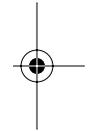
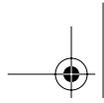


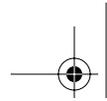
## B.



### LA DÉTERMINATION DU SENS : L'HERMÉNEUTIQUE, LA RHÉTORIQUE ET L'ANALYSE SYSTÉMALE







## LE RÔLE DES VALEURS ET DU CONTEXTE DANS LA TRANSFORMATION DE LA FONCTION DE JUGER



Stéphane BERNATCHEZ\*

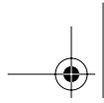
INTRODUCTION.....	335
I. L'ANALYSE DU DISCOURS JUDICIAIRE DANS LA THÉORIE DU DROIT ET LE PARCOURS THÉORIQUE.....	336
A. Le discours judiciaire relatif au partage des compétences et aux droits constitutionnels.....	336
B. Le parcours théorique.....	341
II. LA TRANSFORMATION DE LA FONCTION DE JUGER.....	345
A. Les limites de la raison judiciaire et le refus du mentalisme.....	346
B. La contextualisation de la fonction de juger.....	350

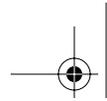


---

\* Professeur adjoint, Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. L'auteur remercie le professeur François Chevette. Le présent texte fait état notamment de travaux de l'auteur menés dans le cadre d'une recherche subventionnée par le CRSH.







Principalement dédiée à la recherche, la carrière de juriste d'Andrée Lajoie a été menée dans la perspective de la multidisciplinarité<sup>1</sup>. Elle-même diplômée en droit et en sciences politiques, il paraît tout à fait compréhensible qu'elle se soit concentrée sur le droit public. Dans les années 1960 et 1970, elle se consacra d'abord à l'étude des relations entre le droit, l'État et la société dans des secteurs d'activités au cœur des réformes en cours au Québec, dans le contexte de la Révolution tranquille. Ce n'est que par la suite, dans un deuxième temps – en autant qu'il soit possible de scinder ses recherches en différents moments –, qu'elle entreprit son travail de théoricienne du droit, plus particulièrement à travers ses travaux sur l'interprétation constitutionnelle et le discours judiciaire de la Cour suprême du Canada. C'est ainsi qu'elle étudia, tour à tour, l'interprétation du partage des compétences législatives au regard des positions constitutionnelles du Québec, l'interprétation de la notion de « société libre et démocratique » énoncée à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et le sort réservé aux revendications des femmes, des homosexuels, des Autochtones et des Québécois dans le droit constitutionnel canadien. De manière plus spécifique, elle s'intéressa, avec les autres membres des équipes de recherche qu'elle dirigea au Centre de recherche en droit public de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, à la capacité des valeurs et des intérêts minoritaires à pénétrer le droit. Elle a donc cherché à rendre compte des modes de production du droit, ou encore des modes de détermination sociale du sens des règles de droit<sup>2</sup>.



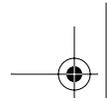
Les questions constitutionnelles ayant tendance à monter jusqu'à la plus haute instance du système judiciaire canadien, ses hypothèses l'ont amenée, en conséquence, à étudier prioritairement le discours judiciaire de la Cour suprême du Canada. La théorie du droit qu'elle a élaborée, et dont je vais ici retracer les fondements,

---

<sup>1</sup> Au point où Guy Rocher considère que c'est là l'un des traits dominants de la démarche intellectuelle et professionnelle d'Andrée Lajoie : Guy ROCHER, « Présentation d'Andrée Lajoie par Guy Rocher de la Société royale du Canada », (1993) 46 *Présentations à la Société royale du Canada* 1, 2 et 3.

<sup>2</sup> Andrée LAJOIE, « Le flou, le juge et la constitution », (1993) 46 *Présentations à la Société royale du Canada* 7.





## MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE

est surtout rattachée au rôle des valeurs et du contexte dans la production judiciaire du droit. Après avoir résumé le parcours théorique de cette chercheuse à travers son analyse du discours judiciaire (I), je vais tenter de montrer comment les travaux d'Andrée Lajoie sur la production du droit par les tribunaux ouvrent la porte à la contextualisation du jugement juridique dans le cadre de la transformation de la fonction de juger (II).

### I. L'ANALYSE DU DISCOURS JUDICIAIRE DANS LA THÉORIE DU DROIT ET LE PARCOURS THÉORIQUE

Afin de construire théoriquement le rôle du juge dans la production du droit, Andrée Lajoie s'est intéressée à l'interprétation constitutionnelle que la Cour suprême a faite du partage des compétences législatives dans le système fédéral canadien et des droits constitutionnels protégés par la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>3</sup> et la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>4</sup>. Ce sont ces interprétations de notions floues qu'elle a par la suite théorisées en se dotant d'un cadre théorique composé de la synthèse de l'herméneutique juridique et de l'analyse rhétorique.

#### A. Le discours judiciaire relatif au partage des compétences et aux droits constitutionnels

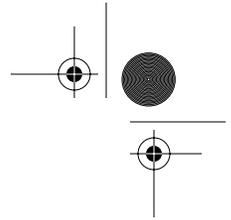
Tant les compétences législatives que les droits et libertés constituent ce que la théorie du droit a conceptualisé comme étant des notions floues<sup>5</sup>. C'est d'ailleurs sur cette base qu'Andrée Lajoie a fait le lien entre le droit constitutionnel et la théorie du droit :

<sup>3</sup> Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11). Voir notamment la Partie II, « *Droits des peuples autochtones du Canada* », article 35.

<sup>4</sup> Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)].

<sup>5</sup> Andrée LAJOIE, Marie-Claude BOIVIN et Stéphane PERRAULT, « Interprétation des concepts flous : efficacité spécifique respective des méthodes juridiques et linguistiques », dans Danièle BOURCIER (dir.), *L'écriture du droit*, Paris, Diderot, 1996, p. 597 ; Andrée LAJOIE, Armelle CHITRIT et Régine





## VALEURS ET CONTEXTE DANS LA FONCTION DE JUGER

Et c'est à l'expérience du discours constitutionnel, de sa texture de gruyère, que j'ai senti, selon l'expression si juste de Sophie Mijolla-Mellor, « la rupture du sol de l'évidence », et le besoin conséquent de théoriser ce flou, ce flou qui sape les belles certitudes des juristes en même temps qu'il crève l'écran de la neutralité des juges. La seule présence du flou dans le texte juridique oblige en effet à redéfinir, au-delà du rôle des juges, le mode même de la production du droit.<sup>6</sup>

Son analyse du discours judiciaire relatif au partage des compétences avait comme toile de fond le cheminement des idées constitutionnelles du Québec dans le droit et la pratique constitutionnels canadiens entre la fin de la Seconde Guerre mondiale et le rapatriement de la Constitution en 1982. Cette étude<sup>7</sup>, menée pour les fins de la *Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada*, révéla que la tendance centralisatrice de la jurisprudence de la Cour suprême n'allait pas favoriser les idées dominantes véhiculées au Québec (qui demeurent bien sûr minoritaires dans la perspective canadienne), si ce n'est pendant la période où la Cour a évolué vers un « fédéralisme dialogique ». En effet, « les deux tiers des décisions constitutionnelles intervenues dans des litiges résultant de faits survenus au Québec entre 1960 et 1975 donnent lieu à des gains provinciaux devant la Cour suprême »<sup>8</sup>. Pratiquant la macro-analyse, Andrée Lajoie et ses collègues ne manquèrent évidemment pas de noter que cette tendance plus provincialiste de la jurisprudence de la

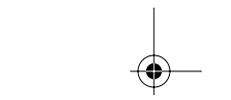
---

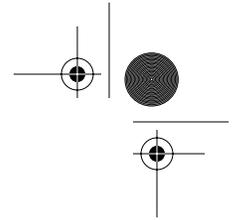
ROBIN, « L'apport de la rhétorique et de la linguistique à l'interprétation des concepts flous », dans Danièle BOURCIER et Pierre MACKAY (dir.), *Lire le droit. Langue, texte, cognition*, Paris, L.G.D.J., 1992, p. 155.

<sup>6</sup> A. LAJOIE, *loc. cit.*, note 2, p. 8. Sophie MIJOLLA-MELLOR, *Le plaisir de pensée*, Paris, PUF, 1992.

<sup>7</sup> Andrée LAJOIE, Pierrette MALUZZI et Michelle GAMACHE, « Les idées politiques au Québec et le droit constitutionnel canadien », dans Ivan BERNIER et Andrée LAJOIE (dir.), *La Cour suprême du Canada comme agent de changement politique*, Études, Commission (MacDonald) royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, n° 47, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1986, p. 1-110.

<sup>8</sup> Andrée LAJOIE, *Jugements de valeurs. Le discours judiciaire et le droit*, Paris, PUF, 1997, p. 34.



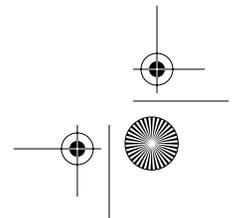
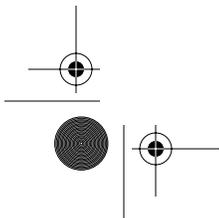


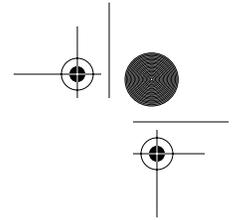
Cour suprême du Canada coïncide avec la montée de l'indépendantisme québécois.

Dans l'ensemble, ce sont plutôt les idées de la minorité politique québécoise – qui correspondent d'ailleurs à celles de la majorité canadienne – que la Cour suprême du Canada reconnaîtra et inscrira dans « les marges floues du partage des compétences législatives »<sup>9</sup>. Si cela se comprend bien dans le cadre du « fédéralisme unilatéral » (1949-1960) – période pendant laquelle non seulement la Cour suprême sera progressivement débarrassée de l'épée de Damoclès que représentait au-dessus d'elle le Comité judiciaire du Conseil privé, mais qui sera aussi marquée par le fait que le gouvernement du Québec était peu présent devant la Cour suprême en raison de l'idéologie non interventionniste de l'État duplessiste –, les causes expliquant la fin de cette jurisprudence décentralisatrice paraissent *a priori* moins évidentes. Le « fédéralisme normalisateur » (1975-1982) verra en effet les deux tiers des décisions en provenance du Québec favoriser les compétences fédérales. Évidemment, cette jurisprudence sera couronnée par les deux avis de la Cour suprême concernant le rapatriement de la Constitution<sup>10</sup>, qui auront un rôle déterminant dans l'avenir de la fédération canadienne. S'arrêtant aux facteurs politiques susceptibles d'influencer cette jurisprudence défavorable au Québec, Andrée Lajoie prétend que c'est l'écart entre le discours et la pratique du gouvernement québécois qui est ici en cause : la gouvernance du gouvernement Lévesque ne sera pas celle de l'indépendantisme, ni même du souverainisme, mais plutôt celle d'une gestion réaliste du fédéralisme canadien, proche du reste des libéraux de l'époque dirigés par Robert Bourassa et Claude Ryan. Par conséquent, c'est la pratique gouvernementale que la Cour suprême traduira dans son discours judiciaire, et non pas le modèle correspondant aux idées officiellement prônées par les péquistes. Évidemment, les considérations sociopolitiques québécoises ne suffisent pas pour expliquer l'évolution du droit constitutionnel canadien, « mais on ne peut pas non

<sup>9</sup> *Id.*, p. 37.

<sup>10</sup> *Renvoi: résolution pour modifier la Constitution du Canada*, [1981] 1 R.C.S. 753 et *Renvoi: opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793.





## VALEURS ET CONTEXTE DANS LA FONCTION DE JUGER

plus qualifier d'improbable l'hypothèse d'une incidence de la question nationale québécoise sur le produit constitutionnel canadien, ni imaginer que les conceptions de l'État matérialisées dans une entité fédérée puissent être sans effet sur la forme de la fédération où elles s'inscrivent »<sup>11</sup>.

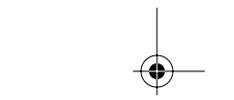
Après avoir conclu que les idées constitutionnelles québécoises n'ont pas réussi, sauf quelques rares exceptions, à influencer le droit constitutionnel canadien, Andrée Lajoie s'attaqua aux revendications formulées sur la base de la *Loi constitutionnelle de 1982*, laquelle comprend évidemment la *Charte canadienne des droits et libertés*. Après avoir longuement examiné le fédéralisme canadien, Andrée Lajoie s'est donc penchée sur la production judiciaire du droit dans le contexte des droits constitutionnalisés. Ses recherches ont été menées en deux temps : elle s'est d'abord arrêtée sur l'interprétation que les juges de la Cour suprême du Canada ont donnée à l'expression « société libre et démocratique » énoncée à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* avant d'analyser la pénétration des valeurs minoritaires dans le discours judiciaire et le droit constitutionnel canadien<sup>12</sup>.

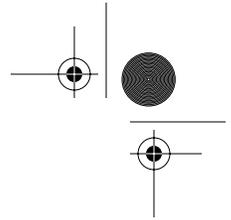
Concernant l'interprétation de l'expression « société libre et démocratique », l'objectif poursuivi était le suivant :

Il s'agissait de vérifier si les interprétations proposées, par chacun des juges de la Cour, de cette expression insérée dans la *Loi constitutionnelle de 1982*, varieraient, notamment, selon leur conception respective antérieure de société libre et démocratique, mais aussi en fonction du contexte factuel et juridique et des attentes des auditoires, que Perelman avait placées

<sup>11</sup> A. LAJOIE, *op. cit.*, note 8, p. 44.

<sup>12</sup> Les références aux publications faisant état de ses travaux sur l'interprétation de la « société libre et démocratique » étant si nombreuses, il suffira de mentionner ici la synthèse qui en a été publiée : Andrée LAJOIE, Régine ROBIN, Sébastien GRAMMOND, Henry QUILLINAN, Louise ROLLAND, Stéphane PERRAULT et Armelle CHITRIT, « Les représentations de "société libre et démocratique" à la Cour Dickson, la rhétorique dans le discours judiciaire canadien », (1994) 32 *Osgoode Hall Law Journal* 295.





## MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE

au centre des hypothèses susceptibles d'expliquer le produit judiciaire, mais qu'il n'a pas vérifiées.<sup>13</sup>

Analysant le corpus jurisprudentiel depuis 1982, trois interprétations globales se dégagent : le libéralisme classique (1982-1986), le pluralisme communautaire propre à la société multiculturelle, aux libertés collectives et à la démocratie pluraliste (1986-1990) et, pour l'après-1990, le néo-libéralisme. Établissant un lien constant avec la conjoncture ou le contexte factuel et normatif dans lequel se situent les litiges, les recherches ont également démontré que les interprétations puisent leurs sources dans les conceptions que les juges eux-mêmes entretenaient, avant même l'avènement de la Charte, quant à ce qui constitue une société libre et démocratique.

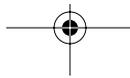
En ce qui concerne les valeurs et les revendications des minorités politiques et sociales et leur intégration dans le droit, plusieurs articles collectivement rédigés font état des résultats de recherche, dont la synthèse paraît dans *Quand les minorités font la loi*<sup>14</sup>. Il s'agissait essentiellement d'examiner comment la Cour suprême du Canada intègre, dans le droit constitutionnel canadien, les valeurs minoritaires des femmes, des Autochtones, des homosexuels et des Québécois. Andrée Lajoie conclut que : « la Cour inscrira dans le droit les intérêts et les valeurs des minorités lorsqu'ils coïncideront, en partie du moins, avec ceux du groupe dominant des hommes/blancs/hétérosexuels/Canadiens », tout en ajoutant que : « ce cheminement ainsi surdéterminé reste en partie obscur à cause de la dissimulation sous-textuelle essentielle au maintien de sa légitimité, qui tient davantage, en contexte de postmodernité, à la coïncidence de son discours avec les valeurs dominantes qu'à son statut institutionnel »<sup>15</sup>. Paradoxalement, la Cour suprême prône les valeurs dominantes alors que la Charte et le contrôle judiciaire de constitutionnalité sont censés protéger les valeurs minoritaires. L'explication faisant appel aux contraintes surdéterminantes qui

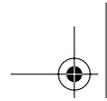


<sup>13</sup> A. LAJOIE, *op. cit.*, note 8, p. 54. Je reviendrai plus loin sur les hypothèses de Perelman.

<sup>14</sup> Andrée LAJOIE, *Quand les minorités font la loi*, Paris, PUF, 2002.

<sup>15</sup> *Id.*, p. 136.





découlent du champ des valeurs et intérêts dominants dans la société, il convient de situer ces notions dans leur dimension théorique, suivant en cela la voie empruntée par Andrée Lajoie.

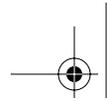
## B. Le parcours théorique

Après avoir résumé les principaux éléments de l'analyse du discours judiciaire, il s'agit maintenant de retracer, ou reconstruire, le parcours théorique emprunté pour expliquer la vérification des hypothèses pérelmaniennes. Sur ce point, l'œuvre d'Andrée Lajoie devient une sorte de fil d'Ariane dans le labyrinthe des théories contemporaines du droit puisqu'elle a elle-même relaté ses incursions dans les diverses théories du droit, principalement dans ses ouvrages publiés aux Presses Universitaires de France. Dans *Jugements de valeurs*, Andrée Lajoie explique longuement le cheminement théorique qu'elle a suivi pour comprendre le rôle du juge constitutionnel dans la production du droit. Les conséquences relatives au pouvoir judiciaire et à ses rapports au pouvoir législatif apparaîtront plus clairement quelques années plus tard, soit lors de la parution de son second ouvrage publié aux PUF, *Quand les minorités font la loi*.

Analysant le discours de la Cour suprême du Canada dans la jurisprudence relative aux minorités, elle a finalement opté, suite à une étude comparée des pistes de solution qu'offrent les différentes théories juridiques afin d'expliquer la prise en compte du champ des valeurs dans la production judiciaire du droit, pour le concept de surdétermination<sup>16</sup>, au sens que lui donne l'analyse systémale. Cette approche, qui s'inscrit dans le cadre de la théorie herméneutique, a mis en lumière l'importance qu'il convient d'accorder au contexte pour analyser l'insertion des valeurs dans le droit. Examinons le trajet parcouru pour en arriver là.

---

<sup>16</sup> Andrée LAJOIE, « Surdétermination », dans Andrée LAJOIE, Roderick A. MACDONALD, Richard JANDA et Guy ROCHER (dir.), *Théories et émergence du droit: pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal/Bruxelles, Thémis/Bruylant, 1998, p. 85 ; Andrée LAJOIE, « La surdétermination et les valeurs minoritaires ou marginales », (1999) 42 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 73.

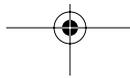


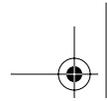
## MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE

Il n'est pas étonnant que, s'attachant à comprendre la production du droit par les tribunaux, Andrée Lajoie se soit d'abord située dans l'horizon défini par la *Sociological Jurisprudence* et le réalisme américain tant ces courants sont à la base de la critique adressée au positivisme formaliste ayant triomphé au XIX<sup>e</sup> siècle. Ces théories ont attiré l'attention des juristes ailleurs que sur les lois adoptées par le législateur, en insistant sur les facteurs sociaux qui influencent l'évolution du droit, en situant le droit dans son contexte social et en (dé)plaçant l'angle d'analyse sur les normes juridiques dans la perspective du juge. Cherchant à infirmer les postulats positivistes du monopole du législateur dans la production du droit et, son corollaire, de la neutralité du juge, les sociologues et les réalistes ont cherché à prédire le droit non plus sur la base déterministe et mécaniciste des règles formelles du jugement d'application, mais plutôt à l'aide d'études empiriques sur la psychologique et le comportement des juges. Avec le recours, entre autres, aux thèses behavioristes alors en effervescence, certains réalistes firent prendre à la théorie du droit un tournant marqué par la subjectivité et le constructivisme.

C'est cette insistance sur la micro-analyse, souvent quantitative, des facteurs individuels et psychologiques, au détriment d'analyses qualitatives plus macroscopiques des facteurs sociaux et politiques, qui m'a éloignée du courant réaliste au moment d'aborder l'étude du discours judiciaire de la Cour suprême du Canada sur la notion de « société libre et démocratique », entreprise suite au constat d'un macro-rapport, indéniable mais mal expliqué, entre le produit constitutionnel de cette Cour et les idées politiques professées et les faits politiques survenus au Québec entre la guerre et la Charte. Il ne me semblait pas que des caractéristiques personnelles aux juges, lues hors de leur contexte institutionnel et surtout social, permettraient de cerner le trajet vers le forum judiciaire de facteurs clairement politiques, dont la lourdeur ne pouvait plus être ignorée.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> A. LAJOIE, *op. cit.*, note 8, p. 125 et 126.





## VALEURS ET CONTEXTE DANS LA FONCTION DE JUGER

Suivant en cela l'évolution de la théorie du droit, Andrée Lajoie a cherché du côté des théories contemporaines du droit celle qui lui servirait à saisir le rôle des juges dans la production du droit.

Des behavioristes aux marxistes, en passant par les tenants de l'analyse économique du droit, le mouvement des Critical Legal Studies, les féministes, et l'approche anthropologique, sans oublier ceux que j'oublie, tout un chacun cherche la pierre philosophale qui permettrait de savoir ce que font vraiment les juges quand ils décident et par où ils passent pour arriver aux solutions qu'ils proposent.<sup>18</sup>

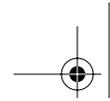
Bien sûr, de nombreuses nuances, faites par Andrée Lajoie dans ses écrits, pourraient être apportées, mais qu'il suffise pour les fins du présent texte d'exposer le choix qu'elle a effectué pour mener ses recherches. Elle s'est inscrite dans le courant de l'analyse rhétorique pour vérifier, en analysant un corpus jurisprudentiel composé de décisions constitutionnelles de la Cour suprême du Canada, les hypothèses de Chaïm Perelman<sup>19</sup>. Ce dernier a posé que le discours judiciaire s'adresse à deux auditoires. Le premier, l'auditoire universel, qui recherche surtout l'équité du système de justice, est composé des parties, du public, des médias et de la société civile en général. Le second, l'auditoire particulier, formé de la communauté juridique (les autres tribunaux, les avocats, les professeurs, bref, les juristes), a des attentes et des préoccupations en termes de cohérence du droit. Par ses observations empiriques, Andrée Lajoie a peaufiné cette théorie en repérant un troisième auditoire. En effet, dans le cas d'un tribunal collégial comme la Cour suprême du Canada, la Cour elle-même constitue un autre auditoire, dans la mesure où les juges cherchent à se convaincre mutuellement.

Bien qu'elle y ait eu recours comme hypothèse de départ, ce n'est toutefois pas l'analyse rhétorique que privilégie Andrée Lajoie pour

<sup>18</sup> A. LAJOIE, *loc. cit.*, note 2, 14.

<sup>19</sup> Voir notamment Chaïm PERELMAN et Lucie OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, 5<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Éditions de l'Institut de sociologie, ULB, 1988; Chaïm PERELMAN, *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1979; Chaïm PERELMAN et Paul FORIERS, *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978.





expliquer l'intégration des valeurs et l'influence du contexte dans la production judiciaire du droit. Elle s'est en effet tournée vers l'analyse systémale, une conception théorique du droit développée en France par Gérard Timsit et qui se situe dans le cadre de l'herméneutique juridique<sup>20</sup>. Selon Timsit, la production du sens est à la fois *prédéterminée* par l'auteur de la norme, en l'espèce le législateur qui adopte un texte législatif, et *codéterminé* par celui auquel ce texte est adressé, l'interprète ou le juge dans le cas des règles juridiques ; prédétermination et codétermination auxquelles se superpose une surdétermination, « résultant des contraintes qui découlent, pour l'application du droit, de la présence d'un champ de valeurs qui lui sert de support interprétatif »<sup>21</sup>. Plus spécifiquement, Lajoie emprunte ce dernier concept de surdétermination, lequel offre à son avis « la meilleure prise vers la réalité complexe du rapport du juge aux valeurs dans l'interprétation judiciaire »<sup>22</sup>.

Ce concept de surdétermination « repose sur l'hypothèse que la production du droit se déploie à l'intérieur d'un champ de valeurs, d'un code culturel propre à chaque société, qui lui sert de support interprétatif et dont découlent un certain nombre de contraintes pour son application et son effectivité »<sup>23</sup>. La théorie systémale insiste donc sur l'idée que la production du sens ne se limite pas aux opérations d'émission (prédétermination) et de réception ou d'application (codétermination) de la norme, mais qu'elle implique aussi la prise en compte du contexte normatif dans lequel la norme s'inscrit. En cela, l'approche adoptée par cette juriste prétend dépasser l'herméneutique juridique en y superposant les contraintes contextuelles que la théorie de l'argumentation juridique cherche d'ailleurs à anticiper. On extrapole ainsi, dans une combinaison des approches, des concepts herméneutiques comme la fusion des horizons : « celui du texte, celui de l'interprète, celui des attentes qui

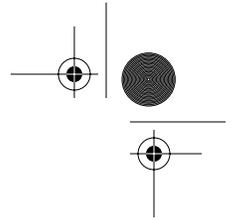
<sup>20</sup> Voir notamment Gérard TIMSIT, « Sur l'engendrement du droit », (1988) *Revue de droit public* 39 ; *Les noms de la loi*, Paris, PUF, 1991 ; *Les figures du jugement*, Paris, PUF, 1993.

<sup>21</sup> A. LAJOIE, *op. cit.*, note 8, p. 163 et 164.

<sup>22</sup> *Id.*, p. 164.

<sup>23</sup> A. LAJOIE, « Surdétermination », *loc. cit.*, note 16, 85.





pèsent sur ce dernier, bref la rencontre, au point d'interprétation, du lieu de passage de la tradition avec les attentes des auditoires »<sup>24</sup>.

Pour montrer l'importance et la signification de la proposition théorique qu'elle suggère, Andrée Lajoie a utilisé une image très forte. Cherchant à illustrer la structure institutionnelle contemporaine des rapports entre les pouvoirs, elle est, en effet, allée jusqu'à inverser la pyramide kelsénienne<sup>25</sup>. Dans cette nouvelle architecture du pouvoir étatique, où le législateur qui se trouvait traditionnellement au sommet de la pyramide réside maintenant à la pointe inférieure, les tribunaux se situent au sommet, « arrimés à la Constitution dont ils estompent ainsi la suprématie par leurs interprétations créatrices »<sup>26</sup>.

## II. LA TRANSFORMATION DE LA FONCTION DE JUGER

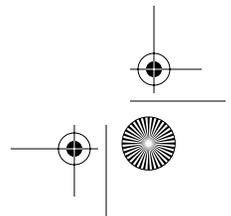
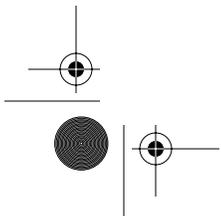
Comme nous l'avons vu, les travaux d'Andrée Lajoie ont montré le rôle primordial des valeurs et du contexte dans la production judiciaire du droit. En cela, le cadre conceptuel développé et appliqué par cette chercheuse peut éclairer le débat sur la transformation de la fonction de juger. Car après avoir montré le caractère incontournable des jugements de valeurs, elle a cherché parmi les différentes théories contemporaines du droit celle qui lui offrait la meilleure compréhension du jugement judiciaire. Ce faisant, elle a mis en évidence les limites du judiciaire à contextualiser l'application du droit. En recourant à la théorie du droit, que la professeure Lajoie a d'ailleurs enseignée dans le cadre de séminaires de doctorat, l'on peut réaliser la nécessaire contextualisation du jugement juridique et permettre, sur cette base, la transformation des modes d'élaboration du droit qu'elle a si bien illustrée en inversant la pyramide de Kelsen. En d'autres termes, une fois mis en lumière le rôle des valeurs et du contexte dans l'opération de juger, il importe d'interroger les mécanismes institutionnels en place dans leur capacité à considérer le contexte normatif ou axiologique.

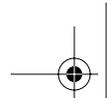
---

<sup>24</sup> *Id.*, 86.

<sup>25</sup> A. LAJOIE, *op. cit.*, note 14, p. 164 et suiv.

<sup>26</sup> *Id.*, p. 164.





### A. Les limites de la raison judiciaire et le refus du mentalisme

La réflexion sur les valeurs et le contexte dans le jugement juridique nous oblige à poser le problème des limites épistémologiques de la connaissance judiciaire. Une fois établie l'importance de la surdétermination dans l'opération de la raison juridique, la question devient celle de savoir comment le contexte normatif peut rejaillir sur l'application de la norme. Tout comme il serait illusoire, suite à la critique du positivisme juridique, de chercher à reformaliser la pratique interprétative du juge, l'on ne saurait prétendre que ce dernier peut à lui seul, sur la base d'un schème mentaliste où la raison (d'un juge) trouve en elle-même la morale substantielle supposée être celle de la société et les capacités requises pour sa réinterprétation constante, reconstruire les valeurs et le contexte social impliqués par le litige qu'il doit trancher<sup>27</sup>.

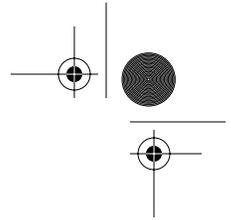
Dans le but de connaître les interprétations de la notion de « société libre et démocratique » et des droits constitutionnalisés, elle n'a pu dégager les valeurs prônées par les juges qu'au prix d'une méthodologie fort complexe. Rassemblant les énergies de plusieurs personnes réunies au sein d'équipes de recherche se concentrant tantôt sur un juge, tantôt sur une minorité sociale ou politique, les travaux ont nécessité de nombreuses années de recherche pendant lesquelles la jurisprudence pertinente était colligée et disséquée à partir de grilles d'analyse faisant appel, entre autres, à la linguistique. Au-delà de ces considérations méthodologiques, l'interprétation des valeurs par le juge soulève un problème épistémologique important, que les juges ont parfois cherché à contourner, notamment pour éviter la critique du subjectivisme et du constructivisme radical. Examinons de plus près les prétentions d'Andrée Lajoie sur ce point.

En effet, devant la difficulté d'élaborer une interprétation faisant appel à la morale et à l'éthique, les juges rendent souvent des décisions non entièrement théorisées dans le cadre d'un minima-

---

<sup>27</sup> Voir notamment Marc MAESSCHALCK, *Normes et contextes. Les fondements d'une pragmatique contextuelle*, Hildesheim, Olms Verlag, 2001.





## VALEURS ET CONTEXTE DANS LA FONCTION DE JUGER

lisme judiciaire<sup>28</sup>. Pour ne donner qu'un exemple, lui-même fourni par Andrée Lajoie, qu'il suffise de penser à l'interprétation de l'article premier de la Charte canadienne, qui intervient dans la limitation des droits et libertés. Malgré le fort potentiel interprétatif d'une telle disposition constitutionnelle, la Cour suprême y a néanmoins substitué un test formel, adoptant ainsi une approche minimaliste, que résume comme suit Andrée Lajoie :

Au lieu de s'attaquer à produire une définition en bonne et due forme, ou au moins à construire un concept de « société libre et démocratique », ou même de se référer simplement au type de société établie dans d'autres pays qu'ils auraient estimés libres et démocratiques, les juges de la Cour suprême du Canada ont en effet préféré procéder à partir d'une grille d'analyse en deux étapes dont la seconde comportait, au moins au début, trois éléments : le « *test de Oakes* ». [...] Ce faisant, fidèle à la tradition culturelle du droit d'inspiration britannique, elle a évité les débats de fond et opté pour l'échappatoire procédurale.<sup>29</sup>

Selon une approche mentaliste, le droit est construit dans l'esprit du juge qui en dicterait les principes constitutifs. C'est dans le but de ne plus mentaliser le jugement normatif que le pragmatisme, notamment celui d'Hilary Putnam<sup>30</sup>, a montré les limites du mentalisme et insisté sur la nécessité d'organiser la réflexivité de l'opération permettant de construire en commun le contexte. La transformation de la fonction de juger origine donc des limites de la raison judiciaire :

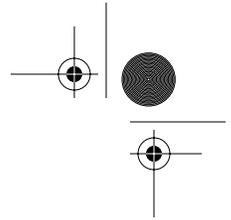
Le juge n'est-il pas particulièrement inadapté pour prétendre maîtriser les conditions d'application de la norme. [...] Sauf à tomber dans le subjectivisme pratiquement et théoriquement inadmissible, notre hypothèse aide au contraire à voir en quoi, là où les conflits portent sur des représentations potentiellement conflictuelles des formes de vie et des exigences de justice

<sup>28</sup> Stéphane BERNATCHEZ, « La fonction paradoxale de la morale et de l'éthique dans le discours judiciaire », (2006) 85 *Revue du Barreau canadien* 221.

<sup>29</sup> A. LAJOIE, *op. cit.*, note 8, p. 56.

<sup>30</sup> Hilary PUTNAM, *Représentation et réalité*, Paris, Gallimard, 1990.





## MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE

propres au contentieux engageant des conflits de droits fondamentaux, le juge doit s'assurer le concours d'une régulation négociée dont il peut contrôler le processus réflexif.<sup>31</sup>

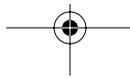
Ce déplacement trouve un écho dans l'histoire de la philosophie du droit. Alors que le droit était jadis compris comme le droit dans les objets, notamment à l'époque du jusnaturalisme classique, entre autres chez Platon et Aristote, la modernité juridique a substitué à cette représentation celle du droit dans les sujets ou les esprits. Le champ ouvert par les théories du langage et de l'intersubjectivité vient plutôt suggérer qu'il faille concevoir le droit entre les sujets<sup>32</sup>. Refuser le mentalisme dans le jugement d'application du droit implique, par conséquent, le passage de la pure logique de l'interprétation à la logique de l'argumentation et de l'intersubjectivité. Riccardo Guastini a très bien exprimé cette idée :

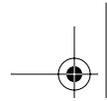
L'interprétation est une activité mentale – une activité de l'« esprit », comme on dit. Cependant, nous ne sommes pas intéressés à cette activité mentale en tant que telle : une activité mentale n'est susceptible d'aucune analyse logique, mais seulement d'une analyse psychologique. Par conséquent, si 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 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 interprètes.<sup>33</sup>

<sup>31</sup> Jacques LENOBLE, « L'efficience de la gouvernance par le droit. Pour une procéduralisation contextuelle du droit », (2002-03) 33 *RDUS* 13, 67.

<sup>32</sup> Jean DE MUNCK, « Controverses autour de l'ontologie du droit », (1990) 95 *Revue de métaphysique et de morale* 415.

<sup>33</sup> Riccardo GUASTINI, « Interprétation et description des normes », dans Paul AMSELEK (dir.), *Interprétation et Droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 89, à la page 93.

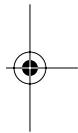




## VALEURS ET CONTEXTE DANS LA FONCTION DE JUGER

C'est dans le même sens que l'herméneute Paul Ricoeur a proposé à l'herméneute Ronald Dworkin de compléter sa conception de l'interprétation juridique par une conception de l'argumentation juridique<sup>34</sup>. À cet égard, ne convient-il pas de souligner que l'originalité de la démarche théorique d'Andrée Lajoie a précisément consisté à juxtaposer les approches herméneutique et rhétorique ? Cette caractéristique vaut d'être rappelée surtout lorsque l'on sait que même une théorie juridique fondée sur une éthique de la discussion – comme la théorie du droit de Jürgen Habermas – a défendu une conception où le jugement d'application du droit se limite à simplement déterminer, de manière formaliste, le caractère approprié de l'application de la norme à la situation<sup>35</sup>. Pourtant, le jugement juridique signifie davantage que l'acceptabilité rationnelle, puisqu'il vise aussi l'acceptation pratique. Jean Ladrière a bien montré l'importance de l'acceptation pratique :

Mais l'application d'une norme à une situation n'est pas assimilable à une déduction. Elle est d'ordre pratique. Cela signifie qu'elle comporte sans doute la reconnaissance de la pertinence de la norme par rapport à la situation mais aussi, et c'est là le moment essentiel, la reconnaissance de la normativité de la norme par rapport à la situation, c'est-à-dire l'acceptation pratique de ce qu'elle impose ou interdit dans cette situation, ou encore l'autodétermination de l'action en fonction de ce que la norme prescrit. La pertinence d'une norme, par rapport à une situation donnée, est l'appartenance de cette situation, en tant que singulière, au type de situation auquel la norme se réfère (et qui, dans une formulation complète, doit être spécifié explicitement).<sup>36</sup>

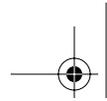


<sup>34</sup> Paul RICOEUR, *Le juste*, Paris, Esprit, 1995, p. 163 et suiv. Voir aussi l'ouverture de Dworkin en direction de la théorie de la délibération : Ronald DWORKIN, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1996, chap. 17.

<sup>35</sup> Jürgen HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997, p. 239.

<sup>36</sup> Jean LADRIÈRE, *L'éthique dans l'univers de la rationalité*, Namur/Paris, Artel/Fides, 1997, p. 79. Explicitant cette exigence pragmatiste, plus précisément dans la philosophie de Putnam, Marc MAESSCHALCK (*op. cit.*, note 27,





La recomposition – puisque c’est bien de cela qu’il s’agit – du contexte normatif implique la création de dispositifs institutionnels permettant la production coopérative d’une signification partagée. Ce contexte ne doit pas être considéré comme étant donné ou déterminable *a priori*. C’est parce qu’ils se fondent sur cette capacité des acteurs impliqués de faire valoir le monde vécu que l’on a pu écrire à propos des modes alternatifs de règlement des différends, telle la médiation, qu’ils constituent une nouvelle conception de la justice<sup>37</sup>.

## B. La contextualisation de la fonction de juger

Comme l’exprime Louise Lalonde :

[I]e débat sur la transformation de la fonction de juger qu’attisent l’interprétation et l’application des chartes, peut être lu comme une réponse aux insuffisances du judiciaire à contextualiser dans l’interprétation de l’énonciation normative et dans l’application de la norme juridique, tout spécialement en matière de droits fondamentaux et, plus encore, par la réparation. En cela, ce débat est un symptôme des limites du judiciaire.<sup>38</sup>

En fait, la « réponse offerte par la transformation de la fonction de juger tente de préserver la rationalité du droit tout en intégrant

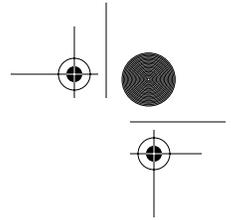
---

p. 179) écrit que « la pratique interprétative ne définit pas des procédures-types de fixation des croyances ; autrement dit, l’immanence implique qu’il y a *interdépendance* de l’interprétation et de l’usage, non qu’il y a identité entre ceux-ci. La tâche interprétative consiste, de ce point de vue, à définir un certain rapport intentionnel à l’usage, non l’usage lui-même ; elle définit donc les procédures d’*auto-interprétation* de l’usage, les conditions de son acceptabilité ou, encore, son auto-transcendance comme usage ».

<sup>37</sup> Louise LALONDE, « Les modes de PRD : vers une nouvelle conception de la justice ? », (2003) 1 *Revue PRD* 17.

<sup>38</sup> Louise LALONDE, « L’application de la Charte des droits et libertés de la personne dans le monde vécu, de la protection civiliste à la promotion des droits fondamentaux. Réflexion sur le rapport entre la Charte et le monde vécu », (2006) Numéro thématique hors série *R. du B.* 321, 334. La présentation qui suit de la transformation de la fonction de juger s’appuie largement sur cet article.





## VALEURS ET CONTEXTE DANS LA FONCTION DE JUGER

une fonction moralisatrice qui va à l'encontre de cette même rationalité »<sup>39</sup>. Ce paradoxe de la fonction de juger nécessite de dépasser la représentation traditionnelle de la figure du juge qui le situe continuellement, sur le terrain des jugements de valeurs, entre le fondationnalisme et le scepticisme<sup>40</sup>.

Donc, si la théorie herméneutique de Dworkin a bien perçu la dimension morale du jugement juridique, ce qu'ont confirmé au surplus les travaux d'Andrée Lajoie même si menés dans la double perspective de l'analyse rhétorique et de l'analyse systémale, il reste à expliquer comment se manifeste, dans une société pluraliste, cet incontournable jugement moral en matière constitutionnelle. Dans le présent texte, je ne prétends nullement offrir une solution complète à cette question, mais je souhaite néanmoins suggérer quelques pistes de discussion. À noter toutefois que l'approche pragmatiste du droit présentée ici et formulée dans le langage de la procéduralisation du droit<sup>41</sup>, vise moins la justification normative du droit que son application contextuelle – et ce, dans le but de réduire l'écart entre le droit et le monde vécu. Une procéduralisation contextuelle du droit doit favoriser ultimement, par ses dispositifs et mécanismes institutionnels, « la transformation des contextes en vue d'assurer l'implémentation des objectifs poursuivis »<sup>42</sup> :

les effets d'une norme (d'une décision rationnelle) sont le résultat d'une démarche qui n'est pas « anticipable » par la raison puisqu'elle est l'effet d'une condition qui n'est pas formalisable,

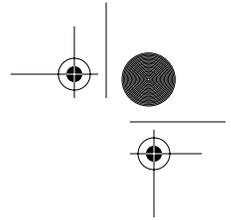
<sup>39</sup> *Id.*, 335.

<sup>40</sup> Luc B. TREMBLAY, « La norme de retenue judiciaire et les erreurs de droit en droit administratif : une erreur de droit ? Au-delà du fondationalisme et du scepticisme », (1996) 56 *Revue du Barreau* 141 ; Luc B. TREMBLAY, « Le droit a-t-il un sens ? Réflexions sur le scepticisme juridique », (1999) 42 *R.I.E.J.* 13.

<sup>41</sup> Jules COLEMAN, *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2001 ; Jacques LENOBLE, « Les exigences du tournant pragmatiste et la redéfinition du concept de droit », à paraître dans *Philosophiques*.

<sup>42</sup> J. LENOBLE, *loc. cit.*, note 31, 53.





MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE

c'est-à-dire qui n'est pas intégrable par l'opération formelle de la raison.<sup>43</sup>

Dans son discours, la Cour suprême du Canada a jusqu'ici privilégié une approche téléologique et contextuelle en matière d'interprétation constitutionnelle, ce qui :

offre déjà une certaine forme de contextualisation au raisonnement judiciaire, transformant ainsi l'interprétation du sens de la norme à travers le prisme d'un certain contexte défini par le judiciaire et une certaine appréhension des valeurs sociales.<sup>44</sup>

Il reste cependant à concrétiser cette contextualisation en ne reconnaissant pas au juge, à la fois pour des raisons pratiques et épistémologiques, le monopole de la construction du contexte social et normatif. Comme l'indiquent les conclusions d'Andrée Lajoie, le contexte n'est pas une donnée objective et prédéterminée. Il est lui-même à construire suivant une véritable procédure de contextualisation.

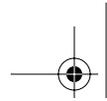
Il peut en découler que seule une certaine forme d'appropriation des conséquences pour les parties, [...], permet de véritablement rétablir ou reconstruire le lieu du conflit en considérant l'ensemble des conséquences subies dans l'atteinte aux droits, et tout particulièrement aux droits fondamentaux. Ce moment d'application du droit, qui permet sa véritable effectuation en est le baromètre, et il doit être redonné aux parties, aux personnes, par l'intégration d'un processus réflexif et procédural de contextualisation qui permette de redonner sens à la norme au niveau du monde vécu, par une approche judiciaire procé-

---

<sup>43</sup> *Id.*, 63. C'est ce que Jacques Lenoble nomme la « typique du jugement », par opposition à la « formalisation des conditions de possibilisation ». À elle seule, cette typique du jugement peut servir à remettre en cause une certaine compréhension du test de *Oakes*. En effet, si le test doit vérifier dans quelle mesure le législateur a bien anticipé les effets des moyens législatifs qu'il a choisis, cela constitue plutôt une évaluation de la « formalisation des conditions de possibilisation ».

<sup>44</sup> L. LALONDE, *loc. cit.*, note 38, 342 et 343.





## VALEURS ET CONTEXTE DANS LA FONCTION DE JUGER

durale plutôt que prescriptive du contenu de l'énonciation normative.<sup>45</sup>

Cette contextualisation intervient également à l'étape de la réparation où, une fois constatée l'atteinte aux droits et libertés, le juge « réinvestit lui-même les différentes parties concernées de la tâche et du pouvoir de trouver des arrangements négociés qui satisfassent à ces principes fondamentaux »<sup>46</sup>. La procéduralisation contextuelle exige « le renforcement des exigences délibératives dans le processus de décision publique et une participation accrue des parties dites “concernées” »<sup>47</sup>. À titre d'exemple, suite à une déclaration d'inconstitutionnalité dans une affaire en matière de droits autochtones, la juge L'Heureux-Dubé a suggéré de suspendre l'effet de la sanction d'inconstitutionnalité pendant 18 mois afin de permettre une recherche contextualisée de la solution. Voici comment elle a justifié ce choix – dans un langage qui se rapproche d'ailleurs, par moments, de celui utilisé par Andrée Lajoie :

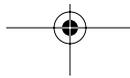
Il existe plusieurs façons de modifier la mesure législative en cause pour qu'elle respecte les droits à l'égalité des membres non résidents des bandes indiennes. Parce que les membres des bandes sont les plus directement touchés par le régime, la meilleure réparation sera celle qui encouragera le Parlement à consulter les Autochtones concernés ainsi qu'à recueillir leur opinion, et qui lui permettra de le faire. Le lien entre la discussion publique, la consultation et les principes de la démocratie a été réaffirmé récemment par notre Cour dans le Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217, au par. 68 : « le bon fonctionnement d'une démocratie exige un processus permanent de discussion ». Le principe de la démocratie sous-tend la Constitution et la Charte, et il est l'un des facteurs importants guidant les tribunaux dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire de réparation. Il encourage l'élaboration de réparations permettant ce processus démocratique de consultation

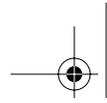


<sup>45</sup> *Id.*, 344 et 345.

<sup>46</sup> Jacques LENOBLE, *Droit et communication*, Paris, Cerf, 1994, p. 114.

<sup>47</sup> Jacques LENOBLE, « La procéduralisation contextuelle du droit », dans Jacques LENOBLE et Philippe COPPENS (dir.), *Démocratie et procéduralisation du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 97, à la page 102.





## MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE

et de dialogue. Dans P. W. Hogg et A. A. Bushell, « The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the *Charter of Rights* Isn't Such a Bad Thing After All) », (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75, les auteurs qualifient le contrôle judiciaire au regard de la Charte de [TRADUCTION] « dialogue » entre les tribunaux et le législateur. Les réparations accordées en vertu de la *Charte* doivent, dans les cas qui s'y prêtent, encourager et faciliter la participation à ce dialogue des groupes qui sont touchés de façon particulière par la loi en cause. Pour décider de la réparation convenable, le tribunal doit prendre en compte l'effet de son ordonnance sur le processus démocratique, pris au sens large, et encourager ce processus.

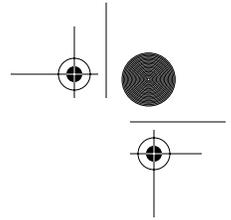
Comme a fait observer le juge Iacobucci dans l'arrêt *Vriend*, précité, au par. 176 :

[L]a notion de démocratie ne se limite pas à la règle de la majorité, ainsi que nous l'a si bien rappelé le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Oakes*, précité. À mon avis, la démocratie suppose que le législateur tienne compte des intérêts de la majorité comme de ceux des minorités, car ses décisions toucheront tout le monde.

Les réparations constitutionnelles doivent encourager le gouvernement à tenir compte de l'opinion des minorités et de leurs intérêts. C'est ainsi que sera le mieux affirmé le principe de la démocratie, qui a été reconnu comme principe sous-jacent de la Constitution dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, précité, et dont on a souligné l'importance en tant que considération en matière de réparation dans les arrêts *Schachter* et *Vriend*, précités.<sup>48</sup>

<sup>48</sup> *Corbière c. Canada (ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 116 et 117 (les soulignés ont été ajoutés afin d'illustrer la parenté avec les préoccupations d'Andrée Lajoie. Pour une analyse plus générale des positions prises par la juge L'Heureux-Dubé en matière de défense des intérêts des minorités sociales et politiques, voir Andrée LAJOIE, Cécile BERGADA et Katherine GAUTHIER, « Claire L'Heureux-Dubé, la Cour suprême et les minorités », dans Marie-Claire BELLEAU et François LACASSE (dir.), *Claire L'Heureux-Dubé à la Cour suprême du Canada 1987-2000*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 647-668).





## VALEURS ET CONTEXTE DANS LA FONCTION DE JUGER

Il existe déjà des analyses de cette transformation en cours de la fonction de juger pouvant être utiles pour développer un nouveau modèle de justice constitutionnelle<sup>49</sup>. De plus, la procéduralisation contextuelle du droit rencontre ici la théorie systémique dans son intérêt pour le droit négocié, à travers des concepts de médiation et de réseau<sup>50</sup>. Pour bien illustrer la tâche que représente la transformation de la fonction de juger, avec ses implications au plan du raisonnement judiciaire et, plus généralement, de la place de la normativité juridique dans le pluralisme axiologique, qu'il me soit permis de citer une fois de plus Louise Lalonde :

Le juge doit demeurer le gardien des processus de délibération de l'application de la répartition et de la réflexivité de l'énonciation normative, afin de préserver l'universalité du droit et la pluralité des valeurs, sans substituer son jugement à la construction commune de l'application de la norme dans le monde vécu. Cette vision de la fonction du juge, le ramenant dans le jugement du droit, est par ailleurs déjà présente dans la conceptualisation théorique des pratiques judiciaires, de même que dans certaines pratiques de justice participative dans le domaine pénal, par les cercles de règlement des conflits.<sup>51</sup>

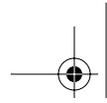
## CONCLUSION

Par un heureux hasard, qui n'en est pas entièrement un du reste, les derniers mots de cette citation, qui réfèrent notamment aux cercles de *sentencing*, nous amène sur un autre terrain de recherche

<sup>49</sup> Voir notamment Olivier DE SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruxelles, Bruylant, 1999.

<sup>50</sup> Voir à titre d'exemple : Jean DE MUNCK et Jacques LENOBLE, « Droit négocié et procéduralisation », dans Philippe GÉRARD, François OST et Michel VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, p. 171 ; François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002 ; François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988.

<sup>51</sup> L. LALONDE, *loc. cit.*, note 38, 346.



occupé par Andrée Lajoie, soit la question des Autochtones<sup>52</sup>. Pour définir le statut juridique des peuples autochtones au Québec, le cadre théorique qu'elle a élaboré est composé à la fois du constructivisme<sup>53</sup>, du pluralisme<sup>54</sup> et de l'analyse systémale<sup>55</sup>. Il resterait donc à faire la synthèse, plus générale encore que celle qui fut proposée dans le présent texte, de toutes les approches théoriques auxquelles a eu recours Andrée Lajoie pour analyser le droit.

Mais, quoi qu'il en soit, une chose est sûre. Désormais, la réflexion sur l'intégration des valeurs dans le droit, sempiternelle préoccupation des juristes, doit être formulée à partir des résultats obtenus par Andrée Lajoie dans ses travaux de recherche. Ceux-ci ont démontré le poids que fait peser la surdétermination contextuelle sur le jugement judiciaire. Autrement dit, ses conclusions doivent servir de point de départ à toute réflexion qui viserait à étudier le rôle des valeurs et du contexte dans la fonction de juger. C'est

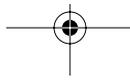
---

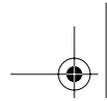
<sup>52</sup> Elle s'intéresse en ce moment à la construction d'une autre notion juridique floue, particulièrement par les différentes nations autochtones, celle de droits ancestraux. Voir notamment : Andrée LAJOIE, Alexandre COURTEMANCHE, Éric GÉLINEAU-ASSERAY, ALAIN BISSONNETTE, « Droit des Innus, Conceptions innues des droits ancestraux », dans (2006) 40 R.J.T. 207 ; Andrée LAJOIE et Alain BISSONNETTE, « Conceptions Atikamekw des droits ancestraux entre un pluralisme intra et extra étatique », (2005) 15 *Civitas Europa* 132 ; Andrée LAJOIE, Cécile BERGADA et Éric GÉLINEAU, « Conceptions abénakiens des droits ancestraux », (2005) 46 *Les Cahiers de Droit* 749.

<sup>53</sup> Voir le texte de Marie-Andrée BERTRAND dans le présent ouvrage : « Le constructivisme dans l'œuvre d'Andrée Lajoie : autour de Quand les minorités font la loi et Jugements de valeurs ».

<sup>54</sup> Voir les travaux de Jean-Guy BELLEY et Roderick MACDONALD, notamment : Jean-Guy Belley, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales : pour une problématique du pluralisme juridique », (1986) XVIII *Sociologie et sociétés* 1 ; Roderick MACDONALD, « Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et inférentielle », (1986) XVIII *Sociologie et sociétés* 47. Voir aussi les textes consacrés à cette approche dans A. LAJOIE, R. MACDONALD, R. JANDA et G. ROCHER, *op. cit.*, note 16.

<sup>55</sup> Andrée LAJOIE, Jean-Maurice BRISSON, Sylvio NORMAND et Alain BISSONNETTE, *Le statut juridique des peuples autochtones au Québec et le pluralisme*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1996, p. 3-25 (synthèse introductive rédigée par Andrée Lajoie).





*VALEURS ET CONTEXTE DANS LA FONCTION DE JUGER*

ainsi que, voulant poursuivre sur cette voie, j'ai simplement tenté d'établir que, pour sortir le juge du solipsisme dans lequel l'herméneutique l'a trop longtemps plongé, le débat sur la transformation de la fonction de juger permet de reconstruire la contextualisation de l'application du droit.

