que sa parole experte et finalement ésotérique soit d'une si grande utilité⁷⁰. Les choses sont en tout cas claires depuis l'agora : « les droits établis par le juge sont autant des choix collectifs que les lois adoptées par le législateur »⁷¹. Autrement dit, malgré tout ce qui les sépare, la politique jurisprudentielle et la politique législative se doivent tout autant d'être nourries et guidées par les valeurs consensuelles qui émergent de la délibération publique. Et dans ces conditions, tout laisse à penser que le champ du contrôle politique du peuple s'étende du législateur au juge.

Le juge de *Law's Relations* n'est donc assurément pas la pièce maîtresse de l'État de droit, et cette espèce de rétrogradation dénote de façon très nette avec la fixation, voire la « sacralisation » dont il fait bien souvent l'objet de nos jours. C'est à travers ce second terme que Jacques Chevallier, dont je cite ici le propos afin de bien mettre en relief la chose, pointe cette dogmatique très répandue, notamment dans les copies de première année des Facultés de droit françaises : « Le juge apparaît comme la clef de voûte et la condition de l'État de droit : la hiérarchie des normes ne devient effective que si elle est juridictionnellement sanctionnée ; et les droits fondamentaux ne sont réellement assurés que si un juge est là pour en assurer la protection. Le culte du droit aboutit en fait à la *sacralisation du juge* : investi du rôle de “gardien des valeurs”, le juge est chargé de les défendre contre la

⁶⁹ *Ibid.*, p. 239 : « *Debates over the meaning and implementation of rights are inherent in rights themselves* ».

⁷⁰ *Ibid.*, p. 246 : « *There is broader question of whether judicial review, like any judge-made decision, fosters informed public deliberation on the issues. Of course, sometimes controversial constitutional issues, like same-sex marriage, attract a lot of public attention. But part of the issue is whether judges are, or should be, seen to be, uniquely qualified to resolve constitutional disputes. To the extent that they are held out to be so, or that formal legal expertise is required to understand the issues, the public capacity for democratic deliberation on core values is undermined* ».

⁷¹ *Ibid.*, p. 240 : « *My first point, then, in seeing the hidden complexity of “rights versus democracy” is that judicially defined rights are as much collective choices as laws passed by the legislature* ».

volonté capricieuse des majorités »⁷². On mesure ainsi l'ampleur de la rénovation du constitutionnalisme menée dans *Law's Relations* vis-à-vis d'une telle manière de voir. Et pour cause, afin de donner « un aperçu d'un modèle applicable de constitutionnalisme conçu comme un dialogue de responsabilisation démocratique »⁷³, Nedelsky sélectionne le projet envisagé par une obscure charte défendue au début des années 1990 dans la Province canadienne de l'Ontario par des associations de lutte contre la pauvreté, car son étude devrait permettre « aux lecteurs de voir comment un système qui n'est pas centré sur les tribunaux peut à la fois protéger les droits et favoriser une délibération démocratique relative à leur signification »⁷⁴. Afin d'assurer la réalisation des droits sociaux qu'elle énonce, cette charte prévoyait ainsi la création de deux institutions distinctes du système judiciaire canadien, le « Conseil des droits sociaux » et le « Tribunal des droits sociaux »⁷⁵. Composées selon une procédure de désignation similaire – un tiers des membres nommé par le Gouvernement fédéral, un tiers par les Gouvernements fédérés, et un tiers par des associations représentant les « minorités » (« *vulnerable and disadvantages groups* ») –, leur fonction commune aurait en effet consisté à entretenir un dialogue constant avec le législateur tant fédéral que provincial à propos des significations de ces droits ou encore des conditions de leur application ; le « Conseil » par le biais d'enquêtes et autres rapports publics, et le « Tribunal » par le biais de « recommandations » invitant le législateur à prendre telle ou telle mesure dans un délai déterminé, celui-ci pouvant toutefois s'y soustraire par un vote à la majorité simple.

Si Nedelsky entend bien faire perdre au juge son piédestal, il apparaît toutefois qu'il n'est pas pour autant question de pousser sa rétrogradation jusqu'à en faire l'égal du législateur en matière de droits fondamentaux, puisqu'il n'y est pas question de supprimer ou même d'affaiblir le contrôle juridictionnel de la loi. Si le juge demeure donc bien le défenseur et le législateur l'attaquant, le « dialogue de responsabilisation démocratique » conduit finalement à reconnaître dans le peuple l'arbitre de la rencontre. Et l'on comprend ainsi pourquoi, en dernière analyse, Nedelsky signale qu'« étant donné que le droit est un moyen central pour réaliser et renforcer les valeurs, il est crucial qu'il devienne plus ouvert à la délibération

⁷² J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, Paris, Montchrestien, 5^e éd., 2010, p. 128 ; l'auteur souligne.

⁷³ J. NEDELSKY, *Law's Relations*, *op. cit.*, p. 270 : « *an outline of a workable model of constitutionalism as a dialogue of democratic accountability* »,

⁷⁴ *Ibid.*, p. 265 : « *I offer a fair bit of detail so that readers can see how a system not centered around the courts can both protect rights and foster democratic deliberation about their meaning* ». Il m'importe de préciser que j'ai stigmatisé le caractère inconnu de *The Alternative Social Charter* uniquement pour appuyer mon propos, et non pour dénigrer d'une quelconque manière le bienfondé de celle-ci. Pour ce qui m'intéresse ici donc, soulignons cet autre passage révélateur : « *Perhaps most importantly, the structure of the ASC avoids treating courts as central means for institutionalizing rights [...] with an enforcement mechanism that is viable, indeed preferable, alternative to a court-based system of rights* », *ibid.*, p. 266.

⁷⁵ *Ibid.*, pp. 265-276.

publique consacrée aux questions de savoir ce que ces valeurs devraient être et comment elles devraient être mises œuvre »⁷⁶.

On s'étonnera, pour terminer sur ce point, de ne trouver aucune référence dans *Law's Relations* à la notion de démocratie délibérative, tant la rénovation du constitutionnalisme libéral effectuée semble pourtant sous son influence. Nedelsky ne peut d'ailleurs que connaître cette notion qui, apparue au début des années 1980 sous l'influence des travaux de Jürgen Habermas, John Rawls ou encore Bernard Manin, s'est assez rapidement « imposée comme le paradigme dominant de la théorie politique anglo-saxonne et du même coup de la théorie politique à l'échelle internationale »⁷⁷. Un « tournant délibératif » donc⁷⁸, dont le moteur réside dans le principe selon lequel « la légitimité d'une décision repose non sur la volonté de tous, [...] mais sur la délibération de tous »⁷⁹. En d'autres termes, l'idéal politique moderne de l'unanimité devrait être déplacé du domaine de la décision vers celui de la discussion.

De sorte que la démocratie délibérative, en tant que modèle de régime politique, se caractérise schématiquement par la fonction délibérative qu'elle accorde au peuple, et se distingue par ce biais de la démocratie représentative, qui le restreint à une simple fonction électorale, et de la démocratie directe, qui lui ouvre la fonction gouvernementale ou décisionnelle. Et si la réalisation institutionnelle de cette fonction délibérative vise à établir des consensus politiques raisonnables au sein du corps civique, il est de toute évidence nécessaire d'élargir le débat législatif au-delà des enceintes parlementaires. Certes, la décision finale reviendra aux représentants élus, mais ce sera après une discussion avec les représentés que l'on postule bénéfique pour la qualité de la loi elle-même. Et l'on peut encore avancer d'un cran en faisant sortir le débat judiciaire des tribunaux et de leur langage ésotérique, car si la décision finale demeure aux mains des juges compétents, une discussion menée avec les justiciables devrait selon le même postulat servir la cause des droits. Or n'est-ce pas précisément là tout le propos du « dialogue de responsabilisation démocratique » conçu par Nedelsky ?

⁷⁶ *Ibid.*, p. 364 : « Because law is a central means of giving effect to and enforcing values, it is crucial that law become more open to public deliberation about what those values should be and how they should be implemented ».

⁷⁷ Y. SYNTOMER, J. TALPIN, « La démocratie délibérative face au défi du pouvoir », *Raisons politiques*, n° 42, mai 2011, p. 5.

⁷⁸ Ainsi le titre d'un tout récent ouvrage dirigé par B. MANIN, L. BLONDIAUX (dir.), *Le tournant délibératif de la démocratie*, Paris, Presses de Science Po, 2021.

⁷⁹ M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « Assemblée citoyenne et référendum : quelques exemples étrangers à méditer », *Pouvoirs*, 2020, n° 175, p. 80.

Il est toujours délicat de clore l'étude d'un livre aussi riche et fécond que *Law's Relations*, tant il donne matière à poursuivre. J'avais ainsi prévu initialement de soumettre le constitutionnalisme relationnel de Nedelsky à un examen critique, en pointant notamment certaines limites théoriques et pratiques de l'idéal délibératif dans lequel il s'inscrit. Je souhaitais également mettre en relief la composante républicaine de ce constitutionnalisme, assurément moins massive que sa composante libérale. Mais sa présence en pointillé est tout de même suffisante pour mettre en lumière une tension palpable du rapport de *Law's Relations* avec l'État qui, s'il apparaît comme un *mal nécessaire* du point de vue libéral, est à l'inverse un *bien précieux* du point de vue républicain. Cet angle d'approche m'aurait ainsi permis de prendre en considération un autre aspect du constitutionnalisme américain, et donc de la culture constitutionnelle de Jennifer Nedelsky, à savoir sa teneur républicaine précisément, dont la profondeur, si l'on en croit John Pocock notamment, n'est pas à négliger⁸⁰.

Mais tout ceci nous mènerait trop loin et, de toute façon, ne changerait rien à l'évidence : *Law's Relations* est assurément un ouvrage de référence pour la confection d'une « théorie relationniste du droit ». Est-ce à dire, pour autant, qu'il doit nourrir significativement le critère d'association de cette « école », de façon à ce que, par exemple, aucun ouvrage ne partageant les vues du constitutionnalisme libéral ou de la démocratie délibérative ne puisse être ajouté dans les rayons de sa bibliothèque ? Il n'est pas question ici de répondre à cette question difficile et pourtant incontournable de la détermination du critère d'association, mais plutôt de saisir l'alternative qu'elle soulève. La première option consiste à préciser le contenu de ce critère, et en ce cas on gagne en cohérence ce que l'on perd en envergure : la bibliothèque est moins fournie mais davantage homogène. À l'inverse, la seconde option consiste à l'estomper, et en ce cas on gagne en envergure ce que l'on perd en cohérence : la bibliothèque est plus fournie mais davantage hétérogène. Plutôt qu'une alternative, sans doute est-ce là l'un des principaux dilemmes du projet lancé par Emmanuel Jeuland.

⁸⁰ Dans la préface du maître-ouvrage de Pocock, Jean-Fabien Spitz en résume de la manière suivante le propos général : « *Le moment machiavélien* n'avait nullement pour ambition de remplacer Locke par Machiavel dans le rôle de saint patron des États-Unis ; il s'agissait plutôt de montrer que l'Amérique n'avait pas de saint patron, et que la persistance du vocabulaire républicain dans la période de la fondation avait pour effet d'entourer la naissance de l'ordre marchand d'un halo de doutes et d'incertitudes qui rend la validité éthique de cet ordre aussi problématique que la place que la personnalité humaine pouvait y trouver. Le libéralisme n'était donc pas inévitable ; or c'est le mythe de son inévitabilité qui le rend indépassable aux yeux de ceux qui remarquent ses insuffisances, mais qui se contentent de se lamenter sur leur propre impuissance à sortir du piège où ils se sont enfermés », J.-F. SPITZ, « Préface », in J. G. A. POCOCC, *Le moment machiavélien*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », trad. L. BOROT, 1997 (1975), p. XLII.