

Pouvoir judiciaire et opinion publique : réflexions autour d'un malaise

Jacques FRÉMONT*

INTRODUCTION	251
I. UNE RÉPONSE CLASSIQUE RÉDUCTRICE?	253
II. LE PARADIGME SYSTÉMIQUE ET LE DROIT	254
III. LE SYSTÈME JURIDIQUE ET L'OPINION PUBLIQUE	257
IV. LA COUR COMME PROTECTRICE DU MODÈLE DÉLIBÉRATIF IMPLIQUANT L'OPINION PUBLIQUE	259
CONCLUSION	260

* Professeur titulaire, Doyen, Faculté de droit, Université de Montréal, Montréal, Québec.

Dans la célèbre affaire fictive des *Speluncean Explorers*, le théoricien américain Lon Fuller avait, par les mots du non moins fictif juge Handy, provoqué son lectorat sur la question de l'opinion publique et du juge en disant que :

« About 90 % of the public expressed the belief that the defendants should be pardoned or let off with the kind of token punishment. It is perfectly clear then how the public feels about the case. We could have known this without the poll of course on the basis of common sense, or even by observing that on this court there are apparently four and a half men or 90 % who share the common opinion. This makes it obvious not only what we should do, but what we must do if we are to preserve between ourselves and public opinion a reasonable and decent court. »¹

Il ajoute :

« Of all branches of the government, the judiciary is the most likely to lose its contact with the common man. The reasons for this are of course fairly obvious. Where the masses react to a situation in terms of a few salient features, we pick into little pieces every situation presented to us. Lawyers are hired by both sides to analyze and dissect. Judges and attorneys vie with one another to see who can discover the greatest number of difficulties and distinctions in a single set of facts. Each side tries to find cases, real or imagined, that will embarrass the demonstrations of the other side. To escape this embarrassment, still further

¹ Lon L. FULLER, « The Case of the Speluncean Explorers », (1949) 62 *Harv. L. Rev.* 616.

distinctions are invented and imported into the situation. When a set of facts have been subjected to this kind of treatment for a sufficient time, all the life and juice have gone out of it and we are left with a handful of dust. »²

La lecture des médias rappelle régulièrement l'omniprésence de l'opinion publique au sein de notre société. Les médias la façonnent, lui permettent de prendre forme et de s'exprimer. Cette opinion publique est rarement monolithique, souvent plurielle. Les pouvoirs politiques de toute nature en tiennent compte de façon continue et, certains diront, obsessive. Sur plusieurs sujets, tels les attentats du 11 septembre 2001, l'opinion publique s'impose avec une vigueur impressionnante; les sondages d'opinion en témoignent et le public attend de l'État les mesures les plus vigoureuses dont certaines sont clairement attentatoires aux droits et libertés traditionnellement reconnus, qu'il s'agisse, par exemple, de détention de suspects sans autre forme de procès ou de port obligatoire de la carte d'identité. Sur d'autres sujets, l'opinion publique paraît nettement plus divisée et plus nuancée.

L'opinion publique constitue par ailleurs un moteur incontournable au plan de la fabrication de la norme juridique. Les politiciens responsables de l'élaboration des lois et règlements cherchent à démontrer qu'ils font quelque chose, qu'ils sont à l'écoute de la population et répondent aux pressions de l'opinion publique. Le débat qui entoure l'élaboration de l'opinion publique est, il faut le dire, souvent superficiel et peu informé. Il verse souvent dans le simplisme, l'émotif et le non-raisonné, tant du côté des politiciens que de celui des commentaires du public; on verse dans ce que Habermas appelle les « emotionalized majority opinions »³. Une fois fabriquée, la norme juridique donne moins de prise à l'opinion publique. Elle vit par elle-même, se développe et risque de se retrouver devant les tribunaux. C'est alors que se pose de façon parfois brutale la question de ses contours et de sa validité, constitutionnelle ou autre. C'est aussi à cette occasion que se pose parfois de façon non moins brutale celle des relations entre le pouvoir judiciaire et l'opinion publique.

² *Ibid.*

³ Jürgen HABERMAS, *Between Facts and Norms*, Cambridge, MIT Press, 1996.

La question des relations entre le pouvoir judiciaire et l'opinion publique nous paraît être éminemment difficile à appréhender tant au plan de la théorie du droit qu'à celui, éminemment pratique, du quotidien du juge. Même s'il sent intuitivement qu'une certaine relation peut exister entre le pouvoir judiciaire et l'opinion publique, le juriste trouve franchement inconfortable d'en établir les contours et d'en définir les paramètres; il a plutôt le réflexe de tout simplement nier que toute relation puisse ou doive exister entre le troisième pouvoir et cet élément omniprésent de notre vie politique et sociale. Le sujet mérite réflexion, ne serait-ce que sommaire.

I. UNE RÉPONSE CLASSIQUE RÉDUCTRICE?

La réponse classique de la communauté juridique et judiciaire à l'équation opinion publique/pouvoir judiciaire est bien connue : l'opinion publique a autant à voir avec le processus judiciaire que le poisson avec un vélo! Pour le juriste, l'opinion publique n'est pertinente au sein du processus démocratique qu'au plan politique. Habermas rappelait, en caricaturant certes, que l'approche libérale veut que le pouvoir législatif prenne des décisions en fonction du futur, afin de guider les actions futures et que le pouvoir administratif se confine plutôt au présent en tentant de régler les problèmes, tels qu'ils se présentent, alors que le pouvoir judiciaire, on l'aura compris, oriente sa réflexion sur le passé, intervenant *ex post facto* dans les décisions politiques de la législature cristallisées dans le droit que les juges sont chargés d'appliquer.

Si cette vision certes réductrice devait primer, il faudrait conclure que les outils du système judiciaire n'ont rien à voir avec l'opinion publique; il travaille avec des normes, des règles de droit, des principes généraux, la doctrine et, à la rigueur, avec des valeurs qui n'ont rien à voir avec l'opinion publique. Au surplus, s'interroge-t-on, en raisonnant par l'absurde, on se demande comment, s'ils devaient le faire, les tribunaux pourraient travailler avec l'opinion publique. Comment pourraient-ils la définir? L'opinion publique étant par nature volatile et changeant à toute vitesse, comment serait-il possible de la saisir, de la cristalliser afin de l'utiliser? Le droit est, par définition, une institution essentiellement stable. Il se trouve à évoluer plus ou moins rapidement tout en visant à maintenir une cohérence intra-systémique et à répondre à des exigences minimales de rationalité. Dans ce contexte et toujours selon la vision classique, imposer aux tribunaux de tenir compte de l'opinion publique serait difficile et irait à l'encontre de toute notion du principe démocratique le moins évolué.

Pourtant, n'importe quel observateur de la scène judiciaire, surtout ces dernières années, ne peut s'empêcher de soupçonner que les tribunaux ne sont pas complètement insensibles aux opinions des sociétés au sein desquelles ils évoluent, du moins dans certaines circonstances. C'est ainsi que, ces dernières années, les tribunaux canadiens semblent avoir évolué en parallèle avec un certain mouvement de durcissement du droit criminel suscité par le Parti réformiste dans l'Ouest et repris par le législateur fédéral. D'autre part, il est manifeste que les juges, avant de disposer d'un cas individuel et particulièrement lors de la préparation de leurs motifs, pèsent attentivement leurs décisions et leur justification, notamment en fonction de la réaction éventuelle du public. Si l'importance de la rhétorique judiciaire a depuis longtemps été constatée⁴, elle a singulièrement crû ces dernières décennies.

Dans ce contexte, la réponse classique de l'ignorance copieuse de l'opinion publique par le pouvoir judiciaire est-elle encore correcte? Probablement, mais peut-être pas nécessairement pour les motifs traditionnellement invoqués.

II. LE PARADIGME SYSTÉMIQUE ET LE DROIT

Une des façons les plus éclairantes de comprendre le phénomène du droit et du pouvoir judiciaire est de le situer au sein de ce qu'il est convenu d'appeler le paradigme systémique. Cette approche est particulièrement éclairante pour le sujet qui nous occupe puisqu'elle situe le processus judiciaire au sein du système plus large de la démocratie.

En vertu du paradigme systémique, le droit, ses normes, ses institutions, dont le système législatif et le pouvoir judiciaire, constituent en fait un système⁵. Ce système comprend un certain nombre de caractéristiques : c'est ainsi qu'il consiste en un ensemble d'éléments qui ont entre eux des relations spécifiques et qui, dans leur totalité, présentent une certaine unité. Le système est composé des normes juridiques, des concepts, des institutions, des principes généraux et des valeurs.

⁴ C. PERELMAN, *Traité de l'argumentation*, 5^e éd., Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1988; Andrée LAJOIE, *Jugements de valeur*, coll. « Les voies du droit », Paris, Presses universitaires de France, 1997.

⁵ M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, coll. « Les voies du droit », Paris, Presses universitaires de France, 1988.

Cette approche, qui peut sembler évidente à plusieurs, a néanmoins le mérite de permettre de rendre compte de la complexité du phénomène juridique tout en intégrant ses éléments. Cette intégration peut en effet être conceptualisée par le principe de la hiérarchie des normes (approche classique de Kelsen dans sa *Théorie pure du droit*⁶) ou encore, de façon plus contemporaine et plus stimulante conceptuellement, de façon réflexive. On parle alors de systématicité circulaire⁷ où il n'y a ni base ni sommet entre les normes et les institutions : ces dernières, tout en jouant des rôles et en exerçant des fonctions différentes, se trouvent plutôt à interagir entre elles, notamment par le biais de la communication. C'est ainsi, par exemple, que la norme est élaborée par le pouvoir politique, puis appliquée par l'administration et censurée (ou non) par les tribunaux; elle retourne alors aux acteurs politiques qui choisissent de la maintenir ou de la modifier, à la lumière des messages reçus par les acteurs, y compris par les acteurs sociaux... et le cycle recommence avec la nouvelle norme. On comprend que, de ce point de vue, le processus ne soit pas hiérarchique, mais cyclique; il évolue dans le temps et au fil de ce qui survient à la norme et aux institutions qui l'appliquent : il est réflexif.

Au sein de cette approche réflexive et systémique, la question de l'ouverture du système juridique sur son environnement devient fondamentale : le système juridique est-il (ou doit-il être) ouvert sur son environnement politique, social et/ou économique ou, au contraire, fonctionne-t-il de façon plus ou moins fermée sur lui-même, faisant peu ou pas état de ce qui se passe à l'extérieur? Sur cette question, deux écoles s'affrontent. En vertu de la première approche, plus classique et intuitive, le système juridique est ouvert sur son environnement: il varie au gré, notamment, de l'évolution de la société, de ses valeurs et de son système économique (et peut-être, de l'opinion publique).

L'approche alternative consiste au contraire à considérer le système juridique comme un système clos, autonome et en régénération constante : le système juridique (dont ses acteurs) définit lui-même son contenu, ses frontières (opérationnelles) et son évolution. Il serait alors dépourvu d'*inputs* ou d'*outputs* et ne serait pas sensible à son environnement (sauf lorsqu'il décide, on le verra, d'en intégrer ses

⁶ Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1962.

⁷ G. TEUBNER, *Le droit, un système autopoïétique*, coll. « Les voies du droit », Paris, Presses universitaires de France, 1989; M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, *supra* note 5.

éléments). Il est clos et totalement autonome par rapport à son environnement : c'est l'approche *autopoïétique*.

En termes plus concrets, les tenants de cette approche considèrent que le système juridique fonctionne pour l'essentiel en vase clos. C'est-à-dire que le système et ses acteurs (les juristes, professionnels du droit, les juges) n'ont à tenir compte dans leur quotidien que de ce qui constitue effectivement du droit, soit les normes juridiques elles-mêmes, soit l'interprétation juridique et judiciaire qui leur est donnée. On comprendra qu'en vertu de cette approche, les juges n'ont alors à prendre en considération ni les revendications sociales, ni l'opinion publique, ni d'autres considérations relatives à des dimensions sociales, économiques ou politiques. Ils n'ont qu'à tenir compte du droit et de ce que les juristes considèrent être du droit : c'est en quelque sorte la revanche de l'empire du droit!

Les tenants de l'approche autopoïétique considèrent par ailleurs que la clôture du système est opérationnelle, c'est-à-dire qu'elle se situe au plan de son fonctionnement. Malgré cette clôture, le système aurait recours à la communication comme véhicule mais qui prend connaissance de ce qui se passe dans les autres sous-systèmes (politique, économique, social) par le biais du mécanisme de *couplage structurel*. Le système serait donc alors normativement clos, mais cognitivement ouvert. Autrement dit, le système juridique est clos, mais n'y pénétrera que ce que les acteurs du système décideront qui est acceptable et au moment où ils le décideront.

C'est ainsi que le système juridique choisit d'intégrer ou non un nouveau fait ou une nouvelle valeur. On se souviendra, par exemple, des affaires *Bliss*⁸ et *Canada Safeway*⁹ vers la fin années 1970 et au début des années 1980 sur la question de la discrimination à l'égard des femmes en matière d'assurance-chômage. En effet, dans *Bliss*, la Cour suprême avait décidé que le régime en vertu duquel les femmes enceintes n'étaient pas traitées de la même façon que le reste de la population active en matière de droit aux prestations d'assurance-chômage n'était pas discriminatoire (c'était la nature qui discriminait!). La Cour suprême, quelques années plus tard, rectifiait le tir en précisant que :

⁸ *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183 [ci-après *Bliss*].

⁹ *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219 [ci-après *Canada Safeway*].

« L'arrêt Bliss a été rendu il y a plus de 10 ans. Pendant cette période, la participation des femmes dans la main-d'œuvre a changé en profondeur. Avec dix ans de recul et d'expérience en matière de litiges relatifs à la discrimination dans les droits de la personne et la jurisprudence qui en a résulté, je suis prêt à dire que l'arrêt Bliss est erroné ou, du moins, que maintenant on ne pourrait plus rendre le même arrêt. »¹⁰

On pourrait aussi prendre comme exemple les affaires *Egan*¹¹ et *Vriend*¹², respectivement de 1994 et 1997, au même effet pour les conjoints homosexuels. Que s'est-il passé dans ces cas? L'opinion publique a-t-elle joué un quelconque rôle?

III. LE SYSTÈME JURIDIQUE ET L'OPINION PUBLIQUE

C'est donc dire, en vertu de cette approche, qu'*a priori*, l'opinion publique n'a rien à voir avec le système juridique ou ses acteurs. Cependant, les institutions du système juridique, telles la législature, peuvent choisir d'intégrer ou non l'opinion publique : c'est ainsi que le législateur peut en tenir compte dans l'élaboration de la norme. L'influence de l'opinion publique sera toutefois nettement moins directe pour les tribunaux ou le système judiciaire : ils ont alors le choix soit de confirmer les choix du législateur (qui eux, sont influencés par l'opinion publique) ou de les infirmer, le tout en fonction non pas de l'opinion publique, mais bien des principes juridiques applicables.

Dans ces cas, deux types de mécanismes impliquant le recours à l'opinion publique peuvent alors jouer. Il existe tout d'abord en droit positif un certain nombre de normes qui renvoient ou peuvent explicitement renvoyer à l'opinion publique : il en est ainsi de l'article 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹³ qui renvoie à la question de la déconsidération de la justice¹⁴ ou encore de l'interprétation donnée à la définition de la pornographie qui renvoie à des critères

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513.

¹² *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.

¹³ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [ci-après *Charte*].

¹⁴ *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206.

sociaux¹⁵. Dans ces cas, les tribunaux doivent tenir compte de l'opinion publique parce qu'ils en sont mandatés par le législateur, la constitution ou le système juridique. Quoique la mise en œuvre de ce mandat ne soit pas évidente, la légitimité de ce faire ne se soulève pas.

Existe par ailleurs un certain nombre de cas où le pouvoir judiciaire est appelé à décider de laisser ou non pénétrer le droit et le système juridique de nouvelles valeurs, valeurs qui peuvent parfois refléter celles de l'opinion publique ou de certaines opinions publiques. C'est alors par le biais de mécanismes que les autopoïètes appellent de « couplage structurel » que le droit ou le système juridique appréhendera ces réalités sociales ou autres. Le test de l'article premier de la *Charte* est un exemple de mécanisme qui donne ouverture, au sein du système juridique, à des réalités autres que celles reconnues comme juridiques par la communauté juridique. Le recours à la preuve extrinsèque en matière constitutionnelle ou les règles spéciales en matière de *locus standi* en sont d'autres. Mais dans tous les cas et ultimement, ces mécanismes de couplage restent dans les mains de la communauté juridique qui choisira ou non d'intégrer les valeurs de l'opinion publique au sein du système juridique.

On aura compris de ce qui précède que pour l'essentiel, le système juridique est fermé et qu'il doit rester imperméable à l'opinion publique. Il est essentiel d'en conserver la « pureté » et de le tenir à l'écart d'opinions volatiles, difficiles à appréhender et souvent éloignées des principes fondamentaux et de la rationalité si chère à notre système juridique. On a par ailleurs vu que le système juridique peut, dans certains cas, avoir à en tenir compte mais que cela ne surviendra que dans les cas où le système et ses acteurs, notamment les juges, en auront consciemment décidé, soit par des normes explicites à cet effet, soit par la mise sur pied de mécanismes qui le requièrent dans les faits. Cependant, les tribunaux et le système juridique ont un autre rôle à jouer à l'égard de l'opinion publique, celui d'assurer la présence de l'opinion publique au sein de notre système démocratique.

¹⁵ *Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 494; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452.

IV. LA COUR COMME PROTECTRICE DU MODÈLE DÉLIBÉRATIF IMPLIQUANT L'OPINION PUBLIQUE

Si le rôle du système judiciaire est pour le moins restreint par rapport à l'opinion publique, celui des tribunaux est important à l'égard de la protection de l'opinion publique dans son interaction avec les autres institutions du système démocratique.

On a amplement discuté, ces dernières années, du paradigme délibératif au sein de nos démocraties contemporaines. Le thème de la présente session en témoigne d'ailleurs. Habermas a démontré qu'au sein d'une approche républicaine, le paradigme dominant n'est pas celui du marché, mais bien celui du dialogue. Dans cette perspective, le dialogue sert essentiellement à l'élaboration des politiques et, par conséquent, à l'élaboration des normes. La délibération devient alors cruciale pour assurer la légitimité du système. En découle l'importance de l'existence de conditions procédurales propres à assurer un exercice correct de la fonction délibérative. Ce n'est qu'à ce prix que les institutions démocratiques, et notamment la législature, pourront se former une opinion et décider de façon sinon correcte, du moins légitime.

Quel doit être, dans ce contexte délibératif, le rôle de l'opinion publique? L'opinion des citoyens est importante et constitue en quelque sorte le médium par lequel la société se définit comme un tout politique. Il reste néanmoins que l'opinion politique n'aura qu'un rôle normatif somme toute minimal; elle ne représente qu'une partie fort modeste d'un système beaucoup plus complexe. Étant donné qu'il ne saurait être question que les citoyens agissent collectivement à chaque fois au sein de nos collectivités, il s'agit plutôt que le processus délibératif assure, au sein du processus collectif de prise de décisions, tant l'institutionnalisation des procédures nécessaires à l'établissement des conditions appropriées de communication que l'interface entre les processus institutionnalisés de communication d'une part, et l'opinion publique constituée par définition de façon informelle d'autre part.

Autrement dit et si on voulait caricaturer, on pourrait représenter le processus délibératif comme un flux informationnel entre, à une extrémité, l'opinion politique, et à l'autre le processus administratif.

Opinion publique – élections – processus législatif – pouvoir administratif

Le pouvoir judiciaire n'ayant rien à voir avec cette partie du processus délibératif, il s'en trouve donc exclu. Dans ce contexte, le rôle du droit et des tribunaux à l'égard de l'opinion publique et du flux est limité, mais néanmoins crucial : ils ont le mandat d'être particulièrement vigilants afin de s'assurer que le processus de communication fonctionne effectivement.

Le pouvoir judiciaire se retrouve en quelque sorte gardien de la démocratie délibérative au sein de nos démocraties contemporaines. À ce titre, les tribunaux doivent notamment assurer la promotion de la délibération au sein du processus politique et de ses institutions, tout en forçant la reconsidération des décisions où la délibération n'a pas eu lieu ou n'a pas offert des conditions suffisantes de qualité. Par la nature même du contrôle qu'il exerce au sein de nos démocraties, le pouvoir judiciaire se trouve souvent à forcer la législature à exprimer les finalités qu'elle poursuit à l'occasion de l'élaboration de normes. Autrement dit, le rôle des tribunaux est favoriser la mise en place d'un processus délibératif qui permette aux meilleurs arguments de triompher, de balancer les intérêts en présence et de permettre aux compromis d'émerger. Le processus, s'il est *correctement* appliqué, devient alors une source importante de légitimation démocratique. Le rôle des tribunaux, dans cette approche, ne devient pas, on l'aura compris, celui de contrôler le contenu des politiques, mais plutôt d'appliquer le droit qui aura *correctement* été adopté en vertu d'un processus délibératif au besoin, ajusté aux intérêts en présence.

CONCLUSION

On voit par la discussion qui précède toute la richesse et la difficulté des rapports entre le pouvoir judiciaire et les tribunaux. Le défi consiste pour la communauté juridique et judiciaire de comprendre le rôle de l'opinion publique et son impact sur le système juridique et son fonctionnement.

Notre exploration préliminaire a révélé que, plus ou moins intuitivement mais à bon escient, le système judiciaire s'est depuis toujours distancié de l'opinion publique et qu'en ce faisant, la bonne attitude a été prise. En effet, outre de rares cas, l'opinion publique ne peut ni ne doit avoir d'impact sur le fond des questions dont les tribunaux sont saisis. Il faut cependant que le pouvoir judiciaire soit conscient du rôle que l'opinion publique a joué dans l'élaboration des normes; à ce titre les tribunaux se trouvent en quelque sorte sur le *receiving end* du processus.

Par contre, et c'est sans doute plus significatif, le pouvoir judiciaire doit prendre conscience de sa responsabilité cruciale à l'endroit de l'opinion publique et du processus délibératif puisque l'opinion publique représente un élément essentiel du processus démocratique surtout perçu sous l'angle du paradigme délibératif; un des rôles les plus importants des tribunaux doit alors être de protéger à tout prix et d'exemplifier le processus délibératif. On peut donc douter que l'opinion du juge Handy citée au début de ce texte soit promise à un brillant avenir et c'est bien ainsi!