
Gerald LeDain : Sur la société libre et démocratique

Audrée Lajoie* et Louise Rollaud**

Dans cet article, les auteures entreprennent l'étude de la notion de « société libre et démocratique » présente dans les écrits de M. le juge LeDain, tant antérieurs que postérieurs à la *Charte*. Elles ont voulu vérifier sur ce corpus les hypothèses de l'école rhétorique, selon lesquelles les interprétations données par les juges de ce concept flou inscrit à l'article 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne seraient pas étrangères à leurs convictions et varieraient, notamment, selon leur conception respective antérieure de « société libre et démocratique », de même qu'en fonction du contexte factuel et juridique et surtout des attentes des auditoires. Après avoir défini le corpus utilisé et décrit la méthodologie de ce type d'analyse peu usuel en droit, qui emprunte une démarche linguistique, les auteures étudient d'abord les images pré-*Charte*, tant explicites qu'implicites de chacun des termes « société », « liberté » et « démocratique ». Puis le corpus post-*Charte* du juge LeDain, plus restreint, est analysé. La comparaison révèle une très grande cohérence pré/post-*Charte*, avec cependant des variations — notamment entre la jurisprudence et la doctrine — dans le contenu de l'expression et dans les formes argumentatives et langagières par lesquelles il s'exprime. Ces variations confirment les hypothèses relatives aux auditoires et permettent de conclure, par ailleurs, que ce n'est pas tant l'avènement de la *Charte* qui entraîne des modifications dans la notion de société libre et démocratique du juge LeDain que le domaine du droit sur lequel il se penche.

In this article, the authors undertake a study of the concept of a "free and democratic society" as found in the pre- and post-*Charter* writings of Mr. Justice Gerald LeDain. Working with this corpus, they set out to test the hypotheses of the rhetorical school of analysis, according to which judges' interpretations of section 1 of the *Constitution Act, 1982* should be closely linked to their personal convictions and vary according to their previously held conception of what a "free and democratic society" is. The rhetorical school also stresses the importance of the factual and legal context a judge is faced with, and, particularly, the expectations of the audience for whom he is writing. After defining the corpus used and describing the nature of their linguistic methodology, unusual in legal scholarship, the authors examine the pre-*Charter* images, both explicit and implicit, of the terms "society," "liberty" and "democracy." They then turn to LeDain's smaller post-*Charter* corpus. The comparison reveals a strong similarity between the pre- and post-*Charter* conceptions, with some variation in content as well as in the types of arguments and linguistic devices used, for instance between LeDain's judicial and scholarly writing. These variations confirm the hypotheses concerning the importance of the judge's audience and enable the authors to conclude that variations in Mr. Justice LeDain's conception of a free and democratic society are explained not so much by the advent of the *Charter* as by the area of law he happens to be dealing with.

* Professeure au Centre de recherche en droit public de la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

** Candidate au doctorat, chargée de cours à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

La recherche dont cet article rend partiellement compte a été menée grâce à des subventions du Conseil canadien de recherche en sciences humaines et sociales, de la Fondation du Barreau du Québec et de la Fondation Marcel Faribault, que les auteures et l'équipe entière remercient pour leur soutien. Armelle Chitrit, la linguiste de l'équipe, qui a fait un immense travail de dépouillement et d'analyse, a notamment participé aux travaux concernant le corpus du juge LeDain qui ont servi de base à cet article. La nature de sa contribution est spécifiée à la note 14, *infra*. En ce qui concerne l'analyse du *Rapport sur l'usage non médical des drogues*, elle a collaboré avec Charles Côté. Par ailleurs, l'analyse des mentions expresses de la doctrine est due à Maude Payette et celle des décisions post-*Charte*, à Henry Quillinan.

© Revue de droit de McGill

McGill Law Journal 1993

Mode de référence: (1993) 38 R.D. McGill 899

To be cited as: (1993) 38 McGill L.J. 899

Sommaire

Introduction

I. Les images pré-Charte

A. *Société*

1. La société comme ensemble relationnel
2. La société comme tout personnifié
 - a. *Un ensemble structuré*
 - b. *Qui évolue dans le temps*
 - c. *Qui adhère à des valeurs*
 - d. *Qui affiche des attitudes et des comportements*
 - e. *Qui court des risques et peut subir des préjudices*
 - f. *Pour lesquels elle dispose de solutions*
3. La société comme tout réifié
4. La société comme lieu

B. *Liberté*

1. Les libertés juridiques fondamentales
2. La liberté individuelle
 - a. *Une condition de l'ordre social*
 - b. *Un objet d'apprentissage*
 - c. *Un objet de privation et de réapprentissage*

C. *Démocratie*

1. La démocratie comme concept et processus constitutionnel
2. La souveraineté parlementaire et le contrôle judiciaire comme fondements de la démocratie

II. Les interprétations post-Charte

III. Le sens des variations

A. *Une très grande cohérence pré/post-Charte*

B. *Des variations pré-Charte liés aux auditoires et aux contextes*

Conclusion

Annexe

* * *

Introduction

Le juge LeDain siégeait à la Cour suprême au milieu des années quatre-vingts, comme membre des premiers bancs de ce tribunal appelés à décider de pourvois où l'article 1 de la *Charte*¹ était invoqué. À ce titre, il allait participer

¹*Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant

aux premières tentatives de définition du concept de « société libre et démocratique », critère ultime de la validité des atteintes législatives aux droits constitutionnalisés. L'importance primordiale de cette notion dans notre droit et le caractère particulièrement flou de son libellé nous ont amenées à nous intéresser au sens que chacun des juges siégeant alors à la Cour², et conséquemment investis par la Constitution du pouvoir de formuler les premiers cette notion, apportait à sa définition dans ses bagages intellectuels antérieurs. Il s'est agi de cerner les images de « société libre et démocratique » présentes dans leurs écrits juridiques antérieurs à la *Charte* pour les comparer à leurs interprétations ultérieures de cette même expression, une fois constitutionnalisée.

Nous avons posé à cet égard des hypothèses dérivées de l'analyse rhétorique et relatives aux facteurs susceptibles d'expliquer les variations repérables entre ces images pré-*Charte* et ces interprétations post-*Charte*, ce dont nous rendrons compte dans un texte synthèse prévu pour 1993. Mais nous avons voulu livrer ici, dans la revue de droit de son *alma mater*, une monographie du juge LeDain, dont les écrits ont été soumis à un type d'analyse plus poussée, peu usuelle en droit, et choisie pour ce type de comparaison, lui-même peu fréquent dans notre discipline.

Certes, les méthodes de détermination du sens donné par les juges aux expressions dont le législateur ou le constituant leur délègue l'interprétation ne font pas défaut³, et nous étaient disponibles pour cerner la signification attribuée par chacun des juges de la Cour après 1982 à l'expression « société libre et démocratique », telle que constitutionnalisée à l'article 1 de la *Charte*. Mais il n'en allait pas de même pour les mots « société », « liberté » et « démocratie » tels qu'utilisés dans les décisions ou les autres écrits juridiques antérieurs à la *Charte*, car les juges n'étaient pas alors chargés de les interpréter (sauf peut-être « liberté », notamment dans le contexte de la *Déclaration canadienne des droits*⁴), et les invoquaient pour ainsi dire « gratuitement » dans leur prose. Ce faisant, ils n'en livraient pourtant pas moins des images — susceptibles d'infuser leurs interprétations ultérieures des mêmes termes — chaque fois qu'ils invoquaient ces concepts. Les méthodes d'interprétation du droit, avec leur bagage de présomptions et de règles formelles, n'étant pas appropriées à ce type de démarche, nous avons choisi une approche linguistique pour déterminer d'abord le sens des mentions expresses de « société », « liberté » et « démocratie », sous forme de nom ou d'adjectif, dans le corpus antérieur à la *Charte* de tous les juges de la « Cour Dickson ».

Cependant, nous ne pouvions pas nous limiter au sens des mentions expresses pour éclairer vraiment les images que les juges entretenaient de ces concepts, car le non-dit importe autant, sinon davantage, que les références explicites — en droit comme ailleurs et, dans une perspective rhétorique, sans

l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [ci-après *Charte*].

²Dickson, Lamer, Wilson, LaForest, Beetz, McIntyre, Estey, LeDain et L'Heureux-Dubé (le juge Chouinard étant décédé trop tôt pour laisser un corpus d'interprétations post-*Charte* suffisant pour l'analyse).

³P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, 2^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1990.

⁴L.C. 1960, c. 44, reproduite dans L.R.C. 1985, app. III [ci-après *Déclaration canadienne*].

doute plus qu'ailleurs. Il fallait donc chercher à induire, à partir des textes silencieux sur société, liberté, démocratie, le sens sous-jacent de ces termes qui ne pouvait pas manquer de s'y trouver entre les lignes, comme référence et même comme fondement implicite de la plupart des textes juridiques, même non contentieux.

Pour y arriver, nous avons poussé plus loin une démarche d'analyse linguistique du droit amorcée antérieurement avec le concours de Régine Robin⁵, et proposé à la fois un cadre théorique et des méthodes spécialement conçues pour l'analyse de l'implicite juridique⁶. Cette démarche posait des contraintes particulières, non seulement à cause du temps requis par les analyses sur lesquelles elle se base, mais à cause de ses liens étroits avec la facturé même du texte dans lequel on recherche l'implicite. Il fallait donc, faute de temps, renoncer à soumettre la prose de tous les juges à ce deuxième type d'analyse et choisir au surplus notre échantillon parmi ceux dont tous les textes n'étaient dus qu'à leur plume. Nous avons pu établir avec certitude que tel était le cas pour le juge LeDain⁷, et c'est cette étude plus approfondie de sa pensée, basée à la fois sur ses mentions expresses de société, liberté et démocratie, et sur le sens implicite que ses textes attribuent à ces mots, dont nous livrons ici le fruit, après un bref exposé des méthodes utilisées.

S'agissant d'abord de l'étude du sens que les juges donnent eux-mêmes explicitement au concept de « société libre et démocratique », elle repose sur un décodage préalable des mentions de cette expression repérées dans leur corpus. Par une analyse des énoncés, adaptée par Régine Robin de la méthode de Harris⁸ pour les fins d'une recherche antérieure⁹, on vise à dégager, le long du texte, les positions syntaxiques des termes dont on cherche à cerner le contenu. Par une série de transformations, l'expression dont le sens est recherché — ici « société libre et démocratique » — se trouvera en position de sujet dans la phrase, ce qui permettra de dégager tous les éléments constitutifs du prédicat ainsi recueillis pour chacune des notions, dès lors susceptibles d'éclairer dans une certaine mesure le contenu et l'orientation donnée à l'expression à l'étude. Ainsi, à titre d'exemple, les phrases :

At the same time it is a necessary aspect of this adulthood that we accept certain principles or rules of the game which are essential to the effective operation of our *democratic* political arrangements in a world of increasing interdependence. The first is that while we may establish our *democratic* institutions by an act of contract, we must entrust their operation to the *democratic* principle of majority deci-

⁵Voir A. Lajoie *et al.*, *Pour une approche critique du droit de la santé*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1987 à la p. 50.

⁶Pour un exposé plus détaillé du cadre théorique et de ces méthodes dans leur version de départ, voir A. Lajoie, R. Robin et A. Chitrit, « L'apport de la rhétorique et de la linguistique à l'interprétation des concepts flous » dans D. Bourcier et P. Mackay, dir., *Lire le droit : Langue, texte, cognition*, Paris, L.G.D.J., 1992, 155.

⁷Et aussi pour le juge Beetz ; pour une étude analogue de son corpus, voir notre contribution aux *Mélanges Jean Beetz*, dont la parution est prévue aux Éditions Thémis en 1994.

⁸Z.S. Harris, *Discourse Analysis Reprints*, LaHaye, Mouton, 1963. On notera qu'il s'agit ici d'une adaptation de la technique de Harris dans un contexte où ses postulats syntaxiques ne sont pas assumés.

⁹*Supra* note 5.

sion, subject, of course, to such limitations upon the expression of majority rule as are necessary for the protection of the fundamental rights and interests of minorities, as well as individuals [Canadian Constitution¹⁰ aux pp. 407-408 ; nos italiques]¹¹.

seront reformulées : « notre démocratie est (ou repose sur) un aménagement politique » ; « la démocratie a des institutions : les nôtres sont établies sur une base contractuelle » ; « la démocratie a un principe : la décision majoritaire ».

Nous obtenons, par ces transformations, un premier prédicat de démocratie : *notre démocratie repose sur un aménagement politique (institutionnel) établi sur une base contractuelle qui répond à la règle de la majorité*. Replacé dans son environnement, ce prédicat se renforce et se nuance. Renforcé par la structure syntaxique des propositions (l'une performative « while we may establish » qui entraîne, dans un rapport de finalité, deux propositions prescriptives « it is necessary that we accept » et « we must entrust » qui ont toutes deux pour objet des principes et pour finalité le bon fonctionnement de la démocratie), il est nuancé par l'introduction de présupposés idéologiques (la maturité et l'interdépendance) permettant d'atténuer l'effet de la règle majoritaire au nom de la protection des droits fondamentaux des minorités et des individus. Se joute donc un second prédicat : *notre démocratie protège les droits fondamentaux des minorités et des individus* visant, dans le contexte d'un article consacré au centenaire de la Constitution canadienne, à éclairer la thèse défendue par le juge LeDain : le bilinguisme est essentiel à la sauvegarde de l'unité canadienne.

Cette première opération, orientée vers le contenu de l'expression sous étude, permet ensuite de cerner la fonction du matériel ainsi décodé à travers une analyse argumentative inspirée surtout de Perelman¹² — notamment quant aux hypothèses relatives aux auditoires — mais aussi dans un contexte d'ana-

¹⁰Pour éviter une multiplicité de notes répétitives, nous adoptons dans la suite de ce texte un mode de citation différent de celui qui prévaut en général dans les publications juridiques. Chaque image ou interprétation citée est suivie de la mention abrégée du texte ou des textes d'où elle est tirée. Ces mentions, toujours inscrites entre parenthèses, apparaissent en caractères ordinaires dans le cas des mentions expresses, et en caractères helvetica dans le cas d'images implicites induites. Ces citations abrégées réfèrent à la liste ci-annexée (voir ci-dessous aux pp. 934-38) du corpus du juge LeDain, où ces abrégés apparaissent en caractères gras dans les citations complètes de chacun des textes doctrinaux ou judiciaires constitutifs de ce corpus. Ainsi : (Quest for Justice) réfère à une mention expresse dans l'article intitulé « The Quest for Justice : the Role of the Profession » alors que : (Quest for Justice) désignerait l'image à laquelle elle est accolée comme induite de l'implicite du même article. La méthode synthétique que nous avons appliquée au *Rapport sur l'usage non médical des drogues* (voir ci-dessous à la p. 906) a pour effet de supprimer ces distinctions : toutes les références qui y sont faites apparaissent donc en caractères ordinaires. Les chiffres romains mentionnés dans les renvois au *Rapport* réfèrent aux sections du *Rapport*.

¹¹Contrairement aux décisions et au *Rapport final de la Commission d'enquête sur l'usage non médical des drogues*, Ottawa, Information Canada, 1973 [ci-après *Rapport sur l'usage non médical des drogues* ou *Rapport*], les articles publiés en anglais par le professeur — ou, plus tard, le juge — LeDain n'ont pas fait l'objet de traductions reconnues. Nous n'y avons pas substitué les nôtres et nous citons l'original.

¹²C. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'Argumentation*, 2^e éd., Bruxelles, Éditions de l'Institut de Sociologie, 1970 ; *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1976 et, en collaboration avec Paul Foriers, *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1978. Au Canada, voir M. Gold, « La rhétorique des droits constitutionnels » (1988) 22 R.J.T. 1.

lyse du discours redevable des travaux d'Anscombe et Ducrot¹³. À l'étape finale, il devient ainsi possible de mettre aussi bien le sens que la fonction de l'expression analysée en rapport avec les contextes normatif et factuel d'une part et les auditoires de l'autre. Cette seconde phase de l'analyse s'applique non seulement aux mentions expresses de « société libre et démocratique » traitées selon la technique harrissienne, mais également aux concepts de « société libre et démocratique » induits des textes où il n'en est pas fait mention. L'induction de ces concepts remplace alors, dans la première opération, l'application de la technique harrissienne.

Pour réaliser cette induction, nous avons, dans un premier temps, procédé en repérant d'abord les formes du discours¹⁴, aussi bien argumentatives (syllogismes, syllogismes tronqués, réseaux des analogies et des comparaisons) qu'énonciatives (système de pronoms et de nominations figurant le degré de distance de l'énonciateur ; système de modalités marquant les atténuations, les certitudes, les hésitations ; sèmes mélioratifs ou dépréciatifs ; formes prescriptives, définitives, présuppositionnelles ou tronquées, signalant la trace d'un non-dit). Ces formes ainsi repérées et analysées éclairent alors le fonctionnement des assertions, des inférences et des présupposés qui, mis en rapport avec la thématique du texte analysé, devraient permettre le repérage des images de « société libre et démocratique ».

Cependant, nous avons dû constater qu'un tel repérage, lorsqu'il est effectué sur une base uniquement linguistique, débouche parfois sur des images parasites¹⁵, alors qu'il conduit à négliger des postulats implicites centraux à la pensée d'un juge¹⁶ : d'où la nécessité de procéder dans le sens inverse, soit en allant des postulats obligés et des sens compatibles vers les formes privilégiées du discours dans lesquelles ils se matérialisent, faute de pouvoir toujours, comme dans la présente démarche exploratoire, mener les deux parallèlement pour ne les réconcilier que dans un deuxième temps.

Cette induction ne s'est donc complètement matérialisée, pour le corpus du juge LeDain, qu'en recherchant le sens de « société libre et démocratique »

¹³J.-C. Anscombe et O. Ducrot, *L'argumentation dans la langue*, Bruxelles, Mardaga, 1983. Voir également A.J. Greimas, *Introduction à l'analyse du discours en sciences sociales*, Paris, Hachette, 1979, ainsi que C. Plantin, *Essais sur l'argumentation*, Paris, Kiné, 1990.

¹⁴Armelle Chitrit, linguiste, a appliqué cette première version de la méthode élaborée avec le concours de Régine Robin, d'abord au corpus du juge LeDain, puis du juge Beetz. La démarche, très complexe, s'est révélée éclairante et a permis ensuite de mettre en rapport les formes repérées du discours avec les postulats implicites dégagés par les juristes, de même que la détermination des formes dominantes dans le discours de chaque juge. Elle a rendu compte de cette approche complémentaire dans « Implicite et discours judiciaire : Une société libre et démocratique » (1992) IV : 3 et 4 *Discours social/Analyse du discours et sociocritique des textes* 97.

¹⁵À titre d'exemple, nous avons pu déterminer que la fréquence de l'usage du terme « compétence » dans le discours du juge LeDain était liée non pas à un surinvestissement de sa part de la compétence au sens large, mais au cadre institutionnel dans lequel il œuvrait (exercice par la Cour d'appel fédérale du contrôle judiciaire de la *compétence* des tribunaux inférieurs et des organes administratifs).

¹⁶Ainsi le principe de la séparation des pouvoirs, qui informe toute la pensée de LeDain sur la démocratie, s'est révélé comme un postulat obligé de l'importance du contrôle judiciaire central à sa notion de société idéale, alors que l'analyse des seules formes du discours ne l'avait pas fait affleurer.

nécessairement postulé par — ou, le cas échéant, les sens alternatifs compatibles avec — l'économie générale du texte analysé, en partant donc du concept pour aller vers les formes discursives, dans une seconde démarche qui s'est finalement imposée à nous. Ces postulats obligés et/ou ces sens compatibles se matérialisent, ou se trahissent parfois, à travers les caractéristiques argumentatives et discursives déjà mentionnées. Leur repérage sert alors d'appui à l'induction de l'implicite, qu'il ne suffit pourtant pas à faire affleurer : c'est dans le lien entre ces formes et les postulats obligés ou les sens compatibles, qu'il faut cerner l'implicite.

À titre d'exemple, dans l'affaire des *Gens de l'Air*, le juge LeDain est saisi d'un litige relatif à la politique linguistique canadienne. Deux lois sont en cause, la *Loi sur les langues officielles*¹⁷ et la *Loi sur l'aéronautique*¹⁸, en vertu desquelles sera analysée la validité de l'ordonnance ministérielle¹⁹ imposant l'usage exclusif de l'anglais dans les communications aériennes. La forme définitoire adoptée par le juge pour établir l'objet de la première loi mentionnée :

est plus qu'une simple déclaration de principe ou l'expression d'un but ou d'un idéal général. [...] [M]ais il est également l'affirmation du statut officiel des deux langues et du droit strict d'employer le français, tout comme l'anglais, dans les institutions du gouvernement fédéral [à la p. 379].

sera tronquée quand il s'agira de lever l'incompatibilité d'application simultanée des deux lois :

En ce qui concerne les langues, ces deux textes législatifs traitent de deux objets différents. Leur but est aussi différent. La *Loi sur les langues officielles* proclame la reconnaissance du français et de l'anglais comme langues officielles. La *Loi sur l'aéronautique* régleme la langue employée dans les communications aéronautiques afin d'assurer la sécurité dans la navigation aérienne [à la p. 383].

Non seulement la définition déjà établie est-elle tronquée quant à l'objet de la *Loi sur les langues officielles* (par l'omission des mots « l'affirmation du statut », etc.), mais l'exercice proposé par le juge pour résoudre le conflit entre les deux lois est amputé de l'une de ses parties : le but de la première loi est passé sous silence, occulté par son objet. Cette technique argumentative, appelée par Perelman « l'attitude diplomatique », permet d'éviter de faire un choix qui mènerait, en cas d'incompatibilité, à sacrifier l'une des valeurs en présence. Il s'agirait là, selon le père de la nouvelle rhétorique, de l'attitude privilégiée par les juristes. Le juge LeDain, ce faisant, sauvegarde un principe qui lui est cher, le bilinguisme canadien.

Au terme de cet abrégé méthodologique, il nous reste, avant d'aborder le corpus du juge LeDain, à indiquer ses éléments. Il comprend un ensemble représentatif²⁰ de tous ses écrits juridiques publiés depuis la fin de ses études de droit jusqu'à présent : la liste et la justification des exclusions apparaissent en annexe²¹. Il s'agit d'abord des articles qu'il a publiés lorsqu'il était professeur

¹⁷L.R.C. 1985, c. 0-3.

¹⁸L.R.C. 1985, c. A-2.

¹⁹Ordonnance sur les normes et méthodes des communications aéronautiques, DORS/76-551.

²⁰De l'avis même du juge LeDain.

²¹Voir annexe, ci-dessous.

de droit à l'Université McGill, puis premier doyen à Osgoode Hall, et des décisions qu'il a rendues ou auxquelles il a participé d'abord en Cour d'appel fédérale, puis en Cour suprême, avant et après la *Charte* (sous réserve des exceptions justifiées en annexe), mais aussi du *Rapport sur l'usage non médical des drogues*²², auquel son nom est attaché. En vue de la rédaction en français de cet article et de notre rapport de synthèse, nous avons travaillé dans les textes français officiels lorsqu'ils existaient (décisions et *Rapport*), mais en prenant soin de vérifier chaque fois la présence de contenus ou de formes identiques dans la version anglaise. Nous avons également tenu compte, mais différemment, du fait que les décisions d'appel et le *Rapport* étaient respectivement cosignés. Pour les décisions, nous avons procédé, en ce qui concerne l'analyse des mentions expresses, en donnant une importance plus grande à celles qu'il signe comme rédacteur qu'à celles auxquelles il donne simplement son accord, sans écarter ces dernières pour autant, compte tenu qu'en y souscrivant le juge endosse leur contenu, et cela du point de vue d'un juriste et donc à partir de la même discipline. S'agissant par ailleurs du repérage de l'implicite, il a cependant fallu — compte tenu de la dépendance de cette démarche à l'égard des formes du discours — écarter les décisions auxquelles le juge avait simplement donné son accord sans les rédiger.

Pour le *Rapport*, signé par une majorité de commissaires, et dont certaines parties relevaient de disciplines autres que le droit, comme par exemple la pharmacologie, il était impossible de l'attribuer d'emblée dans son ensemble au seul Président de la Commission. Nous nous sommes donc adressées au juge LeDain lui-même, qui — en l'absence, dans ce contexte, des contraintes qui se seraient imposées à lui à propos de décisions judiciaires — nous a aimablement indiqué qu'il avait rédigé l'ensemble du rapport majoritaire, à l'exception des annexes techniques. Le *Rapport* ainsi délimité a donc été inclus dans le corpus soumis à une analyse qui a présenté certaines particularités.

En effet, bien que le *Rapport* contienne de nombreuses mentions expresses de « société » et « liberté » (mais aucune de « démocratie »), il était impossible de rendre justice à ce texte en nous limitant à l'analyse harrissienne de ces mentions sans tenir compte également de l'implicite, comme nous l'avons fait en présence de telles mentions dans les textes plus courts du corpus. Nous lui avons donc appliqué une synthèse des deux méthodes, en trois étapes : analyse des mentions expresses, des structures d'énonciation (qui dit quoi, à qui) et des structures argumentatives (but de l'énoncé).

L'application à un corpus ainsi déterminé de la double analyse des mentions expresses et de l'implicite, selon les modalités exposées, nous a permis de dégager les images pré-*Charte* de « société libre et démocratique » chez le juge LeDain. À travers la synthèse des résultats intégrés de cette double analyse, nous rendons compte ici de ces images (I), pour pouvoir les comparer à ses interprétations post-*Charte* de cette expression une fois constitutionnalisée (II) et discuter ensuite les hypothèses pérelmaniennes sur l'influence des auditoires (III).

²²*Supra* note 11.

I. Les images pré-Charte

A. Société

Le juge LeDain invoque volontiers la société dans les textes qu'il a choisis d'écrire, comme la plupart de ses articles doctrinaux, où domine l'image de société vue comme un tout personnifié, et le *Rapport sur l'usage non médical des drogues*, où elle est présentée surtout en termes d'ensemble relationnel. Par contre, c'est un mot totalement absent de ses décisions de la Cour d'appel fédérale, où l'on ne repère aucune mention expresse du mot « société » : il a fallu en conséquence l'y induire de l'implicite de son discours. Mais une analyse détaillée de l'ensemble de son corpus révèle que ce terme présente une grande polysémie dont on peut proposer le regroupement sous quatre chefs : la société comme ensemble relationnel, comme tout personnifié, comme tout réifié et, finalement, comme lieu.

1. La société comme ensemble relationnel

La première image de société, dominante dans le corpus du juge LeDain, la présente comme un ensemble intégré autour d'une activité collective et organisée (Rapport II), formée de groupes et d'individus. C'est une image dynamique, la plus ouverte de celles qu'il propose, connotant la justice sociale, le changement institutionnel, la réforme.

Formée de groupes et de sous-groupes, de milieux, voire de classes, auxquels l'ordre social et économique assigne une position relative : munis et démunis ; défavorisés économiques et psychologiques ; minorités raciales et ethniques (Quest for Justice) ; Canadiens français et Canadiens anglais (Canadian Constitution), la société doit leur permettre de s'affirmer et veiller à leur épanouissement, par exemple par l'introduction de l'asymétrie dans la Constitution canadienne (Canadian Constitution). Ce premier élément d'une image de société perçue comme un ensemble relationnel, où LeDain souligne la présence des groupes, exerce dans son discours une fonction d'invitation au changement, à la réforme des institutions.

À d'autres égards, l'appartenance à certains groupes est connotée moins favorablement, comme l'une des causes de problèmes sociaux. L'auteur vise alors les groupes engendrant le conformisme (Rapport III) : la société abrite des milieux exerçant des influences plus durables que celle de l'information, et certains d'entre eux prédisposent alors à l'usage non médical des drogues (Rapport XIII), même si le milieu ne peut, à lui seul, expliquer cet usage et ne constitue qu'un facteur parmi d'autres, tels la personnalité, les traits psychiques, l'école, les camarades, le niveau de revenu (Rapport III).

Mais c'est surtout comme formée d'individus que LeDain se représente la société, et l'axe individu/société — où la société pour une part prend/pour une part donne — est central à sa pensée. Les individus sont donc en même temps et nécessairement membres de la société ; ils ont une valeur et de l'influence dans des champs déterminés et leurs attitudes varient suivant qu'ils agissent à un titre ou à l'autre, selon leurs expériences et leurs implications variées, dont

la société a besoin (Rapport II ; Quest for Justice). La société a des responsabilités à l'égard de ses membres, car ce sont entre autres les conditions sociales qui sont la cause de leurs problèmes (Quest for Justice). C'est elle qui leur attribue un statut ; elle doit leur assigner leur juste place, leur permettre de s'affirmer, favoriser leur développement personnel (Quest for Justice) ; elle les protège notamment contre le chômage (Georgas ; Rondeau ; Pirotte ; Lodge ; Kang) car un emploi satisfaisant et des relations sociales saines sont nécessaires à leur épanouissement personnel, ce qui est particulièrement difficile pour les criminels victimes de stigmates (Rapport V) et les usagers de la drogue (Rapport IX). Elle les protège également contre la détérioration des conditions sociales (Quest for Justice), et contre la criminalité (Francis 1977). Une telle représentation de la société sert une fonction complexe : justifier à la fois le contrôle social et ses limites.

Ce statut, attribué par la société à ses membres, est lié aux possibilités d'éducation qu'elle leur offre et ne doit pas dépendre des classes sociales. L'égalité des chances constitue pour le juge LeDain le fondement peut-être le plus important de la justice sociale et sans doute le principe auquel il est le plus attaché : il en fera à la fois le thème central de « Quest for Justice », où les mentions de ce terme abondent, et la trame sous-jacente de plusieurs de ses décisions, notamment pour justifier ce qui apparaît comme une inéritocratie (Bullion ; Khan ; Greaves). C'est également sur l'intégrité du système judiciaire et le principe de légalité que le juge LeDain base sa notion de justice sociale, dont les fondements ne sont pour lui pas seulement moraux mais utilitaires, dans la mesure où l'intégrité et surtout la méritocratie évitent la perte de ressources humaines précieuses. Sa notion réfère en outre à son idéal des relations entre les êtres humains, matérialisé dans la juste application des lois et des ententes, dans l'exercice de l'autorité, dans les relations humaines, les conditions sociales en général (Transfer of property, Quest for Justice). C'est la responsabilité des juristes d'allier conscience sociale et compétence technique pour assurer la justice sociale (Quest for Justice). Cet élément central de la pensée de LeDain révèle son côté progressiste et lui permet de valoriser tous les changements sociaux qu'il préconise.

Lorsqu'il s'inscrit dans un contexte judiciaire, son discours se fait particulièrement réaliste — la description des faits a un effet directionnel, l'équité l'emporte sur la recherche pure de cohérence juridique — et les arguments sont présentés dans un rapport de finalité visant l'ancrage du principe de l'égalité des chances, par exemple, comme une fin en soi, dont le processus de sélection des candidats, prévu par la loi et les règlements, ne constitue qu'un moyen de réalisation. Cette technique discursive a pour effet de créer un phénomène d'ampleur, de dépassement, permettant d'induire l'importance que le juge y accorde. Ainsi, dans l'affaire *Greaves*, il écrira à la p. 811 : « Je crois que le principe du mérite a été conçu pour faire plus que simplement assurer la nomination de personnes qualifiées à des postes de la Fonction publique. Il a pour objet de trouver les personnes les mieux qualifiées parmi celles qui sont disponibles. »

Mais en retour de ce statut et de cette protection, de cette égalité des chances, la société impose à ses membres non seulement des responsabilités,

mais également des devoirs, et même l'obligation de partager certaines valeurs comme la loyauté envers l'employeur et la franchise absolue, même sur une question de détail (Quest for Justice ; Vachon ; Francis 1977). Elle réclame le droit d'exiger de l'individu certains apports en le menaçant de sanctions juridiques, car autrement elle redouterait que ses forces vives ne soient minées (Rapport V) : certains de ses membres craignent l'affaiblissement psychologique et moral lié à l'abus de stupéfiants (Rapport V) et la vie en société exige une adaptation de ses membres et une réadaptation des usagers de drogues (Rapport IX). Contrairement aux usagers des drogues licites, celui qui consomme des drogues illicites a déjà délaissé la société (Rapport III) avant que celle-ci ne l'exclue comme criminel (Rapport V). Néanmoins, le premier but de la réadaptation est la réintégration de l'individu dans le système social (Rapport XI), soit directement, soit parallèlement à des mesures d'inculpation et de châtement (Rapport VII), et son succès dépendra ultimement de la stigmatisation d'une condamnation, de son influence sur l'attitude des autres personnes.

On sent là le discours se refermer sur la justification de solutions spécifiques du contrôle social. Les positions changent sur l'axe individu/société : l'individu est infantilisé, la société devient père et juge. Dans les affaires judiciaires, l'axe se transforme dans un rapport de l'individu à la loi, de la loi au Parlement ; le juge est absent. Ainsi, dans l'affaire *Francis 1977*, malgré ses convictions favorables à l'exercice du droit d'appel, le juge le refuse à un étranger sans statut qui avait commis un acte criminel. Il écrit à la page 72 : « Par conséquent l'appelant ne relevait pas du sous-alinéa (vi) de l'article 18(1)e) de la *Loi sur l'immigration* ni d'un autre sous-alinéa [...] ; il n'avait pas le droit de se faire inscrire en vertu dudit article 8 ni d'en tirer avantage [...] ».

On note les tournures particulièrement impersonnelles, le style formaliste, en recherche de cohérence juridique : l'équité semble inexistante ou plutôt elle est remplacée — et ce remplacement est justifié — par des arguments acte/personne, où les personnes sont jugées à la valeur de leurs actes : ici, le manque de loyauté, le mensonge, la commission d'un acte criminel privent du bénéfice de la loi. Le discours est mené par des actants inanimés — la loi, le règlement, l'ordonnance répondent aux faits dans un raisonnement formel — et pourtant le raisonnement, en apparence syllogistique, camoufle à peine le degré d'interprétation que la règle de droit commande. Ainsi dans l'affaire *Pirotte* aux pages 316-17 : « Le problème, tel que je le comprends, c'est de savoir s'il est raisonnable de penser, dans ce contexte législatif bien particulier, [...] que le Parlement a pu vouloir [...]. [...] Ce que le Parlement a voulu dire, [...] ».

Du reste la notion de raisonabilité est très présente, le juge s'alliant ainsi — par un jeu d'accord avec son auditoire, accord basé sur des présupposés d'évidence et de raisonabilité — à la société tout entière par le biais de la loi. L'emploi du métadiscours permet une distanciation propice à des conclusions souvent très sévères : le juge en effet ne tient pas compte, du moins ouvertement, des conséquences de son jugement sur la vie des parties (expulsion du pays, refus d'accès, congédiement). En même temps, le métadiscours sert de facteur d'intégration : il permet d'amalgamer deux réalités potentiellement con-

flictuelles, révélant ici encore une attitude diplomatique à l'égard des incompatibilités.

Se dégage donc globalement une première image de société comme un faisceau de relations réciproques entre un ensemble et des individus (Rapport II) : si la société a une influence profonde sur la formation du caractère des individus, en retour, ses propres réactions ne sont pas indépendantes ni dissociables de celles des individus et ses politiques ne seront efficaces que dans la mesure où leur mise en œuvre pourra compter sur une attitude de collaboration de la part des individus.

Cette image de la société comme système d'interactions, d'interinfluences, est prédominante dans le *Rapport* mais discrète dans la jurisprudence de la Cour fédérale. Elle se manifeste d'abord par les formes de nominations de l'énonciateur : l'emploi du « nous » (de modestie ou de collégialité), dans le *Rapport*, donne, d'entrée de jeu, un effet communautaire qui débouche sur la forme prescriptive, propre à ce genre de texte, proposant ici des solutions de réintégration aux individus marginalisés. Le texte judiciaire, performatif en soi, est à cet égard plus ambigu : le juge s'inscrit parfois comme actant dans le discours par l'emploi du « je », jouant alors, comme en interaction avec la loi, un rôle de protection des individus, alors que, visant ailleurs à les exclure de cette protection, il se dissimulera derrière les textes législatifs par l'emploi de tournures impersonnelles et de formes définitives. L'alternance entre le réalisme et le formalisme des jugements matérialisera également cette frontière : l'accueil bienfaisant de la communauté, par des procédés argumentatifs d'ampleur créant une ouverture, et l'exclusion, par des phénomènes de rupture — ou à un moindre degré de freinage — marqués par un métadiscours sévère, bien que toujours empreint de raison (de raisonabilité).

2. La société comme tout personnifié

Une seconde image, déjà beaucoup plus ... imagée, pose la société comme sujet de verbes appropriés à la description de l'activité d'une personne physique. Elle y apparaît comme un ensemble structuré évoluant dans le temps, adhérant à des valeurs, entretenant des perceptions ; elle peut même subir des préjudices et des problèmes et dispose, pour leur solution, de moyens parfois insuffisants.

La société se cristallise ici en un tout plus grand, différent de la somme de ses parties, indépendant donc de ses membres. Cette fiction permet d'ignorer les rapports de force, les intérêts divergents, la personnalité de ses composantes. Légitimation des organes publics, justification des politiques générales, souvent coercitives au nom de l'intérêt général, elle peut néanmoins être la cause de certains phénomènes parfois négatifs, mais restera toujours la finalité collective, le lieu privilégié de l'ordre et de l'harmonie.

a. Un ensemble structuré

Dans cette seconde image, la société apparaît d'abord comme un système, un ensemble structuré, un ordre (Rapport XI) doté d'une tradition (Rapport), et

ses institutions — famille, système d'éducation, droit — participent au contrôle social (Quest for Justice ; 1976 Convocation). Elle a aussi des buts, dont la réadaptation sociale, qui exige l'intégration de la vie des individus à l'intérieur de cet ensemble structuré (Rapport XI). Pourtant, après une longue période de stabilité, ces institutions sociales et politiques se transforment (Quest for Justice) : en conséquence, le contenu de la tradition sociale ne peut servir de base à une propagande diffusée à travers l'information sur la drogue même si, par ailleurs, un nouvel ordre social ne saurait non plus être instauré par la drogue. Cette image de société de LeDain oscille entre ces deux pôles, et cette bipolarité s'observe dans les fonctions de légitimation alternative du changement et du contrôle social assignées à cette image dans son discours : les juristes doivent être conscients des transformations sociales et y participer (Quest for Justice), mais aller trop loin en ce sens marginalise, et justifie les mesures de contrôle suscitées en réaction (Rapport).

b. *Qui évolue dans le temps*

Réapparaît ici le changement social, leitmotiv de la pensée de LeDain, surtout dans le *Rapport* : la société évolue, change, se développe dans le temps (Canadian Constitution ; Quest for Justice ; Rapport XVI ; 1976 Convocation). Tantôt invitation aux changements structurels, tantôt constatation de changements réels, parfois prise dans un sens large où elle propose aux juristes — et aux familles pour lesquelles il est normal que cela ne soit pas facile (Rapport XVI) — de s'adapter aux changements (Quest for Justice), cette image est par ailleurs liée aux questions constitutionnelles. L'histoire et les origines de la société canadienne, héritage de deux grandes civilisations occidentales, justifient ainsi l'implantation d'un bilinguisme réel ; c'est le destin du Canada et le défi très difficile à relever qui s'impose à lui (Canadian Constitution). L'évolution, le changement, le développement sont par ailleurs invoqués comme légitimation de modifications constitutionnelles proposées pour donner au Québec les pouvoirs nécessaires à son épanouissement (Canadian Constitution).

En tout état de cause, les changements doivent, pour le juge LeDain, s'inscrire dans la continuité : le passé est garant de l'avenir et doit l'orienter. L'invitation aux changements structurels (constitutionnels) est proposée dans une chaîne d'épithètes — sèmes mélioratifs « truly bilingual », « rich », « great », « special », « enormously difficult » — qui sont entraînées par des substantifs inscrits dans le temps « development », « heritage », « destiny », « task » : « The development of a truly bilingual society drawing from the *rich* heritage of the two *great* civilizations of the western world is the *special* destiny and *enormously difficult* task which history has committed to Canada » [Canadian Constitution à la p. 405 ; nos italiques].

Cette accumulation d'expressions émotives, apportée par les épithètes, agit comme un argument quantitatif rendant le changement incontournable, inévitable. Cependant, les changements en forme de rupture avec le passé, de révolution, sont présentés simplement comme un constat, à travers une structure dichotomique, disjonctive, allant de l'avoir vers la perte : « autrefois [...] *mais* [...] aujourd'hui ».

Autrefois, on avait l'impression d'avoir le temps de tout faire avant de mourir ; aujourd'hui, on est moins disposé à attendre. [...] Autrefois, on pouvait préparer son avenir, car on savait assez bien de quoi il serait fait et on avait lieu de croire que ce qu'on apprenait de ses parents et de ses maîtres serait utile dans la vie, mais les jeunes d'aujourd'hui n'ont plus cette assurance. (Rapport XVI à la p. 224)

Ces changements bloquent l'avenir. Mais implicitement ils invitent moins au retour pur et simple au passé qu'au rétablissement du continuum.

c. *Qui adhère à des valeurs*

La société, pour LeDain, a des valeurs, des aspirations, des fins — collectives et individuelles — qui peuvent être fondamentales et doivent se refléter dans le droit (Theory and Practice, Security, Alliance). Collectives, associées à un groupe particulier, en l'occurrence la société canadienne-française, elles pourraient, telles qu'exprimées dans le droit civil, justifier la dualité juridique canadienne matérialisée par la limitation de la portée du droit anglais sur le droit civil (Bills of Exchange) et même légitimer une chambre civile à la Cour suprême, si une telle structure ne compromettrait la valeur, pour lui supérieure, de l'interaction entre les systèmes juridiques (Supreme Court). Associées, plus abstraitement, aux valeurs économiques et politiques, elles peuvent être enchâssées dans une *Charte*, et entraîner alors la spécialisation constitutionnelle de la Cour suprême, autrement injustifiable (Supreme Court). Les valeurs collectives pourraient donc avoir une fonction de légitimation de certaines structures judiciaires, mais seulement dans des circonstances très particulières.

Rien d'étonnant dès lors si son discours conforte davantage les valeurs morales et les individus, dotés d'une place prépondérante dans la société (Quest for Justice). Pourtant, toutes les valeurs individuelles ne sont pas nécessairement morales pour lui, tel le matérialisme de la société de consommation, contesté par les jeunes au nom de fondements spirituels (Rapport XVI) : cette incompatibilité apparente sera levée par une hiérarchisation favorable aux valeurs spirituelles, remises en cause par la recherche du plaisir individuel (Rapport XVI).

d. *Qui affiche des attitudes et des comportements*

Pour Gerald LeDain, la société a des perceptions et des attitudes, reflétées — notamment à l'égard de la drogue — dans la publicité, les médias et les comportements déviants des adultes, qui peuvent aussi bien prédisposer les autres à l'usage des drogues par la recherche du plaisir et ainsi se rendre impotents et inutiles (Rapport II, III) ou, au contraire, prôner le surmenage et la manie du travail, malgré tout utiles à la société (Rapport II).

C'est surtout en regard de l'usage de la drogue que des attitudes et des comportements sont prêtés à la société : source d'aliénation provoquant l'usage des drogues (Rapport XV), de difficultés poussant à l'usage et contribuant par là à entretenir la toxicomanie, elle est l'un des facteurs de vulnérabilité aux drogues, qui ne serait jamais mise à l'épreuve sans l'offre illicite qui s'y déploie (Rapport III). Ce rôle causal est moins fréquemment attribué aux images de société dans le corpus que d'autres fonctions confortant plutôt les recommandations à venir du *Rapport* : la société comprend le bien-être procuré par les

drogues, ce qui compense les dangers associés à leur usage (Rapport V), mais elle craint les stupéfiants pour des considérations indépendantes des altérations physiques et psychiques causées aux individus (Rapport V). Consciente du caractère déconcertant du phénomène, ses attentes n'en seront que plus réalistes (Rapport II) : elle voit certains délits comme de moins en moins graves (Rapport V), et doit avoir une attitude accueillante à l'égard du traitement et de la surveillance des drogués (Rapport IX).

On sent affleurer à la surface du discours les fonctions prépondérantes assignées par l'auteur à ces images particulières de société : affirmer la responsabilité sociale, certes, mais surtout légitimer les solutions avancées par le *Rapport* et, par-delà, l'existence même des commissions d'enquête (Public Inquiry). Conçues pour retarder le processus d'adoption d'une politique sociale, les enquêtes publiques et les commissions qui les instituent permettent, selon LeDain, l'évolution des perceptions, des attitudes et des comportements sociaux, influençables à travers les groupes constitutifs du tout structuré, mais composite, que forme la société (Public Inquiry).

e. Qui court des risques et peut subir des préjudices

Cette société personnifiée encourt des risques et a des problèmes complexes (Public Inquiry) ; elle a des tares, dont l'alcoolisme (Rapport IV) ; et des problèmes de santé publique, dont l'abus des drogues (Rapport VI). Elle peut en subir un préjudice, être troublée et alors devoir en payer le prix (Quest for Justice). Elle souffre des effets des comportements individuels, des actes antisociaux et de l'usage des drogues, même en l'absence de dommages individuels (Rapport V) : les effets des comportements suicidaires lui sont plus néfastes qu'aux individus (Rapport II) et elle fait les frais des habitudes de délinquance à travers le traitement et le soutien fournis aux toxicomanes et aux personnes à leur charge (Rapport IV, V). L'imputation de tels comportements à la société a pour fonction de légitimer une intervention, publique le plus souvent. Ainsi, des arguments de comparaison viendront appuyer la réforme du système judiciaire proposée dans « Quest for Justice » : « We all know the man who becomes absorbed in his case to the neglect of his business. A society so absorbed must inevitably pay a price in productive enterprise [à la p. 29] ».

Des arguments d'amplification auront par ailleurs un effet directionnel vers une solution controversée : dans les chapitres préliminaires du *Rapport*, l'énonciateur sème des assertions comme « la société est lésée [...] », « la société est menacée [...] »²³ par l'usage des drogues, ce qui lui permet, en bout de ligne, d'affirmer que le législateur doit intervenir. Et d'ajouter que dans les cas où la société n'est pas menacée, le législateur ne doit pas intervenir. Rien d'étonnant dans ces circonstances à ce que le dernier élément de cette image composite de société personnifiée connote précisément les solutions que peuvent matérialiser ces interventions.

²³Ces propositions entre guillemets réfèrent à des images de société inférées à partir de la méthode harrissienne mentionnée à la note 8, *supra*. Ainsi, « le tort causé à la société » (à la p. 12) devient « la société est lésée », et « conséquences nocives [...] pour la société » (à la p. 18) devient « la société est menacée ».

f. *Pour lesquels elle dispose de solutions*

Pour contrer ces risques et remédier à ces problèmes, la société, qui dispose d'expertise, de moyens, même s'ils sont parfois insuffisants, doit offrir des réponses, des traitements (Rapport IX). Elle a besoin pour cela d'une politique judicieuse, dont les objectifs sont difficiles à définir, et qui devront prendre en considération tous les facteurs susceptibles d'influencer un phénomène. C'est le gouvernement qui jugera de la prudence de ses initiatives (Rapport II), car la société emprunte une approche différente du processus politique et la faisabilité sociale se distingue de la faisabilité politique : il y a interaction entre le problème (social) et la réponse (politique). Mais au surplus, pour LeDain, les politiques sociales ne sont pas nécessairement pertinentes ou réalistes quand elles ne sont pas conformes aux attitudes personnelles des individus : les décisions sur les problèmes sociaux doivent être prises par le public (Public Inquiry), qui ne tolérerait pas un État policier pour combattre les problèmes sociaux créés par la drogue (Rapport V).

Ces images de société en interaction avec l'État dans la difficile tâche de définition des solutions politiques disponibles et acceptables en matière de contrôle social visent avant tout à légitimer les solutions proposées dans les conclusions du *Rapport*, et par-delà ces propositions, la Commission et l'enquête elles-mêmes, qui ont mené à ces définitions. C'est d'ailleurs le rôle prépondérant qu'assigne LeDain à l'ensemble de cette seconde image : invoquer la société comme une personne disposant de tous ces attributs et capable de tous ces comportements, c'est d'une certaine façon s'abriter derrière elle et lui imputer les solutions qu'on avance. Dans le discours judiciaire, ce n'est pas là une fonction exceptionnelle pour le concept de société. En effet, tous les juges dont nous avons analysé le corpus y ont eu recours à des fins globalement semblables : justifier leurs positions respectives. Si le contenu spécifique de ces images de société personnifiée varie, c'est selon les valeurs qu'ils lui prêtent et les comportements qu'ils lui imputent, eux-mêmes reliés aux contextes dans lesquels ces images sont formulées, mais c'est bien de légitimation qu'il s'agira dans tous les cas ...

La forme langagière prédominante de cette image est sans contredit l'emploi de la société comme qualificatif : l'ordre social, le contrôle social, les transformations sociales, les problèmes sociaux, les politiques sociales, les valeurs sociales, les aspirations sociales, les perceptions sociales, les attitudes sociales, les comportements sociaux. Le qualificatif permet ainsi, par le truchement d'un présupposé implicite, une transposition de tout ce qui est normalement attribué à la personne, bref : un changement d'ordre. Le procédé permet de rejoindre la collectivité, mais une collectivité indifférenciée, amalgamée ... sans qu'il ne soit nécessaire de faire de distinction, sans qu'il ne soit nécessaire d'établir des proportions. Quand en effet le discours personnifie une société donnée, de qui parle-t-il ? De la majorité, simple ou absolue ? Du groupe dominant ? Ou du comportement idéal assigné par l'auteur à une majorité abstraite ?

3. La société comme tout réifié

Beaucoup moins fréquente et par ailleurs nettement plus réduite dans son envergure, l'image de société comme un tout réifié la désigne non pas comme

un sujet agissant dont l'auteur doit tenir compte et derrière lequel il peut s'abriter, mais comme un objet : un cadre d'analyse pour les problèmes éthiques, juridiques, économiques, philosophiques et moraux (Rapport XII) ; une réalité que le droit doit refléter (Security) ; un objet de recherche à titre de facteur causal, parmi d'autres, de l'abus des drogues (Rapport I, II et III) et d'étude pour les étudiants en droit (Theory and Practice) ; un facteur d'interprétation du *Code civil* (Teaching Methods) et de définition des politiques de bilinguisme au Canada (Canadian Constitution).

Certes, la fonction de causalité est présente, et proportionnellement plus importante pour cette image de société moins développée que la précédente, mais c'est encore la légitimation qui domine, surtout celle de l'étude des facteurs sociaux par la Commission sur l'usage non médical des drogues, à laquelle par ailleurs s'ajoute aussi l'importance des facteurs sociaux dans l'étude du droit et, implicitement, dans sa création.

4. La société comme lieu

Cette dernière image de société, la moins fréquente du corpus de LeDain et plus fermée encore, se présente comme la plus négative malgré certains contrepoids. Elle fait de la société un territoire « fermé » — littéralement — où l'immigration est un privilège (Laurent ; Woldu ; Alleyne) — et symboliquement — où les usagers pourraient subir leur peine (Rapport V) ; pourtant, les jeunes qui ont déjà purgé leur sentence sont impatients de la réintégrer (Rapport X). C'est aussi un lieu où l'habitude de boire est acceptée ... parce qu'elle facilite les relations de travail (Rapport III) ; pourtant, c'est également un lieu où il y a beaucoup à faire à part se droguer, comme exercer des activités bénévoles auprès des jeunes, des personnes âgées, des handicapés, des pauvres et des défavorisés (Rapport XVI). Moins cohérente que les autres, cette image éclatée se voit assigner des fonctions plus disparates : explicative à l'égard des comportements sociaux, amplificatrice quant aux possibilités de réhabilitation, elle est surtout justificative comme l'ensemble du discours du *Rapport* dont elle est surtout tirée.

Pour cette image, lorsqu'elle s'inscrit dans le discours judiciaire, une structure de rédaction récurrente : l'auteur escamote la description des faits (le débat a lieu le plus souvent sur la compétence de l'organisme ou sur l'application des règles de justice naturelle) et établit un dialogue entre les arguments de l'appelant et ses propres motifs. D'une part, le silence sur les faits supprime le fondement éventuel de mesures d'équité ; d'autre part, une structure dialogique, dans un appel, est toujours fatale pour l'appelant. Le discours énoncé au nom de la Cour dans les jugements rendus oralement, ou encore le « nous » collégial de l'écrit, créent une distanciation importante — sinon un déséquilibre — entre l'individu et l'institution. L'emploi répété de négations (voire de négations alourdies comme « l'exercice de ce pouvoir *ne* constitue *aucunement* ») combiné à l'emploi de lieux comme « il est évident », « manifestement », « il convient de considérer », « il est raisonnable de déduire », ferment le discours et confirment la décision de l'administration, le plus souvent une ordonnance d'expulsion.

B. *Liberté*

Chez le juge LeDain, le terme de liberté est beaucoup moins polysémique que celui de société : l'analyse des mentions expresses de ce mot, comme du sens implicite que lui confère l'ensemble de son discours, ne livre que deux images, celle de la liberté individuelle et celle des libertés juridiques fondamentales.

1. Les libertés juridiques fondamentales

Dans cette période pré-*Charte*, aucun droit ni aucune liberté n'a encore été constitutionnalisée, sauf implicitement et notamment par un arrêt rendu au nom de la Cour suprême par le juge Duff²⁴. Au départ, il ne semblerait donc pas indifférent que LeDain ait choisi de consacrer une monographie à la pensée constitutionnelle de Sir Lyman Duff où il est beaucoup question des libertés démocratiques fondamentales. Cependant, le texte de LeDain se présente dans un style très formaliste et descriptif où l'auteur n'assume jamais expressément le point de vue de celui dont il analyse la pensée. Or — sauf lorsque, à titre de juge, il sera involontairement saisi de l'interprétation des libertés mentionnées dans la *Déclaration canadienne* et rendra des décisions qui leur seront majoritairement défavorables — l'on ne retrouve dans le corpus pré-*Charte* de LeDain que deux autres mentions expresses des libertés fondamentales.

Sa première autre prise de position expressément favorable aux libertés fondamentales se trouve dans un autre article de doctrine (*Public Inquiry*) où il rejette, au nom de la liberté de conscience et d'expression, la légitimité des enquêtes publiques destinées à déterminer la culpabilité ou l'innocence d'une personne, comme contraire à la maxime de *common law* « *nemo tenetur se ipsum accusare* ». Là aussi, il faut le noter, il le fait, par l'entremise d'un mécanisme rhétorique valorisant, que Perelman désigne comme « l'argument de double hiérarchie », établissant une corrélation entre une hiérarchie déjà admise (ici la liberté de conscience et d'expression) et une hiérarchie discutée, la maxime de *common law*, pourtant abrogée, et qu'il tente de réhabiliter au détriment d'une règle de preuve codifiée en remplacement. Par ailleurs, c'est par un phénomène de retenue judiciaire qu'il reconnaîtra la prédominance de la liberté de religion sur les règles de sécurité au travail, en confirmant la compétence spécialisée du tribunal canadien des droits de la personne, dans une opinion dissidente qu'il inscrit en 1983 (Bhinder).

Cependant, il faut prendre en compte le résultat de l'analyse de l'implicite de ses jugements de la Cour d'appel fédérale en matière de droit du travail : toutes les décisions qu'il y rendra relativement à la liberté d'association — dans la mesure du moins où il s'agit d'accréditation, dont il traite sans référer explicitement à la liberté — y seront favorables (North Canada Air ; Syndicat Général Cinéma Télévision ; Travailleurs unis du télégraphe ; Francis 1981).

C'est au contraire à un procédé de dévalorisation à l'égard des libertés fondamentales qu'il a recours dans ses décisions en Cour d'appel fédérale où il

²⁴Renvoi relatif aux lois de l'Alberta, [1938] R.C.S. 100, [1938] 2 D.L.R. 81.

mentionne les libertés reconnues par la *Déclaration canadienne*, dans le contexte de son application à des litiges survenus dans d'autres champs que celui du droit du travail (Zong ; Denis ; Stewart ; Vachon ; Rothmans). Elles y seront présentées comme l'argument de l'une des parties et contrées par le juge, faisant prévaloir tantôt l'intention du législateur, tantôt le renoncement consenti par la partie qui l'invoque.

L'inscription des libertés fondamentales dans la *Déclaration canadienne* ne semble pas avoir, pour le juge LeDain, modifié l'ordre juridique canadien : au contraire, cette loi (il ne lui accorde manifestement qu'un statut législatif sans aucun effet sur la hiérarchie des normes) apparaît comme une intruse dans son discours judiciaire. La notion de *due process of law* prendra toujours le pas sur cette proclamation des droits fondamentaux. LeDain semble partager le courant majoritaire réticent dans l'application de la *Déclaration canadienne* : il avait pourtant exprimé une opinion différente sur l'effet éventuel de l'enchâssement des droits fondamentaux dans la Constitution canadienne, y voyant une raison suffisante à la réforme de la Cour suprême (Supreme Court). La fonction de l'expression « liberté », presque toujours amenée dans le sens figé des termes de la *Déclaration canadienne*, est en quelque sorte négative : elle vise à permettre le rejet d'un argument.

2. La liberté individuelle

Dans la pensée de LeDain, la liberté individuelle a un statut plus vulnérable encore que celui des libertés juridiques, comme la liberté de parole, et ne jouit par conséquent pas des mêmes immunités (Rapport IV). Il la voit pourtant comme un attribut essentiel de la dignité humaine (Rapport VII) qui — n'étant cependant pas innée — ne constituerait pas un but en elle-même (Rapport II). Il la voit comme liée à l'adaptation, aux compromis ; elle doit être ordonnée (Quest for Justice). La liberté individuelle, abordée surtout à l'occasion de sujets plus sociaux que politiques ou juridiques, constitue ainsi une valeur à apprécier sur une échelle dont les coordonnées sont essentiellement morales et sociales (Quest for Justice, Rapport). Il y a la bonne liberté : endiguée, elle favorise le plus grand épanouissement des individus (Quest for Justice) ; et la mauvaise, transgressante, à baliser chez l'individu pour sauvegarder la liberté de tous (Rapport V).

La liberté, dans le contexte de cette image, n'est jamais vue comme une fin en soi, mais toujours comme un moyen. Or, on le sait, en rhétorique, donner à une notion ou une réalité le statut de moyen, c'est automatiquement la déprécier. D'où la bipolarité morale de bonne ou mauvaise liberté selon la fonction assignée : assurer l'ordre social ou participer au bien-être collectif. La liberté individuelle a donc, à certains égards, une fonction collective : dans la mesure où elle ne nuit pas à l'ordre social, elle sera épanouissante pour l'individu lui-même, mais elle ne justifiera jamais la marginalité.

a. Une condition de l'ordre social

Pour LeDain, là où existe un grand sens de la liberté, on peut espérer une vision plus juste de la famille, de même que la nécessité de compromis et

d'adaptation requise par l'ordre social. Pour lui, la famille, élément essentiel au développement et à l'épanouissement de l'individu, est une condition préalable à l'application effective du principe d'égalité des chances, garant de la justice sociale. De même, la liberté individuelle se situe au fondement de l'intervention juridique dans le domaine de la moralité personnelle, dans la détermination et la sanction de ce qui est socialement nuisible (*Rapport, Security*). Il y voit une limite de la portée du droit dans l'ordre social : son aspect purement régulateur ne doit pas entraver la poursuite des objectifs créatifs des individus. Comme pour certaines images de société, le concept de liberté individuelle proposé ici par LeDain se voit assigner une double fonction : justifier à la fois le contrôle social et ses limites, dans un équilibre à définir en tenant compte de ses exigences. Identifiée, par formule définitoire, à un idéal, donc à un objectif à atteindre et qui ne le sera jamais vraiment, elle est alors présentée comme obéissance, obéissance à un processus inscrit dans des formes prescriptives par une description stéréotypée de conditions propices sinon essentielles : le juge se dispense ainsi de prendre en compte la réalité et tous ses aléas. Rien donc d'étonnant si son image de liberté en fait un objet d'apprentissage.

b. Un objet d'apprentissage

La liberté est une aptitude à l'autonomie issue du sage exercice du libre choix (*Rapport II*). La « bonne » liberté obéit donc à une norme ; elle est relative à un certain nombre de valeurs en place, dans une société donnée (*Rapport V*). Cette aptitude s'acquiert dans la famille, par le développement de la personnalité des enfants. Dans la section du *Rapport* consacrée aux causes de la toxicomanie, les seules mentions de liberté sont du reste étroitement reliées à celles de la famille ; d'ailleurs, la liberté comme la famille sont expressément connotées moralement : comme il y a une « bonne » et une « mauvaise » liberté, il y a de bonnes et de mauvaises familles. Les rapports établis par LeDain entre liberté et famille sont soulignés par un discours valorisant, idéalisé, parsemé des sèmes mélioratifs : les enfants doivent pouvoir développer leur personnalité dans un milieu ordonné et discipliné, où les liens familiaux sont forts, chaleureux et bien ordonnés, l'affection et la discipline bien équilibrées, et sereines les relations entre des parents dotés du sens de la responsabilité envers eux-mêmes et les autres. Les pères y sont autoritaires avec modération, fermeté et humour, les parents confiants envers leurs méthodes d'éducation et sûrs des principes à inculquer à leurs enfants : la foi en Dieu, le respect des parents, la maîtrise de soi, la tolérance, le respect mutuel ... La liberté pour un enfant, c'est jouir de grandes responsabilités personnelles, savoir ce que ses parents attendent de lui, résister à la pression de ses camarades. À l'inverse, un milieu familial où les relations entre parents n'inspirent pas confiance et sécurité, où la communication est insuffisante, où les émotions sont refoulées, où il manque de ferveur religieuse, où l'on est hostile à l'autorité ne favoriserait pas l'apprentissage de la bonne liberté et conduirait à l'usage des drogues (*Rapport III*).

Un mauvais apprentissage mène à la mauvaise liberté, qui laisse transparaître les faiblesses des individus, frustre les espoirs investis en eux ; la bonne liberté au contraire s'exerce dans le cadre de nos institutions, évite tous les méfaits (*Rapport V*). En tout état de cause, le drogué est privé de la bonne

liberté. Ou ne l'a jamais acquise. Ou l'a perdue en se droguant. L'absence de bonne liberté est la cause de son état, et sa privation, l'effet (Rapport).

c. *Un objet de privation et de réapprentissage*

La privation de liberté, vue comme une sanction, est le châtement le plus sévère après la peine capitale ; elle peut viser deux objectifs : la protection des autres membres de la société et le traitement. Liée au traitement, elle donne généralement des résultats décevants. Surveillée, à travers une probation ou une libération conditionnelle, elle offre plus de chances de réhabilitation ou de réadaptation sociale, de réapprentissage de la bonne liberté (Rapport VII), par l'information, la motivation, la discipline, la sécurité (Rapport II). Quelle que soit l'approche préconisée, elle sera coercitive : la liberté de traitement n'est pas une valeur retenue par LeDain. En somme, pour lui, la bonne liberté individuelle est encadrée, contrôlée. Dans le *Rapport*, il dira que la liberté de tous est à son maximum lorsque la liberté individuelle est limitée : elle doit donc être restreinte en faveur de l'ordre, de la protection et du bien-être de la population.

La fonction prédominante de cette image de liberté comme objet d'apprentissage, de privation et de réapprentissage, sera causale : l'irrespect des conditions du processus d'apprentissage de la liberté idéale mène à l'usage des drogues et à toutes ses conséquences. À travers des formules définitoires et prescriptives, ces images prennent la forme de vérités connues, comme s'il s'agissait de faits en soi incontestables : procédé rhétorique qui, selon Perelman, cherche l'accord de l'auditoire universel. Ces vérités s'appuient pourtant sur des valeurs nécessairement fluctuantes entre lesquelles les formules définitoires et prescriptives ont précisément pour effet de camoufler les conflits potentiels, de mettre les auditoires en présence d'une pensée monolithique confortant les valeurs traditionnelles. Que ces valeurs ne correspondent plus à la réalité de plusieurs devient un fait jugé moralement mauvais ; la société est partiellement délestée du poids de sa responsabilité. Il y a ici un glissement de la responsabilité sociale vers la responsabilité individuelle.

C. *Démocratie*

S'il fallait choisir un concept central à la pensée de Gerald LeDain, indépendamment même de l'analyse livrée ici de l'expression « société libre et démocratique », celui de démocratie s'imposerait sûrement. Pourtant, dans tout son corpus pré-*Charte*, il n'a mentionné le mot que sept fois en tout et pour tout (*Twilight* ; *Supervisory Jurisdiction* ; *Supreme Court* ; *Canadian Constitution*). Il n'apparaît nulle part dans le *Rapport* et — si l'on excepte l'article sur Sir Lyman Duff en 1974 et une allocution qu'il prononce en 1976 (1976 Convocation) — disparaît complètement de son vocabulaire après sa nomination à la présidence de la Commission sur l'usage non médical des drogues en 1969. Mais l'implicite de son discours, surtout judiciaire et doctrinal — tout à fait superposable d'ailleurs au contenu de ses rares mentions expresses — est entièrement axé sur une conception de démocratie cohérente, ouverte, exigeante, qui sous-tend l'essentiel de sa pensée juridique et politique.

Contrairement à ce qui se passe pour société et liberté, le discours de LeDain sur la démocratie n'est pas polysémique : il n'attribue qu'un seul sens

à démocratie, construit, articulé. D'ailleurs, et bien que ce ne soit pas ici l'objet de notre analyse, on pourrait ajouter que non seulement son discours implicite mais toute sa pratique, au sens de *praxis*, témoigne de la centralité de son attachement à la forme de démocratie parlementaire qu'il a vécue aussi bien dans son enseignement du droit administratif et conséquemment du contrôle judiciaire, que dans sa pratique de ce même contrôle à la Cour fédérale.

Pour Gerald LeDain, la démocratie est à la fois un concept et un processus constitutionnel, inscrit dans un ordre juridique dont les fondements résident dans la souveraineté parlementaire et le contrôle judiciaire, incarnés institutionnellement dans les corps législatifs et les cours supérieures (Supervisory Jurisdiction ; Duff). Globalement, cette image sert à la valorisation du contrôle judiciaire des décisions administratives, tenu par l'auteur comme implicitement constitutionnalisé.

1. La démocratie comme concept et processus constitutionnel

C'est l'élément constitutionnel de cet amalgame qui lie les deux autres dans la pensée de LeDain : la Constitution, cet acte contractuel à la base du fédéralisme, semble contenir le concept de démocratie et fonder son application aux régimes politiques. Une démocratie constitutionnelle et fédérale implique des principes et des présupposés relatifs aux limites apportées à la règle de la majorité par la protection des droits fondamentaux et des intérêts des minorités aussi bien que des individus (Canadian Constitution). Il lui attribue une fonction de légitimation de l'unité nationale canadienne (Canadian Constitution) et de rejet de modification des institutions judiciaires (Supreme Court).

Cette dimension constitutionnelle de l'image de démocratie lui permet par ailleurs de dicter au pouvoir exécutif, à l'administration publique, le devoir d'agir parfois au-delà de la lettre de la loi, mais toujours selon son esprit, dans l'intérêt public plus qu'en faveur des intérêts privés, dans un esprit d'équité et d'impartialité, pour des motifs légaux et appropriés (Twilight, Transfer of Property, Security). Pour lui, la primauté du droit est élevée au rang de principe constitutionnalisé, destiné à guider strictement le juge dans son devoir d'agir en vertu de la loi. À cet égard, il dénonce l'appropriation judiciaire des règles de droit, leur manipulation par les procédés rhétoriques dans un but utilitariste (Gens de l'Air ; Proulx) : le caractère souhaitable d'une décision administrative, l'efficacité de l'administration, l'effet possiblement désastreux d'une décision ne devront jamais prendre le pas sur l'objet et la finalité de la loi.

Dans tous les cas, l'image de démocratie constitutionnelle intervient dans le discours du juge pour imposer, notamment à la population canadienne, francophone ou anglophone, des principes, des règles, des devoirs hiérarchiquement supérieurs et impératifs ou intangibles. C'est une image surdéterminante, imposant à la fois un code d'interprétation de la loi suprême et des règles capables de la matérialiser et susceptibles de sanction.

2. La souveraineté parlementaire et le contrôle judiciaire comme fondements de la démocratie

Affirmant implicitement la séparation des pouvoirs comme élément central de la démocratie, le juge LeDain souligne surtout ses conséquences : la souve-

raîneté parlementaire et le contrôle judiciaire, dans une démarche judiciaire marquée par son insistance sur l'adjudication des pouvoirs institutionnels plutôt que par la résolution du litige à travers l'interprétation de la règle applicable aux faits en cause.

La souveraineté parlementaire et la révérence que les tribunaux doivent aux institutions législatives sont des principes cardinaux pour lui : il l'affirmera par sa recherche constante de l'intention du législateur, même quand il n'y a pas lieu de croire que son interprétation mènera au résultat équitablement souhaitable, même lorsqu'elle entre en conflit avec d'autres principes dont il a montré ailleurs qu'ils lui étaient chers, comme le droit d'être entendu — affirmé d'abord (*Quest for Justice*) et écarté ensuite au nom de la suprématie parlementaire (*Yukon Conservation*) — et le bilinguisme au Canada, qui a subi la même évolution (*Canadian Constitution/Gens de l'Air*). Le juge s'incline devant la volonté législative : la *ratio decidendi* est exprimée à travers un syllogisme tronqué, symbole de retenue judiciaire. Les principes qui lui sont chers sont relégués dans de longs *obiter dicta* et appuyés d'éléments réalistes, agissant comme l'expression d'un souhait pour l'avenir.

La révérence à l'égard du législateur découlant pour le juge LeDain de la suprématie parlementaire s'arrête au seuil qui sépare l'administration des autorités législatives : bref, il tient la séparation des pouvoirs comme confortant les tribunaux dans leur indépendance (*Canadian Constitution*) et dans une fonction de contrôle judiciaire classique, dont on ne devinerait pas, à lire LeDain, qu'il comprenait dès avant la *Charte* le contrôle constitutionnel du législateur, du moins en matière de partage des compétences. Mais à l'égard de l'administration, sa vision de ce contrôle — élaborée dans sa doctrine dès les années cinquante (*Twilight, Alliance, Supervisory Jurisdiction*), vingt ans avant l'arrêt *Nicholson*²⁵ — s'avère particulièrement interventionniste, à la fois par sa désapprobation et son interprétation étroite des clauses privatives (*C.R.T.F.P. ; Twilight ; Supervisory Jurisdiction*) et — au contraire — large, du caractère quasi judiciaire des décisions de l'administration (*Shell*), allant jusqu'à refuser de reconnaître un effet décisionnel à un acte plutôt que de le soustraire au contrôle judiciaire (*Croy*).

Matérialisée dans sa pratique en Cour fédérale par l'application des principes d'« équité administrative », plus large que l'équité procédurale traditionnelle, et de justice naturelle, sa conception du contrôle judiciaire révèle implicitement les ramifications les plus lointaines de son concept de démocratie. Sa position, très avancée pour l'époque, sur les exigences implicites de la démocratie en matière de rationalité et de rigueur de la part des autorités administratives exerçant des pouvoirs discrétionnaires, est énoncée en principe dans sa doctrine (*Quest for Justice*) et ensuite appliquée de façon croissante dans sa pratique judiciaire en matière d'immigration. À son arrivée au tribunal, dans ce qui apparaît d'abord comme une régression à cet égard par rapport à ses écrits doctrinaux antérieurs, il suit la Cour d'appel fédérale sur les voies où elle est déjà

²⁵*Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311, 88 D.L.R. (3^e) 671.

engagée, confirmant les décisions de l'administration à cause de leur « nature » administrative et discrétionnaire. Puis, il inscrit sa dissidence (Louhisdon ; Oloko), exigeant des ajournements d'enquête à partir de descriptions rhétoriques des faits et d'arguments fondés sur la structure du réel, par le truchement de techniques où les raisonnements par analogie et les illustrations hypothétiques lui permettent d'introduire, tout en reconnaissant le pouvoir discrétionnaire de l'exécutif, la notion d'équité administrative sans encore la nommer. Cinq ans plus tard, il aura rallié la Cour unanime à l'équité administrative (Jiminez Perez). La technique de rédaction est sensiblement la même : le récit des faits démontre que l'administration a eu une attitude déshumanisante à l'égard d'une situation qui commandait des considérations humanitaires. L'interprétation de la loi sera tortueuse et torturante, les règles de l'administration pressées tant qu'elles ne s'adapteront pas à la réalité de la cause. À deux reprises, le juge LeDain lancera : « l'équité administrative exige ... »

Certes, les décisions d'où émerge la notion d'équité administrative mettaient en scène l'immigration de familles avec de jeunes enfants et il s'agissait tout au plus de permettre l'accès au pouvoir exécutif (Desjardins) et non d'évaluer son exercice (Inuit Tapirisat). Elles constituent néanmoins des indices d'une incursion du pouvoir judiciaire dans des décisions purement administratives, et LeDain y révèle la profondeur de ce que l'on pourrait appeler son sentiment démocratique.

Si la « justice naturelle » venait simplement compléter l'équité administrative comme instrument de matérialisation du contrôle judiciaire, la pensée de LeDain ne se distinguerait pas de celle de la plupart de ses collègues à cet égard, mais l'éclat de ses formulations et la place si importante qu'elle tient dans son discours et sa pratique en font un concept central chez lui. Les principes de justice naturelle — droit d'être entendu et compris (droit à l'interprète), droit à l'avocat, à une décision — sont élevés au rang de principes démocratiques fondamentaux, à travers des formes argumentatives d'une grande efficacité et cela aussi bien dans la doctrine (Alliance) que dans ses décisions judiciaires.

Dans la jurisprudence, il laisse parler les faits d'eux-mêmes et, par le jeu de la narration, des citations et des témoignages, dirige l'auditoire, comme s'il s'agissait d'un jury, vers des conclusions pourtant juridiques, dont l'« évidence » est renforcée par des formes contraignantes : « nécessairement », « manifestement », « il s'ensuit donc » (Faiva ; Tsiafakis ; McCarthy). Ces arguments de direction, dont l'énoncé fait en sorte que l'affaire est déjà jugée, sont basés sur la structure du réel et des liaisons de causalité [caractère abusif des agissements de l'enquêteur (McCarthy)] ou encore sur des changements d'ordre [devoir statutaire élevé au rang de droit fondamental (Faiva)]. Ailleurs, il aura recours à des formes langagières insistantes comme les doubles affirmations : l'obligation de motiver est « impérative et non facultative » (Proulx) ou les formes définitives : « il est exact que », « toutefois cela ne signifie pas » (Syndicat international des marins).

Ces principes, affirmés avec tant de force, ne peuvent souffrir d'exceptions : s'ils ne sont pas toujours appliqués strictement, c'est que le requérant aura commis lui-même une faute, ou encore que son intérêt dans l'affaire était

précaire. Ainsi, celui qui invoque un déni de justice naturelle matérialisé par un délai excessif dans le déroulement de la justice doit avoir obéi à toutes les exigences de la loi (Woldu) : LeDain ne reniera pas le principe, mais manifestera sa distance à l'égard du requérant (« si je comprends bien », « il est douteux », « aurait pu permettre, mais »), utilisera des formes négatives incontournables (« n'avait aucune base », « on ne peut pas dire ») et rassurera son auditoire sur le bien-fondé de sa décision (« je suis en tous cas convaincu »). Ou encore, il dévalorisera l'intérêt économique d'un requérant (Syndicat international des marins) par des formes impersonnelles et minimisantes : « un cas particulier [...] ne confère pas nécessairement ».

Tout le non-dit, le présumé, le pris pour acquis qui sous-tend ce discours repose sur une conception de la démocratie où toutes les institutions, chacune dans sa sphère respective, doivent respecter les valeurs et les fondements de la démocratie parlementaire, comme la séparation des pouvoirs, dont l'application rigoureuse des principes de justice naturelle est garante.

II. Les interprétations post-Charte

Les interprétations post-Charte de l'expression « société libre et démocratique » par le juge LeDain sont concentrées sur une très courte période : quand il a quitté la Cour en 1988, quatre ans seulement s'étaient écoulés depuis l'affaire *Skapinker*²⁶, la première où l'un des bancs de ce tribunal, auquel ne participait cependant pas LeDain, ait abordé l'article 1, sans d'ailleurs définir la « société libre et démocratique ». Si l'on s'en tient aux décisions rédigées personnellement par LeDain, il n'a abordé l'expression entière directement qu'une seule fois et, indirectement, à deux reprises, à travers la définition de la liberté physique et celle de liberté d'association.

En fait, il a rédigé huit décisions post-Charte²⁷ : *Rahey, Smith, Stevens, Valente, Collins, Therens, Public Service* et *Thomsen*. Cependant, les cinq premières ne peuvent être d'aucune utilité pour notre analyse : *Rahey, Smith, Valente* et *Collins* parce qu'elles ne contiennent aucune mention de société, liberté ou démocratie ni, à plus forte raison, aucune interprétation de l'expression globale, et *Stevens* parce que les motifs du juge LeDain n'y portent que sur l'applicabilité de la Charte, ce qui laisse un corpus d'arrêts personnellement rédigés après la Charte par LeDain formé des trois dernières décisions mentionnées. On n'y retrouve aucune divergence réelle avec ses images pré-Charte, si ce n'est peut-être dans le ton du discours et, malgré les apparences, on peut sans doute en dire autant des interprétations qu'il a faites siennes — au moins dans leur contenu²⁸ — en sous-

²⁶*Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, 9 D.L.R. (4^e) 161.

²⁷L'analyse des décisions post-Charte portant sur les interprétations de « société libre et démocratique » et de « liberté » au sens de la Charte, il ne s'agit plus d'images véhiculées par des mentions expresses ou induites de l'implicite. Il n'y a donc plus lieu de souligner cette distinction, désormais inexistant, par l'usage de caractères ordinaires ou helvetica.

²⁸Nous avons cru au départ qu'un juge faisait aussi implicitement siennes les formes de raisonnement employées par ses collègues aux opinions desquels il souscrit. La très grande divergence de ces formes argumentatives des différents juges auxquels s'est rallié le juge LeDain nous empêche, au moins provisoirement jusqu'au terme d'une analyse plus poussée du corpus de ces

crivant²⁹ aux opinions de ses collègues : c'est tout au plus d'une évolution qu'il s'agit.

Dans *Thomsen*, où il rédige pour la première et la dernière fois une analyse complète de l'article 1, il décrira la société libre et démocratique d'abord comme un ensemble relationnel où l'imposition de l'alcootest est raisonnable, compte tenu du droit dont elle est implicitement assortie d'avoir recours à l'avocat à l'étape de l'éthylométrie. En assignant explicitement à cette interprétation, tout à fait compatible avec le contenu de l'image de société repérée dans son corpus pré-*Charte*, la même fonction de justification d'une mesure dissuasive (accroître les perceptions du danger de la conduite en état d'ébriété), il rejoint l'un des consensus les plus constants de la Cour, auquel il participera de nouveau dans *Lyons*, où le rôle protecteur du droit criminel à l'égard de la société est réaffirmé. La même vision de société comme ensemble relationnel se dégage de *Public Service*, où LeDain qualifie d'« intérêts opposés » à d'autres les droits à la négociation et à la grève dont on réclame la constitutionnalisation, non « méritée » à son avis ; il les reléguera au niveau inférieur de politiques législatives, un statut encadré par la société : ici comme dans le *Rapport*, la société apparaît alors — par l'utilisation de formules qui donnent de l'ampleur au raisonnement « non seulement [...] mais encore » — comme un tout personnifié que les individus mettent en danger et qui exerce un contrôle social pour conjurer ce danger.

On notera au surplus sa référence aux règles de justice naturelle (droit à l'avocat), intrinsèque à sa définition de démocratie, restée presque inchangée malgré les modifications importantes qu'a introduites à cet égard la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ainsi, si — par le truchement de suppressions (notamment du test de proportionnalité) et d'arguments réalistes fondés sur des statistiques pour justifier la restriction de la liberté au nom du contrôle social — LeDain présente la société libre et démocratique comme un lieu où la sécurité routière peut exiger l'alcootest, ailleurs il utilisera des formules définitoires entraînant d'autres définitions en chaîne, dans un processus globalement réducteur, pour définir l'alcootest comme une forme de détention et rejoindra le juge Lamer pour affirmer que la même raison ne saurait justifier la suppression de la présomption d'innocence (*Motor Vehicle*), confirmant là une conception tout à fait en harmonie avec celle du *Rapport sur l'usage non médical des drogues*.

Si l'on note une évolution entre les conceptions pré- et post-*Charte* de « société libre et démocratique » chez LeDain, il faut d'abord la lire dans son adhésion à la célèbre définition du juge Dickson dans *Oakes*, axée sur les cinq valeurs que l'on sait : respect de la dignité inhérente à la personne humaine, pro-

autres juges, de maintenir cette hypothèse assez fermement pour justifier l'inclusion dans notre analyse de ces formes argumentatives que le juge LeDain n'a pas rédigées lui-même.

²⁹Certaines décisions auxquelles il souscrit et qui contiennent des mentions expresses de liberté ou de société libre et démocratique n'ont pu être retenues à cause du caractère obligé et rituel des mentions de liberté incluses dans l'expression « la Charte des droits et libertés », et du caractère incantatoire que revêt l'expression « société libre et démocratique » lorsqu'elle est utilisée dans la citation de l'article 1 de la *Charte*, ce qui les rendait inutiles et sans signification pour les fins de notre analyse.

motion de la justice et de l'égalité, pluralisme, tolérance et participation démocratique. Mais il s'agit plus d'une explicitation que d'une différence, car son image pré-*Charte* de société comme entité personnifiée adhérant à des valeurs qualifiait ces valeurs de collectives, individuelles, spirituelles, morales (réitérées dans *Dolphin*) ou même politiques ou économiques, mais ne les identifiait pas. Dès lors l'énumération de *Oakes*, dont les trois derniers éléments sont d'ailleurs repris avec son accord dans *Edwards Books*, ne contredit pas sa conception antérieure et n'y ajoute même rien, dans la mesure où son contenu restait indéterminé : il a seulement été précisé.

À d'autres égards aussi sa conception de société s'est également précisée, mais alors négativement en comparaison des images livrées par son corpus pré-*Charte*, et cela dans le domaine du droit du travail où elle semblait la plus ouverte : de l'opinion du juge McIntyre dans *Dolphin*, qu'il a cosignée, émerge une image de société tolérant les conflits de travail comme corollaire des négociations collectives, mais dont l'intérêt exige la réglementation et la limitation du piquetage.

Ses interprétations de liberté peuvent nous servir de fil conducteur à cet égard. Concédant avec réticence (« même s'il est évident que ») la constitutionnalisation des libertés, même lorsqu'elles ont conservé la formulation que leur donnait la *Déclaration canadienne* (Therens) et leur évolution, lorsqu'elles sont nouvellement formulées comme la liberté de circulation et d'établissement (Metropolitan Stores), il souligne l'obligation pour les tribunaux de les protéger (Metropolitan Stores, Therens) : mais pour lui les libertés fondamentales n'incluent pas le droit de négocier et de faire la grève (Public Service).

Ce dernier énoncé est formulé au moyen d'arguments où la liberté d'association est connotée de sèmes mélioratifs : qualifiée de « concept » — une expression qu'il emploie ailleurs à l'égard de la démocratie, axe central de sa pensée juridique et politique — la liberté d'association, « particulièrement importante pour l'exercice d'autres libertés », doit être analysée « dans une perspective plus large ». Au contraire, c'est péjorativement qu'il qualifiera les activités visées par l'objet de la demande : en examinant « l'extension » des garanties constitutionnelles à la négociation et à la grève, il parlera des « prétendues exigences d'un syndicat » à propos de droits « contemporains » et, comme par voie de conséquence, « non fondamentaux ».

Comme mécanisme complémentaire de justification de la retenue judiciaire, il fera appel à un syllogisme tronqué basé sur l'opposition occultée entre une inclusion (les libertés de conscience, de religion et d'expression participent de la liberté d'association) et une exclusion (la liberté de négociation et le droit de grève n'en font pas partie), dont les motifs, largement incompatibles, font conséquemment l'objet d'une suppression. Dans le même but, il supprimera également toute référence aux principes déjà établis d'interprétation de la *Charte*, ce qui lui permet de donner ici (Therens) un sens large au droit à l'avocat, et là (Public Service), un sens étroit à la liberté d'association.

Formellement, il n'y a pas là de contradiction avec l'affirmation du droit d'accréditation, constante dans ses décisions de la Cour fédérale, mais on ne

peut pas ne pas constater un changement d'attitude très perceptible dans ce long passage de *Public Service*, qu'il faut citer en entier :

Ce qui est en cause en l'espèce est non pas l'importance de la liberté d'association en ce sens, qui est celui que je prête à l'al. 2d) de la *Charte*, mais la question de savoir si une activité particulière qu'exerce une association en poursuivant ses objectifs, doit être protégée par la Constitution ou faire l'objet d'une réglementation par voie de politiques législatives. Les droits au sujet desquels on réclame la protection de la Constitution, savoir les droits contemporains de négocier collectivement et de faire la grève, qui comportent pour l'employeur des responsabilités et obligations corrélatives, ne sont pas des droits ou libertés fondamentaux. Ce sont des créations de la loi qui mettent en jeu un équilibre entre des intérêts opposés dans un domaine qui, les tribunaux l'ont reconnu, exige une compétence spéciale [à la p. 391].

Pour comprendre cette conception de liberté, particulièrement restrictive en matière de droit du travail — et, en cela même, étonnante pour le lecteur attentif de la jurisprudence antérieure de LeDain en Cour fédérale —, il faut s'arrêter au contexte de son énonciation, où sa portée est limitée par sa conception de démocratie, centrale à sa pensée et dont il concède la modification constitutionnelle avec une réticence tenant cette fois de la négation. Attaché à une démocratie conceptualisée par la séparation des pouvoirs et matérialisée par la suprématie parlementaire, il ne se rallie pas vraiment à la démocratie bipolaire instaurée par la *Loi constitutionnelle de 1982*, où les juges participent dorénavant beaucoup plus visiblement à la normativité³⁰, et refuse toute interprétation large de la liberté d'association qui entraînerait le juge à s'immiscer trop profondément dans le processus législatif, comme le montre bien la suite du passage cité ci-haut :

Il est étonnant que, dans un domaine où cette Cour a affirmé un principe de retenue judiciaire pour ce qui est de contrôler les mesures administratives, nous devons examiner la possibilité de substituer notre opinion à celle du législateur en constitutionnalisant, en termes généraux et abstraits, des droits que le législateur a jugé nécessaire de définir et d'édulcorer de diverses façons selon le domaine particulier des relations de travail en cause. La nécessité qui résulte d'appliquer l'article premier de la *Charte* à l'examen d'une mesure législative particulière dans ce domaine démontre, à mon avis, jusqu'à quel point la Cour devient appelée à assumer une fonction de contrôle de politiques législatives qu'elle n'est vraiment pas faite pour assumer [aux pp. 391-92].

Quand, souscrivant aux opinions de ses collègues, LeDain définit la liberté individuelle dans un autre contexte, lié au droit criminel ou pénal, sa vision est plus large, presque plus large, même, à certains égards que ses images pré-*Charte* : distincte, en tant que liberté physique, de la sécurité et de la vie protégée par l'article 7 de la *Charte* (Motor Vehicle), elle repose sur le respect de la dignité des droits inviolables de l'être humain (Edwards Books), et fonde la démocratie et le développement des institutions politiques, sociales et éducatives des sociétés occidentales (Dolphin). Elle ne saurait donc être atteinte par des lois injustes ou arbitraires (Jones), ni sacrifiée à la commodité administra-

³⁰Sur ce sujet, voir A. Lajoie, « Schachter ou la retenue judiciaire comme antithèse de la neutralité » dans *Actes des Journées Strasbourgeoises, Droits de la personne : l'émergence de droits nouveaux*, Cowansville, Yvon Blais, 1992, 525.

tive, si ce n'est très exceptionnellement (Motor Vehicle), même si, sous certaines réserves, elle peut subir certaines restrictions au nom de valeurs que l'auteur du *Rapport sur l'usage non médical des drogues* lui assignait déjà comme limites : la sécurité, l'ordre, la santé (Edwards Books).

III. Le sens des variations

La pensée juridique et politique du juge LeDain est marquée d'une extrême cohérence. Axée dans le domaine public sur une notion très exigeante de démocratie et sur son corrolaire juridique, le contrôle judiciaire de l'administration, elle est centrée dans le domaine privé sur l'égalité des chances et la méritocratie, enracinées dans des valeurs familiales très fortes. Ce noyau dur de sa pensée, très articulé, traverse tout son corpus : invariable, il provoque et explique même certaines des variations, au demeurant peu accentuées, que subissent, selon le contexte de leur énonciation, ses notions de société et de liberté — car celle de démocratie reste constante.

Les variations les plus importantes dans le contenu de ces notions n'ont pas été, comme c'est le cas pour le juge Dickson, induites par l'introduction de la *Charte* dans la Constitution : entre les images pré-*Charte* et les interprétations post-*Charte*, comme on vient de le voir, on ne note qu'une légère évolution, qualifiable de changement — et encore — seulement à propos du concept de liberté. Les variations significatives se situent avant la *Charte*, surtout sur le plan de la notion de société et, à un degré moindre, de liberté. Confirmant les hypothèses pérelmaniennes, elles sont d'abord reliées, quant à leur contenu, aux auditoires auxquels elles sont destinées et, secondairement, au contexte normatif dans lequel elles s'inscrivent, deux facteurs qui influent plus encore sur les fonctions attribuées par le discours à ces différentes images de société et liberté.

A. Une très grande cohérence pré/post-*Charte*

Ce qui frappe au premier abord c'est donc davantage la cohérence et la constante univocité du sens de démocratie, à la fois concept et processus constitutionnel, inscrit dans un ordre juridique dont les fondements résident dans la souveraineté parlementaire et la séparation des pouvoirs et son corrolaire, le contrôle judiciaire de l'administration. Le lien très serré entre ces éléments, où domine la souveraineté parlementaire, débouche sur une conception du pouvoir judiciaire comme gardien de la légalité des actes de l'administration, cependant sans prise sur la constitutionnalité de l'activité législative, compte tenu par ailleurs de la séparation des pouvoirs et surtout de la suprématie du Parlement.

C'est une conception à laquelle la modification du contexte normatif, résultant ici de l'avènement de la *Charte*, ne changera rien en pratique : si LeDain admet que les tribunaux se sont vu attribuer et même imposer le contrôle constitutionnel de la légalité, il ne se résignera pas à l'exercer dans les faits, estimant que « la Cour devient appelée à assumer une fonction de contrôle de politiques législatives qu'elle n'est vraiment pas faite pour assumer » (Public Service à la p. 392). Cette conviction est si profonde qu'elle induira une variation dans le concept de liberté de l'auteur : plutôt que de maintenir une notion

de liberté qui l'amènerait à intervenir dans ce qu'il considère comme le domaine du législateur, il la réduira de manière à justifier sa retenue judiciaire à l'égard des limites imposées par voie législative à ce droit garanti par la Constitution, maintenant ainsi l'intégrité de sa notion de démocratie parlementaire.

Si l'on peut parler de changement dans sa pensée après la *Charte*, c'est donc à propos de son concept de liberté, d'ailleurs en référence au ton du discours, à la coloration qui s'en dégage, plus qu'à son contenu. Car si, en refusant de constitutionnaliser les droits de négociation et de grève comme éléments intrinsèques à la liberté d'association, LeDain produit des effets sociaux différents de ceux qu'il valorisait dans son commentaire d'arrêt et dans ses décisions pré-*Charte* en matière de droit du travail, il ne se met pas pour autant en contradiction flagrante avec ses positions antérieures. Car on peut très bien, sur le plan de la logique formelle, refuser la constitutionnalisation d'un droit que l'on favorise par ailleurs : ce que fait LeDain pour se justifier de ne pas exercer le contrôle constitutionnel, finalement incompatible, au moins en pratique, avec sa vision de la démocratie parlementaire.

Sa notion de société aura encore moins varié avec l'adoption de la *Charte* : on retrouve en effet après la *Charte* toutes les images proposées pour la société dans son discours pré-*Charte*, et tout au plus peut-on qualifier d'évolution transitive les précisions — axées sur les valeurs de dignité, justice, égalité, pluralisme, tolérance et participation démocratique — dont elle sera l'objet, d'ailleurs à travers le discours d'autres juges aux décisions desquels LeDain souscrira.

Si le corpus post-*Charte* de LeDain était plus abondant, on pourrait être tenté d'induire un certain nombre de conclusions de la faiblesse des variations enregistrées entre ses images pré-*Charte* et ses interprétations post-*Charte*. Par exemple, on pourrait poser l'hypothèse que les auditoires de la Cour d'appel fédérale et de la Cour suprême ne diffèrent pas beaucoup ou, si au contraire on arrivait à la conclusion que, dans les faits, ils diffèrent néanmoins, devoir chercher pourquoi cette différence n'a pas d'effet chez LeDain, alors qu'elle en induit au contraire d'importants dans le corpus du juge Dickson³¹.

La minceur de son corpus post-*Charte* ne permet pas d'exprimer de véritables conclusions à ce propos, mais la comparaison avec le corpus de Dickson suggère une explication. En effet, dans le cas du juge Dickson, déjà à la Cour suprême depuis longtemps avant l'avènement de la *Charte*, le changement de forum ne jouait forcément aucun rôle dans les variations repérées entre ses images pré-*Charte* et ses interprétations post-*Charte*, qui s'expliquaient dès lors à la fois par le changement du contexte normatif — l'avènement de la *Charte* — et surtout par le changement dans les attentes des auditoires qui avait accompagné l'avènement de la *Charte*. Comment expliquer que ce changement d'attentes auquel faisait aussi face LeDain n'ait pas induit chez lui les mêmes variations dans sa conception de société libre et démocratique ? Il faut sans doute

³¹Voir A. Lajoie, H. Quillinan et S. Grammond, « Dickson before and after the Charter: Images of a Free and Democratic Society », (1992) dans D. Guth, dir., *The Dickson Years 1973-1990*, à paraître chez Carleton University Press, Ottawa, 1993.

chercher la réponse dans son attachement exceptionnel à la suprématie parlementaire.

B. *Des variations pré-Charte liées aux auditoires et aux contextes*

Au contraire, à l'intérieur de son corpus pré-Charte, le terme de société présente une grande richesse polysémique, dont les usages alternatifs varient d'abord selon les auditoires. La première image repérée, et la plus fréquente, celle de société comme ensemble relationnel, est la plus simplement descriptive, la plus réaliste : rien d'étonnant en conséquence à ce qu'elle n'apparaisse dans le *Rapport* que dans la doctrine et la jurisprudence, selon une incidence décroissante dans cet ordre. Ce n'est pas le cas de la société comme un tout personnifié ou réifié, totalement absente de la jurisprudence, ou de la société comme lieu, absente au contraire de la doctrine. Ces résultats seront d'autant plus significatifs qu'on les retrouve aussi dans le corpus du juge Lamer³², où l'on note la même différence entre sa jurisprudence et sa contribution à la Commission de réforme du droit.

Qu'est-ce à dire, sinon que ces variations très perceptibles dans les images auxquelles réfère le mot « société » sont liées aux auditoires auxquels s'adressent les discours respectifs où l'expression est utilisée puisque, c'est évident, l'auditoire d'un juge n'est pas celui d'un président de commission ni celui d'un professeur de droit ? Pour saisir la portée de cette affirmation, il faut se rapporter brièvement à la théorie de Perelman et à ses hypothèses explicatives du discours judiciaire.

Dans *La motivation des décisions de justice*³³, Perelman et Foriers posent que le juge s'adresse à deux auditoires. Le premier, l'auditoire universel, composé des parties, de leurs avocats, des médias et de la société en général, recherche avant tout l'équité. Le second, qualifié à l'opposé de particulier, comprend la communauté juridique : autres avocats, barreaux, autres tribunaux, magistrature, administration publique, professeurs et autres juristes ; ses attentes s'expriment en termes de cohérence du droit. Selon Perelman, le juge formule le droit et choisit les valeurs qu'il y inscrit en fonction des attentes de ces deux auditoires, qu'il a par ailleurs pour rôle de réconcilier. Le plus étonnant est encore que LeDain, ignorant des travaux de Perelman à l'époque, décrive le rôle du juge presque dans les mêmes termes dans l'article qu'il consacre en 1974 à Sir Lyman Duff, où il s'objecte aux méthodes quantitatives d'analyse de la jurisprudence qui, dit-il, ne rendent pas justice « to the hard professional task of considering the implications for the shape of the law while attempting to do justice to the instant case » (Duff à la p. 262).

Pour les fins de la présente étude, nous ne cherchions pas à déterminer les valeurs auxquelles les juges se réfèrent dans leurs images et leurs interprétations de société libre et démocratique, ni à cerner comment ils réconcilient les attentes de leurs différents auditoires, mais plus modestement à vérifier si ces images et

³²Et peut-être aussi dans celui d'autres juges, ce que nous ne pourrions vérifier qu'au terme de nos travaux.

³³Voir *supra* note 12.

ces interprétations variaient selon ces attentes. Dans ce but, nous avons appliqué le concept d'auditoire aux lieux d'énonciation du corpus du juge LeDain. D'abord en cernant, à travers les influences du juge Lamer sur le juge Dickson notées lors de notre analyse du corpus de ce dernier³⁴, un troisième auditoire pour les juges des tribunaux collégiaux : la Cour constitue alors son propre auditoire ou — pour exprimer les choses autrement — le tribunal constitue le premier auditoire auquel s'adresse, pour le convaincre, chacun des juges qui le composent, comme on peut l'observer dans les manœuvres discursives déployées par chacun d'entre eux pour rallier une majorité. Ensuite, en constatant que l'auditoire d'un auteur de doctrine, libéré du contexte contentieux, se résume à l'auditoire particulier constitué de la communauté juridique et ne l'oblige pas à réconcilier les intérêts variés présents dans la société globale à laquelle s'adresse un président de commission, tenu par ailleurs d'être attentif au moins aux attentes du gouvernement et de l'administration dont il détient son mandat, si ce n'est aussi à celles de la communauté juridique, également préoccupée par les résultats de ses travaux. C'est avec cet arrière-plan en tête qu'il convient d'examiner les images de société que recèlent les différentes parties du corpus de LeDain.

S'agissant en premier lieu du *Rapport sur l'usage non médical des drogues*, il s'adresse à un auditoire aussi vaste que celui des tribunaux, dont les attentes sont à la fois variées et conflictuelles, bien qu'elles se posent non pas en termes d'équité/cohérence du droit, mais de criminalisation/décriminalisation, punition/traitement, protection/contrôle social/liberté individuelle. Rien d'étonnant dans ces circonstances à ce qu'il fasse appel à toutes les images de société dont il dispose dans des fonctions caractéristiques de ce genre de document.

D'abord, un ensemble relationnel où la société, les individus et les groupes interagissent et qui assume dans le discours une fonction causale, explicative des problèmes que la commission doit analyser et auxquels elle doit trouver des solutions. Un tout réifié aussi, image moins fréquente mais analogue dans sa fonction, celle d'un cadre d'analyse pour les problèmes éthiques, juridiques, économiques, philosophiques et moraux, un objet de recherche à titre de facteur causal, parmi d'autres, de l'abus des drogues. Ensuite — et c'est l'image dominante du *Rapport* même si elle n'est pas la plus fréquente —, un tout personnifié, structuré, évolutif, qui adhère à des valeurs, affiche des attitudes et des comportements, encourt des risques et des problèmes, pour lesquels il doit chercher des solutions. La fonction rhétorique de cette image réside surtout dans la justification des solutions proposées par la commission pour régler les problèmes analysés : à la fois invitation au changement et légitimation du contrôle social et de l'intervention de l'État aussi bien que de leurs limites. Enfin, visant le même but, l'image la plus fermée, celle de la société comme lieu : celui où les usagers pourraient subir leur peine, même si les jeunes qui ont déjà purgé leur sentence sont impatients de la réintégrer ; un lieu aussi où l'habitude de boire est acceptée, où il y a pourtant beaucoup à faire à part se droguer, comme exercer des activités bénévoles.

³⁴Voir *supra* note 31.

La doctrine connote également les trois premières images, mais dans des fonctions différentes : l'ensemble relationnel cautionne l'invitation au changement, un changement encadré par la société vue comme un tout personnifié, alors que le tout réifié est proposé comme objet d'étude aux étudiants en droit et présenté comme un facteur d'interprétation du Code civil, de définition des politiques de bilinguisme au Canada, et plus généralement comme facteur de spécification du contenu du droit. L'image la plus négative, celle de la société comme lieu, est absente de la doctrine de LeDain : elle n'aurait aucune utilité dans un contexte où l'auteur n'a pas à se justifier de propositions impopulaires.

Compte tenu de la rareté de cette dernière image dans l'ensemble du corpus, elle est au contraire relativement plus présente dans la jurisprudence, où l'incidence de toutes les images de société est par ailleurs peu fréquente. Elle y sert précisément de justification à l'égard de décisions défavorables aux parties, faisant de la société un territoire fermé où l'immigration est un privilège.

Il n'y a pas que le terme société pour lequel on enregistre des variations dans le corpus pré-*Charte* de LeDain ; c'est aussi le cas du mot liberté, dont les deux sens correspondent aussi à deux emplois différents.

Les mentions du terme liberté au sens de « liberté juridique » sont rares dans la doctrine et même la jurisprudence, et complètement absentes du *Rapport*. Ce concept, dans sa formulation technique, ne s'adressant pas en principe à un auditoire universel, on comprendra que LeDain — déjà réticent à y donner accès dans le contexte judiciaire — n'y ait pas eu recours dans le *Rapport*. C'est à l'auditoire particulier que constitue la communauté juridique qu'il s'adresse lorsqu'il l'utilise aussi bien dans la doctrine — où il assigne plus particulièrement à la liberté de conscience, de religion et d'expression une fonction de support de son concept de démocratie —, que dans la jurisprudence où son emploi varie selon que les libertés y sont implicites, comme en droit du travail — la liberté d'association servant de fondement à l'accréditation — ou exprimées, et alors leur déni sera utilisé comme justification d'un rejet de pourvoi. Dans les deux cas, ces arguments techniques visent un auditoire de juristes.

C'est au contraire à l'auditoire universel du *Rapport* qu'il réserve son discours sur la liberté individuelle, complètement absente de ses décisions pré-*Charte* et rares dans la doctrine. Pour LeDain, la liberté individuelle n'est pas un droit absolu ; elle est soumise au bien commun : condition de l'ordre social et objet d'apprentissage ou de privation et réapprentissage, elle alimente alternativement des arguments de justification du contrôle social ou de légitimation de ses limites, arguments adressés au gouvernement et à la population, pour les convaincre respectivement d'appliquer et d'accepter les recommandations de la commission.

Conclusion

La partie des hypothèses pérelmaniennes que nous nous étions donnée pour objectif de vérifier est donc largement confirmée dans le corpus du juge LeDain : le sens attribué par son discours aux mots société et liberté varie selon les auditoires, mais aussi selon le contexte factuel et surtout normatif. Le contenu des images varie dans son corpus pré-*Charte* selon les auditoires auxquels il est destiné, et plus encore les fonctions attribuées à ces images respectives

dans le discours argumentatif, car la même image sera utilisée à des fins différentes — si ce n'est tout à fait opposées — selon les auditoires et le lieu d'où LeDain s'adresse à lui, un lieu défini non seulement de façon institutionnelle, mais également normative. Ce ne sont pourtant pas tant les changements dans le droit qui entraînent des modifications dans les images de société libre et démocratique chez LeDain : ni la *Déclaration canadienne* ni la *Charte* n'ont cet effet sur son discours, mais plutôt le domaine du droit. Ses notions de libertés juridiques et surtout la fonction qu'il leur assigne ne sont pas les mêmes en droit du travail que dans les autres domaines, notamment en matière d'immigration.

Mais tout comme la faible amplitude des variations pré/post *Charte*, l'invariance du concept de démocratie, même à l'égard d'auditoires différents dans la période pré-*Charte*, suggère de nuancer ces résultats en tenant compte de l'importance d'un concept dans la pensée d'un juge : on pourrait avancer que plus le concept y occupe une place centrale, axiologique, moins son contenu varierait au gré des auditoires. Bien sûr, cet énoncé devra être vérifié sur d'autres corpus avant d'être qualifié même d'hypothèse documentée. Ce n'est, pour l'instant, qu'une piste.

Par ailleurs, l'une des pistes suggérées par notre analyse du corpus du juge Dickson, selon laquelle les tribunaux collégiaux constitueraient le premier auditoire de leurs membres, et donc un troisième auditoire venant s'ajouter à ceux qu'avait identifiés Perelman, tend à se confirmer aussi dans le corpus de LeDain, et cela à partir de deux exemples. Le premier réfère à son comportement à la Cour d'appel fédérale lorsque, ayant souscrit momentanément à la majorité en matière de contrôle judiciaire à son arrivée à ce tribunal, il a fort habilement orienté progressivement par la suite son discours de façon à convaincre et rallier ses collègues au concept d'équité administrative. Le second s'exprime dans cette allusion ironique aux contradictions de ses collègues par laquelle il motive, dans *Public Service*, son rejet du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois :

Il est étonnant que, dans un domaine où cette Cour a affirmé un principe de retenue judiciaire pour ce qui est de contrôler les mesures administratives, nous devions examiner la possibilité de substituer notre opinion à celle du législateur en constitutionnalisant, en termes généraux et abstraits, des droits que le législateur a jugé nécessaire de définir et d'édulcorer de diverses façons selon le domaine particulier des relations de travail en cause [à la p. 391].

Enfin, à défaut de pouvoir induire les images à partir des formes argumentatives et langagières³⁵, nous avons tenté de vérifier le rapport de ces formes dans le discours de LeDain à ses images de société libre et démocratique et aux fonctions respectives qu'il leur assigne. En fait, il s'agissait de porter attention à certaines associations plus fréquentes, à certaines récurrences, pour alimenter une réflexion ultérieure sur ce sujet. Au terme de l'opération, on constate que l'éventail des formes langagières et discursives de LeDain est fort large et présente à la fois certaines associations fréquentes avec certaines fonctions argumentatives et, dans deux cas au moins, une récurrence qui semble caractéristique probablement du style de l'auteur ou peut-être même de situations argu-

³⁵Voir sur ce sujet notre introduction, ci-dessus.

mentatives plus générales. Nous ne sommes en mesure de faire là-dessus aucune affirmation en l'absence de vérification éventuelle sur d'autres corpus³⁶.

D'abord, les récurrences très fréquentes. Il s'agit en premier lieu de la retenue judiciaire, presque toujours appuyée par des syllogismes tronqués. Sans qu'il nous soit possible d'affirmer en retour que les syllogismes tronqués débouchent toujours, chez LeDain au moins, sur une expression de retenue judiciaire, la coïncidence des deux est assez fréquente pour nous alerter à la possibilité d'une telle retenue dès qu'apparaît un syllogisme tronqué, et nous inciter à vérifier chaque fois l'existence éventuelle d'une corrélation. On note ensuite l'association fréquente de cette forme, le syllogisme tronqué, avec d'autres formes de suppression dans le raisonnement et, ailleurs, la suppression récurrente des faits, et par conséquent du fondement d'équité, pour légitimer le contrôle social ou une décision judiciaire défavorable à un demandeur. Dans ce dernier cas, cette suppression des faits est souvent associée à une structure dialogique du jugement, où les motifs du juge sont opposés aux arguments de l'appelant, dont la demande ne survit jamais au procédé.

Viennent ensuite, dans le discours de LeDain, les formes définitives, prescriptives, performatives dont l'effet directionnel vise l'inclusion ou l'exclusion de personnes ou de groupes à l'égard de protections sociales ou juridiques. C'est également d'effet directionnel qu'il faut parler à propos de formes amplificatrices, de doubles affirmations ou négations orientant vers — et justifiant d'avance — des solutions controversées. Des formes réalistes³⁷, des arguments fondés sur la structure du réel, visent aussi, à travers des effets également directionnels, la justification, mais cette fois du changement social, alors que le contrôle social, lui, sera justifié par des arguments au contraire formalistes, des tournures impersonnelles dans un discours évoluant vers la fermeture. Enfin, une dernière forme, très caractéristique du style de LeDain, mérite d'être soulignée : c'est l'usage, parfois l'accumulation, d'épithètes émotives, de qualificatifs favorables et défavorables que la linguistique désigne sous les termes de sèmes mélioratifs et péjoratifs. Ils véhiculent des jugements plus souvent moraux qu'esthétiques, et cherchent l'approbation de l'auditoire universel, surtout dans le *Rapport*, et surtout à propos des valeurs familiales ou canadiennes.

Enfin, au-delà de ces résultats très concrets de notre démarche, en termes d'hypothèses confirmées et nuancées et de pistes de réflexion tracées, l'acquis le plus important pour nous se situe sur le plan de l'occasion qui nous a été donnée de pénétrer aussi profondément l'univers intellectuel d'un juriste exceptionnel, attaché à une forme de libéralisme très particulière où l'égalité et surtout la démocratie parlementaire priment sur la liberté individuelle, d'un juriste exceptionnellement fidèle à travers toute sa carrière, dans ses écrits comme dans sa pratique, aux valeurs d'égalité des chances et d'égalité devant la loi.

³⁶Notre étude sur le corpus du juge Beetz sera sans doute utile pour documenter ces pistes, mais ne saurait suffire, même en cas de concordance, à appuyer adéquatement l'affirmation.

³⁷L'école réaliste américaine et celle des *Critical Legal Studies*, sans faire une véritable analyse du discours, ont distingué entre les décisions basées sur un syllogisme (arguments formalistes) et celles qui se fondent sur leurs propres conséquences prévisibles (arguments réalistes). Nous avons cru utile d'intégrer ici ces concepts à une analyse plus classique du discours.

ANNEXE

CORPUS DE GERALD LEDAIN

Notre analyse a d'abord porté sur la totalité des écrits juridiques pré- et post-*Charte* de Gerald LeDain. Cependant, au terme d'une première lecture, nous avons écarté un certain nombre de décisions où n'apparaissait, à notre connaissance, aucune mention expresse de « société », « liberté » ou « démocratie » et où l'analyse de l'implicite ne s'annonçait pas non plus prometteuse. Le groupe de décisions retenues au terme de cette opération a été qualifié, par le juge LeDain lui-même, de représentatif de son œuvre. D'autre part, dans la période post-*Charte*, où il s'agit d'analyser spécifiquement les interprétations de l'expression constitutionnalisée « société libre et démocratique », nous nous sommes limitées aux décisions relatives à la *Charte* qui abordaient cet élément de l'article premier. Les titres, dans chaque catégorie, apparaissent en ordre chronologique. Les mentions en caractères gras désignent les abrégés utilisés comme références dans le texte qui précède.

I – RAPPORT

Rapport final de la Commission d'enquête sur l'usage non médical des drogues, Ottawa, Information Canada, 1973.

II – DOCTRINE

a) Articles

« The **Twilight** of Judicial Control in the Province of Quebec ? » (1952) 1 R.D. McGill 1.

« The **Transfer of Property** and Risk in the Sale of Fungibles » (1954-55) 1 R.D. McGill 237.

« **Security** upon Moveable Property in the Province of Quebec » (1956) 2 R.D. McGill 77.

« The **Supervisory Jurisdiction** in Quebec » (1957) 35 R. du B. can. 788.

« **Teaching Methods** in the Civil-Law Schools » (1957) 17 R. du B. 499.

« The **Real Estate Broker** » (1958) 4 R.D. McGill 219.

« The **Theory and Practice** of Legal Education » (1961) 7 R.D. McGill 192.

« Concerning the Proposed Constitutional and Civil Law Specialization at the **Supreme Court Level** » (1967) 2 R.J.T. 107.

« Reflections on the **Canadian Constitution** After the First Century » (1967) 45 R. du B. can. 402.

« The **Quest for Justice** : The Role of the Profession » (1969) 19 U.N.B.L.J. 18.

« Sir Lyman **Duff** and the Constitution » (1974) 12 Osgoode Hall L.J. 261.

« The Role of the **Public Inquiry** in Our Constitutional System » dans J.S. Ziegel, dir., *Law and Social Change*, Toronto, Osgoode Hall Law School, York University, 1973, 79.

« **1976 Convocation** of Osgoode Hall Law School of York University » (1976) 10 :3 Law Society of Upper Canada Gazette 221.

« F.R. Scott and Legal Education » (1981) 27 R.D. McGill 1.

b) *Critiques de livres*

Compte rendu : *Banking and Bills of Exchange* par J.D. Falconbridge (1956) 3 R.D. McGill 113.

Compte rendu : *Executive Discretion and Judicial Control : An Aspect of the Conseil d'État* par C.J. Hamson et *French Administration Law and the Common Law World* par Bernard Schwartz (1955) 33 R. du B. can. 742.

Compte rendu : *The History of Negotiable Instruments in English Law* par J.M. Holden (1956) 34 R. du B. can. 495.

Compte rendu : *The Law of Banking and the Canadian Bank Act* par I.G.G. Baxter (1956) 34 R. du B. can. 1083.

c) *Commentaire d'arrêt*

Chronique de jurisprudence : *Alliance des professeurs catholiques de Montréal c. Québec (Commission de relations ouvrières)* (1953) 31 R. du B. can. 821.

III – JURISPRUDENCE

a) *Pré-Charte*

Denis c. R., [1976] 1 C.F. 499 (C.A.).

Zong c. Canada (Commissaire des pénitenciers), [1976] 1 C.F. 657 (C.A.).

Bambrough c. Canada (Commission de la Fonction publique), [1976] 2 C.F. 109 (C.A.).

Rothman de Pall Mall Canada Ltée c. M.R.N. [N° 1], [1976] 2 C.F. 500 (C.A.).

Rothman de Pall Mall Canada Ltée c. M.R.N. [N° 2], [1976] 2 C.F. 512 (C.A.).

Syndicat international des marins canadiens c. C.N., [1976] 2 C.F. 369 (C.A.).

M.R.N. c. Canadian Glassine Co., [1976] 2 C.F. 517 (C.A.).

Francis c. Canada (Ministre de la main d'œuvre et de l'immigration), [1977] 1 C.F. 66 (C.A.).

Pirotte c. Canada (Commission d'assurance-chômage), [1977] 1 C.F. 314 (C.A.).

Rondeau c. Simard, [1977] 1 C.F. 519 (C.A.).

Chalikiopoulos c. Ministre de la Main d'œuvre et de l'Immigration, [1977] 1 C.F. 575 (C.A.).

Canada (Ministre de la main d'œuvre et de l'immigration) c. Tsiafakis, [1977] 2 C.F. 216 (C.A.).

Saskatchewan Power Corp. c. TransCanada Pipelines Ltd., [1977] 2 C.F. 324 (C.A.).

Canada (Directeur nommé en vertu de la Loi anti-inflation) c. Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 1369, [1977] 2 C.F. 594 (C.A.).

Alleyne c. Canada (Ministre de la main d'œuvre et de l'immigration), [1977] 2 C.F. 615 (C.A.).

Canada (P.G.) c. Canada (Commission des relations de travail dans la Fonction publique), [1977] 2 C.F. 663 (C.A.).

Stewart c. Canada (Commission des relations de travail dans la Fonction publique), [1978] C.F. 133 (C.A.).

Royal American Shows Inc. c. M.R.N., [1978] 1 C.F. 72 (C.A.).

Re CP et un service de barges porte-wagons (Lac Kootenay), [1978] 1 C.F. 785 (C.A.).

Syndicat Général du Cinéma et de la Télévision c. R., [1978] 1 C.F. 346 (C.A.).

Interprovincial Pipe Line Ltd. c. Canada (Office national de l'énergie), [1978] 1 C.F. 601 (C.A.).

Caccamo c. Canada (Ministre de la main-d'œuvre et de l'immigration), [1978] 1 C.F. 366 (C.A.).

Canada (Institut professionnel de la Fonction publique) c. Canada (Directeur en vertu de la Loi anti-inflation), [1978] 2 C.F. 30 (C.A.).

Proulx c. Canada (Commission des relations de travail dans la Fonction publique), [1978] 2 C.F. 133 (C.A.).

Duplessis c. Canada (Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique), [1978] 2 C.F. 355 (C.A.).

Woldu c. Canada (Ministre de la main-d'œuvre et de l'immigration), [1978] 2 C.F. 216 (C.A.).

Association des Gens de l'air du Québec Inc. c. Lang, [1978] 2 C.F. 371 (C.A.).

Laurent c. Perron, [1978] 2 C.F. 450 (C.A.).

Danch c. Nadon, [1978] 2 C.F. 484 (C.A.).

Oloko c. Canada (Emploi et immigration), [1978] 2 C.F. 593 (C.A.).

Louhisdon c. Canada (Emploi et immigration), [1978] 2 C.F. 589 (C.A.).

Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. R., [1979] 1 C.F. 39 (C.A.).

McCarthy c. Canada (Ministre de l'emploi et de l'immigration), [1979] 1 C.F. 121 (C.A.).

Perrault c. R., [1979] 1 C.F. 155 (C.A.).

Alvarez c. Canada (Ministre de la main-d'œuvre et de l'immigration), [1979] 1 C.F. 149 (C.A.).

Georgas c. Canada (Ministre de l'emploi et de l'immigration), [1979] 1 C.F. 349 (C.A.).

Inuit Tapirisat of Canada c. Le très honorable Jules Léger, [1979] 1 C.F. 710 (C.A.).

Lodge c. Canada (Ministre de l'emploi et de l'immigration), [1979] 1 C.F. 775 (C.A.).

Yukon Conservation Society c. Canada (Office national de l'énergie), [1979] 2 C.F. 14 (C.A.).

Shell Canada Ltd. c. Canada (Ministre de l'énergie, des mines et des ressources), [1979] 2 C.F. 367 (C.A.).

Bullion c. Canada (Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique), [1980] 2 C.F. 110 (C.A.).

Association canadienne des employés du transport aérien c. Eastern Provincial Airways (1963) Ltd., [1980] 2 C.F. 512 (C.A.).

Administration de pilotage du Pacifique c. Alaska Trainship Corp., [1980] 2 C.F. 54 (C.A.).

Francis c. Canada (Conseil canadien des relations de travail), [1981] 1 C.F. 225 (C.A.).

Croy c. Canada (Commission de contrôle de l'énergie atomique), [1981] 1 C.F. 515 (C.A.).

Canada (P.G.) c. Murby, [1981] 1 C.F. 713 (C.A.).

North Canada Air Ltd. c. Canada (Conseil canadien des relations de travail), [1981] 2 C.F. 399 (C.A.).

North Canada Air Ltd. c. Canada (Conseil canadien des relations de travail), [1981] 2 C.F. 407 (C.A.).

R. c. Khan, [1981] 2 C.F. 454 (C.A.).

Kang c. Canada (Ministre de l'emploi et de l'immigration), [1981] 2 C.F. 807 (C.A.).

Evans c. Canada (Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique), [1981] 2 C.F. 845 (C.A.).

Renvoi relatif aux employés de Northern Telecom Canada Ltd., [1982] 1 C.F. 191 (C.A.).

Travailleurs unis du télégraphe c. Fraternité canadienne des cheminots, [1982] 1 C.F. 603 (C.A.).

Canada (P.G.) c. Greaves, [1982] 1 C.F. 806 (C.A.).

R. c. Association canadienne du contrôle du trafic aérien, [1982] 2 C.F. 80 (C.A.).

Vachon c. R., [1982] 2 C.F. 455 (C.A.).

Jiminez-Perez c. Canada (Ministre de l'emploi et de l'immigration), [1983] 1 C.F. 163 (C.A.).

Dalvut c. Canada (P.G.), [1983] 1 C.F. 398 (C.A.).

Faiva c. Canada (Ministre de l'emploi et de l'immigration), [1983] 2 C.F. 3 (C.A.).

C.N. c. Canada (Commission des droits de la personne) et Bhinder, [1983] 2 C.F. 531 (C.A.).

Desjardins c. Bouchard, [1983] 2 C.F. 641 (C.A.).

b) *Post-Charte*

R. c. Therens, [1985] 1 R.C.S. 613.

Renvoi relatif au paragraphe 94(2) de la Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, [1985] 2 R.C.S. 486.

Valente c. R., [1985] 2 R.C.S. 673.

R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103.

Jones c. R., [1986] 2 R.C.S. 284.

S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd., [1986] 2 R.C.S. 573.

R. c. Edwards Books, [1986] 2 R.C.S. 713.

R. c. Collins, [1987] 1 R.C.S. 265.

Re Public Service Employee Relations Act, [1987] 1 R.C.S. 313.

R. c. Smith, [1987] 1 R.C.S. 1045.

R. c. Rahey, [1987] 1 R.C.S. 588.

Manitoba (P.G.) c. Metropolitan Stores Ltd., [1987] 1 R.C.S. 110.

R. c. Lyons, [1987] 2 R.C.S. 309.

R. c. Vaillancourt, [1987] 2 R.C.S. 636.

R. c. Thomsen, [1988] 1 R.C.S. 640.

R. c. Holmes, [1988] 1 R.C.S. 914.

R. c. Stevens, [1988] 1 R.C.S. 1153.
