

CAHIERS D'ÉPISTÉMOLOGIE

Publication du *Groupe de Recherche en Épistémologie Comparée*
Directeur: Robert Nadeau
Département de philosophie, Université du Québec à Montréal

**Les conflits de savoirs en démocratie constitutionnelle :
le cas du constructivisme judiciaire canadien**

Marc Chevrier

Cahier n° 2003-20

311^e numéro

UQÀM

<http://www.philo.uqam.ca>

Cette publication, la trois cent onzième de la série, a été rendue possible grâce à la contribution financière du FQRSC (*Fonds québécois de recherche sur la société et la culture*).

Aucune partie de cette publication ne peut être conservée dans un système de recherche documentaire, traduite ou reproduite sous quelque forme que ce soit - imprimé, procédé photomécanique, microfilm, microfiche ou tout autre moyen - sans la permission écrite de l'éditeur. Tous droits réservés pour tous pays./ All rights reserved. No part of this publication covered by the copyrights hereon may be reproduced or used in any form or by any means - graphic, electronic or mechanical - without the prior written permission of the publisher.

**Dépôt légal – 4^e trimestre 2003
Bibliothèque Nationale du Québec
Bibliothèque Nationale du Canada**

**ISSN 0228-7080
ISBN: 2-89449-111-5**

© 2003 Marc Chevrier

Ce cahier de recherche a été publié grâce à l'assistance éditoriale de Guillaume Rochefort-Maranda, étudiant au programme de maîtrise en philosophie à l'UQÀM.

**LES CONFLITS DE SAVOIRS EN DÉMOCRATIE
CONSTITUTIONNELLE : LE CAS DU CONSTRUCTIVISME
JUDICIAIRE CANADIEN**

Marc Chevrier

Département de science politique
Université du Québec à Montréal
chevrier.marc@uqam.ca

Introduction. Le savoir judiciaire, objet épistémologique?

À première vue, l'étude des décisions judiciaires a bien peu à voir avec les objets habituels de l'épistémologie. De manière générale, la jurisprudence n'a pas pour but la connaissance. Le juge n'est pas un observateur retiré de la réalité qu'il examine pour en démonter, par le patient travail de la raison, les ressorts et les diverses causalités. Investi par le pouvoir politique, il reçoit de lui le mandat de parer au plus pressant, c'est-à-dire de trancher un litige qui oppose des intérêts privés ou un particulier à l'État. Le juge ne raisonne pas comme un homme de science, il ne tient pour vraies, dans les affaires civiles du moins, que les assertions des plaideurs qui lui paraissent, selon les règles du vieil art de la preuve, les plus vraisemblables. Dans les affaires où le jeu politique semble le disputer à l'application de la loi, le juge paraît parfois un acteur politique doué d'une volonté propre, qui statue, malgré le filtre du droit, en fonction de ses préférences, de ses intérêts ou de son idéologie, ce qui l'éloigne encore plus de la science, en tant qu'étude distante et détachée de la réalité.

Cependant, on se priverait d'observer d'intéressants phénomènes en excluant trop vite la décision judiciaire du champ de l'épistémologie. Prenons par exemple le cas du contrôle juridictionnel des lois. Par cette formule, on entend le pouvoir qui est conféré à un tribunal de décider de la validité des lois adoptées par l'assemblée élue sur la base d'une charte constitutionnelle qui garantit une liste de droits individuels, collectifs ou communautaires. En accomplissant cette révision, les juges, bien qu'ils doivent rendre une décision conforme aux pratiques et au langage du droit, se livrent en réalité à une activité d'évaluation. Ils doivent prendre connaissance de la réalité sociale, savoir y lire les consensus et les lignes de fracture, comprendre les tenants et aboutissants des conflits dont ils sont saisis; puis, lorsqu'ils examinent la conformité comme telle de la loi avec la norme constitutionnelle, ils sont irrésistiblement entraînés à se prononcer sur le bien-fondé de la loi. Pour ce faire, ils doivent vérifier si les buts poursuivis par la loi s'harmonisent avec les valeurs dominantes de la société, juger de l'adéquation des mesures retenues par la loi à l'atteinte de ses objectifs légitimes, et même scruter l'efficacité de ces mesures et, plus généralement, leur fondement rationnel. Or, dans sa forme contemporaine, la loi qu'ils réévaluent est un acte de réflexion collectif qui a mobilisé des connaissances multiples, rassemblées, discutées et pondérées aux diverses étapes de sa

conception dans une officine ministérielle, en assemblée plénière et en commission parlementaire. Parmi ces connaissances se mêlent les études scientifiques, les statistiques sociales, les rapports de commission d'enquête comme les jugements personnels des parlementaires qui prennent part à l'adoption de la loi. C'est dans cet univers de connaissances que se plongent les juges dédiés au contrôle constitutionnel de la loi; au procès, les plaideurs à leur tour invoquent à l'appui de leurs prétentions d'autres connaissances qui pèseront dans la décision des juges. Si la loi est un carrefour de savoirs d'où est née une décision collective, le jugement, pareillement, est issu d'un processus institutionnel de connaissance de la réalité politique et sociale. Chacun s'adressant à l'auditoire qui lui est propre dans le respect des contraintes procédurales de son forum, le jugement et la législation sont des activités de l'État qui l'engagent à maîtriser le réel et à y maintenir son ordre par le repérage des connaissances qui étayeront la légitimité de ses décisions.

Le contrôle juridictionnel des lois a donc fait de l'acte de juger autre chose que l'application de normes préétablies à des situations concrètes. Le juge ne se contente plus de parler par la seule bouche de la loi ou de la constitution. Il est devenu, par la politisation de son rôle et par l'éventail élargi des connaissances et des opinions qu'il s'autorise d'appréhender, un analyste de la société. Il est donc immergé dans la culture de sa communauté politique et se charge d'en conforter les consensus ou de les défaire, lorsque la majorité du jour impose à la minorité un fardeau qui excède ce qu'elle peut légitimement lui exiger. Dans une société pluraliste aux prises avec des valeurs antagonistes, le juge se voit parfois contraint de les ordonner ou de les clarifier. En somme, si jamais les juristes, dans leur ambition de faire du droit une science de l'esprit, avaient voulu le couper des vicissitudes de la réalité sociale pour l'enclôre dans une pyramide de normes autoréférentielles, il reste que le rêve de la clôture du droit s'avère aujourd'hui impossible. La coupure cognitive que Hans Kelsen avait voulu voir s'instaurer entre l'être et le devoir-être pour affirmer l'autonomie du droit paraît maintenant une membrane perméable où faits sociaux, normes instituées et valeurs s'échangent par une sorte d'osmose.

Section 1 La compétence institutionnelle des tribunaux et la complexité des tâches sociales

1- La question de la compétence institutionnelle des tribunaux

La justification démocratique du contrôle juridictionnel des lois a longtemps représenté pour la théorie politique un « puzzle » particulier, un casse-tête conceptuel révélant la nature paradoxale de la démocratie constitutionnelle. Beaucoup de la controverse suscitée par la montée en puissance du pouvoir judiciaire dans les démocraties tient au caractère non-démocratique de l'institution qui n'est pas soumise aux diverses contraintes de la démocratie représentative, comme l'élection, la compétition électorale, la révocabilité et la durée limitée du mandat, etc.

Les critiques les plus radicales dépeignent les tribunaux comme une arrière-garde conservatrice dédiée à ses intérêts de classe et à la protection des structures dominantes en place contre les atteintes de la démocratie majoritaire. Les critiques droitistes y pourfendent une avant-garde qui impose à la majorité son libéralisme moral et son collectivisme social au mépris du texte constitutionnel et de la souveraineté populaire. Outre sa justification démocratique, le contrôle juridictionnel des lois a aussi buté sur une autre objection, une difficulté d'un ordre plus pragmatique que théorique. De manière générale, l'une des critiques essuyées par la législation judiciaire est ce que Mauro Cappelletti appelle « l'incompétence institutionnelle »¹. Cette critique insiste sur le fait que le pouvoir judiciaire, en tant qu'institution, ne possède pas les compétences, les outils ni les ressources nécessaires pour accomplir des tâches de nature législative. Les juges sont, pour reprendre la formule de Lord Devlin, « des législateurs boiteux »².

Les raisons de cette incompétence sont nombreuses. La formation et la discipline juridiques préparent mal le juge à l'exécution des tâches législatives. La connaissance du droit et la capacité de raisonner à partir de ses catégories pour en subsumer ensuite des normes inférieures applicables à des espèces sont des entreprises fort différentes du raisonnement législatif. Astreints à observer les limites processuelles attachées à leur fonction, les juges peuvent difficilement entreprendre les recherches empiriques requises pour évaluer l'effet sur la société de telle ou telle nouvelle norme. Ces recherches supposent la cueillette de connaissances

¹ Mauro Cappelletti, *Le pouvoir des juges*, Marseille ; Paris, Presses universitaires d'Aix-Marseille ; Economica, 1990, p. 80-83.

² Cité par Mauro Cappelletti, *ibid.*, p. 80.

qui vont bien au-delà du seul état du droit; elles incluent habituellement une multitude de données de nature sociale, économique et politique que les parlements, les commissions législatives et l'administration, mieux dotées en ressources que l'appareil judiciaire, peuvent produire et analyser pour l'établissement de leurs politiques publiques. De plus, les juges sont dépendants d'une source principale d'informations, c'est-à-dire les arguments et les faits présentés par les parties du procès, conformément aux règles de preuve usitées en droit. Ensuite, l'activité législative ne consiste pas seulement à édicter des normes générales. Il faut également assurer l'exécution des normes, mesurer leurs effets et les corriger au besoin, tâche qui s'exerce en continu et que les juges, qui agissent en discontinu à l'occasion de cas d'espèce, peuvent difficilement accomplir³.

2- Le discours de la Cour suprême du Canada relativement à sa compétence institutionnelle

Rappelons qu'à la suite de la réforme constitutionnelle de 1982, le Canada a confié à son système judiciaire la tâche de contrôler la validité des normes votées par les onze assemblées législatives du pays (le parlement fédéral et les dix législatures provinciales) sur la base notamment de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cette charte accorde une protection constitutionnelle aux libertés individuelles classiques, aux garanties pénales fondamentales, aux droits à l'égalité ainsi qu'aux droits scolaires des minorités de langue officielle. La réforme de 1982 consacra également les droits collectifs des peuples autochtones, confiés pareillement à l'interprétation des juges. Comme c'est la Cour suprême du Canada qui chapeaute l'ensemble du système judiciaire canadien, les litiges d'importance qu'engendrent la Charte canadienne ou les droits autochtones finissent souvent par gravir les échelons de la pyramide judiciaire pour atteindre la Cour. En moyenne, elle rend par an une trentaine de décisions relatives à la Charte canadienne. Ces décisions ne mettent pas toujours en jeu la validité d'une loi. Dans bien des cas, les juges doivent plutôt se prononcer sur la régularité des actes de police conformément aux garanties pénales de la Charte canadienne. Les lois dont la validité est contestée sont défendues

³ Il existe aux États-Unis une littérature assez abondante sur la compétence institutionnelle des tribunaux. Voir Colin S. Driver, « The Judge as Political Powerbroker: Superintending Structural Change in Public Institutions », *Virginia Law Review*, 1979, 65, p. 43-106; Arthur Selwyn Miller et Jerome A. Barron, « The Supreme Courts, the Adversary System, and the Flow of Information to the Justices: A Preliminary Inquiry », *Virginia Law Review*, 1975, 61, p. 1187-1245; et Ralph Cavanagh et Austin Sarat, « Thinking About Courts : Toward and Beyond a Jurisprudence of Judicial Competence », *Law and Society Review*, 1980, 14, p. 371-420; ainsi que Donald L. Horowitz, *The Courts and Social Policy*, Washington, the Brookings Institutions, 1977.

par le procureur général du palier de gouvernement concerné. Depuis 1987, la Cour suprême admet la présence au procès de personnes tierces extérieures au litige pour recevoir leurs représentations.

Les décisions de la Cour suprême du Canada rendues en application de la *Charte canadienne des droits et libertés* depuis 1982 ont montré des changements notables dans la forme de l'action juridictionnelle et dans le raisonnement judiciaire. Le litige constitutionnel est sorti du cadre traditionnel du litige bipolaire; en effet, il n'oppose plus seulement une personne privée à l'État : il rassemble désormais une foule d'intervenants aux horizons et aux intérêts antagonistes. De plus, le langage et la rhétorique du jugement empruntent librement à diverses disciplines du savoir et aux travaux émanant d'autres institutions étatiques. La manière dont les juges eux-mêmes conceptualisent la nature de leur fonction n'est plus la même.

À travers ces décisions, la Cour suprême a esquissé un discours sur sa compétence institutionnelle. Elle le tient soit pour justifier une invalidation, et partant sa capacité de remettre en cause un choix législatif, soit, au contraire, pour exciper de sa propre incapacité à défaire l'arbitrage complexe que le législateur a dû faire entre des groupes sociaux; elle tient alors un discours limitatif sur sa compétence pour justifier sa retenue dans l'examen des choix du législateur. Dans l'ensemble, en raison des divergences de vue que les juges expriment dans les motifs de leurs décisions, la Cour n'est pas parvenue à adopter une position commune sur sa propre compétence en tant qu'institution.

Lorsqu'ils traitent des limites à la compétence de l'institution judiciaire, les juges se comparent au législateur, le détenteur autorisé de la puissance législative. Ils présument en général la capacité du législateur de soupeser ensemble choix moral et évaluation conséquentialiste pour la société tout entière. Ils insistent aussi sur la nature des questions qui leur sont soumises. Certaines questions, ou situations *polycentriques*, comme le souligna le juge La Forest dans l'affaire *McKinney*⁴, supposent l'établissement d'un « équilibre entre des valeurs sociales légitimes mais opposées » qu'on ne peut atteindre avec un grand degré de certitude⁵. Ainsi, lorsqu'ils doivent réévaluer la proportionnalité des moyens pris par le législateur pour

⁴ *McKinney c. Université de Guelph*, (1990) 3 R.C.S., p. 288.

concilier des revendications contraires de groupes ou d'individus ou pour répartir des ressources gouvernementales limitées, les tribunaux doivent observer une certaine déférence à l'égard des arbitrages du législateur et lui reconnaître une latitude dans le choix des mesures les moins attentatoires aux libertés⁶. Le juge La Forest opposa ces situations polycentriques à celles où l'État, comme c'est le cas dans une poursuite criminelle, est l'adversaire singulier d'une personne. Dans celles-là, les tribunaux peuvent avec un certain degré de certitude déterminer les moyens les moins radicaux qui s'offrent à l'État. D'autres juges de la Cour usèrent du concept de polycentricité à l'occasion d'autres décisions⁷. La Cour recourt aussi à ce concept comme critère de prudence pour décider de la norme à appliquer au contrôle (non constitutionnel) des décisions administratives⁸. Certaines décisions laissent entendre que c'est l'examen judiciaire lui-même, à l'instar de la délibération législative, qui revêt un caractère polycentrique⁹.

C'est toutefois à l'occasion d'une conférence prononcée en novembre 1994 devant la Cour suprême d'Israël que le juge Lamer fit du concept de polycentricité un usage des plus significatifs. Le juge en chef expliqua en quoi le nouveau mandat constitutionnel de la Cour lui remettait la responsabilité de régler des conflits d'un type nouveau et l'obligeait à redéfinir ses méthodes et les procédures du procès. Regardons de plus près les assertions du juge.

Il constate tout d'abord que le contrôle de constitutionnalité a porté devant la Cour des débats d'un type nouveau. Dès lors que le juge doit contrôler la justification d'une mesure législative au regard des valeurs consacrées par la Constitution, les ressources de la connaissance et de la pratique juridiques ne suffisent plus. Le juge doit s'ouvrir à l'interdisciplinarité s'il veut évaluer l'impact réel du droit sur la société. Ainsi :

⁵ *Ibid.*, p. 285.

⁶ *Irwin Toy Ltd. c. Québec (P.G.)*, (1989), 1 R.C.S., p. 994. Voir aussi *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, (1990) 3 R.C.S. 483.

⁷ Le juge en chef Lamer reprit en 1991, dans l'affaire *Swain* le principe de la retenue judiciaire devant les situations polycentriques, puis le juge Bastarache en 1999, dans *M. c. H.* La retenue judiciaire ne saurait s'exercer, toutefois, si c'est une règle de common law, formulée par les tribunaux qui est contestée. Voir *R. c. Swain*, (1991) 1 R.C.S., p. 983; *M. c. H.*, (1999) 2 R.C.S., par. 310.

⁸ Voir *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, (1999) 2 R.C.S. 817, p. 855; *Sitba c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, (1990) 1 R.C.S. 282, p. 304; *Pushpanathan c. Canada (M.C.I.)*, (1998) 1 R.C.S. 983, p. 1009.

⁹ Voir *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, (1994) 1 R.C.S. 311. Dans *R. c. S. (R.J.)*, (1995) 1 R.C.S. 451, par. 274, la juge L'Heureux-Dubé insista sur le caractère polycentrique du contrôle judiciaire des preuves criminelles obtenues en violation de la Charte canadienne, contrôle prévu à son par. 24(2).

We needed and, increasingly, were provided with information about the impact of laws on society. We were, and continue to be, presented with works of many disciplines as an aid to performing the analysis required by the Charter.

These developments require lawyers and judges to have a whole new range of skills. We need to be able to look intelligently at questions of social policy, to identify the sorts of expertise that the particular problem requires, to deal with material from a wide range of disciplines and to interact effectively with persons who possess many sorts of expertise. In addition to the traditional technical skills of the lawyer, we need a deep understanding of the most fundamental principles of the law; an understanding which is broad enough to relate to a wide variety of other disciplines¹⁰.

Avant 1982, la plupart des causes portées devant la Cour prenaient la forme de ce que la théorie américaine du droit appelle les litiges bipolaires, constate le juge Lamer¹¹. Or, depuis 1982, le type même des questions que la Cour doit dorénavant trancher s'est transformé. En effet, d'affirmer le juge Lamer :

These sorts of questions have been described as poly-centric questions. They are poly-centric because the dispute is multifaceted and has broad societal implications far beyond the immediate parties to the case. I sometimes think of these sorts of cases as being somewhat like a spider's web, not like the rope used for a tug-of-war. If you pull on one strand on the web, the entire structure moves, but not necessarily all in the same direction. The implications of the decision are widespread and, at times, hard to foresee¹².

Le juge Lamer ne semble pas douter que si complexes soient les questions sociales, polycentriques ou non, elles puissent trouver une solution judiciaire. Il suffit que la Cour élargisse l'expertise et les connaissances admissibles au procès, lequel devra sortir des bornes traditionnelles du contradictoire. La supposée imperméabilité de la dogmatique juridique, fermée à tout savoir qui n'est pas validé par la communauté des juristes, devra souffrir quelques brèches. Lors de cette même conférence, le juge Lamer a comparé la Cour à une forme de commission parlementaire qui convoque toutes les disciplines pour jauger les impacts de divers scénarios législatifs. Dans son discours, le juge Lamer ne prend pas le parti de fixer des limites à la

¹⁰ Antonio Lamer, « Canada's Legal Revolution: judging in the age of the Charter of Rights », *Israel Law Review*, 1994, 28, à la p. 581.

¹¹ C'est-à-dire des litiges qui opposent strictement deux parties sur un conflit d'intérêts circonscrit dans le temps.

¹² Antonio Lamer, « Canada's Legal Revolution: judging in the age of the Charter of Rights », *op. cit.*, p. 582. Dans une entrevue donnée en juillet 1996 à la presse, le juge en chef insista sur le caractère polycentrique des questions que doit trancher la Cour. David Vienneau, « Top judge bemoans complex issues facing the court », *The Gazette*, 3 juillet 1996.

compétence de la Cour, inhérentes à son fonctionnement ou à la formation des juges. Si ces limites existent, elles ne sont point irrémédiables; c'est à la Cour d'adapter ses méthodes et ses procédés, de manière à pouvoir résoudre les questions polycentriques soulevées par la Charte canadienne.

Cette conférence du juge Lamer faisait écho à l'article de la juge Bertha Wilson sur la procédure décisionnelle de la Cour suprême du Canada¹³. Publié en 1986, cet article avait annoncé clairement la conception que la Cour suprême se ferait de sa compétence institutionnelle. Dans l'esprit de la juge Wilson, cette compétence est essentiellement fonction du processus décisionnel de la Cour. Ce processus n'est pas une propriété immuable de la juridiction, mais un moyen, réformable, que la Cour doit orienter en vue d'une fin. Or, selon la juge Wilson, cette fin est législative, normative et éthique. Elle décrit en ces termes la fonction législative de la Cour :

The courts, in other words, have been given the responsibility for developing some kind of balance between the fundamental rights of the citizens on the one hand and the rights and obligations of democratically elected governments to govern on the other. The challenge for the courts is to develop norms against which the reasonableness of the impairment of a person's rights can be measured in a vast variety of different contexts. But not only that. These norms must reflect to the maximum extent possible the political ideal of a free and democratic society¹⁴.

Pour faire face à ce que la juge Wilson appelle elle-même « the polycency(sic) of Charter issues », la Cour devra modifier et assouplir le cadre de l'instance de deux façons : 1° remplacer le contradictoire traditionnel par une instance élargie, ouverte à l'intervention d'une multitude de groupes litigants, de manière à faire représenter au procès la gamme la plus complète d'intérêts sociaux; et 2° assouplir les règles d'admissibilité de la preuve, notamment de la preuve des faits dits « législatifs ». Sur ce point, la Cour pourra profiter, observe Mme Wilson, de la jurisprudence et de la pratique de la Cour suprême des États-unis qui accorde une large place à la preuve des faits sociaux¹⁵.

¹³ Bertha Wilson, « Decision-Making in the Supreme Court », *University of Toronto Law Journal*, 1986, 36, 227.

¹⁴ *Ibid.*, p. 241.

¹⁵ Mme Beverley McLachlin, dans un article publié avant qu'elle ne soit nommée à la Cour suprême du Canada, conçoit également la compétence institutionnelle de la Cour sur les questions « polycentriques » en des termes procéduraux. Voir Beverley McLachlin, « The Charter of Rights and Freedoms: a Judicial Perspective », *University of British Columbia Law Review*, 1988-89, 23, p. 587.

Les juges Lamer et Wilson présupposent la compétence institutionnelle de la Cour sur les questions sociales polycentriques sans faire cas des objections traditionnelles contre les piètres capacités législatives du pouvoir judiciaire. De toute évidence, le juge canadien ne pourra plus compter sur la seule dogmatique juridique. Le juge, d'arbitre de litiges bipolaires qu'il était, devient ainsi un ingénieur social habile à manipuler aussi bien la dogmatique juridique, la philosophie que les sciences sociales. Dans une entrevue donnée à la presse, le juge en chef Lamer a comparé le rôle que la Charte canadienne confère à la Cour à celui d'une banque centrale fixant les taux d'intérêt¹⁶. Cette analogie assez inusitée montre bien que le juge Lamer conçoit le raisonnement à la base de la décision judiciaire comme un calcul conséquentialiste. Si une cour suprême est à la démocratie constitutionnelle ce qu'est une banque centrale à l'économie de marché, c'est que chacune tente par l'adoption d'une norme générale d'orienter la direction des anticipations individuelles dans un système complexe, sans pouvoir prédire exactement l'effet de cette norme sur la société globale.

Il est étonnant, toutefois, que les juges Lamer et Wilson aient emprunté à la théorie libérale contemporaine le concept de polycentricité, conçu à l'origine pour illustrer les capacités cognitives réduites des institutions politiques. Les juges canadiens utilisent diversement ce concept, les uns pour justifier la retenue judiciaire, les autres pour caractériser seulement la nature des nouvelles questions qu'il leur revient de trancher depuis 1982. Ces usages discordants du concept en justifient une étude plus approfondie. L'idée de la polycentricité des tâches sociales est un concept central du libéralisme contemporain qui a porté à un nouveau degré de raffinement les objections classiques du libéralisme contre l'intervention étatique. Nous tenterons d'esquisser dans les pages qui suivent le chemin parcouru par ce concept.

3- La généalogie d'un concept : les tâches sociales polycentriques de Michael Polyani à Lon Fuller

Le libéralisme contemporain s'objecte au principe même de l'intervention de l'État dans la société sur la base d'une théorie morale, d'une anthropologie, d'objections pragmatiques et de modèles de l'interaction sociale qui prétendent à la scientificité. Dans sa théorie du gouvernement

représentatif, John Stuart Mill souligna les multiples incapacités des corps délibérants, pour lui de piètres législateurs; la confection des lois gagnerait donc à être confiée à une commission indépendante de légistes. Au XX^e siècle, le scepticisme à l'égard de la compétence législative des parlements se doublerait d'une critique plus radicale encore, nourrie par les travaux d'économistes, de philosophes et d'hommes de science. C'est sans doute Friedrich Hayek qui a poussé au plus haut degré de formalisation les objections contre la compétence législative des institutions représentatives, avec sa critique du constructivisme social, du positivisme juridique et de la planification.

Beaucoup des travaux des libéraux du XX^e siècle ont trouvé une inspiration commune dans l'œuvre d'un théoricien moins connu peut-être que Hayek ou Popper, qui occupe néanmoins une place éminente, au dire de Philippe Nemo, dans le libéralisme contemporain, c'est-à-dire Michael Polanyi¹⁷. La théorie des ordres spontanés de Hayek, qui prit forme à la fin des années 1930, doit beaucoup à un concept élaboré par Polanyi dans *La logique de la liberté* qu'il publia en 1951: la supériorité des ordres polycentriques. Constitués de centres autonomes de décision et de coordination de l'action, ces ordres ont une efficacité supérieure à celle des ordres *monocentriques* qui confient les décisions à une autorité hiérarchique et pyramidale. Les premiers seraient plus aptes à gérer des systèmes sociaux complexes, même si en apparence, ils ne semblent guère servir de plan directeur. Tirant l'idée de polycentricité des ordres spontanés observés dans la nature par la physique, la chimie et la biologie, Polanyi la transpose dans le domaine social pour concevoir une théorie des organisations inspirée de la cybernétique et de la théorie des systèmes. Polanyi n'est certes pas le seul à avoir croisé cybernétique, sciences de la nature et théorie sociale. L'originalité de sa démarche réside dans la démonstration formelle qu'il a tenté de faire de l'efficacité des ordres spontanés. Les ordres monocentriques ne pourraient les égaler dans leur capacité de traitement de l'information et d'adaptation aux événements nouveaux.

¹⁶ Janine Tibbetts, « Politicians duck divisive issues, chief justice says », *National Post*, 12 juillet 1999.

¹⁷ Voir l'introduction de Philippe Nemo, dans Michael Polanyi, *La logique de la liberté*, Paris, Presses universitaires de France, 1989, p. 13. Dans *The Poverty of Historicism*, Karl Popper salue au passage les travaux de Polanyi. Voir début du chapitre trois, « Criticism of the anti-naturalistic doctrines », (Londres, Ark edition, 1986, 166 p.) Dans la *Constitution de la liberté*, Hayek reconnaît la dette qu'il doit aux idées de Polanyi, (Friedrich A. Hayek, *La constitution de la liberté*, Paris, Litec, 1993, p. 407.)

Au nombre des systèmes d'ordre spontané observables dans la société, Polanyi range bien sûr les systèmes de marché. Les ordres spontanés se manifestent aussi dans le domaine intellectuel. Polanyi donne comme exemple le droit, en particulier la common law, dont le fonctionnement consiste « en une suite d'ajustements opérés entre des juges successifs, se basant sur l'interaction réciproque des juges et du public. Le résultat est la croissance ordonnée de la common law, qui ré-applique avec constance et réinterprète les mêmes règles fondamentales et les développe ainsi en un système de taille et de solidité croissants¹⁸. » C'est le principe du précédent qui confère au système judiciaire de common law son unité et sa cohérence. En effet, « la sagesse avec laquelle chaque décision judiciaire successive se combine avec toutes celles qui ont été prises auparavant et avec tous les changements légitimes de l'opinion s'incorpore ainsi dans ce système et assure sa cohésion¹⁹. » Polanyi définit donc la common law comme un système ouvert, où les tribunaux et l'opinion entrent en interaction constante pour atteindre à chaque affaire tranchée un nouveau point d'équilibre. À la différence des systèmes de production ou de consommation du marché, le système judiciaire produit un bien qui n'est pas strictement temporaire; sa durée de vie dépasse les intérêts matériels des parties contractantes. La fonction principale, indique-t-il, de l'ordre spontané du droit est de réguler l'ordre spontané de la vie économique²⁰.

Polanyi voit plusieurs similitudes entre le droit et la science. L'admission des idées nouvelles valides se soumet à un processus d'ajustement mutuel, grâce auquel les membres de la communauté scientifique ou juridique passent au crible les nouvelles thèses au regard des méthodes et des vérités démontrées par les pairs de la communauté. Dans une communauté comme dans l'autre, l'admission des idées nouvelles valides doit franchir trois étapes d'un processus de coordination mutuelle : la consultation auprès des pairs, la compétition □ par le procès ou par l'expérimentation scientifique □ et enfin, la persuasion □ la plaidoirie et la motivation du jugement dans le cas du droit, et la publication des résultats de la recherche, dans le cas de la science. Similaires, le droit et la science ne sont pas pour autant identiques. En effet, « le scientifique diffère du juge en ce qu'on ne lui donne pas d'affaire à décider et qu'il choisit lui-

¹⁸ Michael Polanyi, *La logique de la liberté*, op. cit., 1989, p. 204

¹⁹ *Ibid.*, p. 224.

²⁰ *Ibid.*, p. 229.

même le problème sur lequel il va faire porter ses recherches²¹. » Les problèmes que choisit d'étudier le scientifique dépendent de critères de pertinence et d'évaluation différents de ceux qu'observe la communauté juridique pour la jurisprudence et la dogmatique.

Cependant, dans un autre ouvrage, Polanyi va jusqu'à comparer le processus de la découverte scientifique à celui par lequel un juge doit trancher une question difficile²². Le juge, comme l'homme de science, font alors face à une situation échappant à la routine. Comme ni l'un ni l'autre n'ont de règle préétablie ou de théorie sur laquelle s'appuyer, ils disposent d'une grande liberté dans la recherche d'une solution. L'un et l'autre tenteront d'en trouver une qui s'impose le mieux à l'esprit, comme si elle avait toujours existé. Alors que l'homme de science assume la responsabilité de sa découverte devant ses pairs, le juge est comptable de sa décision devant les parties et la société. Sans être identiques, la science et le droit sont pour Polanyi des savoirs analogues par leur processus, leurs méthodes et le principe de responsabilité qui gouverne chacun d'eux, ainsi que par leurs critères de validité interne²³.

4. Les tâches sociales polycentriques

Polanyi emprunte l'idée de polycentricité aux méthodes de résolution de problèmes utilisées en mathématiques et en physique. Les problèmes dits polycentriques sont ceux qui peuvent être formalisés mathématiquement sous la forme de systèmes d'équations simultanées régissant un ensemble de variables dont la valeur est interreliée. Mathématiquement, il existe un nombre limité d'équations linéaires pouvant être traitées simultanément par une machine à calculer. Au-delà de ce nombre, les équations sont insolubles. Beaucoup de problèmes dits polycentriques peuvent néanmoins trouver une solution satisfaisante par une méthode d'approximation appropriée. La résolution du problème est alors confiée à plusieurs centres indépendants et autonomes de calcul, capables de résoudre isolément certaines équations. Puis, par ajustement mutuel, chaque centre de calcul tente d'approcher une solution globale, par la méthode dite de « relaxation ».

²¹ *Ibid.*, p. 205.

²² Michael Polanyi, *Personal Knowledge. Towards a Post-Critical Philosophy*, The University of Chicago Press, Chicago, 1962, p. 309-310.

²³ Sur ce dernier point, voir *ibid.*, p. 279.

Dans l'esprit de Polanyi, le concept de tâches polycentriques doit être étendu au-delà des seuls domaines du génie et de la physique. Il généralise son concept au point de considérer que tout « problème consistant à trouver un équilibre entre un grand nombre d'éléments est une tâche polycentrique²⁴. » Les tâches polycentriques existent dans plusieurs niveaux de réalité, fût-elle physique, biologique ou intellectuelle. Pour Polanyi, le système réflexe de posture grâce auquel le corps humain reste en équilibre, que ce soit en position assise, debout ou en marche, résout une tâche polycentrique. La sagesse humaine, définie par Kant comme la « capacité d'harmoniser tous les buts de sa vie », l'est également, comme toute œuvre artistique, dont la finalité est d'établir une « harmonie » polycentrique qui lui est unique. De même, le diagnostic posé par un médecin sur l'état de santé d'un patient est une tâche polycentrique, non formulable mathématiquement²⁵.

Polanyi distingue trois catégories de tâches polycentriques. Il y a les tâches formalisables; l'ingénieur et le physicien les résolvent en tenant compte simultanément de toutes les données du problème. Ensuite viennent les tâches non formalisables, qui englobent tout ce qui relève du jugement, sous sa forme prudentielle, pratique et esthétique. D'autres tâches, quoique impossibles à solutionner à partir d'un seul centre de calcul, sont par contre théoriquement formalisables. La plupart des problèmes économiques appartiennent à cette catégorie intermédiaire. Ainsi, les tâches polycentriques connaissent plusieurs degrés de faisabilité. Dans le domaine social, ce sont les ordres spontanés du libre marché et du droit qui forment la « base institutionnelle de la réalisation par la société d'une tâche économique à caractère polycentrique »²⁶. L'allocation des ressources et la distribution des produits appartiennent à cette catégorie de tâches économiques capables d'atteindre plusieurs points optimaux dans le cadre des principes de justice commutative dégagés par le système judiciaire. La théorie de la gestion sociale des tâches polycentriques s'éloigne donc des thèses des partisans du laissez-faire qui croient que le marché ne peut réaliser qu'un seul optimum économique. Polanyi voit la combinaison des ordres spontanés du droit et du marché comme un système dynamique, capable d'atteindre de nouveaux *optimae*.

²⁴ Michael Polanyi, *La logique de la liberté*, op. cit., p. 219.

²⁵ *Ibid.*, p. 219.

²⁶ *Ibid.*, p. 230.

La théorie esquissée par Polanyi de la faisabilité des tâches sociales est au fond une théorie de la compétence institutionnelle. S'agissant du système judiciaire, elle prend pour modèle le juge de common law qui adapte au cas par cas le corpus des règles de justice commutative établi par le principe du précédent. Ce processus d'adaptation s'accomplit par la procédure contradictoire du procès, mode d'appréhension de la réalité sociale. Si le procès ne reproduit pas la méthode expérimentale des sciences, il s'en approche, à voir les similitudes que Polanyi observe entre droit et science. Bien que la théorie des ordres polycentriques serve à démontrer les limites, voire l'impossibilité de la planification étatisée, elle ne dit pas pour autant quelles sont les bornes de la fonction de juger. D'autres que Polanyi, qui emprunteront à sa théorie, tenteront de les circonscrire.

Un éminent juriste américain, Lon L. Fuller, professeur à la faculté de droit de Harvard, reprendra la théorie de la polycentricité des tâches sociales²⁷. Ce dernier appartient au nombre des juristes américains qui, en réaction à la critique réaliste de la fonction de juger, tenteront de réaffirmer la légitimité et la prévisibilité du contrôle judiciaire, pourvu que le système judiciaire obéisse à la logique institutionnelle qui lui est propre. Cette école s'attachera à définir les caractéristiques du processus judiciaire et les conditions dans lesquelles il se déploie de manière optimale²⁸. C'est dans cette optique que Lon L. Fuller, dans un article célèbre²⁹, écrit en 1957 mais publié à titre posthume en 1978, tâcha d'identifier les tâches sociales que les tribunaux peuvent traiter adéquatement. Pour ce faire, Fuller envisagea les limites propres au processus judiciaire, sa capacité de solutionner certaines tâches sociales en comparaison avec celle d'autres institutions étatiques, telles l'exécutif, les sociétés d'État et les commissions de planification.

Pour mieux cerner le domaine de la fonction de juger, Fuller esquisse ce que l'on pourrait appeler une théorie des types d'organisation sociale. Sa conception de l'organisation sociale est très processuelle; une telle organisation consiste en l'ensemble des moyens utilisés pour prendre des décisions, régler les différends et les conflits humains, et définir l'interrelation des individus

²⁷ Paul Weiler a aussi constaté l'emprunt fait par Fuller aux idées de Polanyi. Voir Paul Weiler, « Two Models of Judicial Decision-Making », *Revue du Barreau canadien*, 1968, 46, p. 423-426.

²⁸ Voir William W. Fisher III, « The development of modern American legal theory and the judicial interpretation of the Bill of Rights », in Michael J. Lacey et Knud. Haakonssen, *A Culture of Rights. The Bill of Rights in Philosophy, Politics, and Law - 1791 and 1991*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, p. 297-300.

²⁹ Lon L. Fuller, « The Forms and Limits of Adjudication », *Harvard Law Review*, 1978, 92, p. 353-409.

les uns avec les autres. Fuller distingue trois types d'organisation sociale, genres d'idéaux types que l'on peut définir par le mode de participation au processus de décision. Ces types sont le contrat, l'élection et l'action juridictionnelle (*adjudication*). Chacun possède une procédure de participation des parties concernées que Fuller indique dans le tableau suivant :

Modes d'organisation sociale	Procédure de participation des parties
Contrat	Négociation
Élection	Scrutin
Action juridictionnelle	Présentation de preuve et d'arguments

Selon Fuller, ces types idéaux d'organisation sociale possèdent des exigences intrinsèques dont la satisfaction est nécessaire à leur bon fonctionnement et à la préservation de leur identité institutionnelle. Fuller s'emploie ensuite à tirer les conséquences de cette assertion.

La première, et Fuller insiste beaucoup sur elle, est que la fonction de juger est assujettie à des exigences de rationalité – *burden of rationality* – que les autres types d'organisation sociale n'ont pas à satisfaire, du moins pas au même degré. Ni lors de la négociation d'un contrat, ni lors de la tenue d'un scrutin, n'est donnée l'assurance que chaque partie au processus puisse être entendue et faire valoir ses arguments. Fuller ne nie pas que le contrat et le scrutin aient leur propre rationalité, mais l'action juridictionnelle en diffère par le standard de rationalité auquel elle obéit. Par cette catégorisation des types d'organisation sociale, Fuller oppose l'action juridictionnelle, forum de la discussion rationnelle, à la démocratie électorale dans laquelle, à son dire, « the preferences of voters are ultimately emotional, inarticulate, and not subject to rational defense³⁰. » La décision issue du vote démocratique se justifie selon lui, non par la rationalité des débats qui y ont conduit, mais du fait qu'elle est la volonté de la majorité et parce que certaines règles constitutives de l'ordre social doivent reposer sur l'assentiment le plus étendu possible. L'action juridictionnelle a pour domaine la résolution par un jugement définitif des questions nées de la revendication de droits opposés et de l'inculpation criminelle. Fuller convient que cette définition décrit imparfaitement les limites intrinsèques de l'action juridictionnelle, car ce n'est pas tant le fait que le juge résolve des revendications de droits ou tranche une accusation

criminelle qui la caractérise, que la garantie que les parties pourront être entendues par un tiers impartial et lui soumettre leurs arguments.

En caractérisant ainsi l'action juridictionnelle essentiellement par son processus, Fuller ouvre la voie à la possibilité que toute question sociale puisse être traitée par l'action juridictionnelle, pourvu que cette thématique soit « convertie » en une question de droit fondée sur un principe. Or, à lire attentivement Fuller, on s'aperçoit qu'il ne fournit pas de critère de la juridicité. Selon Fuller, il y a une question de droit lorsqu'une personne se livre à un jeu de langage particulier qui consiste à dire : « J'ai le droit à *X* » plutôt que de formuler une demande sous la forme d'une prière, d'un souhait ou d'une supplication. Le processus de conversion décrit par Fuller revient à passer d'un jeu de langage à l'autre, à passer de l'expression d'un souhait à la formulation d'une demande fondée sur un principe contraignant en raison. « A demand supported by principle is the same thing as a claim of right », dit-il³¹. Fuller reconnaît d'emblée que cette manière de définir les bornes de l'action juridictionnelle a quelque chose qui tient de la pétition de principe – une question relève du droit tout simplement parce que quelqu'un en fait l'assertion. C'est pourquoi, selon Fuller, la véritable borne de la fonction de juger ne se trouve pas tellement dans quelque critère analytique de la juridicité que dans la nature du problème à résoudre.

C'est à cette étape de sa démonstration que Fuller introduit le concept de polycentricité. L'emprunt à la théorie de Michel Polanyi est explicite³². Fuller reprend l'idée chère à Polanyi qu'il existe plusieurs degrés de problèmes polycentriques. Il en donne plusieurs exemples et se demande si chacun se prête bien à l'arbitrage du juge. Puis il résume sa pensée en recourant à une métaphore, celle-là même que reprendra des années plus tard le juge Lamer :

We may visualize this kind of situation by thinking of a spider web. A pull on one strand will distribute tensions after a complicated pattern throughout the web as a whole. Doubling the original pull will, in all likelihood, not simply double each of the resulting tensions but will rather create a different complicated pattern of tensions. This would certainly occur, for example, if the doubled pull caused one or more of the weaker strands to snap. This is a « polycentric » situation because it is « many centered » – each crossing of strands is a distinct center for distributing tensions³³.

³⁰ *Ibid.*, p. 367.

³¹ *Ibid.*, p. 369.

³² *Ibid.*, p. 394.

³³ *Ibid.*, p. 395.

Fuller ne recourt pas à la métaphore de la toile d'araignée pour ramener le concept de polycentricité à la constatation, plutôt banale, qu'une décision peut se répercuter sur une multitude de personnes. La fluctuation rapide dans le temps d'une situation n'est pas non plus le trait caractéristique d'un problème polycentrique. Sa caractéristique principale est au fond l'existence d'une multiplicité de centres autonomes en interaction³⁴.

Cela dit, il est inévitable selon Fuller qu'il existe des éléments de polycentricité dans tout litige porté devant les tribunaux. L'absence de toute polycentricité n'est donc pas le critère d'un problème entrant dans le domaine propre de l'action juridictionnelle. Tout est donc affaire de degré et de faisabilité. Si un problème se prête à l'action juridictionnelle, même s'il comporte des éléments de polycentricité, alors le processus est adéquat au problème. Cette adéquation se vérifie lorsque le processus judiciaire, tout contraint qu'il est par la logique du précédent, peut absorber les éléments de polycentricité. Quand ces éléments sont trop dominants et échappent à l'emprise du raisonnement juridique, il convient donc de laisser la résolution du problème à d'autres méthodes appropriées : à la direction de l'entreprise privée ou au contrat.

Il n'est donc pas surprenant que pour Fuller, l'allocation des ressources économiques, problème représentant un coefficient élevé de polycentricité, est impropre à l'action juridictionnelle. Dès lors, pourra-t-on objecter, comment se fait-il que les tribunaux interviennent également dans l'économie, en établissant ou en interprétant les règles des contrats de commerce ou de travail? Là encore Fuller insiste sur le constat que la polycentricité d'un problème ne le rend pas en soi impropre au traitement judiciaire. Le juge ne sort pas des limites de sa fonction s'il s'emploie à définir, au cas par cas, les principes régissant la réciprocité contractuelle. Le principe de base sous-jacent à tous ceux que la jurisprudence développe est que le droit rend possible le libre-échange des biens et des services dans un marché polycentrique³⁵.

En somme, chez Fuller, le jugement est un exercice de rationalité limitée; chaque problème dont est saisi le juge apparaît dépouillé de ses éléments de polycentricité. Cependant, Fuller ne croit pas que l'exercice de la raison judiciaire se confîne aux domaines des faits

³⁴ Lon L. Fuller, « The Forms and Limits of Adjudication », *op. cit.*, p. 397.

empiriques et de la logique. Il en existe un troisième, c'est celui du « discours rationnel » (*rational discourse*). « This is the area where men seek to trace out and articulate the implications of shared purposes³⁶. » Pour limitée qu'elle paraisse, l'interprétation judiciaire de Fuller englobe aussi bien le droit privé que le droit public³⁷. Cette herméneutique est aussi capable de « découvrir » et d'élaborer en continu les principes propres à assurer le bon fonctionnement d'un régime fédéral.

Les théories de Polanyi et de Fuller sur la fonction appropriée de la justice annoncent la philosophie sociale de Hayek. La polycentricité de Polanyi n'est pas sans parenté avec les objections que Hayek formulerait contre le constructivisme, à savoir l'impossibilité d'explicitier l'ensemble des règles implicites qui coordonnent et déterminent les actions des individus dans la société. La théorie de Polanyi est tout orientée vers la nature des tâches sociales dont la faisabilité est conçue par analogie avec les problèmes rencontrés par les sciences physiques et biologiques. L'épistémologie de la connaissance de Hayek débouche sur une critique des idées antilibérales – holisme, socialisme et collectivisme –, qui perpétuent l'illusion d'une connaissance synoptique accessible à une autorité centralisée unique. Ce constructivisme social, né d'un rationalisme cartésien appliqué aux problèmes sociaux, ne voit pas que malgré la rationalité limitée des acteurs sociaux, les institutions se constituent et se développent sans l'intervention d'un projet délibéré et rationnel des hommes³⁸. Il y a donc un parallèle entre l'infaisabilité des tâches polycentriques confiées à une autorité unique et les illusions qu'entretient le constructivisme social sur la possibilité de soumettre à un plan délibéré les valeurs et les institutions d'une société. C'est ni plus ni moins l'incompétence du politique sur la société que Polanyi et Hayek s'attachent à démontrer. Il leur eût été inconcevable que le juge en vînt à concevoir des expédients politiques,

³⁵ *Ibid.*, p. 403-404.

³⁶ *Ibid.*, p. 381.

³⁷ *Ibid.*, p. 377.

³⁸ Voir Friedrich A. Hayek, *Droit, législation et liberté. Règles et ordre*, Paris, Presses universitaires de France, 1995, notamment le chapitre IV, et les pages 16 et 17, où Hayek affirme : « L'erreur caractéristique des rationalistes constructivistes est, à cet égard, qu'ils ont tendance à fonder leur raisonnement sur ce qui a été appelé l'illusion synoptique, c'est-à-dire sur cette fiction que tous les faits à prendre en considération sont présents à l'esprit d'un même individu et qu'il est possible d'édifier, à partir de cette connaissance des données réelles de détail, un ordre social désirable [...] Ils paraissent ne pas s'apercevoir le moins du monde que ce rêve suppose tout simplement résolu le problème central de la société : notre incapacité à rassembler en un tout assimilable toutes les données qui entrent dans l'ordre social. » Voir aussi, sur la critique hayekienne du constructivisme, « The Errors of Constructivism » in Friedrich A. Hayek, *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*, Chicago, The University of Chicago Press, 1978, p. 3-22.

c'est-à-dire des règles particulières, non déductibles de principes généraux universalisables. Selon Fuller, le juge qui s'enhardit à résoudre des problèmes polycentriques « pervertit » la fonction judiciaire³⁹.

Les théories de Lon Fuller et d'autres de ses disciples qui appartinrent à cette école baptisée « the Legal Process Theorists » virent leur influence décliner à partir des années 1960 au sein des facultés de droit américaines. D'autres écoles, comme le mouvement des études critiques, l'analyse économique du droit et l'herméneutique de Dworkin, leur portèrent ombrage. Le juriste Jethro K. Liebermann et le sociologue Lawrence M. Friedman ont tous deux rejeté les thèses de Fuller sur les tâches polycentriques non justiciables⁴⁰. Pour Liebermann, le concept de polycentricité est trop peu discriminant pour servir de critère des tâches sociales justiciables. Selon lui, il est difficile d'imaginer des litiges qui ne contiennent pas d'éléments de polycentricité. Si la présence de tels éléments dans un problème social justifiait les tribunaux de s'en dessaisir, on ne verrait pas pourquoi les corps législatifs, à leur tour, s'en empareraient et dicteraient des solutions particulières à des problèmes conçus comme *a priori* insolubles dans les mains d'une autorité unique. Or, constate Liebermann, les tribunaux ne sauraient décliner leur compétence sur un problème social lorsque un droit est invoqué, même si ce problème était traité plus efficacement par un autre mécanisme. La demande de justice se justifie en elle-même, indépendamment de toute considération d'efficacité⁴¹. De plus, observe Liebermann, la législation sociale américaine présuppose l'intervention des tribunaux dans les tâches polycentriques. Selon Liebermann, la naissance de l'État-providence est allée de pair avec la création d'un ordre social *fiduciaire* où l'action gouvernementale est balisée par des standards abstraits dont la définition ultime est laissée aux tribunaux⁴².

À l'instar de Liebermann, le sociologue du droit Lawrence M. Friedman refuse que la compétence des tribunaux soit limitée à certains types de tâches. Pour lui, l'emprise croissante du droit sur la société s'accompagne de l'individualisme, caractéristique des sociétés modernes; d'où la prolifération des droits créances de toutes sortes et l'émergence d'une conscience juridique

³⁹ Lon L. Fuller, « The Forms and Limits of Adjudication », *op. cit.*, p. 407-409.

⁴⁰ Jethro K. Liebermann, *The litigious Society*, New York, Basic Books, 1984; Lawrence M. Friedman, *The Republic of Choice. Law, Authority and Culture*, Cambridge, Harvard University Press, 1990.

⁴¹ *Ibid.*, p. 29.

⁴² *Ibid.*, p. 25.

accrue chez les acteurs sociaux. Le droit en vient à jouer une fonction symbolique de reconnaissance des identités personnelles et sociales qui s'opère en dehors de toute considération de la répartition optimale des tâches sociales entre les organes de l'État. De toute façon, note Friedman, les tribunaux américains sont déjà aux prises avec des questions polycentriques, et la complexité apparente de ces litiges n'a dissuadé personne de recourir à la voie judiciaire⁴³.

C'est finalement en Grande-Bretagne et au Canada que les idées de Fuller ont trouvé le plus de sympathie. Dans son traité de droit administratif, Peter Cane emprunta à Lon Fuller son concept de polycentricité pour délimiter les questions administratives sur lesquelles le contrôle judiciaire ne devrait pas porter⁴⁴. Dans son article de 1968 qui annonçait les travaux d'Abraham Chayes, Paul Weiler discuta le concept de polycentricité tel qu'exposé par Fuller. Il y voit là un critère analytique utile pour identifier les problèmes qui se prêtent au traitement juridictionnel⁴⁵. Bien qu'il ne se conçoive de litige dénué de tout élément de polycentricité, il est un domaine d'activités selon Weiler où la polycentricité devient un obstacle réel au traitement juridictionnel : toute activité qui suppose une discrétion managériale dans l'allocation et la distribution efficaces des bénéfices, des charges ou des facteurs de production. Weiler ne va pas jusqu'à exclure nommément certains types de problèmes de la compétence des tribunaux. Il convient toutefois que « the amenability of situation to rules, and the desirability of utilising the institution of adjudication » sont des dimensions importantes du bon usage de la faculté de juger⁴⁶.

Le politologue Peter H. Russell usa aussi du concept en 1987, dans un sens plus proche de la pensée de Lon Fuller. Russell faisait remarquer que puisque tout conflit comporte nécessairement des éléments de polycentricité, le processus judiciaire peut difficilement les résoudre. Il réduit toujours le conflit à son aspect légal, laissant en plan tout le reste. C'est pour Russell l'une des principales limites du processus judiciaire qui ne peut disposer de tous les aspects d'un litige⁴⁷.

⁴³ Lawrence M. Friedman, *The Republic of Choice. Law, Authority and Culture*, Cambridge, Harvard University Press, 1990, p. 15-16.

⁴⁴ Peter Cane, *An Introduction to Administrative Law*, 2^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1992, p. 34-37 et 170.

⁴⁵ Paul Weiler, « Two Models of Judicial Decision-Making », *Revue du Barreau canadien*, 1968, 46, p. 424.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 425-426.

⁴⁷ Peter H. Russell, « The Paradox of Judicial Power », *Queen's Law Journal*, 1987, 12, p. 426.

Section 2 Le constructivisme judiciaire canadien

1- La portée et la méthode du constructivisme judiciaire canadien

Dans une entrevue donnée à la presse, le juge en chef Lamer justifiait en ces termes le rôle de la Cour lorsque le législateur s'abstient d'intervenir :

It's not for me to criticize legislators but if they choose not to legislate, that's their doing. If they prefer to leave it up to the court that's their choice. But a problem is not going to go away because legislators aren't dealing with it. People say we're activists, but we're doing our job⁴⁸.

Même si le recours à une charte des droits comme appareil à limiter le pouvoir est une technique juridique éprouvée du constitutionnalisme libéral, il ne s'ensuit pas pour autant que dans un système politique donné, le contrôle juridictionnel se concevra dans un esprit libéral par les acteurs du système. Si certains libéraux ont conceptualisé le contrôle juridictionnel comme un moyen de freiner le constructivisme du législateur et l'administration méticuleuse de la société par l'État, ce contrôle peut à son tour donner prise à un constructivisme d'un autre type.

La manière dont plusieurs juges de la Cour suprême au Canada conçoivent leur mandat de gardien de la Constitution et la compétence du judiciaire sur les problèmes polycentriques illustre bien cet aspect paradoxal du constitutionnalisme libéral. La compétence institutionnelle que ces juges affirment peut se concevoir comme une forme émergente de constructivisme au sens où l'entend la théorie libérale⁴⁹. Il suppose que dès qu'un problème social implique la résolution d'un conflit de droits, le juge doit s'en saisir, peu importe la nature de ce problème. Au contraire d'un libéral comme Fuller, plusieurs juges de la Cour suprême n'essaient pas de confiner le raisonnement judiciaire à l'analyse positiviste du droit. Il n'y a pas selon eux de restrictions quant aux modes de raisonnement accessibles au juge canadien, ni de barrière entre le droit et les savoirs extra-juridiques. Puisque le juge participe à l'élaboration des politiques par le biais du

⁴⁸ Janice Tibbetts, « Politicians duck divisive issues, chief justice says », *National Post*, 12 juillet 1999.

⁴⁹ De manière générale, le constructivisme en droit considère que la connaissance juridique constitue « toujours une intervention sur le droit, une manière de reconstruire le champ d'expérience qui part invariablement d'un schéma conceptuel implicitement ou explicitement prédéterminé. » L'interprétation judiciaire constitue dès lors l'aboutissement logique de cette activité de connaissance : le juge finit le droit. Voir Vittorio Villa, « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme », in Paul Amselek (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, Presses universitaires de France, 1994, p. 290.

contrôle de validité, il ne saurait restreindre son univers cognitif aux seuls « faits juridiques » du litige bipolaire classique, comme l'a d'ailleurs reconnu la juge Claire L'Heureux-Dubé dans l'un des ses articles :

*The Charter, in effect, compelled the Court to take on, and acknowledge, a greater lawmaking function than ever before. Nowhere did it become more apparent than under the Charter that competing policy considerations frequently underlay the court's decisions and that the effects of the particular litigation could reach far beyond the actual parties*⁵⁰.

L'implication accrue des juges dans la formulation des politiques entraîne alors la congruence du raisonnement judiciaire et du jugement politique, le premier finissant par adopter les modes de cognition du deuxième. Dans son article de 1968, Paul Weiler voyait dans cette congruence la principale caractéristique d'une gouverne de l'État où le juge devient un véritable acteur politique, participant à la conception des politiques publiques au même titre que les autres acteurs du système politique⁵¹. Le juge « légifère » à sa façon en raisonnant comme le font les autres acteurs de la scène étatique. Les tribunaux demeurent toutefois assujettis à des contraintes processuelles qui leur sont propres, contraintes qui servent à légitimer selon Weiler la décision judiciaire⁵².

Quelque vingt années plus tard, les juges de la Cour suprême tiennent un langage différent du légalisme traditionnel et discutent ouvertement de leur rôle dans l'élaboration des politiques publiques nationales, comme l'affirma la juge Wilson : « the Charter has explicitly designated the Court as the forum for choosing from among a variety of policy options⁵³. » Dans l'élaboration de ses politiques jurisprudentielles, la Cour peut adopter deux approches. Elle peut ou bien exercer sa discrétion en se laissant conduire par l'intention, manifeste, ou déduite par interprétation, du législateur. Ou bien, elle ne s'arrête pas à cette contrainte interprétative et prend sur elle de définir le contenu et la forme des politiques publiques⁵⁴. Le juge passe donc alors de la

⁵⁰ Claire L'Heureux-Dubé, « Re-examining the Doctrine of Judicial Notice in the Family Law Context », *Revue de droit d'Ottawa*, 1994, 26, p. 561.

⁵¹ Paul Weiler, « Two models of Judicial Decision-making », *Revue du Barreau canadien*, 1968, 46, p. 406-471, voir p. 438.

⁵² *Ibid.*, p. 437.

⁵³ Bertha Wilson, « Decision-Making in the Supreme Court », *University of Toronto Law Journal*, 1986, 36, p. 246-247.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 248.

méthode téléologique d'interprétation à la méthode contextuelle, par laquelle il se donne pour visée de faire correspondre au plus près possible le droit à la réalité. Ainsi, selon la juge Wilson, le juge canadien s'apparente au juge omniscient imaginé par le théoricien du droit Ronald Dworkin, nommé Hercule. Habile à user des diverses méthodes d'interprétation du droit, il recourt librement à d'autres ressources intellectuelles dans l'élaboration de ses décisions. Et quant à l'interprétation de la Constitution, elle s'assimile à l'écriture d'un roman à la chaîne, image qu'a proposée Dworkin pour décrire le processus de création de la jurisprudence, que les juges font l'un à la suite de l'autre⁵⁵. Ainsi :

While the constitutional document is static, the Constitution is dynamic and is progressively shaped as judges apply deeply contestable conceptions of rights to particular, and sometimes peculiar, facts. Thus, the Constitution is always unfinished and is always evolving. Ronald Dworkin likens constitutional interpretation to the writing of a « chain novel » where each successive judge produces a chapter. Each judge is constrained to a degree by what has gone on before but at the same time is obliged to make the novel the best that it can be⁵⁶.

Même s'il n'est pas clair si les juges de la Cour adhèrent tous au même degré à la méthode d'interprétation contextuelle préconisée par la juge Wilson, il est intéressant de noter où mène la logique de cette méthode, qui suppose l'abandon pur et simple du formalisme juridique⁵⁷.

Cette méthode instaure tout d'abord une méthode d'interprétation à géométrie variable; le contenu des droits constitutionnalisés dépend alors pour l'essentiel du contexte du litige. Le cadre interprétatif posé par la Constitution étant alors réduit à une variable creuse, il reste à résoudre une équation peu contraignante. En effet, l'interprétation du droit constitutionnel en fonction du seul contexte maximise la part de détermination du juge dans la norme.

Qui plus est, par la méthode contextuelle, le contrôle judiciaire devient un exercice d'évaluation des effets de la législation contestée sur la société. Les juges reprennent, à leur

⁵⁵ La juge Wilson renvoie explicitement aux théories de Dworkin dans ses jugements. Voir par exemple sa dissidence partielle dans *R. c. Edward Books*, (1986) 2 R.C.S., p. 809.

⁵⁶ Discours de Bertha Wilson, « Making of a Constitution », cité dans Robert E. Hawkins et Robert Martin, « Democracy, Judging and Bertha Wilson », *Revue de droit de McGill*, 1995, 41, p. 16

⁵⁷ Voir *Edmonton Journal c. Alberta (P.G.)*, (1989) 2 R.C.S. 1326, 1355; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, (1989) 1 R.C.S. 1469, 1489 et 1490; *Irwin Toy Ltd. c. Procureur général du Québec*, (1989) 1 R.C.S. 927, 989-990; *R. c. Keegstra*, (1990) 3 R.C.S. 697, 737-738..

manière, un processus législatif qui consiste à soupeser les effets « polycentriques » d'une mesure législative à la lumière des principes et de valeurs qu'ils ont eux-mêmes grandement contribués à définir. L'anglais utilise le verbe « to second guess » pour décrire cet exercice judiciaire de réévaluation des lois. L'analyse téléologique compte donc pour peu dans cet exercice qui concerne plutôt les répercussions extrinsèques de la loi⁵⁸.

Par ailleurs, lorsque le juge canadien doit interpréter l'une des garanties de la Charte, il n'a pas à y greffer des limites qui lui sont inhérentes, à la différence du juge américain qui, placé devant un problème similaire, tâche d'inclure certaines limites dans la définition du droit, opération nommée par les juristes américains « internal balancing ». Ce qui revient à dire, si l'on suit l'approche de la juge Wilson, que l'essentiel du contrôle exercé par la Cour suprême canadienne consiste à jauger les multiples effets d'une politique sur la société et l'État. D'autant mieux, estime-t-elle, que l'article 1 de la Charte canadienne autorise le juge à choisir entre diverses options de politique sociale sur la base des données empiriques fournies par les sciences sociales⁵⁹.

2- Les facteurs d'émergence de ce constructivisme

À quels facteurs attribuer la naissance de ce constructivisme judiciaire, dont la méthode dite « contextuelle » d'interprétation est peut-être l'aboutissement? Plusieurs facteurs permettent d'en éclairer l'émergence, à savoir les politiques jurisprudentielles de la Cour suprême, la nature de son mandat, les conceptions du constitutionnalisme qu'a suscitées la Charte canadienne, la logique actuelle de l'action juridictionnelle et la vision de la justice globale de la Cour.

Plusieurs choix de politiques conduisent la Cour à se reconnaître une compétence institutionnelle étendue. La décision qu'elle a prise dans l'affaire *Operation Dismantle*⁶⁰ en 1985 de rejeter l'importation en droit canadien de la doctrine américaine de la justiciabilité la met dans l'obligation de connaître de toute demande dès qu'est alléguée la violation de droits

⁵⁸ Discours « Making of a Constitution », p. 552-53, cité par Robert E. Hawkins et Robert Martin, *op. cit.*, p. 38.

⁵⁹ Discours « Evidence Under the Charter », p. 294, cité par Robert E. Hawkins et Robert Martin, « Democracy, Judging and Bertha Wilson », *op. cit.*, p. 39.

⁶⁰ *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, (1985) 1 R.C.S. 441.

constitutionnels. Cette doctrine habilitait les tribunaux à se dessaisir de toute question politique et à n'entendre que les questions bien définies pouvant recevoir une solution juridique⁶¹. À défaut de pouvoir rejeter une demande au motif qu'elle soulève une question de nature politique ou non justiciable, la Cour suprême canadienne ne peut donc laisser au législateur ou à d'autres institutions la résolution d'un conflit. Ce qui ne veut pas dire pour autant que la Cour suprême canadienne est tenue de répondre à toutes les demandes. À titre de Cour suprême, elle entend à sa discrétion un nombre limité de pourvois, selon qu'ils revêtent ou non une importance nationale. Cependant, en excluant la doctrine américaine des questions politiques, la Cour postule en principe la justiciabilité absolue de conflits sociaux⁶². L'idée d'une justiciabilité sans limite, c'est-à-dire sans critère de droit ouvrant ou fermant l'accès à la justice, induit celle qu'il existe un droit général au juge, quel que soit la matière ou le type de mécontentement⁶³.

La tangente constructiviste prise par le discours judiciaire canadienne découle aussi de la nature de la révision judiciaire qui s'est instaurée sous le régime de la Charte canadienne. Tout d'abord, elle se manifeste au stade de l'évaluation judiciaire où la Cour doit établir s'il y a une incompatibilité entre une mesure législative et un droit garanti par la Charte. Pour ce faire, les juges ne se contentent pas d'interpréter l'intention du texte législatif; ils examinent aussi les effets de l'application de loi sur la société, notamment dans les affaires où l'on plaide la discrimination. Une loi peut engendrer des effets discriminatoires dans son application, même si le libellé du texte ne vise ni à exclure, ni à stigmatiser un groupe social en particulier. De plus, l'article 1 de la Charte invite les juges à n'accepter de restrictions aux droits et libertés que celles qui sont des « limites raisonnables » et qui se justifient « dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Sur la base de cet article, la Cour suprême a élaboré en 1986 un test à double volet pour juger du caractère raisonnable et justifiable d'une restriction à une liberté⁶⁴. Alors que le premier volet de ce test porte sur la régularité de l'objectif législatif qui sous-tend la restriction,

⁶¹ Voir Geneviève Tremblay, *Les tribunaux et les questions politiques : les limites de la justiciabilité*, Wilson & Lafleur, Montréal, 1999, 155 p.

⁶² Expression empruntée à Antoine Garapon, « La question du juge », *Pouvoirs*, 1995, 74, p. 17. Il est vrai que dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, la Cour semble avoir réintroduit la notion de question « politique », en indiquant que la négociation de la souveraineté du Québec et l'évaluation de ce qu'est une question référendaire claire tombent dans le domaine politique et échappent à la compétence des tribunaux. Néanmoins, la Cour fait cette concession à la doctrine des questions politiques dans un avis où elle se déclare apte à statuer sur un conflit qui avait été jusqu'alors laissé à l'arène politique.

⁶³ Jean Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 1978, p. 194.

⁶⁴ Voir *R. c. Oakes*, (1986) 1 R.C.S. 103.

le deuxième conduit les juges à s'enquérir de la proportionnalité des mesures adoptées par la loi contestée avec ce même objectif. Ce deuxième volet, que les juges ont fractionné en trois sous-tests, suppose entre autres qu'ils vérifient si la restriction contestée est de nature à porter le moins possible atteinte au droit affecté dans le litige. Ce sous-test de l'atteinte minimale sera même interprété dans certaines affaires comme une exigence de nécessité, si bien que le Procureur général sur qui incombe de justifier la restriction devra faire la démonstration qu'elle est la moins attentatoire de toutes les mesures connues et possibles au moment où le législateur a adopté sa loi. C'est ce sous-test qui a été à l'origine de la majorité des annulations judiciaires⁶⁵. Ensuite, un autre sous-test, moins exigeant pour le législateur, invite les juges à pondérer les effets préjudiciables de la restriction contestée et ses effets bénéfiques sur la société.

La Cour suprême du Canada n'a pas interprété la Charte canadienne seulement en conformité avec les principes du constitutionnalisme libéral classique. Dans plusieurs de ses décisions, la Cour a certes interprété la Charte comme un instrument à limiter le gouvernement, à sauvegarder les libertés négatives de l'individu contre les atteintes interventionnistes de l'État. Les professions libérales et les grandes entreprises ont su utiliser à leur profit l'action juridictionnelle et convaincre la Cour suprême d'annuler les lois qui entravaient leurs activités. Toutefois, dans plusieurs autres décisions, la Cour s'est réclamée d'une autre conception du constitutionnalisme, qu'on pourrait dénommer le gouvernement de protection sociale. Il revient à la juge Bertha Wilson d'avoir exposé le plus éloquemment cette conception du constitutionnalisme dans l'affaire *McKinney*⁶⁶. La garantie du droit à l'égalité peut impliquer que l'État doive affecter ses ressources et étendre sa protection de telle manière qu'il corrige l'inégalité des ressources et des talents dans la société. C'est à cette exigence que les juges ont soumis plusieurs lois sociales qui offraient une couverture incomplète pour les plus démunis. La Cour a ainsi confirmé la validité de certains mécanismes de protection de l'État-providence canadien, alors qu'elle aurait pu suivre une approche plus libérale et faire siennes plusieurs politiques jurisprudentielles de la Cour suprême des États-Unis, moins favorables à l'interventionnisme étatique. C'est justement cette logique providentialiste qui a poussé la Cour à annuler certaines lois au motif qu'elles excluaient de leur protection certaines catégories sociales, voire, dans certains cas, à utiliser son pouvoir de

⁶⁵ Voir Leon E. Trakman, William Cole-Hamilton, Sean Gatién, « R. v. Oakes 1986-1997 : Back to the Drawing Board », *Osgoode Law Review*, 1998, 36(1), p. 100.

⁶⁶ *McKinney c. Université de Guelph*, (1990) 3 R.C.S. 230.

rectification pour étendre la portée de ces lois défectueuses⁶⁷. Ce faisant, la Cour joue pleinement le rôle d'ingénieur social qui supervise l'application des politiques publiques en scrutant leurs effets sur des groupes sociaux variés. Le droit constitutionnel devient alors une entreprise de réforme sociale dont les juges balisent les principes.

Ce volet providentialiste du contrôle judiciaire au Canada s'explique aussi par la multiplicité des logiques constitutionnelles que renferment les garanties protégées par la Charte canadienne. Par plusieurs de ses dispositions, cette charte est un instrument de nature prohibitive qui engage les juges à annuler les lois outrepassant certaines limites. Cependant, certaines dispositions de cette charte, comme l'article 15 protégeant les droits à l'égalité ou l'article 23 relatif aux droits scolaires des minorités de langue officielle, recèlent une dimension prescriptive, en ce sens qu'elles font obligation au législateur de garantir effectivement la jouissance de certains droits positifs⁶⁸. Bien qu'on ait pas vu apparaître au Canada l'équivalent américain des « injonction structurelles »⁶⁹, qui habilent un juge à user d'un pouvoir d'administration et de réglementation pour redresser une situation illégale, plusieurs décisions rendues par la Cour suprême en matière de droits scolaires⁷⁰, voire de représentation politique⁷¹, laissent penser qu'elle pourrait un jour imposer ses décrets pour corriger une organisation scolaire ou une carte électorale déficientes⁷².

La réforme constitutionnelle de 1982 a aussi confié à la Cour suprême du Canada le mandat délicat de sanctionner et d'interpréter les droits « existants et ancestraux » des peuples autochtones⁷³. L'enchâssement de ces droits collectifs en 1982 a investi la Cour du mandat considérable de définir la portée de droits sans commune mesure avec les libertés individuelles

⁶⁷ Voir *Miron c. Trudel*, (1995) 2 R.C.S. 418; *Vriend c. Alberta*, (1998) 1 R.C.S. 493

⁶⁸ Ces aspects prohibitif et prescriptif du contrôle juridictionnel, le juge en chef Lamer a eu l'occasion de les contraster dans l'affaire *Schacter c. Canada*, (1992) 2 R.C.S., p. 719-722

⁶⁹ Voir Ghislain Otis, « La Charte et la modification des programmes gouvernementaux : l'exemple de l'injonction structurelle en droit américain », *Revue de droit de McGill*, 1991, 36, p. 1349-1368.

⁷⁰ *Mahé c. Alberta*, [1990], 1 R.C.S. 342; *Arsenault-Cameron c. Ile-du-Prince-Edouard*, (2000) 1 R.C.S. 3

⁷¹ *Circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, (1991) 2 R.C.S. 158.

⁷² Christopher P. Manfredi, *Canada and the Paradox of Liberal Constitutionalism, Judicial Power and the Charter*, Toronto, McClelland & Stewart, 1993, p. 177. Commentant l'affaire *Brown v. Board of Education* sur la déségrégation dans les écoles, la juge McLachlin concéda que le modèle américain du juge administrant une politique par décret demeure encore très étranger à la pratique judiciaire canadienne. Voir Beverley McLachlin, « The Role of the Court in the Post-Charter Era: Policy-Maker or Adjudication », *Revue de droit de l'Université du Nouveau-Brunswick*, 1990, 39, p. 60.

⁷³ Voir art. 35, de *Loi constitutionnelle 1982*.

du libéralisme classique. La Cour a tenté de se réaliser cette tâche en se reconnaissant la compétence de pouvoir appréhender l'histoire, le statut et la situation des nombreuses petites nations autochtones disséminées à travers le pays. En 1990, dans l'arrêt *Sparrow*, la Cour a posé les balises du contrôle que les tribunaux devront suivre en matière de droits collectifs autochtones⁷⁴. Bien que la Cour ne l'ait pas conceptualisé à l'identique du test développé pour juger du caractère justifiable et raisonnable d'une restriction à une liberté, ce contrôle portera aussi bien sur l'effet que sur l'objet de la législation. Chaque affaire autochtone portée devant la Cour implique qu'elle s'enquiert des circonstances historiques précises dans lesquelles se trouvait une nation autochtone à l'arrivée des occupants français et britanniques et qu'elle retrace l'évolution de leurs rapports mutuels. En somme, elle doit à fois faire œuvre d'historienne et d'anthropologue. De plus, comme les droits autochtones mettent en jeu la gestion des ressources naturelles et fauniques, la Cour devra nécessairement considérer divers scénarios de répartition de ces ressources, en tenant compte d'une part des droits et des besoins des populations autochtones, et d'autre part, des besoins de la société globale.

Bref, voilà des tâches éminemment « polycentriques ». La capacité de la Cour à entreprendre ces tâches ambitieuses a vite montré ses limites. Institution faillible, elle aurait admis un faux document comme preuve d'un traité conclu entre un général britannique et les Hurons en 1760⁷⁵ et aurait éprouvé de la peine à interpréter le témoignage d'un spécialiste de l'histoire autochtone sans heurter les canons de la science historique⁷⁶.

De manière plus générale, le constructivisme judiciaire peut également apparaître comme la conséquence de l'émergence de ce nouveau type d'action juridictionnelle que le juriste américain Abraham Chayes a conceptualisé. Ces nouvelles actions juridictionnelles sont devenues concevables, constate Chayes, parce que les tribunaux ne sont plus considérés comme des organes confinés à l'exécution de tâches spécifiques, comme l'arbitrage des querelles privées. Ils deviennent des institutions au mandat indéfini, parce que le processus judiciaire est conçu comme « an effective mechanism of registering and responding to grievance generated by the

⁷⁴ *R. c. Sparrow*, (1990) 1 R.C.S. 1075.

⁷⁵ Comme dans l'affaire *R. c. Sioui*, (1990) 1 R.C.S. 1025. Sur cette erreur, voir Denis Vaugeois, *La fin des alliances franco-indiennes. Enquête sur un sauf-conduit de 1760 devenu un traité en 1990*, Montréal, Boréal-Septentrion, 1995, 288 p.

⁷⁶ *R. c. Marshall*, (1999) 3 R.C.S. 456.

operation of a public program in a regulatory state⁷⁷. » Au même titre que l'administration ou les corps législatifs, le pouvoir judiciaire, tel un relais des autres organes de l'État, se voit contraint de répondre aux réclamations sociales portées jusqu'à lui⁷⁸. Dans une telle dynamique juridictionnelle, les circonstances particulières des griefs amenés devant les tribunaux finissent par importer assez peu. Le litige sert de véhicule par lequel les tribunaux énoncent leurs politiques, si bien que, comme l'ont constaté au Canada Knopff et Morton, les responsabilités de ces derniers chevauchent celles des autres institutions gouvernementales⁷⁹.

L'affaire *Big M Drug Mart* tranchée en 1985 illustre bien la volonté de la Cour d'élargir la problématique des litiges portés devant elle. La Cour invalida alors la loi fédérale sur le dimanche, au motif que le choix du dimanche comme jour de repos violait la liberté de religion, alors que la partie demanderesse était une société commerciale. Dans son jugement, la Cour admit pourtant qu'une telle société était une abstraction juridique, incapable en soi de conscience ou de croyance religieuse. En dépit d'une telle impossibilité évidente, la Cour autorisa *Big M Drug Mart* à plaider la liberté de religion, comme si elle agissait au nom de tierces parties. La Cour élargit l'enjeu initial du litige parce que la question de la liberté religieuse lui paraissait de grande importance, sans égard aux circonstances particulières à l'origine de la contestation⁸⁰.

L'élargissement de la notion d'intérêt à poursuivre a contribué aussi à établir la mission « oraculaire » de la Cour. Dans l'arrêt *Borowski*, la Cour affirma clairement que dorénavant elle pourra statuer sur une question constitutionnelle peu importe que la partie demanderesse y ait un

⁷⁷ Abraham Chayes, « The Role of the Judge in Public Law Litigation », *Harvard Law Review*, 1976, 89(7), p. 1308.

⁷⁸ C'est là un des arguments que le juge McLachlin avance pour justifier l'interventionnisme judiciaire, à savoir que les tribunaux sont des relais ou des « soupapes de sûreté » qui répondent aux questions sociales pressantes que le législateur n'a encore eu le temps ou la volonté de traiter. Voir Beverley McLachlin, « The Role of the Court in the Post-Charter Era: Policy-Maker or Adjudication? », *op. cit.*, p. 58.

⁷⁹ Rainer Knopff et Frederick L. Morton, *Charter Politics*, Calgary, Nelson Canada, 1992, p. 187.

⁸⁰ Nous pourrions multiplier les exemples de décisions où la Cour prend sur elle de trancher une question globale plutôt que les termes du litige soumis par les parties, comme dans l'affaire *Vriend c. Alberta*, (1998) 1 R.C.S. 493. Dans les renvois de 1997 sur l'indépendance de la magistrature, le juge en chef Lamer a estimé nécessaire d'élargir le fond du débat. Alors que les parties n'avaient plaidé que l'alinéa 11d) de la *Charte*, le juge Lamer, sous prétexte que les dispositions du droit écrit protégeaient un éventail trop restreint de tribunaux, voulut poser un jugement global sur la question. Voir *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, (1997) 3 R.C.S., par. 85.

intérêt direct ou non⁸¹. De *Borowski*, Knopff et Morton ont conclu que dorénavant pour la Cour, la résolution d'un litige concret n'est plus la fonction première du tribunal⁸².

Même si la Cour suprême utilise souvent la rhétorique de la retenue judiciaire dans ses jugements⁸³ ou insiste sur sa capacité limitée de modifier le droit existant⁸⁴, ses politiques jurisprudentielles accréditent l'idée d'une justiciabilité absolue des questions sociales et d'une compétence des tribunaux qui ne semble pas souffrir d'exception ou de limite clairement dessinée. La Cour prétend pouvoir résoudre les problèmes polycentriques portés à son attention, parce que d'une part, elle ne se voit plus confinée à l'arbitrage des querelles privées ou intergouvernementales, mené dans le respect du légalisme formel, et d'autre part, en tant qu'institution gouvernementale, elle se croit tenue de fournir une réponse, définitive et globale, à ces problèmes. Pour ces raisons, le constructivisme judiciaire canadien s'écarte du modèle du juge libéral.

Section 3 Le juge et l'arbitrage des savoirs

Dans les pays de common law, la connaissance du juge est réputée limitée du fait même de son rôle. C'est un arbitre qui découvre les faits par la méthode du contradictoire. Dans l'esprit de la common law où aucune vérité objective ne s'impose de plein droit, « il n'y a que des points de vue partiels sur la réalité que la procédure doit exprimer le plus fidèlement »⁸⁵. Dès lors, l'impartialité que le juge doit observer lui impose de soumettre toute acquisition d'informations à l'épreuve du contradictoire. Il est sans autonomie pour enquêter lui-même sur les faits ou pour entreprendre une recherche sur les tenants et aboutissants du cas dont il est saisi. Prenant place

⁸¹ *Borowski c. Canada (Procureur Général)*, (1989) 1 R.C.S. 342.

⁸² Rainer Knopff et Frederick L. Morton, *Charter Politics*, op. cit., p. 183.

⁸³ Comme dans l'affaire *M. c. H.*, dans laquelle la Cour invalide une loi de l'Ontario limitant l'obligation alimentaire aux conjoints hétérosexuels. Les juges de la majorité invoquent tous la retenue que le pouvoir judiciaire doit observer à l'égard des choix difficiles du législateur. Ils vont même jusqu'à souligner les limites de leur « compétence institutionnelle », lorsque l'arbitrage du législateur porte sur les demandes de groupes concurrents ou suppose l'évaluation de données sociales complexes et contradictoires produites par les sciences humaines. Ces précautions oratoires faites, les juges s'avisent néanmoins de passer outre à leur retenue et de réévaluer la loi. Voir par. 79 et par. 311 dans *M. c. H.*, (1999) 2 R.C.S. 3.

⁸⁴ Cette insistance transparait aussi dans les affaires de droit criminel, comme dans *R. c. Salituro*, (1991) 3 R.C.S. 654, où la Cour s'emploie à montrer que les tribunaux sont mal outillés pour s'aventurer dans la réforme du droit, même s'il n'est que jurisprudentiel.

⁸⁵ Antoine Garapon, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1997, p. 169.

sur le banc avec un esprit en principe neuf et ignorant tout de l'affaire, il abandonne aux parties le soin de l'instruire.

La dogmatique traditionnelle de common law découpe le réel en deux catégories, le droit et le fait. Le droit est un univers de règles, de sources diverses, douées de permanence et d'évidence. Elles sont réputées connues du juge, dont la seule liberté consiste à choisir parmi elles laquelle s'applique au litige⁸⁶. Puis il y a l'univers des faits, fluctuants et relatifs, dont le juge prend connaissance en conformité avec des règles qui déterminent des moyens de preuve, leur admissibilité au procès et leur valeur probante. Influencés par l'école réaliste américaine, des juristes se sont mis à reconsidérer la dichotomie droit et fait. Ainsi, ils en sont venus à distinguer les faits proprement dits du litige □ *adjudicative facts* □ des faits législatifs, c'est-à-dire tout élément de connaissance qui peut assister le juge dans l'interprétation de la loi. Ce peut être l'historique de la loi ou des données sur ses effets. L'admissibilité des faits dits législatifs dépend de l'étendue de la connaissance d'office du juge, c'est-à-dire des faits de notoriété publique et de valeur indiscutable que le juge peut prendre en compte sans passer par le contradictoire.

Aux États-Unis, les tribunaux ont petit à petit été gagnés à l'idée de reconnaître au juge une plus grande liberté d'enquête et d'élargir le domaine de la connaissance d'office. Disposant de leur propre service de recherche, de nombreuses cours d'appel fédérales étayaient leurs décisions d'articles tirés de la littérature scientifique, admettant du même coup la nécessité de traiter les faits législatifs différemment des faits du litige⁸⁷. Au Canada, les juges ont été lents et réticents à reconnaître l'aspect normatif de la fonction judiciaire, de même qu'à embrasser la distinction entre les faits législatifs et les faits du litige. Avant 1982, la Cour suprême avait déjà commencé à assouplir les règles d'admissibilité de la preuve dite extrinsèque, de telle manière à rendre admissibles au procès les rapports des commissions d'enquête et de la Commission de réforme du droit, l'historique de la loi dans les litiges constitutionnels et civils, et dans une moindre mesure, les données socio-économiques.

⁸⁶ Laurens Walker et John Monahan, « Social Framework: a New Use of Social Science in Law », *Virginia Law Review*, 1987, 73, 559.

⁸⁷ Claire L'Heureux-Dubé, « Re-examining the Doctrine of Judicial Notice in the Family Law Context », *Revue de droit d'Ottawa*, 1994, 26 (3), p. 559-560.

Après 1982 s'imposerait un usage plus étendu des faits législatifs et sociaux dans les jugements de la Cœur. En élargissant la connaissance judiciaire, la Cour s'est certes défendue de refaire les choix du législateur. Dans *Irwin Toy*, on voit le juge Dickson condamner l'idée que l'évaluation judiciaire des choix sociaux vienne remplacer purement et simplement celle que le législateur a déjà faite⁸⁹. Malgré ses protestations de bonne retenue, la Cour s'est néanmoins cru investie de la responsabilité d'aller au-delà de la preuve soumise par les parties pour juger de la constitutionnalité d'une loi. Cela suppose qu'elle admette en preuve des données socio-économiques, voire qu'elle s'en enquiert elle-même par ses propres recherches. Ainsi, dans *Edwards Book*, le juge La Forest a clairement affirmé que la Cour ne s'en tiendrait plus à la seule preuve apportée par les parties et qu'elle se réserve le pouvoir « *de prendre connaissance d'office de certains faits socio-économiques généraux et de prendre les mesures nécessaires pour s'informer à leur sujet*⁹⁰ ». La constitutionnalité des lois ne saurait en effet dépendre des seuls faits sociaux mis en preuve par les avocats des parties⁹¹.

C'est toutefois la juge L'Heureux-Dubé qui a plaidé le plus nettement en faveur d'une connaissance judiciaire élargie des faits sociaux. Plus la fonction normative du juge devient une réalité institutionnelle reconnue et assumée par le juge lui-même, plus la nécessité se fait sentir qu'il dévoile les présupposés politiques et sociaux de ses décisions⁹². Une connaissance judiciaire plus étendue et plus autonome se justifie, outre dans le domaine constitutionnel, dans celui droit de la famille. Dans une affaire civile de divorce où aucune question constitutionnelle ne se posait, la Cour devait décider si la loi fédérale sur le divorce permettait la modification d'une ordonnance alimentaire à la suite d'un changement significatif dans la situation financière du débiteur⁹³. Dans une opinion distincte, à laquelle souscrivaient les juges Gonthier et McLachlin, la juge

⁸⁸ Claire L'Heureux-Dubé, « Re-examining the Doctrine of Judicial Notice in the Family Law Context », *op. cit.*, p. 561.

⁸⁹ *Irwin Toy Ltd. c. Québec (P.G.)*, (1989) 1 R.C.S., p. 990. La Cour dit : *Lorsque le législateur arbitre entre les revendications divergentes de différents groupes de la collectivité, il est obligé de tracer une ligne de démarcation qui est à la fois le point de départ légitime des uns et le point de départ où les autres disparaissent, sans être en mesure de savoir exactement où cette ligne se trouve. Si le législateur a fait une évaluation raisonnable quant à la place appropriée de la ligne de démarcation, surtout quand cette évaluation exige l'appréciation de preuves scientifiques contradictoires et la répartition de ressources limitées, il n'appartient pas aux tribunaux de se prononcer après coup. Ce serait seulement substituer une évaluation à une autre.*

⁹⁰ *R. c. Edwards Books*, (1986) 2 R.C.S., p. 802.

⁹¹ *Ibid.*, p. 803, voir aussi *R. c. Morgentaler*, (1993) 3 R.C.S. 463, 488.

⁹² Claire L'Heureux-Dubé, « Re-examining the Doctrine of Judicial Notice in the Family Law Context », *op. cit.*, p. 558.

⁹³ *Willick c. Willick*, (1994) 3 R.C.S. 670.

L'Heureux-Dubé a eu recours à diverses études sur les incidences économiques du divorce et des pensions alimentaires, ainsi que sur le coût réel de la garde des enfants. C'est grâce à des recherches autonomes que la juge a pris connaissance d'office de ces faits sociaux. Dans sa décision, elle développe une conception « intégrative » de la science du droit, qui fait des « données et des recherches sociales » une partie constitutive de la règle de droit, desquelles celle-ci tire une des sources de son autorité. Elle s'en explique en ces termes :

Lorsqu'elles sont pertinentes dans la création d'une règle de droit, les données et les recherches sociales revêtent un caractère général qui va bien au-delà du contexte précis dans lequel celles-ci ont été utilisées. Elles deviennent une partie constitutive de la règle de droit qu'elles contribuent à étayer. De fait, elles représentent une partie des sources dont cette règle de droit tire son autorité. À ce titre, la théorie selon laquelle les sciences sociales ont valeur d'autorité en droit est intrinsèque à la notion même de la science du droit⁹⁴.

La juge L'Heureux-Dubé tire en partie l'idée d'une « superscience » du droit, vers laquelle convergeraient les recherches en sciences sociales, des travaux de deux juristes américains, John Monahan et Laurens Walker⁹⁵. D'après ces derniers, les juges devraient interpréter et élaborer le droit en traitant les études et les données des sciences sociales comme des « autorités *de facto* » (*social authority*, disent-ils), auxquelles les juges devraient pouvoir recourir librement pour étayer leurs décisions. De cette manière, les recherches en sciences sociales échapperaient aux règles de preuve. Les parties à un procès devraient pouvoir joindre ces données comme annexes à leur mémoire au lieu que d'avoir à les présenter comme des allégations. Ne s'arrêtant pas aux données apportées par les parties, le juge devrait pouvoir procéder à ses propres recherches. La juge L'Heureux-Dubé approuve donc l'autonomie judiciaire dans l'accès à la connaissance des faits sociaux, entérinant du même coup le concept d'autorité sociale dont Monahan et Walker revêtent les sciences sociales⁹⁶.

L'élargissement de la compétence judiciaire découle selon la juge L'Heureux-Dubé des enseignements de l'école américaine du réalisme juridique et de la « théorie sociologique du droit » (*sociological jurisprudence*). Grâce à leurs travaux, note la juge, « il est reconnu que le

⁹⁴ *Ibid.*, p. 701.

⁹⁵ Plusieurs de leurs articles sont cités dans Claire L'Heureux-Dubé, « Re-examining the Doctrine of Judicial Notice in the Family Law Context », *op. cit.*

⁹⁶ *Willick c. Willick*, précité, p. 701.

droit n'est pas au-dessus des autres institutions sociales et qu'il n'existe pas en vase clos⁹⁷. » Plus loin dans son jugement, elle révèle sa conception de l'acte de juger, qui tient de l'évaluation conséquentialiste d'un « faisceau de faits » regroupés dans le litige. Elle pose ensuite cette équation générale :

Plus vaste est la question, plus grande est en effet la probabilité que les faits de l'espèce ne suffiront pas pour étayer une décision [...] Cette observation explique en partie pourquoi les tribunaux ont couramment recours à des études répertoriées de façon indépendante dans le contexte de questions constitutionnelles.

Voilà des propos qui rappellent ceux du juge Lamer sur la capacité de la Cour de résoudre des questions polycentriques. Ils montrent la conséquence ultime du constructivisme judiciaire : l'effacement de toute ligne de démarcation entre d'une part le droit et non-droit, et d'autre part, entre les tribunaux et les autres institutions sociales comme sources de la normativité. La justice n'est pas seulement assignée à la garde des « valeurs » constitutionnelles, ou à l'exécution de sa fonction première □ arbitrer des litiges civils et criminels. Elle se voit désormais engagée, forte de sa double connaissance du droit et du contexte social, dans la réforme de la société. « Notre cour, observe le juge L'Heureux-Dubé, a reconnu l'utilité des recherches en sciences sociales et de la connaissance d'office du contexte social pour détruire les mythes et exposer les stéréotypes et les postulats qui éloignent le droit de la réalité des personnes qu'il régit⁹⁸. »

Dans un autre jugement, rendu en septembre 1995, on voit se profiler une toute autre conception des sciences sociales et de leur valeur probante dans un procès. C'est l'affaire *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)* qui, de toutes celles que la Cour a tranchées, met peut-être le mieux en scène ce qu'on pourrait appeler les *conflits de savoirs*. Les juges devaient se prononcer sur la validité d'une loi du Parlement fédéral qui interdisait la publicité commerciale en faveur de la consommation du tabac, au regard notamment du droit à la liberté d'expression. En l'espèce, le « titulaire » de ce droit n'était ni plus ni moins qu'une multinationale de l'industrie du tabac qui, comme l'admet la Cour elle-même, motive la défense de la liberté d'expression par la seule recherche du profit et qui domine l'équilibre des forces dans « le marché des idées »⁹⁹. En première instance, le juge du procès a annulé la loi fédérale au motif que le procureur de l'État

⁹⁷ *Ibid.*, p. 701.

⁹⁸ *Ibid.*, par. 98.

⁹⁹ *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, (1995) 3 R.C.S. par. 76.

n'avait pas établi de lien rationnel entre l'interdiction de la publicité et une diminution de la consommation du tabac. La principale preuve présentée pour étayer l'existence de ce lien de causalité était une étude réalisée par une commission de l'État de la Nouvelle-Zélande. Après avoir examiné les effets de restrictions imposées à la publicité dans 33 pays, cette étude concluait à l'existence d'une corrélation significative entre le degré de restrictions imposé dans chaque pays et la diminution de l'usage du tabac. Le juge du procès écarta cette étude, disqualifiée selon lui par des erreurs graves de méthodologie.

Cette affaire rebondit à la Cour suprême en septembre 1994. Celle-ci se divisa, avec une courte majorité – quatre juges contre trois – qui prononça l'année suivante l'invalidité de la loi. L'objet de cette division était justement la valeur probante des études scientifiques versées au procès. Les juges, autant ceux de la majorité que de la minorité, admettent d'emblée que le caractère nocif pour la santé de l'usage du tabac est scientifiquement prouvé. On voit ainsi le juge La Forest citer un bon nombre d'études de santé publique, d'épidémiologie et s'appuyer sur le rapport d'expert d'un cancérologue. C'est un truisme, note-t-il, que l'usage du tabac est une des causes principales du cancer, ainsi que des maladies cardiaques et pulmonaires. Cela est accepté par toutes les grandes organisations professionnelles de la santé, ainsi que par de nombreux États et organismes internationaux. Le juge admet également la valeur probante des études médicales établissant que les produits du tabac créent une dépendance. Il cite entre autres les conclusions du *Surgeon General* des États-Unis. Cette dépendance au tabac rend l'action gouvernementale problématique, car l'interdiction de la vente et de l'usage du tabac pousserait bon nombre de consommateurs à s'approvisionner autrement, encourageant de ce fait la contrebande et le crime.

L'enjeu du litige portait essentiellement sur le lien rationnel entre l'interdiction totale de la publicité en faveur du tabac et la diminution de la consommation de ce produit. Pour la juge McLachlin, qui rédigea le jugement de la majorité, la preuve de ce lien repose principalement sur des « données en matière de sciences humaines concernant le comportement humain prévisible, à partir desquelles » il est « difficile de tirer de solides conclusions factuelles. » Ici, les données sociales sont loin d'apparaître comme « autorité » et de jouir de l'aura de certitude et de scientificité qui leur vaudraient d'échapper au contradictoire. Selon la juge, la preuve en matière de sciences humaines entre dans la catégorie des faits législatifs accessoires au litige que le juge

du procès peut soumettre à l'épreuve des témoignages d'expert contradictoires. La considération de la scientificité et de la véracité des recherches en sciences sociales est ramenée à une question de crédibilité de témoignages d'expertise. Bien que les conclusions du juge de première instance ne lient pas les cours d'appel, elles sont indicatives de la crédibilité à accorder à ces témoignages.

La juge McLachlin s'en remet aux conclusions du juge de première instance sur la valeur des témoignages d'expert au procès; aux yeux du juge du procès, ils n'avaient rien établi de probant. Par ailleurs, elle refusa de voir dans les autres éléments de preuve versés dans les procès d'appel une démonstration suffisante du lien rationnel entre les mesures d'interdiction et le comportement social recherché. Selon la juge, la Constitution impose au législateur un fardeau de démonstration de la rationalité des mesures restrictives des libertés. Toute mesure attentatoire aux libertés « doit être justifiable par application de la raison et de la rationalité. » Ainsi :

La question n'est pas de savoir si la mesure est populaire ou compatible avec les sondages d'opinion publique. Elle est plutôt de savoir si cette mesure peut être justifiée par l'application du processus de la raison. Dans le contexte juridique, la raison comporte la notion d'inférence à partir de la preuve ou des faits établis. Il ne s'agit pas d'éliminer le rôle de l'intuition, ni d'exiger chaque fois une preuve répondant aux normes scientifiques, mais bien d'insister sur une défense rationnelle et raisonnée¹⁰⁰.

Elle précise ensuite le fardeau de démonstration qui incombe à l'État et qui s'inscrit dans le processus juridictionnel :

La démarche fondamentale est la suivante. Bien qu'ils doivent demeurer conscients du contexte socio-politique de la loi attaquée et reconnaître les difficultés qui y sont propres en matière de preuve, les tribunaux doivent néanmoins insister pour que, avant qu'il ne supprime un droit protégé par la Constitution, l'État fasse une démonstration raisonnée du bien visé par la loi par rapport à la gravité de la violation. Les tribunaux doivent respecter cette démarche fondamentale pour que les droits garantis par notre constitution soient opérants. Ce n'est pas une tâche facile, et les tribunaux devront peut-être affronter le courant d'opinion publique¹⁰¹.

Ce processus de démonstration n'a pas à satisfaire à la norme requise en matière scientifique. Le juge évalue la proportionnalité des mesures restrictives en appliquant la norme de preuve en matière civile, i.e. la prépondérance des probabilités, qui « s'établit par application du

¹⁰⁰ *Ibid.*, par. 127.

¹⁰¹ *Ibid.*, par. 129.

bon sens à ce qui est connu, même si ce qui est connu peut comporter des lacunes du point de vue scientifique »¹⁰². Bref, le juge ne fait pas de la science; il use de la raison prudentielle pour jauger la vraisemblance de savoirs obéissant à des impératifs épistémologiques autres que les siens.

Plusieurs moyens de preuve peuvent établir la vraisemblance de ces savoirs. Cependant, dans le cas précis de la *Loi réglementant les produits du tabac*, il s'agit de démontrer qu'une mesure d'interdiction de la publicité en faveur d'un produit modifie le comportement humain. Le lien causal entre ces deux éléments, note la juge McLachlin, pourrait bien ne pas être mesurable du point de vue scientifique. Devant cette incertitude, il est toujours loisible de recourir à des extrapolations logiques, sans insister sur la nécessité d'une preuve directe d'un lien de causalité¹⁰³. Les conclusions de la juge sont dirimantes : il n'existe de preuve ni directe ni indirecte de ce lien de causalité. Elle prête peu de foi aux conclusions avancées par des études commanditées, « fondées en grande partie sur les pratiques publicitaires et des hypothèses et conclusions des organismes qui se préoccupent de la diminution des méfaits de l'usage du tabac sur la santé¹⁰⁴. »

La partie la plus révélatrice du jugement de la majorité demeure son examen du critère de l'atteinte minimale : de tous les moyens qu'il était loisible au Parlement d'employer pour atteindre son objectif social, celui qui porte le moins atteinte au droit constitutionnel a-t-il été retenu? L'évaluation des juges n'est pas moins sévère : pour justifier un régime d'interdiction totale de la publicité en faveur du tabac, l'État doit démontrer que des régimes moins contraignants ne produiraient pas les mêmes effets sur le comportement social. Or, le procureur ne s'est pas déchargé de son fardeau, estime la Cour. Le gouvernement fédéral avait à sa disposition une étude sur les solutions de rechange avant d'opter pour l'interdiction totale. Il a cependant refusé de la divulguer, comme cinq cents autres études requises en première instance. Cette omission est fatale pour la validité de la loi. Ainsi :

*Compte tenu de cette omission, le fait que des interdictions totales ont été imposées dans certains autres pays et qu'il existe des opinions favorables à une interdiction totale ne réussit pas à établir une atteinte minimale*¹⁰⁵.

¹⁰² *Ibid.*, par. 137. Voir aussi *Snelle c. Farrell*, (1990) 2 R.C.S. 311.

¹⁰³ *Ibid.*, par. 154.

¹⁰⁴ *Ibid.*, par. 156.

¹⁰⁵ *Ibid.*, par 168.

Le jugement majoritaire dans *RJR-MacDonald* indique ici à quelle logique institutionnelle aboutit le contrôle de constitutionnalité. Même si la juge McLachlin se défend bien d'exiger de l'État la preuve que les choix du législateur sont scientifiquement fondés, sa conception du fardeau de démonstration y conduit. L'une des limites inhérentes à la compétence institutionnelle des tribunaux, qui transparaît dans ce jugement, et dans plusieurs autres de la Cour, est qu'ils peuvent admettre seulement des connaissances qui ont une origine institutionnelle et un caractère public. Le juge n'a pas la même liberté que celle dont jouissent d'autres acteurs politiques dans la connaissance de la réalité sociale. Au contraire du député, il ne peut dire : « Je sais parce que mes électeurs m'ont dit... », ni compter sur les recherches entreprises par son service, comme le peut un administrateur. Il doit se fier à des connaissances produites par d'autres, par des institutions socialement reconnues, et qui ont, au surplus, accédé au domaine public.

En exigeant du procureur le dépôt d'une étude comparant les effets de divers régimes de restrictions de la publicité en faveur du tabac, la Cour accule l'État à l'obligation de fournir la preuve, par des sources publiques reconnues, que les choix du législateur sont vraisemblablement rationnels. La validité des lois dépend dès lors de la capacité de l'État à se plier au procéduralisme qui doit régir l'évaluation judiciaire. La Cour avait déjà élaboré, dans l'affaire *Nova Scotia*, une conception très judicentrique de la règle de droit : une norme revêt cette qualité si elle est apte à orienter de manière intelligible le débat judiciaire¹⁰⁶. Ce judicentrisme s'accroît dans *RJR-MacDonald* : ne sont valides que les lois pour lesquelles l'État a apporté au procès, conformément aux exigences de la preuve, la démonstration qu'elles s'appuient sur des connaissances publiquement divulguables et institutionnellement reconnues.

Rédigé par le juge La Forest, le jugement de la minorité révèle une autre conception de l'évaluation judiciaire. Il ne nie pas l'inexistence de preuve scientifiquement concluante entre la publicité et l'usage du tabac. « On ne peut actuellement pas donner d'explication scientifique concluante de la dépendance au tabac, ni établir un lien causal bien compris entre la publicité, ou tout autre facteur environnemental, et l'usage du tabac¹⁰⁷. » Il existe ainsi un écart important entre les institutions qui comprennent les effets de l'usage du tabac sur la santé et les principales causes de cet usage. De cet écart résulte un problème institutionnel fondamental qui vient du fait que les

¹⁰⁶ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, (1992) 2 R.C.S.. 606.

prévisions de l'incidence des règles juridiques sur la société ne sont pas susceptibles d'être évaluées avec précision. Ces prévisions découlent souvent « de la combinaison d'hypothèse, de connaissances fragmentaires, de l'expérience générale et de la connaissance des besoins, des aspirations et des ressources de la société¹⁰⁸. » Le procéduralisme judicentrique auquel conduit le jugement de la majorité astreint l'État à gouverner scientifiquement. En effet :

Si l'on exigeait du Parlement qu'il attende les données concluantes des études dans le domaine des sciences humaines chaque fois qu'il désire adopter une politique sociale, on restreindrait de façon injustifiable la compétence législative en attribuant un degré de précision scientifique à l'art de gouverner¹⁰⁹.

Ce qui est implicite dans le jugement de la minorité, est que ni le législateur, ni les tribunaux ne peuvent vraiment résoudre les questions sociales polycentriques. Toutefois, à la différence des théoriciens libéraux, le juge La Forest n'attribue pas cette inaptitude au fait que le législateur ne puisse tenter légitimement d'agir sur le comportement social, même s'il est souvent difficile « de prévoir l'avenir et d'anticiper les conséquences bénéfiques ou néfastes d'une politique gouvernementale. » Légiférer est la responsabilité d'une institution qui possède une rationalité limitée et qui doit néanmoins, malgré des perspectives incertaines, arbitrer entre les revendications de groupes concurrents, souvent sur la base de preuves scientifiques contradictoires. À cette limite cognitive des institutions s'ajoute celle des ressources. C'est pourquoi un procès constitutionnel ne saurait être assimilé, du point de vue de la preuve des faits sociaux, à un simple procès civil. Le juge La Forest plaide plutôt pour une compétence institutionnelle différenciée. « Les tribunaux, dit-il, sont des spécialistes de la protection de la liberté et de l'interprétation des lois et sont, en conséquence, bien placés pour faire un examen approfondi des lois en matière de justice criminelle¹¹⁰. » Par contre, les tribunaux doivent faire montre de retenue lorsque le litige porte sur des politiques sociales. Mieux nanties en ressources, les institutions législatives sont ainsi plus aptes que les tribunaux à évaluer les recherches en sciences sociales et à arbitrer des conflits sociaux¹¹¹. Comme beaucoup d'études en sciences

¹⁰⁷ *Ibid.*, par. 66.

¹⁰⁸ Le juge La Forest cite ici un passage de l'opinion qu'il a rédigée dans *McKinney c. Université de Guelph*, (1990) 3 R.C.S. 229.

¹⁰⁹ *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, par. 67.

¹¹⁰ *Ibid.*, par. 88.

¹¹¹ Cette distinction entre les fonctions respectives du législateur et des tribunaux serait « à la base même de notre régime politique et constitutionnel » selon le juge. *Ibid.*, par. 68.

sociales prètent à controverse ou n'aboutissent pas à des résultats concluants, les cours d'appel ne sauraient être liées par l'appréciation du juge de première instance. Loin que les sciences sociales s'intègrent d'emblée à la science du droit grâce à une connaissance d'office élargie, elles entrent plutôt dans la catégorie des faits législatifs accessoires aux faits du litige. Les faits législatifs sont des prédictions sur les effets des règles de droit; ils sont de par leur nature contestables¹¹².

L'une des justifications que le juge La Forest donne à la retenue judiciaire devant les choix sociaux du législateur est que dans une affaire constitutionnelle, le juge ne peut établir de lien de causalité comme il peut le faire dans un procès civil entre l'action d'une personne et le dommage qu'elle cause à autrui. Exiger du législateur qu'il gouverne scientifiquement reviendrait finalement à demander au juge d'évaluer le faisceau de causalités complexes que suscite une mesure législative sur la société, tâche bien différente de celle de l'enquête judiciaire traditionnelle qui remonte la chaîne de causalité précise entre des actions individuelles et leurs conséquences sur un nombre limité d'individus dans une séquence historique finie¹¹³.

Les jugements de la majorité et de la minorité dans *RJR-MacDonald* diffèrent certes dans leur appréciation du fardeau de démonstration que l'État doit remplir devant le tribunal. Cependant, ils ont ceci en commun et de remarquable qu'ils constituent chacun une stratégie d'évitement devant la complexité des questions sociales. Le jugement de la majorité transfère entièrement à l'État le fardeau de démontrer que ses choix de politiques publiques sont scientifiquement fondés – c'est-à-dire fondés sur des connaissances divulguables et institutionnellement reconnues. De cette manière, les tribunaux n'ont pas à se soucier eux-mêmes d'accumuler et d'organiser ces connaissances, encore moins de voir à les faire produire. Ils demeurent essentiellement fidèles aux limites processuelles de la juridiction. Le procéduralisme préconisé par la majorité aboutit à un décisionnisme efficace : peu importe que l'État parvienne ou non à faire une démonstration convaincante de la raisonnablement scientifique de ses politiques publiques, l'instance se soldera toujours par une décision des juges, validité ou invalidité de la loi. La juridiction préserve ainsi l'efficacité technique de son processus propre, sans pour autant affronter de plain-pied l'inextricable complexité des questions polycentriques. Quant au jugement de la minorité, son aveu d'incompétence est plus explicite. L'évitement des problèmes

¹¹² *Ibid.*, par. 79.

polycentriques prend la forme de la retenue judiciaire, qui est finalement un principe de prudence qui découle des limites de la connaissance judiciaire de la réalité sociale.

On ne saurait certes généraliser à partir de l'analyse de la seule affaire *RJR-MacDonald*, si emblématique soit-elle des conflits qui peuvent se poser entre juridiction, législation et *véridiction*¹¹⁴. Dans plusieurs affaires déjà s'était posée la question de la crédibilité scientifique des conclusions tirées par le législateur. Notamment dans l'arrêt *Ford* (1988), où la Cour examine des études en socio-linguistique pour juger du caractère raisonnable de la réglementation québécoise de l'affichage commercial; l'arrêt *Irwin Toy* (1989), où l'interdiction de la publicité télévisée adressée aux enfants est jugée à la lumière entre autres d'une étude préparée par le U.S. Federal Trade Commission qui faisait le point sur l'analyse scientifique des capacités cognitives des enfants pour évaluer la publicité¹¹⁵; l'affaire *Keegstra* (1990), qui met à contribution diverses études historiques et rapports parlementaires pour jauger les conséquences sociales de l'antisémitisme et de la propagande haineuse; enfin l'arrêt *Butler* (1992), où la Cour suprême passe en revue l'état du savoir en sciences sociales, tel que colligé par des études commanditées par des institutions politiques de pays du Commonwealth, pour évaluer les préjudices sociaux causés par la pornographie. Dans cette affaire encore, les juges ont été exposés à une preuve en matière de sciences humaines qui leur est apparue non concluante. Dans l'incertitude, le juge Sopinka a préféré laisser au parlement le bénéfice du doute, et à la loi, celui d'une présomption logique :

*Bien qu'il puisse être difficile, voire impossible, d'établir l'existence d'un lien direct entre l'obscénité et le préjudice causé à la société, il est raisonnable de supposer qu'il existe un lien causal entre le fait d'être exposé à des images et les changements d'attitude et de croyance*¹¹⁶.

C'est le même genre d'attitude que la Cour avait observée dans *Irwin Toy*, devant une preuve contradictoire sur les effets de la publicité télévisée sur les enfants :

¹¹³ *Ibid.*, Par. 67.

¹¹⁴ Sur l'opposition entre juridiction et véridiction, voir Patrick Wechsman, « Les sciences devant la justice » in Éric Heilmann (dir.), *Science ou justice ? Les savants, l'ordre et la loi*, n° 145, Paris, Éditions Autrement, 1994, p. 149-175.

¹¹⁵ *Irwin Toy Ltd. c. Québec (P.G.)*, (1989) 1 R.C.S., p. 988-990.

¹¹⁶ *R. c. Butler*, (1992) 1 R.C.S., p. 502.

*En l'espèce, la Cour est appelée à évaluer des preuves contradictoires, qui relèvent des sciences humaines, quant aux moyens appropriés de faire face au problème de la publicité destinée aux enfants. La question est de savoir si le gouvernement était raisonnablement fondé, compte tenu de la preuve offerte, à conclure qu'interdire toute publicité destinée aux enfants portait le moins possible atteinte à la liberté d'expression étant donné l'objectif urgent et réel que visait le gouvernement*¹¹⁷.

Les affaires *Irwin Toy*, *Butler* et *Keegstra* indiquent que la Cour pourrait être disposée à accepter la raisonnablement d'une politique publique pourvu que celle-ci trouve dans les sciences sociales une base plausible, même si rien de concluant n'émerge de l'état des connaissances. L'utilisation des sciences sociales conserve néanmoins dans l'examen de la raisonnablement des lois un rôle secondaire¹¹⁸. La raison judiciaire demeure maîtresse tant du processus que des outils conceptuels de cet examen. Avec le jugement de la majorité dans *RJR-MacDonald*, les sciences sociales demeurent des auxiliaires de la raison judiciaire. Cependant, pour l'État, c'est-à-dire l'administration de la justice représentée par des procureurs généraux, elles deviennent des éléments indispensables de la défense d'une politique publique attaquée au nom des droits constitutionnels.

Dans une affaire plus récente, *Thomson Newspapers Co*, on voit une autre majorité raisonner comme a raisonné la majorité dans *RJR-MacDonald*. L'utilisation des sciences sociales ne sert pas dans cette affaire seulement à contrôler le lien rationnel entre l'objectif législatif et les mesures d'une politique publique, mais à vérifier la validité même de l'objectif. La mesure contestée en l'espèce était l'interdiction faite par la loi fédérale électorale d'annoncer, de publier ou de diffuser les résultats de sondages sur les intentions de vote durant les trois derniers jours d'une campagne électorale. L'enjeu du litige portait essentiellement sur l'état des connaissances en ce qui regarde l'impact des sondages d'opinion sur le comportement des électeurs. La preuve extrinsèque, outre des études sur la communication politique et le comportement électoral, consistait en un rapport de la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des parties de 1991, ainsi qu'en une étude réalisée par le politologue Guy Lachapelle sur l'impact des

¹¹⁷ *Irwin Toy Ltd. c. Québec (P.G.)*, précité, p. 994. Voir aussi p. 990 : « ...la Cour a également reconnu que le gouvernement disposait d'une certaine latitude pour formuler des objectifs légitimes fondés sur des preuves en matière de sciences humaines qui n'étaient pas totalement concluantes. » Voir également le jugement du juge Dickson dans *Keegstra*, et celui de la juge McLachlin, sur la difficulté de prouver un lien causal entre une déclaration et la perception chez un groupe social d'être l'objet de haine; *R. c. Keegstra*, (1990), précité, aux p. 776 et 857.

¹¹⁸ John Kiedrowski, et Kernaghan. « Second Guessing the Law-Makers: Social Science Research in Charter Litigation », *Analyses de Politiques*, 1993, 20 (4), p. 385.

sondages et des médias lors des élections pour le compte de cette commission. Au vu des conclusions dégagées par la commission royale de 1991, le juge Bastarache rejette l'idée que l'interdiction de la publication des sondages ait comme objectif urgent et réel la nécessité de laisser à l'électorat une période de réflexion à la fin de la campagne. Par contre, il est prêt à concéder qu'un autre objectif – protéger l'électorat contre les sondages inexacts publiés tard dans la campagne – revêt un caractère urgent et réel. Mais le juge Bastarache fait là une concession toute rhétorique : la science politique, telle qu'en témoignait le politologue Guy Lachapelle dans son étude, n'avait pas scientifiquement établi que les sondages ont globalement une influence « indue » sur l'électorat¹¹⁹.

Appliquant le deuxième volet du test de *Oakes*, le juge Bastarache critique plus sévèrement le cadre conceptuel et les présupposés qui ont fondé le législateur fédéral à prescrire l'embargo sur la publication des sondages. Après avoir constaté que la preuve fondée sur les sciences sociales n'a pas établi que les électeurs forment un groupe vulnérable aux sondages, il rejette un à un les suppositions logiques et les arguments tirés du sens commun que le Procureur général a avancés au soutien de sa loi. La majorité dans *Thomson* préfère tirer des présomptions logiques en faveur de la capacité de discernement de l'électorat plutôt que de postuler sa vulnérabilité : « Notre Cour doit présumer que l'électeur canadien est un être rationnel, capable de tirer des leçons de son expérience et de juger de façon indépendante de la valeur de certaines sources d'information électorale¹²⁰. » Ainsi, le juge Bastarache accule l'État à l'obligation de s'acquitter d'un lourd fardeau de démonstration : à moins qu'il ne prouve par des études scientifiques publiques que l'embargo sur la publication des sondages est le moyen le moins restrictif de la liberté d'expression qui puisse prévenir l'effet déformant des sondages inexacts, cet embargo sera déclaré invalide. D'autres mesures que l'embargo pur et simple, dont certaines envisagées par la commission Lortie et le professeur Lachapelle, et d'autres encore, adoptées par plusieurs États, ont convaincu le juge Bastarache qu'il y avait des solutions de rechange à l'embargo pur et simple. De la même manière que dans *RJR-MacDonald*, la majorité dans *Thomson Newspapers* annule une mesure restrictive parce qu'à ses yeux l'État omet d'expliquer pourquoi, sur des bases scientifiques, il n'a pas choisi une mesure moins attentatoire aux libertés

¹¹⁹ *Thomson Newspapers Co c. Canada (Procureur général)*, (1998) 1 R.C.S., par. 105.

¹²⁰ *Ibid.*, par 112.

et tout aussi efficace¹²¹. Les arguments tirés de la législation comparée ont pour la Cour peu de portée persuasive; elle préfère postuler l'incommensurabilité des législations adoptées par divers pays pour régler un problème social¹²².

Les affaires *RJR-MacDonald* et *Thomson Newspapers* permettent aussi d'illustrer comment les juges peuvent répartir le fardeau de l'incertitude scientifique dans un procès constitutionnel. Elles présupposent toutes deux que l'État légifère en connaissance de cause; s'il s'aventure à limiter la jouissance des droits constitutionnels, c'est qu'il dispose de données et d'études convaincantes propres à justifier la restriction. Par contre, dans sa dissidence exprimée dans *RJR-MacDonald*, le juge La Forest, préfère transférer aux fabricants de tabac le coût de l'incertitude scientifique et accorde par le fait même au législateur une certaine marge de manœuvre pour atteindre des objectifs de santé publique en l'absence de preuves socio-scientifiques concluantes¹²³.

Une des conséquences de la judiciarisation du politique est que les contraintes imposées par les juges à la législation deviennent des vérités incontestables qui figent pour l'avenir les avenues possibles permettant de concilier le respect des droits constitutionnels et la réalisation des politiques publiques. La décision judiciaire devient une vérité institutionnelle que les parlementaires n'osent plus contredire, à moins qu'ils ne recourent au pouvoir dérogatoire de l'article 33 de la Charte canadienne qui les autorise à suspendre l'application de celle-ci pour une période de cinq ans, renouvelable, au regard de certains articles de la Charte. Or, c'est un pouvoir qu'ils n'envisagent plus d'utiliser depuis sa dernière utilisation en 1988, lorsque le gouvernement de Robert Bourassa s'en prévalut pour protéger sa nouvelle législation linguistique contre la contestation judiciaire.

Il est ironique de constater que le 21 mai 2003 l'Organisation mondiale de la santé a patronné la signature d'une convention-cadre pour la lutte anti-tabac dont l'un des objectifs est d'étendre l'interdiction de la publicité en faveur du tabac chez tous les pays signataires.

¹²¹ *Ibid.*, par 118.

¹²² *Ibid.*, par. 101.

¹²³ Voir Danielle Pinard, « Incertitude et risques : la preuve en matière constitutionnelle », dans Dean Joost Blom et Hélène Dumont (dir.), *Science, vérité et justice*, Montréal, Institut canadien d'administration de la justice/Les éditions Thémis, 2000, p. 81.

Cependant, pour tenir compte des pays comme le Canada où la « liberté d'expression » prévaut sur la santé publique, des accommodements ont dû être trouvés pour assouplir la mise en œuvre de cet objectif. Décider, comme le fit la Cour suprême en 1995, que la science ne pouvait établir que l'interdiction totale de la publicité sur la tabac était la façon optimale de diminuer la consommation de tabac revenait, en somme, à pérenniser une opinion sur l'état du savoir à un moment donné que le droit soustrait au débat, quand bien cet état évoluerait par la suite. Il y a donc une limite à trouver des analogies entre le juge et l'homme de science. Le jugement est une présomption de vérité définitive que l'État s'impose à lui-même par l'un de ses organes. L'homme de science élabore des énoncés modifiables et falsifiables. Le juge crée des ordonnances dont la validité est indépendante de leur vérité scientifique.

Conclusion

Dans son *Conflit des facultés*, le dernier ouvrage que Kant ait lui-même publié, on voit le philosophe s'interroger sur les conflits qui peuvent naître de la coexistence au sein de l'université de savoirs obéissants à des logiques différentes¹²⁴. Il rangea d'un côté les facultés supérieures, soit la théologie, le droit et la médecine, dont l'autorité et les enseignements dépendent de l'État, et les facultés inférieures, soit la philosophie, les mathématiques, l'histoire, etc., dont la force des enseignements est abandonnée « à la raison propre du peuple savant ». Les facultés supérieures ont pour vocation de garantir au peuple la jouissance de certains biens (le salut, la justice et la santé) et reposent sur l'autorité d'un écrit qui donne à chacune son fondement doctrinal (la bible, le Code et le règlement médical). Les facultés inférieures établissent leur vérité hors les directives de l'État et s'attachent à examiner la vérité des assertions des facultés supérieures. Entre ces deux catégories de facultés, Kant voyait d'inévitables conflits, dont ce qu'il appelait le conflit « illégal », lorsque des facultés inférieure et supérieure s'opposent publiquement sur une même vérité, lorsque l'une d'elle, pour se concilier l'appui du peuple, attaque la raison de l'adversaire sur des motifs subjectifs et lorsque les facultés supérieures abusent de la confiance du peuple pour forcer la réception de la conception du bien que leurs agents promeuvent. Du droit, Kant disait qu'il ne professe pas de vérité, mais seulement des ordonnances qui ne sont ni assez claires,

¹²⁴ Emmanuel Kant, *Le conflit des facultés*, Paris, Librairie philosophie J. Vrin, 1955.

ni assez déterminées pour couvrir tous les cas possibles, ce qui laisse au juge, « interprète visible des lois », une certaine marge.

Le savoir d'aujourd'hui ne suit certes plus la nomenclature dessinée par Kant en 1798. La philosophie a cessé d'être la dame patronnesse de l'histoire, la géographie, la linguistique, les humanités, les mathématiques, etc., désormais émancipées de sa tutelle. Le droit est demeuré toutefois une faculté supérieure : il formule le langage par lequel l'État institue sa réalité propre et communique ses décrets à la collectivité. Et comme on vient de le voir, le savoir-pouvoir judiciaire peut entrer en conflit avec le savoir des facultés « inférieures », voire avec le législateur, cet autre savoir-pouvoir, ce qui confère aux conflits des « facultés » qui naissent en démocratie constitutionnelle une forme triangulaire.

À la suite de la réforme constitutionnelle de 1982, le discours de la Cour suprême du Canada a considérablement évolué. Elle se considère désormais comme une instance supralégislative capable de traiter les questions sociales les plus complexes, en doublant les capacités cognitives du législateur. Pour accomplir sa tâche, elle s'aide d'un savoir juridique surplombant, voué à l'absorption des savoirs qui lui sont extérieurs. Cette activité assimilable à la législation, quoique faite selon les formes judiciaires, suppose une compétence institutionnelle élargie qui procède d'un constructivisme juridique mettant le juge au point de confluence du droit, des valeurs de la communauté politique et de la vie sociale. Des libéraux comme Michel Polanyi, Friedrich A. Hayek et Lon L. Fuller auraient été bien surpris d'apprendre que le juge en chef d'une cour gardienne d'une charte libérale en viendrait à affirmer la capacité des tribunaux de résoudre des tâches sociales aussi complexes que les problèmes polycentriques, alors que ces libéraux y voient là des problèmes échappant à la compétence cognitive du législateur. Voilà un curieux retournement de concept. Contre le constructivisme du législateur, la Cour a tendance à ériger le sien propre, qui postule la capacité du droit d'intégrer des savoirs non juridiques et d'en mesurer la signification. Ce constructivisme est l'expression d'un savoir-pouvoir qui ne cherche plus seulement à limiter le gouvernement mais également à transformer la société. Le constructivisme judiciaire canadien se décline toutefois en plusieurs variantes, dont la plus marquée est la prétention de la juge Claire L'Heureux-Dubé de constituer les sciences sociales en une province du droit dans laquelle le juge puise librement, sans soumettre les résultats de sa

recherche au contradictoire. Le juge se voit alors assigné à la construction d'une norme qui « reflète » au mieux la réalité sociale.

Reconstruits par le juge, les conflits de droits finissent par devenir des conflits de savoirs. En contrôlant la légitimité et la proportionnalité des mesures requises par une politique législative, le juge s'aventure à vérifier la « rationalité » des présuppositions et des inférences qui ont présidé à l'élaboration de la politique. Or, l'équilibre que le législateur doit atteindre par ses choix est une tâche qui paraît trop complexe à résoudre pour les juges, tant et si bien que ces derniers s'en remettent à la démonstration du procureur de l'État, sur lequel pèse tout le fardeau. Dans le conflit qui peut naître entre la juridiction, la législation et la *véridiction*, c'est toutefois la première qui l'emporte dans une action juridictionnelle. Le juge reproduit les biais propres à sa discipline et à sa fonction. Il ne se contente pas de dire le droit; il valide les raisonnements scientifiques qui lui paraissent concluants pour faire de la bonne législation. Cependant, cet examen métascientifique de la législation ne s'écarte guère des habitudes intellectuelles du juge. Malgré ses prétentions théoriques, ce dernier puise essentiellement son savoir dans la doctrine juridique.

En dépit du fait que la Cour ne sache vraiment fixer la nature et les limites de sa compétence et se replie sur la procédure qui la dispense de prendre de front la complexité des tâches législatives, la question de sa compétence institutionnelle demeure irrésolue, bien que la Cour ait rendu des centaines de décisions en application de la Charte canadienne. S'il est vrai qu'en démocratie constitutionnelle, les tribunaux incarnent la « substance » d'une autorité fondée sur la réalisation des droits de l'Homme, encore faut-il que cette autorité repose sur une compétence. Or, le discours des juges canadiens n'offre pas de réponse satisfaisante à cette question. On ne sait si dans leur esprit les tribunaux jouissent d'une compétence équivalente à celle des institutions représentatives ou une compétence propre qui les confine à certaines tâches. En somme, faire l'épistémologie du savoir judiciaire revêt une dimension fondamentalement politique. C'est une histoire à suivre.

NUMÉROS RÉCENTS

- Yves Gingras:** *What Did Mathematics Do to Physics?* (No 2001-01);
- Daniel Vanderveken:** *Formal Ontology and Predicative Theory of Truth. An Application of the Theory to the Logic of Temporal and Modal Propositions* (No 2001-02);
- Peter J. Boettke, John Robert Subrick:** *From the Philosophy of Mind to the Philosophy of the Market* (No 2001-03);
- Robert Nadeau:** *Sur l'antiphysicalisme de Hayek. Essai d'élucidation* (No 2001-04);
- Steven Horwitz:** *Money and the Interpretive Turn : Some Considerations* (No 2001-05);
- Richard Hudson, Gisèle Chevalier:** *Collective Intentionality in Finance* (No 2001-06);
- Carlo Benetti:** *Smith et les mains invisibles* (No 2001-07);
- Michel B. Robillard:** *Compte rendu critique de Cognitive Adaptations for Social exchange de Leda Cosmides et John Tooby* (No 2001-08);
- Maurice Lagueux:** *What does rationality mean for economists ?* (No 2001-09);
- Gérard Duménil et Dominique Lévy:** *Vieilles théories et nouveau capitalisme: Actualité d'une économie marxiste* (No 2001-10);
- Don Ross:** *Game Theory and The New Route to Eliminativism About the Propositional Attitudes* (No 2001-11);
- Roberto Baranzini:** *Le réalisme de Walras et son modèle monétaire* (No 2001-12);
- Paul Dumouchel:** *Règles négatives et évolution* (No 2002-01);
- Jean Robillard:** *La transsubjectivité et la rationalité cognitive dans la méthode de la sociologie cognitive de Raymond Boudon* (No 2002-02);
- Michel Rosier:** *Négociateur en apprenant: une idée d'A. Smith* (No 2002-03);
- Michel Séguin:** *Le coopératisme et la réalisation de l'éthique libérale en économie* (No 2002-04);
- Christian Schmidt:** *The Epistemic Foundations of Social Organizations: A Game-Theoretic Approach* (No 2002-05);
- Marcello Messeri:** *Credit and Money in Schumpeter's Theory* (No 2002-06);
- Bruce J. Caldwell:** *Popper and Hayek: Who Influenced Whom?* (No 2003-01).
- Daniel Vanderveken:** *Formal Ontology, Propositional Identity and Truth – With an Application of the Theory of Types to the Logic of Modal and Temporal Propositions* (No 2003-02);
- Daniel Vanderveken:** *Attempt and Action Generation – Towards the Foundations of the Logic of Action* (No 2003-03);
- Robert Nadeau:** *Cultural Evolution True and False: A Debunking of Hayek's Critics* (No 2003-04);
- D. Wade Hands:** *Did Milton Friedman's Methodology License the Formalist Revolution?* (No 2003-05);
- Michel Rosier:** *Le questionnement moral et Smith contre Hume* (No 2003-06);
- Michel Rosier:** *De l'erreur de la rectification par Borkiewicz, d'une prétendue erreur de Marx* (No 2003-07);
- Philippe Nemo:** *La Forme de l'Occident* (No 2003-08);
- Robert Nadeau:** *Hayek's and Myrdal's Stance on Economic Planning* (No. 2003-09);
- Guillaume Rochefort-Maranda:** *Logique inductive et probabilités – une analyse de la controverse Popper-Carnap* (No. 2003-10);
- Guillaume Rochefort-Maranda:** *Probabilité et support inductif. Sur le théorème de Popper-Miller (1983)* (No. 2003-11);
- F.P.O'Gorman:** *Rationality, Conventions and Complexity Theory: Methodological Challenges for Post-Keynesian Economics* (No. 2003-12);
- Frédéric Guillaume Dufour:** *Débats sur la transition du féodalisme au capitalisme en Europe. Examen de contributions néo-wébériennes et néo-marxistes* (No. 2003-13);
- Jean Robillard:** *Théorie du sujet collectif et attribution des propriétés sémantiques individuelles* (No. 2003-14);
- Philippe Mongin:** *L'analytique et le synthétique en économie* (No. 2003-15);
- Philippe Mongin:** *Value Judgments and Value Neutrality in Economics. A Perspective from Today* (No. 2003-16);
- Maurice Lagueux:** *Explanation in Social Sciences. Hempel, Dray, Salmon and van Fraassen Revisited* (2003-17);
- Leary Gagné:** *Les fondements rationnels et émotifs des normes sociales* (2003-18);
- Pierre Milot:** *La transformation des universités dans le contexte d'application de l'économie du savoir* (2003-19);
- Marc Chevrier:** *Les conflits de savoirs en démocratie constitutionnelle – le cas du constructivisme judiciaire canadien* (2003-20).