

De la représentativité du pouvoir législatif à la recherche de l'intention du législateur : les fondements et les limites de la démocratie représentative

Stéphane Bernatchez

Volume 48, Number 3, 2007

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043937ar>
DOI: <https://doi.org/10.7202/043937ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)
1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Bernatchez, S. (2007). De la représentativité du pouvoir législatif à la recherche de l'intention du législateur : les fondements et les limites de la démocratie représentative. *Les Cahiers de droit*, 48(3), 449–476.
<https://doi.org/10.7202/043937ar>

Article abstract

The foundations of the legitimacy of legislative power arose from the concept of representation, while representative democracy came into being as a modern-day politico-legal model. Be that as it may, contemporary thinking holds that representative government is not synonymous with democracy. It has only been in the aftermath of this evolution that both models have become confounded. Indeed, from the Age of Enlightenment onward, legitimacy has been the offspring of consent, whereby the sovereign thereafter must be represented. Now, this conceptualization of legislative power has been questioned owing to various contemporary changes that weaken the legitimacy of a representative democracy. On the one hand, evolving political and electoral systems illustrate the limits of possible representation. Yet on the other, legal positivism derived from representative democracy has oriented legislative exegesis towards the search for the legislator's intent. Such an exegetic quest has, however, proven to be somewhat problematical when viewed in the light of contemporary theories of language.

De la représentativité du pouvoir législatif à la recherche de l'intention du législateur : les fondements et les limites de la démocratie représentative*

Stéphane BERNATCHEZ**

La légitimité du pouvoir législatif a été construite sur la base du concept de représentation, alors que la démocratie représentative s'est imposée comme le modèle politico-juridique de la modernité. Pourtant, chez les penseurs modernes, le gouvernement représentatif n'était pas synonyme de démocratie. Ce n'est que par la suite que les deux modèles seront confondus. En effet, avec le triomphe de la Raison, la légitimité découle du consentement, le souverain devant dès lors être représenté. Cette conceptualisation du pouvoir législatif est remise en question par certaines transformations contemporaines qui fragilisent la légitimité de la démocratie représentative. D'une part, l'évolution des systèmes politique et électoral démontre les limites de la possibilité de représenter. D'autre part, le positivisme juridique dérivé de la démocratie représentative a orienté l'interprétation législative vers la recherche de l'intention du législateur. Cette thèse intentionnaliste se révèle néanmoins problématique lorsqu'elle est jugée du point de vue des théories contemporaines du langage.

* Le présent article s'inscrit dans le contexte d'une recherche subventionnée par le Conseil de recherches en sciences humaines (CRSH), Programme INÉ. L'auteur remercie les évaluateurs des *Cahiers de droit* pour les commentaires constructifs formulés à l'égard de la version provisoire de ce texte.

** Professeur adjoint, Faculté de droit, Université de Sherbrooke.

The foundations of the legitimacy of legislative power arose from the concept of representation, while representative democracy came into being as a modern-day politico-legal model. Be that as it may, contemporary thinking holds that representative government is not synonymous with democracy. It has only been in the aftermath of this evolution that both models have become confounded. Indeed, from the Age of Enlightenment onward, legitimacy has been the offspring of consent, whereby the sovereign thereafter must be represented. Now, this conceptualization of legislative power has been questioned owing to various contemporary changes that weaken the legitimacy of a representative democracy. On the one hand, evolving political and electoral systems illustrate the limits of possible representation. Yet on the other, legal positivism derived from representative democracy has oriented legislative exegesis towards the search for the legislator's intent. Such an exegetic quest has, however, proven to be somewhat problematical when viewed in the light of contemporary theories of language.

	<i>Pages</i>
1 Le pouvoir législatif dans la démocratie représentative	453
1.1 La construction moderne du pouvoir législatif	453
1.2 Les transformations contemporaines du système politique	458
2 L'interprétation législative dans une démocratie représentative	464
2.1 La recherche de l'intention du législateur	465
2.2 Les critiques et le dépassement de l'intentionnalisme	467
Conclusion	474

La démocratie représentative a consacré la légitimité du pouvoir législatif en la fondant sur des théories de la souveraineté, de la séparation des pouvoirs et de la représentation¹. Construite sur la base d'une telle

1. Voir notamment : G. MAIRET, *Le principe de souveraineté. Histoires et fondements du pouvoir moderne*, Paris, Gallimard, 1997 ; M. DAVID, *La souveraineté du peuple*, Paris, PUF, 1996. Pour un déplacement de la souveraineté à la représentation, voir P. BRUNET, *Vouloir pour la nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Paris/Bruxelles, L.G.D.J./Bruylant, 2004.

conception de la démocratie, la théorie positiviste du droit reconnaît au législateur le monopole de la production du droit, ce qui limite ainsi le pouvoir judiciaire à l'application mécanique du texte législatif et, lorsqu'il y a lieu d'interpréter la loi en raison de son ambiguïté, à la recherche de l'intention du législateur.

Ce sont ces modèles de démocratie représentative et de positivisme juridique, caractérisés par la suprématie du pouvoir législatif, qui sont maintenant remis en cause par certaines transformations contemporaines. L'analyse de l'évolution du système politique et de l'interprétation judiciaire permet en effet d'expliquer le nécessaire dépassement de la conceptualisation moderne des rapports entre les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire.

Dans le présent texte, nous entendons critiquer à la fois les fondements de la démocratie représentative et l'interprétation intentionnaliste qui en découle. Pour cela, nous proposons ici de remettre en question le caractère représentatif du pouvoir législatif en montrant comment certains phénomènes contemporains minent la légitimité de ce modèle politico-juridique supposé représentatif. Pour montrer les limites du modèle dominant depuis la modernité, il importe de retourner à la construction théorique de la démocratie représentative. C'est précisément ce modèle accordant la primauté au pouvoir législatif qui est ébranlé par les transformations actuelles du système politique. Notamment, l'évolution du système électoral soulève directement le problème de représentativité du pouvoir législatif. En revisitant les fondements de la légitimité législative, nous devons revoir en conséquence la conception de l'interprétation juridique qui insiste sur la recherche de l'intention du législateur. Une meilleure conceptualisation de l'interprétation législative permet d'ailleurs de comprendre pourquoi il convient d'écarter le modèle suggéré par la démocratie représentative dont la légitimité a été ainsi fragilisée. Cela semble justifier l'hypothèse d'un déplacement théorique en direction d'une compréhension systémique de la *fonction* du pouvoir judiciaire — plutôt que du mythe de la représentation du peuple dans le pouvoir législatif.

Le présent texte entend donc montrer, d'un côté, les fondements de la démocratie représentative et, de l'autre, ses limites. Car, une fois la démocratie représentative érigée en modèle politico-juridique de la modernité, les tribunaux ont tenté de réconcilier l'interprétation des lois avec les prémisses de cette conception démocratique. Ainsi, le discours judiciaire a principalement cherché la signification du droit dans le texte législatif (textualisme) et la recherche de l'intention du législateur (intentionnalisme). Les théories contemporaines en matière d'interprétation juridique ont suffisamment démontré les limites du textualisme pour qu'il ne soit

pas nécessaire de nous y arrêter à nouveau ici. C'est pourquoi nous nous consacrerons plutôt à la discussion des limites de l'intentionnalisme qui continue d'être une approche interprétative omniprésente dans la rhétorique juridique et, plus particulièrement, judiciaire.

Le modèle politico-juridique hérité de la modernité est fondé sur la notion de représentation, ce qui explique la primauté accordée au pouvoir législatif par le moment électoral. Durant les XIX^e et XX^e siècles, le positivisme philosophique allait mener à la consécration du positivisme juridique comme conception dominante du droit. Si la légitimité des normes juridiques était jadis assurée par son adéquation au droit naturel, le droit valide, selon le *juspositivisme*, correspond plutôt à la volonté des organes de l'État. Dans cette optique, le droit n'existe qu'en vertu des décisions des instances représentatives, les rapports entre les pouvoirs étant pensés de manière hiérarchique : au sommet de la pyramide kelsénienne, le législateur détient le monopole de la production du droit, alors que l'action du pouvoir judiciaire se limite, comme le concevait Montesquieu, à appliquer mécaniquement les lois.

Plusieurs phénomènes contemporains remettent cependant en question cette conceptualisation de la légitimité du droit fondée sur la démocratie représentative et vont même jusqu'à inverser la pyramide². Alors que la modernité politique et le positivisme juridique avaient érigé le législateur en autorité suprême dans l'architectonique du pouvoir étatique, la subordination croissante du pouvoir législatif au gouvernement et aux tribunaux justifie la révision du modèle hiérarchique habituel³. Traditionnellement, le législateur se trouvait au sommet de la hiérarchie juridique, immédiatement sous la Constitution, alors que les pouvoirs exécutif et judiciaire lui demeuraient subordonnés, se limitant à l'application et à la mise en œuvre des lois. Avec l'avènement de l'État social et des instruments de protection des droits et libertés, le gouvernement, l'administration et les tribunaux ont exercé progressivement des pouvoirs de plus en plus importants. En raison de ce déplacement du pouvoir vers l'exécutif et le judiciaire, la hiérarchie est modifiée :

Désormais, c'est le législateur qui se trouve à la pointe inférieure sur laquelle [la pyramide] repose, dans un équilibre fragile. Au sommet de cette pyramide inversée logent les tribunaux, arrimés à la Constitution dont ils estompent ainsi la suprématie par leurs interprétations créatrices, ainsi que le gouvernement, flanqué

2. A. LAJOIE, *Quand les minorités font la loi*, Paris, PUF, 2002, p. 152 et suiv.

3. N. LUHMANN, *Law as a Social System*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 279.

d'une administration dont les pouvoirs décroissent ou s'exercent de façon occultée selon les minorités qui l'interpellent⁴.

Ainsi, l'évolution contemporaine de l'exercice du pouvoir au sein des institutions étatiques laisse entrevoir la pertinence d'examiner la situation actuelle du pouvoir législatif dans l'ordre juridique interne, notamment canadien. La première partie de notre article analyse les fondements modernes et les transformations récentes du pouvoir législatif. Ce n'est qu'une fois menée cette critique de la démocratie représentative qu'il devient possible de montrer les limites, dans la seconde partie, de la conception de l'interprétation législative fondée sur la recherche de l'intention du législateur. Auparavant conçue selon le modèle hiérarchique conférant la primauté au pouvoir législatif, la production du droit pourrait maintenant davantage s'analyser dans le contexte de la théorie systémique du droit, selon laquelle le système juridique prend la forme d'un réseau⁵.

1 Le pouvoir législatif dans la démocratie représentative

Le modèle constitutionnel qui demeure en vigueur dans les systèmes politico-juridiques contemporains a été construit à l'origine par les philosophes jusnaturalistes modernes. Il est articulé autour de notions telles la représentation et la souveraineté, qui se révèlent par ailleurs inappropriées pour expliquer certaines transformations contemporaines. En vue de mener une critique de la construction de ces notions, il faut d'abord retourner aux fondements de la démocratie représentative. Ainsi, après avoir étudié la construction de la démocratie représentative sur laquelle repose le paradigme juridique moderne (1.1), nous analyserons certaines transformations en cours, relatives aux systèmes politique et électoral (1.2).

1.1 La construction moderne du pouvoir législatif

Les penseurs du droit naturel moderne, tels Hobbes, Bodin, Pufendorf, Burlamaqui et Rousseau, ont intégré la théorie de la souveraineté dans la doctrine jusnaturaliste. Les philosophes jusnaturalistes, en particulier les contractualistes, ne s'entendent toutefois pas sur la possibilité et la

4. A. LAJOIE, *op. cit.*, note 2, p. 164-165. Elle écrit (p. 164) : « une transformation plus poussée encore caractérise notre époque postmoderne, où la fragmentation du social en minorités qui servent de première référence identitaire sinon citoyenne a entraîné le renversement complet de cette ancienne pyramide ».

5. F. OST et M. V. DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002 ; F. OST et M. V. DE KERCHOVE, « De la pyramide au réseau? Vers un nouveau mode de production du droit? », (2000) 44 *Rev. Interdiscipl. Et. Jur.* 1.

nécessité de la représentation de la souveraineté du peuple. Pour Pufendorf, le pacte social accomplit un transfert total de souveraineté. De son côté, Burlamaqui exprime comme suit cette théorie de la souveraineté absolue : « C'est le transport et la réunion de tous les droits de tous les particuliers dans la personne du Souverain, qui le constitue tel, et qui produit véritablement la Souveraineté⁶. » Pour protéger les citoyens contre les abus de pouvoir, Burlamaqui ajoute cependant certaines contraintes à l'exercice de la souveraineté, dans le contexte d'une théorie de la limitation de la souveraineté. Il s'agit essentiellement d'un équilibre des pouvoirs ou d'un partage de la souveraineté selon le principe d'une balance, idée qui sera au cœur du constitutionnalisme américain avec son système de poids et contrepoids (*checks and balances*). En désaccord avec ce transfert de souveraineté, Rousseau est plutôt d'avis que la souveraineté est inaliénable et indivisible : « Si donc le peuple promet simplement d'obéir, il se dissout par cet acte, il perd sa qualité de peuple ; à l'instant qu'il y a un maître il n'y a plus de souverain, et dès lors le corps politique est détruit⁷. » D'ailleurs, au sein de la démocratie représentative, le souverain doit être absent du pouvoir politique puisqu'il est censé être représenté ; la présence du souverain dans le pouvoir politique rendrait ce dernier illégitime⁸.

En raison de l'impossibilité de la représentation, Rousseau privilégiait la démocratie directe, qui permet l'exercice de la souveraineté par le peuple. Avec le passage à la démocratie représentative s'est opérée une confusion en vertu de laquelle le gouvernement représentatif est censé équivaloir à la démocratie. L'histoire constitutionnelle canadienne pourrait toutefois servir d'exemple pour bien illustrer la distinction entre les deux. Alors que la revendication d'un tel gouvernement représentatif, concrétisée par la création d'une assemblée législative élue, a été satisfaite dès l'*Acte constitutionnel de 1791*⁹, il faudra attendre plusieurs décennies encore avant de connaître une véritable démocratie. Les autorités impériales céderont progressivement aux autres demandes de la colonie, dont celle d'un gouvernement responsable en 1848, et reconnaîtront finalement la souveraineté au Dominion canadien avec le *Statut de Westminster de 1931*¹⁰. Enfin,

6. J.-J. BURLAMAQUI, *Principes du droit politique*, t. 1, Caen, Centre de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen, 1984, chap. 6, par. 6, p. 52.

7. J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Paris, Garnier-Flammarion, 1966, livre 2, chap. 1, p. 64.

8. H. LINDAHL, « Sovereignty and Symbolization », (1997) 28 *Rechtstheorie* 347.

9. *Acte constitutionnel, 1791* (R.-U.), 31 Geo. III, c. 31.

10. *The Statute of Westminster, 1931* (R.-U.), 22 & 23 Geo. V, c. 4. Il faudrait préciser que la souveraineté canadienne n'était pas encore complète. L'article 7 (1) du Statut excluait la Constitution canadienne (formée en large partie de lois britanniques) de l'abrogation du principe de la suprématie des lois britanniques, ce qui permettra au Parlement britan-

ce ne sera qu'en 1982 que le Canada acquerra le pouvoir de modifier sa constitution sans l'intervention des autorités britanniques¹¹.

Pour bien montrer que le gouvernement représentatif n'équivaut pas à la démocratie, il faut remonter jusqu'aux fondateurs de la « démocratie » représentative qui opposaient le gouvernement représentatif à la démocratie¹². Si les révolutions anglaise, française et américaine ont installé la démocratie représentative comme forme de gouvernement moderne, leurs penseurs distinguaient néanmoins le gouvernement représentatif de la démocratie qu'ils concevaient plutôt comme devant être directe. Alors que Rousseau réfutait toute possibilité de représentation, Sieyès reconnaissait une « différence énorme » entre la démocratie caractérisée par le rôle actif des citoyens et le régime représentatif où ce sont les représentants élus qui gouvernent¹³. Quant à Madison, dans son célèbre texte sur le problème des factions¹⁴, le *Federalist Paper* numéro 10, il examine les différences entre une république, c'est-à-dire « un gouvernement dans lequel l'idée de représentation existe », et une démocratie pure, c'est-à-dire « une société composée d'un petit nombre de citoyens qui s'assemblent et se gouvernent eux-mêmes »¹⁵. C'est précisément parce que la démocratie pure « ne

nique de continuer jusqu'en 1982 de légiférer pour le Canada en matière constitutionnelle à la demande toutefois de ce dernier (en vertu de l'article 4 du Statut). De plus, les appels au Comité judiciaire du Conseil privé n'ont été abolis qu'en 1949.

11. *Loi de 1982 sur le Canada*, (R.-U.), 1982, c. 11.
12. B. MANIN, *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Calmann-Lévy, 1995. L'explication qui suit emprunte largement à l'analyse de Manin.
13. E.J. SIEYÈS, *Dire de l'abbé Sieyès, sur la question du veto royal, à la séance du 7 septembre 1789*, Versailles, Baudouin, 1789, p. 12; voir aussi E.J. SIEYÈS, *Quelques idées de Constitution applicables à la ville de Paris, en juillet 1789*, Versailles, Baudouin, 1789, p. 3-4, cités dans B. MANIN, *op. cit.*, note 12, p. 13.
14. « Par faction, j'entends un certain nombre de citoyens formant la majorité ou la minorité, unis et dirigés par un sentiment commun de passion ou d'intérêt, contraire aux droits des autres citoyens ou aux intérêts permanents et généraux de la communauté » : J. MADISON, *Le fédéraliste*, papier n° 10 trad. par G. Jèze, Paris, Economica, 1988, p. 67-68. Dans la version originale : « By a faction I understand a number of citizens, whether amounting to a majority or minority of the whole, who are united and actuated by some common impulse of passion, or of interest, adverse to the rights of other citizens, or to the permanent and aggregate interests of the community » (J. MADISON, A. HAMILTON et J. JAY, *The Federalist Papers*, New York, Penguin, 1987, p. 319).
15. J. MADISON, *Id.*, p. 72-73. Dans la version originale :
 A republic, by which I mean a government in which the scheme of representation takes place, opens a different prospect and promises the cure for which we are seeking. Let us examine the points in which it varies from pure democracy; from this view of the subject it may be concluded that a pure democracy, by which I mean a society consisting of a small number of citizens, who assemble and administer the government in person, can admit of no cure for the mischiefs of faction.

comporte aucun remède contre les méfaits des factions¹⁶» que Madison lui préfère le gouvernement représentatif. À son avis, la représentation aura pour effet :

[...] d'épurer et d'élargir l'esprit public, en le faisant passer dans un milieu formé par un corps choisi de citoyens, dont la sagesse saura distinguer le véritable intérêt de leur patrie, et qui, par leur patriotisme et leur amour de la justice, seront moins disposés à sacrifier cet intérêt à des considérations momentanées ou partiales. Sous un tel gouvernement, il sera possible que la voix publique, exprimée par les représentants du peuple, soit plus d'accord avec le bien public, que si elle était exprimée par le peuple lui-même assemblé pour cet objet¹⁷.

Alors que le gouvernement représentatif n'équivalait pas à la démocratie dans l'esprit des fondateurs de la démocratie représentative, les deux modèles seront néanmoins confondus par la suite. Pourtant, ils se distinguent en ce que « le gouvernement représentatif n'accorde aucun rôle institutionnel au peuple assemblé¹⁸ ». Dans le régime qui demeure à ce jour le plus souvent cité comme modèle de citoyenneté fondée sur la participation, la démocratie athénienne, il y avait recours au tirage au sort pour désigner les citoyens qui occuperaient des fonctions publiques, ce qui exigeait d'eux une grande vertu civique. Évidemment, l'exemple de la Cité antique ne doit pas faire oublier l'inégalité juridique qui existait alors entre les individus, ce qui se révèle inacceptable lorsque la chose est jugée en fonction des idéaux de la modernité. Le *jusnaturalisme* aristotélicien n'échappe d'ailleurs pas à cette critique¹⁹. Dans l'histoire politique, la démocratie athénienne n'a toutefois pas l'exclusivité de la non-reconnaissance de l'égalité, ni du recours au tirage au sort pour désigner ses gouvernants. Sur ce dernier point, pour ne donner qu'un exemple, pendant le Moyen Âge et la Renaissance, les républiques italiennes ont aussi fait usage du tirage au

16. *Id.*, p. 72 :

La majorité aura, presque dans tous les cas, des passions et des intérêts communs, la communication et l'accord résulteront nécessairement de la forme même du gouvernement ; il n'y a rien qui puisse réprimer le désir de sacrifier le parti le plus faible ou un individu sans défense. Aussi, les démocraties de ce genre ont-elle toujours offert le spectacle du trouble et des dissensions ; elles ont toujours été incompatibles avec la sûreté personnelle et le maintien des droits de propriété ; elles ont eu, en général, une existence éphémère et une mort violente. Les théoriciens politiques qui ont défendu cette sorte de gouvernement, ont faussement supposé qu'en réduisant les hommes à une égalité parfaite dans leurs droits politiques, on pourrait aussi établir l'égalité et l'identité dans leurs possessions, leurs opinions et leurs passions.

17. *Id.*, p. 73.

18. B. MANIN, *op. cit.*, note 12, p. 19.

19. P. AUBENQUE, « La loi chez Aristote », (1980) 25 *Archives de philosophie du droit* 147 ; A. RENAUT et L.K. SOSOE, *Philosophie du droit*, Paris, PUF, 1991, p. 244 et suiv.

sort afin de choisir leurs magistrats. Les historiens néo-républicains, qui ont contesté le monopole du libéralisme comme idéologie explicative de la révolution américaine, ont d'ailleurs montré les liens entre la pensée politique grecque et les républicanismes florentin et américain²⁰.

Si l'élection l'a par la suite emporté sur la loterie, c'est principalement parce que le tirage au sort paraissait incompatible avec le principe fondateur de la modernité et des révolutions anglaise, américaine et française. La Raison implique en effet que « toute autorité légitime dérive du consentement de ceux sur qui elle est exercée ou, en d'autres termes, que les individus ne sont obligés que par ce à quoi ils ont consenti²¹ ». Pour assurer la légitimité démocratique, consentir au pouvoir devient plus important que d'y accéder. Aussi, pour que la souveraineté puisse être représentée, le souverain doit être absent du pouvoir²². « Cette croyance que seuls le consentement et la volonté constituent la source de l'autorité légitime et fondent l'obligation des membres de la société à l'égard du pouvoir était commune à tous les théoriciens de l'École du droit naturel, de Grotius à Rousseau en passant par Hobbes, Pufendorf et Locke²³ ». Avec de tels fondements de la légitimité démocratique, le tirage au sort est condamné puisqu'il ne fait pas intervenir la volonté humaine qui avait dès lors remplacé les sources transcendantes externes (la Nature ou Dieu) comme fondement de l'autorité légitime. C'est ainsi que la révolution anglaise a mené au triomphe du Parlement, dont les lois ont d'ailleurs été au cœur de la révolution américaine puisque les colonies n'avaient pas consenti à celles-ci. À cet égard, la révolution américaine allait donner à la démocratie représentative tout son sens : « No taxation without representation. » Au surplus, le constitutionnalisme américain (article 2 de la Constitution) a créé un système de représentation indirecte pour l'élection présidentielle en confiant ce pouvoir au collège électoral dont les grands électeurs élisent le président. En France, la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* allait consacrer ce qui suit dans son article III : « Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation : nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément. »

Bien que le consentement des gouvernés devienne essentiel à l'idéal démocratique, la démocratie représentative n'est pas sans danger. C'est

20. J.G.A. Pocock, *The Machiavellian Moment. Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1975 ; G.S. Wood, *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, Williamsburg (VA), Chapel Hill, 1969.

21. B. MANIN, *op. cit.*, note 12, p. 113-114.

22. H. LINDAHL, *loc. cit.*, note 8.

23. B. MANIN, *op. cit.*, note 12, p. 115.

pourquoi, notamment, le constitutionnalisme américain a créé un système de poids et contrepoids pour éviter que les élus abusent de leur pouvoir. Faisant écho à la célèbre maxime de Montesquieu, selon laquelle le pouvoir arrête le pouvoir²⁴, Madison écrit : « Ambition must be made to counteract ambition²⁵. » Au surplus, quelques années plus tard, en 1803, la Cour suprême des États-Unis s'arrogera le pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois²⁶. Lorsqu'il avait cherché à convaincre James Madison de la nécessité d'adopter une déclaration des droits dans la Constitution américaine, Thomas Jefferson avait d'ailleurs invoqué cette théorie des contrepoids exercés par le pouvoir judiciaire²⁷. Tous ces mécanismes de contrôle du pouvoir politique constitueront des éléments centraux de la pensée, alors émergente, de l'État de droit²⁸.

De nombreux phénomènes contemporains remettent toutefois en cause ce système de gouvernement représentatif. Ce qui semble se fragiliser ici, c'est l'élément « représentation » lui-même. Tandis que la légitimité au sein de la démocratie représentative a été construite à partir de cette idée de représentation, les transformations contemporaines du système politique ébranlent sérieusement les postulats de ce modèle démocratique pourtant encore dominant. Ce qui apparaît désormais incontournable, c'est la remise en question de la représentation comme condition de légitimité du pouvoir législatif.

1.2 Les transformations contemporaines du système politique

Prônant une démocratie directe, Rousseau ne parviendra pas à influencer, sur cet aspect, les régimes constitutionnels des démocraties occidentales. Ne serait-ce que pour des raisons pratiques, qu'il suffise de penser à la taille des États modernes et de leurs populations, le modèle

24. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, t. 1, Paris, Gallimard, 1995, livre 11, chap. 4, p. 326 : « Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir. »

25. J. MADISON, papier n° 51, *op. cit.*, note 14, p. 319. Dans le régime parlementaire canadien, l'autorité gouvernementale est si forte que c'est davantage le fédéralisme qui a permis la mise en œuvre de ce système de poids/contrepoids.

26. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

27. « In the arguments in favor of a declaration of rights, you omit one which has great weight with me, the legal check which it puts into the hands of the judiciary. This is a body, which if rendered independent, and kept strictly to their own department, merits great confidence for their learning and integrity » : lettre de Jefferson à Madison, Paris, 15 mars 1789, reproduite dans M.D. PETERSON (dir.), *The Portable Thomas Jefferson*, New York, Penguin Books, 1975, p. 438.

28. J.-Y. MORIN, *L'État de droit : émergence d'un principe du droit international*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1995.

juridico-politique moderne sera plutôt celui de la démocratie représentative. Néanmoins, la théorie rousseauiste parviendra à inculquer le culte de la loi, le caractère sacré de celle-ci prenant différentes formes selon les régimes constitutionnels. En Angleterre et en France, à la suite des révolutions de 1688 et 1789, les systèmes politiques et juridiques érigent la suprématie du pouvoir législatif à la fois en principe constitutionnel et en mythe fondateur. Dans les deux systèmes, la suprématie législative signifie également l'absence de contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois. Dans le constitutionnalisme anglais, cette primauté législative prend la forme du principe de la souveraineté du Parlement. Selon ce principe, le Parlement peut modifier toutes les lois, puisqu'il n'est pas lié par ses prédécesseurs et ne peut, par conséquent, limiter ses successeurs. Dans la théorie constitutionnelle française et la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* (à son article VI), la loi y est consacrée « expression de la volonté générale ».

La pensée jusnaturaliste moderne adopte l'idée de démocratie comme mesure de la légitimité du pouvoir politique²⁹. Selon la conceptualisation dominante, le principe démocratique s'incarne d'abord et avant tout dans le « paradigme démocratique élémentaire³⁰ », composé du moment électoral, de la règle majoritaire et de la suprématie législative. Suivant le positivisme légaliste qui en découle, le législateur est investi de l'autorité légitime et du monopole de la production des normes juridiques. Ce modèle juridique de la modernité politique a été constamment remis en cause depuis le début du XX^e siècle par des théories du droit issues de différentes perspectives. Que ce soit les approches sociologiques et réalistes, ou les *critical legal studies* et les différentes perspectives ouvertes par le postmodernisme, ou encore les théories économique et néo-marxiste du droit, et les autres théories contemporaines, les nombreuses critiques adressées au positivisme juridique ont ébranlé considérablement les fondements du modèle juridique sur lequel repose encore aujourd'hui la démocratie représentative. En effet, la démocratie représentative s'accommode plutôt mal des transformations en cours dans la société contemporaine aux institutions en transition.

La crise actuelle de la démocratie fait apparaître une crise plus profonde, soit celle du modèle de rationalité : « La crise de nos institutions

29. F. TINLAND, « Hobbes, Spinoza, Rousseau et la formation de l'idée de démocratie comme mesure de la légitimité du pouvoir politique », *Revue philosophique*, vol. 2, 1985, p. 195.

30. K. BENYEKHLEF, « Démocratie et libertés : Quelques propos sur le contrôle de constitutionnalité et l'hétéronomie du droit », (1993) 38 *R.D. McGill* 91.

démocratiques est intimement liée à la crise de la raison³¹. » Le projet de la modernité se voulait, en un sens, une tentative de rationalisation fondée sur une théorie de la rationalité stratégique. Les tournants linguistique et pragmatique, qui peuvent être associés à différentes pensées, ont bien montré les limites de cette rationalité stratégique. Comme nous le verrons dans la seconde partie du texte, la pensée juridique doit ainsi prendre acte du débat métathéorique sur la réflexion épistémologique.

Sur le plan du pouvoir législatif, plusieurs phénomènes semblent caractéristiques de cette crise de la démocratie représentative, qui renferme plus fondamentalement une crise de la représentation elle-même. Le problème est à ce point important que la fin de la démocratie représentative a déjà été annoncée³². En fait, tout se passe comme si, à défaut d'avoir été actualisé depuis quelques siècles, ce concept de représentation risque maintenant de tomber en désuétude. Nous allons maintenant aborder certaines transformations contemporaines qui heurtent la représentation traditionnelle du pouvoir législatif. Nous nous limiterons ci-dessous à des phénomènes qui concernent, en particulier, le système politique et les élections législatives. Certains facteurs politiques permettent d'expliquer la perte de suprématie du pouvoir législatif dans l'ordre juridique interne. Cela touche les rapports entre les pouvoirs législatif et exécutif. L'analyse proposée ici a principalement pour objet de remettre en question les fondements démocratiques du pouvoir législatif.

Théoriquement, le système parlementaire canadien confère une primauté au Parlement sur l'exécutif³³. D'abord, le principe de la souveraineté du Parlement fait de celui-ci l'autorité suprême. Lorsque ce principe est combiné à celui de la primauté du droit, la soumission de l'exécutif au législatif est plus importante encore, car les pouvoirs de l'exécutif lui sont largement conférés par le Parlement. C'est ainsi que le pouvoir réglementaire est en fait un pouvoir délégué par le Parlement, que les dépenses budgétaires décidées par l'exécutif doivent être autorisées par une loi et que les pouvoirs de l'exécutif découlant de la common law (la prérogative royale) peuvent aussi être modifiés législativement. En fait, seuls les

31. J. LENOBLE, « Modèles de rationalité et crise de la démocratie », dans D. ROUSSEAU (dir.), *La démocratie continue*, Paris, L.G.D.J./Bruylant, coll. « La pensée juridique moderne », 1995, p. 77, à la page 83.

32. Voir notamment J.-F. THUOT, *La fin de la représentation et les formes contemporaines de la démocratie*, Montréal, Nota Bene, 1998.

33. J. WOEHLING, « L'évolution constitutionnelle du Canada et du Québec de 1867 à nos jours », dans J.-Y. MORIN et J. WOEHLING, *Les constitutions du Canada et du Québec du Régime français à nos jours*, t. 1: « Études », Montréal, Thémis, 1994, p. 123, aux pages 225 et suiv. L'explication qui suit s'appuie sur l'analyse de cet auteur.

pouvoirs exécutifs prévus dans la Constitution formelle échappent ici au contrôle législatif.

Pendant, dans la réalité politique, c'est plutôt l'inverse qui se produit, c'est-à-dire que l'exécutif a primauté sur le Parlement. Dans le système politique canadien, les élections législatives s'effectuent selon les règles du parlementarisme britannique. En conséquence, les conventions constitutionnelles prescrivent que le parti politique qui obtient la majorité des sièges forme le gouvernement et son chef devient le premier ministre. Le mode de scrutin majoritaire uninominal à un seul tour, qui favorise le bipartisme³⁴, garantit généralement l'élection d'un gouvernement majoritaire. Puisque les mêmes conventions obligent le gouvernement à démissionner s'il est battu en chambre, ce dernier impose une forte discipline de parti à ses députés. La prédominance du pouvoir exécutif s'explique également par le contrôle qu'il exerce sur l'activité parlementaire et par l'abus des délégations de pouvoir réglementaire.

La primauté du pouvoir exécutif, que l'on peut observer dans plusieurs systèmes politiques³⁵, s'accroît durant les situations d'exception, ces situations d'urgence qui se trouvent à la frontière entre le droit public et le fait politique et, qui ébranlent les fondements de l'ordre juridique en suspendant la primauté du droit. L'équilibre entre le droit et la violence semble alors fragilisé. Au surplus, il est possible de se demander si l'état d'exception, qui avait été conçu comme une mesure provisoire et, évidemment, exceptionnelle, n'est pas devenu une forme permanente de gouvernance, et même le paradigme de gouvernement dominant dans la politique contemporaine³⁶. Émergerait ainsi un nouveau régime constitutionnel, dit « d'urgence », dans lequel les tribunaux risquent d'adopter le schème de pensée véhiculé par le pouvoir exécutif³⁷. Lorsque l'État juridictionnel cède ainsi devant l'État gouvernemental, la légitimité décisionniste de Carl Schmitt

34. M. DUVERGER, *L'influence des systèmes électoraux sur la vie politique*, Paris, Armand Colin, 1950; M. DUVERGER, *Les partis politiques*, Paris, Armand Colin, 1981. Évidemment, il faut aussi tenir compte du système de partis.

35. Par exemple, aux États-Unis, le pouvoir exécutif s'est imposé comme la branche dominante de l'État: voir notamment B. ACKERMAN, *The Failure of the Founding Fathers. Jefferson, Marshall, and the Rise of Presidential Democracy*, Cambridge/Londres, Belknap Press, 2005.

36. G. AGAMBEN, *État d'exception*, Paris, Seuil, 2003.

37. B. ACKERMAN, *Before the Next Attack. Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*, New Haven, Yale University Press, 2006.

l'emporte alors sur la légitimité normative de Hans Kelsen³⁸. Schmitt a d'ailleurs été le premier à élaborer une théorie de l'état d'exception³⁹.

En temps normal au Canada, les décisions politiques demeurent soumises au contrôle judiciaire de constitutionnalité, comme l'a affirmé la Cour suprême en rejetant la doctrine des questions politiques⁴⁰. Faisant référence au contexte de l'après-11 septembre 2001, cette même cour a cependant autorisé qu'un individu puisse, dans des circonstances exceptionnelles, être expulsé du Canada en direction d'un pays où il risque la torture⁴¹, ce qu'elle avait pourtant exclu dans un jugement où elle avait accepté, dix ans auparavant, qu'un condamné à mort (qui s'était enfui au Canada) puisse être extradé aux États-Unis pour y subir la peine capitale⁴². Plus récemment, la Cour suprême a été saisie, pour la première fois, de la constitutionnalité des dispositions de la *Loi antiterroriste*⁴³, adoptées sous forme de modifications du *Code criminel*⁴⁴. Comme l'écrivent les juges Iacobucci et Arbour, cette loi «est l'aspect législatif de la réaction du Canada à l'effroyable tragédie des attaques terroristes survenues aux États-Unis, le 11 septembre 2001⁴⁵». La Cour suprême a validé la procédure d'investigation judiciaire adoptée dans le contexte de cette loi antiterroriste.

Dans le système politique actuel, le pouvoir du gouvernement prédomine sur celui du législateur. Néanmoins, le système électoral joue un rôle fondamental pour asseoir la légitimité démocratique du pouvoir législatif sur le consentement des gouvernés. Au surplus, il accorde aux élus un pouvoir sur des questions qui n'ont pourtant pas fait l'objet de discussion ou d'engagement durant la campagne électorale, qu'il suffise ici de penser à l'importance extraordinaire des attentats terroristes du 11 septembre 2001 dans la politique américaine par la suite. En ce sens, les mandats

38. M. COUTU, «Légitimité et Constitution: les trois types purs de la jurisprudence constitutionnelle», (2004) 56-57 *Droit et société* 233.

39. C. SCHMITT, *Die Diktatur*, Munich, Duncker & Humblot, 1921 (*La Dictature*, Paris, Seuil, 2000).

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

41. *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3. À noter que Louise Arbour, qui avait participé à la décision dans l'arrêt *Suresh* à titre de juge à la Cour suprême du Canada, a par la suite émis des réserves importantes à l'égard de cet aspect de la décision une fois nommée haute-commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme. Pour une analyse de cette décision, voir M. COUTU et M.-H. GIROUX, «L'après-11 septembre devant la Cour suprême du Canada: situation exceptionnelle et légitimité», (2003) numéro spécial *R. du B.* 237, 258.

42. *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779.

43. *Loi antiterroriste*, L.C. 2001, c. 41.

44. *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 83.28.

45. *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, par. 2, [2004] 2 R.C.S. 248.

électorales accordés par les gouvernés deviennent dès lors une forme de « consentement sans consentement », pour reprendre la formule de Noam Chomsky⁴⁶.

Selon le paradigme démocratique élémentaire, constitutif de la légitimité démocratique du pouvoir législatif, le moment électoral s'associe à la règle de la majorité pour fonder cette autorité légitime. Pourtant, aussi majoritaire qu'il soit en fonction du nombre de circonscriptions, le gouvernement est illusoirement majoritaire. De fait, les gouvernements élus obtiennent généralement un pourcentage de voix inférieur à 50 p. 100 des votes. Dans l'histoire du Québec contemporain, pour des raisons qui tiennent au mode de scrutin, au découpage de la carte électorale et à la répartition des clientèles électorales, il est arrivé à quelques reprises que le parti politique formant le gouvernement obtienne moins de votes que le parti formant l'opposition officielle. Plus important encore, les taux de participation aux élections sont de plus en plus faibles. Lors des élections législatives générales, les électeurs élisent le député de leur circonscription. Cependant, un détournement électoral s'opère en réalité : les citoyens votent bien davantage pour le gouvernement de leur choix — donc pour le pouvoir exécutif — et non pour l'élection de représentants au sein de l'assemblée législative. Toutes ces réalités tendent à diminuer la légitimité du législateur conçue en termes de représentation. Comment, en effet, est-il possible de croire que le processus électoral confère toute la légitimité requise au Parlement dans un contexte où les électeurs s'abstiennent en grand nombre, où le pourcentage des voix favorable au parti politique formant le gouvernement est inférieur à 50 p. 100 et ainsi de suite ? Au surplus, avec le phénomène des transfuges politiques qui, une fois élus sous la bannière d'un parti politique, décident de traverser la chambre pour se joindre à un autre parti politique (généralement celui qui détient le pouvoir), la population assiste à un véritable déni de représentation⁴⁷. Comment est-il possible effectivement de prétendre que la nouvelle adhésion du député reflète la volonté des électeurs ? Tous les cas de transfuges politiques sont autant d'affronts à la démocratie représentative. À tel point qu'il serait possible de prétendre que le phénomène des transfuges est contraire à

46. N. CHOMSKY, *Le pouvoir mis à nu*, Montréal, Éditions Écosociété, 2002, chap. 7 : « Le « consentement sans consentement » : Réflexions sur la théorie et la pratique de la démocratie », p. 255-289.

47. Sur cette question, voir : D. MORTON, « Réflexions sur les transfuges politiques », *Revue parlementaire canadienne*, vol. 29, 2006, p. 4.

l'article 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la mesure où ce dernier garantit le droit à une représentation effective⁴⁸.

Paradoxalement, même si le caractère représentatif du pouvoir législatif pose problème, les tribunaux continuent de recourir, dans leur discours interprétatif, à des notions qui associent le sens des lois à la seule volonté du législateur. Les travaux contemporains en matière de théorie du droit permettent toutefois de remettre en question l'approche intentionnaliste qui caractérise l'interprétation des lois.

2 L'interprétation législative dans une démocratie représentative

La suprématie législative n'a pas eu des effets que sur les rapports entre le Parlement et le pouvoir exécutif : elle a également façonné les relations entre le législateur et les tribunaux. Les deux principaux domaines où se joue cette dynamique législateur-tribunaux concernent l'interprétation législative et le contrôle judiciaire de constitutionnalité. Dans le présent texte, nous n'aborderons que la question de l'interprétation, puisque nous avons déjà traité ailleurs de la justice constitutionnelle⁴⁹. L'érection, par la modernité, d'un modèle légicentrique a couvert l'action législative d'une voile de légitimité mythologique fondée sur le postulat de la rationalité du législateur et le dogme idéal de la loi en tant qu'expression de la volonté générale⁵⁰.

Les décisions judiciaires ont généralement *déclaré* le sens des règles de droit en faisant valoir qu'il s'agissait là de la signification du texte adopté par le législateur ou de l'intention que ce dernier avait exprimée à travers ce texte. Depuis quelques décennies, les travaux dans le domaine de la

48. Sur cette interprétation de l'article 3, voir : *Renvoi : Circonscriptions électorales provinciales (Saskatchewan)*, [1991] 2 R.C.S. 158.

49. Voir notamment S. BERNATCHEZ, «Droit et justice constitutionnelle de Habermas à Luhmann», (2006) 21 R.C.D.S. 113 ; S. BERNATCHEZ, «La procéduralisation contextuelle et systémique du contrôle de constitutionnalité à la lumière de l'affaire Sauvé», (2006) 20 R.N.D.C. 73 ; S. BERNATCHEZ, «Les traces du débat sur la légitimité de la justice constitutionnelle dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada», (2005-06) 36 R.D.U.S. 165.

50. Voir notamment : J. LENOBLE et F. OST, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1980 ; D. MOCKLE, «Crise et transformation du modèle légicentrique», dans J. BOULAD-AYOUB, B. MELKEVIK et P. ROBERT (dir.), *L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1996, p. 17 ; J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, «Les chartes des droits et libertés comme louves dans la bergerie du positivisme ? Quelques hypothèses sur l'impact de la culture des droits sur la culture juridique québécoise», dans B. MELKEVIK (dir.), *Transformation de la culture juridique québécoise*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1998, p. 83.

théorie juridique ont à ce point progressé qu'il n'est plus possible de nier le caractère interprétatif du droit en camouflant le rôle créateur du juge derrière de supposées justifications textualiste et intentionnaliste. Celles-ci avaient d'ailleurs pour objet de réconcilier l'interprétation avec les postulats de la démocratie représentative et du positivisme juridique. La critique du textualisme a été menée notamment par le réalisme juridique qui a su démontrer, au début du *xx^e* siècle, que le texte ne peut régler lui-même sa propre application. Les tribunaux ont adopté des approches interprétatives, dites « modernes » dans le cas de la Cour suprême du Canada⁵¹, qui doivent permettre précisément de dépasser la seule prise en considération du texte législatif dans la production du sens⁵².

Nous présenterons brièvement ci-dessous l'interprétation intentionnaliste, avant d'en faire la critique. Ainsi, dans la seconde partie de notre texte, nous nous concentrerons sur l'interprétation législative dans le contexte d'une démocratie représentative. Dans un premier temps (2.1), notre analyse des rapports entre les pouvoirs judiciaire et législatif portera sur la recherche de l'intention du législateur que mènent les tribunaux. Dans un second temps (2.2), nous montrerons comment les développements relatifs à l'interprétation juridique et à ses fondements philosophiques remettent en question l'interprétation intentionnaliste et le modèle hiérarchique qui sous-tend le principe de la séparation des pouvoirs.

2.1 La recherche de l'intention du législateur

Pour ce qui est de la recherche de l'intention du législateur, cet objectif demeure prépondérant dans le processus de l'interprétation des lois. Tant la doctrine d'ailleurs que les tribunaux continuent d'en faire le leitmotiv de l'interprétation législative. Cette approche intentionnaliste, prédominante encore une fois en ce qui concerne l'interprétation juridique, est étroitement liée au concept de représentation. Pour en saisir de manière appropriée l'importance sur le plan du droit, il convient de faire un court détour par la philosophie du langage. Ce n'est qu'une fois cette démonstration théorique faite qu'il nous sera possible d'en déterminer la signification quant aux limites de la démocratie représentative.

51. Voir, par exemple, *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27. Sur cette méthode, voir notamment R. SULLIVAN, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4^e éd., Markham, Butterworths, 2002, p. 1-19; S. BEAULAC et P.-A. CÔTÉ, « Driedger's «Modern Principle» at the Supreme Court of Canada: Interpretation, Justification, Legitimization », (2006) 40 *R.J.T.* 131.

52. La juge L'Heureux-Dubé a opposé cette méthode moderne à la règle du sens ordinaire ou du sens clair: 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919.

Le tournant linguistique, avec Gottlob Frege, a montré comment une pensée objective—et non l'acte subjectif de penser (propre à la philosophie de la conscience)—peut être la propriété commune de nombreux sujets⁵³. Ainsi, plusieurs individus peuvent saisir le même sens, mais ils ne peuvent avoir la même représentation mentale. Frege limitait toutefois la compréhension de la signification au contenu d'une proposition, c'est-à-dire à la structure formelle des phrases. À cela, le tournant pragmatique (à commencer par Austin et Searle) a ajouté que la signification ne peut pas être déterminée par la seule proposition grammaticale. Le sens ne peut se limiter au contenu propositionnel en raison de la dimension implicite, la visée performative ou illocutoire du langage : l'intention de communication doit être comprise—et non seulement le contenu de la proposition. La philosophie du langage contemporaine remet en question à son tour cet intentionnalisme dont des traces se trouvent dans plusieurs théories interprétatives, notamment dans la théorie de la création soumise à des contraintes⁵⁴. En vertu de cette dernière théorie, la recherche de l'intention du législateur s'avère l'un des objectifs explicites que doit poursuivre le juriste dans son interprétation.

Dans sa typologie des théories interprétatives, la professeure Ruth Sullivan distingue les approches textualiste, intentionnaliste et pragmatiste de l'interprétation juridique⁵⁵. Bien sûr, il faut apporter certaines nuances concernant cette notion d'intention du législateur. Pour sa part, le professeur Pierre-André Côté souligne les difficultés que soulève la notion d'intention du législateur, trop souvent conçue comme une « pensée réelle, subjective, psychologique et historique qui a pu habiter l'esprit des personnes (rédacteurs, parlementaires, conseillers municipaux) qui ont contribué à l'élaboration et à l'adoption du texte⁵⁶ ». Lorsqu'il fait lui-même référence à cette notion, Côté ne retient pas le sens de « fait brut », mais il préfère y concevoir l'intention du législateur comme un « concept technique » ou un « fait institutionnel » : « c'est un fait dont l'existence est affirmée par la pratique juridique afin de répondre à des impératifs méthodologiques⁵⁷ ». Un rapprochement peut ici être établi avec l'inten-

53. G. FREGE, *Écrits logiques et philosophiques*, Paris, Seuil, 1971.

54. P.-A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1999.

55. R. SULLIVAN, « Statutory Interpretation in the Supreme Court of Canada », (1998-1999) 30 *Ottawa L. Rev.* 175.

56. P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 54, p. 7. Voir aussi R. GUASTINI, « Interprétation et description de normes », dans P. AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 89, à la page 98.

57. *Id.*, p. 8.

tionnalisme de Searle⁵⁸ — de qui d'ailleurs Côté a tiré la notion d'intention comme « fait institutionnel ». Il convient maintenant de voir comment la philosophie du langage permet de se distancier de l'intentionnalisme, ce qui éclairera l'interprétation juridique. Nous allons d'abord exposer ces développements puis nous en indiquerons le sens à l'égard de la démocratie représentative.

2.2 Les critiques et le dépassement de l'intentionnalisme

Nous expliquerons ci-dessous la raison pour laquelle il faut abandonner l'intentionnalisme dans l'interprétation juridique. Dans son ouvrage intitulé *Discours de la méthode juridique*, Friedrich Müller écrit qu'« il n'est plus possible de comprendre sensément la concrétisation ni même, plus restrictivement, l'interprétation d'un texte comme la reconstruction d'une volition de l'auteur du texte de la norme, comme la mise à jour de sa volonté, ou même de la volonté de la norme juridique⁵⁹ ». Müller parle même de l'« inutilité de la doctrine de la « volonté »⁶⁰ ». Afin de critiquer la thèse intentionnaliste et d'en souligner les effets sur la démocratie représentative, nous poursuivrons l'argumentation philosophique amorcée à la section précédente.

Sur cette voie de la philosophie du langage, certains philosophes ont suggéré d'autres conceptions de la signification qui s'éloignent de l'intentionnalisme de Searle. Suivant ce tournant linguistique, la philosophie analytique de Frege a tissé ce lien entre sens et vérité, qui ne peuvent qu'être concomitants : la signification d'une proposition, c'est le fait que les locuteurs la comprennent en ce sens⁶¹. Wittgenstein — le premier Wittgenstein — a également expliqué cette connexion, au sein des jeux de langage, entre le sens et l'acceptabilité rationnelle (ou la vérité)⁶². Habermas a aussi montré comment la thèse intentionnaliste n'explique pas l'essentiel de la fonction langagière⁶³. En fait, il est même possible de parler de l'anti-intentionnalisme de Habermas :

58. J.R. SEARLE, *Intentionality. An Essay in the Philosophy of Mind*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983 ; J.R. SEARLE, *L'intentionnalité, essai de philosophie des états mentaux*, Paris, Éditions de Minuit, 1985.

59. F. MÜLLER, *Discours de la méthode juridique*, Paris, PUF, 1996, p. 211.

60. *Id.*, p. 213.

61. G. FREGE, *op. cit.*, note 53.

62. Voir, à ce sujet, H. PUTNAM, « Was Wittgenstein a Pragmatist? », dans H. PUTNAM, *Pragmatism: an open question*, Oxford, Blackwell, 1995, p. 27, aux pages 47-49.

63. J. HABERMAS, *La pensée postmétaphysique. Essais philosophiques*, Paris, Armand Colin, 1993.

Habermas reproche essentiellement au modèle intentionnaliste de réduire la fonction langagière à une logique instrumentale d'échange entre un locataire et un destinataire [...] Pour Habermas, l'intentionnalisme rate l'essentiel de la fonction langagière, qui réside dans l'institution d'une procédure de validité entre des locuteurs. Dans la communication, le destinataire est appelé à prendre position, c'est-à-dire à faire sienne ou pas (« par oui ou par non ») la représentation de l'état de choses que tente de lui transmettre l'initiateur de la communication⁶⁴.

La communication, qui a pour objet l'intercompréhension, amène le destinataire à accepter ou à rejeter les prétentions à la validité du locuteur. C'est cette procédure de validité entre les locuteurs qui doit être mise en évidence et non la découverte ou la recherche du sens à travers le signe grâce auquel une idée a été transmise. Selon la perspective de cette pragmatique formelle, la relation entre la signification et la validité devient inévitable. Il ne peut y avoir de sens sans prise de position quant à la validité des prétentions langagières :

La thèse sémantique selon laquelle nous comprenons une proposition lorsque nous savons comment nous pourrions en justifier la vérité et quelles conséquences, significatives pour l'action, en résulteraient si nous en acceptions la vérité, inclut déjà une prise de position critique que le locuteur, en effectuant un acte de langage et en prétendant à la validité du contenu de son énonciation, attend de l'auditeur. L'auditeur comprend cette énonciation lorsqu'il connaît, d'une part, le type de raisons à la lumière desquelles la prétention à la validité correspondante mérite une reconnaissance intersubjective et, d'autre part, les conséquences, significatives pour l'action, qu'entraîne l'acceptation de cette prétention à la validité. Le lien interne entre la signification d'une énonciation et les conditions de son acceptabilité rationnelle se déduit de la conception pragmatique de la compréhension et de l'entente, selon laquelle le succès illocutoire d'un acte de parole se mesure aux prises de position par oui ou par non, émises en réaction à des prétentions à la validité critiquables⁶⁵.

Ce déplacement, à l'intérieur de la théorie communicationnelle, de l'intention à la validité, suggère que le rôle du juge ne doit pas être compris comme étant la recherche de l'intention du législateur, c'est-à-dire une recherche menée par une conscience guidée par des directives d'interprétation, mais plutôt comme un processus communicationnel d'intercompréhension où le juge prend position quant à la validité des prétentions énoncées par les parties. Par conséquent, le processus de production du

64. M. MAESSCHALCK, « Pourquoi parler de « théorie de l'action » ? », *Carnet du Centre de Philosophie du Droit*, vol. 27, 1996, p. 15-16. Maesschalck se réfère ici à J. HABERMAS, *Nachmetaphysisches Denken*, Francfort, Suhrkamp, 1988, p. 136-149 : « Bemerkungen zu John Searle : « Meaning, Communication and Representation » » (p. 136).

65. J. HABERMAS, « Philosophie herméneutique et philosophie analytique. Deux variantes complémentaires du tournant linguistique », dans K.-O. APEL et autres (dir.), *Un siècle de philosophie, 1900-2000*, Paris, Gallimard, 2000, p. 177, aux pages 222-223.

sens prend la forme d'une procédure de reconnaissance intersubjective de validité.

Au surplus, la thèse intentionnaliste risque de réintroduire une conception de la vérité comme vérité-correspondance. Selon cette thèse de la vérité, une affirmation ou une croyance est vraie si elle correspond à la réalité extérieure (selon le réalisme philosophique). Rechercher la *véritable* intention du législateur, c'est prétendre qu'il peut exister une vérité qui corresponde à un fait indépendant de l'esprit de l'interprète. Cette conception de la vérité s'inscrit dans une épistémologie positiviste, ce qui conduit au scepticisme juridique. Luc B. Tremblay définit comme suit les thèses épistémologique et ontologique qui fondent ce scepticisme juridique :

La thèse épistémologique. Il ne peut y avoir de connaissance juridique *vraie* que s'il existe, dans le monde extérieur empirique, des faits physiques ou psychologiques constitutifs d'un «sens véritable» en vertu duquel les propositions juridiques et nos croyances peuvent être vraies ou fausses.

La thèse sur l'ontologie du droit. Elle énonce trois propositions : Le droit est essentiellement constitué du droit positif, c'est-à-dire, d'un ensemble de textes et d'intentions (Proposition I) ; Cependant, ni les mots utilisés dans les textes, ni les intentions des auteurs ne possèdent le type de propriétés objectives qui pourraient constituer le «sens véritable» des normes juridiques (Proposition II) ; Le droit est donc lacunaire, dans un sens ontologique : il ne possède pas de «sens véritable» (proposition III).

Il s'ensuit que les propositions de droit ne peuvent être ni vraies ni fausses puisqu'il n'y a rien, dans le droit (dans la «réalité juridique», si je puis dire), auquel elles peuvent correspondre et en vertu de quoi elles pourraient être vraies ou fausses. Elles ne peuvent être que raisonnables ou déraisonnables, préférables ou pas, selon le point de vue subjectif et relatif de ceux qui sont tenus d'interpréter le droit⁶⁶.

Comme l'explique Tremblay, cette position sur la vérité accrédite un modèle de connaissance descriptiviste en vertu duquel «le langage de la connaissance doit, en dernière analyse, refléter la réalité, représenter la réalité telle qu'elle est, de manière passive et neutre⁶⁷». Selon ce modèle descriptiviste de connaissance juridique, le droit est envisagé ontologiquement comme objet et l'opération du juriste est assimilée à un travail de description de cet objet, ce qui signifie qu'une description objective devient possible. Paradoxalement, concevoir le droit comme un fait ayant un sens véritable risque de conduire directement au constructivisme radical et au scepticisme juridique. Selon le scepticisme, «[u]ne proposition interprétative pourrait donc être vraie si elle correspondait à une réalité objective en

66. L.B. TREMBLAY, «Le droit a-t-il un sens ? Réflexions sur le scepticisme juridique», (1999) 42 *Rev. Interdiscipl. Ét. Jur.* 13, 16.

67. V. VILLA, «La science juridique entre descriptivisme et constructivisme», dans P. AMSELEK (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994, p. 281, à la page 288.

vertu de laquelle elle pourrait être vraie, notamment l'intention du législateur exprimée dans la loi. Cependant, [pour] les sceptiques, il est erroné de croire que la réalité juridique possède toujours le type d'éléments ou de propriétés constitutifs du « sens véritable » des lois⁶⁸. » À l'encontre d'un tel modèle descriptiviste, il a été montré que « la connaissance juridique constitue toujours un travail d'intervention sur le droit, une manière de reconstruire le champ d'expérience juridique qui part invariablement d'un schéma conceptuel implicitement ou explicitement prédéterminé » : ce modèle constructiviste (à distinguer cependant du constructivisme radical) « envisage le droit beaucoup plus comme un ensemble d'activités linguistiques et extra-linguistiques que comme un ensemble d'objets »⁶⁹.

La théorie de la vérité-correspondance est par ailleurs critiquée par plusieurs approches — dont c'est là l'un des plus importants points communs —, tels la théorie de Habermas, le pragmatisme de Rorty et le réalisme interne de Putnam. Ce dernier écrit : « L'idée que la vérité n'est qu'une copie passive de ce qui se trouve « réellement à l'extérieur » (indépendamment de nos esprits, indépendamment du discours) s'est effondrée sous les critiques de Kant, de Wittgenstein et d'autres philosophes, même si elle continue de peser sur notre façon de penser⁷⁰. » Le pragmatisme conçoit l'intentionnalisme comme un autre fondationnalisme, c'est-à-dire une approche qui recherche, au même titre que le textualisme et le *purposivism*, une fondation objective : l'interprétation est vraie si elle correspond à l'intention législative (comme au texte ou à l'objectif pour les autres approches). À cette conception de la vérité, les pragmatistes préfèrent la recherche d'un accord intersubjectif, une entente *pragmatiquement* obtenue. Ce faisant, le pragmatisme prétend éviter le piège, dualiste, du fondationnalisme et du scepticisme⁷¹ ainsi que celui des idéalizations nécessaires⁷².

Bref, dans cette opposition entre l'objectivité et la subjectivité, où la vérité essaie de se définir, la question du droit devient celle du droit dans les choses ou du droit dans les esprits. Le premier, le droit dans les choses,

68. L.B. TREMBLAY, « La norme de retenue judiciaire et les « erreurs de droit » en droit administratif : une erreur de droit ? Au-delà du fondationnalisme et du scepticisme », (1996) 56 *R. du B.* 141, 154.

69. V. VILLA, *loc. cit.*, note 67, 290-291.

70. H. PUTNAM, *Raison, vérité et histoire*, Paris, Éditions de Minuit, 1984, p. 146.

71. R.J. BERNSTEIN, *Beyond Objectivism and Relativism : Science, Hermeneutics, and Praxis*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 1988.

72. Sur cette question de la vérité expliquée en termes d'« idéalisation nécessaire », voir A. WELLMER, « Vérité, contingence et modernité », *Rue Descartes*, vol. 5-6, novembre 1992, p. 177.

n'arrive plus à fonder la vérité, le droit n'étant pas cet objet extérieur nécessaire pour établir une vérité-correspondance. Et en tant que droit dans les esprits, la crainte devient celle du subjectivisme, du relativisme et du constructivisme radical, où la vérité n'apparaît plus possible. Pour sortir de cette impasse, la perspective de l'intersubjectivité propose une solution de rechange : « Le droit n'est ni dans les choses, ni dans les esprits, et le dilemme classique est d'ores et déjà périmé : il est *entre* les sujets, là où seule une éthique de la parole fait désormais office de fragile rempart contre la dissolution totale des identités⁷³. »

Quelles sont les conséquences de ce tournant linguistique sur le concept de représentation et, indirectement, sur celui de la démocratie représentative ? Commençons par le concept de représentation. Premièrement, du côté plus fondamental, ce tournant a pu amener la philosophie à s'éloigner de la métaphysique :

La théorie de la connaissance, en abandonnant la référence du sujet de connaissance, fut-il transcendantal, pour l'étude du langage, change de perspective. L'interrogation centrale ne porte plus sur la faculté de représentation de l'objet par un sujet, mais sur la propriété du langage à refléter ce dont il traite, c'est-à-dire sur une *théorie de la signification* émancipée de la psychologie⁷⁴.

C'est sur cette base, qui s'éloigne—ainsi que l'ont fait Putnam⁷⁵ et Wittgenstein⁷⁶—du mentalisme et de la psychologie, qu'il a été possible d'écrire que la tâche du juriste s'en trouvait d'autant modifiée :

L'interprétation est une activité mentale—une activité de l'« esprit », comme on dit. Cependant, nous ne sommes pas intéressés à cette activité mentale en tant que telle : une activité mentale n'est susceptible d'aucune analyse logique, mais seulement d'une analyse psychologique. Par conséquent, si l'on veut soumettre l'interprétation à une analyse logique, il faut la considérer non pas comme une activité mentale, mais plutôt comme une activité linguistique. Autrement dit, il

73. J. DE MUNCK, « Controverses autour de l'ontologie du droit », *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 95, 1990, p. 415, 423.

74. B. FRYDMAN, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 2005, p. 535.

75. H. PUTNAM, *Représentation et réalité*, Paris, Gallimard, 1990, chap. 1 : « Signification et mentalisme », p. 21-47. Voir aussi H. PUTNAM, « La signification de « signification » », dans D. FISETTE et P. POIRIER (dir.), *Philosophie de l'esprit. Problèmes et perspectives*, Paris, Vrin, 2003, p. 41 (traduction de « The Meaning of « Meaning » »), dans H. PUTNAM, *Mind, Language, and Reality. Philosophical Papers*, t. 2, Cambridge, Cambridge University Press, 1975, p. 215 ; aussi paru dans K. GUNDERSON (dir.), *Language, Mind, and Knowledge*, vol. 7, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1975, p. 131.

76. Wittgenstein a défendu un antipsychologisme tant dans le *Tractatus logico-philosophicus* (Paris, Gallimard, 1993) que dans les *Investigations philosophiques* (Paris, Gallimard, 1961), fondé dans le premier cas sur l'objectivité de la signification et, dans le second, sur l'intersubjectivité de la signification.

faut prendre en considération non pas l'activité d'interprétation en tant que telle, mais plutôt son produit linguistique, son produit littéraire (un travail de doctrine, une décision juridictionnelle, etc.). De ce point de vue, l'interprétation apparaît comme l'expression linguistique d'une activité intellectuelle : l'interprétation n'est que le discours des interprètes⁷⁷.

Deuxièmement, sur le plan du droit, les conséquences sont tout aussi importantes que sur le plan de la philosophie puisqu'elles ont permis les tournants herméneutique, puis pragmatique :

La théorie de la signification débouche naturellement sur le problème de l'interprétation, qui vise à déterminer le sens des énoncés. L'interprétation devient ainsi la question cruciale de la pensée contemporaine en général et de l'épistémologie en particulier, à tel point qu'on a pu évoquer un « *tournant interprétatif* » ou « herméneutique », consécutif au tournant linguistique. Ce nouveau tournant va permettre de dépasser enfin la réduction du sens à l'intention de l'auteur, dont les Modernes demeuraient prisonniers, pour envisager désormais l'étude de la signification dans le cadre global d'une *théorie de la communication*. Enfin, l'intérêt pour le « langage ordinaire », [...], les effets des paroles considérées en tant qu'actes amorcent le troisième tournant de la série, qualifié de « *tournant pragmatique* » ou encore de « tournant argumentatif ». Ce dernier tournant conduit la réflexion sur le langage à se désintéresser progressivement des énoncés « constatifs », propres aux sciences, qui prétendent décrire la réalité de manière vérifiable, au profit des énoncés normatifs, en particulier des décisions juridiques et des arguments qui y conduisent⁷⁸.

Un lien peut dès lors être tracé entre la question épistémologique de la représentation et le problème de la représentation au sens politique et juridique⁷⁹. Suivant la voie ouverte par la philosophie kantienne, la connaissance n'est possible qu'à la condition d'être partagée. En prenant acte des développements philosophiques, la théorie du droit se lance alors à la recherche d'une conception plus satisfaisante de l'interprétation et de l'application juridiques. Même la théorie positiviste du droit, sous l'influence de Hart, s'est intéressée à la philosophie du langage (d'Austin et de Wittgenstein), ce qui a créé ainsi une ouverture pour l'herméneutique juridique⁸⁰. Certaines des théories du droit, par exemple celle de Habermas⁸¹, ont cherché à réconcilier, jusqu'à un certain point, les évolutions de ces divers tournants philosophiques. Plus important encore, l'ambitieux projet philosophique de Habermas s'inscrit dans cette perspective : « Par l'esquisse d'une pragmatique formelle, je voudrais radicaliser le tournant

77. R. GUASTINI, *loc. cit.* note 56, 93.

78. B. FRYDMAN, *op. cit.*, note 74, p. 535-536.

79. P. COPPENS, « Justice constitutionnelle et objectivité », *Éthique publique*, vol. 3, 2001, p. 34.

80. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961.

81. J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997.

linguistique qui, depuis Frege dans la philosophie analytique du langage, ainsi que d'une autre manière dans le structuralisme, ne fut accompli qu'au prix d'abstractions inadéquates⁸². »

En tant qu'approche pragmatique, la théorie juridique de Habermas est cependant critiquée pour être demeurée trop formaliste⁸³. Par exemple, la théorie du droit de Habermas insiste sur la distinction entre le jugement juridique de justification et le jugement juridique d'application, confinant le pouvoir judiciaire au second, ce qui réintroduit la distinction propre à la conception classique du jugement juridique⁸⁴. Se développent par ailleurs des théories alternatives du pragmatisme juridique qui entendent dépasser la théorie habermassienne en proposant soit une redéfinition de la conventionalité du droit⁸⁵, soit une approche contextuelle de la production et l'application du droit⁸⁶. C'est à cette tâche d'analyse du pouvoir judiciaire qu'il convient maintenant de s'attaquer, pour examiner notamment dans quelle mesure la contextualisation pragmatique du droit et du jugement juridique présuppose une explication systémique de la fonction judiciaire et, plus fondamentalement, du droit.

Et pour la démocratie représentative, quelles sont les conséquences de ce déplacement théorique qui est observé dans la conception du jugement juridique ? L'interprétation juridique a d'abord été pensée à partir du principe de la suprématie du pouvoir législatif insufflé par le modèle de la démocratie représentative. L'interprétation judiciaire cherchait alors à concilier la détermination du sens des normes juridiques avec le postulat positiviste consacrant le monopole du législateur dans la production du droit. Les juges ont ainsi construit des principes d'interprétation fondés sur des présomptions d'intention du législateur. C'est cette logique intentionnaliste qui est remise en cause par les développements théoriques en philosophie du langage, ce qui vient miner indirectement la légitimité de la démocratie représentative. Par l'illustration de la manière dont l'interprétation judiciaire ne peut, épistémologiquement, se limiter à une recherche de l'intention du législateur, c'est tout le système de création du droit qui

82. J. HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel*, t. 1, Paris, Fayard, 1987, p. 10.

83. J. LENOBLE, *Droit et communication. La transformation du droit contemporain*, Paris, Cerf, 1994. J. LENOBLE et M. MAESSCHALCK, *Toward a Theory of Governance. The Action of Norms*, La Haye, Kluwer Law International, 2003.

84. J. HABERMAS, *op. cit.*, note 81, notamment aux pages 284-285. Pour une explication sur ce point de la position de Habermas et de son école, voir K. GÜNTHER, « Justification et application universalistes de la norme en droit et en morale », (1992) 37 *Archives de philosophie du droit* 269.

85. J. COLEMAN, *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach of Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

86. J. LENOBLE et M. MAESSCHALCK, *op. cit.*, note 83.

s'en trouve bouleversé. Désormais, il paraît inévitable d'affirmer le rôle du juge dans la création du droit, ce qui échappe aux principes de la démocratie représentative. La question devient alors celle de savoir comment fonder la légitimité du pouvoir judiciaire dans la création du droit. Voilà une tâche à laquelle il faudra désormais se consacrer.

Conclusion

Les principes de la démocratie représentative se révèlent inappropriés pour expliquer les transformations actuelles du système politique et du système judiciaire. Afin de faire voir de quelle façon la modernité politique et juridique a fondé la démocratie représentative comme modèle dominant, nous avons d'abord montré la raison pour laquelle la notion de représentation a joué un rôle central dans la construction du pouvoir législatif et sa légitimation. Alors que le pouvoir législatif a longtemps été considéré comme le pouvoir étatique hiérarchiquement supérieur, des phénomènes politiques contemporains, liés notamment au système électoral, et les travaux dans le domaine de la théorie de l'interprétation juridique permettent cependant de remettre en question à l'heure actuelle cette suprématie législative. En fait, c'est d'abord l'évolution du système politique qui vient, de l'intérieur, miner la crédibilité et la légitimité de la démocratie représentative. Les lacunes du système électoral et des phénomènes comme ceux des transfuges politiques et de l'état d'exception ou d'urgence illustrent bien les difficultés de la représentation. Au moment où les fondements de la démocratie représentative semblent si sérieusement atteints, il est étonnant de constater que l'interprétation judiciaire s'en remet avec encore autant d'insistance à la notion d'intention du législateur. Si l'insuffisante représentativité du pouvoir judiciaire lui a, de tout temps, valu d'être confiné dans un rôle mécanique d'application de la loi, le rejet du textualisme et de l'intentionnalisme nous oblige maintenant à revoir la conception de la fonction de juger.

De son côté, le pouvoir législatif, longtemps négligé des analyses des constitutionnalistes, redevient de plus en plus un objet d'étude en théorie constitutionnelle⁸⁷. Il n'est pas étonnant que le pouvoir législatif n'ait pas été remis en question à l'ère du *juspositivisme*, dont les assises reposaient, paradoxalement, sur le *jusnaturalisme* moderne⁸⁸. En effet, en élaborant

87. Voir notamment R.W. BAUMAN et T. KAHANA (dir.), *The Least Examined Branch. The Role of Legislatures in the Constitutional State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

88. F. OST, « L'amour de la loi parfaite », dans J. BOULAD-AYOUB, B. MELKEVIK et P. ROBERT (dir.), *op. cit.*, note 50, p. 53.

une conception contractualiste et un fondement conventionnaliste du droit, donnant congé à Dieu suivant Grotius et d'Occam, la philosophie jusnaturaliste a souvent été considérée comme la passerelle vers le positivisme juridique. À telle enseigne d'ailleurs que certains ont vu en Hobbes et même en Kant les pères du *juspositivisme*, bien que leur pensée soit bel et bien demeurée naturaliste⁸⁹. Quoi qu'il en soit, les théories postpositivistes du *xx^e* siècle ont fortement contesté les postulats positivistes, notamment ceux qui consacraient le monopole du législateur quant à la production du droit et la neutralité du juge. Sous l'influence du réalisme juridique, elles ont plutôt placé l'analyse dans la perspective du juge. C'est d'ailleurs ainsi que notre objet d'étude a été développé dans le présent texte, ce qui nous a permis d'illustrer le passage du pouvoir législatif au pouvoir judiciaire : de la construction de la légitimité du pouvoir législatif à l'interprétation judiciaire à travers la recherche de l'intention du législateur. L'intérêt actuel pour l'étude du pouvoir judiciaire est d'autant plus justifié que ce dernier occupe une place privilégiée dans le système juridique. Ainsi, alors que l'élaboration des lois fait intervenir des considérations qui relèvent largement du système politique, les tribunaux, qui se situent au centre du système juridique, font évoluer le droit sous l'effet des considérations juridiques⁹⁰.

Il resterait, dès lors, à examiner le pouvoir judiciaire dans une double perspective : d'une part, dans le but d'en fonder la légitimité à la fois dans le contexte du contrôle judiciaire de constitutionnalité ainsi que dans l'interprétation et l'application des normes législatives et, d'autre part, pour en penser la fonction dans le contexte du débat sur la transformation de l'opération de juger. Il faudrait d'abord aller en direction du contrôle judiciaire de constitutionnalité, où le modèle juridique construit sur les fondements modernes a mené à un régime de souveraineté de la loi. Il n'est donc pas étonnant de constater l'importante critique du gouvernement des juges qui s'est édiflée sur cette base. Ceux-ci ont été perçus comme les nouveaux titulaires du pouvoir et de la souveraineté dans ce qui serait devenu une juriscratie (non représentative)⁹¹. Cette critique n'a fait que s'accroître avec le développement du contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois, ce qui correspond, dans l'ordre juridique canadien, à l'avènement, en 1982, de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Par ailleurs, en matière d'interprétation législative, les difficultés ne font qu'illustrer la pertinence du débat sur la transformation de la fonction de juger.

89. S. GOYARD-FABRE, *Les fondements de l'ordre juridique*, Paris, PUF, 1992 ; A. RENAULT et L.K. SOSOE, *op. cit.*, note 19.

90. N. LUHMANN, *op. cit.*, note 3, chap. 7.

91. M. TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001.

Dès lors, le contrôle judiciaire de constitutionnalité et l'interprétation législative présentent donc un intérêt pour la théorie du droit. À cet égard, l'hypothèse d'un déplacement théorique en direction d'une compréhension systémique de la *fonction* du pouvoir judiciaire tend à remplacer la formulation traditionnelle du problème posé par les rapports entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire. En effet, plutôt que d'en remettre en question la légitimité à partir de son manque de représentation, une fois dépassées les illusions entretenues par cette dernière notion, il convient de se concentrer désormais sur la fonction du pouvoir judiciaire dans le système juridique.