

---

# Démocratie et libertés : quelques propos sur le contrôle de constitutionnalité et l'hétéronomie du droit

Karim Benyekhlef\*

La mise en œuvre des droits et libertés consacrés dans la *Charte canadienne des droits et libertés* suscite des débats quant à la légitimité du contrôle constitutionnel par les tribunaux. L'auteur constate cependant que ceux qui sont en faveur de ce contrôle et ceux qui s'y opposent conceptualisent la démocratie uniquement sous l'angle du suffrage universel, ce qu'il qualifie d'obstacle épistémologique. L'auteur souhaite démasquer le caractère captieux de cette proposition pour démontrer que les libertés constituent un point d'ancrage fondamental qui distingue la démocratie des autres formes de gouvernement, et que le droit est une voie de médiation valable par laquelle les valeurs démocratiques fondamentales sont susceptibles de se réaliser. À cet égard, l'auteur note que la Cour suprême entretient certaines contradictions qui entravent sa démarche : tout en reconnaissant le bien-fondé du paradigme démocratique élémentaire (suffrage universel), elle semble s'arroger des pouvoirs qui le contredisent.

Selon l'auteur, le concept de démocratie, lorsque réduit au simple moment électoral, traduit mal l'idéal démocratique. À partir des théories de Baechler, qui propose un modèle démocratique théorique selon lequel la démocratie apparaît comme le régime le plus naturel à l'homme, l'auteur note que la démocratie actuelle est affaiblie par la délégation inévitable. Par contre, la communication permet à la population de participer aux débats entourant la prise de décisions. De plus, le polycentrisme divise les activités de la politique en plusieurs centres afin d'éviter les risques d'autocratie. Ces éléments font de la démocratie actuelle un ensemble dynamique et auto-équilibrateur et constituent une assurance capitale contre l'autocratie.

L'auteur s'interroge ensuite sur l'origine, le sens et la portée des libertés dans l'univers démocratique afin de les situer par rapport à l'idéal démocratique. Selon lui, les libertés étant des projections de l'esprit par lesquelles des barrières concrètes à l'action du pouvoir sont érigées, elles peuvent donc apparaître comme une assurance contre l'arbitraire du pouvoir, légitimant ainsi son exercice.

Les deux doctrines principales qui dominent l'évolution de la pensée politique conçoivent les libertés fondamentales d'une part comme des attributs naturels et d'autre part comme des privilèges historiques. Quant au droit naturel, l'auteur considère qu'il n'est pas exempt de toute critique. En effet, l'idée selon laquelle le droit naturel constitue un étalon face auquel s'exerce l'autorité suppose une autonomie du droit par rapport au politique. En outre, l'identification des droits naturels a depuis longtemps posé problème, car il n'est pas possible de dégager une loi objective commune au genre humain. Plutôt que d'adopter une conception historiciste, l'auteur propose alors que le droit naturel s'ancre à la conception polycentrique de la démocratie, permettant ainsi la création d'un espace public où la communication participe au débat démocratique. Ainsi, les libertés fondamentales, dont celles consacrées dans les textes constitutionnels, apparaissent nécessaires à la démocratie parce qu'elles fournissent un outil de médiation institutionnel par lequel on ordonne l'équilibre des pouvoirs. Le pouvoir judiciaire représente à cet égard un forum de discussion qui rend compte de la structure dynamique et polycentrique de la démocratie, ce que méconnaît le paradigme démocratique élémentaire.

Tout en choisissant de ne pas les approfondir, l'auteur propose plusieurs autres arguments méritoires ne s'apparentant pas strictement au paradigme démocratique élémentaire pour contester le contrôle de constitutionnalité par les tribunaux, comme la contestation de la légitimité des tribunaux en tant que forum de discussion des valeurs de notre société, le fait que les juges sont une élite peu représentative des opinions de la majorité et le coût élevé des procédures judiciaires.

Since the coming into force of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, there has been considerable debate about the legitimacy of judicial power to review legislation on constitutional grounds. The author notes that both the supporters and opponents of this power regard democracy strictly from the viewpoint of universal suffrage. Believing this to be an epistemological trap, the author seeks to lay bare the specious nature of this approach by showing that our fundamental freedoms are in fact a basic starting premise of democracy which distinguishes it from other forms of government, and that law is a valid means by which these fundamental democratic values can be realized. On this point, he notes that the Supreme Court has exhibited a somewhat inconsistent approach: while recognizing the validity of the basic democratic paradigm (universal suffrage), it has claimed certain powers which contradict it.

The author feels that if the concept of democracy is reduced to its narrow electoral sense, it fails to do justice to the true ideal of democracy. Following Baechler, who proposes a theoretical model in which democracy is presented as the most natural system of government, the author notes that democracy as we know it today is weakened by the inevitable delegation of power. On the other hand, communication has enabled the population at large to participate in political debate and decision making. Moreover, polycentrism has divided the activities of the polity in such a way as to lessen the risk of autocracy. These different aspects have made modern democracy a dynamic system of checks and balances and constitute an important source of protection against autocracy.

The author then examines the origin, meaning and scope of our fundamental freedoms in order to situate them within the democratic ideal. He feels that since these freedoms are abstract concepts which create concrete barriers to the exercise of power, they can in turn be viewed as a source of protection against the arbitrary use of that power, and thereby lend legitimacy to its use.

The two principal doctrines which have dominated the evolution of political theory view fundamental freedoms as natural rights or historical privileges. Concerning the natural rights approach, the author finds fault with certain of its tenets. Indeed, the idea that natural law is an external yardstick measuring the exercise of power presupposes that law is autonomous from politics. Moreover, identifying natural rights has always proved difficult since it is impossible to derive objective legal standards common to all humanity. But rather than adopt the historical approach, the author suggests that the natural law approach should embrace the polycentric conception of democracy, as this would enable the creation of a public forum where communication is a part of democratic debate. Fundamental freedoms, such as those entrenched in our constitutional documents, are thereby clearly seen as an essential component of democracy because they provide a tool for mediation between institutions and thus ensure an adequate balance of power. Judicial power thus appears as a forum for debate within a dynamic and polycentric conception of democracy, something which is totally foreign to the basic democratic paradigm.

Without elaborating on them, the author introduces several other noteworthy arguments which, like that based on the basic democratic paradigm, are used to question the legitimacy of constitutional control by the courts: the validity of the judicial setting as an arena for debate over social values; the fact that judges are an elite which is not necessarily representative of the opinions of the majority; and the high cost of judicial proceedings.

---

\* Professeur, Centre de recherche en droit public, Faculté de droit, Université de Montréal. La recherche pour cet article a été rendue possible grâce à une subvention du C.R.S.H. L'auteur tient à remercier Monsieur Sylvain Huppé, étudiant au baccalauréat à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, ainsi que Monsieur François Themens, bachelier en droit de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, pour leur aide précieuse dans le repérage et le dépouillement de la doctrine et de la jurisprudence.

### Sommaire

#### Introduction

#### I. Sur la démocratie

- A. *La logique démocratique*
- B. *Les pratiques démocratiques*
- C. *Palabre/Communication*
- D. *Unanimité/Opposition*
- E. *Quelques mots sur la Cour suprême du Canada*

#### II. Sur les libertés

#### III. Sur le droit comme voie médiatrice

#### Conclusion

\* \* \*

#### Introduction

La mise en œuvre des droits et libertés consacrés dans la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>1</sup> a suscité, et continue de susciter, des débats. Comment doit-on interpréter ces droits et libertés ? Qui en sont les titulaires précis ? Quelles sont les limites acceptables au plan démocratique que le législateur peut apporter aux diverses dispositions constitutionnelles ? Toutes ces questions primordiales, dans l'appréhension du document constitutionnel, devraient, au plan théorique, présupposer, quant à leur règlement, la solution d'une question première, celle tenant à la légitimité du contrôle constitutionnel par les tribunaux.

Cette question première n'a pas été occultée par la doctrine canadienne. Elle a toutefois été profondément influencée par les polémiques américaines en la matière<sup>2</sup>. Il s'agissait dans certains cas de se démarquer<sup>3</sup> et, dans d'autres, d'embrasser, avec plus ou moins d'étreinte, la démarche américaine<sup>4</sup>. Le débat

---

<sup>1</sup>*Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [ci-après la *Charte*].

<sup>2</sup>P. Zylberberg, « The Problem of Majoritarianism in Constitutional Law: A Symbolic Perspective » (1992) 37 R.D. McGill 27 à la p. 33.

<sup>3</sup>Voir notamment P.W. Hogg, « The Charter of Rights and American Theories of Interpretation » (1987) 25 Osgoode Hall L.J. 87 ; B. Slattery, « A Theory of the Charter » (1987) 25 Osgoode Hall L.J. 701 ; L.E. Weinrib, « The Supreme Court of Canada and Section One of the Charter » (1988) 10 Supreme Court L.R. 469 ; J. Cameron, « Liberty, Authority, and the State in American Constitutionalism » (1987) 25 Osgoode Hall L.J. 257.

<sup>4</sup>Voir notamment P.J. Monahan, *Politics and the Constitution : The Charter, Federalism and the Supreme Court of Canada*, Toronto, Carswell, 1987 ; P.J. Monahan, « Judicial Review and Democracy: A Theory of Judicial Review » (1987) 21 U.B.C. L. Rev. 87 ; A.F. Bayefsky, « The Judicial

américain peut certes contribuer à une meilleure compréhension des enjeux, mais il faut également reconnaître que la question en appelle d'autres et qu'elle dépasse la simple opposition entre *interpretivism* et *noninterpretivism*<sup>5</sup>, opposition qui alimente, pour l'essentiel, les réflexions américaines. Il ne s'agit pourtant pas de privilégier simplement une méthode d'interprétation aux dépens d'une autre. Chaque école se justifie par le recours à des arguments fondés sur les notions de suffrage universel, d'imputabilité démocratique, de liberté pré-contractuelle, de représentation, etc. Tout le débat tourne et tourne autour de la question de l'étendue du pouvoir judiciaire dans sa tâche de contrôle de constitutionnalité, compte tenu du fait que ce contrôle peut mener à la négation de la volonté générale (législateur élu) par un pouvoir dénué de toute la légitimité attribuée, dans la psyché démocratique, au suffrage universel (majorité).

Bien qu'il existe de légères variations parmi les opinions des polémistes en présence, et sans entrer immédiatement dans les détails, on peut affirmer que deux écoles s'affrontent. L'une, soucieuse notamment d'assurer l'essence de la démocratie représentative, estime que les juges non élus doivent éviter à tout prix d'étendre la portée des garanties constitutionnelles et d'usurper ainsi le pouvoir législatif. L'interprétation doit être stricte, voire littérale. Seules les violations claires, quasi flagrantes, du texte constitutionnel peuvent être sanctionnées<sup>6</sup>. L'autre, soucieuse, pour sa part, d'assurer le respect des droits et libertés consacrés dans le document constitutionnel, mais également consciente du *déficit* démocratique du pouvoir judiciaire, considère que les juges non élus ne doivent pas hésiter à censurer l'action législative si celle-ci attente aux libertés fondamentales. L'interprétation doit être large et évolutive, quitte à s'éloigner du sens original des mots de la garantie constitutionnelle. Néanmoins les tribunaux doivent généralement s'abstenir d'évaluer l'opportunité (sagesse) de l'action législative.

---

Function under the Canadian Charter of Rights and Freedoms » (1987) 32 R.D. McGill 791 ; H.S. Fairley, « Enforcing the Charter: Some Thoughts on an Appropriate and Just Standard for Judicial Review » (1982) 4 Supreme Court L.R. 217 ; B. Strayer, *The Canadian Constitution and the Courts: The Function and Scope of Judicial Review*, 3<sup>e</sup> éd., Toronto, Butterworths, 1988 ; J.C. Bakan, « Constitutional Arguments : Interpretation and Legitimacy in Canadian Constitutional Thought » (1989) 27 Osgoode Hall L.J. 123.

<sup>5</sup>Le professeur Hogg définit sommairement ces termes :

Interpretivism is the theory that holds that judicial review of legislation must be based on the language of the constitution. According to this theory, the role of the courts in reviewing legislation should not go beyond the interpretation of the text. Noninterpretivism is the theory that holds that the text is so vague and indeterminate that the courts are inevitably driven to apply standards that are not to be found in the text (Hogg, *supra* note 3 à la p. 91).

<sup>6</sup> Pour les tenants de cette théorie, les termes de la constitution américaine et en particulier le *Bill of Rights* renferment et expriment l'étendue du consentement de la population. Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois n'est légitime qu'en autant qu'il s'en tient au sens littéral des dispositions du *Bill of Rights* et que les tribunaux invalident uniquement les lois qui y contreviennent spécifiquement (J. Gosselin, *La légitimité du contrôle judiciaire sous le régime de la Charte*, Cowansville, Yvon Blais, 1991 à la p. 133).

Ainsi, pour les uns et les autres, la démocratie est essentiellement conceptualisée sous l'angle du suffrage universel (loi de la majorité). Il s'agit certes là d'un trait saillant du concept démocratique mais, comme nous tenterons de le démontrer par la suite, celui-ci ne saurait être réduit à cette simple perspective. La non-représentativité des juges est alors un thème récurrent et central dans l'argumentation. Il ne semble pas possible d'aborder la question sans évoquer ce thème. Ce dernier devient un point de passage obligé. Il présente les caractéristiques d'un donné. Le débat s'enlise alors et ne peut se renouveler. Nous sommes en présence d'un *obstacle épistémologique*. Ce paradigme démocratique, tel qu'il a été posé et théorisé par les commentateurs, devient une cause de stagnation et d'inertie de la connaissance, pour employer une expression de Bachelard. Ce paradigme, parce qu'il s'érige en dogme, paralyse la réflexion et fige l'analyse en des termes réducteurs<sup>7</sup>.

Comment contourner ce problème ? Il s'agit sans doute de questionner, pour reprendre les termes de Bachelard, les fondements de ce paradigme que la plupart des commentateurs supposent apodictique. En fait, il faut démasquer le caractère captieux de la proposition selon laquelle l'essence démocratique se ramène à une simple formule mathématique (50+1). La démonstration ne sera pas nouvelle. Elle suppose notamment que les libertés constituent un point d'ancrage fondamental auquel doit s'amarrer la démocratie si cette dernière veut répondre aux idéaux qui la fondent et, par là, la distinguent des autres voies de gouvernement des hommes. À cet égard, il est clair que le respect effectif des libertés est une valeur dont s'enorgueillit le système démocratique, preuve tangible de sa singularité idéologique. Ce respect affiché entraîne, par conséquent, des arbitrages, puisque l'aménagement socio-politique suppose, par sa nature même, un choc des intérêts et des libertés.

Cet arbitrage des libertés n'est pas l'apanage exclusif du pouvoir judiciaire. En effet, le législateur, dans ses énoncés, et l'exécutif, dans l'application de ces énoncés, procèdent régulièrement à un tel exercice. Toutefois, il faut remarquer que, dans l'ordonnement des pouvoirs de l'État, cette tâche revient en premier lieu aux tribunaux. Cette prééminence du pouvoir judiciaire, au plan de la valeur intrinsèque de l'énoncé, est le résultat également d'une croyance selon laquelle celui-ci s'acquitte avec une plus grande objectivité et neutralité de ces tâches arbitrales, détaché, en apparence, des contingences politiques auxquelles

---

<sup>7</sup> L'obstacle épistémologique s'incruste sur la connaissance non questionnée. Des habitudes intellectuelles qui furent utiles et saines peuvent, à la longue, entraver la recherche. « Notre esprit, dit justement M. Bergson, a une irrésistible tendance à considérer comme plus claire l'idée qui lui sert le plus souvent ». L'idée gagne ainsi une clarté intrinsèque abusive. À l'usage, les idées se *valorisent* indûment. Une valeur en soi s'oppose à la circulation des valeurs. C'est un facteur d'inertie pour l'esprit. Parfois une idée dominante polarise un esprit dans sa totalité. [...] Il vient un temps où l'esprit aime mieux ce qui confirme son savoir que ce qui le contredit, où il aime mieux les réponses que les questions. Alors l'instinct conservatif domine, la croissance spirituelle s'arrête (G. Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique. Contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*, 10<sup>e</sup> éd., Paris, Vrin, 1977 aux pp. 14-15). Voir également G. Bachelard, *La philosophie du non. Essai d'une philosophie du nouvel esprit scientifique*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, P.U.F., 1983 à la p. 9.

ne peuvent échapper les puissances législative et exécutive. Bien évidemment cette croyance découle, en partie, de l'ordonnement même de l'État. En d'autres termes, la surdétermination valorielle dont bénéficient les décisions judiciaires dans l'imaginaire social résulte de l'allocation même des pouvoirs dans la structure de gouvernement. L'une nourrit donc l'autre.

Quoi qu'il en soit, notre propos demeure jusqu'ici descriptif. Aux prises avec une réalité institutionnelle, on ne peut que *constater* l'exercice des pouvoirs. C'est au plan de l'étendue de ces pouvoirs, comme nous le disions plus tôt, que la problématique se précise. Il convient dès lors de réfléchir sur le concept de démocratie (partie I). Les libertés fondamentales constituent ensuite un autre sujet de réflexion. Quels sont le sens et la portée de ces libertés, dans l'univers démocratique, dont le pouvoir judiciaire se proclame souvent gardien et dont il assume les arbitrages (partie II) ? Ayant réfléchi sur la démocratie et les libertés, il importe ensuite de se demander si le droit constitue la voie de médiation par laquelle les valeurs, que sous-tendent ces deux notions, sont susceptibles de se réaliser (partie III). La question apparaît délibérément plus vaste que celle, retenue par la plupart des commentateurs, relative aux justifications de l'exercice du pouvoir judiciaire dans le paradigme démocratique<sup>8</sup>. Cette extension interrogative, par rapport à la question initiale, apparaît notamment comme un autre moyen de dépasser l'obstacle épistémologique déjà identifié. Il ne s'agit plus en effet de se questionner sur la nature et l'étendue du pouvoir qui devrait être attribué aux tribunaux dans la mise en œuvre des libertés fondamentales, mais plutôt sur la capacité même de ceux-ci de traduire adéquatement, par le biais de la raison juridique, les idéaux philosophiques fondant les libertés fondamentales. Le principe démocratique, tel que nous l'aurons alors cerné, constituera un arrière-plan obligé de cet exercice.

Ainsi, un examen des concepts de démocratie et de liberté, de même que des rapports qu'ils entretiennent, suivi d'une analyse critique sur la capacité du droit d'agir comme vecteur médiateur propre à assurer la réalisation de ces deux concepts fondamentaux, devraient nous permettre de dépasser cet obstacle épistémologique, cause indubitable de stagnation du débat.

Auparavant, il convient néanmoins d'examiner les quelques énoncés de la Cour suprême du Canada relatifs à l'étendue du contrôle de constitutionnalité. En effet, la Cour suprême n'est pas restée indifférente à cette question, ce qui aurait été d'ailleurs bien difficile en raison de la vivacité du débat américain<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup>Nous faisons évidemment référence à ces auteurs américains et canadiens qui ont réfléchi sur la légitimité du contrôle constitutionnel. Dans les pages qui suivent, nous appellerons *paradigme démocratique élémentaire* cette conception de la démocratie, dans le cadre de la problématique qui nous intéresse, pour laquelle la représentativité (suffrage universel) constitue un élément central et incontournable.

<sup>9</sup>Vivacité d'autant plus présente à l'esprit des juges de la Cour suprême du Canada que ces derniers n'hésitent pas à recourir aux décisions de la Cour suprême américaine dans l'interprétation des garanties de la *Charte*. Dès 1984, dans l'arrêt *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357 aux pp. 366-67, 9 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 161 [avec renvois aux R.C.S.], le juge Estey, au nom de la Cour, affirmait que :

La *Loi constitutionnelle de 1982* apporte une nouvelle dimension, un nouveau critère d'équilibre entre les individus et la société et leurs droits respectifs, une dimension qui,

Difficile également car il lui fallait bien, aux prises avec un nouvel instrument constitutionnel, poser les limites de son action, aussi floues soient-elles, afin notamment de restreindre la nature des recours constitutionnels et de délimiter l'exercice de ses pouvoirs par rapport aux branches législative et exécutive de l'État. Ainsi, tout d'abord, la Cour suprême affirme avec force que les tribunaux n'ont aucun doute à entretenir quant à la légitimité de leur action constitutionnelle :

Il ne faut pas oublier que la décision historique d'enclôser la *Charte* dans notre Constitution a été prise non pas par les tribunaux, mais par les représentants élus de la population canadienne. Ce sont ces représentants qui ont étendu la portée des décisions constitutionnelles et confié aux tribunaux cette responsabilité à la fois nouvelle et lourde. On doit aborder les décisions en vertu de la *Charte* en se libérant de tout doute qui peut subsister quant à leur légitimité<sup>10</sup>.

Cette affirmation est sujette à interprétation<sup>11</sup>. Elle peut laisser entendre que le pouvoir judiciaire ne connaît aucune restriction quant à l'étendue de son pouvoir d'adjudication constitutionnelle ; sa légitimité étant établie, rien ne justifie qu'il restreigne son action. Pourtant, du même souffle, la Cour suprême reconnaît des limites à son action. Ainsi, dans la même affaire, le juge Lamer écrit :

Ni avant ni après l'adoption de la *Charte*, les tribunaux n'ont été habilités à se prononcer sur l'à-propos des politiques sous-jacentes à l'adoption des lois. Dans l'un et l'autre cas toutefois, les tribunaux ont le pouvoir et même le devoir d'apprécier le contenu de la loi en fonction des garanties accordées par la Constitution<sup>12</sup>.

Ce refus d'évaluer la sagesse ou l'opportunité d'une législation remonte, comme l'indique d'ailleurs le juge Lamer, à une jurisprudence antérieure à la *Charte*<sup>13</sup>. Selon cette doctrine, il ne revient pas au pouvoir judiciaire de se pro-

comme l'équilibre de la Constitution, devra être interprétée et appliquée par la Cour. Les tribunaux américains ont presque deux cents ans d'expérience dans l'accomplissement de cette tâche, et l'analyse de leur expérience offre plus qu'un intérêt passager pour ceux qui s'intéressent à cette nouvelle évolution au Canada.

La Cour a, par la suite, puisé, à plusieurs reprises, aux sources du droit américain tout en prévenant le lecteur, à l'occasion, qu'il fallait se garder d'importer littéralement et sans jugement les grands principes du droit constitutionnel américain. Sur l'influence de la jurisprudence américaine, voir notamment Gosselin, *supra* note 6 aux pp. 46-55. L'auteur écrit, à la page 52, au sujet des mises en garde de la Cour suprême quant à l'utilisation de la jurisprudence américaine : « Souvent on a l'impression que les réserves que posent les juges à l'utilisation de la jurisprudence américaine sont des réticences de pure forme qui tiennent davantage du procédé rhétorique. »

<sup>10</sup>*Renvoi relatif au paragraphe 94(2) de la Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, [1985] 2 R.C.S. 486 à la p. 497, [1986] 1 W.W.R. 481, M. le juge Lamer [ci-après *Renvoi sur la Motor Vehicle Act* avec renvois aux R.C.S.].*

<sup>11</sup>L.B. Tremblay, « Réflexions sur la portée de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* suite à la décision de la Cour suprême dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, (C.B.) » (1987) 18 R.D.U.S. 139 à la p. 173.

<sup>12</sup>*Renvoi sur la Motor Vehicle Act, supra* note 10 à la p. 496.

<sup>13</sup>Le juge Lamer réfère aux propos du juge Dickson dans l'affaire *Amax Potash Ltd. c. Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576 à la p. 590, 71 D.L.R. (3<sup>e</sup>) 1. Voir entre autres *Curr c. R.*, [1972] R.C.S. 889, 126 D.L.R. (3<sup>e</sup>) 603 [avec renvois aux R.C.S.], où le juge Laskin écrit à la p. 903 : « Cette Cour sait que même lorsqu'on lui demande de statuer sur la constitutionnalité d'une loi, elle doit se garder de faire de la sagesse de la loi contestée le critère de sa constitutionnalité ». Cette mise en garde contre un trop grand interventionnisme judiciaire a été réitérée, avec plus ou moins

noncer sur l'à-propos d'une loi : la décision d'adopter telle ou telle mesure législative relève de la stricte compétence du législateur. On parle alors du principe de retenue (ou de déférence) judiciaire. Il ne faut pas perdre de vue que le contrôle de constitutionnalité n'est pas apparu avec la *Charte*. Le fédéralisme canadien, par le partage des compétences qu'il opère, nécessite, en raison de sa nature même, un arbitre capable d'éviter qu'un ordre législatif n'empiète sur un autre. La *Charte* a donc eu pour effet, entre autres, d'étendre la portée du pouvoir des tribunaux<sup>14</sup>. Tout cela explique, par conséquent, que cette doctrine ne soit pas nouvelle. Le principe de retenue judiciaire découle directement de celui de la suprématie du Parlement, principe primordial en droit constitutionnel canadien. Ce principe, selon lequel, sommairement, le Parlement peut tout faire<sup>15</sup>, est évidemment d'application plus nuancée au Canada qu'en Grande-Bretagne en raison des textes constitutionnels dont le premier s'est doté. La Constitution canadienne restreint en effet l'exercice des pouvoirs du Parlement. Quoi qu'il en soit, le principe de la souveraineté parlementaire s'explique notamment par la volonté de faire prévaloir la voix de la majorité : « The principle of parliamentary supremacy is justified on legal and historic grounds, and the principle of majority rule is presented as both a consequence of, and moral justification for, parliamentary supremacy. »<sup>16</sup>

Nous voyons donc poindre le paradigme démocratique élémentaire dont nous faisons état plus tôt. La Cour suprême tente alors de réconcilier son action avec ce paradigme en affirmant d'abord la légitimité de ses décisions constitutionnelles puis, en rappelant qu'il ne lui revient pas de se prononcer sur l'à-propos de l'activité législative. La Cour se reconnaît néanmoins le rôle de passer au crible constitutionnel les dispositions législatives suspectes qu'on lui soumet et, par conséquent, de contrecarrer, au nom des idéaux constitutionnels, la volonté majoritaire. Il faut alors bien admettre, au strict regard du paradigme démocratique élémentaire, que les justifications avancées par la Cour ne tiennent pas. Tout au plus atténuent-elles, pour un temps, le conflit potentiel, dans le cadre paradigmatique identifié, entre la volonté majoritaire, traduite par

---

de force, par la Cour suprême dans plusieurs affaires. Voir notamment : *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69 aux pp. 104-05, 82 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 321 ; *R. c. Edwards Books*, [1986] 2 R.C.S. 713 à la p. 782, 35 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 1 ; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123 à la p. 1127, 77 C.R. (3<sup>e</sup>) 1 ; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303 à la p. 1343, 2 C.R. (4<sup>e</sup>) 1 ; *Re Public Service Employee Relations Act*, [1987] 1 R.C.S. 313 aux pp. 391-93, 420, 38 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 161 ; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483 à la p. 531, 76 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 700 ; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933 aux pp. 1056-57, 63 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 481 ; *Edmonton Journal c. Alberta (P.G.)*, [1989] 2 R.C.S. 1326 à la p. 1380, 64 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 577 ; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139 aux pp. 247-48, 77 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 385 ; *McKinney c. University of Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229 aux pp. 285-86, 304-05, 76 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 545 ; *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500 à la p. 523, 39 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 18.

<sup>14</sup>Le juge Lamer écrit justement dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, *supra* note 10 à la p. 496 : « En bref, c'est la portée des décisions constitutionnelles qui a été modifiée plutôt que leur nature, du moins pour ce qui est du droit d'examiner le contenu de la loi ».

<sup>15</sup>Voir P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 2<sup>e</sup> éd., Toronto, Carswell, 1985 aux pp. 257-64.

<sup>16</sup>Strayer, *supra* note 4 à la p. 35.

l'instrument législatif, et la décision judiciaire, fruit de magistrats non élus<sup>17</sup>. Au surplus, l'affirmation selon laquelle les tribunaux ne sont pas habilités à évaluer l'opportunité d'une loi ne constitue qu'un trompe-l'œil. La Cour suprême, par le truchement de l'article premier de la *Charte*<sup>18</sup>, s'est effectivement donné les moyens de procéder à une telle évaluation.

Les modalités d'analyse de l'article premier ont été arrêtées dans l'affaire *Oakes*<sup>19</sup>. Sans entrer dans les détails, le critère *Oakes* se décompose en deux étapes essentielles. Ainsi, tout d'abord, le ministère public doit démontrer que l'objectif de la disposition législative attaquée répond à des préoccupations urgentes et réelles. L'objectif doit être suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté. Si tel est le cas, il s'avère alors nécessaire de passer à la seconde étape. Celle-ci, communément appelée « critère de proportionnalité », se subdivise en trois éléments : a) les moyens choisis pour atteindre l'objectif poursuivi doivent être rationnels, justes et non arbitraires ; b) les moyens législatifs doivent être de nature à porter le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en cause ; et c) les effets de la restriction du droit ou de la liberté ne doivent pas être disproportionnés par rapport à l'objectif poursuivi. Il n'est pas dans notre intention de disséquer ici les multiples modalités d'application du critère *Oakes*. Qu'il suffise de dire pour l'instant que la première étape du critère *Oakes* suppose, par son libellé même, une évaluation de l'opportunité de la mesure législative attaquée. Le magistrat n'est-il pas appelé à déterminer l'importance de l'objectif poursuivi au regard du droit ou de la liberté supprimé ? Ne doit-il pas se demander si l'objectif recherché répond

---

<sup>17</sup>La Cour tente bien évidemment de légitimer son action, comme le souligne le professeur Gold :

À notre avis, la Cour remet en question la sagesse d'un texte législatif chaque fois qu'il y a contrôle judiciaire. Elle n'a pas le choix ; cela fait partie intégrante de la tâche d'interprétation de la Charte. Mais en invoquant la distinction, la Cour se couvre du drapeau de la conception classique de la fonction judiciaire, en présentant son mode d'intervention comme judiciaire et non politique. Enfin, cette distinction nous semble nécessaire pour maintenir la légitimité du contrôle judiciaire. Si l'on admettait qu'il n'y a pas de grandes différences entre les fonctions des juges et celles des législateurs, comment justifier alors le contrôle judiciaire dans une société démocratique ? Il faut insister sur une différence entre le raisonnement judiciaire et le raisonnement politique pour bien légitimer le pouvoir des juges dans la société contemporaine (M. Gold, « La rhétorique des droits constitutionnels » (1988) 22 R.J.T. 1 à la p. 18).

Ces justifications apparaissent donc purement rhétoriques, détachées du réel.

<sup>18</sup>Cet article énonce que :

La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Il s'agit d'une clause limitative à laquelle le tribunal a recours lorsqu'il a été démontré (voir *Collins c. R.*, [1987] 1 R.C.S. 265, 38 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 508) qu'un droit ou une liberté garanti a été violé par une loi ou un règlement. Sur le mécanisme de l'article premier, voir entre autres W.R. Lederman, « Droits et libertés constitutionnels et conflits de valeurs : l'interprétation de la Charte et l'article premier » dans G.-A. Beaudoin et E. Ratushny, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1989, 143.

<sup>19</sup>*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 26 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 200.



à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique<sup>20</sup> ?

Comment répondre à ces questions sans verser dans ce que les Américains nomment le *second-guessing* ? En d'autres termes, la première étape du critère Oakes invite les tribunaux à agir à l'instar d'une chambre haute, c'est-à-dire à réévaluer l'à-propos de l'action de la chambre basse à la lumière de facteurs sociaux, économiques et politiques fondant ou non une préoccupation urgente et réelle. Ainsi, une préoccupation urgente et réelle doit animer le législateur si celui-ci entend restreindre un droit ou une liberté. La noblesse de l'intention — protéger les droits et libertés — ne change rien à la nature de l'exercice. Par ailleurs, le fait que la Cour suprême n'ait pas jusqu'ici invalidé une législation sur la base du critère des préoccupations urgentes et réelles<sup>21</sup> n'enlève rien au caractère opérationnel de celui-ci. Autrement dit, sa non-utilisation n'a pas pour effet de le faire disparaître de l'arsenal juridique dont disposent les tribunaux dans l'exercice de leurs pouvoirs de contrôle de constitutionnalité.

Il est donc clair, à la lumière de ce qui précède, que la Cour suprême n'a pu résoudre elle-même les contradictions qui entravent sa démarche. D'une part, elle semble reconnaître le bien-fondé, voire le caractère incontournable, du paradigme démocratique élémentaire (principe de retenue judiciaire). D'autre part, pourtant, elle semble s'arroger des pouvoirs qui contredisent, voire nient,

<sup>20</sup>Gosselin abonde dans ce sens lorsqu'il écrit

que déclarer qu'un objectif législatif ne se rapporte pas à des préoccupations urgentes et réelles pour qu'on puisse le qualifier de suffisamment important dans notre société, c'est, d'après nous, remettre en question, non seulement les moyens choisis pour agir, mais également la décision même du législateur d'agir. [...] Dans ce contexte, l'affirmation du juge Dickson suivant laquelle les tribunaux ne sont pas appelés à substituer leurs opinions à celle du législateur quant à l'endroit où tracer la ligne de démarcation se trouve en partie contredite. Bien entendu, le tribunal ne dit pas où tracer la ligne, mais cela revient au même puisqu'il déclare qu'il ne peut même pas y en avoir. [...] Décider de l'importance d'un objectif législatif, c'est presque remplacer le législateur dans l'appréciation du bien public (Gosselin, *supra* note 6 à la p. 90).

<sup>21</sup>Voir *ibid.* aux pp. 94-99. Voir également L. Huppé, « Quelques objectifs législatifs suffisamment importants aux fins de l'article 1 de la Charte » (1991) 51 R. du B. 294 à la p. 297. Il est vrai que la Cour suprême, dans l'affaire *Zundel c. R.* ([1992] 2 R.C.S. 731, 95 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 202 [ci-après *Zundel* avec renvois aux R.C.S.]) a, en quelque sorte, invalidé l'article 181 du *Code criminel* (diffusion de fausses nouvelles) sur la base de la première étape du critère Oakes. Deux précisions s'imposent. Tout d'abord il importe de noter que la Cour ne s'en est pas tenue à ce seul constat. Elle a poursuivi l'analyse conformément au critère Oakes. Deuxièmement, et ceci nous semble beaucoup plus important, la Cour suprême du Canada n'a pas invalidé la disposition en cause parce qu'elle estimait que les objectifs sous-jacents à celle-ci n'étaient pas suffisamment importants. Elle n'a pas porté un jugement d'opportunité sur l'objet de la disposition attaquée. Elle a simplement noté que cette disposition n'avait pas d'objet ! Le juge McLachlin, pour la majorité, écrit : « La difficulté d'attribuer un objet à l'art. 181 vient de deux facteurs : l'absence de toute documentation expliquant pourquoi l'art. 181 a été adopté et maintenu et l'absence de tout objet précis ressortant de la lecture de la disposition » (*Zundel, ibid.* à la p. 763). Les parties ont bien tenté d'attribuer un objet à cette disposition, mais la Cour a bien expliqué qu'elle ne pouvait ainsi redéfinir l'objet et la portée de celle-ci. Citant l'affaire *R. c. Big M Drug Mart* ([1985] 1 R.C.S. 295, 18 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 321), le juge McLachlin rappelle que la Cour « ne peut pas attribuer d'objectifs ni en inventer de nouveaux selon l'utilité, telle qu'elle est perçue actuellement, de la disposition contestée » (*Zundel, ibid.* à la p. 761).

le paradigme démocratique élémentaire. Il y a antinomie dans l'action. Ces hésitations relèvent de l'obstacle épistémologique. Poursuivons l'analyse.

## I. Sur la démocratie

La démocratie, au sens le plus noble du terme, constitue certes un idéal à atteindre. Mais les éléments composant l'ensemble démocratique sont d'autant plus multiples qu'ils sont tributaires des idéaux que chacun charge la démocratie d'accomplir : une juste redistribution de la richesse, l'égalité des chances, la liberté, le respect des différences, le plein emploi, etc. Il ne s'agit pas ici de procéder à une typologie de ces éléments et de tenter de parvenir alors à une vision démocratique idéaltypique. Notre dessein se veut bien plus modeste. En fait, nous devons plutôt surmonter cet obstacle épistémologique que représente le paradigme démocratique élémentaire. C'est-à-dire qu'il faut s'attacher à démontrer que la démocratie ne saurait être réduite à une simple formule mathématique primitive qui se traduirait, dans le monde réel, par le triomphe de la volonté majoritaire. Cette démonstration apparaît d'autant plus nécessaire que la Cour suprême est incapable de justifier convenablement, au plan théorique, ses pouvoirs constitutionnels puisqu'elle demeure sensible, à tort, à cette vision dogmatique de la démocratie.

La disparition du Bloc de l'Est et la mise au rancart du marxisme, en tant qu'épistémè, se traduisent, selon certains, par le triomphe idéologique définitif de la démocratie libérale. Ce triomphe entraîne alors la fin de l'histoire au sens hégélien, c'est-à-dire, selon Fukuyama, « le point final de l'évolution idéologique de l'humanité et l'universalisation de la démocratie libérale occidentale comme forme finale de gouvernement humain »<sup>22</sup>. Quoi que l'on pense de la thèse de cet auteur, il n'en demeure pas moins que la démocratie — triomphante ? — constitue encore un concept fluide en raison, ainsi que nous en faisons état plus haut, des multiples éléments le composant. Il existe sans doute un plus petit commun dénominateur propre à permettre la mise au point d'une définition opérationnelle de la démocratie, définition susceptible de résoudre les difficultés déjà énoncées.

Le paradigme démocratique élémentaire, par la prééminence qu'il accorde au suffrage universel et à la représentativité, réduit somme toute la démocratie à un savant jeu procédural. La procédure électorale devient dès lors le mode de réalisation des valeurs démocratiques. En d'autres mots, toutes les valeurs démocratiques ne peuvent que transiter par le jeu électoral, celui-ci constituant le médium absolu par lequel s'expriment, se discutent et se réalisent les composantes démocratiques. Buchanan dénonce ce qu'il appelle l'illusion électorale :

Pendant un siècle nous avons été piégés par ce que j'ai appelé l'« illusion électorale », c'est-à-dire par l'idée que des processus électoraux démocratiques assurent un contrôle suffisant des gouvernements pour sauvegarder nos libertés ou que,

---

<sup>22</sup>F. Fukuyama, « La fin de l'histoire ? » (1989) 47 *Commentaire* 457 à la p. 458. Voir également l'ouvrage qui a fait suite : F. Fukuyama, *La fin de l'histoire et le dernier homme*, Paris, Flammarion, 1992.

dans la mesure où des élections libres, ouvertes et périodiques sont constitutionnellement garanties, tout finit par bien marcher<sup>23</sup>.

Le paradigme démocratique élémentaire représente donc une tendance à une simple formalisation (électorale) des rapports démocratiques. Puisque, selon cette tendance, la prise de décision est au cœur des préoccupations démocratiques, l'élection devient le moment clef de nomination des décideurs. Le suffrage universel constitue le point focal des énergies démocratiques, comme si la démocratie perdait, en dehors de cette période, tout caractère utile et opérationnel. Autrement dit, le débat démocratique réel s'éteindrait après chaque période électorale pour ne renaître que lors d'un nouvel enjeu toujours électoral. On assiste alors à une mise entre parenthèses de la démocratie. Cette situation n'est sans doute pas étrangère au fait que les politiques se sont accaparés de l'idéal démocratique, réduisant celui-ci à leurs propres préoccupations. La démocratie ne devient plus alors qu'un outil politique<sup>24</sup>. Cette situation découle également de la démocratie-spectacle. Dans nos sociétés libérales, la démocratie ne semble prendre tout son sens que lors des appels au peuple. Or, ces appels, puisqu'ils supposent une lutte de pouvoir entre différentes forces politiques, se transforment souvent en de grands happenings politiques où la forme et l'image, fondements du spectacle, triomphent. Il est dès lors facile, dans l'imaginaire populaire, de confondre l'objet démocratique avec le jeu politique. On aura vite compris que cette formalisation de la démocratie, par le primat exagéré du suffrage universel qu'elle opère, oblitère malheureusement le fait que la démocratie n'est pas qu'une affaire purement formelle à intervalle périodique. La démocratie transcende le moment électoral, tout important qu'il soit :

Ce n'est pas la forme institutionnelle et symbolique de la démocratie qui a fourni dans l'histoire moderne sa puissance mobilisatrice, mais cet idéal d'égalité et de justice qui a pu être pensé à travers les institutions de la modernité comme un idéal intrinsèque à l'homme. En séparant la forme dans laquelle cet idéal a pu s'exprimer et se réaliser de son contenu, pour ne plus retenir finalement que la première, on est conduit, encore une fois, à considérer la démocratie comme une *procédure* dont le sens et la légitimité lui seraient intrinsèques [nos italiques]<sup>25</sup>.

Le paradigme démocratique élémentaire ne traduit donc qu'imparfaitement l'idéal démocratique. C'est en raison de la trop grande importance symbolique qu'il accorde au suffrage universel et de la non prise en compte des libertés que ce paradigme perd sa valeur théorique<sup>26</sup>. Existe-t-il dès lors un modèle démocratique :

<sup>23</sup>J.M. Buchanan, « Peut-on apprivoiser la démocratie ? » (1986-87) 36 *Commentaire* 673 à la p. 673.

<sup>24</sup>Insel, dans un tout autre registre politique que Buchanan, dénonce également le formalisme politique :

L'abstraction et l'autonomisation de la politique font perdre à la démocratie sa substance sociale. Réduite à la politique, la démocratie ne devient plus qu'une question de procédure de nomination de ceux qui ont le pouvoir de décision, ou, au mieux, un processus de validation *a posteriori* des décisions déjà prises (A. Insel, « De la démocratie inachevée » (1990) 8 *Revue du M.A.U.S.S.* 43 aux pp. 47-48).

<sup>25</sup>*Ibid.* aux pp. 58-59. Insel ajoute à la p. 60 que cette rationalité procédurale constitue notamment un opium de l'idéal démocratique.

<sup>26</sup>Salin porte un jugement sévère sur la démocratie :

La prétention de l'État à être fondé sur le consentement des citoyens est alors contestable et la démocratie, par exemple, donnerait seulement une légitimité falsifiée aux

tique ? Il existe bien un modèle démocratique théorique, si l'on s'en remet à Baechler. On peut affirmer cependant qu'il existe également *des* mises en œuvre du modèle démocratique. Une étude des sociétés humaines permet en effet de constater une variété de pratiques démocratiques qui cherchent, volontairement ou non, à aboutir ultimement à la démocratie parfaite et absolue<sup>27</sup>, construction théorique. À partir d'un postulat en trois temps, Baechler conclut que la démocratie apparaît comme le régime le plus consubstantiel à la nature humaine<sup>28</sup>. Trois faits fondent, selon Baechler, l'*homo democraticus* : il est indépendant<sup>29</sup>, égoïste<sup>30</sup> et calculateur<sup>31</sup>. Toutefois, précise l'auteur, ces traits ne sont pas exclusifs à l'*homo democraticus* : puisqu'ils caractérisent l'homme, ils sont également propres à l'*homo autocraticus* et à l'*homo hierocraticus*<sup>32</sup>. Ainsi, il est normal que ni l'indépendance, ni l'égoïsme ne poussent l'homme à s'associer aux autres (entrer en *politie*) ; en fait seul le calcul l'y pousse. Or Baechler démontre que, logiquement, la démocratie apparaît, au plan du calcul, comme le seul moyen de maximiser les avantages de la vie en *politie* : « [l]e calcul de *democraticus* est triple : l'association lui permet de minimiser les coûts de l'indépendance en lui garantissant la *sûreté*, et de maximiser les avantages recherchés par son égoïsme en permettant la *prospérité* et en assurant la *liberté*. »<sup>33</sup>

De cette démonstration logique de l'avantage démocratique et d'une étude des sociétés humaines depuis le néolithique découle la conclusion selon laquelle

---

gouvernements (d'autant plus, d'ailleurs, que la démocratie est habituellement confondue avec la *loi de la majorité* et qu'il n'y a pas de justification logique ou morale d'une telle règle, qui n'implique évidemment pas un consensus général. [...]) S'il n'y a pas de possibilité de choix dans le domaine des institutions, le seul contenu logique que l'on puisse donner au contrat social est la *loi de l'unanimité*, qui permet de préserver les droits individuels. Il n'y a donc pas d'autre moyen d'assurer le respect des droits, donc un régime de liberté, que de permettre la concurrence entre institutions — et donc la liberté de choix institutionnelle des individus — ou d'instaurer la loi de l'unanimité (P. Salin, « Démocratie et liberté » (1986-87) 9 *Commentaire* 676 à la p. 678).

<sup>27</sup>J. Baechler, *Démocraties*, Paris, Calmann-Lévy, 1985.

<sup>28</sup> La démocratie est plus naturelle que les autres régimes. Cette affirmation n'a un caractère d'évidence que parce qu'un régime qui garantit à l'homme les conditions du bonheur avec la sécurité, la prospérité et la liberté, ne peut pas ne pas l'attirer spontanément. Spontanément, en tant qu'être rationnel et volontaire (*ibid.* à la p. 170).

<sup>29</sup> Il est *indépendant*, il détient la maîtrise absolue de toute la puissance dont il est capable. Si l'on entend par puissance la faculté d'user de la force et de la ruse pour imposer sa volonté à autrui, l'homme indépendant voit sa puissance bornée uniquement par la force et la ruse qu'il peut développer et par la force et la ruse que les autres peuvent lui opposer (*ibid.* à la p. 29).

<sup>30</sup> Il est *égoïste* : l'homme poursuit son intérêt propre, sans tenir compte de celui des autres. Ce caractère découle logiquement de l'indépendance. [...] L'homme est égoïste en ce sens précis que, en tant qu'être naturel, il tend toujours à pousser ses avantages aussi loin qu'il le peut, sans s'imposer à lui-même de retenue ni accepter aucune autorité limitative (*ibid.* à la p. 30).

<sup>31</sup> « Il est, enfin, *calculateur*. Il poursuit ses intérêts en calculant en permanence les avantages et les coûts et en établissant le bilan de chaque action » (*ibid.* à la p. 31).

<sup>32</sup>*Ibid.* aux pp. 31-32.

<sup>33</sup>*Ibid.* à la p. 33.

la démocratie apparaît comme le régime le plus naturel à l'homme<sup>34</sup>. Nous avons donc dans un premier temps un modèle théorique parfait puis, dans un second temps, la démonstration par l'observation et l'analyse ethno-historique du fait que l'être humain aspire consciemment et inconsciemment à la démocratie. C'est particulièrement au plan empirique que la monumentale étude de Baechler peut contribuer à nous faire saisir la variété conceptuelle de la démocratie et, par conséquent, la formidable superficialité du paradigme démocratique élémentaire. Mais, auparavant, quelques mots sur la logique démocratique.

#### A. La logique démocratique

L'association démocratique est rapidement confrontée à des problèmes. En effet, la recherche de la sûreté, de la prospérité et de la liberté soulève, selon Baechler, des contraintes, des problèmes<sup>35</sup> : pensons, par exemple, à la médiation des conflits de toute nature susceptibles de survenir entre les sociétaires ou aux tricheries qui peuvent tenter l'un ou l'autre des sociétaires. L'existence de ces difficultés appelle bien évidemment des solutions. La vie en société apparaîtrait autrement impossible. Ainsi, il faut confier à certains membres de la société le soin de résoudre les difficultés suscitées par les contraintes normales de la vie commune. Cette résolution passe alors par la médiation, la coordination (des actions collectives), la sanction et la législation<sup>36</sup>. Le critère de sélection des sociétaires chargés d'instruire ces difficultés ne peut *logiquement* qu'être la compétence<sup>37</sup>. L'abstraction des membres d'une association fondée sur la compétence ne peut qu'engendrer une inégalité de pouvoir dans l'ensemble communautaire<sup>38</sup>. On aura vite compris que la résolution des contraintes sociales octroie à ceux qui en ont la charge un pouvoir plus important. Cette inégalité apparaît, à première vue, inacceptable puisque *tous*, au départ, détiennent le pouvoir. Elle découle pourtant des inévitables contingences sociales. L'*homo democraticus*, parce qu'il est calculateur, convient de cet état de fait mais le tempère aussitôt : le pouvoir n'est pas transféré mais bien simplement délégué :

<sup>34</sup>Il va de soi que ce bref résumé ne saurait rendre justice à la pensée riche et pénétrante de cet ouvrage remarquable de Baechler ni, par ailleurs, remplacer sa lecture.

<sup>35</sup>« Quatre séries de *problèmes* naissent de la réalité de l'association : les conflits, les tricheries, l'éducation et les coordinations » (Baechler, *supra* note 27 à la p. 44).

<sup>36</sup> Ainsi, sauf sur un point dans les *polities* très réduites et sans exception dans les plus grandes, des contraintes techniques mènent les sociétaires à distinguer certains d'entre eux pour leur confier la tâche de concilier, de coordonner, de sanctionner et de légiférer (ou de dire la tradition) (*ibid.* à la p. 45).

<sup>37</sup> Quel peut être le critère du choix ? Il n'y en a qu'un : la *compétence*. Les sociétaires calculateurs décident de confier la solution de leurs problèmes à des hommes compétents, mais par le fait même ils leur concèdent un certain pouvoir, puisque les hommes compétents sont en droit d'escompter que leurs avis et décisions seront suivis. Il n'est nul besoin d'introduire ici la faculté d'imposer par la force leurs avis et décisions : la direction pure obtient l'obéissance par un calcul bien entendu (*ibid.*).

<sup>38</sup>« Ainsi l'inégalité de pouvoir découle nécessairement des contraintes de la compétence, qui, à son tour, est produite par les contraintes techniques imposées par la recherche de la sûreté, de la prospérité et de la liberté de chacun et de tous » (*ibid.*).

En tant que technique et inévitable, l'inégalité de pouvoir est une donnée dont les sociétaires doivent tenir compte dans leurs calculs : elle fait partie des coûts à soustraire des profits escomptés. La nature des choses contraint les sociétaires à renoncer à une fraction de leurs facultés d'initiative et de décision et à les confier à certains d'entre eux. Le calcul des coûts et des profits serait définitivement négatif, si cette concession était absolue et si le pouvoir ne pouvait être contrôlé. Tout pouvoir monte vers l'absolu tant qu'il ne rencontre pas un pouvoir égal, et à mesure de la montée aux extrêmes, la sûreté, la prospérité et la liberté tendent vers zéro. Le calcul serait absurde, au sens de logiquement contradictoire. Aussi bien *Homo democraticus* ne consentira-t-il jamais à transférer son pouvoir, ni même une parcelle de son pouvoir : il ne peut que le *déléguer*<sup>39</sup>.

Ainsi, la délégation recèle trois caractéristiques primordiales : elle est temporaire<sup>40</sup>, circonscrite<sup>41</sup> et réversible<sup>42</sup>. Cette construction logique, fondée notamment sur le caractère calculateur de la personne humaine, a tôt fait de nous convaincre de l'insuffisance, pour ne pas écrire de l'ineptie, du paradigme démocratique élémentaire. La primitivité de ce dernier apparaît au regard du caractère pluriel de la démocratie. Celle-ci ne peut absolument pas être réduite à la représentativité (suffrage universel). En fait, la médiation ou la conciliation, la coordination des actions collectives, la sanction des tricheries et la législation constituent des éléments fondateurs et organiques, de valeur équivalente, de la démocratie. L'un ne peut primer outre mesure l'autre au risque de défaire l'attrait de la démocratie<sup>43</sup> (polycentrisme). Il existe donc un équilibre des éléments

<sup>39</sup>*Ibid.*

<sup>40</sup> Les sociétaires ne sauraient déléguer un pouvoir pour un temps illimité, car ce serait lui conférer plus qu'une apparence d'absolu. Le pouvoir ne peut être que strictement limité au temps requis pour l'accomplissement de la tâche collective concernée ou pour la médiation sollicitée. Mais il peut se faire que certaines tâches collectives deviennent continues [...] de sorte que la délégation devrait devenir permanente. Il existe une parade à ce dilemme. Il suffit que les sociétaires fassent la distinction entre la *fonction* et le *titulaire*, que la première devienne permanente et que le second soit désigné à titre temporaire, pour que le bien commun soit assuré et les risques de pouvoir absolu exorcisés (*ibid.* à la p. 46).

<sup>41</sup> « La délégation ne peut être générale, en laissant au dirigeant le soin d'apprécier le champ d'extension de son pouvoir » (*ibid.*).

<sup>42</sup> « Si la compétence du dirigeant s'avère à l'expérience surfaite ou se mue en incompétence patente, la délégation est rapportée » (*ibid.*).

<sup>43</sup> Toute délégation, par nature, ne peut être consentie que pour une tâche déterminée, à titre temporaire, circonscrit et réversible. Déléguer sa souveraineté ne peut se voir assigner aucune fin légitime, ce serait, de la part des citoyens, abdiquer leur être. En démocratie, il n'y a que des délégations par en bas, pour agir, délibérer ou décider. Le concept de représentation doit être tenu pour nul et non avenu en démocratie. *Un parlement, en particulier, n'est en rien une réduction du peuple investie de la souveraineté, c'est un organe technique, au même titre que l'armée, l'administration ou les ministres, chargé d'assurer au mieux le bien commun* [nos italiques] (*ibid.* aux pp. 47-48).

On comprend mieux alors l'équilibration qui se doit d'être dessinée entre les composantes démocratiques. Baechler parle de polycentrisme :

La seule solution rationnelle pour des sociétaires qui veulent éviter le risque de verser dans l'autocratie, n'est pas de diviser le pouvoir, puisqu'ils ne le peuvent, mais de diviser la politique elle-même ou plutôt les activités qui l'animent, en les répartissant en plusieurs centres, dont chacun a son pouvoir propre plein et entier, de manière qu'aucun

fondateurs délégués, équilibre qui participe à l'originalité et, surtout, à l'intérêt suscité par la formule démocratique. Ces éléments fondateurs, on l'aura remarqué, correspondent aux pouvoirs de l'État moderne : judiciaire, exécutif (coordination et sanction) et législatif. Rien ne peut donc justifier au plan théorique, si ce n'est une pratique socio-politique, résultat d'un monopole exercé par les politiques sur la chose démocratique, le primat accordé à la représentativité (législatif). Il ne s'agit pas de diminuer l'importance du suffrage universel mais plutôt de relativiser son objet dans l'ensemble démocratique. L'*effectivité* démocratique oblige l'interprète à reconnaître ce fait. Autrement dit, la démocratie ne peut remplir sa fonction intrinsèque et satisfaire, par conséquent, les sociétaires, délégués du pouvoir, que si l'on évite d'en entretenir une vision unidimensionnelle.

Le facteur historique n'est évidemment pas à négliger dans l'explication de ce primat. L'exaltation révolutionnaire de la France de 1789, par exemple, a investi le Tiers État de la charge symbolique du pouvoir démocratique. La loi, votée par les représentants du peuple, devient l'expression de la volonté générale, selon la fiction rousseauiste<sup>44</sup>, et acquiert alors une prééminence incontestable. Le législatif devient l'objet d'une fixation théorique, explicable en partie par la nouveauté de la chose et le désir absolu de rupture avec l'ordre ancien, occultant maladroitement tous les autres traits démocratiques. La méfiance rousseauiste à l'endroit du pouvoir judiciaire, organe chargé, au plan théorique, de traduire certaines des composantes (la liberté, par exemple) de l'ensemble démocratique, constitue dès lors une vision naïve et primaire de la démocratie<sup>45</sup>

---

centre ne puisse imposer son pouvoir aux autres. Le pouvoir ne se trouve divisé qu'en un sens très précis : personne, dans un régime démocratique, ne dispose de toute la puissance, de toute l'autorité et de toute la direction disponibles. [...] Les démocrates trouvent la solution théorique de leur dilemme dans un *polycentrisme équilibré* (*ibid.* aux pp. 60-61).

Sur une notion apparentée, bien que différente puisqu'elle met l'accent sur le centre politique (la polyarchie), voir C. Emeri, « L'État de droit dans les systèmes polyarchiques européens » (1992) 9 *Revue française de droit constitutionnel* 27.

<sup>44</sup>Voir notamment R. Capitant, *Écrits constitutionnels*, Paris, CNRS, 1982 à la p. 83 et s.

<sup>45</sup> En premier lieu se dresse la « tradition républicaine » française, toute [*sic*] entière rétive au « gouvernement des juges » depuis Rousseau et la Révolution française. « Expression de la volonté générale », la loi votée par des représentants élus ne saurait être sérieusement contestée par un collègue de personnalités non-élues [*sic*], dont la sélection peut toujours être critiquée. En réalité, étant donné le processus éminemment politique qui préside tant à l'élection des représentants qu'à l'élaboration de la loi jusqu'à son vote, la fiction rousseauiste, sous couvert de sacrifier la loi, aboutit paradoxalement à un effacement du droit et de la loi suprême de l'État qu'est la Constitution. L'idée que l'indépendance et la compétence d'un corps de professionnels puisse être en cette matière une garantie meilleure que l'élection semble profondément étrangère à l'idéologie publique française. Et le rôle assigné au judiciaire aux États-Unis et dans la théorie politique, à savoir la protection des minorités contre la majorité politique, est entièrement négligé (L. Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'État : sur la démocratie en France et en Amérique*, Paris, P.U.F., 1985 à la p. 70).

Voir également J.-M. Varaut, *Le droit au droit. Pour un libéralisme institutionnel*, Paris, P.U.F., 1986 aux pp. 49-84. L'auteur écrit à la page 54 :

Le grand constitutionnaliste, Carré de Malberg, a porté le diagnostic définitif sur ce que Louis Rougier a appelé l'erreur de la démocratie française : « Le système représentatif

— fruit, il faut le reconnaître, des contingences sociales et historiques du moment — car rien ne semble plus étranger au concept démocratique que d'investir l'un de ses éléments fondateurs de toute son essence. En d'autres termes, on ne peut saisir le concept démocratique en prétendant que l'un de ses éléments en traduit toute l'essence. Mais tout ceci nous amène à traiter des pratiques démocratiques.

### B. Les pratiques démocratiques

Dans son étude, Baechler note que les pratiques démocratiques sont fonction d'une multitude de facteurs : culturels, ethnologiques, économiques, sociologiques, etc. La diversité de ces facteurs entraîne donc des aménagements particuliers et originaux de l'idéal démocratique. Toutefois, cette diversité ne doit pas nous faire oublier l'existence d'invariants démocratiques dont l'absence ou la méconnaissance ne peut conduire qu'à l'instauration de régimes autres. Nous avons eu l'occasion d'en dire quelques mots. À cet égard, le polycentrisme, répartition du pouvoir de la politique en plusieurs centres, constitue sans doute une pièce centrale de la structure démocratique<sup>46</sup>. Nous y reviendrons.

Baechler affirme que c'est autour du néolithique, dans les *bandes*, que l'être humain a fondé le régime démocratique presque pur et parfait<sup>47</sup>, par référence à un modèle démocratique achevé. Ces petites sociétés, quantitativement, pratiquent la démocratie directe où la recherche du consensus prime tout autre facteur. Cette recherche doit aboutir inéluctablement à l'unanimité. La discussion, lorsque décision doit être prise, s'engage donc jusqu'à ce que les parties parviennent à l'unanimité. L'existence même de la bande est liée à ce résultat au risque de son éclatement et de sa dispersion : les dissidents, si la règle de la majorité prévalait, n'auraient qu'à la quitter<sup>48</sup>. La *palabre* devient alors le mode propre à permettre l'action collective, la prise de décision :

Non seulement la bande connaît ces procédures [échanges, partages, explorations], elle ne connaît qu'elles. La figure la plus parfaite de marché est la *palabre*. Chacun y participe pour défendre son intérêt particulier, et de cette confrontation générale

---

français a, dès 1789-1791, dévié du principe de la souveraineté nationale : en confondant la volonté générale avec la volonté législative parlementaire, il a fait du Parlement l'égal du souverain ou plutôt il l'a érigé effectivement en souverain ». Par une fiction audacieuse, le Parlement se donne pour le peuple lui-même assemblé ; ce sont les lois du peuple ; c'est le gouvernement du peuple ; c'est la magistrature du peuple ; il lui appartient donc de légiférer et de gouverner et de n'être arrêté par aucun corps. Incarnation de l'intérêt total, aucune loi ne peut l'arrêter puisqu'il est l'unique auteur des lois.

Il faut également noter, avec Troper, qu'il n'est nul besoin d'être élu pour exprimer la volonté générale. Voir M. Troper, « Justice constitutionnelle et démocratie » (1990) 1 *Revue française de droit constitutionnel* 31 à la p. 41.

<sup>46</sup>Voir *supra* note 43.

<sup>47</sup>Baechler, *supra* note 27 à la p. 563.

<sup>48</sup> Les dangers d'éclatement et de paralysie, inévitables dans des groupes minuscules qui se laisseraient acculer à des partages irréductibles, imposent la règle de l'unanimité. Si elle n'est pas donnée au départ d'une action collective, elle doit être assurée avant qu'une action collective ne soit entreprise. L'unanimité des bandes — des tribus aussi,



se dégage peu à peu une solution moyenne, sur laquelle se fait l'unanimité. La solution moyenne résulte de la confrontation et de l'ajustement des intérêts. L'unanimité est presque toujours possible, parce que, sauf exceptions, les intérêts particuliers ne sont affectés que par des variations de faible amplitude autour de l'intérêt moyen. Les variations suffisent à soulever et à satisfaire les passions ; la faible amplitude garantit qu'une solution sera trouvée. Les bandes évitent de la sorte deux perversités possibles du marché : que l'intérêt moyen coïncide avec un intérêt minoritaire, ce qui ramènerait les risques d'éclatement ou de paralysie ; que les intérêts particuliers ne se reconnaissent pas du tout dans l'intérêt moyen, ce qui menacerait le contrat politique lui-même<sup>49</sup>.

La palabre, forme pure de démocratie directe, provoque donc une participation généralisée des sociétaires ; participation qui satisfait aux principes selon lesquels les sociétaires sont *les* détenteurs du pouvoir et le consentement de ces derniers est nécessaire pour toute décision affectant leurs intérêts, au sens large du terme. Les sociétaires forgent ainsi leurs propres règles, réfractaires à toute action ou décision n'émanant pas de leur volonté propre. Nous sommes évidemment bien loin d'un tel système. Notre démocratie apparaît, sur ce plan, indirecte puisque les grandes décisions affectant nos intérêts immédiats et futurs sont prises par des représentants que nous élisons<sup>50</sup>. C'est là, selon Baechler, une forme faible de démocratie, amoindrie par la délégation. Deux grands facteurs peuvent expliquer cette situation. Tout d'abord, le trop grand nombre. En effet, l'explosion démographique rend tout bonnement impossible la recherche de l'unanimité. Deuxièmement, le passage d'une société de prédation à une société de production fait que notre temps est accaparé par la production<sup>51</sup>. Tout occupé à produire, l'homme-producteur n'a plus le temps de se consacrer aux affaires de la Cité (de l'association) à l'instar de l'homme-prédateur. Baechler précise que « le sort de l'humanité a basculé dès lors que les stocks ont apparu »<sup>52</sup>. La croissance et l'accumulation supplantent donc les considérations afférentes à la démocratie directe. L'homme-producteur ne renonce pas pour autant à l'idéal démocratique qui lui est consubstantiel ; il l'aménage afin de tenir compte de la priorité accordée au productivisme. Ces aménagements se traduisent par ce qu'il est convenu d'appeler la démocratie indirecte<sup>53</sup>. Ces aménagements n'entraînent

---

pour les mêmes raisons — n'est pas l'indice d'une fusion des individus dans une société qui les transcenderait, elle n'est que la solution adaptative correcte d'un problème d'agrégation des intérêts particuliers dans le cadre du face-à-face. Comment l'unanimité est-elle assurée ? Par l'intérêt moyen. Il résulte de la confrontation des intérêts particuliers sur des marchés et de leur ajustement réciproque, sous la forme d'échanges, de partages ou d'explorations (*ibid.* à la p. 320).

<sup>49</sup>*Ibid.*

<sup>50</sup>Il est bien clair que nous ne sous-entendons aucunement ici que la représentation constitue la démocratie, puisque nous nous employons justement à dénontrer le contraire. Notre emploi du mot « démocratie », dans ce contexte, relève de la pure commodité sémantique. Nous ne pouvons que noter, par ailleurs, que notre système politique est fondé sur une représentation indirecte des citoyens sans que cela ne fasse de cette représentation l'unique mode de réalisation de l'idéal démocratique.

<sup>51</sup>Baechler, *supra* note 27 aux pp. 580-81.

<sup>52</sup>A. Testart, *Les Chasseurs-cueilleurs ou l'origine des inégalités*, Paris, Société d'ethnographie, 1982, cité par Baechler, *ibid.* à la p. 562.

<sup>53</sup>Notons, par ailleurs, avec Baechler, que l'avantage, au plan démocratique, du consensualisme (tribalisme) sur la délégation (modernité) ne suppose pas que les individus veuillent revenir en

pas la remise en cause des autres traits saillants de la démocratie que constituent, par exemple, les libertés ou le polycentrisme. L'homme calculateur, soucieux de satisfaire sa fibre matérialiste, n'en est pas moins attaché à son indépendance et à l'énoncé théorique qui en fait le dépositaire du pouvoir. Puisque la palabre et l'unanimité apparaissent impossibles à l'heure de la modernité, il est nécessaire de leur trouver des succédanés, c'est-à-dire des moyens propres à perpétuer l'idéal démocratique et à éviter sa subversion et son dépérissement. La communication (palabre) et l'opposition (unanimité) deviennent alors deux modes porteurs de la volonté démocratique dans l'univers moderne. Ces deux modes sont liés, comme nous le verrons, par le dialogue continu qu'ils instituent entre les décideurs et les sociétaires. Nous constaterons également que ces deux modes existent dans nos sociétés.

### C. Palabre/Communication

La palabre avait l'avantage, avons-nous dit, de provoquer une participation généralisée à la prise de décision. La communication peut remplacer la palabre. Remplacement ne signifie pas équivalence. En effet, la communication, en raison des contingences modernes, ne peut aspirer à la qualité démocratique que connaît la palabre. Quoiqu'il en soit, la communication est encouragée dans nos sociétés. Elle suppose que les sociétaires participent pleinement aux débats entourant la prise des décisions et leurs conséquences. Le débat est alors ouvert à *tous*, et pas seulement aux représentants des sociétaires (classe politique). Les décideurs doivent susciter la communication afin de tenter de pratiquer la démocratie la plus pure, référence explicite, cela va de soi, à la démocratie consensuelle. Comment ?

Il existe bien des moyens d'accomplir cette fonction. Les libertés d'expression et de presse, consacrées dans les documents constitutionnels, en fournissent des exemples. Ce sont là des voies que nos démocraties modernes connaissent bien. Pourtant, la communication peut prendre une forme que l'on pourrait qualifier, à défaut d'une autre épithète, d'institutionnelle. Nous savons que les sociétaires sont les dépositaires premiers du pouvoir, les décideurs n'étant que de simples fiduciaires<sup>54</sup>. Par ailleurs, le polycentrisme, assurance démocratique, divise les activités animant la politique en plusieurs centres afin d'éviter qu'un centre ne puisse imposer son pouvoir aux autres, pour reprendre les propos lumineux de Baechler<sup>55</sup>. Par conséquent, la communication peut emprunter le canal d'un centre (médiation et conciliation) pour contrer, remettre en cause ou annuler la décision d'un autre centre (législation). Ce moyen, que l'on connaît bien aujourd'hui et qui est au cœur de nos préoccupations, relève donc de la stricte technique démocratique. En fait, il s'inscrit pleinement dans la logique démocratique. Il en est une composante intrinsèque et fondamentale propre à garantir les libertés, objet du calcul de l'*homo democraticus* lors de son entrée volontaire en démocratie :

---

arrière : « La preuve n'a pas encore été administrée que la majorité répugne au confort moderne et aspire à la rusticité des cavernes » (*ibid.* à la p. 370).

<sup>54</sup>Voir *supra* notes 35-43 et texte correspondant.

<sup>55</sup>Baechler, *supra* note 27 à la p. 61. Voir *supra* note 43.

En démocratie, les libertés sont réelles ou bien la démocratie n'existe pas. Elles sont réelles, à condition que la pluralité des centres soit garantie et réalisée. Or les centres ultimes qui constituent la politique sont les sociétaires eux-mêmes, dont les centres intermédiaires ne sont que des regroupements volontaires pour atteindre des fins partielles. Les libertés reposent en définitive sur la volonté des individus d'être et de rester libres, en se considérant comme les centres ultimes de décision, dont tous les autres ne sont que des émanations temporaires, circonscrites et réversibles. *Homo democraticus se prête, il ne se donne pas*. En se prêtant, il ne fait pas qu'assurer ses fins. Il se réserve aussi la possibilité de se défendre contre les risques d'autocratie que recèle toute délégation de pouvoir. En effet, en répartissant ses délégations entre une pluralité de centres, il peut en appeler d'un centre contre un autre. Si la politique ne constituait qu'une agence unique tentaculaire, il perdrait la possibilité de bloquer la marche au pouvoir absolu de ses dirigeants. En multipliant les centres ou agences sociales, il peut les opposer les uns aux autres et maintenir entre elles un équilibre au centre duquel se dresse sa liberté [nous soulignons ; italiques dans l'original]<sup>56</sup>.

Le polycentrisme est donc consubstantiel à la démocratie. Le paradigme démocratique élémentaire est alors visiblement fondé sur une conception à courte vue de l'appareillage démocratique. Révéralant, en apparence, le principe de la séparation des pouvoirs, s'en réclamant même parfois, les tenants de ce paradigme, en insistant sur l'exclusivité démocratique du législatif, ont en fait mal compris la logique de ce principe au regard de l'idéal démocratique. Leur interprétation constitue un cas patent d'usurpation, au profit du centre législatif, de l'efficacité démocratique. Évidemment, l'œuvre de Baechler s'inscrit dans une mouvance beaucoup plus large que celle chère à Montesquieu. Le polycentrisme, si l'on s'en reporte à Baechler, ne se préoccupe pas que des organes classiques de l'État moderne. Ceux-ci constituent certes des centres, mais il en existe d'autres : « Un centre peut être défini comme une unité d'action, où des projets sont formés, des moyens rassemblés et des actes accomplis »<sup>57</sup>.

#### D. Unanimité/Opposition

La règle de l'unanimité tend vers la démocratie parfaite puisqu'elle aspire à faire de chacun un centre autonome de décision<sup>58</sup>. La modernité a substitué à celle-ci, pour les raisons que nous savons, la règle de la majorité. Afin de pallier ce déficit démocratique, il importe dès lors de consacrer une *opposition* qui légitimera la démocratie indirecte<sup>59</sup>. L'opposition est, par conséquent, une donnée

<sup>56</sup>*Ibid.* aux pp. 66-67.

<sup>57</sup>*Ibid.* à la p. 62. L'émergence des normes constitue un exemple du polycentrisme démocratique. Ainsi, contrairement à ce que l'on pourrait croire, l'édiction des normes dans nos sociétés n'est pas un monopole du centre législatif. Des normes, souvent aussi contraignantes que celles énoncées par le centre législatif, sont issues d'autres centres : religieux, ludiques, marginaux, professionnels, financiers, etc., comme l'affirme le professeur Lajoie. Sur ce sujet précis, voir notamment A. Lajoie, « Contribution à une théorie de l'émergence du droit. 1. Le droit, l'État, la société civile, le public, le privé : de quelques définitions interreliées » (1991) 25 R.J.T. 103.

<sup>58</sup>« *La démocratie est pure et parfaite, tant que chaque citoyen reste un centre autonome de décision* » (Baechler, *ibid.* à la p. 62).

<sup>59</sup> L'opposition fait partie du régime démocratique, non au titre de circonstance désagréable, qu'il faut supporter parce que, à chercher à s'en débarrasser, on recueillerait des inconvénients bien plus graves — la chute dans l'autocratie —, mais en tant qu'élé-

permanente<sup>60</sup> et irrépressible de la démocratie. Encore une fois, la réalité oppositionnelle traduit l'énoncé théorique selon lequel le pouvoir est simplement délégué par les sociétaires, ceux-ci se réservant la possibilité de questionner l'exercice du pouvoir, voire de le rappeler. De même, l'opposition constitue le canal d'expression des minorités. Celles-ci ne perdent pas droit de cité parce qu'une certaine majorité contrôle le centre politique. Comment s'exerce alors ce droit à l'opposition ? On pense tout naturellement à l'opposition politique, c'est-à-dire à ces groupes qui, dans un cadre institutionnel précis, aspirent à prendre le pouvoir (centre politique) et qui, en attendant ce jour, accomplissent une mission de contrôle à l'endroit des actions de la majorité. Toutefois, l'opposition ne saurait se limiter à ces forces. En effet, le pouvoir politique, au sens où on l'entend dans nos sociétés, ne constitue qu'un centre parmi d'autres. L'opposition peut, et doit, se manifester dans d'autres centres. Elle peut également se traduire par la confrontation entre divers centres eux-mêmes. C'est là la conséquence du polycentrisme, facteur inhérent à l'idéal démocratique :

La meilleure garantie est le polycentrisme lui-même. Si la majorité opprime l'opposition ou la supprime, elle ne monopolise que le centre politique ; il reste tous les autres centres dans les autres ordres, à qui l'opposition peut faire appel. Ils réagiront et feront plier la majorité. S'ils ne réagissent pas ou si leur réaction ne contrebalance pas la puissance de la majorité, parce que le public a déjà absorbé une bonne partie du privé, c'est que la démocratie est déjà corrompue. Jusque-là, le polycentrisme est la meilleure garantie de l'opposition et le garde-fou le plus efficace contre les excès de la majorité. On peut le vérifier dans les groupements où une majorité ne rencontre aucun contre-pouvoir, où la possibilité de l'alternance est exclue ou non perçue, où la lutte à mort est sans danger pour la majorité<sup>61</sup>.

On aura aisément deviné que les sociétaires peuvent s'opposer au centre politique par le biais, notamment, du centre judiciaire. Cette opposition, de nouveau, relève de l'essence même de la démocratie. Le paradigme démocratique élémentaire pêche, au plan conceptuel, en ce qu'il entretient une vision essentiellement statique et stratifiée<sup>62</sup> de la démocratie alors que cette dernière est un ensemble dynamique et auto-équilibrateur. En d'autres termes, l'ensemble démocratique semble être une construction fragile dont tous les éléments sont interreliés et interpénétrés. On peut donc facilement fausser le mécanisme de

---

ment constitutif de sa légitimité et de son fonctionnement harmonieux. À moins que l'on ne valorise l'unanimité. Elle peut porter sur le contenu ou sur les règles du jeu. La première unanimité ne se rencontre que dans les bandes et les tribus : il n'y a pas d'opposition formelle. Avec la modernité, l'unanimité ne peut plus porter que sur les règles du jeu. Par conséquent, dans une démocratie polycentrique, le citoyen n'a pas le choix : il doit poser l'hypothèse du caractère irréductible des divergences actuelles et en tirer les conséquences que nous en avons tirées, y compris l'opposition ; s'il ne la pose pas, il s'engage dans un engrenage fatal où, en voulant rétablir une unanimité hypothétique, on commence par noyer dans le sang les divergences actuelles. Bref, le démocrate doit être convaincu de la légitimité des intérêts, des ambitions, des opinions et des goûts opposés, ce qui n'a rien d'une donnée immédiate de la nature passionnelle de l'homme : la tolérance est une vertu, une victoire sur les passions (*ibid.* à la p. 124).

<sup>60</sup>*Ibid.* à la p. 123.

<sup>61</sup>*Ibid.* à la p. 127.

<sup>62</sup>Statique et stratifiée parce que selon cette vision paradigmatique, les représentants élus priment les autres composantes démocratiques sans que cet état de chose ne puisse légitimement être remis en cause.

l'ensemble si une trop grande pression est appliquée sur l'un ou l'autre des éléments. Il faut bien comprendre, par ailleurs, que la démocratie ne se limite pas à une réalité purement organique : médiation, coordination, sanction et législation (et tous les autres centres). Cet ordonnancement n'existe que pour adapter ou traduire dans la réalité contingente les valeurs inhérentes à l'idéal démocratique. Parmi celles-ci, évidemment les libertés qui constituent entre autres la reconnaissance de l'autonomie humaine et de l'homme en tant que dépositaire immuable du pouvoir<sup>63</sup>. Ces tensions organiques ne doivent donc pas occulter les valeurs démocratiques elles-mêmes ni les tensions que celles-ci connaissent entre elles<sup>64</sup> et qui doivent former somme toute la trame essentielle des enjeux démocratiques.

Nous avons pu constater que ces deux modes de mise en œuvre de la volonté démocratique dans l'univers moderne sont relativement liés par les rapports qu'ils entretiennent avec cette notion clef que représente le polycentrisme. Ils ont également une finalité commune, à savoir la reconnaissance par les centres de leur état de simples fiduciaires du pouvoir. En cela, ils constituent une assurance capitale contre l'autocratie<sup>65</sup>.

### E. *Quelques mots sur la Cour suprême du Canada*

Il convient maintenant de revenir quelque peu sur la manière dont la Cour suprême du Canada perçoit son rôle à la lumière de la *Charte*. Nous avons dit plus haut que par certains de ses énoncés, la Cour suprême semblait osciller confusément entre le paradigme démocratique élémentaire et la volonté d'assumer un contre-pouvoir tout à fait conforme, nous l'avons vu, à l'idéal démocratique (polycentrisme). Le professeur Tremblay, dans un article fort intéressant<sup>66</sup>, affirmé que la Cour suprême, dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*<sup>67</sup>, a implicitement rejeté cette vue paradigmatique élémentaire :

[L]es représentants élus, à la majorité, en enchâssant une charte des droits dans la Constitution, nous ont indiqué que, même pour eux, la théorie démocratique « majoritaire » ne devait plus être acceptée pour mesurer la légitimité des décisions constitutionnelles. Si cette interprétation est la bonne, il faut comprendre que la Cour suprême nous invite à reconnaître que la théorie « majoritaire » a été aban-

<sup>63</sup>Martin, avec bien d'autres d'ailleurs, estime parfaitement légitime, au plan philosophique, que le centre judiciaire puisse contrebalancer le centre législatif dans la réalisation des libertés :

In order to preserve the moral autonomy of the subject and ensure that government is democratic, the court acts as a check on the legislative majority setting limits, those of the general will, beyond which it cannot go. In effect, the judiciary sets the legal conditions for the equality of concrete freedom (R. Martin, « Legitimizing Judicial Review under the Charter: Democracy or Distrust? » (1991) 49 U.T. Fac. L. Rev. 62 à la p. 73).

<sup>64</sup>E. Clémens, *Le même entre démocratie et philosophie*, Bruxelles, Lebeer Hossmann, 1987 à la p. 211.

<sup>65</sup>Il est clair, au passage, qu'objectivement la concentration du pouvoir soit plus grande dans le centre politique. Par conséquent, c'est là le centre qu'il importe de contrôler. Cela ne signifie pas cependant que les autres centres ne peuvent menacer à leur tour la démocratie. Toutefois, ce danger apparaît mineur en comparaison. La puissance politique aurait tôt fait de désamorcer les velléités autocratiques que d'autres centres pourraient manifester.

<sup>66</sup>*Supra* note 11.

<sup>67</sup>*Supra* note 10.

donnée une fois pour toutes et donc, à se doter d'une autre théorie métaconstitutionnelle. Ainsi, toute argumentation, toute critique au sujet de la légitimité des décisions constitutionnelles fondée uniquement sur la théorie démocratique « majoritaire » sera désormais suspecte<sup>68</sup>.

Le professeur Tremblay poursuit son analyse en proposant, à partir notamment de quelques points de repère glanés dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*<sup>69</sup>, une nouvelle théorie propre à légitimer l'action constitutionnelle du pouvoir judiciaire. Sommairement esquissée, cette théorie porte que l'adjudication constitutionnelle n'a pas été modifiée par l'entrée en vigueur de la *Charte* et qu'afin que cet exercice conserve sa légitimité, le pouvoir judiciaire doit continuer à s'abstenir de contrôler la sagesse et l'opportunité des lois<sup>70</sup>. L'auteur parle alors d'une théorie constitutionnelle restreinte. En fait, cette théorie restreinte nous semble la simple traduction/transposition des incertitudes exprimées par la Cour suprême dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act* : non à l'évaluation des politiques sous-jacentes à l'adoption des lois, mais oui au devoir d'appréciation du contenu des lois en fonction des garanties constitutionnelles<sup>71</sup>. Cette théorie dite restreinte continue en fait à être habitée par le paradigme démocratique élémentaire. S'appuyant fortement sur la distinction dworkinienne entre *policy* et *principle*<sup>72</sup>, le professeur Tremblay, tout en reconnaissant la ténuité de la distinction<sup>73</sup>, croit qu'il est possible pour les tribunaux d'accomplir leur mission constitutionnelle de protection des libertés sans pour autant remettre en cause les choix (*policy*) du centre législatif. Cette opinion, bien qu'intéressante, ne permet pas à l'interprète de surmonter l'obstacle épistémologique déjà identifié puisque, quoi qu'on en dise, elle demeure profondément imprégnée des valeurs du paradigme démocratique élémentaire. Ainsi, le professeur Tremblay ne reconnaît-il pas une dichotomie valorielle entre les libertés et la démocratie, comme s'il s'agissait de deux mondes tristement éloignés :

Certes, le pouvoir judiciaire a désormais le mandat exprès de sanctionner les valeurs fondamentales enchâssées à l'encontre des lois votées par le parlement et les législatures. Cependant, cela ne doit pas faire perdre de vue que cette fonction s'exerce dans une *société démocratique*. C'est cet *équilibre* entre les *valeurs libérales fondamentales* et les *valeurs démocratiques* que les tribunaux doivent chercher à atteindre [nos italiques]<sup>74</sup>.

Bien que louable, l'effort du professeur Tremblay, parce qu'il singularise l'action du centre législatif et tente de justifier la mission constitutionnelle du centre judiciaire *par rapport* au principe majoritaire présenté comme prééminent (oblitération du polycentrisme), participe de l'obstacle épistémologique.

Il n'est pas vain, avant de terminer, de faire état d'une opinion du juge Dickson qui semble fort étonnante compte tenu des tergiversations de la Cour

<sup>68</sup>Tremblay, *supra* note 11 à la p. 177.

<sup>69</sup>*Ibid.* à la p. 178.

<sup>70</sup>*Ibid.* à la p. 183.

<sup>71</sup>*Supra* note 12 et texte correspondant.

<sup>72</sup>R. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.

<sup>73</sup>Tremblay, *supra* note 11 à la p. 240.

<sup>74</sup>*Ibid.* à la p. 243.

suprême quant à la problématique nous préoccupant. Le juge Dickson écrit, dans l'affaire *Holmes* :

Le principe fondamental de l'examen judiciaire aux termes de la *Charte* porte que la magistrature est chargée de veiller à ce que les législateurs ne portent pas atteinte d'une manière injustifiable à certains intérêts individuels et collectifs fondamentaux au nom d'un plus large intérêt commun. Considérée d'un point de vue, cette lourde responsabilité peut être interprétée comme contraire à la nature des institutions démocratiques canadiennes, dans la mesure où celles-ci représentent la voix collective des groupes et des individus qui constituent la société canadienne. Toutefois, d'un autre point de vue, en interprétant et en définissant les garanties constitutionnelles et en déterminant ce qui constitue des limites raisonnables aux termes de l'article premier de la *Charte*, la Cour est guidée par le même principe pour les deux champs d'enquête : savoir, que la société canadienne doit être libre et démocratique. L'esprit des aspirations démocratiques individuelles et collectives qui entre dans le processus visant à définir le contour des garanties constitutionnelles et à déterminer si les restrictions que l'État leur impose sont raisonnables, fait donc en sorte que la Cour est et demeurera un allié de la démocratie canadienne, renforçant toute faiblesse de la démocratie en permettant à ceux qui sont exclus d'une participation démocratique égale et effective dans notre société de se faire entendre et en leur offrant une réparation [nos italiques]<sup>75</sup>.

Cet extrait interpelle le lecteur. Tout d'abord, le premier point de vue dont fait état le juge Dickson constitue une claire référence au paradigme démocratique élémentaire. Pourtant, dans la seconde partie (autre point de vue), le juge Dickson semble vouloir se dégager de ce qu'il perçoit à juste titre comme un handicap conceptuel qui ne peut, à la limite, que pervertir l'interprétation constitutionnelle. Il y a dans cette seconde partie, nous semble-t-il, la reconnaissance d'un certain polycentrisme. Le pouvoir judiciaire est un contre-pouvoir dont la mission est intimement inscrite dans la trame démocratique. L'adjudication constitutionnelle participe alors de l'essence démocratique. Elle n'est pas une œuvre distincte antinomique de l'idéal démocratique. Pourtant, les propos du juge Dickson sont équivoques puisque vers la fin de son opinion, il précise que le rôle du judiciaire est d'assurer la participation démocratique égale et effective à ces citoyens qui en sont exclus. L'expression « participation démocratique » semble référer au processus de prise de décision. Si tel est le cas, nous revoilà à la case départ puisqu'alors le pouvoir judiciaire ne devient plus que l'arbitre d'une conception de la démocratie réduite à un formalisme participatif, excluant dès lors les libertés. On croit trouver là la consécration des thèses de Monahan<sup>76</sup> et de Ely<sup>77</sup>. Ainsi, le professeur Monahan estime que le pouvoir judiciaire doit, dans son interprétation de la *Charte*, chercher à promouvoir les valeurs démocratiques, comprises dans leur sens paradigmatique élémentaire<sup>78</sup>.

<sup>75</sup>R. c. *Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914 aux pp. 931-32, 50 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 680.

<sup>76</sup>Monahan, *Politics and the Constitution: The Charter, Federalism and the Supreme Court of Canada*, *supra* note 4.

<sup>77</sup>J.H. Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

<sup>78</sup> [G]iven the political character of constitutional adjudication under the *Charter*, what are the values which should guide Canadian judges as they give meaning to its open-ended provisions? [...] At its most abstract level, the proposal is that Canadian judges should interpret the *Charter* to reinforce and protect values associated with democracy.

Autrement dit, le pouvoir judiciaire doit corriger les inégalités de participation au processus de la prise de décision. C'est là sans aucun doute un objet de la démocratie, mais non pas le seul. Or, ces propositions de Monahan ont le défaut de subsumer, encore une fois, le processus politique et électoral *et* la démocratie. Le paradigme démocratique élémentaire refait surface. La thèse de Monahan relève, par conséquent, de l'obstacle épistémologique. Était-ce là l'interprétation que le juge Dickson entendait imprimer au document constitutionnel ? Rien n'est moins sûr, puisque l'affaire *Holmes* portait sur la présomption d'innocence, consacrée à l'article 11d) de la *Charte*. On voit donc mal en quoi la présomption d'innocence peut susciter la participation au débat démocratique, au sens restreint où l'entend le professeur Monahan. Bref, l'incertitude continue de peser.

Nous avons tenté de démontrer jusqu'ici que la démocratie ne pouvait se réduire aux modes et modalités de représentation (suffrage universel) et qu'elle comprenait, dans son essence fondatrice, les libertés<sup>79</sup>. Cette démonstration a évidemment pour objet de surmonter l'obstacle épistémologique qui caractérise jusqu'à maintenant cette problématique. Ceci fait, il importe maintenant de se demander quels sont l'origine, le sens et la portée des libertés dans l'univers démocratique.

## II. Sur les libertés

Il ne convient pas au cadre du présent exposé de procéder à une généalogie systématique des droits de l'homme. Plus modestement, il s'agit de se livrer à quelques réflexions sur les libertés afin, comme nous le disions plus haut, de les situer par rapport à l'idéal démocratique. L'utilisation du terme *par rapport* laisse présupposer l'existence de deux ensembles distincts qui, par le jeu de l'intersection, associent certains de leurs éléments. Pourtant, nous croyons que ces deux ensembles, bien qu'ils puissent conserver leur unicité terminologique, se fondent jusqu'à un certain point. Autre précision : nous employons indifférem-

---

The concern of judges should be with the way in which decisions have been reached rather than with the substantive fairness of the decisions themselves (Monahan, « Judicial Review and Democracy: A Theory of Judicial Review », *supra* note 4 à la p. 137).

L'auteur ajoute ailleurs :

This elaboration of democracy translates into two general principles which might provide a framework for judicial review. The first principle is a right of equal access to and participation in the political process. Judicial review would attempt to protect the basic infrastructure of liberal democracy — rights of assembly, debate and free elections. No citizen ought to be excluded from participation in the process of collective debate and argument except on compelling grounds. [...] The second principle is complementary to the first. I have suggested that democracy implies plasticity and transformation in social arrangements. Thus, judicial review should always attempt to maximize openness and the possibility of revision in social life. It should resist the impulse to freeze into place, through constitutional fiat, a particular set of economic, social or political arrangements. Rather, the goal should be to ensure that all social arrangements are subject to meaningful debate and transformation through the political process (Monahan, *Politics and the Constitution: The Charter, Federalism and the Supreme Court of Canada*, *supra* note 4 aux pp. 124-25).

<sup>79</sup> « La démocratie repose sur un postulat spiritualiste. Elle repose sur le postulat de la liberté individuelle. 'L'homme naît libre' » (Capitant, *supra* note 44 à la p. 152).



ment jusqu'ici les expressions *droits de l'homme* et *libertés fondamentales* bien que celles-ci soient susceptibles de recouvrir des réalités distinctes. Les ouvrages de droit public regorgent de classifications des droits et libertés : droits de première ou de seconde génération<sup>80</sup>, droits naturels et civils, droits politiques<sup>81</sup>, etc. Pour notre part, nous référons, par l'une ou l'autre expression, à l'autonomie individuelle d'où découlent les libertés de conscience et de religion, d'expression, de pensée, d'association, de circulation ainsi que toutes les garanties juridiques<sup>82</sup> propres à assurer le *due process of law* et finalement les droits à l'égalité. Bref, cette énumération correspond grosso modo à celle que le lecteur peut retrouver dans les documents internationaux<sup>83</sup>, énumération positive d'idéaux régulateurs.

La détermination des sources des droits de l'homme apparaît comme une question contentieuse. Ainsi, au plan historique, trois sources doctrinales peuvent être isolées, si l'on s'en reporte au professeur Dufour. Pour les uns, les origines des droits de l'homme apparaissent philosophiques, « origines qu'il faudrait chercher dans la *pensée politique et sociale du Siècle des Lumières* »<sup>84</sup>. Pour les autres, les Déclarations des droits de l'homme dérivent de considérations religieuses, c'est-à-dire de la Réforme<sup>85</sup> et notamment de cette idée que l'être humain peut procéder lui-même à une libre lecture des textes sacrés sans interposition ecclésiastique, voire momitoriale, posant dès lors un jalon de l'individualisme<sup>86</sup>. Finalement, une troisième thèse ne reconnaît « qu'une origine *purement contingente, de nature historique*, aux premières formulations théoriques des Droits de l'Homme [...] »<sup>87</sup>. Cette diversité historique quant aux origines formelles des Déclarations des droits de l'homme est sans importance, selon le professeur Dufour<sup>88</sup>. Toutefois, elle en acquiert lorsque l'on aborde la problématique philosophico-juridique de la nature et de l'assise des libertés fondamentales (sources matérielles)<sup>89</sup>. Deux doctrines se dégagent alors. Pour

<sup>80</sup>Par exemple, J. Rivero, *Les libertés publiques*, t. 1, 5<sup>e</sup> éd., Paris, P.U.F., 1987 ; G. Haarscher, *Philosophie des droits de l'homme*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1989 aux pp. 35-46 ; S. Goyard-Fabre, « La dérive des droits fondamentaux » dans G. Lafrance, dir., *Éthique et droits fondamentaux*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 1989 aux pp. 61-73.

<sup>81</sup>A. Dufour, *Droits de l'homme, Droit naturel et histoire*, Paris, P.U.F., 1991 à la p. 14.

<sup>82</sup>Voir les art. 7 à 14 de la *Charte*.

<sup>83</sup>*Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. AG 217A (III), Doc. off. AG NU, 3<sup>e</sup> Sess., p. 71, Doc. NU A/810 (1948) ; *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, R.T. Can. 1976 n° 47, 999 R.T.N.U. 187 ; *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, S.T.E. 5, 213 R.T.N.U. 221. Sur l'expression « droits de l'homme », voir M. Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, P.U.F., 1983 aux pp. 21-22.

<sup>84</sup>Dufour, *supra* note 81 à la p. 18.

<sup>85</sup>*Ibid.* aux pp. 18-19.

<sup>86</sup>Haarscher, *supra* note 80 à la p. 74.

<sup>87</sup>Dufour, *supra* note 81 à la p. 19.

<sup>88</sup>*Ibid.* à la p. 19.

<sup>89</sup> Que ces libertés procèdent d'une philosophie donnée, en l'occurrence d'une « métaphysique politique », d'une pensée religieuse ou d'une tradition juridique nationale, voire d'une conjoncture historique privilégiée, affecte en effet très directement leur *nature juridique*, leur *assise* et leur *portée*. Car la notion même de *liberté fondamentale* prend un tout autre sens selon qu'elle résulte de la nature de l'homme, comme l'entend

l'une, l'École du droit naturel, les libertés sont inhérentes à la personne humaine sans référence aucune à sa condition et au déterminisme historique<sup>90</sup>. Les libertés sont un donné. Cette conception métaphysique va certes susciter des critiques<sup>91</sup>. Pour l'autre, l'École du droit historique, les libertés fondamentales apparaissent comme les privilèges d'une classe liés aux déterminations historiques. Elles ne peuvent aspirer à l'universalité puisqu'elles sont le fruit de contingences historiques particulières à un groupe<sup>92</sup>. Le professeur Dufour résume ainsi la question :

En conclusion, pour ce qui est de la *nature* et de l'*assise des libertés fondamentales*, les deux doctrines principales qui dominent l'évolution de la pensée politique et juridique moderne et qui conçoivent, la première, ces *libertés fondamentales* comme des *attributs naturels*, innés, inaliénables et imprescriptibles de tous les individus de l'espèce humaine, la seconde, ces mêmes libertés comme des *privilèges historiques*, particuliers, propres aux membres organiquement intégrés d'une même communauté de destin, nous paraissent pouvoir se ramener aux deux grandes philosophies du Droit qui inspirent la pensée juridique occidentale moderne : à savoir, d'une part, la philosophie de l'*École du Droit naturel* et, d'autre part, la philosophie de l'*École du Droit historique*<sup>93</sup>.

Voilà posé schématiquement l'arrière-plan philosophico-historique des doctrines des droits de l'homme sur lequel nous reviendrons. Les libertés, dans leur sens premier, hors de toute considération idéologique, sont des projections de l'esprit par lesquelles on érige des barrières concrètes à l'action du pouvoir. Elles peuvent donc apparaître comme une assurance contre l'arbitraire du prince. Elles légitiment également l'exercice du pouvoir : « un pouvoir sera dit légitime, une autorité aura des prétentions à être "obéie", si et seulement si il ou elle respecte les droits de l'homme [...] »<sup>94</sup>. La démocratie apparaît alors, de prime abord, légitime parce qu'elle ne peut se concevoir, comme nous avons essayé de le démontrer, sans un régime de liberté. La crise du marxisme et l'écroulement du Bloc de l'Est ont réhabilité le discours des droits de l'homme et établi la démocratie comme modèle potentiel de réalisation des libertés. Que présuppose l'idée des droits de l'homme, pour employer les termes des professeurs Renaut et Sosoe<sup>95</sup> ?

Les auteurs identifient trois présupposés. Tout d'abord, cette idée présuppose « une valorisation de l'homme comme tel, tenu pour terme de référence et pour valeur suprême »<sup>96</sup> (humanisme). Deuxièmement, l'homme est un être

---

la philosophie rationaliste des Lumières, de sa condition de créature de Dieu, comme le conçoit la Révélation chrétienne, ou des traditions juridiques d'un peuple donné, comme le veulent les théoriciens des Lois fondamentales anglaises ou ceux de l'École historique allemande (*ibid.* aux pp. 19-20).

<sup>90</sup>*Ibid.* aux pp. 20-21.

<sup>91</sup>*Ibid.* à la p. 21.

<sup>92</sup>*Ibid.* à la p. 23.

<sup>93</sup>*Ibid.* aux pp. 23-24.

<sup>94</sup>Haarscher, *supra* note 80 à la p. 11.

<sup>95</sup>A. Renaut et L. Sosoe, *Philosophie du droit*, Paris, P.U.F., 1991 à la p. 34.

<sup>96</sup>*Ibid.*

conscient et responsable<sup>97</sup> (sujet). Finalement, les droits de l'homme présupposent l'universalité, c'est-à-dire une transcendance contextuelle et historique des valeurs afférentes aux droits de l'homme<sup>98</sup> (universalité). Les professeurs Renaut et Sosoe précisent que ces présupposés s'intègrent difficilement dans les principaux courants de pensée contemporains, marqués de « composantes heideggeriennes, marxistes, nietzschéennes ou freudiennes »<sup>99</sup>. Ainsi, on oppose à ces présupposés le thème de la mort de l'homme (humanisme), « [l]a condamnation multiforme de l'idée de sujet comme une illusion métaphysique »<sup>100</sup> et un historicisme selon lequel « tout contenu de pensée est historique, donc relatif »<sup>101</sup> de même qu'un droit à la différence, avatar de l'ethnisme<sup>102</sup> (universalité). Ce débat philosophique n'est pas sans intérêt pour notre propos. En effet, cette opposition au jusnaturalisme, puisque c'est de cela qu'il s'agit, ne peut manquer, croyons-nous, d'avoir une incidence sur l'appréhension des libertés dans l'univers démocratique et, partant, une incidence directe sur l'idéal démocratique lui-même. Quelques mots suffiront.

Le droit naturel, tel qu'il a été pensé à partir du XVII<sup>e</sup> siècle, n'est pas exempt de toute critique<sup>103</sup>. Ainsi, par exemple, l'idée selon laquelle le droit naturel constitue un étalon face auquel s'exerce l'autorité suppose une autonomie du droit par rapport au politique. Les professeurs Renaut et Sosoe résument la pensée foucauldienne à ce propos :

Or, une telle extériorité [autonomie] ne peut apparaître que comme une illusion dès lors que l'on considère que « toute forme est un composé de rapports de force » : la formule vaut en effet non seulement pour cette forme sociale qu'est le droit positif (la loi), mais tout autant pour cette autre forme (culturelle) que se trouve être l'idée d'un « droit fondamental ». [...] Excluant toute transcendance par rapport au déploiement de la vie (si l'on préfère : par rapport à l'histoire), le « nietzschéisme profond » qui donne à la démarche foucauldienne son identité philosophique récuse donc *ipso facto* toute possibilité pour le droit, aussi bien comme règle du droit (loi) que comme droit fondamental (idée du juste), de constituer un

<sup>97</sup> L'homme des droits de l'homme renvoie en effet à la représentation de l'être humain comme être conscient et responsable, comme auteur de ses pensées et de ses actes, comme conscience (raison théorique) et comme volonté (raison pratique) [...] (*ibid.* à la p. 35).

<sup>98</sup> Là où le droit positif est par essence changeant, historique, relatif, il n'est concevable de lui opposer les droits de l'homme, pour le juger et éventuellement pour le dénoncer, que si référence peut ainsi être faite à des catégories de pensée qui, sans être anhistoriques (puisqu'elles ont émergé au cours d'une histoire, et, qui plus est, d'une histoire particulière, celle de la modernité européenne), possèdent du moins un sens métahistorique, dont la portée transcende l'histoire : faute de quoi, l'historique jugeant l'historique, la mise en question des lois ou des politiques injustes serait grevée d'une relativité peu compatible avec les exigences d'une dénonciation radicale et consistante de l'inacceptable (*ibid.* aux pp. 35-36).

<sup>99</sup>*Ibid.* à la p. 36.

<sup>100</sup>*Ibid.*

<sup>101</sup>*Ibid.* à la p. 37.

<sup>102</sup>S. Abou, *Cultures et droits de l'homme*, Paris, Hachette, coll. Pluriel, 1992 aux pp. 31-40.

<sup>103</sup>Il ne serait pas approprié, dans le cadre de la présente étude, de présenter tout le débat entourant cette question complexe. Le lecteur pourra se référer aux ouvrages cités pour en savoir plus.

quelconque moment d'extériorité vis-à-vis des réseaux de pouvoir dont le réel est tissé<sup>104</sup>.

On récuse ainsi la naïveté d'une immanence régulatrice à laquelle se soumettrait le pouvoir. De plus, l'identification des droits naturels a depuis longtemps posé problème. L'appel à la raison, comme substitut à la révélation divine, en tant que mode de détermination de ces droits a rapidement été contesté<sup>105</sup>. Comment est-il possible, avec Hume, de prétendre à un rationalisme capable de dégager une loi objective commune au genre humain ? Tâche d'autant plus complexe, hors la question de la subjectivité des valeurs, que l'universalité de la loi de nature est également remise en question. Tout d'abord, les droits de l'homme, par leur prétention à l'universel, constituent une manifestation d'un européanocentrisme inacceptable et une menace d'acculturation des peuples<sup>106</sup>. De plus, l'historicisme, dont nous avons déjà fait état, ne peut concevoir que la raison puisse être une source de droit, seule l'histoire, avec ses traditions et coutumes, pouvant aspirer à ce rôle<sup>107</sup>. Cela signifie-t-il que le jusnaturalisme doit disparaître au profit d'une conception historiciste du droit ? Conception non pas sans danger au regard de l'idéal démocratique, puisqu'elle tend à exclure du champ des libertés des groupes dont les traditions historiques méconnaissent les droits de l'homme et qu'elle n'établit pas, pour les autres groupes, le dialogue que suppose le jusnaturalisme. Il faut, à l'instar des professeurs Renaut et Sosoe, dépouiller le jusnaturalisme de ces scories à relent métaphysique<sup>108</sup> et reconnaître que le droit naturel (néo-jusnaturalisme) n'impose aucun contenu préfix ; contenu qui aurait été déterminé par un appel à la raison, à une théodicée ou à un quelconque appareillage à prétention objective.

Le droit naturel, dont les droits de l'homme consacrés dans les instruments constitutionnels ou internationaux sont une simple « explicitation toujours incomplète ou imparfaite »<sup>109</sup>, s'amarre alors à la conception polycentrique de la démocratie. Il devient une pratique de l'argumentation, champ où se développe une activité communicationnelle (la palabre-intersubjectivité) :

Dans les limites de la simple raison, l'idée du droit naturel ou, ce qui revient au même, l'humanisme juridique ne charrie donc avec eux nul contenu requérant

<sup>104</sup>Renaut et Sosoe, *supra* note 95 à la p. 49.

<sup>105</sup>Haarscher, *supra* note 80 aux pp. 106-07.

<sup>106</sup>Voir sur ce sujet entre autres : Abou, *supra* note 102 ; G. Goriely, « À propos de l'universalité de la nature humaine » dans G. Haarscher, dir., *Laïcité et droits de l'homme : deux siècles de conquêtes*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1989, 11 ; É. Le Roy, « Les fondements anthropologiques des droits de l'homme. Crise de l'universalisme et post-modernité » (1992) 48 R.R.J. 139 ; H. Faes, « Droits de l'homme et contingence de l'humain » (1984) 9 *Le Droit* 113.

<sup>107</sup>Renaut et Sosoe, *supra* note 95 à la p. 305. Les auteurs ajoutent à la page 333 :

Inutile d'insister davantage, ici, sur cette critique müllerienne [Adam Müller] de la fondation contractualiste du droit : face à ceux qui raisonnent comme s'ils se situaient au commencement de tous les temps et comme si on devait seulement maintenant instaurer tous les États», il faut à ses yeux, pour soustraire la sphère politique à l'arbitraire des volontés humaines, substituer à la logique du contrat celle de l'histoire entendue comme vie de la totalité et, parce que porteuse des valeurs éprouvées, fondement exclusif de la légitimité.

<sup>108</sup>*Ibid.* aux pp. 412-15.

<sup>109</sup>Abou, *supra* note 102 à la p. 103.

des investissements spéculativement régressifs : une fois séparée des illusions métaphysiques qui l'avaient accompagnée, l'idée du droit naturel, comme il en est de toute Idée après sa critique, devient une pratique ou une méthode, — celle-là même de l'argumentation<sup>110</sup>.

Ainsi, la détermination du droit naturel devient une méthode argumentative où se développe une certaine idée régulatrice de l'humanité, pour reprendre les termes des professeurs Renaut et Sosoe. Un espace public se crée. La communication qui s'y noue participe au débat démocratique. Nous retrouvons donc ici les notions de palabre et de polycentrisme. En effet, cette activité communicationnelle n'est pas l'apanage du pouvoir judiciaire. Celui-ci s'en préoccupe certes, mais l'argument ne se limite pas à ce centre<sup>111</sup>. Alors que l'historicisme soumet les droits de l'homme au tribunal stoïque et statique de l'histoire, le néo-jusnaturalisme se propose plutôt de remettre cette question aux mains des protagonistes actuels du pouvoir, c'est-à-dire aux individus qui ont délégué leur autorité et qui, conformément au véritable paradigme démocratique, discutent, communiquent et s'opposent parfois à la vision de l'humanité entretenue par les détenteurs du pouvoir. Les libertés, par le truchement d'une théorie argumentative du droit naturel, s'intègrent donc parfaitement au modèle démocratique tel que décrit par Baechler. Déjà, en ce qui concerne les libertés nommément consacrées dans un texte constitutionnel, l'interprète constate que leur appréhension est fondée sur le jeu de l'argumentation, c'est-à-dire la recherche perpétuelle d'un équilibre, inévitablement changeant en raison de l'évolution des sociétés, entre des intérêts divergents. La pratique est alors révélatrice en quelque sorte

<sup>110</sup>Renaut et Sosoe, *supra* note 95 à la p. 415. Les auteurs ajoutent aux pp. 414-15 :

En revanche, il semble possible de ne pas tenir cette Idée de l'humanité pour un investissement inconsidérément métaphysique si l'on aperçoit qu'elle est déjà elle-même comprise, implicitement, dans le *fait* de l'argumentation, dans le *fait* de la discussion : car, dès lors que deux interlocuteurs acceptent d'entrer dans cet espace de l'argumentation dont par définition, comme l'ont bien rappelé Chaïm Perelman et ses disciples, le champ juridique est l'exemple même, ils reconnaissent d'une part, *ipso facto*, la validité d'un certain nombre de principes logiques dont le respect définira la loi *commune* de leur débat (principes d'identité, de contradiction, de raison suffisante, etc.), et d'autre part ils se reconnaissent au minimum un intérêt également *commun*, à savoir celui qu'ils prennent à la discussion et à la résolution argumentative du conflit qui les oppose.

Voir également J. Habermas, *Théorie de l'agir communicationnel : rationalité de l'agir et rationalisation de la société*, t. 1, Paris, Fayard, 1987 ; J. Habermas, *Morale et communication : conscience morale et activité communicationnelle*, Paris, Cerf, 1991.

<sup>111</sup>Mais il existe une autre voie frayée par l'émergence de l'individu, de la subjectivité : c'est celle de l'«activité communicationnelle». La modernité se caractérise en effet comme une époque donnant de plus en plus d'importance, de substance, à l'«espace public», autrement dit à cette sphère de la démocratie dans laquelle les choix éthico-politiques sont exhibés, soumis à la critique — dans laquelle également l'individu est présumé innocent (base essentielle de la sûreté, elle-même constituant en quelque sorte *le droit de l'homme des droits de l'homme*), sa culpabilité devant être *prouvée*, exposée dans l'espace public, dans le domaine ouvert de la critique. Bref, tout ce qui concerne le politique au sens large trouve de plus en plus (certes, le développement est « inégal ») de *médiations institutionnelles* pour se *communiquer*, dans une activité qui apparaît non seulement essentielle pour l'État de droit, mais éminemment *moderne* [...] (Haarscher, *supra* note 80 à la p. 113 [nous soulignons ; italiques dans l'original]).

d'une activité communicationnelle, bien qu'elle soit, comme nous le remarquons dans le cadre de cet exposé, empreinte de difficultés de nature épistémologique. Le rôle des libertés dans l'univers démocratique est dès lors simple à identifier. Les libertés apparaissent nécessaires à la démocratie, en tant qu'idéal, parce qu'elles constituent une médiation institutionnelle de l'activité communicationnelle (la palabre) par laquelle on ordonne l'équilibre des pouvoirs, avec la volonté de respecter notamment l'individualité des sociétaires.

La discussion, dans la théorie habermasienne, est, entre autres, une tentative de refondation de la raison (raison communicationnelle — *kommunikative Vernunft*)<sup>112</sup> qui dépasse certes le cadre étroit de notre propos. La découverte de la vérité ou l'élaboration des normes devrait découler alors de la pratique communicationnelle<sup>113</sup>. La communication (palabre) devient le moyen d'atteindre un équilibre démocratique :

Tandis que la pragmatique universelle dégage les conditions d'une intercompréhension possible, la théorie de l'activité communicationnelle, activité spécifiquement orientée à l'intercompréhension, vise donc expressément pour sa part les conditions d'une société possible. La théorie de l'activité communicationnelle analyse ce qui se produit dans l'interaction sociale, lorsque deux protagonistes, deux « sujets » qui ont chacun leur plan et cherchent à le réaliser (certes, suivant le schéma d'une activité rationnelle par rapport à une fin!), doivent cependant chercher à coordonner leurs intérêts<sup>114</sup>.

On peut donc remarquer qu'il existe, au plan principal, une convergence théorique indéniable selon laquelle l'activité communicationnelle, fondement rationnel de la discussion, constitue un mode démocratique (d'argumentation). Le pouvoir judiciaire, élément de l'ensemble polycentrique, représente à cet égard un forum, parmi d'autres, de discussion. Le paradigme démocratique élémentaire, parce qu'il méconnaît cette dimension, ne rend pas compte de la profonde structure dynamique et polycentrique de la démocratie. Ce paradigme est en fait, au risque de nous répéter, fondé sur une vision tronquée, voire étriquée, de l'idéal démocratique.

### III. Sur le droit comme voie médiatrice

L'exposé qui précède doit nous permettre, en principe, de surmonter l'obstacle épistémologique déjà identifié (cause de stagnation). En effet, l'essentiel de la polémique relative à la légitimité démocratique du contrôle de constitutionnalité ne tient plus au regard du véritable sens qu'il importe d'assigner à

---

<sup>112</sup>J.-M. Ferry, *Habermas, l'éthique de la communication*, Paris, P.U.F., 1987 aux pp. 30, 37-38. L'auteur écrit aux pages 37 et 38 :

La « vraie » discussion est celle qui ne connaît que les raisons (*Gründe*) ou, si l'on préfère, les seuls arguments du discours, et non les « faux » arguments de l'autorité, de l'intimidation, de la menace ou de la contrainte. [...] Cela supposerait donc une *éthique* consistant pour chacun à accepter les arguments, et pour tous, à accepter la loi de l'argument meilleur. De là, on peut envisager l'élaboration d'un *droit* résultant de l'universalisation des intérêts (universalisables) dans la discussion rationnelle et l'argumentation publique.

<sup>113</sup>*Ibid.* à la p. 31.

<sup>114</sup>*Ibid.* aux pp. 28-29.

l'idéal démocratique. L'invocation de l'enjeu démocratique pour condamner l'évaluation, parfois censoriale, des lois par le pouvoir judiciaire constitue une thèse erronée et primaire. La démocratie, dans son essence, ne se limite pas aux notions de représentativité et de suffrage universel. C'est là, encore une fois, une vision essentiellement réductrice et purement captieuse de la démocratie.

Mais les arguments des tenants du paradigme démocratique élémentaire ne s'arrêtent pas à cette seule question. En effet, bien que cette dernière représente un point fondamental de la thèse, d'autres éléments sont mis de l'avant afin de nier<sup>115</sup> au pouvoir judiciaire la faculté de se prononcer sur la constitutionnalité des lois. Ces arguments ne relèvent pas strictement du paradigme démocratique élémentaire. Ainsi, on affirme souvent que les tribunaux ne sont pas un forum approprié pour discuter des valeurs de notre société — débat souvent inévitable en cas de contestation constitutionnelle — en raison notamment de la forme contradictoire (*adversarial*) de nos procès<sup>116</sup>. Les juges, au surplus, proviennent d'une élite dont les sensibilités les portent naturellement plutôt vers le pouvoir (défense du *statu quo*) que vers les minorités discrètes et isolées<sup>117</sup>. De plus, les coûts d'une contestation judiciaire sont tels que seuls les plus riches peuvent se permettre d'emprunter cette voie<sup>118</sup>. On invoque également le manque d'expertise des tribunaux : ceux-ci ne sont pas à même de procéder aux difficiles arbitrages que suppose la répartition de ressources de plus en plus rares. Ce rôle revient plutôt au législateur qui bénéficie d'une grande expertise en raison notamment d'un soutien administratif important<sup>119</sup>. Le législateur appréhende, en principe, chaque problème avec une vision d'ensemble s'intégrant dans une planification à long terme alors que le magistrat est porté à une évaluation au cas par cas. Ce dernier est également limité aux arguments présentés par les parties au litige<sup>120</sup>.

<sup>115</sup>Nous employons ce terme par commodité de langage. Il recouvre en fait une pluralité d'opinions. En effet, alors que certains nient purement et simplement aux tribunaux un pouvoir de contrôle, d'autres estiment plutôt que ce pouvoir devrait être tempéré/balisé. Quoi qu'il en soit, dans tous les cas, on refuse que les tribunaux assument un rôle *effectif* dans l'ensemble polycentrique démocratique.

<sup>116</sup> Even where access to the courts is permitted, those who arrive there do not find a participatory forum, in which ideas are carefully debated, but a process that « is profoundly elitist, hierarchic, and non-participatory. It is itself a form of domination that creates experiences of subordination ». Given both the financial and institutional alienation of the judiciary from most of the citizenry, courts should be seen as a final, and not a first, resort. If a powerful social planner wished to design a society in which major moral decisions were made in the most suitable environment, it is unlikely that he or she would have chosen the Anglo-American courtroom complete with its adversarial process and its very expensive advocates (Zylberberg, *supra* note 2 à la p. 36).

<sup>117</sup>M. Mandel, *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada*, Toronto, Wall & Thompson, 1989 aux pp. 41-48.

<sup>118</sup>*Ibid.* aux pp. 43-44. Voir aussi F. Rocher et D. Salée, « Charte et société : vers un nouvel ordre politique canadien ? » (1991) 20 *Revue québécoise de science politique* 35 à la p. 48.

<sup>119</sup>Monahan, « Judicial Review and Democracy: A Theory of Judicial Review », *supra* note 4 à la p. 97.

<sup>120</sup>Il importe de noter que les tribunaux, conscients du fait que leurs décisions peuvent produire des effets qui ne touchent pas simplement les parties au litige, permettent de plus en plus l'intervention au débat de divers groupes représentatifs (syndicats, groupes de femmes, etc.). Il faut aussi

Ces arguments ont un certain mérite. Toutefois, ces critiques sont erronément mises de l'avant pour condamner le pouvoir judiciaire en tant qu'élément de l'ensemble polycentrique. Or, ces critiques ne sauraient remettre en cause les fondements mêmes du polycentrisme démocratique. Elles relèvent plutôt de la technique. En d'autres termes, ces critiques, dont on ne doit pas minimiser l'importance, remettent en cause le *droit* comme voie de médiation des idéaux démocratiques et non pas la théorie de la diffusion des centres. En effet, on remarque que ces critiques portent sur l'efficacité du droit. D'aucuns peuvent prétendre que ces critiques ont un caractère institutionnel : elles s'attaqueraient à l'institution judiciaire *per se*. Pourtant, une analyse attentive permet de noter qu'elles ne supposent pas l'élimination pure et simple du pouvoir judiciaire (centre) comme forum de résolution des litiges, mais plutôt une remise en question des aspects formels et substantiels du *droit* comme mode d'action dans le cadre de certaines situations contentieuses. Le droit constitue-t-il un instrument propre à réaliser les idéaux de liberté sous-jacents à la démocratie et aux instruments constitutionnels dont celle-ci s'est dotée ? C'est là le sens, croyons-nous, de l'interpellation suscitée par ces critiques.

Cette interpellation nourrit les travaux des *Critical Legal Studies* (CLS). Il n'est pas vain d'examiner sommairement les réflexions menées par ce groupe plus ou moins homogène<sup>121</sup>. Les travaux des CLS sont directement inspirés d'une école de pensée juridique américaine, remontant au début du siècle, les *Legal Realists*. Ces derniers se sont efforcés de démontrer, entre autres, qu'il n'existait pas de « bonne réponse » à un problème juridique. Autrement dit, il est illusoire de croire que le droit constitue une science objective et impartiale dont les solutions seraient fondées sur une rationalité essentiellement prévisible<sup>122</sup>. En fait, les règles de droit sont, à l'instar de toute norme, l'objet de manipulations subjectives<sup>123</sup>. La méfiance des réalistes à l'égard des juges fait

---

noter la mise en cause des procureurs généraux, représentants de l'intérêt général. Sur ce dernier point, voir, entre autres, D. Pinard, « Le principe d'interprétation issu de la présomption de constitutionnalité et la *Charte canadienne des droits et libertés* » (1990) 35 R.D. McGill 305 aux pp. 308-09.

<sup>121</sup>R.M. Unger, « The Critical Legal Studies Movement » (1983) 96 Harvard L.R. 561 ; D.A. Price, « Taking Rights Cynically: A Review of Critical Legal Studies » (1989) 48 Cambridge L.J. 271 à la p. 283.

<sup>122</sup>The Realists demonstrated that the appeal of an objective, impartial system of legal thought was illusory: A set of precepts applied "objectively" to a given set of facts could result in a variety of equally plausible outcomes. The power of formal rationality was suspect; precedent could be manipulated to justify any decision at all (A.C. Hutchinson et P.J. Monahan, « Law, Politics, and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought » (1984) 36 Stanford L.R. 199 à la p. 204).

<sup>123</sup>Perhaps the most striking contribution of Realist literature was the demonstration that legal rules could be manipulated. Legal scholarship prior to Realism had been oriented towards the derivation of comprehensive rules, of reconciling principles, and of predictable guidelines for conduct. [...] The goal of the scholar's search, embodied in the massive treatises of the late nineteenth and early twentieth centuries, was to reduce a field of law to a series of coherent principles of general applicability. The Realists demonstrated that such principles were always contradictory, that for every principle there existed a potential counterprinciple, and that ultimately a methodology that assumed



en sorte qu'ils estiment que l'adjudication doit être confiée à des experts de l'administration qui baseraient leurs décisions sur des données scientifiques plutôt que sur des principes juridiques flous et malléables<sup>124</sup>. Quoi qu'il en soit, les thèses des réalistes ont rapidement été récupérées et intégrées par l'école libérale<sup>125</sup>. Les CLS vont beaucoup plus loin. Leurs objections et critiques peuvent difficilement être récupérées et intégrées par le système libéral<sup>126</sup>. Cette démarcation des CLS par rapport à leurs pères spirituels, les réalistes, est ainsi résumée par le professeur White :

Of the various "affirmative" methodological proposals of Realism, studying the underlying values of decisionmakers seems to have excited the greatest interest among advocates of Critical theory. But CLS has substantially enlarged and re-oriented the Realists' concern with values. Rather than focusing on the value orientation of a particular decisionmaker, which may not tell us much about "law", given the multiplicity and diversity of "lawmakers" in American culture, Critical theory has sought to recreate the tacit value system — the shared assumptions and presuppositions — of mainstream actors in a legal culture at a point in time. That inquiry has yielded efforts to unpack the structure of Blackstone's *Commentaries*, the ideology of twentieth-century labor law, and the assumptions of "mainstream legal scholarship"<sup>127</sup>.

Les CLS critiquent sévèrement le libéralisme juridique ambiant et ses deux présupposés fondamentaux, à savoir l'autonomie de l'individu (sphère de liberté — individualisme) et le principe de la primauté du droit (*rule of law*). Profondément influencés par la contre-culture des années soixante<sup>128</sup> et un certain communautarisme, mâtiné de marxisme, les CLS rejettent l'autonomie individuelle<sup>129</sup> et la primauté du droit<sup>130</sup>, qui leur apparaissent comme des facteurs de

---

the autonomy, permanence, or objectivity of legal rules was incoherent (G.E. White, « The Inevitability of Critical Legal Studies » (1984) 36 Stanford L.R. 649 à la p. 651).

<sup>124</sup> The leading Realists believed that decisionmaking should be based on empirical data gathered in scientific research, rather than on artificial legal concepts. The administrative arm of the state was thought better equipped than the judiciary to perform this task (Hutchinson et Monahan, *supra* note 122 à la p. 204).

<sup>125</sup> White, *supra* note 123 aux pp. 661-70.

<sup>126</sup> Price, *supra* note 121 à la p. 283.

<sup>127</sup> White, *supra* note 123 à la p. 652.

<sup>128</sup> *Ibid.* aux pp. 658-59.

<sup>129</sup> The CLS movement generally disparages the quest for a system of rights. CLS adherents dispute the possibility that such a system can be made coherent — that is, its application to particular cases must be arbitrary. Moreover, they argue that the protection of individual rights has undesirable effects. First, it exalts the autonomy of the individual over the needs of the community. Second, it neglects the individual's own need to be part of the community. Finally, the existing system of rights, like the "liberal" political programme, deflects any fundamental changes in the structure of society (Price, *supra* note 121 à la p. 273).

<sup>130</sup> Just as CLS adherents reject the individual rights aspects of legal liberalism, they also reject the desirability and possibility of the rule of law. Like a system of individual rights, the rule of law is said to thwart social change and the formation of community. [...] In rejecting the possibility of the rule of law, at least some CLS writings have claimed that laws can provide no guidance at all to judges deciding cases. Because the law

sclérose s'opposant aux changements sociaux et niant l'aspect irréductiblement communautaire de la société des hommes. Les CLS estiment ainsi que le droit est (1) indéterminé, (2) incohérent et contradictoire et sert à (3) légitimer les structures en place.

Le formalisme juridique et sa prétention à la rationalité est une illusion. Le droit est indétermination :

All the Critical scholars unite in denying the rational determinacy of legal reasoning. Their basic credo is that no distinctive mode of legal reasoning exists to be contrasted with political dialogue. Law is simply politics dressed in different garb; it neither operates in a historical vacuum nor does it exist independently of ideological struggles in society. Legal doctrine not only does not, but also cannot, generate determinant results in concrete cases. Law is not so much a rational enterprise as a vast exercise in rationalization. Legal doctrine can be manipulated to justify an almost indefinite spectrum of possible outcomes. [...] Legal doctrine is nothing more than a sophisticated vocabulary and repertoire of manipulative techniques for categorizing, describing, organizing, and comparing; it is *not* a methodology for reaching substantive outcomes<sup>131</sup>.

L'indétermination n'est pas le seul diagnostic que les CLS posent à l'endroit de la science juridique. On souligne aussi son incohérence et ses contradictions. Ces traits sont intimement liés à l'indétermination du droit. Pour chaque principe juridique existe un contre-principe<sup>132</sup> et l'ensemble ne peut être hiérarchisé. Plusieurs principes coexistent donc au cœur du système juridique et rien ne permet *juridiquement* de choisir l'un plutôt que l'autre. La logique juridique apparaît donc comme un leurre ; le choix est alors politique. Par conséquent, le droit se présente comme un appareillage politique qui travestit ses dehors par une référence incessante à sa neutralité, son objectivité, son autonomie et sa prévisibilité. Le droit est une science hétéronome. Ses déterminations n'obéissent pas à une logique strictement autonome ; au contraire, elles sont le fruit de considérations politiques et économiques dépourvues de tout scientisme ou de logique systématique.

Par ailleurs, le droit sert à légitimer les structures sociales et politiques actuelles. La rhétorique juridique est construite et présentée de telle manière qu'elle pousse les individus à croire qu'il n'existe aucune autre alternative valable<sup>133</sup>. Le droit impose, par invocation de sa neutralité et de son objectivité, une

---

is wholly indeterminate, the claim runs, a judge's decisions must be entirely political (*ibid.* à la p. 276).

<sup>131</sup>Hutchinson et Monahan, *supra* note 122 à la p. 206.

<sup>132</sup>Unger, *supra* note 121 aux pp. 568-69.

<sup>133</sup>By far the predominant view within the CLS movement is that law serves the powerful, not in an immediate and direct way, but instead through "legitimation". In other words, the rhetoric of legal rights and the rule of law leads people to think that the existing order, despite its inequitable aspects, is just or at least that it is better than any alternative. [...] Gramsci argued that the capitalist class does not maintain its power exclusively or even primarily through force, but also through a complex variety of widespread moral and social beliefs that lead people to assume that the *status quo* is basically good. These beliefs serve to reinforce, and are reinforced by, institutions such as the church, the corporation, and the family (Price, *supra* note 121 à la p. 289).

série de croyances morales (par exemple respect de la propriété, égalité des parties au contrat) qui fait en sorte que l'individu approuve, par défaut, l'ordre établi. Les CLS parlent alors de *false consciousness*, c'est-à-dire « the erroneous belief that one is benefiting from the current system »<sup>134</sup>. Les CLS refusent cette inévitabilité qu'institue dans les esprits le raisonnement juridique. Il s'agit alors, pour ces derniers, de déterminer le rôle joué par le droit dans cette entreprise d'immobilisme que les préceptes du libéralisme juridique établissent et cherchent à conforter<sup>135</sup>.

Ces critiques et remarques ne sont évidemment pas exclusives aux CLS. Ainsi, Bourdieu, par exemple, affirme que le droit est « un *reflet direct* des rapports de force existants, où s'expriment les déterminations économiques, et en particulier les intérêts des dominants [...] »<sup>136</sup>. Il souligne également l'effet régulateur, normalisant et conservatif du droit<sup>137</sup>. Le droit consacre l'ordre social et contribue, par son langage et sa logique, à imposer une représentation de la normalité<sup>138</sup>. Il est alors bien entendu nécessaire au droit, afin d'asseoir son autorité normative et sociale et d'emporter l'adhésion des profanes, de prétendre à l'objectivité, à la neutralité et à l'autonomie<sup>139</sup>. Pourtant, Bourdieu note l'absence de toute « méthodologie juridique parfaitement rationnelle »<sup>140</sup>, selon laquelle une

<sup>134</sup>*Ibid.* à la p. 290.

<sup>135</sup> Inspired by a vision of the contingent nature of all social worlds, the CLS project is to identify the role played by law and legal reasoning in the process through which social structures acquire the appearance of inevitability. By identifying and overturning the extant forms of legal consciousness, the CLSers hope to liberate the individual in society. Their method for exposing the distortion between the apparent order of the legal process and the disorder of social life is to examine the intellectual devices that conceal this discrepancy. [...] As a necessary precondition to the restructuring of society, the CLS movement seeks to penetrate the surface of "social reality", to expose the actual workings of society, to reveal particular interests that are identified with universal claims, and to discover the process by which contradictions in the world are denied and the status quo presented as a natural, rather than contingent, state of affairs (Hutchinson et Monahan, *supra* note 122 à la p. 217).

<sup>136</sup>P. Bourdieu, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique » (1986) 64 *Actes de la recherche en sciences sociales* 3 à la p. 3.

<sup>137</sup>*Ibid.* aux pp. 13, 16-17.

<sup>138</sup> Ainsi inscrit dans la logique de la conservation, le travail juridique est un des fondements majeurs du maintien de l'ordre symbolique par un autre trait de son fonctionnement : par la systématisation et la rationalisation qu'il fait subir aux décisions juridiques et aux règles invoquées pour les fonder ou les justifier, il confère *le sceau de l'universalité*, facteur par excellence de l'efficacité symbolique, à un point de vue sur le monde social dont on a vu qu'il ne s'oppose en rien de décisif au point de vue des dominants (*ibid.* à la p. 16).

<sup>139</sup> La croyance qui est tacitement accordée à l'ordre juridique doit être sans cesse reproduite et c'est une des fonctions du travail proprement juridique de codification des représentations et des pratiques éthiques que de contribuer à fonder l'adhésion des profanes aux fondements mêmes de l'idéologie professionnelle du corps des juristes, à savoir la croyance dans la neutralité et l'autonomie du droit et des juristes (*ibid.* à la p. 15).

<sup>140</sup>*Ibid.* à la p. 7. Bourdieu ajoute :

L'interprétation opère *l'historicisation de la norme*, en adaptant les sources à des cir-

décision obéirait à une « logique déductiviste »<sup>141</sup> irréductible, « point d'honneur spiritualiste du juriste professionnel »<sup>142</sup>. Avec d'autres, Bourdieu reconnaît également les similitudes de vues et d'intérêts qu'entretiennent les juges et les autres détenteurs du pouvoir ; similitudes nourries par une appartenance sociale commune et une conviction de corps<sup>143</sup>. Si l'on doit admettre, avec Troper, que le juge constitutionnel est co-législateur ou co-auteur de la loi<sup>144</sup>, puisque l'interprétation est un acte de volonté et non pas un acte de connaissance<sup>145</sup>, on comprend alors peut-être mieux les inquiétudes de ceux qui estiment que le pouvoir judiciaire ne saurait constituer un forum où les sensibilités des minorités peuvent être défendues et reconnues.

L'avènement de la *Charte* a suscité bien des critiques de cet ordre. On dénonce, par exemple, la politisation du pouvoir judiciaire par le truchement de la *Charte*<sup>146</sup>. De même, on refuse que le pouvoir judiciaire, par l'interprétation du document constitutionnel, puisse opérer des arbitrages en matière sociale et économique, puisque ce rôle revient au premier chef aux deux autres branches de l'État<sup>147</sup>. On affirme également que l'édiction de la *Charte* « concourt à la

---

constances nouvelles, en y découvrant des possibilités inédites, en laissant de côté ce qui est dépassé ou périmé. Étant donné l'extraordinaire élasticité des textes, qui va parfois jusqu'à l'indétermination ou l'équivoque, l'opération herméneutique de *declaratio* dispose d'une immense liberté. Il n'est sans doute pas rare que le droit, instrument docile, adaptable, souple, polymorphe, soit en fait mis à contribution pour rationaliser *ex post* des décisions auxquelles il n'a eu aucune part. Les juristes et les juges disposent tous, quoique à des degrés très différents, du pouvoir d'exploiter la polysémie ou l'amphibologie des formules juridiques en recourant soit à la *restrictio*, procédé nécessaire pour ne pas appliquer une loi qui, entendue littéralement, devrait l'être, soit à l'*extensio*, procédé permettant d'appliquer une loi qui, prise à la lettre, ne devrait pas l'être, soit encore à toutes les techniques qui, comme l'analogie, la distinction de la lettre et de l'esprit, etc., tendent à tirer le parti maximum de l'élasticité de la loi, et même de ses contradictions, de ses ambiguïtés ou de ses lacunes. [...] Le principe de cette efficacité [efficacité symbolique du droit] réside au moins pour une part dans le fait que, sauf vigilance spéciale, l'impression de nécessité logique suggérée par la forme tend à contaminer le contenu. Le formalisme rationnel ou rationalisant du droit rationnel, que l'on tend à opposer, avec Weber, au formalisme magique des rituels et des procédures archaïques de jugement (comme le serment individuel ou collectif), participe à l'efficacité symbolique du droit le plus rationnel (*ibid.* à la p. 8).

<sup>141</sup>*Ibid.* à la p. 7.

<sup>142</sup>*Ibid.*

<sup>143</sup> La proximité des intérêts, et surtout l'affinité des habitus, liée à des formations familiales et scolaires semblables, favorisent la parenté des visions du monde ; il s'ensuit que les choix que le corps doit opérer, à chaque moment, entre des intérêts, des valeurs et des visions du monde différents ou antagonistes ont peu de chances de défavoriser les dominants, tant l'éthos des agents juridiques, qui est à leur principe, et la logique immanente des textes juridiques, qui sont invoqués pour les justifier au moins autant que pour les inspirer, sont en accord avec les intérêts, les valeurs et la vision du monde des dominants (*ibid.* aux pp. 14-15).

<sup>144</sup>Troper, *supra* note 45 aux pp. 36-37.

<sup>145</sup>*Ibid.* à la p. 35.

<sup>146</sup>P.H. Russell, « The Effect of a Charter of Rights on the Policy-Making Role of Canadian Courts » (1982) 25 *Administration publique du Canada* 1 ; P.H. Russell, « The Paradox of Judicial Power » (1987) 12 *Queen's L.J.* 420.

<sup>147</sup>J. Frémont, « Les tribunaux et la Charte : le pouvoir d'ordonner la dépense de fonds publics

reproduction de rapports de force inégalitaires et à l'obsolescence de pratiques démocratico-populaires fondées sur la souveraineté parlementaire »<sup>148</sup>. La consécration de droits individuels dans la *Charte* ne peut que mener au rétrécissement des droits collectifs<sup>149</sup> et constitue une illusion égalitariste<sup>150</sup>.

Voilà réduit à sa plus simple expression l'essentiel des critiques à l'égard du droit comme instrument de médiation. Bien qu'elles ne remettent pas en cause *directement* le véritable paradigme démocratique, elles apparaissent sérieuses et troublantes. Par ailleurs, est-ce bien le droit, en tant que science de la conciliation, qui est en cause ou plutôt le régime libéral ? Le droit est donc une science hétéronome qui ne peut prétendre à une parfaite imperméabilité, tant dans son énonciation que dans le raisonnement qu'elle suppose, aux influences extérieures, quelle que soit la nature de ces dernières. Les CLS proposent maladroitement<sup>151</sup> de changer de société et d'énoncer de nouveaux types de droits<sup>152</sup>. Le droit deviendrait alors en quelque sorte le libérateur des consciences. Il jouerait un rôle important puisqu'il serait déchargé de tous les avatars qui en font autrement un instrument de puissance. Par conséquent, ce n'est pas tant le droit, eidéticité première, qui se trouve condamné que le détournement idéologique qu'il a subi. Cette conclusion, parce qu'elle constitue une attaque frontale contre le libéralisme et non contre le droit, pourrait laisser entendre que notre démonstration quant au polycentrisme devrait tomber sous le feu des critiques ci-haut exposées. Nous ne le croyons pas. Tout d'abord, la démocratie, en tant qu'architectonique, n'est pas l'apanage du libéralisme. De plus, notre démonstration a été faite sans aucune référence stricte au libéralisme. La démocratie, au sens où Baechler l'a décrite dans les sociétés primitives, de même que l'*homo democraticus*, être indépendant, égoïste et calculateur, constituent nos points de référence. On doit noter que nos sociétés libérales sont très marquées par le polycentrisme. Le contraire serait étonnant puisqu'elles se réclament de la démocratie.

Quoi qu'il en soit, il n'est pas possible, dans le cadre de la présente étude, de trancher une question si difficile. On peut simplement dire que les CLS, notamment, attendent peut-être trop de la chose juridique. En d'autres termes,

---

en matières sociales et économiques » (1991) 36 R.D. McGill 1323. *Contra* : A. Lajoie, « De l'interventionnisme judiciaire comme apport à l'émergence des droits sociaux » (1991) 36 R.D. McGill 1338. Pour un exposé du pouvoir des tribunaux d'intervenir en matières sociales et économiques en droit américain, voir G. Otis, « La *Charte* et la modification des programmes gouvernementaux : l'exemple de l'injonction structurelle en droit américain » (1991) 36 R.D. McGill 1348. Voir, à ce propos, *Schachter c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1992] 2 R.C.S. 679, 93 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 1.

<sup>148</sup>Rocher et Salée, *supra* note 118 à la p. 54.

<sup>149</sup>R. Vandycke, « L'activisme judiciaire et les droits de la personne : émergence d'un nouveau savoir-pouvoir » (1989) 30 C. de D. 927.

<sup>150</sup>Rocher et Salée, *supra* note 118 à la p. 55.

<sup>151</sup>Maladroitement, car la plupart des auteurs reconnaissent que les CLS n'ont pas de véritable programme de rechange à proposer. Voir notamment Price, *supra* note 121 aux pp. 291-98 ; White, *supra* note 123 aux pp. 670-72. Cette absence de propositions cohérentes et l'inévitable report sur la critique pure qui s'ensuit, font qu'on attribue aux CLS une certaine dose de nihilisme : Hutchinson et Monahan, *supra* note 122 à la p. 236.

<sup>152</sup>Voir Unger, *supra* note 121 aux pp. 597-600.

l'avènement de la *Charte*, par exemple, ne représente pas un achèvement ni un instrument propre à garantir la réparation de toutes les injustices ou la juste répartition des ressources. La *Charte* est un instrument dont l'ambition est beaucoup plus limitée. Au surplus, sa portée a été grandement exagérée. La *Charte* n'a pas vocation de s'appliquer à tous les types de relations contentieuses<sup>153</sup>. Certains auteurs feraient peut-être bien de ne pas oublier ces facteurs. Dans l'ordre actuel des choses, le contrôle de constitutionnalité ne constitue simplement qu'un élargissement du pouvoir que les tribunaux, en tant qu'élément de l'ensemble polycentrique, détiennent. Il n'y a là rien de nouveau à la lumière de l'idéal démocratique. Encore une fois, la question de l'adéquation du droit et des idéaux philosophiques inhérents à la démocratie et au document constitutionnel ne peut être ici réglée. Celle-ci suppose une analyse approfondie des décisions de justice et des facteurs socio-politiques ambiants. Il est évident néanmoins que le droit, en général, traduit bien mal certaines réalités ; que le droit apparaît souvent comme un instrument de légitimation d'un certain type de discours tolérant mal la dissidence. Ce sera l'occasion d'une autre étude.

### Conclusion

Au terme de cet exposé, l'objection fondamentale au contrôle de constitutionnalité, à savoir son caractère antidémocratique, semble erronée. Le paradigme démocratique élémentaire, fondement argumentatif de plusieurs auteurs, est une notion qui ne rend pas compte du véritable sens qu'il convient d'attribuer à l'idéal démocratique. Le paradigme démocratique élémentaire appréhende la démocratie au premier degré. Il constitue pourtant un point focal à partir duquel la plupart des auteurs articulent leur argumentation, que celle-ci soit favorable ou non au contrôle de constitutionnalité. Voilà pourquoi le débat tourne en rond. C'est là la nature d'un obstacle épistémologique, cause de stagnation de la connaissance. Il s'agissait, par conséquent, de se pencher à nouveau sur le concept de démocratie, que plusieurs confondent allègrement avec le simple suffrage universel. Cette analyse nous a permis de constater que le concept démocratique ne saurait être limité à la réalité élémentaire de la représentation. Les libertés, corollaire obligé de la démocratie, doivent être assurées par une pluralité de centres, dont, bien évidemment, le centre que constitue le pouvoir judiciaire. La logique démocratique ne permet pas d'échapper à cette conclusion.

Le paradigme démocratique élémentaire s'explique notamment par le caractère absolu que l'on confère à la souveraineté. La souveraineté est une construction théorique propre à affranchir le Roi de l'omnipotence divine, c'est-à-dire à substituer à la souveraineté de Dieu celle du suzerain<sup>154</sup>. Cette notion apparaît au moyen-âge. On fait alors preuve d'invention en laïcisant, en quelque sorte, la notion de souveraineté. Cet acte de légitimation passe par un nécessaire emprunt au discours religieux. Ceci explique donc le caractère d'absolu qui entoure le concept de souveraineté. Les termes *puissance*, *pouvoir*, *supériorité*,

<sup>153</sup>Voir *S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, 33 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 174.

<sup>154</sup>J.B. Elshtain, « Sovereign God, Sovereign State, Sovereign Self » (1991) 66 *Notre-Dame L. Rev.* 1355 à la p. 1366.

*indépendance, suprême*, ne sont-ils pas associés, dans la psyché aussi bien politique que religieuse, à la souveraineté ?

Cette volonté de puissance qui caractérise la souveraineté déteint inévitablement sur les détenteurs démocratiques du pouvoir. En d'autres mots, la substitution de la démocratie à l'autocratie n'a pas modifié la notion de souveraineté elle-même et l'idée selon laquelle l'expression normative, par le pouvoir souverain, constitue la seule voix autorisée et légitime. Voilà un triste reliquat autocratique qui explique, en partie, la prééminence que l'on accorde, à tort, à la représentation électorale.

Nous savons également que d'autres arguments, secondaires, sont mis de l'avant afin de justifier ou plus souvent de condamner le contrôle de constitutionnalité. Ces arguments, bien souvent, ne relèvent pas du concept démocratique. Ils s'attachent plutôt à la capacité de la science juridique de traduire adéquatement les idéaux démocratiques et les préoccupations minoritaires. C'est là un tout autre débat. Et un débat fondamental. En fait, il faudrait considérer comme réglée la question du caractère antimajoritaire du contrôle de constitutionnalité. Cet obstacle épistémologique surmonté, il convient alors de tenter de résoudre les multiples interrogations relatives au droit comme instrument médiateur des idéaux démocratiques (autonomie-hétéronomie du droit). Ces interrogations, souvent troublantes, interpellent le juriste sans remettre en cause néanmoins l'essence polycentrique de la démocratie<sup>155</sup>.

---

<sup>155</sup>Si, par hypothèse, on estime, après une analyse minutieuse, que le droit n'est pas un vecteur médiateur valable dans la traduction des idéaux démocratiques, il conviendra alors peut-être de confier cette tâche à un autre centre qui établira son propre code d'interprétation et d'application. Il importe ici de souligner que la mise en œuvre et la protection des idéaux démocratiques ne sont pas, dans l'ordre actuel, l'apanage exclusif des tribunaux.