

LA PRIMAUTÉ DU DROIT ET LA LÉGITIMITÉ DÉMOCRATIQUE COMME ENJEUX *DU RENVOI* *SUR LA SÉCESSION DU QUÉBEC*

Andrée Lajoie
Université de Montréal

Le concept générique dont relève la primauté du droit prend des formes diverses selon les cultures politiques et juridiques où il s'incarne : *rule of law* — encore que sous des modèles différents — dans les pays de tradition britannique, *État de droit* sur le continent européen¹. Les variantes respectives de cette théorie qui sous-tendent ces versions analogues d'une institution superposable, dans l'ensemble, à la démocratie, ont pris naissance différemment selon les pays. Issue en Angleterre du déclin progressif des pouvoirs royaux au profit du Parlement, dont les lois écrites ont acquis la primauté sur la prérogative, elle a plutôt pris la forme, en Europe continentale, d'une institutionnalisation — dans la dualité de juridictions — du contrôle de la légalité des actes de l'administration², puis, entre le milieu du XIX^e et le milieu du XX^e siècle, du contrôle de la constitutionnalité des lois, déjà instauré aux États-Unis un bon demi-siècle plus tôt³. Son contenu est flou, mais on s'entend généralement pour y inclure de façon minimale le gouvernement des lois plutôt que celui des hommes, c'est-à-dire la démocratie, de préférence parlementaire, et la limitation des pouvoirs de l'exécutif par des moyens variés et selon des fondements différents, auxquels s'ajoute, sauf en Angleterre⁴, le

1. Daniel Mockle, «L'État de droit et la théorie de la *rule of law*», *Cahiers de Droit*, vol. 35, n° 4, 1994, p. 823-904.
2. *Ibid.*, p. 833 et suiv.
3. Andrée Lajoie, *Jugements de valeurs*, Paris, Presses Universitaires de France, 1997, p. 7-15.
4. Il faut remonter jusqu'en 1610 pour trouver une affirmation de la possibilité du contrôle du législateur interne par le juge britannique : *Bonham's Case* [(1610) 8 Rep. 118]. Lord Coke y affirmait qu'une loi pouvait être invalidée pour contrariété à un principe fondamental du droit. Mais les précédents sur lesquels il s'appuyait furent infirmés, et cette doctrine fut abandonnée (Theodore Plunkett, *A Concise History of the Common Law*, 5^e éd. Londres, Butterworth, 1956, p. 336), de sorte qu'il a fallu attendre jusqu'en 1991 pour qu'un tribunal britannique censure le Parlement, non pas au nom de la Constitution, mais par égard pour le droit européen [*Factortame Ltd and others v. Secretary of State for Transport* (n° 2) [1991] 1 All E.R. 71].

Andrée Lajoie, Faculté de droit, Université de Montréal, , C.P. 6128, Succ. Centre-ville, Montréal (Québec), Canada, H3C 3J7.

courriel : lajoie@droit.umontreal.ca

Politique et Sociétés, vol. 19, n°s 2-3, 2000

contrôle judiciaire de la constitutionnalité. Des corollaires s'y rattachent dont l'importance relative et les modalités varient selon les traditions juridiques où le contrôle s'incarne : suprématie du droit constitutionnel et contrôle judiciaire de la constitutionnalité; hiérarchie des normes et contrôles de l'administration, exercés à l'intérieur d'une juridiction unifiée ou duelle et fondés sur des règles issues de la « justice naturelle » ou du droit positif.

Tous ces éléments se retrouvent dans la version canadienne de la *rule of law*, qui matérialise un principe de primauté du droit fondé sur une double hiérarchie des normes. Légale d'abord et, dans cette mesure, héritée de la tradition britannique du principe de légalité : démocratie parlementaire et système judiciaire unifié responsable du contrôle de l'administration selon les principes dérivés de la « justice naturelle » à travers le *common law*. Constitutionnelle, ensuite, selon un modèle qui s'écarte alors de cette tradition britannique, étrangère au contrôle de la constitutionnalité, pour se rapprocher du principe du constitutionnalisme qui caractérise les systèmes européens continentaux et surtout américain. Mais il s'agit moins qu'on ne le croit généralement d'un emprunt à la pratique contemporaine de la Cour suprême des États-Unis, et davantage des séquelles partagées d'un même colonialisme et de la structure pareillement fédérale des deux États. C'est d'abord en matière de partage des compétences législatives que le contrôle de la constitutionnalité s'est instauré aux États-Unis au début du XIX^e siècle⁵ et ici dès le début de la Confédération⁶, mimant en le continuant le contrôle colonial antérieur des lois locales que le Conseil privé exerçait dans tout l'Empire britannique.

Il faut garder en mémoire tous ces éléments de contenu, de contexte et de fondements au moment d'aborder l'analyse du concept de *rule of law* tel qu'actuellement matérialisé au Canada, surtout si l'on cherche ultérieurement à le mettre en rapport avec la légitimité démocratique, dont les contours contemporains doivent aussi être explorés.

LA RULE OF LAW : UN CONCEPT... CONSTRUIT

Tautologie, pléonasme, bien sûr : la définition même d'un concept implique sa construction⁷, et la *rule of law* ne fait pas exception.

5. *Madison v. Marbury*, (1803) 5 US (1 Cranch) 137.

6. *Mercer c. P.G. Ontario*, [1881] S.C.R. 538.

7. Sur le constructivisme en droit, voir notamment : Paul Watzlavick, directeur d'édition et auteur de la préface, *L'invention de la réalité ou comment savons-nous ce que nous croyons savoir ?* Paris, Seuil, 1981, préface, p. 9-11 et Vittorio Villa, « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme », dans Paul Amseleck, *Théorie du droit et science*, Paris, Presses Universitaires de France, 1994, p. 281-291.

Résumé. L'auteure procède à une analyse de la construction historique du concept de *rule of law* pour en décoder l'idéologie sous-jacente et les intérêts qu'il conforte, avant de suivre le cheminement des transformations qu'a subies le fondement de la légitimité depuis Weber jusqu'à notre époque post-moderne. On arrive ainsi à mieux comprendre le contexte qui empêche la Cour de préserver intactes à la fois les exigences de la *rule of law* et celles de sa légitimité.

Abstract. The author proceeds to analyze the historical construction of the concept of the rule of law in an attempt to decipher its underlying ideology inclinations and the interests it promotes. Subsequently, the author reviews the grounds for legitimacy of this concept and how it has evolved from Max Weber to the present. In doing so, the article sheds some light on the context which prevents the Court to uphold the requirements of both the rule of law and those of its legitimacy.

Mais ce qu'il est important en conséquence de souligner, c'est la spécificité du triple contexte dans lequel s'est élaborée la théorie de la *rule of law*/État de droit — dans un monde occidental en train d'inventer l'État, dans des pays en train de structurer leurs empires coloniaux, dans des systèmes juridiques en train de développer le positivisme — et le rôle qu'implique cette conjoncture pour ce concept.

Reprendre l'histoire de la modernité ne fait pas partie des ambitions de ce texte : il suffit pour notre propos de rappeler que, peu importe les voies qu'elle emprunte, révolutionnaires sur le Continent, évolutives dans les Îles britanniques, elle débouche sur une forme de gouvernement démocratique, le « gouvernement des lois, non des hommes », qui se superpose à l'élément central de la *rule of law* au point de se confondre avec lui. À partir de la fin de l'époque des Lumières, ce que l'on qualifie de « gouvernement rationnel du peuple par les lois » va se concrétiser dans des structures menant au XIX^e siècle à des formes d'État qui vont, à leur tour, déboucher sur l'État-nation, institutionnalisation de « cet espace "naturel" que se donne un peuple lorsqu'il investit de façon imaginaire "son" État et lui reconnaît une légitimité parce qu'il y trouve son compte [...] »⁸. Qu'une pareille construction nécessite un principe fondateur susceptible de garantir son unité et sa stabilité va de soi.

Car, au XIX^e siècle, l'unité n'est pas plus acquise pour les États européens et l'Empire britannique, qui la construisent par annexion, que pour les États-Unis qui tentent de la maintenir contre la sécession, et il faut pour y arriver une idéologie puissante qui empruntera

8. Anne Legaré, « La nation, sujet politique indéterminé », *Politiques et Sociétés*, vol. 14, n° 28, 1995, p. 16.

précisément l'instrument de la *rule of law*/État de droit. Analysant le phénomène dans le contexte américain à partir d'une perspective foucauldienne, Paul Kahn écrit :

Le principe de la primauté du droit est considéré comme l'instauration d'un idéal de gouvernance avec des règles répondant aux conditions de publicité, de généralité, de cohérence et de non rétroactivité. Mais la primauté du droit n'est pas un système de gouvernance conçu par un agent rationnel utilisant un modèle singulier et cohérent. La primauté du droit est une forme particulière donnée à la temporalité d'une communauté, à son identité collective en tant que simple sujet de l'histoire, et à la relation entre le citoyen individuel et le sujet transtemporel qu'est le peuple.⁹

La stabilité non plus n'est pas garantie : pour supplanter la monarchie, le Parlement doit être fort et imposer sa voix unique, donc contrôler les pouvoirs locaux et, bref, appliquer la hiérarchie des normes par des instruments clairs et opposables à tous : le positivisme est né, dans sa version interne du contrôle de la légalité, point de départ du principe de... légalité, selon l'une des traductions, particulièrement révélatrice, de l'expression *rule of law*.

Ce monopole d'un législateur puissant qui ne tolère, hors la sienne, aucune normativité qui ne lui soit soumise hiérarchiquement, déjà essentiel dans le contexte de l'affirmation d'un État-nation en formation, comme les États continentaux européens, ou de résistance à la sécession, comme les États-Unis, devient encore plus crucial pour le maintien d'un empire étalé sur tous les continents. Sera ainsi légitimé le contrôle judiciaire du pouvoir législatif restreint attribué aux colonies, par un tribunal dont la neutralité est postulée, dans un contexte où, pourtant, il ne peut défendre que les intérêts coloniaux : le Comité judiciaire du Conseil privé, qui d'ailleurs se garde bien d'exercer un tel contrôle à l'égard du Parlement métropolitain. Cette dimension coloniale va donc s'ajouter à la montée de l'État-nation et à l'émergence du positivisme pour accentuer ce besoin d'une idéologie susceptible de conforter les structures politiques caractéristiques de la modernité : c'est le rôle dévolu à cette construction conceptuelle¹⁰ qu'est la *rule of law*/État de droit. Démocratie, *rule of law*,

9. Paul W. Kahn, *The Reign of Law, Madbury v. Madison and the Construction of America*, New Heaven and London, Yale University Press, 1997, p. 3. Traduction de l'auteur.

10. C'est encore P. W. Kahn qui l'exprime le mieux : « **Le principe de la primauté du droit ne reflète pas un fait: il énonce une ambition [...] il s'agit d'un concept contesté, construit à partir des apparences politiques** ». Traduction de l'auteur. *Ibid.*, p. 10-11.

même combat : le gouvernement du peuple, par le peuple, pour le peuple. Mais de quel peuple s'agit-il ? Là où le concept de démocratie se contente de ne pas répondre à la question, la *rule of law* vise — et réussit — à l'occulter en tenant pour acquis que le peuple dont il s'agit est celui qui domine l'État concerné, ce peuple dont l'imaginaire a créé et conquis cet espace « national » dont parle Anne Legaré¹¹. Car l'effet de la *rule of law*, c'est précisément de fournir la représentation symbolique, le mythe créateur qui fonde l'autorité d'un État donné :

La vie sous l'empire de la primauté du droit est une façon d'imaginer l'histoire, l'État et soi-même — leurs changements et leur continuité. La primauté du droit est sans doute notre mythe politique le plus ancré. C'est la base des croyances que nous entretenons à propos de notre communauté en tant que peuple simplement avec une histoire unique, aussi bien que de la vision que nous avons de nos obligations individuelles envers l'État.¹²

En même temps ce concept, qui « nous » construit comme peuple, justifie le monopole normatif de l'État qui représente *ce* peuple, désormais devenu *le* peuple. Exit le pluralisme politique et juridique menaçant, désormais canalisé dans des formes intra-étatiques comme le fédéralisme, et vive la Constitution (nalisation des intérêts du peuple qui est le nôtre)... dans un texte dès lors figé par des modes d'amendement aussi rigides que possible¹³.

Dans le contexte de l'évolution constante de l'identité mouvante des peuples perpétuellement en reconstruction à travers leur imaginaire social, une évolution qui cherche constamment à se traduire dans de nouvelles formes de gouvernement, c'est dire l'effet conservateur, au sens littéral du terme, de l'idéologie portée par la *rule of law*, un effet voulu pour maintenir, *dans un État déjà existant*, le gouvernement des peuples d'un territoire, par *un* peuple, pour *ce* peuple, par la conservation de l'intégrité de *cet* État, de *sa* constitution, de *son* monopole normatif. « Un élément central de notre croyance dans le principe de la primauté du droit est que l'avenir de l'ordre politique devrait être identique à son passé » dira P. W. Kahn¹⁴. Il n'y a pas si longtemps, les marxistes définissaient le droit comme « l'instantané d'un rapport de forces » : l'effet recherché — et produit — par la *rule of law*, c'est précisément de figer éternellement ce rapport de forces, comme si les États et les constitutions étaient

11. *Op. cit.*, note 8, p. 16.

12. P. W. Kahn, *loc. cit.* note 9. Traduction de l'auteure.

13. James Bryce, « Flexible and Rigid Constitutions » dans *Studies in History and Jurisprudence*, vol. 1, Oxford, Clarendon Press, 1901, p. 124-213.

14. Kahn, *loc. cit.* note 9, p. 19. Traduction de l'auteure.

immuables « par essence », « par nature ». C'est là l'ambition de tous les États-nations, et la *rule of law* joue partout le même rôle ; le cas canadien n'est pas différent des autres à cet égard.

Ce qui conforte en effet actuellement au Canada la version locale de la *rule of law*, c'est l'imposition du positivisme dans ses éléments de monopole du législateur et de neutralité du pouvoir judiciaire, à l'intérieur d'un État-nation préexistant, par le maintien de l'intégrité de son territoire et de ses structures, y compris la fixité de sa constitution tenue pour interprétée par des juges dépeints comme objectifs et neutres, habilités à contrôler les législateurs, surtout les législateurs provinciaux exerçant les pouvoirs locaux. Cette connotation coloniale n'est pas le fruit du hasard.

Car ce qui est transféré aux autorités fédérales canadiennes par la Loi constitutionnelle de 1867, ce sont bien, en partie du moins, les anciens pouvoirs coloniaux de Londres : la compétence législative sur les matières dont la « dimension nationale » est déjà évidente, et sur celles qui l'acquerront ensuite ; le pouvoir de désaveu des lois ; le pouvoir de créer « une cour générale d'appel en vue d'assurer une meilleure exécution des lois du Canada ». Le texte ne se contente pas d'un transfert de pouvoirs métropolitains propre à assurer la création d'un nouvel État-nation, il en prévoit également les conditions de survie en instituant à travers le fédéralisme un pluralisme intra-étatique bénin, destiné à endiguer les forces centrifuges d'une société où deux peuples cohabitent dans une harmonie douteuse et en autorisant l'institution d'un tribunal compétent pour contrôler la validité des lois en conformité avec cette constitution, conçue comme permanente.

Mais notre constitution, aussi bien que la *rule of law*, ne sont pas descriptives de la réalité ; elles ne reflètent pas les faits sociaux : ce sont des constructions programmatoires — P. W. Kahn dira : « une construction contestée des apparences politiques » qui visent à promouvoir la victoire du droit « sur les visions concurrentes du politique, [...] une façon de gérer un conflit de perceptions politiques ». Et ces constructions, toutes constitutionnelles qu'elles soient, ne sont pas pour autant permanentes, les intérêts qu'on réussit à y figer ne sont pas éternels, « la constitution n'est pas une loi de la nature¹⁵ ».

Ce triple contexte et l'efficace idéologique de la *rule of law* étant explicités, on voit mieux le rôle qu'on a tenté de lui assigner dans le *Renvoi sur la sécession du Québec*¹⁶. On aurait voulu inventer un cas de figure archétypal de la *rule of law* qu'on n'aurait pas pu trouver mieux que ce *Renvoi* qui ne vise pas simplement, comme d'habitude,

15. *Ibid.*, p. 4, 11, 19. Traduction de l'auteure.

16. Cour suprême du Canada, dossier 22506, 20 août 1998.

l'invalidation d'une loi pour contrariété à la Constitution, mais met en cause l'intégrité d'un État-nation et la fixité de sa constitution devant le tribunal qu'il a créé pour les préserver. Tous les éléments étaient réunis pour le fonctionnement optimal du mécanisme idéologique de solution des conflits politiques que constitue la *rule of law*: affirmation de la suprématie d'une constitution représentée comme éternelle; pouvoir de la cour d'invalidier les lois et les actes gouvernementaux qui lui sont contraires; neutralité proclamée des juges qui y siègent; domination de l'ordre juridique national par un peuple sur un territoire qu'il partage avec d'autres peuples; divergences de perceptions politiques, pluralisme multiforme et nécessité de les mâter si l'État doit durer, au moins dans sa forme actuelle... Le tout, au surplus, réuni sous le postulat central de la *rule of law* selon lequel elle constitue un donné incontournable du droit naturel plutôt qu'une construction idéologique destinée à conforter le pouvoir politique dominant, comme on le constate pourtant à la seule énumération qui précède.

Juger la *rule of law*, ainsi dépouillée de ses oripeaux de «justice naturelle» et exposée au grand jour comme l'idéologie qu'elle est, à l'aune de la légitimité démocratique, renvoie pourtant à la même question à propos de la légitimité : quelle légitimité ? Car la légitimité est un concept, tout aussi construit, et dont le sens et la portée ont évolué à travers l'histoire, et particulièrement depuis la fin de la modernité d'où nous vient pourtant la *rule of law*.

LA LÉGITIMITÉ: UN CONCEPT EN ÉVOLUTION

Il convient donc de retracer d'abord cette évolution du concept de légitimité, et surtout ses points de rupture, pour bien saisir les rapports qu'il entretient avec la *rule of law* ou principe de primauté du droit tel que nous venons de le décaper. Ces rapports ne seront pas du tout les mêmes selon qu'on les observe au moment où se construisait la *rule of law* comme support idéologique de l'État moderne, ou à l'époque actuelle, alors que la post-modernité, tributaire d'une échelle mondialisée, remet précisément l'État en question.

Dans le premier de ces deux temps, la légitimité se confond en effet avec la *rule of law* ou, pour le dire autrement, la *rule of law*, c'est précisément l'instrument de légitimation de l'État moderne, cet État-nation positiviste et colonial. Comme je l'ai rappelé ailleurs¹⁷, d'abord traditionnelle ou charismatique dans les sociétés prémodernes, la légitimité serait devenue surtout formelle au début du

17. Voir *op. cit.*, note 3, p. 192 et suiv., dont je reprends ici en partie certains paragraphes.

siècle, lorsque Max Weber en faisait le fondement des rationalités du droit¹⁸, entendant par là qu'à l'époque moderne où régnait, notamment en Allemagne, le positivisme, c'est la croyance «en la légalité de la domination de l'État» et en l'objectivité rationnelle des décisions judiciaires qui avait remplacé l'autorité traditionnelle du souverain ou la valeur personnelle du chef charismatique, comme motif collectif de respect du droit¹⁹.

Peut-on imaginer symbiose plus étroite? Dans ce contexte, légitimité et légalité — interne et constitutionnelle — se confondent : déroger à la *rule of law*, c'est **donc** se situer hors légitimité, la logique même du positivisme étatique étant précisément de rattacher la validité des normes (légalité) à la légitimité postulée de leur source ultime (l'État constitutionnel) : c'est l'idéologie de la *rule of law* dans toute la splendeur de son efficace.

Mais le contexte présent n'est plus celui que je viens de décrire dans une société où le monologisme stable des valeurs cède à l'émergence du pluralisme, et où l'identité, «fragmentée²⁰», se reproduit hors de l'essentialisme à travers des majorités et des minorités sans cesse en évolution. Peut-on imaginer que la légitimité ait conservé les mêmes fondements dans ce contexte où l'État s'éloigne de la «démocratie représentative [conçue] comme lieu de synthèse des finalités politiques, lieu de synthèse incarné par la figure emblématique du Parlement et sauvegardé par l'unité de l'État²¹», pour aller — lentement et par des chemins sinueux d'où les régressions ne sont pas exclues — vers un pluralisme encore mal défini?

18. Max Weber, *Sociologie du droit*, trad. de J. Grosclaude, Paris, Presses Universitaires de France, coll. «Recherches politiques», 1986, p. 234.

19. Michel Coutu, *Max Weber et les rationalités du droit*, Paris, Québec, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Presses de l'Université Laval, coll. «Droit et société», 1995, p. 167. L'auteur m'a signalé lors d'une communication personnelle en date du 3 février 1997 que «Weber connaissait très probablement les travaux de Kelsen, publiés (à partir de 1910) dans *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, revue que Weber dirigeait avec Edgar Jaffé et Werner Sombart. Mais on ne peut en dire davantage puisque Weber ne s'est jamais référé aux travaux de Kelsen. Il est hors de tout doute par contre que le positivisme fut le courant dominant de la pensée juridique allemande du temps de Weber. L'une des grandes figures du positivisme allemand fut Georg Jellinek (1851-1911), ami personnel de Weber».

20. Gilles Bourque et Jules Duchastel, *L'identité fragmentée : nation et citoyenneté dans les débats constitutionnels canadiens*, Saint-Laurent, Québec, Éditions Fides, 1996.

21. Jean-François Thuot, «Déclin de l'État et formes postmodernes de la démocratie», *Revue Québécoise de Science Politique*, n° 26, 1994, p. 85 et suiv.

Dans ce nouvel univers, la légitimité est liée à un autre type de démocratie, dont les formes n'auraient plus beaucoup à voir avec la règle de la majorité²².

Ce qui importe aujourd'hui, en effet, ce n'est pas tant le « monopole de la violence légitime » qui, pour Weber, caractérisait l'État, et continue en principe de faire partie de ses attributs encore aujourd'hui, que l'usage restreint qu'il en peut faire face à l'opinion, notamment internationale, dans un contexte de globalisation, où les relations économiques entre les États peuvent être affectées par l'exercice de ce genre de pouvoir. Le respect du droit, et plus particulièrement du droit judiciaire paraît plutôt y tenir à son ouverture aux valeurs des citoyens/justiciables, à l'adéquation entre les valeurs intégrées par le droit et celles auxquelles adhèrent les membres d'une communauté politique²³.

Mais ce glissement des sources de la légitimité du droit, depuis l'autorité intrinsèque de l'État vers la coïncidence des valeurs qui s'y intègrent avec celles des citoyens/justiciables, est particulièrement perceptible en ce qui concerne les décisions judiciaires. S'agissant en effet des décisions politiques des parlements, la sanction électorale de la non-coïncidence de leur orientation avec les intérêts des électeurs/contribuables n'est pas récente. Mais ce qui caractérise, entre autres, notre époque postmoderne, c'est que désormais les tribunaux sont soumis au même paradigme de légitimité.

Le phénomène résulte d'abord des facteurs qui affectent la légitimité de l'État dans son ensemble : rupture des anciens équilibres, morcellement des anciennes majorités coalisées, pluralisme politique et normatif. Mais il résulte aussi d'un phénomène plus récent, lié au

22. Voir entre autres : James Tully, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity*, New-York, Cambridge University Press, 1995; Louise Marcil-Lacoste, « The Paradoxes of Pluralism », dans Chantal Mouffe, (dir.), *Dimensions of Radical Democracy*, Londres/New York, Verso, 1992; Bernard Grofman et Chandler Davidson, (dir.), *Controversies in Minority Voting: The Voting Rights Act in Perspective*, Washington, The Bookings Institution, 1992; Kathleen Sullivan, « Rainbow Republicanism », (1988) vol. 97, n° 8, *Yale Law Journal* 1713; Arend Lijphart, « Consociational Democracy », *World Politics*, 1969, vol. 21, p. 207; Sydney J. R. Noel, « Consociational Democracy in Canadian Federalism », *Revue canadienne de science politique*, 1969, vol. 21, p. 16; Hans Daalder, « The Consociational Democracy Theme », *World Politics*, 1971, vol. 4, p. 604; Lani Guinier, « Voting Rights and Democratic Theory: Where Do We Go From Here? », dans Bernard Grofman et Chandler Davidson, *ibid.* Pour une analyse de ces sources, voir : Stéphane Perreault, *Le contrôle judiciaire du droit de vote et d'éligibilité sous la Charte canadienne: défis et limites de la légalité*, à paraître.

23. C'est par ailleurs ce fondement démocratique que lui attribuent, à partir d'observations proches des miennes, les théoriciens de l'État postmoderne dont, plus particulièrement, Jean-François Thuot, précité à la note 20, notamment p. 85.

transfert vers les tribunaux d'un type de décisions plus politique, plus lié aux valeurs, autrefois réservé davantage au législateur. Je ne prétends pas qu'au XIX^e siècle les décisions de la Cour suprême sur le partage des compétences étaient dépourvues d'incidences politiques. Je crois seulement que la tendance à laisser une marge croissante de discrétion politique aux tribunaux s'est accentuée à mesure que la diminution de la cohérence sociale a rendu plus difficiles les anciennes « synthèses des finalités politiques [...] incarnées par la figure emblématique du Parlement²⁴ ». Le flou des textes législatifs n'est pas un hasard, mais le résultat de l'impossibilité d'un consensus et ces causes mêmes du déficit de légitimité dont nous sommes témoins à l'égard de la classe politique ont amené cette dernière à se décharger sur le pouvoir judiciaire d'arbitrages sociaux qu'elle n'arrivait plus à réussir ; en retour, ce transfert met le pouvoir judiciaire dans la même position.

Dans ces circonstances, la légitimité des juges tient moins à la crainte des justiciables à l'égard des moyens répressifs dont dispose encore l'État, ou même à la rationalité et à la sagesse démontrées des décisions judiciaires, qu'à l'assurance que les juges partagent leurs valeurs ou, du moins, vont les intégrer au droit. Dès lors cette légitimité « ne sera plus fondée sur la puissance intrinsèque de la norme, mais sur la recherche de l'adhésion des adressataires... [et dépendra de l'étendue] du consensus qu'elle est capable de recueillir²⁵ ».

Loin de se confondre avec la *rule of law* comme son ancêtre moderne, la légitimité contemporaine, dont la forme nouvelle porte la marque de ses sources désormais plurielles et fragmentées, la déstabilise. Comment croire en l'unité du peuple, en la représentativité de l'État, en sa capacité à synthétiser un intérêt collectif, lorsque la réalité sociale dément si clairement ces postulats dont le caractère idéologique apparaît chaque jour plus évident ? Comment fonder là-dessus la suprématie et l'éternité de la Constitution, la neutralité des juges, l'apolitisme du droit ? Ce sont des rapports malaisés, pour ne pas dire antagoniques, que la *rule of law* entretient désormais avec cette nouvelle légitimité, divorcée de l'autorité et flirtant avec tous les groupes qui grugent chaque jour davantage l'unanimité et la cohérence des anciennes majorités.

C'est là le vrai contexte dans lequel s'inscrit le *Renvoi sur la sécession du Québec* devant une Cour dont les auditoires sont

24. Jean-François Thuot, précité note 21.

25. Jacques Chevallier, « La rationalisation de la production juridique » dans Charles-Albert Morand (dir.), *L'État propulsif*, Paris, Publisud, 1991, p. 37. Il ne faut pas confondre cette position avec celle d'Habermas, « Le droit vaut seulement pour légitime lorsqu'il peut être accepté *rationnellement* », (notre traduction), dans *Fakizität und Geltung*, Francfort, Suhrkamp) où ce n'est pas le simple accord des destinataires du droit qui fonde sa légitimité, mais leur accord *rationnel*.

fragmentés, opposés non seulement sur le fond de la question, mais sur la légitimité même de son intervention dans le dossier, comme en témoignent les prises de position des chefs de tous les partis politiques au Québec et de tous les partis fédéraux d'opposition.

Dans ces circonstances, l'efficace idéologique de la *rule of law* avait peu de chances de fonctionner comme elle l'aurait fait il y a cinquante ou même vingt-cinq ans et de ressusciter la légitimité formelle du temps de Max Weber. Les juges ne s'y sont pas trompés, comme s'ils avaient compris que la légitimité de leur propre démarche et l'effectivité de leur prononcé dépendaient de leur intégration expresse dans le droit d'une partie au moins des valeurs invoquées par cette minorité en mesure de mettre en péril la survie de l'État canadien et, par là même, celle de la Cour... Certes, ils ont d'abord invoqué la primauté du droit²⁶ pour attribuer à Ottawa les deux « non » qu'on y souhaitait en réponse, plus des exigences en matière de question et de majorité « claires ». Mais — alors que le *Renvoi* ne soulevait surtout pas ce second enjeu qui nous occupe ici — ils se sont également prononcés, et même longuement étendus, sur la légitimité de la démarche référendaire dans le cadre interne et international et de la sortie unilatérale par la voie internationale en cas d'obstruction de négociations, par ailleurs imposées aux autorités fédérales et à celles des autres provinces.

On le constate, piégée par une double contradiction — entre les questions soumises par le gouvernement fédéral et les contraintes paradoxales liées à sa propre survie institutionnelle et à celle de l'État canadien ; entre les attentes respectives de ses auditoires canadien et québécois — la Cour n'a pas réussi à résoudre la quadrature du cercle : elle n'a pas réconcilié la primauté du droit et la légitimité démocratique. Au contraire, ce que le résultat de cet exercice souligne en gras, ce sont les limites concrètes que la seconde impose à la première : l'efficace idéologique de la primauté du droit ne peut être sauvegardée dans un contexte de légitimité démocratique que si cette dernière s'exerce dans le sens des intérêts majoritaires dominants.

26. Fidèle dans une certaine mesure à la tradition britannique, la Cour a réduit la primauté du droit au principe de légalité, y incluant les trois éléments suivants : la suprématie du droit sur les actes du gouvernement et des particuliers, la création et le maintien d'un ordre réel de droit positif qui préserve et incorpore le principe plus général de l'ordre normatif et la règle de droit comme source exclusive de l'exercice de tout pouvoir public. (*Renvoi*, précité, note 16, paragr. 71). Mais influencée quand même par l'autre modèle, elle énonce séparément le principe du constitutionnalisme (*Renvoi*, précité, note 16, paragr. 72).