

La nouvelle fonction des tribunaux judiciaires dans les systèmes juridiques

Martine VALOIS*

INTRODUCTION	29
I. LES FORMES DU DROIT ET DE LA JUSTICE	29
II. LE DROIT COMME SYSTÈME DE COMMUNICATIONS.....	32
A. L' AUTONOMIE DU DROIT FORMEL	34
B. LES TRIBUNAUX ET L'ÉVOLUTION DU DROIT	36
C. CRISE DU JUGE OU CRISE DES VALEURS	40
III. LA LÉGITIMATION DU RÔLE DES TRIBUNAUX.....	42
CONCLUSION.....	44

* Professeure, Faculté de droit, Université de Montréal, Montréal (Québec).

INTRODUCTION

J'aimerais tout d'abord remercier l'Institut canadien d'administration de la justice de m'avoir donné la possibilité de faire une présentation sur le thème du Congrès annuel de l'Institut : *La justice au-delà des tribunaux : vers une redéfinition des rôles*. Les membres du jury ayant choisi ma proposition voudront bien toutefois me pardonner d'adapter le titre du congrès aux fins de mon exposé. Car mon ambition aujourd'hui est de vous parler non pas de la justice **au-delà** des tribunaux, mais bien de la justice des tribunaux et du nouveau rôle dont ceux-ci doivent s'acquitter, conséquence de l'évolution de l'organisation sociale dans les sociétés modernes. C'est précisément de ce changement de paradigme quant au rôle des tribunaux judiciaires dont je veux vous entretenir aujourd'hui.

J'aborderai dans un premier temps la nature des transformations historiques qui ont eu pour effet de modifier la fonction du droit dans le système social. Mon intention est d'exposer comment l'évolution des rapports sociaux a modifié la position du droit et de la fonction de justice dans l'organisation des pouvoirs de l'État. Dans un deuxième temps, j'examinerai le rôle des tribunaux judiciaires dans la production du droit et la régulation des attentes normatives collectives et individuelles. Pour terminer, je discuterai des conséquences de ces changements sur la légitimité de la fonction judiciaire.

I. LES FORMES DU DROIT ET DE LA JUSTICE

Il n'y a pas si longtemps, moins de 30 ans en fait, il était facile de définir la place réservée aux décisions judiciaires dans l'ordonnement juridique. D'ailleurs, notre conception du principe de la séparation des pouvoirs était plutôt simple. Parmi les trois pouvoirs de l'État, le pouvoir législatif était le plus important, car seul ce pouvoir bénéficie de la légitimité démocratique. Aussi, dans notre régime parlementaire largement inspiré du modèle de Westminster, le pouvoir exécutif est entièrement soumis au pouvoir législatif. Pour ce qui est du pouvoir judiciaire, son rôle devait se limiter à l'interprétation et à l'application des

lois, en tenant compte d'abord et avant tout de l'intention du législateur. Sans être placé dans un état de subordination au pouvoir législatif, le pouvoir judiciaire était plus ou moins confiné à un rôle de simple exécutant des actes du pouvoir législatif. La situation est très différente aujourd'hui. Et ce n'est pas uniquement en raison de l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*, même si l'ajout de ce texte constitutionnel a profondément changé notre conception du constitutionnalisme. J'y reviendrai.

La Cour suprême du Canada nous enseigne maintenant que le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs protège l'exclusivité de certaines fonctions exercées par chacun des trois pouvoirs, en particulier celles exercées par les tribunaux judiciaires¹, et qu'une loi peut « faire inconstitutionnellement obstacle à la fonction juridictionnelle des tribunaux »². Ce pont que la Cour suprême m'autorise à faire avec la notion de fonction juridictionnelle des tribunaux vient à point nommé pour introduire ici les perspectives historique et épistémologique qui me serviront à expliquer cette modification du rôle des tribunaux dans les systèmes juridiques des sociétés modernes. Ces perspectives prennent en compte le rapport étroit qui existe entre la transformation des rapports sociaux, les changements du droit et l'évolution de la fonction de juger. Dans les premiers temps des sociétés, les rapports sociaux étaient organisés selon les liens de parenté et de clan qui structuraient l'organisation sociale.

Nous nous souviendrons qu'il n'y a pas si longtemps, dans le monde antique, notamment à Rome, berceau du droit occidental, les rapports juridiques étaient fondés sur un système de personnalité des lois. Le droit romain s'appliquait aux citoyens romains, et non aux étrangers. À Rome, une grande partie de la population n'était pas soumise au droit romain, car n'était pas citoyen romain qui le voulait. Durant cette même période, la justice entre les individus était l'affaire du clan uniquement. Sauf pour certains crimes majeurs comme la trahison, la justice résidait entre les mains du chef de clan ou du père de famille. Comme l'écrivait

¹ *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854, par. 13.

² *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, [2005] 2 R.C.S. 473, par. 54.

Weber, la justice romaine s'arrêtait au seuil de la maison du père de famille, le *pater familias*³.

La procédure judiciaire telle que nous la connaissons s'est développée à partir de l'arbitrage entre clans. Cet arbitrage s'appliquait uniquement aux relations entre les groupements, puisque les relations entre les membres d'un même clan étaient soumises à l'autorité du chef de clan. Par ailleurs, lorsqu'un membre du clan commettait une faute envers un membre de l'autre clan, la responsabilité du clan de l'auteur de la faute était entièrement engagée. Et le dommage subi par le membre de l'autre clan était ressenti par tous les autres membres de son clan.

Dans les siècles qui ont suivi la chute de l'Empire romain d'Occident, le système de personnalité des lois a peu à peu laissé place au système féodal et à la hiérarchisation des droits⁴. L'arbitrage entre clans comme mode de justice « publique » a fait place au duel judiciaire qui, on l'imagine très bien, n'a jamais été une mode très efficace de résolution des conflits. Pourtant, le duel judiciaire était considéré comme un progrès important par rapport à la vengeance privée qui dominait les relations entre clans. Déjà en 760, Charlemagne avait entrepris un vaste programme de compilation des lois germaniques de l'Empire carolingien afin d'éradiquer la tendance de certains groupes à se faire justice eux-mêmes⁵.

Au même moment, l'Église chrétienne investissait les monarques d'une mission divine, celle d'assurer la paix et la justice, de rendre à chacun son dû : *suum cuique tribuendi*⁶. Saint-Louis, rendant justice sous un chêne à Vincennes est l'une des représentations les plus éloquents de la métaphore du roi fontaine de justice dans la plus pure tradition féodale. C'est la naissance du système de justice tel que nous le connaissons encore aujourd'hui. Car si la Révolution française a fait table rase de cette justice monarchique, elle subsiste toujours au Royaume-Uni et dans

³ Max WEBER, *Sociologie du droit*, coll. « Quadrige », Paris, Presses universitaires de France, 2007, p. 30.

⁴ Le système de personnalité des lois n'a pas complètement disparu du paysage juridique puisqu'il régit encore dans une certaine mesure le droit relatif à l'état des personnes; voir par exemple l'art. 3088 du C.c.Q concernant la loi applicable aux conditions de fond du mariage.

⁵ N.E. ALGRA, « The *Lex Frisionum*, The Genesis of Legalized Life », in F.J.M. FELDBRUGGE (ed.), *Law's Beginnings*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers (2003).

⁶ H. BRACON, *On the Laws and Customs of England*, vol.2, trad. Samuel E. Thorne, p. 166 (1968).

tous les pays héritiers de la tradition britannique. Le juge Beetz réfère encore en 1986 dans l'affaire *MacDonald c. Ville de Montréal* au principe selon lequel le souverain est « source de toute justice »⁷.

Les formes du droit ont bien changé depuis le monde antique, mais la justice institutionnalisée est toujours aussi présente dans les sociétés modernes. Au-delà, et c'est bien le moment de le dire, des critiques légitimes que nous pourrions lui adresser, ce système a le mérite d'avoir remplacé la violence de la vengeance privée. Malgré les progrès immenses des civilisations occidentales, l'évolution des mœurs et les avancées technologiques, l'individu conserve cette fâcheuse tendance de vouloir se faire justice à lui-même. Le philosophe Paul Ricoeur qualifie d'ailleurs la justice institutionnalisée du monde moderne d'acte fondamental par lequel « la société enlève aux individus le droit et le pouvoir de se faire justice »⁸. La justice des tribunaux fait partie des « alternatives qu'une société oppose à la violence et qui toutes à la fois définissent un État de droit »⁹.

Mon propos est donc d'esquisser les contours de la nouvelle fonction des tribunaux judiciaires dans l'État de droit, un rôle dont seules ces institutions peuvent s'acquitter dans les systèmes juridiques des sociétés modernes. Pour illustrer le schéma de la nouvelle fonction de justice, il me faut définir le système judiciaire tel qu'il est construit dans la perspective épistémologique que j'ai choisie pour faire cette démonstration. Cette posture théorique est celle de la théorie des systèmes sociaux.

II. LE DROIT COMME SYSTÈME DE COMMUNICATIONS

La théorie des systèmes sociaux postule que la société moderne doit être pensée comme un système composé de plusieurs sous-systèmes. Ces sous-systèmes sociaux ont chacun pour fonction de traiter certaines communications de la société; ces communications sont en effet traitées de manière différente par les différents sous-systèmes. Les opérations internes de ces sous-systèmes sont programmées de façon à ne traiter que les communications qui relèvent de ces sous-systèmes, en leur appliquant

⁷ [1986] 1 R.C.S. 460, par. 48. Voir également le juge La Forest (motifs diss.) dans *Dagenais c. Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, p. 893.

⁸ Paul RICOEUR, « L'acte de juger », (1992) 183 *Revue internationale Esprit* 20, p. 23.

⁹ *Id.*

le code binaire qui leur est propre. Suivant cette théorie, les communications sur le droit sont traitées par le système juridique, tandis que le système politique s'occupe des communications sur le pouvoir.

Parlant du système juridique, ce système social sélectionne dans son environnement les communications légales de la société et leur applique le code binaire légal/illégal¹⁰. Il utilise pour mener à bien ses opérations des programmes conditionnels. On dit de ces programmes qu'ils sont conditionnels et de type « si, alors », car le résultat est déterminé par l'application d'une opération déjà programmée. Si la norme est X, alors le résultat est Y. Les programmes conditionnels du droit sont donc composés des règles, normes et principes qui servent à décider si une prétention est légale ou illégale. La question de l'atteinte d'un résultat déterminée ne peut normalement entrer en ligne de compte, car autrement, les normes perdraient à tout moment leur caractère contrefactuel et le droit ne pourrait plus remplir sa fonction. Les programmes conditionnels du droit s'opposent d'ailleurs aux programmes de finalité du système politique qui sont orientés vers l'atteinte de résultats prédéterminés, qu'ils soient politiques, économiques ou autres.

Le système juridique est aussi différencié entre plusieurs sous-systèmes, dont les plus importants pour notre propos sont les systèmes législatif et judiciaire. Le système judiciaire a une mission bien précise dans le système juridique, soit de réguler les attentes normatives collectives et individuelles dans le temps. C'est aux tribunaux que revient le dernier mot à propos de ce qui appartient au droit et de ce qui relève d'autres sous-systèmes sociaux. Enfin, le système judiciaire est très actif dans la reproduction du système juridique. Comme le soulignait le juge Major dans l'affaire *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée.*, « [L]es tribunaux participent dans une certaine mesure à l'évolution du droit qu'il leur appartient d'appliquer »¹¹.

Le droit des systèmes juridiques modernes est différencié des autres systèmes sociaux, notamment du système politique. Le système juridique possède un code et des programmes qui sont entièrement distincts de celui du système politique. Très récemment, la Cour suprême du Canada concluait que la détermination des droits constitutionnels d'Omar Khadr relevait des tribunaux, mais que ces derniers n'étaient pas habilités à donner des directives sur les mesures diplomatiques à prendre

¹⁰ N. LUHMANN, *Law as a Social System*, p. 94 (2004).

¹¹ *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, préc., note 2, par. 51.

pour remédier aux violations des droits de Monsieur Khadr au moment où celui-ci n'était pas sous le contrôle du gouvernement canadien¹². La sanction pour ce gouvernement qui avait agi de manière inconstitutionnelle devait être renvoyée au système politique; c'est dans ce système que le blâme émis par la Cour pouvait être utilisé, et l'a été, pour forcer le gouvernement à agir.

À l'inverse de sa décision dans l'affaire *Khadr*, la Cour suprême du Canada a décidé dans *PHS Community Services Society* que les droits fondamentaux des personnes ayant recours au site d'injections supervisées relevaient du système juridique, et non du système politique. Comme le soulignait très justement Madame la juge en chef McLachlin, le gouvernement peut bien poursuivre certains objectifs politiques en édictant une loi, mais une fois votée, il appartient aux tribunaux de décider si cette loi respecte la Constitution¹³. Dans le langage systémique, les propos de la juge en chef de la Cour suprême du Canada font écho aux fonctions différentes du droit et de la politique; dès lors que les objectifs gouvernementaux formulés dans le système politique sont transformés en normes juridiques, ils sont traités par le système juridique où les règles de la politique ne sont plus pertinentes.

A. L'AUTONOMIE DU DROIT FORMEL

Le droit du système juridique des sociétés modernes s'appuie sur un droit rationnel et formel; c'est un droit flexible, car il doit pouvoir évoluer avec les changements dans les rapports sociaux qui ne cessent de prendre de nouvelles formes. Dans le monde complexe et contingent où nous vivons, il ne serait pas possible de fonctionner avec un droit rigide comme l'était le droit segmenté et hiérarchisé des sociétés prémodernes. Toutefois, le droit formel et rationnel des systèmes juridiques modernes fait souvent fi des attentes des justiciables, qui ne reconnaissent dans le droit que le moyen d'atteindre une certaine forme de justice à laquelle la technicité du droit faisait souvent défaut de répondre. Régulièrement, la capacité du droit positif de produire des solutions justes dans tous les cas est mise en doute.

¹² *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, [2010] 1 R.C.S. 44, par. 44.

¹³ *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, [2011] 3 R.C.S. 134, par. 105.

Max Weber avait bien identifié les conséquences sur le plan du sentiment de « justice » de l'application d'un droit formel. Pour ce sociologue, la rationalité toujours plus poussée du droit ne manquerait pas de provoquer des demandes pour que les juges prennent des décisions sur la base de principes matériels comme « la moralité, l'équité ou l'opportunité »¹⁴. Et pour ce juriste formé à la science d'un droit cohérent et systématisé, la rationalité du droit formel ne pourrait que souffrir de cette tentative de matérialisation du droit de façon à répondre aux attentes de ce qu'il appelait les « intéressés au droit »¹⁵ et que nous appelons, nous, les justiciables.

Dans la société moderne, les attentes normatives collectives et individuelles sont légion et entrent régulièrement en contradiction les unes avec les autres. Parfois, aussi, ces attentes normatives formulées dans d'autres systèmes sociaux, comme ceux de la moralité, de la politique ou de la religion, tentent d'être reconnues par le système juridique. Ces attentes normatives nées dans les systèmes politique, moral et religieux se butent régulièrement à la justice formelle des tribunaux. C'est justement aux portes des tribunaux judiciaires que se pressent ces attentes rejetées par le système législatif. Car contrairement au système législatif, qui peut décider du moment où les attentes matérielles seront reconnues dans le droit¹⁶, les tribunaux, eux, sont obligés de juger, même en l'absence de normes claires sur la solution juridique du litige¹⁷.

¹⁴ M. WEBER, préc., note 3, p. 29.

¹⁵ *Id.*, p. 225 : « [...] un droit de juristes n'est jamais et n'a jamais été conforme aux attentes des profanes, à moins qu'il ne renonce totalement au caractère formel qui lui est immanent. C'est le cas non seulement du droit anglais qui est tellement glorifié de nos jours, mais encore celui du droit romain ancien ou de la méthode juridique continentale ».

¹⁶ *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525 : on ne peut avoir d'attente légitime relativement au pouvoir du Parlement de légiférer ou de s'abstenir de légiférer.

¹⁷ L'article 41.2 de la *Loi d'interprétation* québécoise, L.R.Q., c. I-16, stipule que le juge ne peut refuser de trancher un litige « sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi ». L'article 10, alinéa 2 de l'Avant-projet de loi sur la réforme du Code de procédure civile prévoit que les tribunaux « ne peuvent refuser de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi ». L'article 4 du Code civil français oblige le juge à trancher le litige porté devant lui, même en cas de silence de la loi. On retrouve le même principe à l'article 1, alinéa 2 du Code civil suisse (à défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur).

Bien sûr, les tribunaux ont formulé certaines règles pour limiter le nombre de poursuites entendues par les tribunaux, dont l'intérêt à agir¹⁸, du refus de juger des litiges rendus théoriques¹⁹, ou bien la doctrine des questions politiques²⁰, pour ne nommer que celles-ci. On observe toutefois dans la jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada une nette volonté de permettre aux tribunaux de s'acquitter de leur fonction, malgré les difficultés inhérentes au fait de devoir juger des questions en l'absence de normes claires. Comme le rappelait la Cour dans l'affaire *Borowski*, les tribunaux doivent être conscients du coût social de l'incertitude du droit qui milite en faveur de la décision de trancher une question juridique d'importance publique, même dans les cas où le litige à l'origine du recours judiciaire est devenu théorique²¹.

Très récemment, la Cour suprême a poursuivi son effort d'assouplissement des critères de l'intérêt à agir, dans le but avoué de renforcer l'application du principe de légalité dans l'intérêt de certains membres marginalisés de la société²². Dans cette affaire, le juge Cromwell a rappelé les propos du juge Le Dain dans l'arrêt *Finlay* selon lesquels la Cour ne devait pas refuser de trancher pour le seul motif qu'en raison du contexte politique ou des incidences de la décision, il pourrait être préférable de laisser l'examen de la question au pouvoir législatif ou exécutif²³. J'estime que le juge Cromwell a parfaitement saisi l'importance du rôle des tribunaux dans les systèmes juridiques des sociétés modernes. Bien que les juges doivent être conscients des limites de leur rôle dans la démocratie constitutionnelle, leur devoir est également de décider des toutes les questions juridiques, quelles que soient les répercussions politiques de ces décisions.

B. LES TRIBUNAUX ET L'ÉVOLUTION DU DROIT

Dans son célèbre ouvrage sur le droit ancien, l'historien Henry Maine décrivait les trois processus de modification du droit utilisés par les

¹⁸ *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, [2012] R.C.S. 524.

¹⁹ *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342.

²⁰ *Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441.

²¹ *Borowski c. Canada (Procureur général)*, préc., note 19.

²² *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, préc., note 18, par. 76.

²³ *Id.*, par. 40.

sociétés au fil de leur évolution²⁴. À l'époque où les liens familiaux déterminaient le statut juridique des personnes, les sociétés avaient recours à la fiction légale de l'adoption pour permettre aux grandes familles et aux groupes liés par les liens de parenté de se maintenir et d'évoluer. Plus tard, dans la République romaine et au Moyen Âge, les principes dérivés de l'équité furent utilisés pour modifier le droit afin qu'il corresponde aux principes sur lesquels il était censé être fondé. En Angleterre, ce rôle très important fut confié au Chancelier. Le troisième processus historique d'adaptation du droit fut celui de la législation. La société industrielle de la fin du 19^e siècle avait besoin d'un droit encore plus flexible que la *common law* des tribunaux pour s'adapter rapidement aux exigences du capitalisme. Le livre de Maine s'arrête à cette période.

La société du 21^e siècle doit pouvoir s'appuyer elle aussi sur un droit souple et variable, capable de s'adapter aux changements sociaux. Les pressions sont de plus en plus grandes pour que le droit s'adapte à la réalité sociale, qui ne cesse de se transformer. Ce ne sont pas seulement les textes constitutionnels qui doivent recevoir une interprétation leur permettant d'évoluer dans le temps; c'est aussi dans une certaine mesure le cas de l'ensemble des normes du système juridique. Tout comme le droit de l'Antiquité, les *actions* romaines, les *writs* anglais ou la coutume immémoriale, le droit positif doit évoluer avec la structure sociale qui lui fournit sa raison d'être.

Les tribunaux sont de plus en plus conscients de ce rôle qui leur est dévolu d'adapter le droit « aux changements qui se produisent dans le tissu social, moral et économique du pays », pour reprendre les mots utilisés par le juge Iacobucci dans l'affaire *R. c. Salituro*²⁵, concernant la modification de la règle relative à l'incapacité du conjoint à témoigner dans un procès criminel. Comme je le mentionnais au début de cet exposé, cette nouvelle fonction des tribunaux ne se limite pas aux questions concernant l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans l'affaire *Century Services*, qui concernait l'interprétation de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, la Cour suprême a réitéré l'importance pour les tribunaux d'adapter l'interprétation des règles législatives aux besoins commerciaux et

²⁴ Henry S. MAINE, *L'Ancien Droit*, trad. J. G. Courcelle Seneuil, Paris, A. Durand et Pedone Lauriel, 1874.

²⁵ *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654.

sociaux contemporains²⁶. Dans une autre affaire, *Dynex Petroleum*, la Cour suprême du Canada a déclaré une règle de common law inapplicable aux nouveaux contextes industriels des sociétés gazières et pétrolières²⁷.

Tout récemment, en octobre 2012, la Cour suprême du Canada soulignait que l'interprétation du concept de fraude dans le Code criminel était trop profondément imprégnée de la moralité victorienne en vigueur lors de la codification du droit criminel pour être maintenue dans le droit positif²⁸. La Cour suprême du Canada rompt avec cette jurisprudence d'une époque révolue et conclut que « [L]e courant jurisprudentiel issu de la décision Clarence, qui réduisait la fraude à la question de la connaissance ou de l'ignorance du caractère sexuel de l'acte n'a plus sa place dans la société canadienne »²⁹. La Cour ajoute que le fait de préciser les conditions qui doivent être remplies pour que le risque de transmission du VIH soit jugé important est « compatible avec la fonction des tribunaux de common law qui consiste à adapter progressivement les éléments d'une infraction aux exigences de la justice et de l'application concrète »³⁰. La nécessité pour les tribunaux judiciaires d'adapter les règles de droit aux nouveaux contextes sociaux est d'autant plus nécessaire que la législation, qui était l'instrument de prédilection pour remplir cette fonction dans le dernier siècle, est de plus en plus soumise aux aléas du système politique et de son média de communication, le pouvoir³¹.

Le contrôle du processus politique sur le système législatif réduit la capacité de la loi de répondre adéquatement aux besoins de changements du droit dans la société moderne. Le système judiciaire doit accomplir en partie cette fonction, particulièrement dans les cas où des conflits de valeurs constituent un obstacle à la prise en charge d'un problème social par le système politique pour qu'il soit transformé en lois. Le système politique se déleste ainsi de certains problèmes qui ne peuvent

²⁶ *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2010] 3 R.C.S. 379, par. 58-59.

²⁷ *Banque de Montréal c. Dynex Petroleum Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 146, par. 21.

²⁸ *R. c. Mabior*, 2012 2 R.C.S. 584, par. 31.

²⁹ *Id.*, par. 43.

³⁰ *Id.*, par. 81.

³¹ Le système politique est « un système autopoïétique et autorégulateur d'exercice du pouvoir, dans lequel tout pouvoir est exercé sur du pouvoir et est lui-même soumis à l'exercice du pouvoir [...] » : Niklas LUHMANN, *Politique et complexité*, trad. Jacob Schmutz, coll. «Humanités», Paris, Éditions du Cerf, 1999, p. 105-106.

être traités par les programmes de ce système. Le contentieux des droits fondamentaux est un terrain particulièrement fertile au délestage des questions conflictuelles en direction des tribunaux³². L'affaire *Downtown Eastside* est un exemple éloquent de cette stratégie de transfert des questions sociales vers les tribunaux judiciaires. Incapables de faire modifier le Code criminel sur les questions de prostitution, les groupes de pression comme la société demanderesse dans cette affaire s'adressent aux tribunaux judiciaires avec l'objectif avoué d'atteindre ce même résultat par le biais d'une contestation constitutionnelle. Et la Cour suprême leur ouvre grande la porte.

Notre société complexe est porteuse de conflits; conflits de normes, mais aussi surtout conflits de valeurs. Derrière ces conflits de valeurs se cachent souvent des attentes normatives contradictoires qui demandent à être reconnues. Un exemple particulièrement convaincant de conflit de valeurs qui tente de trouver une solution dans le système juridique est celui du mariage entre personnes de même sexe. Dans le *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*³³, tant les opposants que ceux en faveur du mariage entre personnes de même sexe se réclamaient des « limites naturelles du mariage ». La Cour suprême du Canada a refusé de se prononcer sur l'existence d'un concept suprajuridique du mariage existant depuis des temps immémoriaux qui ne pouvait être modifié par voie législative³⁴. La Cour a jugé que la définition du mariage entendue dans la religion chrétienne ne pouvait être retenue dans la société pluraliste qu'est le Canada³⁵. Dès lors que le droit a pour fonction de stabiliser les attentes normatives socialement généralisées dans le temps, il doit se soustraire aux tâches qui lui avaient été attribuées avant sa différenciation dans le système social, notamment celle d'agir comme « soubassement de la religion »³⁶.

La criminalisation de la marihuana est un autre exemple de conflits de valeurs qui s'affrontent sous le couvert de questions juridiques. Dans l'affaire *R. c. Malmo-Levine*³⁷, la Cour suprême s'abstient de se prononcer sur les justifications morales ou sociales de la criminalisation

³² N. LUHMANN, *The Differentiation of Society*, p. 99 (1982).

³³ [2004] 3 R.C.S. 698.

³⁴ *Id.*, par. 25.

³⁵ *Id.*, par. 22.

³⁶ Niklas LUHMANN, *La légitimation par la procédure*, trad. Lukas K. Sosoe et Stéphane Bouchard, coll. « Dikè », Québec, Presses de l'Université Laval, 2001, p. 141.

³⁷ [2003] 3 R.C.S. 571.

de la possession de la marihuana, renvoyant la question au législateur. Or, il s'agit justement du genre de débats qui ne peut être traité par le système politique du fait de l'absence de consensus social sur ces questions. Tôt au tard, ces débats reviendront devant les tribunaux sous le couvert d'un litige sur l'interprétation d'un droit fondamental.

C. CRISE DU JUGE OU CRISE DES VALEURS

La justice formelle basée sur l'égalité juridique des individus et l'application d'un droit général à tous, un progrès inestimable dans le monde moderne, ne peuvent qu'entraîner des déceptions face à ces attentes normatives contradictoires qui sont dissimulées derrière ces conflits de valeurs et qui demandent à être reconnues dans le droit positif. Ces déceptions ont des effets importants sur la perception de la justice des tribunaux. La crise du juge, comme certains l'appellent, pourrait n'être que le résultat de ces tentatives de nombreuses fois déçues de faire reconnaître par le système de justice des attentes normatives matérielles que le système législatif a refusé de prendre en charge et qui contredisent de plein fouet le droit formel.

L'idée d'une « montée en puissance des juges »³⁸ doit être replacée dans une juste perspective, qui tient compte des raisons historiques et sociales expliquant le processus de redéfinition du rôle des acteurs juridiques dans la production du droit. L'importance accrue de la fonction judiciaire n'est pas la conséquence de la volonté impérialiste des juges voulant « gouverner » à la place des élus, mais bien le résultat de l'augmentation de la complexité sociale et de la différenciation de la société en systèmes fonctionnels autonomes. Tout simplement, la transformation de la fonction judiciaire est l'aboutissement d'un processus évolutif.

Depuis déjà trop longtemps, l'essentiel du débat sur la place du juge s'est limité aux effets indésirables de la constitutionnalisation des droits et libertés individuelles dans la gouvernance politique. Il est indéniable que l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* a bouleversé les assises traditionnelles du partage des responsabilités entre le système législatif et le système judiciaire. En réalité, la *Charte* n'a fait qu'accélérer un mouvement déjà bien amorcé dans les 50 dernières années du seul fait de la complexification des rôles sociaux. En 1976, dans

³⁸ Mary Jane MOSSMAN et Ghislain OTIS (dir.), *La montée en puissance des juges : ses manifestations, sa contestation*, Montréal, Éditions Thémis, 1999.

l'affaire *Harrison c. Carswell*, un litige portant sur le droit au piquetage dans un centre commercial, la Cour suprême fut invitée à sopeser les valeurs sociales du droit au piquetage et du droit de propriété. La Cour a refusé de se soumettre à cet exercice en invoquant les limites du pouvoir judiciaire et le fait que cette demande « soulevait des questions politiques et socio-économiques importantes » qui exigeraient des juges qu'ils prennent leur décision non pas sur la base des principes reconnus, mais sur le fondement de convictions économiques et sociales personnelles³⁹. L'opinion des juges dissidents, sous la plume du juge en chef Laskin, concluait par ailleurs que les intérêts du propriétaire commercial devaient être pondérés avec ceux du public.

À notre avis, la complexité accrue des rapports entre les sous-systèmes sociaux a provoqué un déplacement de la fonction adaptative du droit du système législatif vers le système judiciaire. Les demandes de modification du droit par le recours aux tribunaux exercent des pressions considérables sur la fonction judiciaire. L'effet combiné de la prohibition du déni de justice et de la mobilisation accrue des tribunaux a pour conséquence de placer les juges au cœur de ces conflits de valeurs en attente d'être résolus. Dans la théorie du droit comme système social, Niklas Luhmann a avancé l'idée que l'obligation de juger imposée aux tribunaux avait en quelque sorte propulsé le système judiciaire au centre du système juridique, alors que le système législatif s'était déplacé en périphérie du système, là où il peut interagir avec l'environnement du système⁴⁰. La Cour suprême du Canada ne soulignait-elle pas la place centrale qu'occupent les tribunaux dans le système de gouvernement au Canada »?⁴¹ Dans cette position privilégiée au centre du système juridique, les tribunaux peuvent mieux résister aux pressions et instaurer une séparation entre la décision juridiquement régulée et ses effets dans l'environnement du système juridique, tout en assurant que l'évolution du droit positif se fasse dans des conditions bien contrôlées sur le plan normatif.

Ce déplacement du système judiciaire vers le centre du système juridique garantit aux tribunaux une « place à part » dans les systèmes juridiques, pour reprendre le titre de la célèbre étude du professeur

³⁹ [1976] 2 R.C.S. 200.

⁴⁰ N. LUHMANN, préc., note 10, p. 293.

⁴¹ *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.)*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 108.

Friedland⁴². Le positionnement des tribunaux au centre du système juridique s'impose pour maintenir les tribunaux à distance des influences étrangères au droit qui proviennent des autres sous-systèmes sociaux, notamment du système politique. Non seulement les rapports entre le pouvoir judiciaire d'une part, et les pouvoirs législatif et judiciaire d'autre part, « doivent être dépolitisés »⁴³ comme le rappelle la Cour suprême, mais il faut maintenir une « séparation intellectuelle »⁴⁴ entre les tribunaux judiciaires et les attentes normatives qui tentent de s'introduire dans la prise de décisions judiciaires.

III. LA LÉGITIMATION DU RÔLE DES TRIBUNAUX

J'aborde maintenant la troisième et dernière partie de ma présentation, qui concerne la légitimation de la fonction judiciaire. Nous avons la chance au Canada d'évoluer dans un système social où un grand respect est voué à l'interprétation judiciaire du droit. Dans l'affaire *Doucet-Boudreau*, la Cour suprême du Canada a souligné la tradition de respect envers les décisions judiciaires dont font preuve les gouvernements et les parties privées⁴⁵. Sans vouloir sous-estimer cette culture de respect, il faut rester vigilant, car la confiance du public dans l'intégrité du système juridique dépend du respect dont tous les acteurs, et par-dessus tout les acteurs politiques, font preuve à l'égard du système judiciaire. Nous savons que cette confiance peut s'effriter lorsque les acteurs politiques ne s'acquittent pas comme ils le devraient de leur rôle de soutien au système judiciaire. Cet appui au système judiciaire est d'autant plus important que les décisions judiciaires font souvent l'objet de critiques, notamment lorsqu'elles ont pour effet de contrecarrer des décisions gouvernementales ou de suspendre l'effet d'une loi jugée inopérante. Le fait que ces décisions soient rendues par des juges non élus alimente régulièrement les débats sur la légitimité démocratique de l'intervention judiciaire. Jusqu'à maintenant, il n'a pas été possible de

⁴² Martin L. FRIEDLAND, *Une place à part : l'indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada*, Rapport préparé pour le Conseil canadien de la magistrature, Ottawa, Édition Groupe communication Canada, 1995.

⁴³ *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.)*, préc., note 41, par. 131.

⁴⁴ *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances); Rice c. Nouveau-Brunswick*, [2002] 1 R.C.S. 405, par. 37.

⁴⁵ *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 32.

sortir de l'enfermement de cette opposition idéologique entre les défenseurs de l'activisme judiciaire et les opposants au soi-disant « gouvernement des juges ». Comme le soulignaient il y a quelques années ces éminents chercheurs que sont Andrée Lajoie et Roderick MacDonald, les discussions n'ont malheureusement jamais vraiment dépassé la polémique qui s'est élevée autour des effets indésirables de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴⁶. Je crois qu'il est grand temps de sortir de cette logique argumentative qui restreint le débat de la légitimité des décisions judiciaires à l'absence de représentativité des juges non élus. Le problème dépasse largement l'argument du déficit démocratique des juges et réside plutôt dans la reconnaissance des profondes transformations dans les rapports sociaux et du poids relatif des attentes normatives collectives et individuelles dans la gouvernance sociale.

À mon avis, la légitimité du système judiciaire doit être construite par le système lui-même. Les tribunaux ont formulé des principes, celui de l'indépendance judiciaire notamment, qui ont instauré une culture de confiance envers l'intégrité du système judiciaire. On peut également affirmer que la collaboration offerte par les tribunaux à l'instauration de la conciliation judiciaire démontre à quel point l'accès à la justice est une préoccupation constante au sein de la magistrature. Cette préoccupation s'est d'ailleurs manifestée dans plusieurs jugements rendus par la Cour suprême du Canada, notamment dans l'affaire *Canada (Procureur général) c. McArthur*⁴⁷ où la Cour a invoqué l'accès difficile de certains groupes de citoyens économiquement favorisés—les détenus en l'occurrence—pour justifier sa décision de ne pas imposer à ceux-ci d'entamer des procédures en contrôle judiciaire pour faire annuler une décision administrative avant de poursuivre l'État en responsabilité civile. La mise en œuvre d'un processus de déontologie judiciaire participe de cette entreprise d'autolégitimation du système judiciaire; conscients de la fonction inédite des tribunaux dans le système juridique et dans la société en général, les juges n'ont pas hésité à s'imposer les plus hauts standards d'intégrité⁴⁸.

⁴⁶ Roderick MACDONALD et Andrée LAJOIE, «Auctionneers, Fence-Viewers, Popes - and Judges», (1998) 9 Forum Constitutionnel 95, p. 98.

⁴⁷ [2010] 3 R.C.S. 626.

⁴⁸ *Ruffo c. Conseil de la magistrature du Québec*, [1995] 4 R.C.S. 267; *Re Therrien*, [2001] 2 R.C.S. 3.

CONCLUSION

Quelles sont les conséquences pour la société d'un système juridique qui laisse une grande place à l'interprétation judiciaire du droit? Certes, il s'en trouve plusieurs pour rappeler la vigilance dont nous devons faire preuve et des dangers importants qui nous guettent du fait de vivre dans une société où les juges détiennent la « balance du pouvoir »⁴⁹. Pour le moment, je me limiterai à souligner que cette prise de conscience du nouveau rôle des tribunaux soulève à tout le moins la question légitime du choix des juges. L'importance de cette question a été établie ici même au sein du congrès annuel de l'Institut qui a débuté par un atelier consacré à l'examen du processus de nomination des juges.

Sur la légitimité de l'intervention accrue des juges dans le tissu social et politique, j'aimerais partager avec vous une réflexion qui, je crois, traduit encore mieux que tous les textes savants pourraient le faire ma vision sur cette question. Lors d'un séjour à Vancouver au mois d'août dernier, j'ai constaté non sans un certain malaise la présence d'un nombre important de sans-abris au cœur du centre-ville. J'ai vu en plein milieu du trottoir un jeune garçon à peine plus âgé que mon fils qui dormait couché sur un morceau de carton lui servant de matelas. Au moment où je marchais à côté de lui, j'ai pensé que ce jeune homme avait peut-être un problème de dépendance aux drogues dures, comme l'héroïne, et qu'il fréquentait peut-être le site d'injections supervisées du quartier Downtown Eastside. Me rappelant le jugement rendu par la Cour suprême du Canada l'an dernier qui a suscité tant de controverses, j'ai trouvé un certain réconfort dans le fait de vivre dans une société où les juges savent heureusement faire la différence entre la moralité des mieux nantis et la sécurité des plus défavorisés. Le plus grand danger pour la société canadienne, et pour le quartier Downtown Eastside de Vancouver en particulier, est peut-être de vivre dans une société gouvernée par des représentants démocratiquement élus qui, eux, ne connaissent pas la différence entre faire de la politique, et sauver des vies.

⁴⁹ F.L. MORTON, « The Charter Revolution and the Court Party », (1992) 30 *Osgoode Hall L.J.* 627.