

Les juristes de l'État québécois

Pierre Noreau* et Guy Rocher**

L'État moderne, qu'est l'État québécois, auquel sont associés et dont font partie les juristes du gouvernement, présente des caractéristiques qui sont le produit d'une évolution à la fois longue et récente. Deux de ces caractéristiques sont prédominantes, et nous intéressent ici tout particulièrement. Ce sont deux composantes de l'État moderne qui sont en tension constante l'une avec l'autre, en équilibre et déséquilibre l'une par rapport à l'autre.

Les deux composantes de l'État moderne

La première composante est celle du droit sur lequel prennent appui toute la structure et toute l'action de l'État moderne. On le sait, cette présence et omniprésence du droit ne fut généralement pas le cas dans l'histoire des États depuis leur origine: le pouvoir du Souverain fut longtemps fondé sur tout autre chose que le droit (la force, la tradition, le sang royal, la filiation, l'héritage). L'action du Souverain fut longtemps bien plus arbitraire qu'inspirée par le droit. C'est un trait qui caractérise l'État moderne que de reconnaître que sa légitimité repose sur le droit (un droit constitutionnel) et que toute son action est à la fois guidée, balisée et limitée par son droit, le droit qu'il s'impose à lui-même. Dans toute l'histoire des États depuis leur origine, on n'en connaît aucun qui, comme l'État moderne, appuyait son action sur un corps de juristes aussi nombreux et aussi omniprésent dans toutes ses instances.

* Professeur agrégé et directeur du Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal.

** Professeur titulaire au Département de sociologie et chercheur au Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal.

La seconde composante de l'État moderne est d'être à la fois le représentant du peuple et le protecteur du peuple. L'Assemblée nationale, formée de législateurs élus par toute la population, remplace l'ancien Souverain (même dans une monarchie comme la nôtre). Et l'État s'est progressivement vu confier au cours du dernier siècle, ou s'est lui-même attribué, des responsabilités économiques, sociales et culturelles toujours plus étendues. On le dit la «Providence» du peuple, responsable de son «Welfare».

Cette seconde dimension de l'État moderne a eu comme conséquence que les rapports entre l'État et la société civile se sont profondément modifiés. Il n'y a plus aujourd'hui une situation de domination absolue d'un État omniprésent sur la société civile. Une grande variété de canaux d'échanges, d'interactions, d'influences se sont créés entre l'État et les multiples formes de représentations des intérêts divers de la société civile. La multiplication, dans la société civile contemporaine, des mouvements sociaux, groupes de pression, groupes d'intérêts de toute sorte, affecte quotidiennement la gouvernance de l'État moderne: celui-ci gère et administre la chose publique sous le regard et souvent avec les interventions de ces différentes voix de la population ou de voix qui disent ou prétendent parler au nom d'un segment de la population. C'est en ce sens que l'on décrit souvent l'État moderne comme un État «contractualiste» et que le droit qu'il produit se présente souvent sous la forme d'une «loi négociée». L'État n'est plus le bastion d'autrefois; il est ouvert à tous les vents provenant de la société civile.

Le citoyen moderne et ses droits

Il en résulte que, de diverses façons, les rapports des citoyens avec diverses institutions publiques – gouvernementales, paragouvernementales et autres – se sont multipliés presque à l'infini. Dans le Québec d'aujourd'hui, ces rapports des citoyens avec les institutions publiques empruntent deux voies différentes. Les citoyens ont, en premier lieu, des rapports avec les institutions publiques à travers des regroupements. Des regroupements que sont les ordres professionnels, les syndicats, les mouvements sociaux, un groupe de pression dont on fait partie, occasionnel ou permanent. Nous sommes, chacun de nous, en tant que citoyens, souvent impliqués dans plusieurs de ces regroupements et, par l'intermédiaire de chacun de ces regroupements, nous sommes en contact avec des institutions publiques. Nous négocions avec l'État ou avec des représentants de l'État, nous cherchons à influencer des hommes et femmes politiques, à obtenir quelque chose d'un organisme public, une décision, un ser-

vice, ou simplement une abstention. Et nous négocions avec des institutions publiques, à travers ces regroupements, par l'intermédiaire de représentants élus et par les bureaucrates de nos syndicats et de nos mouvements sociaux. En deuxième lieu, nous avons assisté à la multiplication de rapports personnels des citoyens en tant qu'individus, avec des institutions publiques, à travers les services de santé, les services sociaux, l'éducation, la police, Revenu Québec, le Protecteur du citoyen ou des usagers, les services municipaux, scolaires, locaux et régionaux, etc.

Si les rapports collectifs et individuels du citoyen avec les institutions de l'État moderne se sont multipliés, c'est qu'à la suite des deux grandes révolutions du XVIII^e siècle, la française et l'américaine, le statut de citoyen a remplacé l'ancien statut de sujet du Souverain. Et ce citoyen s'est progressivement acquis des droits que l'ancien sujet du Souverain ne possédait pas, ne pouvait même pas imaginer pouvoir jamais posséder.

Un sociologue britannique des années 50, du nom de T.H. Marshall¹, a fait l'histoire de l'évolution des droits qui forment la citoyenneté moderne. Trois grandes catégories de droits se sont développées progressivement. La première comprend ceux qu'il appelle *les droits civils*. Ce sont le droit de propriété, nouveau au XVIII^e siècle pour ceux qui avaient été des serfs ou des esclaves pendant si longtemps; la liberté d'expression, qu'on n'avait pas sous l'Ancien Régime; l'égalité devant la loi; la liberté contractuelle qui n'était réservée qu'à quelques grands de l'Ancien Régime. Ces droits civils furent des conquêtes que Marshall situe surtout au XVIII^e siècle. La deuxième catégorie de droits, c'est ce que Marshall appelle *les droits politiques* qu'il associe au XIX^e siècle. Il y eut conquête de deux grands droits politiques, le droit d'association, dû principalement à l'action militante du syndicalisme et de mouvements sociaux. Dans l'Ancien Régime, les associations, étaient imposées: le droit de créer des associations nouvelles n'existait pas. Le XIX^e siècle a été témoin de la dure conquête de ce droit. Et surtout le droit de vote, qui est allé en s'étendant, s'élargissant de plus en plus pour devenir le suffrage universel. Enfin, troisième catégorie de droits, ceux qu'il appelle *les droits sociaux*, ceux du XX^e siècle: le droit au travail, le droit à la santé, le droit à l'éducation, le droit à la sécurité économique. Cet ensemble de droits sociaux forme le corps de ce qu'on appelle maintenant le

1. T.H. MARSHALL, «Citizenship and Social Class» dans T.H. Marshall, *Sociology at the Crossroads and Other Essays*, Londres, Heinemann, 1963, p. 67-127.

“Welfare State” ou l'État providence, ou ce qu'on appelle aussi l'État «propulsif», l'État qui est interventionniste.

C'est très souvent en vertu de ces droits subjectifs, et armé de ces droits, que le citoyen est en rapport avec les institutions publiques, soit par l'intermédiaire de ses regroupements, soit à titre individuel. Il est cependant bien important de souligner que les rapports par voie de regroupement et les rapports individuels présentent de grandes différences.

Trois caractéristiques des rapports du citoyen individuel avec les institutions publiques

On peut, sans trop simplifier, parler de trois caractéristiques des rapports individuels des citoyens avec les institutions publiques. Ce sont d'abord des rapports généralement fonctionnels et occasionnels. Des rapports fonctionnels en ce sens que ce sont des rapports liés à une fonction particulière que le citoyen a à remplir ou qu'un représentant de l'État ou une institution publique a à remplir pour lui; en ce sens également que c'est en vue de quelque chose à faire, à réaliser, pour répondre à un besoin. Et c'est souvent plutôt occasionnel, non habituel, ni continu. À cause de cette première caractéristique, ce rapport en est un à faible degré de personnalisation, donc caractérisé par une forte dose d'impersonnalité. On peut ainsi parler de rapports individualisés, fonctionnalisés et impersonnels.

En plus d'être fonctionnels, ce sont des rapports de pouvoir. Dans sa relation avec un représentant d'une institution publique, le citoyen est dans un rapport plus ou moins de dominé. Il n'est généralement pas dans une relation d'égal à égal. Il se trouve, par exemple, très souvent devant un pouvoir bureaucratique, professionnel, un pouvoir de savoir. Ce sont des rapports dont on peut dire qu'ils sont dissymétriques. Et la dissymétrie est variable selon les classes sociales. Un citoyen jouissant d'un niveau d'éducation plus élevé que d'autres, peut espérer avoir à l'occasion avec un fonctionnaire un échange un peu plus «viril» qu'un citoyen moins scolarisé: le jeune et l'adulte n'ont pas le même rapport avec un policier, un fonctionnaire. Il y a donc des dissymétries et des inégalités dans la dissymétrie elle-même.

Et finalement, les rapports du citoyen avec les institutions publiques sont marqués au coin de beaucoup d'incertitude. Très souvent, il se demande: à qui ai-je affaire au juste? Celui qui me répond au téléphone à Revenu Québec, qui est-il, quel pouvoir a-t-il, à quel

niveau est-il? Et puis, est-ce que je suis au bon endroit? J'ai attendu un quart d'heure, vingt minutes au téléphone, est-ce que finalement je suis au bon endroit? Est-ce que je peux compter que la règle que je crois connaître est bien la bonne règle? Quelles sont donc les règles actuelles? Et finalement, quoi dire et quoi ne pas dire à un représentant de l'État? Jusqu'où peut-on aller dans la confiance et dans la crédibilité? Ce ne sont là que quelques-unes des très nombreuses incertitudes, toujours présentes, quels que soient l'âge et le statut du citoyen, dans ses rapports avec quelque représentant de l'État que ce soit.

Chacune de ces caractéristiques connaît, dans chaque cas concret, un degré d'intensité plus ou moins élevé. Par exemple, la relation peut être plus faiblement fonctionnelle et dissymétrique quand le citoyen est en rapport avec un fonctionnaire qu'il connaît assez bien, avec qui il est en contact répété et quand ce citoyen est lui-même hautement scolarisé. De plus, ces trois caractéristiques peuvent ne pas avoir la même intensité dans des cas précis. Ainsi un rapport avec un policier ou une conversation téléphonique avec un fonctionnaire de Revenu Québec peuvent être hautement occasionnels, fonctionnels, dissymétriques et forts en incertitudes; un rapport avec un fonctionnaire du réseau de l'éducation ou de la culture peut être faiblement fonctionnel et chargé de peu d'incertitudes, mais demeurer très dissymétrique en termes de pouvoir.

La situation-clé du juriste de l'État

Ces caractéristiques des rapports individuels du citoyen avec des représentants et institutions de l'État relèvent en réalité des deux composantes de l'État moderne. C'est parce que cet État moderne est «Providence» que le citoyen a avec lui de multiples rapports fonctionnalisés et par conséquent impersonnels et dissymétriques. C'est parce que cet État moderne agit par son droit et en vertu de son droit que le citoyen ordinaire, peu familier du droit, est généralement dans un rapport d'infériorité avec un représentant de l'État et qu'il se trouve dans une marge plus ou moins étendue d'incertitudes diverses.

Peut-être plus que tout autre fonctionnaire, le juriste de l'État se trouve au point de jonction entre ces deux composantes de l'État moderne. Il représente, interprète, applique et plaide le droit positif, celui que l'État lui-même a voulu. Il se trouve à l'occasion devant des situations où des voix internes au gouvernement, ou externes, se demandent si l'application du droit tel qu'il est sert vraiment la jus-

tice et correspond à la composante “Welfare” de l'État. Dans de telles circonstances, le juriste de l'État, responsable de la bonne application du droit, ne peut pas ignorer la deuxième composante de l'État moderne, et ne s'en tenir qu'à la première. Il lui faut éviter le légalisme rigide que l'on attribue trop aisément à leur profession, et aussi aux institutions gouvernementales. En particulier, il lui faut tenir compte à la fois du droit positif, des lois de l'État, et des droits subjectifs des citoyens, et être en même temps conscient des trois traits que nous venons d'évoquer, qui caractérisent la situation du citoyen dans sa relation personnelle avec l'une ou l'autre des institutions publiques.

Parce qu'il fait partie de l'État dans toutes ses dimensions, et qu'il lui arrive de représenter cet État, le juriste gouvernemental ne peut pas ignorer les conséquences qu'a l'application du droit, premièrement sur les citoyens eux-mêmes dans leurs attentes à l'endroit de l'État et deuxièmement sur l'image de l'État que ses décisions juridiques entraîneront. Le droit est porteur d'effets symboliques tout autant que d'effets matériels ou instrumentaux. Un de ces effets symboliques du droit est de construire et entretenir la légitimité sociologique tout autant que juridique de l'État moderne. C'est une responsabilité éminente du juriste gouvernemental de participer, de bien des façons, au renouvellement sans cesse nécessaire de la crédibilité et de la légitimité de l'État qu'il sert.

En pratique, cela peut vouloir dire deux choses à l'occasion de décisions qu'il doit prendre. Tout d'abord, en étant attentif aux considérations non juridiques présentées par ceux et celles qui observent certaines conséquences de décisions juridiques, le juriste peut parfois être amené à réviser l'application du droit telle qu'il l'a d'abord conçue. En second lieu, le juriste gouvernemental qui doit appliquer le droit tel qu'il est en dépit de conséquences qu'il ne voudrait pas, peut engager au sein de l'appareil gouvernemental une réflexion sur les changements au droit qu'il est nécessaire ou opportun d'envisager.

Le droit ne se fait ni ne s'applique hors du vaste contexte social auquel il appartient et avec lequel il évolue. Le juriste de l'État, plus que tout autre, est bien placé pour être attentif à ce contexte, lorsqu'il est question d'une mise en pratique de la loi et, à l'occasion, de la révision de l'application rigoureuse de la loi telle qu'elle est. Dans son rôle et sa fonction, le juriste de l'État peut être un agent actif pour améliorer sans cesse le droit et faire qu'il soit mieux accordé à l'évolution du contexte économique, social et culturel du pays.

Il s'agit, pour ce juriste, de sans cesse rechercher – sans toujours y arriver – le difficile équilibre entre, d'une part, son rôle de gardien du droit de l'État qu'il représente et qu'il contribue à légitimer et, d'autre part, son appartenance à un État dont c'est la fonction première de protéger ses citoyens, d'assurer le bien commun et la paix sociale, de rechercher le bonheur des citoyens et la plus complète réalisation de tous leurs droits.

