



Réponse au commentaire de Laurent Pech :

Sur le livre d'Andrée Lajoie, *Quand les minorités font la loi*

Stéphane BERNATCHEZ

Chargé de cours et doctorant, Faculté de droit, Université de Montréal

Dans sa recension de l'ouvrage intitulé *Quand les minorités font la loi*, Laurent Pech se consacre surtout à résumer les principales thèses développées par Andrée Lajoie. Il exprime également certaines idées, en réaction à celles que l'on retrouve dans l'ouvrage, qui appellent des commentaires de la part de quiconque s'intéresse au droit constitutionnel et à la théorie du droit. D'une part, Laurent Pech manifeste, dès le premier paragraphe de son compte rendu, une certaine surprise devant la conception du droit défendue par Andrée Lajoie et, d'autre part, il émet certaines réserves quant au caractère démocratique de la démarche qui vise la prise en compte de la diversité dans les régimes constitutionnels contemporains et l'émergence conséquente des droits des minorités. Je souhaite donc faire ici quelques observations relativement à ces deux aspects.

1) Théorie du droit

Laurent Pech présente comme suit la conception du droit qui sert de fondement théorique aux analyses qu'Andrée Lajoie fait de l'intégration des valeurs au droit par les tribunaux : « la production du droit est essentiellement le résultat de rapports de forces et traduit les valeurs qui dominent dans la société », une démarche qui se situe « dans le cadre du courant herméneutique européen ». Quelle est alors la surprise de M. Pech ? Selon son propre aveu, une telle conclusion « ne peut que heurter le juriste français », « d'autant plus que pour ce dernier, ce n'est pas aux tribunaux de servir de lieu privilégié d'arbitrage entre valeurs conflictuelles. » Et un peu plus loin, il poursuit en affirmant que l'analyse d'Andrée Lajoie « n'est pas sans susciter un certain malaise de la part du juriste qui se doit normalement de défendre la cohérence du droit et de croire en son apparente objectivité ».

Si M. Pech se dit étonné par la conception du droit préconisée par la professeure du Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal, la position de M. Pech, elle, ne surprend guère. En effet, elle se fait l'écho d'une conception positiviste du droit qui a souvent été entendue concernant la justice constitutionnelle¹, tant en France d'ailleurs qu'au Canada. C'est ainsi, par exemple, que le contrôle judiciaire de constitutionnalité a été considéré anti-démocratique, ou comme une nouvelle forme

¹ Voir l'explication en ce sens de Luc Bégin, « Le Québec de la Charte canadienne des droits et libertés et la critique de politisation du juridique », dans Bjarne Melkevik (dir.), *Transformation de la culture juridique québécoise*, Ste-Foy, Presses de l'Université Laval, 1998, p. 153.



d'aristocratie². Quelles sont donc les principales caractéristiques de la conception positiviste du contrôle judiciaire de constitutionnalité ?

Dans son rejet du droit naturel, le positivisme juridique n'admet comme droit que les règles « posées », et plus particulièrement, celles formulées dans les lois adoptées par le législateur, ce dernier étant la seule source légitime d'édition du droit. Le pouvoir judiciaire doit, en conséquence, se limiter à l'application mécanique du droit, sous peine de n'être qu'un large pouvoir discrétionnaire. Or, les chartes des droits et libertés, en réintroduisant la question que soulevait le jusnaturalisme sur « l'évaluation des lois injustes »³, reprendraient « à leur compte la fonction du droit naturel »⁴. La théorie positiviste, dans sa tentative de conférer au droit un caractère de scientificité - et suivant en cela la voie tracée par Hans Kelsen⁵ -, a voulu exclure du jugement juridique tout discours sur le « devoir-être », estimant que cette question du « droit juste » ou ce « problème de la justice » ne peut donner prise qu'à l'expression de valeurs subjectives.

Ce qui fait principalement défaut dans l'approche positiviste, c'est son incapacité de prendre acte du caractère interprétatif du droit et ce, en dépit du développement de l'herméneutique juridique. Cette insuffisance est d'autant plus surprenante que tant Kelsen que Hart en sont arrivés sur cette question de l'interprétation juridique à des impasses dans leur théorie respective⁶. C'est pourquoi la théorie contemporaine du droit, européenne comme anglo-saxonne, a d'ailleurs fait de l'interprétation l'un de ses thèmes centraux⁷.

La remarque de Laurent Pech à l'égard de la conception d'Andrée Lajoie quant au rôle des tribunaux dans la production du droit est d'autant moins pertinente que cette dernière s'est longuement expliquée dans son précédent ouvrage, *Jugements de valeurs*⁸, sur les

² Voir notamment : Michel Troper, *La théorie du droit, le droit et l'État*, Paris, PUF, 2001; Michael Mandel, *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada*, Montréal, Boréal, 1996; F. L. Morton et Rainer Knopff, *Charter Politics*, Scarborough, Nelson, 1992; Josée Legault, « Les dangers d'une Charte des droits enchâssée pour un Québec indépendant », (1992) *XIX Philosophiques* 145.

³ Alain Renaut, « Le problème de la loi injuste. Remarques sur l'anti-juridisme contemporain », (1987) *12 Cahiers de philosophie politique et juridique* 168, 176.

⁴ Jean-François Gaudreault-DesBiens, « Les Chartes des droits et libertés comme louves dans la bergerie du positivisme? Quelques hypothèses sur l'impact de la culture des droits dans la culture juridique québécoise », dans Bjarne Melkevik (dir.), *Transformation de la culture juridique québécoise*, Ste-Foy, Presses de l'Université Laval, 1998, p. 83, à la page 97.

⁵ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962.

⁶ Chez Kelsen, le pouvoir discrétionnaire des juges est une conséquence de son tournant réaliste et de son séjour américain : voir notamment l'analyse de Michel Troper, « Un système pur du droit : le positivisme de Kelsen », dans Pierre Bouretz (dir.), *Le progrès du droit*, Paris, Esprit, 1991, p. 117. Quant à Hart, lui-même à la source du virage herméneutique, il n'a pu solutionner le pouvoir discrétionnaire des tribunaux dans les cas difficiles : Herbert L.A. Hart, *Le concept de droit*, Bruxelles, Publications de l'Université Saint-Louis, 1976.

⁷ Voir, à titre d'exemple, Jacques Lenoble et André Bertin, *Dire la norme - Droit, Politique et Énonciation*, Paris-Bruxelles, LGDJ-Story Scientia, 1990.

⁸ Andrée Lajoie, *Jugements de valeurs*, Paris, PUF, 1997, aux pages 120 à 167.



origines théoriques de son approche du droit. En effet, explicitant le cheminement sous-tendant ses analyses du discours judiciaire (tant sous le partage des compétences législatives dans le fédéralisme canadien qu'à l'égard de la *Charte canadienne des droits et libertés*), une démarche qui l'a conduite du réalisme juridique américain à l'herméneutique européenne en passant par l'analyse rhétorique de Perelman, Andrée Lajoie en est arrivée à privilégier l'analyse systémale développée en France par Gérard Timsit⁹. Observant l'expérience juridique d'une tradition de droit écrit, Timsit montre bien que la production du droit est l'effet d'un travail combiné de prédétermination du sens par le législateur et de codétermination par l'interprète, opérations auxquelles se superpose une surdétermination contextuelle (champs de valeurs). Poursuivant ses recherches sur la surdétermination des valeurs majoritaires et surtout minoritaires et leur intégration au droit, Andrée Lajoie démontre encore davantage dans *Quand les minorités font la loi* la marginalisation du législateur, pourtant autorité traditionnelle de la normativité juridique, dans la structure institutionnelle des rapports de pouvoir. L'auteure considère enfin que les transformations de l'ère postmoderne ont renversé la pyramide de la hiérarchie des normes si chère à Kelsen, où le législateur réside au sommet, pour y substituer un modèle d'institutions normatives de l'État contemporain, qui accorde une place prépondérante aux tribunaux.

2) Les minorités et la démocratie

La théorie positiviste du droit demeure attachée aux conceptions classiques de la séparation des pouvoirs et de la démocratie, s'opposant ainsi à toute reconceptualisation de cette dernière qui aurait pour résultat de l'identifier purement et simplement à l'État de droit¹⁰. Les modalités contemporaines du contrôle judiciaire de constitutionnalité remettent pourtant en question le modèle démocratique de la modernité politique et juridique dans la mesure où celui-ci « exige que le juge ne soit là que pour « appliquer » une volonté préalable souveraine, celle du peuple »¹¹. C'est sans doute en ce sens que M. Pech affirme que Mme Lajoie, dans son explication de l'intégration au droit des valeurs minoritaires, se fait partisane « d'un réformisme toujours favorable aux « droits » des minorités sociales », une approche qui, toujours selon Pech, « n'apparaît pas fondée sur autre chose que sur une volonté de se montrer moderne, qualité qui reste pourtant indéfinissable et qui sert parfois d'alibi à des visées non démocratiques ». Bien qu'il faille espérer que cette critique s'adresse davantage à un mouvement général qu'à

⁹ Gérard Timsit, « Sur l'engendrement du droit », (1988) *RDP* 39; *Les noms de la loi*, Paris, PUF, 1991.

¹⁰ Voir par exemple la position de Michel Troper, *La démocratie comme État de droit*, conférence prononcée dans le cadre des travaux de la Chaire UNESCO d'étude des fondements philosophiques de la justice et de la société démocratique. Pour le texte de cette conférence, voir le séminaire virtuel de philosophie du droit de la Chaire : www.philo.uqam.ca/UNESCO/cTroper.htm. Pour des exemples de reconceptualisation voir Karim Benyekhlef, « Démocratie et libertés: Quelques propos sur le contrôle de constitutionnalité et l'hétéronomie du droit », (1993) 38 *Revue de droit de McGill* 91; et Dominique Rousseau, « De la démocratie continue », dans Dominique Rousseau (dir.), *La démocratie continue*, Paris, L.G.D.J.-Bruylant, 1995, 5-25; Dominique Rousseau, « La démocratie continue. Espace public et juge constitutionnel », (1997) 96 *Le Débat* 73.

¹¹ Jacques Lenoble, « Le juge et la modernité », (1993) 74 *Le Débat* 175



l'auteur dont il commente l'ouvrage, il s'agit là d'une attaque qui est lourde de sens et qui appelle une réplique.

D'abord, il se trouve que cette question est soulevée ici dans un contexte constitutionnel bien particulier. En effet, c'est sans doute là l'une des caractéristiques du constitutionnalisme canadien – caractéristique qu'il partage d'ailleurs avec d'autres systèmes constitutionnels – que d'avoir toujours évolué en fonction d'une diversité politique, culturelle et sociale ayant constamment nécessité des accommodements juridiques et constitutionnels¹². De l'Acte de Québec de 1774, où le conquérant britannique a rétabli le droit civil comme source du droit privé, jusqu'à la reconnaissance de droits aux Autochtones et aux minorités sociales, la tradition constitutionnelle est en effet marquée de revendications par les différentes minorités et d'efforts de reconnaissances et d'aménagements politico-juridiques pour gérer cette diversité.

Si, malgré l'insistance constante d'Andrée Lajoie, cette particularité canadienne a pu échapper au lecteur, on voit difficilement comment le débat en philosophie politique sur le traitement juridique des minorités dans les démocraties contemporaines ait pu être à ce point obliéré. En effet, « [l]a philosophie politique anglo-américaine est dominée depuis le milieu des années 80 par les problématiques du multiculturalisme et de pluralisme axiologique »¹³. Il faut dès maintenant noter que ce débat anglo-saxon a depuis peu rejoint la philosophie politique française¹⁴. Les auteurs qui participent à ce débat sont parmi les plus célèbres, de Rawls et Taylor à Habermas¹⁵. Au plan de la reconnaissance de droits aux minorités, les travaux de Will Kymlicka sont au cœur des débats contemporains¹⁶. Ce dernier a cherché à réconcilier certaines positions libérales et communautariennes pour élaborer une justification libérale des droits collectifs. Malgré les critiques qui peuvent lui être adressées, il faut reconnaître l'originalité et l'intérêt de la thèse de Kymlicka dans sa tentative de « montrer que les principes fondamentaux du libéralisme impliquent la reconnaissance de droits collectifs à certaines cultures minoritaires »¹⁷. Loin d'être en porte-à-faux par rapport aux idéaux démocratiques, et encore moins révélateur d'une fausse prétention à vouloir « se montrer moderne », la pensée de Kymlicka participe à ces « réflexions sur le devenir des démocraties libérales, de la conception républicaine, l'idée de citoyenneté ou de citoyenneté multiculturelle, les

¹² Voir notamment James Tully, *Une étrange multiplicité. Le constitutionnalisme à une époque de diversité*, Ste-Foy, PUL, 1999.

¹³ Daniel Weinstock, « La problématique multiculturaliste », dans Alain Renaut (dir.), *Histoire de la philosophie politique* (tome 5 : Les philosophies politiques contemporaines), Paris, Calmann-Lévy, 1999, p. 427.

¹⁴ Voir notamment Sylvie Mesure et Alain Renaut, *Les paradoxes de l'identité démocratique*, Paris, Aubier, 1999.

¹⁵ Pour un état de la situation, voir notamment Lukas K. Sosoe (dir.), *Diversité humaine. Démocratie, multiculturalisme et citoyenneté*, Paris/Ste-Foy, L'Harmattan/PUL, 2002.

¹⁶ Voir Will Kymlicka, *Liberalism, Community and Culture*, Oxford, Oxford University Press, 1989; *Multicultural Citizenship*, Oxford, Oxford University Press, 1995.

¹⁷ D. Weinstock, *loc. cit.*, note 13, pp. 452-453.



COMPTES RENDUS D'OUVRAGES

Chaire de Recherche du Canada en Mondialisation, Citoyenneté et Démocratie
<http://www.chaire-mcd.ca/>

politiques de la reconnaissance [qui] ont fini par occuper la première place des préoccupations en philosophie politique et juridique contemporaine »¹⁸.

La contribution d'Andrée Lajoie sur le traitement des minorités sociales et politiques se distingue par sa perspective juridique, dans une méthode qui dépouille la recherche menée dans les facultés de droit de ses œillères traditionnelles. Le lecteur de *Jugements de valeurs* et de *Quand les minorités font la loi* ne peut qu'apprécier jusqu'à quel point toutes ces recherches menées depuis quelques décennies, qui témoignent de préoccupations réelles, s'imbriquent dans ces synthèses pour former une œuvre cohérente. Pour le juriste qui doit faire son deuil de la cohérence du droit¹⁹, il pourrait y voir là une consolation... à la condition de ne pas y chercher au surplus une objectivité, puisque comme l'auteure l'affirme, tout n'est que construit.

¹⁸ Lukas K. Sosoe, « Multiculturalisme, démocratie et diversité humaine », dans L.K. Sosoe (dir.), *op. cit.*, note 15, p. 3.

¹⁹ Voir par exemple sur le mythe de la rationalité du législateur : Jacques Lenoble et François Ost, *Droit, Mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1980.

NOTE IMPORTANTE

Si vous désirez citer ce document, nous vous prions de bien vouloir utiliser la référence complète dans le format suivant :

Bernatchez, Stéphane. Septembre 2002. « Sur le livre d'Andrée Lajoie, Quand les minorités font la loi. Réponse au commentaire de Laurent Pech ». *Compte rendu d'ouvrage, Chaire MCD*. En ligne. <http://www.chaire-mcd.ca/pdf/comptes-rendus/reponse-pech_2002_lajoie.pdf>.

Les idées exprimées dans ce document n'engagent que l'auteur. Elles ne traduisent en aucune manière une position officielle de la Chaire de recherche du Canada en Mondialisation, Citoyenneté et Démocratie.