

Le juge en tant que tiers impartial*

Luc BÉGIN**

INTRODUCTION	69
I. DE LA LÉGITIMATION DU DROIT À LA LÉGITIMITÉ DU CONTRÔLE CONSTITUTIONNEL	71
II. LE TIERS IMPARTIAL	80
CONCLUSION	86

* Ce texte s'inscrit dans le cadre d'un projet de recherche sur *La fonction étatique des juges de la Cour suprême du Canada*, soutenu financièrement par le Conseil de recherche en Sciences humaines du Canada.

** Faculté de philosophie, Université Laval, Québec.

Penser *philosophiquement* la question de la légitimité du contrôle de constitutionnalité en matière de droits et libertés¹ peut se faire essentiellement au départ de deux perspectives qui, sans pour autant être opposées l'une à l'autre, valent néanmoins d'être thématisées séparément. Une première perspective est celle de la *philosophie politique*. Elle vient assez spontanément à l'esprit dès lors qu'il est question de la légitimité d'une forme ou l'autre de répartition des pouvoirs au sein d'un ordre étatique. Au regard de la philosophie politique, l'extension actuelle du pouvoir des juges est à réfléchir dans les catégories de la théorie classique de la séparation des pouvoirs. Avec, toutefois, cette importante nuance : dans notre Modernité démocratique, les droits fondamentaux en sont venus à jouer un rôle de premier plan. Ce rôle se constate tant dans la façon dont se pensent maintenant les régimes démocratiques qu'au niveau de l'organisation effective des rapports que les citoyens entretiennent entre eux et, encore davantage, avec les institutions politiques. Si bien que se rencontre maintenant dans nos démocraties constitutionnelles une tension entre l'idée classique de *démocratie* — associée à la souveraineté populaire et aux vœux de la majorité — et l'idée de *droits fondamentaux*, protecteurs — entre autres — des minorités et des singularités idéologiques. On ne s'étonnera donc pas que le questionnement de philosophie politique portant sur le contrôle de constitutionnalité en matière de droits et libertés se développe à la hauteur d'une théorie de la démocratie, l'enjeu fondamental étant celui de reconnaître ou non la nécessité d'une redéfinition de l'équilibre des pouvoirs qui prendrait acte de la primauté des droits fondamentaux.

Ce type de questionnement, aussi décisif puisse-t-il être quant au problème de légitimité qui nous occupe, n'est pourtant pas le seul à la disposition du philosophe afin de penser l'actuel pouvoir des juges. Il est en effet une autre perspective qui relève plus spécifiquement de la *philosophie du droit*. Cette perspective est celle d'une réflexion portant sur l'activité de la décision judiciaire. Et l'on trouve, au coeur de cette réflexion, une interrogation quant à la rationalité de cette activité décisionnelle. Certes, il ne s'agit pas de prétendre — même à titre d'hypothèse — que l'activité décisionnelle des juges pourrait

1. Mon intervention se limite au contrôle de constitutionnalité lorsqu'il se rapporte aux questions de droits et libertés.

n'obéir à aucune forme de rationalité; qu'elle pourrait, autrement dit, être pur *décisionnisme*, n'exprimant donc que les volontés non contraintes des magistrats. Il n'en demeure pas moins que le caractère foncièrement *indéterminé* des droits et libertés fondamentaux oblige à interroger la mesure dans laquelle l'interprétation par les juges se déploie — ou *peut* se déployer — dans un cadre suffisamment balisé par des règles et critères aptes à en minimiser les apports proprement *subjectifs*.

Cette interrogation interne à l'activité juridictionnelle s'avère d'une grande importance au regard de la question de la légitimité du contrôle de constitutionnalité en matière de droits et libertés. C'est qu'on ne saurait se limiter au seul point de vue politique d'une théorie de la démocratie pour soutenir qu'est légitime un tel contrôle de constitutionnalité². La démonstration du bien-fondé d'une *forme* d'organisation institutionnelle n'implique pas que les *pratiques* propres à cette institution soient en mesure de solliciter une même appréciation. Plus précisément, l'élaboration d'une théorie de la démocratie faisant la part belle au contrôle de constitutionnalité ne garantit en rien que le dit contrôle pourra s'exercer dans des conditions que l'on pourrait par ailleurs, pour de bonnes raisons, juger *nécessaires* à sa légitimité. La réciproque est tout aussi vraie. L'assurance d'un exercice adéquat de la fonction de juger ne *suffit* pas pour asseoir la légitimité du contrôle de constitutionnalité. Encore faut-il que ce dernier puisse s'inscrire dans une théorie plus générale de la démocratie.

Pour ces raisons, il m'apparaît essentiel d'aborder la question de la légitimité du contrôle de constitutionnalité au départ des deux perspectives que je viens de schématiser brièvement. Car si, comme je l'ai déjà dit, l'une et l'autre de ces perspectives valent d'être thématiques séparément, elles n'en entretiennent pas moins d'étroites relations. Cela est particulièrement manifeste quand — comme je le propose ici — la légitimité du contrôle de constitutionnalité est abordée sous l'angle du problème de l'*impartialité* des juges. Dans ce qui suit je soutiendrai d'abord qu'un arbitrage impartial s'avère une exigence de l'idée démocratique elle-même et que dans la mesure où le pouvoir judiciaire parvient à assurer cette impartialité, le contrôle qu'il exerce peut être considéré légitime. Pour cela je m'attarderai — dans une perspective de philosophie politique — au sens de l'idée moderne de démocratie. Je montrerai brièvement qu'en inscrivant le droit et sa légitimation dans un horizon de moralité, les droits fondamentaux ont fait en sorte d'instaurer au sein même de l'idée démocratique une exigence de résolution éthique des conflits animant la sphère publique. Et c'est sur fond d'une telle exigence que l'impartialité s'avère à son tour une nécessité. À ce

2. On pourrait toutefois se contenter de ce point de vue si l'on affirme que le contrôle de constitutionnalité *n'est pas* légitime.

point, l'idée de tiers impartial reste toutefois à thématiser de façon plus précise. Surtout faut-il voir ce qu'elle implique pour les pratiques décisionnelles des juges. C'est là un enjeu important des débats actuels en philosophie du droit. Dans la seconde partie de ma présentation, je verrai à distinguer l'impartialité de la neutralité et j'exposerai certaines des implications d'une théorie du tiers impartial pour les tâches du juge soucieux d'exercer un contrôle de constitutionnalité en toute légitimité.

I. DE LA LÉGITIMATION DU DROIT À LA LÉGITIMITÉ DU CONTRÔLE CONSTITUTIONNEL

La figure du juge inspire les réactions les plus diverses. D'un côté, certains voient le juge exerçant un contrôle de constitutionnalité comme étant détenteur d'un pouvoir excessif, pouvant même s'avérer nuisible à l'idéal démocratique de nos sociétés modernes. C'est à cette enseigne que logent ceux et celles qui, occasionnellement, brandissent le spectre d'un *gouvernement des juges*, faisant par là référence à la nature prétendument politique et anti-démocratique du contrôle de constitutionnalité. D'un autre côté, il ne manque pas non plus de défenseurs acharnés du contrôle de constitutionnalité, le droit et ses acteurs apparaissant en effet, aux yeux de plusieurs, comme le seul mode de régulation de nos sociétés qui soit légitime et valable. Il en va ici comme en bien d'autres matières : c'est entre les excès qu'il convient de chercher l'appréciation la plus juste. Aussi la mise en garde suivante d'Antoine Garapon, dans sa préface d'un ouvrage récent sur *La puissance de juger* vaut-elle d'être rappelée :

*Ne succombons [...] pas à la tentation de concevoir les relations entre justice et pouvoir politique comme l'affrontement entre des politiques vénaux et corrompus et un aéropage de sages, de savants et de justes; pas plus que comme le conflit entre une classe politique seule détentrice de la légitimité démocratique et des juges irresponsables — à tous les sens du terme.*³

Chacune de ces lectures rate, en effet, tantôt le sens moderne de l'idée de démocratie et des rapports entre les pouvoirs législatif et judiciaire, tantôt ce qui se joue véritablement dans l'activité de juger. Le plus souvent, l'un et l'autre de ces points sont insuffisamment compris. Je m'attarderai pour l'instant à la première de ces mécompréhensions et reviendrai sur la seconde dans la deuxième partie de ma présentation.

3. A. Garapon, «Préface», dans C. Guarnieri et P. Pederzoli, *La puissance de juger*, Paris, Éditions Michalon, 1996 à la p.11.

Parler du sens moderne de l'idée de démocratie implique de faire référence, ne serait-ce que brièvement, aux théories fondatrices de cette idée dans la Modernité ainsi qu'à son principe premier : la souveraineté populaire. Avec la philosophie moderne, nous assistons à ce que Philippe Raynaud a fort justement appelé une *sacralisation de la loi*, thème essentiel de l'idée Moderne de démocratie. Se met en effet en place l'idée selon laquelle le règne de la loi, loin d'asservir les hommes, les libère. Tout d'abord, le règne de la loi assure la sécurité. Thomas Hobbes, loin d'être lui-même un démocrate, pose les premiers jalons de cette thèse en avançant que le pacte social apparaît comme une réponse rationnelle à la situation de «guerre de tous contre tous» qui menace dans l'état de nature. En créant le corps politique, les hommes se libèrent de la violence de l'état de nature : l'institution du souverain — le grand *Leviathan* — a donc une fonction prioritairement pacificatrice. Mais pour que cette fonction soit effective, il importe selon Hobbes que le souverain, posé en tant que *tiers extérieur* aux parties et appelé à régler les litiges, puisse voir ses décisions s'imposer sans contestation. Sa puissance se doit donc d'être absolue, aucun empiètement sur ses pouvoirs n'est admissible. On voit ici, déjà, que l'autorité du juge ne peut qu'être assujettie à celle du législateur⁴.

En plus de libérer de la violence de l'état de nature, le règne de la loi libère de l'arbitraire. La loi est en effet une règle générale s'appliquant à tous. C'est un élément central de la loi que d'assurer la sécurité en cet autre sens : les citoyens peuvent, en effet, prévoir les conséquences de leurs gestes, savoir que certaines actions entraîneront des sanctions. Cette sécurité juridique participe ainsi à la pacification : chacun sachant ce qu'il lui est permis de faire et ce qui lui est défendu, on peut présumer que cette connaissance sera en mesure de détourner du crime certains citoyens. Cependant, encore ici, le pouvoir des juges s'en trouve affecté. L'interprétation des lois et le recours à d'autres sources du droit — telle la jurisprudence — risquent en effet d'ouvrir la voie à l'arbitraire et de rendre difficile — voire même impossible, en certaines occasions — la prévision des conséquences des actes. Il importe d'éviter que l'opinion du juge, même si elle est marquée au sceau de la meilleure volonté qui soit, n'interfère avec la loi libératrice exprimée par la seule volonté qui compte vraiment, c'est-à-dire celle du législateur.

4. «Le législateur, dans toutes les Républiques, est le souverain, et lui seul, qu'il s'agisse d'un individu, comme dans une monarchie, ou d'une assemblée, comme dans une démocratie ou une aristocratie. Le législateur est en effet celui qui fait la loi; or la République seule prescrit et ordonne l'observation de ces règles que nous appelons loi : la République est donc le législateur. Mais ce n'est que par son représentant, c'est-à-dire par le souverain, que la République est une personne et a la capacité de faire quoi que ce soit : le souverain est donc le seul législateur. Pour la même raison, nul ne peut abroger une loi faite, si ce n'est le souverain : en effet, une loi n'est abrogée que par une deuxième loi qui interdit de mettre la première à exécution.» T. Hobbes, *Leviathan*, Paris, Éditions Sirey, 1971 à la p. 283.

Le règne de la loi libère également en un dernier sens : il libère du despotisme et instaure la souveraineté populaire au fondement de l'ordre politique. C'est particulièrement avec Rousseau, que cette liberté politique⁵, centrale à l'idée de démocratie, viendra façonner de manière fondamentale la compréhension moderne du lien social. Alors que la préoccupation de Hobbes pour la sécurité des individus a pour conséquence une sujétion radicale au souverain, Rousseau refuse de considérer que l'homme doive aliéner sa liberté afin de garantir sa sécurité. Ce dernier ne peut ni se faire l'esclave d'un autre homme, ni s'en remettre à un pouvoir absolu qui serait dans les mains d'autrui. Le pacte social trouve plutôt son fondement dans la possibilité qu'il offre à l'homme de devenir véritablement maître de soi en opérant une conversion de sa liberté *naturelle* en une liberté *civile et morale* (politique). Ainsi importe-t-il de trouver une forme d'association «par laquelle chacun, s'unissant à tous, n'obéisse pourtant qu'à lui-même, et reste aussi libre qu'auparavant»⁶. Ce n'est possible pour Rousseau qu'en faisant en sorte que le citoyen soit le souverain. Cela implique à son tour que le pacte social contienne la clause suivante : «l'aliénation totale de chaque associé avec tous ses droits à toute la communauté»⁷. Par le pacte social, chacun se donne à tous et personne n'a de bénéfice supérieur aux autres : cette égalité de tous est la condition de la liberté pour tous. L'aliénation étant faite au profit de la communauté, c'est la communauté elle-même qui est dès lors constituée comme souverain. Plus exactement, chaque individu contractant devient à la fois membre du souverain et sujet du souverain. Il participe ainsi, en tant que citoyen, à la *Volonté générale* à laquelle il doit obéir en tant qu'homme. Or puisque, comme l'affirme Rousseau, «l'obéissance à la loi qu'on s'est prescrite est liberté»⁸, l'obligation d'obéir doit être comprise comme une condition de la liberté. Ainsi, le règne de la loi apparaît comme étant le règne de la liberté et l'autorité législative acquiert sa légitimité par le fait qu'elle est l'expression de la souveraineté populaire.

Nous avons là l'expression républicaine classique de l'idée de démocratie. Prenant appui dans la souveraineté populaire, l'autorité législative édicte le droit qui trouve sa légitimation dans cette volonté exprimée par le souverain. Ce n'est, en effet, qu'en tant que la norme juridique émane de la volonté du souverain qu'elle peut être considérée légitime, quel que soit, par ailleurs, le *contenu* qu'exprime la norme. Seule importe, en bout de ligne, la

5. La liberté politique — prenant sens par le lien social — se pense par opposition à la liberté naturelle qui est celle vécue par les hommes dans l'état de nature.

6. J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, Paris, Union générale d'éditions, 1973, Livre I, chapitre 6 à la p. 72.

7. *Ibid.* Livre I, chapitre 6 à la p. 73.

8. *Ibid.* Livre I, chapitre 8 à la p. 78.

source de laquelle émane le droit. La légitimité de la norme juridique dérive de la légitimité de l'organe l'ayant édictée. L'on voit donc, du même coup, comment a pu être lié à cet idéal démocratique le positivisme juridique, cette théorie du droit qui a marqué profondément notre culture juridique. C. Perelman a particulièrement bien mis en évidence ce lien dans le long passage qui suit :

Dans une vision théocratique de la société, quand le commandement est censé émaner d'une source parfaite, la norme qu'il pose ne peut être contestée. Si le commandement émane de la volonté générale, constituée grâce à un contrat social, la norme qu'il établit est considérée comme obligatoire en vertu du principe pacta sunt servanda : la volonté nettement exprimée du souverain fournira à ces normes un fondement indiscutable. L'on voit comment, en transférant à la volonté générale les fonctions remplies antérieurement par la volonté divine [...], le positivisme juridique en est arrivé à fonder toute règle juridique positive sur le pouvoir législatif de l'État, et sur la sanction, qui garantit l'obéissance à la loi. Refusant tout autre fondement au droit, le positivisme juridique a nié l'existence d'un droit qui ne fut l'expression de la volonté du souverain.⁹

Que les pouvoirs du législateur ne puissent être l'objet de censures par le pouvoir judiciaire s'avérera donc pour plusieurs comme une condition garantissant le caractère démocratique de notre droit. La compréhension positiviste du fondement du droit viendra ainsi conforter la lecture républicaine qui, empruntant notamment à Montesquieu et au publiciste italien Beccaria, soutiendra que la loi souveraine ne peut avoir que des serviteurs muets. Dans une démocratie ainsi comprise, la figure du juge se doit d'être aussi effacée que possible. Le juge devrait, au mieux, y être un automate; au pire, une courroie de transmission appliquant aux cas concrets les règles voulues et édictées par le législateur. Et si, comme c'est le cas du positivisme juridique depuis Kelsen et Hart, on reconnaît la «texture ouverte» du droit (son caractère relativement indéterminé et sujet à interprétation) et que l'on voit conséquemment le juge comme étant appelé à exercer une certaine discrétion dans l'application des normes, on s'empressera de rappeler que les formulations vagues dans le domaine de la justice constitutionnelle «peuvent jouer un rôle extrêmement dangereux»¹⁰. C'est ce que, souligne Kelsen, «la puissance du tribunal serait alors

9. C. Perelman, *Éthique et droit*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1990 à la p. 471.

10. H. Kelsen, «La garantie juridictionnelle de la constitutionnalité», (1928) *Revue du droit public et de la science politique* aux pp. 197-257.

telle qu'elle devrait être considérée comme simplement insupportable»¹¹. Il faudrait donc éviter de semblables déplacements du pouvoir¹²

À s'en tenir à cette lecture de l'idée de démocratie, l'on devrait reconnaître que la classe politique est seule détentrice de la légitimité démocratique et qu'elle seule, dès lors, exerce le pouvoir souverain d'infléchir le droit. Cette lecture tend toutefois à minimiser l'apport des droits fondamentaux, pourtant essentiel à une juste représentation de l'idée de démocratie. J'indique immédiatement, pour éviter une possible méprise, que je ne souscris pas à la thèse selon laquelle l'émergence du contrôle de constitutionnalité représenterait en quelque sorte la victoire d'une conception *libérale* de la démocratie — conception accordant la priorité aux droits et libertés — sur une conception républicaine — mettant plutôt de l'avant la souveraineté populaire¹³.

L'analyse que propose J. Habermas du rapport entre droits fondamentaux et souveraineté populaire me paraît davantage convaincante. Selon ce dernier, il n'y aurait entre eux ni contradiction, ni opposition insurmontable. Pour le dire rapidement, l'autonomie publique des citoyens — par laquelle ces derniers s'affirment en tant que colégislateurs — ne pourrait se réaliser que par le médium du droit et qu'en tant que les citoyens sont des *sujets de droit*. Or qui dit «sujets de droit» dit également «titulaires de droits subjectifs» qui, le cas échéant, feront valoir leurs droits. Ainsi, comme le précise Habermas :

11. *Ibid.*

12. Tenant à séparer la science du droit de la politique, Kelsen a préféré faire reposer sa critique des pouvoirs du juge sur la nécessité qu'il y aurait pour les régimes démocratiques de garantir la régularité des règles juridiques, c'est-à-dire la reproduction la plus fidèle possible au niveau inférieur du droit énoncé au niveau supérieur. C'est donc à l'impératif de sécurité juridique que renvoie Kelsen. Mais, encore là, si cette sécurité juridique importe tant en démocratie, c'est en partie parce qu'elle assure que la loi à laquelle nous devons obéir est bien celle qui, passant par la médiation de la volonté du législateur, exprime notre volonté générale. Malgré les nuances apportées par Kelsen on voit ressurgir, comme condition garantissant le caractère démocratique de notre droit, la nécessité de soustraire les pouvoirs du législateur à la censure — discrétionnaire — des juges.

13. On peut reconstruire une autre histoire de l'idée moderne de démocratie prenant cette fois-ci son ancrage dans les thèses de John Locke. Cette lecture libérale souffre également de difficultés tenant pour l'essentiel à une vision peu élaborée du lien social. Cette vision se calque pour une grande part sur une compréhension trop étroitement économiste des rapports sociaux.

[s]ans l'autonomie privée des sujets de droit, il n'y a pas de droit. En l'absence de droits fondamentaux garantissant l'autonomie privée des citoyens, il n'y aurait, par conséquent, pas non plus de médium permettant l'institutionnalisation juridique des conditions grâce auxquelles les sujets, dans leur rôle de citoyens, peuvent faire usage de leur autonomie publique. C'est ainsi que l'autonomie privée et l'autonomie publique se présupposent réciproquement, sans que les droits de l'homme ou la souveraineté populaire puissent prétendre à la primauté.¹⁴

Pour le dire autrement, on ne peut s'en tenir au principe de souveraineté populaire afin de légitimer le droit. La transmission à l'autorité législative du pouvoir légitime de création des lois nécessite comme contre-partie que soient garanties au sujet de droit des conditions lui permettant d'assurer et d'assumer son statut de citoyen. Ce n'est qu'en tant qu'il bénéficie d'une autonomie privée suffisante que le citoyen pourra prétendre, comme sujet suffisamment *indépendant*, faire partie d'une association volontaire de sujets de droit capables de faire un usage approprié de leur autonomie publique. Dans ces conditions esquissées ici à grands traits, on ne peut penser adéquatement la démocratie et la légitimation du droit si l'on fait abstraction du rôle qu'y tiennent les droits fondamentaux.

Il en ressort que la manière positiviste de valider le droit par la seule *volonté* de l'autorité législative prétendument souveraine est déficiente. Un *état de fait* ne suffit pas à légitimer le droit, quand bien même l'autorité législative bénéficierait d'un appui clairement exprimé d'une forte majorité de citoyens. À ce fait doivent s'ajouter des garanties que sera équitablement protégée l'autonomie tant privée que publique des citoyens. Autrement dit, ce n'est que par le respect de telles conditions normatives renvoyant aux *libertés* des sujets de droit *égaux* que le droit peut prétendre à sa légitimité. Sans la présence de ces garanties, c'est la valeur même de l'exercice de la souveraineté populaire qui se voit remise en cause. Ainsi, loin de n'être que le fait d'une association de volontés, la démocratie me paraît reposer avant tout sur le respect de normes ou de principes qui, exprimant ces idées d'équité, de liberté et d'égalité, octroient à ce fait associatif ses qualités propres.

Il n'est pas exagéré, en ce sens, d'affirmer que le droit et sa légitimation s'inscrivent dans un horizon de moralité. Non pas qu'une morale substantive animerait le droit avec son cortège d'énoncés de valeurs et de règles comportementales bien précises. La moralité dont il est question est bien plutôt

14. J. Habermas, *L'intégration républicaine*, Paris, Fayard, 1998 à la p. 283.

de l'ordre de principes abstraits, formels, qui dessinent le cadre des possibilités ouvertes aux citoyens afin qu'ils puissent s'exprimer en tant que sujets autonomes. Les droits fondamentaux, par lesquels prennent forme ces principes abstraits d'équité, de liberté et d'égalité, participent à cet égard à une *moralisation du droit*. Une conséquence majeure découle de cette façon d'envisager la légitimation du droit : la résolution des conflits animant la sphère publique et, de façon plus générale, les régulations opérées par les institutions compétentes doivent être conditionnées par le respect de cette moralité abstraite. Cela implique une subordination de la part du pouvoir médiateur désigné — qu'il s'agisse du législateur ou des juges — à ce que l'on pourrait qualifier de *résolution principielle* des conflits, c'est-à-dire une résolution rationnelle et éthique, par opposition à une résolution sur la seule base de la volonté politique.

Ceci va nettement à l'encontre du présupposé assez largement admis par la classe politique et une couche importante de la population voulant que les décisions rendues par les autorités compétentes dans les matières importantes pour la collectivité soient celles qu'une majorité de citoyens préfèrent ou préféreraient s'ils étaient bien informés. Comme l'a bien soulevé le philosophe du droit R. Dworkin,

*nous devons [...] nous demander quelle valeur sert cette conception statistique de la démocratie, interprétée dans le sens d'une exigence de calcul majoritaire. Pourquoi désirerions-nous une forme de gouvernement dans lequel les décisions collectives sont toutes celles, et seulement celles, qui sont soutenues par la plupart des gens?*¹⁵

Il s'empresse, avec raison, de rejeter la réponse voulant que «plus que tout autre, la majorité serait le sous-groupe le plus susceptible d'avoir raison concernant la décision politique que devrait prendre le groupe»¹⁶. En effet, poursuit-il, «nous n'avons pas de raison générale de penser que la majorité soit plus apte que tout autre groupe à avoir raison sur des questions non relatives aux préférences, telles que les droits des minorités»¹⁷. Car à moins précisément de ramener tout le droit à des questions de préférence, faisant alors de celui-ci un instrument totalement soumis au jeu des rapports de force, on voit mal au nom de quoi la voix de la majorité devrait être déterminante.

15. R. Dworkin, «Deux conceptions de la démocratie», dans J. Lenoble et N. Dewandre, dir., *L'Europe au soir du siècle. Identité et démocratie*, Paris, Éditions Esprit, Seuil, 1992 à la p. 120.

16. *Ibid.*

17. *Ibid.*

Dès l'instant où l'on resitue la question du sens de la démocratie dans une perspective normative comme celle que j'ai esquissée à grands traits, il devient intenable de laisser les majorités, sans autre restriction, être à la fois juge et partie dans les causes les impliquant. Cela vaut pour les majorités mais également pour tout autre groupe ou instance pouvant revendiquer un pouvoir décisionnel. Parler de décisions sur base de principes, c'est parler d'emblée d'une *médiation* intervenant entre une volonté et sa mise en oeuvre. Or cela mène à poser la question de l'identification du pouvoir apte à personnaliser cette médiation, tout comme celle des conditions devant être respectées par ce pouvoir dans l'exercice de son activité décisionnelle.

Pour ce qui est de l'identification du tiers-médiateur, je soulignerai d'abord qu'il apparaît peu probable que le pouvoir législatif puisse, en toute rigueur, être considéré apte à remplir cette tâche. Il est en effet permis de douter de la capacité et de l'intérêt du législateur à subordonner volontairement et de manière systématique son activité décisionnelle à des exigences normatives du type de celles soulevées ici. Il n'est qu'à penser à la «sensibilité» des élus aux multiples pressions exercées sur eux par les divers groupes d'intérêt pour alimenter ce doute. D'ailleurs, s'il est vrai que le pouvoir législatif opère, à sa façon, une forme de médiation entre les intérêts se faisant concurrence dans la société, on ne doit pas perdre de vue que ce type de médiation n'est pas désintéressé. Il est tout à fait normal — et souhaitable — qu'il en soit ainsi. On attend en effet de nos représentants qu'ils mettent de l'avant un programme politique, ce qui implique que leurs faits et gestes soient guidés par des objectifs à réaliser. Un agenda politique n'a rien d'une médiation sans parti-pris.

Désintéret et absence de parti-pris comptent pourtant au nombre des conditions nécessaires à une médiation qui soit conforme au sens octroyé ici à la démocratie. Certes, on pourrait envisager à la suite de Habermas la création d'une procédure autoréférentielle de contrôle des normes qui relèverait de la compétence du parlement¹⁸. Mais, encore une fois, il est permis de douter sérieusement de la volonté du législateur à se soumettre de bonne foi à un tel exercice. Je le répète, il n'est pas dans ses attributions d'être désintéressé et sans parti-pris. Il ne lui appartient pas, autrement dit, d'être *impartial*. L'on voit bien, pourtant, qu'une démocratie reposant sur le respect de normes et de principes requiert un tiers-médiateur qui soit impartial. *Le seul parti-pris de ce tiers devrait être le maintien et la protection des conditions garantissant l'autonomie tant privée que publique des citoyens.*

18. J. Habermas, *Droit et démocratie*, nrf essais, Paris, Gallimard, 1997 à la p. 264.

Pour une telle tâche, le pouvoir judiciaire paraît, à première vue, tout désigné. Il est en effet dans les attributions premières de ce pouvoir d'être impartial :

*Le juge juste n'est pas le juge objectif, qui se conforme à une réalité extérieurement donnée. [...] C'est plutôt le juge impartial, qui ne doit avoir partie liée avec aucun des adversaires qui se présentent devant lui, mais doit appliquer soit des règles juridiques obligatoires pour tous dans le cadre de sa juridiction, soit s'il est arbitre, des règles et des coutumes sur lesquelles s'accordent ceux qui lui présentent leur litige.*¹⁹

Faut-il alors en venir à poser la figure du juge constitutionnel comme l'incontournable médiation de l'idée moderne de démocratie? Pour ma part, je préfère être un peu plus réservé. J'incline à partager la position de Dworkin lorsqu'il écrit : «*Democracy does not insist on judges having the last word, but it does not insist that they must not have it.*»²⁰ Ce qui me paraît être une nécessité pour nos régimes démocratiques, c'est qu'un arbitrage impartial ait lieu. Si un contrôle de constitutionnalité exercé par des juges parvient à assurer cette impartialité, cela participe certainement à légitimer un tel contrôle. Du moment, en effet, que l'impartialité s'avère une exigence de l'idée démocratique elle-même et que cette impartialité peut être garantie par des juges, le contrôle de constitutionnalité échappe aux critiques de déficit démocratique lui étant habituellement adressées. Mais cette considération normative, aussi importante puisse-t-elle être, ne suffit pas à rendre *nécessaire* cet accroissement du pouvoir judiciaire. J'insiste : qu'il y ait arbitrage impartial me paraît être une nécessité, mais aucune modalité de réalisation d'un tel arbitrage ne peut être considérée incontournable.

Nos derniers développements reposent sur l'hypothèse selon laquelle les juges sont en mesure d'assurer cet arbitrage impartial. Or, peuvent-ils rencontrer l'exigence d'impartialité dans leurs activités décisionnelles? Pour une bonne part, les réponses dépendront de la façon dont on précisera les contours de cette notion d'impartialité. En quittant le point de vue de la philosophie politique au profit d'une réflexion de philosophie du droit portant sur l'activité de la décision judiciaire, nous verrons maintenant à thématiser de façon plus précise l'idée de tiers impartial.

19. C. Perelman, *supra* note 9 à la p. 417.

20. R. Dworkin, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1996 à la p. 7.

II. LE TIERS IMPARTIAL

Tout d'abord, et il n'est pas inutile d'insister, l'impartialité n'est pas la neutralité. On ne gagne rien à confondre l'une et l'autre. Attendre des juges qu'ils soient neutres lors d'un contrôle judiciaire en matière de droits et libertés est aussi peu sensé que d'attendre d'un politicien au pouvoir qu'il demande à ses adversaires de gouverner à sa place : c'est une simple question d'assumer sa fonction. Le juge «juge», c'est sa fonction. Or juger c'est faire un choix. Et parler de choix, c'est déjà admettre qu'il y a appréciation et évaluation de la part de l'agent appelé à juger. Cela ne peut se faire, dès lors, sans qu'interviennent d'une façon ou d'une autre les préférences de cet agent. Pour le dire autrement, tout jugement implique inévitablement un moment de discrétion individuelle. Si tel n'est pas le cas, nous sommes plutôt en présence d'une application mécanique.

C'est pourquoi il me paraît y avoir quelque chose de profondément problématique dans la formulation de certaines critiques adressées au contrôle de constitutionnalité. Je pense par exemple à Michael Mandel lorsqu'il affirme que toute prétention au statut démocratique du contrôle judiciaire «dépend de la précision des lois, et [que] toute discrétion individuelle doit être exclue de leur application. Sinon les lois que fait respecter le pouvoir judiciaire ne sont plus *nos* lois mais *ses* lois.»²¹ Ou bien Mandel ne comprend pas le sens du mot «juger», ou bien, ce qui est probablement davantage le cas, il feint d'ouvrir la porte à une éventuelle légitimation du contrôle judiciaire pour s'empresser aussitôt de la refermer, tellement est irréaliste la condition qu'il impose à un tel contrôle.

Il est à noter toutefois que bien souvent les juges ouvrent eux-mêmes la porte à une telle incompréhension de ce qu'implique leur fonction lorsqu'ils nient l'intervention d'un élément personnel et subjectif dans l'interprétation. Cette occultation de la part de l'interprète à sa décision laisse entendre que serait possible une activité décisionnelle neutre. Cela se produit notamment lorsque des juges — afin d'asseoir la légitimité de leurs interventions — soutiennent que leurs décisions ne sont pas *politiques*, ou encore, qu'elles ne relèvent d'aucun motif politique. Selon ces juges, ils ne feraient que *dire* le droit. Je ne nie pas qu'il y ait de leur part un effort sincère de dire le droit. Mais le droit — *a fortiori* le droit des chartes — ne se laisse pas dire sans qu'interviennent dans l'activité décisionnelle des motivations d'ordre politique ou, pour le dire autrement, des convictions de morale politique.

21. M. Mandel, *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada*, Montréal, Boréal, 1999 aux pp. 72-73.

Il en va de la nature même des droits et libertés d'impliquer une impossible neutralité de la part de ceux et celles appelés à juger. En effet, le formalisme juridique, derrière lequel il pourrait être tentant de se retrancher afin de nier ces apports subjectifs, trouve ses limites objectives dans le caractère indéterminé des droits et libertés. Ces derniers expriment des *concepts* et non pas des *conceptions* de ce que signifient, par exemple, la liberté de conscience et la liberté d'expression²². Les droits et libertés constitutionnalisés sont ainsi des clauses abstraites qu'il est nécessaire d'exprimer dans les termes d'une conception particulière à chaque fois qu'elles ont à être actualisées. Or, élaborer une conception particulière — même incomplète — ne peut se faire sans un apport subjectif de l'interprète. On ne trouvera pas dans les chartes ni même dans la jurisprudence une conception de la liberté d'expression qui soit opérationnelle et applicable de manière mécanique à toutes les situations pouvant être rencontrées. C'est que non seulement ces concepts sont-ils indéterminés, mais comme le remarque P. Coppens, ils sont

*fondamentalement dynamiques, rebelles à toute définition substantielle ou matérielle. Ils n'agissent toujours que comme points d'une comparaison possible dans une question litigieuse spécifique. Ils ont, en bref, un statut semblable à toutes les notions de grandeur qui ne trouvent leur sens que dans un rapport à autrui ou à autre chose.*²³

Pour la détermination de ce sens, le juge dispose d'un espace de délibération dans lequel il opère les reconfigurations de ces concepts. C'est dans cet espace qu'il fait usage de son jugement pratique. C'est dire qu'il n'y a pas possibilité pour le juge d'être moralement désengagé lorsqu'il rend justice. Il ne peut se situer hors de la mêlée des convictions de morale politique qui seules permettent d'articuler une conception opérationnelle d'un droit. Soutenir le contraire n'est rien de plus qu'une prétention purement théorique sans contrepartie équivalente dans l'ordre pratique. Pour reprendre une expression utilisée par Dworkin, il faut bien reconnaître que le juge s'adonne à une *lecture morale* des droits et, de façon plus générale, de la Constitution²⁴.

Dire cela ne revient pas à affirmer que le juge pourrait en toute légitimité se faire le «chevalier» de la moralité publique. La reconnaissance d'une impossible neutralité n'équivaut pas à avaliser une quelconque fonction de

22. Sur la distinction entre «concept» et «conception», voir : R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, coll. Léviathan, Paris, PUF, 1995 aux pp. 219-222 et R. Dworkin, *L'empire du droit*, coll. Recherches politiques, Paris, PUF, 1994 aux pp. 78-79.

23. P. Coppens, *Normes et fonction de juger*, Bruxelles, Bruylant/LGDJ, 1998 à la p. 237.

24. R. Dworkin, *supra* note 20.

moralisation de la société. Il est vrai qu'il est parfois attendu du juge qu'il se fasse le porte-parole de la moralité bien comprise. C'est, en tout cas, la position implicite de ceux et celles qui n'évaluent le travail des tribunaux qu'au regard du contenu normatif de leurs arrêts. Par exemple les éditorialistes, mais aussi les associations diverses et autres groupes de pression qui ne s'arrêteront bien souvent qu'aux qualités morales des décisions rendues : entraînent-elles des conséquences condamnables? introduisent-elles davantage de justice sociale? etc. Je ne dis pas que de telles questions seraient inappropriées. Mais il faut se garder de n'évaluer le travail des tribunaux qu'à cette lumière. Cela équivaldrait à percevoir le juge comme ayant la possibilité et même l'obligation, au nom de la moralité, de redresser les torts commis par le législateur peu éclairé ou encore d'en appuyer les initiatives quand ses actions sont moralement éclairées. Autrement dit, ce serait attendre du juge qu'il se fasse législateur quand les enjeux éthiques le commandent.

Cette attitude a d'ailleurs le curieux effet d'alimenter le scepticisme à l'égard des tribunaux. Car si le juge bénéficiait d'une aussi totale liberté interprétative, on voit mal comment pourrait être contré l'argument sceptique selon lequel ce ne serait que le rapport de force entre les options idéologiques s'affrontant au tribunal qui déterminerait de fait la «bonne» décision à rendre dans le contentieux à résoudre. Or tant une perspective de moralisation de la société que le scepticisme prêtent au juge une trop grande marge d'appréciation personnelle. Peut-être est-il vrai que la réalité juridique leur donne parfois raison, mais ce devrait n'être que l'exception. Ne pouvoir être neutre ne veut pas dire qu'aucune balise ne viendrait encadrer l'intervention des préférences personnelles du juge. L'exigence d'impartialité signifie notamment — et j'y reviendrai dans quelques instants — l'introduction de telles balises limitant l'apport subjectif de l'interprète. C'est dans l'espace laissé vacant par les figures problématiques du juge neutre (objectif) et, à l'autre bout du spectre, du juge moraliste que se glisse la figure du juge en tant que tiers impartial.

Comme je le mentionnais plus tôt, le seul parti-pris du tiers impartial devrait être le maintien et la protection des conditions garantissant l'autonomie tant privée que publique des citoyens. Et cela suppose, je le rappelle, une subordination de la part du pouvoir médiateur à ce que j'ai qualifié de *résolution principielle* des conflits, c'est-à-dire une résolution faisant valoir des principes *abstrait*s de moralité politique. Aussi générale que puisse être cette position ainsi formulée, elle est déjà lourde d'implications pour les tâches du juge se posant comme tiers impartial. Au moins trois conséquences en découlent.

Tout d'abord, parler d'une résolution principielle des conflits implique, au niveau de la théorie de la démocratie, qu'une médiation ait lieu entre l'expression de la volonté du législateur et sa mise en oeuvre. De la même façon est impliquée une médiation s'exerçant à l'égard des perspectives morales et des intérêts de tous ordres se faisant concurrence dans la sphère publique. Le droit est cette médiation. C'est à lui qu'il revient d'assurer que l'ordre démocratique respecte les conditions de son maintien. Un pouvoir judiciaire impartial sera, en ce sens, un pouvoir judiciaire qui assume pleinement cette responsabilité de tiers-médiateur. Cela signifie qu'il évitera de remettre la résolution du litige entre les mains d'une des parties à ce litige, ce qui reviendrait en fait à rendre cette dernière juge dans sa propre cause. Ce n'est pas en effet le moindre de nos droits que celui de voir les décisions concernant nos droits être prises *juridictionnellement*, ce que ne peut faire une partie au litige qui, pour reprendre la formule de Sheldon Leader, deviendrait alors «défendeur constitutionnel et juge constitutionnel»²⁵.

De façon plus concrète, le juge impartial devra éviter de s'en remettre à l'opinion majoritaire pour trancher les litiges, tout comme il devra éviter de s'effacer devant les priorités affichées par le législateur. À mon avis, la première de ces situations risque peu de se produire. Notre Cour suprême me paraît avoir bien établi ce point dans l'arrêt *Butler* lorsqu'elle affirme qu'il est illégitime d'imposer une certaine norme de moralité publique et sexuelle, seulement parce qu'elle reflète les conventions d'une société donnée. L'effacement devant les priorités du législateur me semble toutefois beaucoup plus sujet à avoir lieu. En effet, la déférence envers le législateur se transforme rapidement en une délégation des responsabilités premières du pouvoir judiciaire en direction d'une partie intéressée au litige. En prime, cela participe à servir les besoins de légitimation qu'éprouve le législateur lorsqu'il s'agit de litiges particulièrement controversés. Je n'affirme pas que ni les options du législateur ni le point de vue de la majorité de la population ne doivent être pris en compte par le tiers impartial. «Prendre en considération» et «s'en remettre à» un point de vue sont deux choses distinctes. Dans le premier cas, on manifeste que les intérêts des parties au litige sont pris au sérieux; dans le second cas, on se déleste de ses responsabilités au nom, la plupart du temps, d'une conception de la démocratie peu compatible avec la pratique du contrôle de constitutionnalité²⁶.

25. S. Leader, «Le droit au respect de la vie privée, la mise en œuvre de la morale et la fonction judiciaire : un débat» (1991) 26 *Revue internationale d'études juridiques* à la p. 11.

26. On trouvera souvent un indice du passage du premier cas au second cas dans le fait d'utiliser l'énoncé du point de vue d'une de ces parties comme une *raison* déterminante dans la justification de la décision retenue.

La seconde conséquence associée à la figure du tiers impartial concerne cette fois les limitations devant être imposées au juge lui-même. Car s'il est manifeste que les parties au litige doivent voir limité leur pouvoir d'intervention dans la résolution de celui-ci, il serait tout aussi problématique que le juge impose ses préférences personnelles. C'est le droit, et non le juge l'interprétant, qui ultimement se pose comme médiation. Aussi le juge doit-il appliquer à son propre jugement une forme de distanciation analogue à celle qu'introduit une résolution principielle à l'endroit des volontés du législateur et des majorités. Il s'agit d'une condition nécessaire afin d'éviter que la résolution des litiges au nom de principes abstraits de morale politique ne se transforme en pur décisionnisme, les volontés du juge venant suppléer à celles des parties au litige. Or, comme il en a amplement été question précédemment, on ne peut raisonnablement attendre que n'interviennent pas les préférences du juge dans son activité décisionnelle. La manière d'assurer la distanciation requise me paraît alors résider dans l'introduction de contraintes faisant en sorte que les préférences du juge n'interviennent qu'à un haut niveau d'abstraction. Il n'est guère possible d'exposer ici ce point de façon détaillée. Quelques observations devraient néanmoins suffire à en faire comprendre le sens et la portée générale²⁷.

Il est normal que le juge ait des opinions personnelles quant à la valeur des pratiques au coeur des litiges qu'il est appelé à trancher. Ainsi, une question comme celle du suicide assisté ne manque pas de solliciter les convictions morales du juge. Ce qu'il faut éviter, toutefois, c'est que l'appréciation morale d'une pratique détermine la décision qui sera rendue²⁸. Plus précisément, il faut voir à faire en sorte que la décision produite *puisse* ne pas être celle à laquelle le juge aurait été conduit s'il n'avait eu à décider que sur la base de son appréciation de la valeur morale de la pratique faisant l'objet du litige. Cela est possible dès lors que le processus décisionnel respecte certaines contraintes. On peut penser, par exemple, à des contraintes telles celles longuement discutées par Dworkin²⁹. Tout d'abord, la contrainte d'*adéquation* avec le droit établi (qui renvoie à la jurisprudence et au respect de l'identité et de l'intégrité du droit); ensuite, la contrainte de *morale politique* (ou contrainte de présentation du droit

27. J'ai traité assez longuement de ces contraintes dans «L'impartialité des juges et la lecture morale des droits», (1997) 38 C. de D. aux pp. 417-436.

28. Une des situations les plus déplorables pouvant se produire serait celle où le juge, prenant connaissance de la cause lui étant présentée, en arrive aussitôt à sa décision et ne cherche plus, par la suite, que des raisons juridiques permettant de justifier cette décision. De telles rationalisations sont tout à fait à l'opposé de ce qu'on est en droit d'attendre du juge impartial.

29. Voir : R. Dworkin, *L'empire du droit*, *supra* note 22, particulièrement le chapitre 7. Pour une critique des insuffisances de ces contraintes afin de garantir l'impartialité, voir S. Leader, «Le juge, la politique et la neutralité. À propos des travaux de Dworkin» (1986) 2 Droit et société aux pp. 23-40.

sous son meilleur jour), qui demande que la décision retenue le soit à la lumière d'une théorie de morale politique articulant la manière dont le juge conçoit *en général* et de façon *consistante* la justice sociale et les droits démocratiques. C'est dire que ces contraintes exigent du juge qu'il élabore une vision d'ensemble du droit et une conception articulée des droits et libertés et des principes abstraits de morale politique qui leur donnent sens. C'est dire aussi qu'il est attendu du juge qu'il soit *cohérent* dans sa façon de référer à ces positions normatives abstraites. On pourra également aller plus loin et envisager comme une nécessité que les juges mettent clairement de l'avant des convictions *institutionnelles*, c'est-à-dire une compréhension la plus étoffée possible du rôle du pouvoir judiciaire dans une démocratie constitutionnelle. Un tel cadre de référence remplirait essentiellement deux fonctions : il préciserait ce que le juge se reconnaît en droit de faire, en toute légitimité, dans ses rapports au législateur et aux groupes de citoyens; il énoncerait également par là des règles dont on serait en droit de s'attendre à ce qu'elles guident son travail interprétatif et décisionnel, quelles que soient les pratiques controversées devant être jugées. Dans tous les cas, ces contraintes auraient comme fonction première de faciliter et de garantir, dans toute la mesure du possible, une médiation au sein même du processus décisionnel du juge.

Une troisième conséquence découle également de cette figure du juge en tant que tiers impartial. Se posant comme médiateur devant garantir une résolution principielle des conflits, il n'appartient pas au juge de faire davantage que ce qu'exige cette tâche de médiation. Plus précisément, il ne lui revient pas de chercher à configurer la société en proposant des mesures politiques concrètes ou des ajustements aux législations qui permettraient de rencontrer les exigences d'une juste compréhension des droits. Ce terrain n'est pas — et n'a pas à être — celui du droit. C'est là une tâche proprement politique. Elle revient de plein droit au législateur qui est d'ailleurs appelé, par ses réactions aux jugements, à s'inscrire dans un dialogue continu avec le pouvoir judiciaire quant au sens à donner à notre vivre-ensemble dans une démocratie constitutionnelle. Pratiquement, de telles intrusions du judiciaire dans l'aménagement de la sphère publique participent fortement à une déresponsabilisation des pouvoirs législatif et exécutif. Ceux-ci se mettent en effet à la remorque de «suggestions», peut-être tout à fait sensées, mais qui devraient être le fait du seul pouvoir véritablement qualifié pour déterminer les modalités concrètes d'une mise en relation équilibrée des exigences normatives relevant des droits et libertés et des contraintes associées à la mise en place et à la réalisation de mesures législatives ou administratives.

CONCLUSION

Ce parcours nous ramène finalement à la question de la séparation des pouvoirs, question centrale dans les théories modernes de la démocratie. Je ne crois pas que le contrôle de constitutionnalité implique un brouillage de l'idée de séparation des pouvoirs. Il y a certes un brouillage entre les tâches d'application — traditionnellement associée au judiciaire — et de justification — traditionnellement associée au législatif. En effet, le pouvoir judiciaire ne se fait plus la courroie de transmission des normes valides posées par le législateur. Par le contrôle de constitutionnalité, le juge disant le droit intervient dans la validation des normes en en affectant le sens. Le juge impartial, tel qu'envisagé ici, ne devient pas pour autant «législateur à la place du législateur». Il n'y a rien dans ce modèle qui puisse justifier les craintes d'un «gouvernement des juges». Je dis bien «dans ce modèle», car encore faut-il que la pratique du contrôle de constitutionnalité en matière de droits et libertés puisse se conformer, dans les faits, aux exigences introduites par l'idée d'impartialité. Mais si tel est le cas, la séparation des pouvoirs demeure alors bien réelle. Elle se voit réaménagée, reconduite sous des modalités différentes qui laissent encore le soin au pouvoir politique de gouverner, de chercher à atteindre la réalisation de certains buts, mais dans un cadre normatif dont les contours demandent toujours à être précisés, redessinés. Comme l'énonce si bien D. Rousseau dans ce long passage :

Le juge est seulement un élément de la chaîne argumentative qui intervient, à un moment donné, pour sanctionner par sa décision le sens d'un énoncé constitutionnel, sans pour autant arrêter par sa sanction cette chaîne; elle continue de vivre, car le sens produit ouvre, dans les assemblées, dans les juridictions, dans la doctrine, dans l'espace public, de nouveaux débats, de nouvelles réflexions qui peuvent produire, quelques temps plus tard, une nouvelle interprétation. D'une certaine manière, le juge constitutionnel n'est que l'institutionnalisation de l'indétermination du droit.³⁰

Et j'ajouterais à cela que cette indétermination du droit n'est elle-même que le reflet de l'indétermination de nos repères sociaux, le miroir de la fluidité de nos cadres normatifs. Ces derniers ne trouvent plus d'assises dans une Nature ordonnée ou une Parole révélée mais ne peuvent pour autant se satisfaire d'un ancrage dans la seule Volonté des législateurs, aussi éclairés et bien intentionnés puissent-ils être. Aussi indéterminé que puisse être le droit, il demeure, lorsque bien compris, le dépositaire de notre idéal, toujours à repenser, du vivre-ensemble.

30. D. Rousseau, «La démocratie continue. Espace public et juge constitutionnel», *Le débat*, septembre-octobre 1997, n° 96 aux pp. 86-87.