

**LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS À LA LUMIÈRE DE LA
« RÉVOLUTION SCIENTIFIQUE » ET DE LA « RÉVOLUTION CONSTITUTIONNELLE » :
L'EXEMPLE DU DROIT CONSTITUTIONNEL DU TRAVAIL**

Sébastien LAFRANCE¹

Lex Electronica, vol. 18.2 (Automne/Fall 2013)

Sommaire

INTRODUCTION	3
I. LA « RÉVOLUTION SCIENTIFIQUE » SELON THOMAS S. KUHN	5
A. SA STRUCTURE.....	6
1. LE PARADIGME	7
2. LA SCIENCE NORMALE	8
3. L'ANOMALIE	9
4. LA CRISE	10
5. LE CHANGEMENT DE PARADIGME	11
B. SON APPLICABILITÉ AU DROIT	12
1. SES SIMILITUDES.....	12
2. SES LIMITES	14
II. LA « RÉVOLUTION CONSTITUTIONNELLE » SELON ROBERT J. LIPKIN.....	15
A. SES FONDEMENTS	15

¹ Me Sébastien Lafrance, LL.B. (Université du Québec à Montréal), B.Sc. en sciences politiques (Université de Montréal), Académie de droit international de La Haye (Pays-Bas), Études russes et slaves (Université McGill), polyglotte, a été admis au Barreau du Québec en 2008. Il est actuellement procureur de la Couronne pour le Service des poursuites pénales du Canada, professeur à temps partiel (Faculté de droit de l'Université d'Ottawa – Section de droit civil), candidat à la maîtrise en droit (Université Laval) et conférencier tant au Canada qu'à l'étranger. Il a agi à titre d'auxiliaire juridique auprès de l'honorable Marie Deschamps, juge à la Cour suprême du Canada (2010-2011) et auprès du juge en chef de la Cour d'appel du Québec l'honorable Michel Robert (2008-2009). Il a été avocat et arrêstiste au service juridique de la Cour suprême du Canada (2011-2013). Il a remporté en 2011 le prix de la première édition du concours de rédaction juridique de la Chaire Louis-Philippe-Pigeon pour le texte intitulé « Une alternative possible à la conclusion du raisonnement par analogie comme fondement logique à la reconnaissance éventuelle de la protection constitutionnelle du droit de grève : la théorie conséquentialiste ». Il a été entraîneur de l'équipe de plaidoirie pour le Concours Ottawa-Moncton (2010-2012) (Faculté de droit de l'Université d'Ottawa – Section de *common law*). Il a obtenu une bourse de maîtrise du Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail en 2010. Il a été récipiendaire avec ses coéquipiers du prix Charles-Rousseau décerné à la meilleure équipe au Concours de droit international public Charles-Rousseau tenu à Tunis, en 2006.

1.	SA DÉFINITION	15
2.	SES SOURCES	17
3.	SES PARALLÈLES AVEC LA « RÉVOLUTION SCIENTIFIQUE »	17
B.	SES LIMITES	18
III.	L'APPLICATION DES MODÈLES DE LA « RÉVOLUTION SCIENTIFIQUE » ET DE LA « RÉVOLUTION CONSTITUTIONNELLE » À LA CHARTÉ CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS.....	19
A.	L'ADOPTION DE LA CHARTE : LE DÉBUT D'UNE ÈRE NOUVELLE?	20
1.	LA « RÉVOLUTION SCIENTIFIQUE » ET LA CHARTE CANADIENNE	20
	I.CERTAINS ARGUMENTS MILITANT EN FAVEUR DE SON EXISTENCE	21
	II.CERTAINS ARGUMENTS MILITANT CONTRE SON EXISTENCE.....	24
2.	LA « RÉVOLUTION CONSTITUTIONNELLE » ET LA CHARTE CANADIENNE	26
	I.CERTAINS ARGUMENTS MILITANT EN FAVEUR DE SON EXISTENCE	27
	II.CERTAINS ARGUMENTS MILITANT CONTRE SON EXISTENCE.....	27
B.	LE DROIT CONSTITUTIONNEL DU TRAVAIL : LA LIBERTÉ D'ASSOCIATION CONSTITUTIONNELLEMENT PROTÉGÉE.....	28
1.	UN BREF HISTORIQUE DE L'ÉVOLUTION DE SON INTERPRÉTATION	28
2.	LA « RÉVOLUTION SCIENTIFIQUE » ET LA LIBERTÉ D'ASSOCIATION.....	31
	I.CERTAINS ARGUMENTS MILITANT EN FAVEUR DE SON EXISTENCE	31
	II.CERTAINS ARGUMENTS MILITANT CONTRE SON EXISTENCE.....	34
3.	LA « RÉVOLUTION CONSTITUTIONNELLE » ET LA LIBERTÉ D'ASSOCIATION.....	35
	I.CERTAINS ARGUMENTS MILITANT EN FAVEUR DE SON EXISTENCE	36
	II.CERTAINS ARGUMENTS MILITANT CONTRE SON EXISTENCE.....	36
	CONCLUSION.....	39

Introduction

L'année 2012 marquait deux anniversaires importants, d'une part, le trentième anniversaire de l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*² (« Charte ») et, d'autre part, le cinquantième anniversaire³ de la première parution de *La structure des révolutions scientifiques* de Thomas S. Kuhn⁴. Tant l'une que l'autre soulèvent des questions qui sont toujours d'actualité.

Il faut exprimer, tout d'abord, que la *Charte* est à l'origine d'« une véritable culture des droits et libertés au Canada »⁵. On a parlé d'un « puits de jurisprudence »⁶ qui aurait établi de nouveaux paramètres tant pour l'élaboration que pour la mise en œuvre des lois, et ce, bien que son adoption n'ait pas entraîné un « changement complet de l'ordre constitutionnel »⁷. De plus, la *Charte* a accru « significativement »⁸, pour certains, le pouvoir des juges puisque le simple fait de se référer à une charte des droits accorde aux juges qui en interprètent les termes soit, selon une description prudente, une place « plus ou moins grande »⁹, soit, selon une approche plus audacieuse, un « rôle créateur »¹⁰. Pour paraphraser Montesquieu, en le contredisant, les juges ne

² 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 (« Charte »).

³ Thomas S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*. 50th anniversary (4th ed), Chicago, University of Chicago press, 2012.

⁴ Thomas S. Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1983 (paru pour la première fois en 1962); la notion même de « révolution scientifique » a été introduite par Herbert Butterfield lors d'une série de conférences données en 1948 au *History of Science Committee* à Cambridge : voir Peter Harrison, « Was there a Scientific Revolution? », (2007) 15 *European Review* 4, 445.

⁵ Benoît Pelletier, « Des juges plus puissants », *La Presse*, 5 avril 2012, en ligne : <<http://www.cyberpresse.ca/debats/votre-opinion/201204/04/01-4512555-des-juges-plus-puissants.php>>.

⁶ B. Pelletier, *ibid.*

⁷ Gérard Cornu (L'Association Henri Capitant), *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2011, p. 921, cf. « révolution » (caractères italiques ajoutés) : « Changement complet de l'ordre constitutionnel, opéré en gén[éral] de façon brusque et violente, mais toujours par rupture avec l'ordonnement juridique antérieur »; voir aussi Nicholas Aroney, « The Structure of Constitutional Revolutions: Are the *Lange*, *Levy* and *Kruger* Cases a Return to Normal Science? », (1998) 21 *U.N.S.W.L.J.* 645, 649 qui se réfère à Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Russell and Russell, New York, 1961, pour affirmer que « Hans Kelsen's notion of a "revolutionary" change in the constitution of a legal system having the effect of substituting an entirely new legal order ».

⁸ B. Pelletier, préc., note 5; voir notamment sur le pouvoir des juges : Édouard Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis – L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Dalloz, 2005 (première édition : 1921).

⁹ Stéphane Beaulac, « L'interprétation de la Charte : reconsidération de l'approche téléologique et réévaluation du rôle du droit international » (2005), 27 *S.C.L.R.* (2d), p. 20.

¹⁰ Pierre-André Côté (avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat), *Interprétation des lois*, 4^e éd., Les Éditions Thémis, Montréal, 2009, p. 26; d'ailleurs, le juge Dickson avait reconnu dans l'arrêt *Harrison c. Carswell*, [1976] 2 R.C.S. 200, avant même l'adoption de la *Charte*, que « la Cour puisse faire preuve d'initiative (to act creatively) et elle l'a fait à maintes reprises; toutefois, il est clair qu'il faut se demander quelles sont les limites de la fonction judiciaire » (p. 218); S. Beaulac, *ibid.*, 21.

sont donc pas « des êtres inanimés » qui ne peuvent modérer « ni la force ni la rigueur »¹¹ de la loi.

Quoique nous ne puissions pas percer le secret des délibérations, qui constitue l'un des principes mêmes de la procédure juridictionnelle¹², il convient de se demander de quelle manière les changements s'opèrent *structurellement* en droit constitutionnel, et ce, tout en gardant en tête le rôle créateur de l'interprète.

L'objectif visé par cet article est de démontrer que le modèle de la « révolution scientifique » suggéré par Kuhn (I.) peut être étendu à l'étude du droit au Canada. Par ailleurs, quoique conçu dans le contexte américain, le concept de « révolution constitutionnelle » établi par Robert J. Lipkin (II.) nous permettra d'accéder à une meilleure connaissance du droit, et ce, en mettant en relief les parallèles existant entre les « révolutions constitutionnelles » et les « révolutions scientifiques »¹³. Ces parallèles reposent sur certaines « particularités significatives du cadre servant à discuter des révolutions constitutionnelles »¹⁴, qui proviennent de l'œuvre de Kuhn. Nous appliquerons ensuite les modèles suggérés par Kuhn et Lipkin tant à la *Charte* qu'à la liberté d'association constitutionnellement protégée (III.).

La structure des révolutions scientifiques a été qualifiée d'« œuvre marquante »¹⁵, d'« essai important »¹⁶ et d'« ouvrage majeur »¹⁷ qui « doit être pris au sérieux »¹⁸. Il s'agit d'un des ouvrages les plus marquants des dernières décennies¹⁹, voire même du vingtième siècle²⁰, dont

¹¹ Charles-Louis de Secondat, baron de Montesquieu, *De l'esprit des lois*, t. 1, Paris, Garnier, 1956, p. 171; simplement en guise d'aparté, le poète anglo-américain Wystan Hugh Auden écrivait dans le poème intitulé « Law like love » dans *Auden Poems*, Alfred A. Knopf, New York/Toronto, 1995, p. 87, que « Law, says the judge as he looks down his nose; Speaking clearly and most severely; Law is as I've told you before; Law is as you know I suppose; Law is but let me explain it once more; Law is The Law ».

¹² Elina Lemaire, « Dans les coulisses du Conseil constitutionnel. Comment le rôle de gardien des droits et libertés constitutionnellement garantis est-il conçu par les membres de l'institution ? », (2012) *Jus Politicum*, no 7, en ligne : <http://www.juspoliticum.com/IMG/pdf/JP7_Lemaire_PDF_corr01cat-2.pdf>, p. 5.

¹³ Robert Justin Lipkin, « Conventionalism, Pragmatism, and Constitutional Revolutions », (1987-1988) 21 *U.C. Davis L. Rev.* 645, 648, note de bas de page 3.

¹⁴ R. J. Lipkin (1987-1988), *ibid.* [traduction de l'auteur].

¹⁵ Hugo Cyr, « L'interprétation constitutionnelle, un exemple de post-pluralisme », (1997-1998) 43 *McGill L. J.* 556, 581.

¹⁶ N. Aroney, préc., note 7, 646 [traduction de l'auteur].

¹⁷ Patrick J. Glen, « Paradigm Shifts in International Justice and the Duty to Protect; in Search of an Action Principle », (2010) 11 *U. Bots. L.J.* 19 [traduction de l'auteur].

¹⁸ Robert Justin Lipkin, « The Anatomy of Constitutional Revolutions », (1989) 68 *Neb. L. Rev.* 701, 732, note de bas de page 117 [traduction de l'auteur].

¹⁹ Daniel A. Farber, « Legal Pragmatism and the Constitution », (1987-1988) 72 *Minn. L. Rev.* 1331, 1335, note de bas de page 24: « one of the most influential books of the past thirty years »; voir aussi C.M. Campbell, « Legal Thought and Juristic Values », (1974) 1 *Brit. J.L. & Soc'y* 13, 15.

²⁰ Alexander Bird, « *The Structure of Scientific Revolutions* and its Significance: An Essay Review of the Fiftieth Anniversary Edition », (2012) *Brit. J. Phil. Sci.* 1.

l'impact s'est fait sentir bien au-delà des seules sphères de la philosophie et de l'histoire des sciences. La pensée de Kuhn peut se révéler intéressante pour l'étude du droit puisqu'elle propose un modèle utilisable et applicable dans des domaines autres que la science²¹. Partant, nous tenterons de démontrer dans le présent article que le modèle analytique décrit par Kuhn dans *La structure des révolutions scientifiques* peut servir à mieux comprendre certains aspects du « raisonnement juridique »²² des magistrats lorsqu'ils interprètent la *Charte*. Ce modèle nous donnera aussi la possibilité d'examiner certains éléments relatifs aux « caractéristiques fondamentales de la pensée juridique »²³ à travers le prisme d'une théorie spécifique (qui se rapproche de la pensée instrumentaliste²⁴ ou fonctionnaliste²⁵).

Comme l'indique le quatrième de couverture du *Traité international de droit constitutionnel*, « le droit constitutionnel ne peut plus être analysé sans référence à d'autres disciplines que la science juridique »²⁶. C'est dans cet esprit que nous avons choisi d'aborder la « révolution scientifique » de Kuhn.

I. La « révolution scientifique » selon Thomas S. Kuhn

Selon Kuhn, les révolutions scientifiques sont des « épisodes non cumulatifs de développement »²⁷. En effet, le progrès scientifique n'est pas « linéaire par nature »²⁸. Il se

²¹ C.M. Campbell, préc., note 9.

²² Chaïm Perelman définit le raisonnement juridique comme le « raisonnement du juge tel qu'il se manifeste dans un jugement ou un arrêt qui motive une décision. [...] seul le jugement motivé nous fournit l'ensemble des éléments [nous permettant] de dégager les caractéristiques du raisonnement juridique » : Chaïm Perelman, « Le raisonnement juridique » dans *Éthique et droit*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1990; Kristin Claire Hulme indique que « le raisonnement judiciaire [...] implique l'application du « droit » et d'un ensemble de règles et de principes » : Kristin Claire Hulme, *The Unnatural Likeness of Deference: The Supreme Court of Canada and the Democratic Process*, thèse de doctorat déposée à l'Université Queens, 2011, p. 18 [traduction de l'auteur].

²³ C.M. Campbell, préc., note 9, 15 [traduction de l'auteur].

²⁴ Armin Nikkah Shirazi indique dans « Instrumentalism vs. Realism and Social Construction », 2008, que « Kuhn's work [*The Structure of Scientific Revolutions*] was [...] used to argue that there is no such thing as a knowable objective reality, a view much in agreement with that of the instrumentalist », en ligne : <http://deepblue.lib.umich.edu/bitstream/handle/2027.42/79042/Realism_v_Instrumentalism_and_Social_Construction.pdf?sequence=1>.

²⁵ Pierre Bourdieu dans « Le champ scientifique », (1976) 2 *Actes de la recherche en sciences sociales* 88, 92, se réfère à la *Structure des révolutions scientifiques* de Kuhn pour donner un exemple du "fonctionnalisme" considérant la place que donne ce dernier au conflit dans sa théorie de l'évolution scientifique. Pierre Bourdieu indique d'ailleurs dans le même souffle que « la "fonction" au sens du "fonctionnalisme" de l'école américaine n'est autre chose que l'intérêt des dominants ».

²⁶ Michel Troper et Dominique Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, 3 tomes, Paris, Dalloz, 2012.

²⁷ T. S. Kuhn, préc., note 4, p. 132; voir aussi, T. S. Kuhn, préc., note 4, p. 114; voir également David A. Funk, « Juridical Science Paradigms as Newer Rhetorics in 21st Century Jurisprudence », (1985) 12 *N. KY. L. Rev.* 419, 422: « Professor Perelman recognizes that the growth of science is a social process in which previously accepted opinions are replaced by others regarded as

produit par à-coups lors d'*épisodes extraordinaires* qui amènent les spécialistes de la discipline concernée à modifier leurs conceptions. C'est ce qu'on appelle des «révolutions scientifiques»²⁹.

On peut certes se demander s'il est approprié de qualifier un changement de paradigme de révolution³⁰. Kuhn tente de justifier cette qualification en expliquant qu'à l'origine des «révolutions scientifiques», on dénote chez les spécialistes, le sentiment qu'un paradigme donné ne permet plus d'explorer de manière satisfaisante l'aspect spécifique de la nature sur lequel il avait, jusqu'alors, dirigé la recherche³¹. Il en découle tout naturellement un besoin de *révolutionner* la discipline.

L'amplitude des «révolutions scientifiques» est variable. Certaines sont petites tandis que d'autres sont grandes³². Kuhn entretient une conception large de la nature des révolutions scientifiques. On peut même dire que son acception dépasse l'usage habituel du vocable. Selon lui, la possibilité de rattacher la structure des découvertes à celle des révolutions (par exemple, dans le cas de la fameuse révolution copernicienne³³), donne toute son importance à cette conception élargie de la révolution scientifique³⁴.

Pour mieux cerner l'objet et le champ d'application d'une «révolution scientifique», il nous apparaît opportun d'en examiner la structure (A.) pour ensuite se pencher sur son applicabilité au droit (B.).

A. Sa structure

Les principaux éléments composant la structure du modèle de la «révolution scientifique» que nous allons exposer ci-après sont le paradigme (1.), la science normale (2.), l'anomalie (3.), la crise (4.) et le changement de paradigme (5.).

more suitable to express our beliefs»; Kyle D. Logue, « Legal Transitions, Rational Expectations, and Legal Progress », (2003-2004) 13 *J. Contemp. Legal Issues* 211, 250-251.

²⁸ David Fraser, « And Now for Something Completely Different: Judging Interpretation and the Canadian Charter of Rights Freedoms », (1987) 7 *Windsor Y.B. Access Just.* 66, 71 [traduction de l'auteur].

²⁹ T. S. Kuhn, préc., note 4, p. 23.

³⁰ T. S. Kuhn, *ibid.*, p. 133.

³¹ T. S. Kuhn, *ibid.*, p. 134.

³² T. S. Kuhn, *ibid.*, p. 79.

³³ Voir, par exemple, Thomas S. Kuhn, *La révolution copernicienne*, Paris, Fayard, 1973.

³⁴ T. S. Kuhn, préc., note 4, p. 25.

1. Le paradigme

Le terme « paradigme » fait désormais partie du vocabulaire communément utilisé par les intellectuels. Il est « un élément constituant de l'activité de recherche »³⁵. D'aucuns n'utilisent ce vocable que pour désigner une vision ou une représentation du monde³⁶. Toutefois, contrairement à cette définition ou à celles qu'en donnent certains autres auteurs³⁷, Kuhn opte pour « une signification plus spécifique »³⁸. Il note en effet que, de façon générale, on considère le paradigme comme un modèle ou un schéma accepté, mais que le sens des mots *modèle* et *schéma* ne correspond pas tout à fait au « sens habituel de la définition du *paradigme* »³⁹. Il devient alors indubitable que déterminer ce que signifie la notion de paradigme selon Kuhn « n'est pas sans difficulté »⁴⁰.

Il n'apparaît pas opportun ici d'entrer dans un débat portant sur l'analyse de la multitude de sens qu'il est possible de donner au terme « paradigme ». La poursuite de notre démonstration exige une conception moins éclatée du terme. Aussi convient-il de nous limiter (en suivant d'ailleurs les propos mêmes de Kuhn) à deux sens différents du mot « paradigme » :

D'une part, il représente tout l'ensemble de croyances, de valeurs reconnues et de techniques qui sont communes aux membres d'un groupe donné. D'autre part, il dénote un élément isolé de cet ensemble : les solutions concrètes d'énigmes qui, employées comme modèles ou exemples, peuvent remplacer les règles explicites en tant que bases de solutions pour les énigmes qui subsistent dans la science normale.⁴¹

L'une des conditions dégagées par Kuhn pour qu'une théorie soit acceptée comme paradigme est qu'elle doit être ou, du moins, sembler « meilleure que ses concurrentes »⁴². Il n'est pas nécessaire qu'elle explique la totalité des faits auxquels elle est confrontée; d'ailleurs elle ne les

³⁵ T. S. Kuhn, *ibid.*, p. 155.

³⁶ La notion de vision ou de conception du monde est rendue par le terme allemand « weltanschauung ». Par exemple, Carl Gustav Jung écrivait dans *L'Âme et la vie*, éd. Le livre de poche, 2008, qu'« [a]voir une conception du monde (*Weltanschauung*), c'est se former une image du monde et de soi-même, savoir ce qu'est le monde, savoir ce que l'on est. [...] Toute conception du monde a une singulière tendance à se considérer comme la vérité dernière sur l'univers, alors qu'elle n'est qu'un nom que nous donnons aux choses » (p. 300).

³⁷ Robert C.L. Moffat, « Judicial Decision as Paradigm: Case Studies of Morality and Law in Interaction », (1985) 37 *U. Fla. L. Rev.* 297, 324; N. Aroney, préc., note 7, 646; C.M. Campbell, préc., note 9, 15.

³⁸ D. A. Farber, préc., note 19, 1336, note de bas de page 24 [traduction de l'auteur].

³⁹ T. S. Kuhn, préc., note 4, p. 45.

⁴⁰ R. J. Lipkin (1989), préc., note 18, 732, note de bas de page 118 [traduction de l'auteur].

⁴¹ T. S. Kuhn, préc., note 4, p. 238; voir aussi C.M. Campbell, préc., note 9, 15.

⁴² T. S. Kuhn, *ibid.*, p. 39 et p. 46.

explique jamais tous⁴³, mais elle doit permettre un plus grand développement de la connaissance, ce qui se passe plus souvent qu'autrement par « un affinement des concepts »⁴⁴, notamment par des « performances paradigmatiques ».

De surcroît, Kuhn met de l'avant deux caractéristiques essentielles qui, en commun, permettent de qualifier les *performances* des paradigmes :

[...] leurs accomplissements [sont] suffisamment remarquables pour soustraire un groupe cohérent d'adeptes à d'autres formes d'activité scientifique concurrentes [et] ils [ouvrent] des perspectives suffisamment vastes pour fournir à ce nouveau groupe de chercheurs toutes sortes de problèmes à résoudre.⁴⁵

En outre, la notion de « paradigme » implique (toujours selon Kuhn) la considération de règles, car ces dernières dérivent des paradigmes, quoique « les paradigmes peuvent guider la recherche même en l'absence de règles »⁴⁶.

2. La science normale

Pour mieux comprendre ce qu'implique l'existence d'une « révolution scientifique », il est nécessaire d'expliquer ce qu'est la « science normale », c'est-à-dire la science qu'on pourrait qualifier d'établie « et qui est fondée sur un ou des accomplissements que la communauté scientifique considère suffisants pour fournir le point de départ d'autres travaux »⁴⁷. La notion de « science normale » sert donc à caractériser les périodes où le progrès repose et prend appui sur les paradigmes scientifiques préexistants⁴⁸. Concrètement, elle correspond au travail quotidien du scientifique⁴⁹.

Son existence repose, selon Kuhn, sur l'adhésion à un paradigme, sans laquelle « il ne pourrait pas y avoir de science normale »⁵⁰, puisque l'objet même de la « science normale » consiste à

⁴³ T. S. Kuhn, *ibid.*

⁴⁴ T. S. Kuhn, *ibid.*, p. 98.

⁴⁵ T. S. Kuhn, *ibid.*, pp. 29-30.

⁴⁶ T. S. Kuhn, *ibid.*, p. 70.

⁴⁷ T. S. Kuhn, *ibid.*, p. 29.

⁴⁸ K. D. Logue, préc., note 7, 250-251.

⁴⁹ D. A. Farber, préc., note 19, 1336, note de bas de page 24.

⁵⁰ T. S. Kuhn, préc., note 4, p. 144.

résoudre des énigmes⁵¹ « dont l'existence même est fondée sur la validité du paradigme »⁵². En effet, toujours selon Kuhn, les énigmes scientifiques n'existent, dans un contexte de « science normale », que parce qu'aucun paradigme ne peut résoudre tous les problèmes posés au chercheur⁵³. D'ailleurs, la « science normale » n'a pas pour objectif « de mettre en lumière des phénomènes d'un genre nouveau »⁵⁴. Elle ne cherche pas à corriger les défauts des paradigmes. Pourtant, elle permet « la reconnaissance des anomalies et des crises »⁵⁵, ce dont nous allons discuter dans les deux prochaines sections.

3. L'anomalie

L'anomalie n'existe que « sur la toile de fond fournie par le paradigme »⁵⁶. Néanmoins, elle est le point de départ de la découverte et la « condition préalable »⁵⁷ à l'élaboration des théories nouvelles. En effet, c'est la constatation de l'existence d'une anomalie qui force les scientifiques à remettre en cause les paradigmes préexistants, lorsque leurs observations sont en contradiction apparente avec les résultats escomptés « dans le cadre du paradigme qui gouverne la science normale »⁵⁸.

L'anomalie perdure jusqu'au moment où « la théorie du paradigme est réajustée »⁵⁹ par le biais d'une découverte. Kuhn articule ce processus en étape : tout d'abord « la conscience antérieure de l'anomalie », puis « l'émergence graduelle de sa reconnaissance », et enfin, l'inévitable changement de paradigme, « souvent accompagné de résistance »⁶⁰.

⁵¹ T. S. Kuhn, *ibid.*, p. 82.

⁵² T. S. Kuhn, *ibid.*, p. 118.

⁵³ T. S. Kuhn, *ibid.*, p. 117.

⁵⁴ T. S. Kuhn, *ibid.*, p. 46.

⁵⁵ T. S. Kuhn, *ibid.*, p. 172.

⁵⁶ T. S. Kuhn, *ibid.*, p. 99.

⁵⁷ T. S. Kuhn, *ibid.*, p. 101.

⁵⁸ T. S. Kuhn, *ibid.*, p. 83.

⁵⁹ T. S. Kuhn, *ibid.*, p. 83.

⁶⁰ T. S. Kuhn, *ibid.*, p. 96.

4. La crise

Kuhn distingue l'anomalie de la crise. Contrairement à l'anomalie, la crise nécessite une mise à l'épreuve du paradigme qui :

[...] se produit [...] seulement après que des échecs répétés, pour résoudre une énigme importante, [donne] naissance à une crise. Encore faut-il que le sentiment de la crise ait fait apparaître un autre candidat au titre de paradigme. Car, dans les sciences, cette mise à l'épreuve ne consiste jamais, comme la résolution des énigmes, en une simple comparaison d'un paradigme unique avec la nature. Elle intervient au contraire à l'occasion de la concurrence de deux paradigmes rivaux [...].⁶¹

Toutes les anomalies ne conduisent cependant pas à une crise, tandis que celles qui y conduisent sont généralement « plus qu'une simple anomalie »⁶². La simple anomalie est tolérable et souvent tolérée⁶³, tandis que la période de crise engendre une insécurité insoutenable, en ce qu'elle empêche les scientifiques « de parvenir aux résultats attendus dans la résolution des énigmes de la science normale »⁶⁴. Elle survient lorsque l'utilisation du cadre paradigmatique existant ne permet pas la résolution des nouveaux problèmes posés à la science⁶⁵.

La « science normale » possède cependant une sorte de « mécanisme inhérent »⁶⁶ qui relâche les restrictions habituellement imposées à la recherche lorsque le paradigme justifiant ces restrictions ne paraît plus adéquat. Or, ce relâchement des restrictions permet la prolifération de nouvelles versions du paradigme insuffisant, « de sorte qu'un nouveau paradigme a finalement la possibilité d'apparaître »⁶⁷.

Kuhn résume le cycle de vie des crises en exposant qu'elles commencent toujours par « l'obscurcissement du paradigme et par un relâchement consécutif des règles de la recherche normale »⁶⁸. Quant à leur résolution, elle emprunte habituellement l'un des chemins suivants : dans certains cas, la science normale finit par s'avérer capable de résoudre le problème qui se

⁶¹ T. S. Kuhn, *ibid.*, p. 200.

⁶² T. S. Kuhn, *ibid.*, p. 120.

⁶³ Charles W. Collier, « Precedent and Legal Authority: A Critical History », (1988) *Wis. L. Rev.* 771, 818-819.

⁶⁴ T. S. Kuhn, préc. 4, p. 120; voir aussi A. Bird, préc., note 20, 3.

⁶⁵ K. D. Logue, préc., note 7, 250-251.

⁶⁶ T. S. Kuhn, préc., note 4, p. 47.

⁶⁷ T. S. Kuhn, *ibid.*, p. 118.

⁶⁸ T. S. Kuhn, *ibid.*, p. 123-124.

trouvait à l'origine de la crise, tandis que dans d'autres cas, le problème persiste⁶⁹ et la crise ne peut être résorbée que par l'adoption d'un nouveau paradigme, qui est souvent l'occasion d'une véritable « bataille »⁷⁰, et qui implique « l'émergence de nouvelles théories »⁷¹.

Une nouvelle théorie s'élabore ainsi à partir de certains types de phénomènes, notamment « des phénomènes déjà bien expliqués par les paradigmes existants » et « ceux dont la nature est indiquée par un paradigme existant *mais* dont les détails [...] demanderaient que l'on *précise* davantage la théorie »⁷². Selon Kuhn, ces phénomènes n'entraînent pas la naissance de nouvelles théories, mais la précision de théories existantes. C'est uniquement lorsqu'il s'avère impossible de faire cadrer certains phénomènes avec les paradigmes existants qu'apparaissent de nouvelles théories.

5. Le changement de paradigme

Kuhn est donc amené à affirmer que le changement de paradigme passe par l'intermédiaire d'une *révolution* qui est « le modèle normal du développement d'une science adulte »⁷³ puisque l'admission d'un nouveau paradigme entraîne un déplacement parfois significatif des critères de légitimité scientifique⁷⁴ et qu'il en découle souvent une redéfinition de la science à laquelle il se rattache⁷⁵. Toutefois cela ne signifie pas nécessairement qu'un nouveau paradigme fasse table rase de ce qui le précède :

[...] bien que les nouveaux paradigmes possèdent rarement, ou ne possèdent jamais, toutes les possibilités de leur prédécesseur, ils conservent généralement, dans une large mesure, ce que les performances passées avaient de plus concret et permettent toujours la solution de problèmes concrets supplémentaires.⁷⁶

Cependant, les changements de paradigme ne sont pas non plus de simples accroissements de connaissance⁷⁷ ni un processus cumulatif⁷⁸. La conscience d'une anomalie⁷⁹ et le sentiment

⁶⁹ T. S. Kuhn, *ibid.*, p. 123.

⁷⁰ T. S. Kuhn, *ibid.*, p. 124.

⁷¹ T. S. Kuhn, *ibid.*, p. 102.

⁷² T. S. Kuhn, *ibid.*, p. 140.

⁷³ T. S. Kuhn, *ibid.*, p. 32.

⁷⁴ T. S. Kuhn, *ibid.*, p. 155.

⁷⁵ T. S. Kuhn, *ibid.*, p. 148.

⁷⁶ T. S. Kuhn, *ibid.*, p. 231.

⁷⁷ T. S. Kuhn, *ibid.*, p. 24.

qu'un paradigme a cessé de fonctionner de manière satisfaisante⁸⁰ entraînent le changement de paradigme, c'est-à-dire la « révolution scientifique ».

B. Son applicabilité au droit

Kuhn voit des similitudes, ou du moins des analogies, mais aussi des discontinuités importantes dans les processus adoptés par le droit et par la science⁸¹. Il convient donc d'identifier, comme nous allons maintenant le faire, plusieurs d'entre les similitudes (1.) et certaines d'entre les limites (2.) qui existent entre le droit et la science à la lumière de *La structure des révolutions scientifiques*.

1. Ses similitudes

Même si cela a été remis en cause de différentes façons, l'accent que met Kuhn sur les paradigmes a « une application défendable en droit »⁸² puisque, comme le souligne Nicholas Aroney, « la “révolution” est une idée fortement associée au droit et à la politique et il semble que Kuhn a consciemment emprunté cette idée à ces domaines »⁸³.

De manière propre à servir d'exemple à ce que l'on vient de dire, Kuhn s'inspire directement du raisonnement juridique dans sa présentation du concept de « révolution scientifique »⁸⁴ faisant remarquer qu'à l'instar d'une décision judiciaire, un paradigme scientifique est, par nature, « destiné à être *ajusté et précisé* dans des conditions nouvelles ou plus strictes »⁸⁵.

⁷⁸ T. S. Kuhn, *ibid.*, p. 124.

⁷⁹ T. S. Kuhn, *ibid.*, p. 101.

⁸⁰ T. S. Kuhn, *ibid.*, p. 133-134.

⁸¹ N. Aroney, *préc.*, note 7, 647.

⁸² N. Aroney, *ibid.* [traduction de l'auteur].

⁸³ N. Aroney, *ibid.* [traduction de l'auteur].

⁸⁴ R. C.L. Moffat, *préc.*, note 37, 324.

⁸⁵ T. S. Kuhn, *préc.*, note 4, p. 45 (caractères italiques ajoutés).

D'ailleurs, c'est à la lueur de la pensée de Kuhn que Robert C.L. Moffat établit un parallèle entre la « science normale » et les décisions en droit⁸⁶ qui sont rendues en conformité avec le raisonnement donné par le « paradigme de la règle dominante »⁸⁷ :

Carrying on what Kuhn calls normal science practitioners operate within a paradigm, working out the detailed contours of the reigning rule. Routine science produces a developing conception of the paradigm's meaning. Similarly, routine decisions in law constitute a growing awareness of the meaning of the rule. Those decisions appear to be made primarily with reference to the rationale of the reigning rule paradigm, but comparable principles or rationales of similar paradigms are also implicated in the decision.⁸⁸

Ainsi, l'application du « paradigme de la règle dominante » s'illustre concrètement en droit par « la proportion d'opinions sans dissidence qui sont rendues en appel »⁸⁹.

Par ailleurs, l'analogie pouvant être faite entre le travail du juge et celui du scientifique est une illustration supplémentaire de l'applicabilité au droit du concept de « science normale » de Kuhn. Toujours selon Moffat, un problème légal de routine n'est rien d'autre qu'un casse-tête, pour utiliser les termes de Kuhn, pour la résolution duquel l'investigateur doit déterminer comment le paradigme du droit explique le phénomène observé⁹⁰.

Enfin, Nicholas Aroney précise que « l'applicabilité de l'analyse paradigmatique au droit est peut-être spécialement vraie du droit constitutionnel et des droits individuels »⁹¹, et ce, bien qu'il ne soit pas aisé « de faire correspondre la théorie de Kuhn directement à l'une des théories dominantes en droit »⁹².

La structure des révolutions scientifiques de Kuhn a souffert de nombreuses critiques qui ont jusqu'à présent fusé de toute part à son encontre⁹³. Nous limiterons cependant notre propos aux critiques présentant, de près ou de loin, le plus d'intérêt pour la pensée juridique.

⁸⁶ Il est à noter que les similarités et les distinctions entre les révolutions sociale et scientifique ont fait l'objet d'un examen par Richard Bisaillon dans « Liberal Democracy as a Kuhnian Paradigm: Applying a Model Confronted by Irreconcilable Accumulated Anomaly as a Normative Prescription for the Organisation of Global Society », mémoire de maîtrise en science politique, Université Concordia, 2001, p. iii.

⁸⁷ R. C.L. Moffat, préc., note 37, 340 [traduction de l'auteur].

⁸⁸ R. C.L. Moffat, *ibid.*

⁸⁹ R. C.L. Moffat, *ibid.*, 324, note de bas de page 134 [traduction de l'auteur].

⁹⁰ Noel B. Reynolds, « The Concept of Objectivity in Judicial Reasoning », (1975) 14 *W. Ontario L. Rev.* 1, 24-25.

⁹¹ N. Aroney, préc., note 7, 647 [traduction de l'auteur].

⁹² N. Aroney, *ibid.* [traduction de l'auteur].

⁹³ A. Bird, préc., note 20, 21.

2. Ses limites

De façon générale, l'un des reproches adressés à *La structure des révolutions scientifiques* de Kuhn repose sur sa description de l'évolution des théories fondamentales et des idées. L'évolution n'est pas, selon Kuhn, graduelle mais plutôt révolutionnaire par nature⁹⁴. Ainsi qu'on l'a déjà mentionné, il considère que les révolutions scientifiques sont des « épisodes *non cumulatifs* de développement »⁹⁵. Or, en droit, du moins pour ce qui est de la jurisprudence, le processus semble plutôt être « *additif* » car tout ou partie d'entre ceux qui adhéraient aux anciens paradigmes « sont susceptibles de continuer à développer des perspectives qui leur semblent familières, alors que d'autres philosophes du droit vont aborder les nouveaux paradigmes »⁹⁶. Toutefois, il convient de noter que Kuhn ne soutient pas que les notions de révolution et d'évolution sont mutuellement incompatibles.

De plus, le caractère relativement imprécis de ce que constitue précisément une « révolution scientifique » a aussi nourri le feu de plusieurs critiques à l'endroit de *La structure des révolutions scientifiques*. Certains auteurs estiment qu'« il est important de garder à l'esprit ce qui change et ne change pas dans les révolutions scientifiques, une distinction qui n'est pas faite »⁹⁷ par Kuhn, alors que d'autres se demandent si les « révolutions scientifiques » consistent dans l'élaboration de nouveaux éléments (faits expérimentaux, théories, modèles, instruments ou techniques) qui sont intégrés en science, ou si elles reposent plutôt sur la mise en place de réarrangements ou de restructurations de certains éléments déjà existants⁹⁸, question à laquelle Kuhn ne répond pas plus que la précédente.

Qui plus est, l'ambiguïté du sens donné par Kuhn à des mots-clés aussi centraux pour sa démonstration que le terme « paradigme » a suscité certains commentaires parfois admiratifs,

⁹⁴ T. S. Kuhn, préc., note 4, p. 23; D. Fraser, préc., note 28, 71.

⁹⁵ T. S. Kuhn, *ibid.*, p. 132 (caractères italiques ajoutés); voir aussi, T. S. Kuhn, *ibid.*, p. 114; voir également D. A. Funk, préc., note 27, 422 : « Professor Perelman recognizes that the growth of science is a social process in which previously accepted opinions are replaced by others regarded as more suitable to express our beliefs »; Kyle D. Logue, préc., note 7, 250-251.

⁹⁶ D. A. Funk, *ibid.*, 432 (caractères italiques ajoutés) [traduction de l'auteur].

⁹⁷ Steven Weinberg, *New York Review of Books*, Vol. XLV, Number 15 (1998).

⁹⁸ Stanford Encyclopedia of Philosophy, cf. « Scientific Revolutions », 2009, en ligne : <<http://plato.stanford.edu/entries/scientific-revolutions/>>.

parfois réprobateurs. Ainsi a-t-il déjà été soulevé que « c'est la réinvention du terme « paradigme » par Kuhn qui a été soit la plus utile ou qui a suscité le plus d'objections »⁹⁹.

Par ailleurs, même si Kuhn voyait des similitudes entre le droit et la science quant aux processus qu'ils adoptent, et même s'il s'inspire du raisonnement juridique¹⁰⁰, il n'en demeure pas moins que l'un des principaux reproches formulé envers *La structure des révolutions scientifiques* est de ne pas faire, pour ce qui est du droit, de distinction réelle entre l'adjudication normale et l'adjudication révolutionnaire¹⁰¹.

II. La « révolution constitutionnelle » selon Robert J. Lipkin

Après la « révolution scientifique » de Kuhn, il nous apparaît utile ici d'aborder les fondements (A.) et les limites (B.) du concept de « révolution constitutionnelle » de Lipkin car c'est lui qui nous permettra de valider l'application de la « révolution scientifique » en droit par l'étude des multiples parallèles existant entre cette dernière et la « révolution constitutionnelle ».

A. Ses fondements

Pour bien saisir les fondements du concept de « révolution constitutionnelle », nous allons traiter tour à tour de sa définition (1.), de ses sources (2.) et de ses parallèles avec la « révolution scientifique » (3.).

1. Sa définition

Robert J. Lipkin introduit le concept de « révolution constitutionnelle » en indiquant qu'il s'agit d'une condition d'adéquation devant être respectée, selon lui, par toute théorie du droit

⁹⁹ Steven Weinberg, préc., note 7 [traduction de l'auteur].

¹⁰⁰ R. C.L. Moffat, préc., note 37, 324.

¹⁰¹ R. J. Lipkin (1989), préc., note 18, 780.

constitutionnel¹⁰². Le modèle de la « révolution constitutionnelle » est mis en opposition avec celui du « droit-intégrité » de Ronald Dworkin¹⁰³, et ce, afin de faire ressortir le caractère pragmatique de l'interprétation des lois constitutionnelles¹⁰⁴.

Pour Lipkin, une « révolution constitutionnelle » se produit par la formation d'un paradigme constitutionnel régissant un domaine du droit qui n'avait pas auparavant de paradigme¹⁰⁵. Lipkin avance qu'une « révolution constitutionnelle » survient aussi lorsqu'une disposition constitutionnelle acquiert une nouvelle signification¹⁰⁶, engendrant une modification dans la signification des dispositions constitutionnelles¹⁰⁷.

Il précise sa pensée en établissant qu'il existe au moins deux types de « révolutions constitutionnelles ». Le premier consiste en une modification révolutionnaire des dispositions constitutionnelles par voie d'amendement (pratique particulière au droit américain), tandis que le deuxième consiste en une décision de la plus haute instance judiciaire qui interprète une disposition constitutionnelle. Dans l'un ou l'autre cas, il est à remarquer qu'un paradigme jusqu'alors accepté se trouve donc rejeté, ou, pour mieux l'exprimer, remplacé par un nouveau paradigme¹⁰⁸. Concrètement, ces nouveaux paradigmes constitutionnels sont le fruit de « l'interprétation de dispositions constitutionnelles »¹⁰⁹.

Lipkin définit un paradigme constitutionnel comme étant :

[...] a principle or set of rules for resolving constitutional questions. The paradigm must be the product of formal constitutional statements uttered by the appropriate actors (legislators or judges), so that people can rely upon the paradigm, ordering their affairs accordingly. This does not mean that there cannot be some dispute over the appropriate characterization of a constitutional paradigm. What it does mean is that there is a distinction between what the legal paradigm in a given area is, and the morally best paradigm.¹¹⁰

¹⁰² R. J. Lipkin (1987-1988), préc., note 13, 649.

¹⁰³ Pour un résumé de la position de Ronald Dworkin, voir, notamment, Michel Troper, « Les juges prix au sérieux ou la théorie du droit selon Dworkin », (1986) 2 *Droit et Société* 53, 59.

¹⁰⁴ R. J. Lipkin (1987-1988), préc., note 13.

¹⁰⁵ R. J. Lipkin, *ibid.*, 733.

¹⁰⁶ R. J. Lipkin, *ibid.*

¹⁰⁷ R. J. Lipkin, *ibid.*, 648.

¹⁰⁸ R. J. Lipkin, *ibid.*, 733.

¹⁰⁹ R. J. Lipkin (1989), préc., note 18, 734 [traduction de l'auteur].

¹¹⁰ R. J. Lipkin, *ibid.*, 793, note de bas de page 381.

2. Ses sources

Mais d'où proviennent les idées faisant germer et éclore les « révolutions constitutionnelles »? Certains auteurs indiquent que « le juge constitutionnel intègre dans sa réflexion juridictionnelle, d'autres éléments tels que les conséquences politiques, économiques ou institutionnelles »¹¹¹ de sa décision puisqu'aussi bien, un juge « ne saurait être bon juge, ni bon juriste sans ouverture aux autres sciences sociales »¹¹². Or, Lipkin souligne que l'aspect *fondamental* des « révolutions constitutionnelles » est qu'« elles trouvent leur source dans des facteurs extrinsèques à la constitution »¹¹³. Que cela soit vrai ou non des révolutions scientifiques, Lipkin prétend que les motifs justifiant l'adoption de nouveaux paradigmes constitutionnels dérivent, en général, des théories politiques et morales en vogue, mais peuvent aussi résulter des sciences sociales ou économiques¹¹⁴. Ce serait donc, hors des frontières conceptuelles du droit, que se trouverait, selon Lipkin, le terreau fertile où germeraient les idées donnant naissance aux « révolutions constitutionnelles ».

3. Ses parallèles avec la « révolution scientifique »

Lipkin établit plusieurs parallèles entre le « paradigme scientifique » et le « paradigme constitutionnel ». Tout comme la science, prétend-t-il, « le droit constitutionnel fonctionne à l'intérieur d'un paradigme particulier »¹¹⁵, ce « paradigme constitutionnel » déterminant « (1) le type de faits qui donnent lieu à une question constitutionnelle pertinente; (2) la norme de contrôle à utiliser; (3) le cadre analytique servant à considérer et à évaluer les faits; (4) les règles de droit applicables; (5) les remèdes disponibles »¹¹⁶.

¹¹¹ Sylvie Salles, *La présence de l'argument conséquentialiste dans les délibérations du Conseil constitutionnel*, VIIIe Congrès français de Droit constitutionnel, AFDC, Nancy, 16-18 juin 2011, Atelier N° 3 : Droit constitutionnel et sciences humaines et sociales, p. 1.

¹¹² Pierre Carignan, « De l'exégèse et de la création dans l'interprétation judiciaire des lois constitutionnelles », (1986) 20 *R.J.T.* 27, 36.

¹¹³ R. J. Lipkin (1989), préc., note 18, 736-737 [traduction de l'auteur].

¹¹⁴ R. J. Lipkin, *ibid.*, note de bas de page 124.

¹¹⁵ R. J. Lipkin (1987-1988), préc., note 13, 734 [traduction de l'auteur].

¹¹⁶ R. J. Lipkin, (1989), préc., note 18, 734 [traduction de l'auteur].

Ainsi, tout comme la « science normale » fait usage de paradigmes scientifiques, le droit constitutionnel s'articule autour de paradigmes constitutionnels¹¹⁷.

Lipkin ajoute même que¹¹⁸ :

[n]ormal adjudication, like normal science, takes place within the context of a shared paradigm which members of the legal community use to define relevant facts, constitutional questions, appropriate analytic frameworks, arguments, conclusions and remedies. The Constitution's text itself serves as a constitutional paradigm.

B. Ses limites

Le principal reproche pouvant être formulé à l'endroit du concept de « révolution constitutionnelle » de Lipkin est que, non seulement il comporte « une contradiction de termes », mais qu'il est également et surtout « fort vaste », notamment dans le cas où une instance judiciaire attribue une signification à une disposition constitutionnelle vague ou indéterminée¹¹⁹. Mais Kuhn ne prétend-t-il pas qu'il peut y avoir aussi bien de petites que de grandes « révolutions scientifiques »¹²⁰? Et Lipkin ne souligne-t-il pas, dans le même esprit, que l'une des caractéristiques importantes des révolutions constitutionnelles est la distinction entre les révolutions constitutionnelles « macros » et « micros », les premières entraînant carrément un changement de paradigme(s), tandis que les secondes se bornent à procéder à des changements à l'intérieur même du paradigme¹²¹.

¹¹⁷ R. J. Lipkin, *ibid.*, 734-735.

¹¹⁸ R. J. Lipkin, *ibid.*, 739.

¹¹⁹ Gary Jeffrey Jacobsohn, « After the Revolution », (2000) 34 *Isr. L. Rev.* 139 [traduction de l'auteur].

¹²⁰ T. S. Kuhn, *préc.*, note 4, p. 79.

¹²¹ R. J. Lipkin (1989), *préc.*, 188, 780.

III. L'application des modèles de la « révolution scientifique » et de la « révolution constitutionnelle » à la *Charte canadienne des droits et libertés*

L'adoption de la *Déclaration canadienne des droits* (« *Déclaration* »)¹²² en 1960 avait mis en place, selon Jordan Birenbaum, un régime constitutionnel qui aurait pu donner lieu à une révolution des droits¹²³. En effet, fait-il valoir, la Cour suprême du Canada aurait pu, en l'occurrence, faire usage de la *Déclaration* pour restreindre ou déclarer inopérante la législation fédérale et les actes législatifs contrevenant aux libertés civiles¹²⁴. Toutefois, cette « révolution potentielle des droits judiciaires » basée sur la *Déclaration* « n'a jamais émergée »¹²⁵. Peut-on dire qu'il en a été différemment lors de l'adoption de la *Charte* ? L'application des modèles de la « révolution scientifique » et de la « révolution constitutionnelle » devient alors pertinente pour répondre à cette question.

Or, comme l'amplitude des « révolutions » est, ainsi que nous l'avons déjà vu, variable, nous retiendrons, pour les fins de notre démonstration, deux exemples pouvant potentiellement illustrer, dans un premier temps, une « révolution » qui est « grande »¹²⁶, selon Kuhn, ou « macro »¹²⁷, selon Lipkin, et, dans un deuxième temps, une « révolution » qui est « petite », selon Kuhn¹²⁸, ou « micro »¹²⁹, selon Lipkin. Ainsi examinerons-nous, premièrement, **(A.)** les éventuels impacts causés par l'adoption de la *Charte* sur les méthodes d'interprétation et qui correspondraient, si « révolution » il y a eu, à une « grande » ou une « macro » « révolution ». Puis, nous nous intéresserons **(B.)** à l'étendue et aux méthodes utilisées pour interpréter un des droits constitutionnellement protégés par la *Charte*, et tout particulièrement la liberté

¹²² *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), App. 111.

¹²³ Jordan Birenbaum, « Parliamentary Sovereignty rests with the courts: The Constitutional Foundations of J.G. Diefenbaker's *Canadian Bill of Rights* », thèse de doctorat en histoire, Université d'Ottawa, 2012, p. 411.

¹²⁴ Jordan Birenbaum, *ibid.*

¹²⁵ Jordan Birenbaum, *ibid.*

¹²⁶ T. S. Kuhn, préc., note 4, p. 79.

¹²⁷ R. J. Lipkin (1989), préc., 18, 780.

¹²⁸ T. S. Kuhn, préc., note 4, p. 79.

¹²⁹ R. J. Lipkin (1989), préc., note 18, 780.

d'association dans la perspective de déterminer s'il y a eu une « petite » ou « micro » « révolution ».

A. L'adoption de la *Charte* : le début d'une ère nouvelle?

Selon certains auteurs, l'adoption de la *Charte* a donné naissance à une ère nouvelle dans l'interprétation des droits et libertés au Canada¹³⁰, mais est-ce vraiment le cas? Pour répondre à cette question, nous appliquerons les modèles de la « révolution scientifique » (1.) et de la « révolution constitutionnelle » (2.).

1. La « révolution scientifique » et la *Charte canadienne*

Comme le souligne Stéphane Beaulac, qu'elle soit constitutionnelle ou ne le soit pas et qu'elle ait trait ou non aux droits de la personne, « la norme juridique obéit dans son interprétation à [...] des principes d'interprétation qui agissent comme des guides »¹³¹. Or, si une « révolution scientifique » avait eu lieu du fait de l'adoption de la *Charte*, vu le passage d'un État législatif (dans lequel la *Déclaration* avait été adoptée¹³²) à un État constitutionnel¹³³ (ayant donné lieu à l'adoption de la *Charte*), elle pourrait s'illustrer par une modification, des paradigmes, à savoir les croyances, les valeurs et les techniques (éléments centraux entrant dans la définition du paradigme donnée par Kuhn¹³⁴), concernant l'interprétation des normes relatives

¹³⁰ D. Fraser, préc., note 28, 72.

¹³¹ S. Beaulac, préc., note 9, 3.

¹³² Même si, selon ce qu'indiquait le juge Laskin (dissident mais sur une autre question) dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349, p. 1382 : « [l']arrêt *Drybones* a[vait] décidé [...] que la *Déclaration canadienne des droits* était plus qu'une simple loi d'interprétation »; voir aussi dans le même arrêt les propos du juge Abbott (dissident mais sur une question) (p. 1374); E. A. Driedger affirme, dans *The Construction of Statutes*, Toronto, Butterworths, 1974, p. 194, que « la *Déclaration* n'était pas une charte des droits humains et des libertés fondamentales dans sa forme moderne traditionnelle » (voir [traduction de l'auteur]; Louis-Philippe Pigeon avait également exprimé, dans « The Bill of Rights and the British North America Act », (1959) 37 *R. du B. Can.* 1, 72, que la *Déclaration canadienne des droits* « would not bring about any constitutional restriction of legislative power in Canada ».

¹³³ Lorraine E. Weinrib, « Canada's Constitutional Revolution: From Legislative to Constitutional State », (1999) 33 *Is. L.R.* 13, 50.

¹³⁴ T. S. Kuhn, préc., note 4, p. 238; voir aussi C.M. Campbell, préc., note 9, 15.

aux droits et libertés au Canada. Or, l'importance du « nouveau mandat constitutionnel »¹³⁵ a justement été soulignée par la Cour suprême du Canada¹³⁶. Mais « l'interprétation d'une constitution » est-elle, comme l'affirmait le juge Dickson dans l'arrêt *Hunter*, « différente de l'interprétation d'une loi »?¹³⁷ En d'autres termes, cela revient à se demander si la *Charte* « commande une méthode d'interprétation différente de celle généralement applicable pour l'interprétation des textes législatifs ordinaires, comme le prônaient nombre d'auteurs »¹³⁸.

Afin de déterminer s'il y a eu une « révolution scientifique » quant aux méthodes d'interprétation utilisée, laquelle aurait été la conséquence de l'adoption de la *Charte*, nous examinerons tant les arguments militant en faveur (i.) que ceux militant contre (ii.) l'existence d'une telle « révolution ».

i. Certains arguments militant en faveur de son existence

La présence d'une « crise ». La « crise » résiderait dans le fait pour les tribunaux d'avoir « ressenti une certaine incertitude ou ambivalence dans l'application de la *Déclaration canadienne des droits* »¹³⁹. En effet, tant une incertitude qu'une ambivalence ne pouvaient faire autrement, pour revenir à la pensée de Kuhn, que d'empêcher les juges « de parvenir aux résultats attendus dans la résolution des énigmes de la science normale »¹⁴⁰ du droit. Plusieurs auteurs, dont certains futurs juges de la Cour suprême du Canada¹⁴¹, avaient d'ailleurs tenu un discours fort critique à l'endroit de la *Déclaration*, laquelle était « généralement condamnée comme n'étant qu'un simple canon interprétatif »¹⁴². C'est ainsi, par exemple, que la Cour suprême du Canada avait été vertement critiquée pour ne pas avoir décidé, dans l'affaire *Drybones*¹⁴³, « en faveur d'une portée plus étendue de la *Déclaration* »¹⁴⁴. Même Elmer A.

¹³⁵ *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S., p. 639.

¹³⁶ *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357 et *Hunter c. Southam*, [1984] 2 R.C.S. 415.

¹³⁷ *Hunter*, *ibid.*, par. 16 (j. Dickson).

¹³⁸ S. Beaulac, préc., note 9, 5.

¹³⁹ *Therens*, préc., note 135, p. 639.

¹⁴⁰ T. S. Kuhn, préc. 4, p. 120; voir aussi A. Bird, préc., note 20, 3.

¹⁴¹ Voir, par exemple, Bora Laskin, « An Inquiry into the Diefenbaker Bill of Rights », (1959) 37 *Rev. du Bar. can.* 1, 133.

¹⁴² J. Birenbaum, préc., note 123, p. 246.

¹⁴³ *R. c. Drybones*, [1970] R.C.S. 1982.

¹⁴⁴ Jean-K. Samson, « La déclaration canadienne des droits : une interprétation nouvelle? », (1973) 14 *C. de D.* 2, 364.

Driedger, rédacteur de la *Déclaration*¹⁴⁵, avait exprimé sa frustration quant à l'interprétation restrictive et la caractérisation de la *Déclaration* comme n'étant qu'une simple déclaration de droits¹⁴⁶. Cette « crise » aurait alors été résorbée « par l'adoption d'un nouveau paradigme »¹⁴⁷, soit la *Charte*.

L'existence d'un changement de paradigme. Selon Peter W. Hogg, il n'y a aucun doute qu'il y a eu une « révolution de la *Charte* » puisque celle-ci a reçu une interprétation plus étendue que l'ancienne *Déclaration*, et ce « même dans les cas où les termes utilisés dans les deux instruments sont les mêmes »¹⁴⁸. Cette interprétation « plus étendue » correspondrait, selon la logique kuhnienne, à « un déplacement significatif des critères déterminant la légitimité des problèmes et aussi des solutions proposées »¹⁴⁹. La manière par laquelle la Cour suprême du Canada a décidé d'interpréter, suite à l'adoption de la *Charte*, les droits et libertés constitutionnellement protégés, à savoir en fonction de leur objet, qui doit être large et libérale, a été « érigé en orthodoxie »¹⁵⁰. Ce qui correspondrait, pour reprendre la logique kuhnienne, à la nouvelle « science normale ». Cette nouvelle approche romprait alors « avec les méthodes d'interprétation qui avaient été traditionnellement retenues »¹⁵¹ et opère, par conséquent, un changement de paradigme par rapport au « raisonnement associé à la « quasi-constitutionnelle *Déclaration canadienne des droits* »¹⁵². Or, rappelons que les changements de paradigme, selon Kuhn, « sont les *traits caractéristiques des révolutions scientifiques* »¹⁵³.

¹⁴⁵ J. Birenbaum, préc., note 123, p. 390 : « Driedger made it clear in the 1977 article [...] that he was draftsman of the *Canadian Bill of Rights* ».

¹⁴⁶ E. A. Driedger, « The Meaning and Effect of the Canadian Bill of Rights: A Draftsman's Viewpoint », (1977) 9 *Ottawa Law Rev.* 303.

¹⁴⁷ T. S. Kuhn, préc., note 4, p. 124.

¹⁴⁸ Peter W. Hogg, « The *Charter* Revolution: Is it Undemocratic? », (2001-2003) 12 *Const. F.* 1 [traduction de l'auteur]; voir aussi J. Birenbaum, préc., note 123, p. ii; voir également les propos du sénateur Gérald-A. Beaudoin qui « abonde dans le sens du juge Pigeon lorsqu'il dit que l'interprétation de la Constitution, partant, celle de la *Charte*, qui est au cœur de la Constitution, est aussi importante que sa formulation », Débats du Sénat (Hansard), 1^e sess., 37 législ., vol. 139, no. 105, 17 avril 2002 (1500).

¹⁴⁹ T. S. Kuhn, préc., note 4, p. 155.

¹⁵⁰ S. Beaulac, préc., note 9, 12.

¹⁵¹ Marie-Laure Dussart, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur le contentieux canadien des droits fondamentaux », en ligne :

<<http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC8/DussartTXT.pdf>>, p. 3.

¹⁵² J. Birenbaum, préc., note 123, p. 416; Henri Brun et Guy Tremblay, *Droit constitutionnel* (2^e éd.), Éditions Yvon Blais, Cowansville, 1990, p. 813; le juge Laskin fut le premier à qualifier la *Déclaration canadienne des droits* de document « quasi-constitutionnel » dans l'arrêt *Hogan*, [1975] 2 R.C.S. 574.

¹⁵³ T. S. Kuhn, préc., note 4, p. 24 (caractères italiques ajoutés).

Partant, la modification des techniques d'interprétation prendrait forme par la modification des règles qui sont « perçues comme des paradigmes »¹⁵⁴ et, plus spécifiquement, par l'altération radicale du canon interprétatif¹⁵⁵. Ce faisant, il est permis de prétendre que les techniques d'interprétation ont effectivement été modifiées par l'adoption de la *Charte*, conduisant la Cour suprême du Canada dans « une approche dite *nouvelle et différente* qui s'appliquerait à ce document révolutionnaire qu'est la *Charte* – la *méthode d'interprétation téléologique* »¹⁵⁶.

Une modification des croyances et des valeurs reconnues. Le juge en chef Antonio Lamer a évoqué en 1994 le fait que l'adoption de la *Charte* avait eu pour conséquence d'engendrer « un changement fondamental dans le rôle judiciaire au Canada »¹⁵⁷. Selon lui, l'adoption de cet instrument juridique avait alors rendu nécessaire « une *réévaluation* de la façon par laquelle les juges abordent les tâches qui leur sont dévolues »¹⁵⁸ modifiant par le fait même les croyances et les valeurs dans l'interprétation des normes relatives aux droits et libertés au Canada. De plus, la juge Wilson avait exprimé dans l'arrêt *Singh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, que l'adoption de la *Charte* avait « clairement indiqué aux tribunaux qu'ils devraient *réexaminer l'attitude restrictive* qu'ils ont parfois adoptée en abordant la *Déclaration canadienne des droits* »¹⁵⁹. Certes, il est vrai que le pouvoir des instruments des droits humains ne vient pas de la forme sous laquelle ils sont rédigés ni des termes spécifiques qui y sont utilisés mais vient plutôt de la manière dont ils sont traités par les tribunaux¹⁶⁰. Nous en voulons pour preuve que même si les termes utilisés pour décrire les « valeurs reconnues » dans la *Déclaration* et dans la *Charte* sont, dans beaucoup de cas, exactement les mêmes, il est permis d'affirmer que les croyances et les valeurs sous-tendues par l'adoption de la *Charte* ont été modifiées dans l'interprétation des droits et libertés au Canada. Concrètement, ce changement de paradigme a, notamment, été illustré par l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*¹⁶¹ où la Cour suprême du Canada

¹⁵⁴ R. C.L. Moffat, préc., note 37, 338 [traduction de l'auteur]; D. Fraser, préc., note 28, 72.

¹⁵⁵ D. Fraser, *ibid.*

¹⁵⁶ S. Beaulac, préc., note 9, 7 (caractères italiques ajoutés); Luc B. Tremblay indique dans « L'interprétation téléologique des droits constitutionnels », (1995) 29 *R.J.T.* 460, 462, que : « [l']interprétation téléologique est une forme de raisonnement par lequel le sens d'un texte juridique (par exemple, une règle, un principe ou autres normes) est déterminé en fonction de son but, son objet ou sa finalité ».

¹⁵⁷ The Right Honourable Antonio Lamer, « Canada's Legal Revolution: Judging in the Age of the Charter of Rights », (1994) 28 *Isr. L. Rev.* 579, 580 [traduction de l'auteur].

¹⁵⁸ The Right Honourable Antonio Lamer, *ibid.*, 579 (caractères italiques ajoutés); voir aussi *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, préc., note 136, p. 365 (j. Estey) [traduction de l'auteur].

¹⁵⁹ [1985] 1 R.C.S. 177, par. 50 (caractères italiques ajoutés).

¹⁶⁰ J. Birenbaum, préc., note 123, p. 424.

¹⁶¹ [1985] 1 R.C.S. 295.

renversa son interprétation restrictive de la liberté de religion qu'elle avait adoptée en vertu de la *Déclaration*¹⁶².

ii. Certains arguments militant contre son existence

L'absence d'une « crise ». Même s'il était permis de prétendre que l'adoption de la *Charte* avait entraîné une révolution, il faudrait quand même admettre que cette révolution n'a pas été opérée de façon brusque et violente¹⁶³. Contrairement à d'autres États où la promulgation d'instruments juridiques relatifs aux droits fondamentaux des citoyens s'est faite dans un contexte de révolution ou de changement de régime, par exemple l'apartheid ou le communisme¹⁶⁴, la *Charte* a été négociée par ceux qui détenaient le pouvoir avant son adoption, laquelle a « intensifié » mais n'a pas « créé » de gouvernement démocratique¹⁶⁵. Il faut d'ailleurs soulever que cette particularité toute canadienne du caractère pacifique des événements entourant l'adoption d'un instrument juridique d'une telle importance soulève la question de la nécessité de l'existence d'une « crise » telle que définie par Kuhn comme condition préalable incontournable à un changement de paradigme. Selon ce dernier, en effet, on s'en souviendra, c'est « le sentiment de la crise » qui fait apparaître « un autre candidat au titre de paradigme »¹⁶⁶. Or, la *Charte* ne semble pas *a priori* avoir été adoptée dans le contexte d'une « crise » ou à la suite d'une mise à l'épreuve du paradigme¹⁶⁷ juridique relatif à l'interprétation des droits et libertés. Selon Lorraine E. Weinrib, « le fait que la protection des droits constitutionnels ait suivi après plus d'un siècle le développement d'institutions démocratiques est la clé de la compréhension de la révolution des droits au Canada »¹⁶⁸. Le développement des institutions démocratiques au Canada pourrait peut-être expliquer l'absence de « crise » lors du changement de paradigme. Toutefois, cela n'aide en rien à soutenir qu'il se soit produit une « révolution scientifique », et même tout le contraire.

¹⁶² L. E. Weinrib, préc., note 133, 18: « the Court overturned its restrictive interpretation of freedom of religion in the Sunday observance context under the statutory Canadian Bill of Rights ».

¹⁶³ Voir G. Cornu, préc., note 7.

¹⁶⁴ Lorraine E. Weinrib, « Canada's *Charter of Rights*: Paradigm Lost? », (2001-2002) 6 *Rev. Const. Stud.* 120.

¹⁶⁵ L. E. Weinrib (1999), préc., note 133, 27 [traduction de l'auteur].

¹⁶⁶ T. S. Kuhn, préc., note 4, p. 200.

¹⁶⁷ T. S. Kuhn, *ibid.*

¹⁶⁸ L. E. Weinrib (1999), préc., note 133, 27.

L'absence d'un changement de paradigme. Stéphane Beaulac répond par la négative à la question de savoir si la méthode téléologique « est vraiment différente de l'approche généralement utilisée de nos jours en interprétation des lois »¹⁶⁹. Quant à Hugo Cyr, il affirme que la particularité de l'interprétation constitutionnelle de la *Charte* « a été plus affirmée que démontrée »¹⁷⁰. Dans la même veine, Pierre Brunet soutient qu'« il n'y a [...] aucune spécificité de l'interprétation constitutionnelle quant aux techniques d'interprétation »¹⁷¹. S'ils ont tous trois raison, il faudrait alors conclure à l'absence de changement de paradigme pour ce qui est de l'interprétation des droits et libertés au Canada.

Une évolution progressive plutôt qu'une révolution des droits. Le juge LeBel affirme dans l'arrêt *Demers* que « la promulgation de la *Charte* a été davantage marquée par la *continuité* que par une *rupture* dans notre culture politique et institutionnelle »¹⁷². En effet, la promulgation de la *Charte* découle, selon lui, « d'une *évolution* progressive et non d'une "révolution des droits" »¹⁷³. Par exemple, trois des six juges faisant partie de la majorité ayant rendu l'arrêt *Singh*¹⁷⁴ s'étaient reposés sur un des articles de la *Déclaration* pour décider d'une question procédurale à l'égard d'un réfugié. De plus, la majorité de la Cour suprême du Canada n'a-t-elle pas affirmé, dans l'arrêt *Fraser*, que la jurisprudence antérieure à la *Charte* peut être utile à l'interprétation des garanties constitutionnelles et qu'« elle n'immobilise pas ces garanties dans une vision antérieure à la *Charte* »¹⁷⁵ ? Tout cela porte atteinte à l'argument selon lequel la Cour suprême du Canada souhaitait se débarrasser des « fantômes restrictifs de la *Déclaration* »¹⁷⁶ (pour reprendre la formule de Stéphane Beaulac) et ce, même si l'instance suprême du pays a soutenu, comme le note Jordan Birenbaum, que la *Charte* exigeait « une toute nouvelle interprétation des termes qu'elle contient en tant que nouvel instrument »¹⁷⁷. Stéphane Beaulac

¹⁶⁹ S. Beaulac, préc., note 9, 12.

¹⁷⁰ H. Cyr, préc., note 15, 570.

¹⁷¹ Pierre Brunet, « Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle » dans O. Jouanjan, C. Grewe, E. Maulin et P. Wachsmann, *La notion de justice constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, p.123.

¹⁷² *R. c. Demers*, 2004 CSC 46, [2004] 2 R.C.S. 489, par. 84 (j. LeBel, dissident en partie, mais sur une autre question) (caractères italiques ajoutés).

¹⁷³ *Demers*, *ibid.* (caractères italiques ajoutés).

¹⁷⁴ *Singh*, préc., note 159.

¹⁷⁵ *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3, par. 90.

¹⁷⁶ S. Beaulac, préc., note 9, 6.

¹⁷⁷ J. Birenbaum, préc., note 123, p. 417.

soutient d'ailleurs qu'on a été « trop loin » en suggérant que la *Charte* « nécessitait la création d'une méthode d'interprétation différente de celle applicable aux textes législatifs ordinaires »¹⁷⁸.

Par conséquent, s'il fallait retenir la thèse voulant qu'il y ait convergence plutôt que divergence des approches d'interprétation applicables à la *Charte* et aux textes législatifs, il faudrait inévitablement conclure à l'absence de « révolution scientifique ».

Toutefois, l'argument ayant trait à l'évolution progressive des droits pourrait aussi, à notre avis, être soulevé en faveur de l'existence d'une « révolution scientifique » au sens où rien dans *La structure des révolutions scientifiques* n'implique que le nouveau paradigme doive nécessairement faire abstraction de celui qui le précède¹⁷⁹. Par conséquent, si l'adoption de la *Charte* a été progressive plutôt que « révolutionnaire », cela ne mine en rien le fait qu'elle puisse constituer un nouveau paradigme.

En définitive, l'adoption de la Charte a-t-elle entraîné une « révolution scientifique »? La conclusion à tirer quant à savoir s'il y a eu « révolution scientifique » ou non revient, avant toute chose, à déterminer s'il y a eu, pour reprendre les termes du juge LeBel précité dans l'arrêt *Demers*, « continuité » ou « rupture » par le fait de l'adoption de la *Charte*¹⁸⁰. Or, le seul fait, d'avoir engendré « un changement fondamental dans le rôle judiciaire au Canada », comme l'indiquait le juge en chef Lamer, devrait nous mener à la conclusion qu'il y a eu « rupture » dans la façon pour les juges d'interpréter les droits et libertés au Canada. Par conséquent, l'adoption de la *Charte* aurait entraîné une « révolution scientifique ».

2. La « révolution constitutionnelle » et la *Charte canadienne*

Afin d'éviter, dans la mesure du possible, les répétitions avec ce qui précède, nous limiterons ici notre propos aux considérations qui ne concernent directement que l'adoption de la *Charte*, et ce, sous l'angle de certains arguments militant en faveur (i.) ou contre (ii.) l'existence d'une « révolution constitutionnelle » au sens où l'entend Lipkin.

¹⁷⁸ S. Beaulac, préc., note 9, 7.

¹⁷⁹ T. S. Kuhn, préc., note 4, p. 231.

¹⁸⁰ *R. c. Demers*, préc., note 172.

i. Certains arguments militant en faveur de son existence

Le raisonnement nous permettant de conclure à l'existence d'une « révolution constitutionnelle », à la lumière de ce qu'expose Lipkin, repose sur la constatation que les « paradigmes constitutionnels »¹⁸¹ prévalant avant l'adoption de la *Charte* (à savoir l'interprétation des dispositions de la *Déclaration*) ont été « rejetés et remplacés par un nouveau paradigme »¹⁸², soit la *Charte*. Cependant, ce raisonnement ne résisterait pas à l'analyse si nous n'y ajoutons que l'adoption de la *Charte* constitue, sous l'angle du concept de la « révolution constitutionnelle » de Lipkin, une « révolution à grande échelle (*macro revolution*) », à savoir une révolution qui consiste en un changement de paradigme au sein même du droit constitutionnel¹⁸³. Sans cette notion de « révolution à grande échelle », il nous faudrait conclure à l'absence de « révolution constitutionnelle » du fait de l'adoption de la *Charte*.

ii. Certains arguments militant contre son existence

Pour Lipkin, une « révolution constitutionnelle » se produit par la formation d'un paradigme constitutionnel régissant un domaine du droit qui n'avait pas auparavant de paradigme¹⁸⁴. On n'est donc censé parler de « révolution constitutionnelle » que dans les cas où il y a création d'un nouveau paradigme (ce qui pourrait ne pas être le cas puisque plusieurs des éléments qu'elle couvre étaient déjà couverts par la *Déclaration*).

En définitive, l'adoption de la Charte a-t-elle entraîné une « révolution constitutionnelle »? Le raisonnement nous ayant mené à conclure à l'existence d'une « révolution scientifique » du fait de l'adoption nous apparaît pouvoir être adopté également pour ce qui est de déterminer s'il y eut une « révolution constitutionnelle » puisque la *Déclaration* a été rejetée et remplacée par la *Charte* qui constitue un « nouveau paradigme » comme le comprend Lipkin¹⁸⁵.

¹⁸¹ R. J. Lipkin (1989), préc., note 18, 734 [traduction de l'auteur]; R. J. Lipkin, *ibid.*, 793, note de bas de page 381 [traduction de l'auteur].

¹⁸² R. J. Lipkin, *ibid.*, 733 [traduction de l'auteur].

¹⁸³ R. J. Lipkin, *ibid.*, 780.

¹⁸⁴ R. J. Lipkin, *ibid.*, 747.

¹⁸⁵ R. J. Lipkin (1987-1988), préc., note 13, 733 [traduction de l'auteur].

Nous nous attarderons ci-après sur un exemple tiré du droit constitutionnel du travail que nous considérons comme l'un des plus susceptibles de correspondre aux critères précédemment établis pour conclure à l'existence d'une « petite » « révolution scientifique » et d'une « micro » « révolution constitutionnelle » dans le droit canadien, du fait de l'adoption de la *Charte*.

B. Le droit constitutionnel du travail : la liberté d'association constitutionnellement protégée

Pour reprendre la formule de Dominique Rousseau, il faut « avant de partir avec gourmandise sur les chemins frais des découvertes, faire, comme tout bon marin, le point »¹⁸⁶. Nous ferons ainsi tout d'abord le point en dressant un bref historique de l'évolution concernant l'interprétation de la liberté d'association constitutionnellement protégée prévue par l'alinéa 2*d*) de la *Charte* (1.) pour vérifier si la perspective générale fournie par *La Structure des révolutions scientifiques* peut être appliquée à de plus petits changements dans des domaines plus spécifiques¹⁸⁷, comme par exemple la liberté d'association constitutionnellement protégée, et ce, à la lumière de la « révolution scientifique » (2.) et de la « révolution constitutionnelle » (3.).

1. Un bref historique de l'évolution de son interprétation

Deux conceptions de la liberté d'association se sont affrontées à la Cour suprême du Canada depuis l'époque de la « trilogie » de 1987¹⁸⁸ : l'une optant pour la prépondérance des droits individuels et l'autre favorisant la prééminence des droits collectifs. Il ressort de la « trilogie » que l'alinéa 2*d*) de la *Charte* protégeait « essentiellement le droit des individus de s'associer

¹⁸⁶ Dominique Rousseau, *Question de constitution* dans *Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Paris, Economica, 2001, p. 5.

¹⁸⁷ A. Bird, préc., note 20, 21.

¹⁸⁸ Les arrêts suivants sont ceux composant la « trilogie » de 1987 : *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 (« *Renvoi relatif à l'Alberta* »); *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Procureur général du Manitoba*, [1987] 1 R.C.S. 424; *Syndicat des détaillants, grossistes et magasins à rayons c. Saskatchewan*, [1987] 1 460.

avec d'autres en vue de réaliser des objectifs communs »¹⁸⁹. La nature du paradigme relatif à la liberté d'association constitutionnellement protégée illustrée par son champ d'application reposait donc sur « une interprétation très étroite et restrictive »¹⁹⁰ et excluait alors la négociation collective de la protection constitutionnelle accordée sous l'alinéa 2d) de la *Charte*. En effet, la Cour suprême du Canada considérait, en se fondant sur les principes dégagés par la « trilogie », que le droit à la négociation collective était une création de la loi et non un droit constitutionnel¹⁹¹. Vint ensuite l'arrêt *Institut professionnel de la fonction publique du Canada c. Territoire du Nord-Ouest*¹⁹², rendu par la Cour suprême du Canada en 1990, lequel ne faisait que « reprendre les principes établis dans la trilogie »¹⁹³. Neuf ans plus tard, la Cour suprême du Canada adopta la même « analyse traditionnelle »¹⁹⁴ dans l'arrêt *Delisle*¹⁹⁵. Lucie Lemonde constatait d'ailleurs à cet égard, en 2001, que « [c]ontrairement aux libertés fondamentales de religion et d'expression, qui ont fait l'objet d'une interprétation large et libérale, la liberté d'association a reçu de la part de la Cour suprême du Canada une interprétation très étroite et restrictive »¹⁹⁶. Cela faisait écho au constat formulé dix ans plus tôt par Jacques Gosselin, lequel avait affirmé en 1991 que, depuis la « trilogie », la liberté d'association avait été abordée « avec plus de modération »¹⁹⁷ que les autres droits constitutionnels.

Cependant, en 2001, dans l'arrêt *Dunmore*¹⁹⁸, la Cour suprême du Canada a « ouvert la porte au réexamen » de son avis à l'effet que « la liberté d'association ne s'étendait pas aux négociations collectives »¹⁹⁹. Jusqu'alors, la Cour suprême du Canada avait peu fait, comme le souligne Roy

¹⁸⁹ Fraser, préc., note 175, par. 25; voir aussi Maude Choko, *La liberté d'association au Canada et la liberté syndicale à l'OIT : synonymes?*, mémoire de maîtrise, Université McGill, 2008, p. 103-104 (caractères italiques ajoutés).

¹⁹⁰ Lucie Lemonde, « L'impact de la conception individualiste de la liberté d'association », dans *L'association: du contrôle à la liberté* (Louis Jolin et Georges Lebel, dir.), Éditions Wilson & Lafleur Ltée, Montréal, 2001, p. 17.

¹⁹¹ *Renvoi relatif à l'Alberta*, préc., note 188, par. 144.

¹⁹² [1990] 2 R.C.S. 367.

¹⁹³ Fraser, préc., note 175, par. 22 (motifs de la juge en chef McLachlin et du juge LeBel).

¹⁹⁴ Michael Mac Neil, « Unions and the Charter: The Supreme Court of Canada and Democratic Values », (2003) 10 *Canadian Lab. & Emp. L.J.* 3, 7 [traduction de l'auteur].

¹⁹⁵ *Delisle c. Procureur général (Canada)*, [1999] 2 R.C.S. 989.

¹⁹⁶ Lucie Lemonde, préc., note 190.

¹⁹⁷ Jacques Gosselin, *La légitimité du contrôle judiciaire sous le régime de la Charte*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 26.

¹⁹⁸ *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016; John Craig et Henry Dinsdale avancent dans « A "New Trilogy" of the Same Old Story? », (2003) 10 *C.L.E.L.J.* 59, p. 60, que « if there is a "new trilogy", it is composed of the three freedom of association decisions: *Delisle*, [préc., note 5], [*R. c. Advance Cutting & Coring, [Ltd., 2001 CSC 70, [2001] 3 R.C.S. 209]* and *Dunmore* [*ibid.*] ».

¹⁹⁹ *Dunmore, ibid.*, par. 22.

Adams, pour adapter les modèles établis en ce qui concerne l'interprétation de la *Charte*²⁰⁰. Mais la portée de l'impact de l'arrêt *Dunmore* a longtemps demeurée une question mitigée. Par exemple, Christian Brunelle, Michel Coutu et Gilles Trudeau ont affirmé que l'arrêt *Dunmore* avait établi en jurisprudence « une *volonté* de reconnaître une dimension collective à la liberté d'association »²⁰¹ tandis que Judy Fudge considérait que cet arrêt avait plutôt « étendu » la protection garantie par la liberté d'association des droits individuels aux droits collectifs²⁰².

En 2007, toutefois, la Cour suprême du Canada rendit l'arrêt *Health Services*²⁰³ dans lequel la principale question qui lui était posée la ramenait à des questions qui lui avaient été déjà posées vingt-cinq ans plus tôt²⁰⁴. Or, *Health Services* eut pour résultat de changer la nature paradigmatique de la liberté d'association prévue par l'alinéa 2*d*) de la *Charte* en consacrant la protection constitutionnelle de la capacité des syndiqués de s'engager dans un processus de négociation collective²⁰⁵.

Bien que « [l]es opinions divergent à savoir si cette décision restreint ou clarifie les motifs de la Cour suprême dans l'affaire *Health Services* »²⁰⁶, force est de constater que la Cour suprême du Canada apporta dans l'arrêt *Fraser*, quelques années après que l'arrêt *Health Services* ait été rendu, « de nombreux et précieux éclaircissements sur le sens de l'arrêt *Health Services*, lequel de l'avis général avait déjà réaménagé sensiblement la conception de la liberté d'association que véhiculait jusque-là, la jurisprudence canadienne »²⁰⁷. Cependant, il ne faut pas se méprendre sur l'étendue de la portée actuelle de la liberté d'association définie dans l'arrêt *Health Services* et

²⁰⁰ Brian W. Burkett, John D.R. Craig et S. Jodi Gallagher, « Canada and the ILO: Freedom of Association since 1982 », 10 *Canadian Lab. & Emp. L.J.* 231, 267; voir aussi Roy J. Adams, « The Revolutionary Potential of *Dunmore* », (2003) 10 *C.L.E.L.J.* 117, 118.

²⁰¹ Christian Brunelle, Michel Coutu et Gilles Trudeau, « La constitutionnalisation du travail : un nouveau paradigme », (2007) 48 *C. de D.* 5, 23 (caractères italiques ajoutés).

²⁰² Judy Fudge, « The Supreme Court of Canada and the Right to Bargain Collectively: The Implications of the *Health Services and Support* case in Canada and Beyond », (2008) 37 *Ind. L. J.* 1 25, 29 (caractères italiques ajoutés); voir *Fraser*, préc., note 174, par. 32.

²⁰³ *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, [2007] 2 R.C.S. 391.

²⁰⁴ Brian Etherington, « The B.C. *Health Services and Support* Decision – The Constitutionnalization of A Right to Bargain Collectively in Canada: Where Did It Come From And Where Will It Lead? », (2009) 30 *Comp. Labor Law & Pol'y Journal* 715, 746.

²⁰⁵ *Health Services*, préc., note 203, par. 2 et 19.

²⁰⁶ Julie Bourgault, « L'arrêt *Fraser* : un recul pour les droits des syndiqués? », dans *Développements récents en droit du travail* (2012), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 213.

²⁰⁷ (*Québec*) *Procureur général c. Confédération des Syndicats Nationaux (CSN)*, 2011 QCCA 1447 (CanLII), par. 2 (caractères italiques ajoutés).

confirmée dans l'arrêt *Fraser* puisque celle-ci n'inclut pas, même redéfinie, la totalité des aspects de la négociation collective²⁰⁸.

2. La « révolution scientifique » et la liberté d'association

La question qui se dégage selon nous des arrêts *Health Services* et *Fraser* dans le contexte de l'application au droit constitutionnel du travail du concept de « révolution scientifique » de Kuhn, est de savoir si le réaménagement de la conception de la liberté d'association²⁰⁹ constitue un phénomène juridique correspondant à une « révolution scientifique ». Nous allons donc examiner tant les arguments militant en faveur (i.) que ceux militant contre son existence (ii.).

i. Les arguments militant en faveur de son existence

La présence d'une « crise ». En termes de droit constitutionnel du travail, le point culminant de la « crise » susceptible de mener à une « révolution », le point culminant de la « crise » résiderait dans un affrontement sévissant entre, d'une part, le paradigme qui avait été privilégié à l'époque de la « trilogie » à l'égard de l'interprétation de la liberté d'association constitutionnellement protégée, à savoir une interprétation restrictive, décrite par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Health Services* comme étant une approche insensible à son contexte²¹⁰, et, d'autre part, le paradigme privilégiant une interprétation téléologique, laquelle avait été donnée à d'autres garanties reconnues par la *Charte*, et « une conception plus large et plus contextuelle de la liberté d'association »²¹¹.

²⁰⁸ *Health Services*, préc., note 203, par. 19 et 91. En résumé, seul le processus (et non le résultat) de la négociation collective est constitutionnellement protégé.

²⁰⁹ (*Québec*) *Procureur général c. Confédération des Syndicats Nationaux (CSN)*, préc., note 7, par. 2.

²¹⁰ *Health Services*, préc., note 203, par. 30; voir aussi *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, p. 34 (motifs de la juge Wilson) : « Dans sa dissidence [dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*], le juge en chef Dickson a clairement appliqué à la question alors en litige une méthode fondée à la fois sur l'objet et sur le contexte » (caractères italiques ajoutés); la juge Wilson constate également dans *Edmonton Journal, ibid.*, que « [l]e juge en chef a conclu que le processus de négociation collective bénéficiait de la protection constitutionnelle de l'al. 2d » (p. 34); voir aussi Brian Etherington, préc., note 204, 716; voir également voir aussi Yvan Perrier, « Lutte syndicale et contestation juridique à l'ère de la Charte canadienne des droits et libertés : du conflit ouvert à la plaidoirie feutrée... », *Lex Electronica*, vol. 14 n° 2, Automne 2009, p. 8.

²¹¹ *Health Services, ibid.*, par. 88

Une modification de l'ensemble des croyances des valeurs reconnues. L'extension de la portée de la protection constitutionnelle offerte par la liberté d'association prévue par l'alinéa 2d) de la *Charte* pour y inclure certains aspects de la négociation collective a confirmé la « volonté de reconnaître »²¹² ou a réitéré le fait d'avoir « étendu »²¹³ la protection de la liberté d'association aux droits collectifs ainsi que cela avait été exprimée dans l'arrêt *Dunmore*. Or, il en ressort qu'un changement des valeurs s'est bel et bien produit ici par l'inclusion expresse d'une dimension collective à la liberté d'association prévue par la *Charte*.

L'existence d'un changement de paradigme par la modification des techniques communes. Il convient cependant aussi d'examiner si les arrêts *Health Services* et *Fraser* ont fait sortir l'ensemble des juges (ou du moins certains d'entre eux) des frontières de leur « travail quotidien »²¹⁴, lequel consiste à appliquer un paradigme²¹⁵ juridique dans le cadre de la « science normale » du droit, étant entendu que leur office n'est pas « de créer une règle mais d'appliquer la loi »²¹⁶. Une chose est sûre, en tout cas, c'est que dans ses motifs dissidents²¹⁷ rendus dans l'arrêt *Fraser*, le juge Rothstein affirme que les juges majoritaires ont opéré un revirement de jurisprudence²¹⁸ dans l'arrêt *Health Services*²¹⁹ faisant déborder ce dernier de la simple application du droit en vigueur. Un auteur affirme que « la possibilité pour la Cour suprême de revenir sur un de ses précédents [fait en sorte qu'elle opère] ainsi de réels revirements de

²¹² C. Brunelle, M. Coutu et G. Trudeau, préc., note 201.

²¹³ J. Fudge, préc., note 202.

²¹⁴ D. A. Farber, préc., note 19, 1336, note de bas de page 24.

²¹⁵ T. S. Kuhn, préc., note 4, p. 46.

²¹⁶ Nicolas Molfessis (dir.), *Les revirements de jurisprudence : rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, Paris, Juris Classeur, 2005, ch. 2.1.2.

²¹⁷ Outre les motifs de la majorité qui constitue l'état du droit positif, en quoi l'analyse des motifs concordants ou dissidents d'un arrêt de la Cour est-elle pertinente? Je répondrai brièvement en ne m'appuyant que sur les propos de l'honorable Claire L'Heureux-Dubé, alors juge à la Cour suprême du Canada, qui écrivait à propos des motifs dissidents, par exemple, dans « Dissenting Opinion: The Voice of the Future », (2002) 38 *Osgoode Hall L.J.* 495, 498 que : « dissenting opinions make an important contribution to the development of the law, as they are rich sources of all that is potential and possible in law ». À notre avis, la seule présence de cette *potentialité* et de cette *possibilité* sont suffisantes pour justifier l'examen dans le présent texte des motifs concordants ou dissidents.

²¹⁸ À la question « [q]ue faut-il donc entendre par un revirement de jurisprudence? », André Vanwelkenhuyzen indique que « [l]e revirement de jurisprudence se produit lorsque les juges saisis à nouveau [d'un] même problème, adoptent, dans leur majorité ou au moins pour une bonne partie d'entre eux, une solution nouvelle [...] Les cours suprêmes [...] jouent [...] aussi bien dans l'établissement que dans les revirements de jurisprudence un rôle prépondérant » : André Vanwelkenhuyzen, « La motivation des revirements de jurisprudence » dans *La motivation des décisions de justice*, Ch. Perelman et P. Foriers (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 255; Dominique Rousseau, préc., note 186, dénote que le sens produit « ouvre [...] un nouveau débat, une nouvelle réflexion qui peut produire, quelques temps plus tard, une nouvelle interprétation de l'égalité, la liberté ou la solidarité; ce qu'on appelle pudiquement un infléchissement, une avancée, ou, plus clairement, un revirement jurisprudentiel » (p. 21).

²¹⁹ *Fraser*, préc., note 175, par. 166.

jurisprudence »²²⁰. Toujours selon ce dernier auteur, il n'est d'ailleurs pas nécessaire que ces revirements de jurisprudence interviennent « brusquement »²²¹. Il est du reste vrai que dans ce dernier arrêt, les juges majoritaires avaient remis en cause la validité de la méthode d'interprétation constitutionnelle adoptée dans la jurisprudence antérieure en soutenant que « [...] les juges majoritaires dans le *Renvoi relatif à l'Alberta* et dans *Institut professionnel de la fonction publique du Canada c. Territoire du Nord-Ouest (Commissaire)* ont défini l'étendue de la liberté d'association en adoptant une approche insensible à son contexte, contrairement à l'interprétation téléologique donnée à d'autres garanties reconnues par la *Charte* »²²². Or, « [...] toutes les libertés et droits protégés par la Charte [doivent] recevoir une interprétation téléologique »²²³. Ainsi plutôt que de constituer un élément de l'évolution normale de l'interprétation jurisprudentielle, le revirement de jurisprudence induit par les arrêts *Health Services* et *Fraser* semble bien avoir sonné le glas d'un « précédent »²²⁴ qui, à titre de paradigme, faisait jusqu'alors autorité. Ce « précédent » fut alors remplacé par une décision qui donnait « une définition nouvelle » de la manière d'interpréter telle ou telle disposition²²⁵. Il y eut donc un changement de paradigme qui s'illustra notamment par un déplacement significatif des critères de légitimité scientifique²²⁶, et dont découla, dans la discipline spécifique à laquelle se rattachait ce paradigme, rien de moins qu'une redéfinition de la liberté d'association dont découlerait une redéfinition²²⁷.

²²⁰ Raymond Lavergne, *La norme jurisprudentielle et son revirement en droit public*, (2008) 1 *R.R.J.* 283, 286 (caractères italiques ajoutés).

²²¹ R. Lavergne, *ibid.*, 288.

²²² *Health Services*, préc., note 203, par. 30; voir aussi *Edmonton Journal*, préc., note 210, p. 34 (motifs de la juge Wilson) : « Dans sa dissidence [dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*], le juge en chef Dickson a clairement appliqué à la question alors en litige une méthode fondée à la fois sur l'objet et sur le contexte » (caractères italiques ajoutés); la juge Wilson constate également dans *Edmonton Journal*, *ibid.*, que « [l]e juge en chef a conclu que le processus de négociation collective bénéficiait de la protection constitutionnelle de l'al. 2*d* » (p. 34); voir aussi Brian Etherington, préc., note 204, p. 716; voir également voir aussi Yvan Perrier, « Lutte syndicale et contestation juridique à l'ère de la Charte canadienne des droits et libertés : du conflit ouvert à la plaidoirie feutrée... », *Lex Electronica*, vol. 14 n° 2, Automne 2009, p. 8

²²³ Auteur indéterminé, « La liberté d'expression, de la presse et des autres médias de communication », p. 13, en ligne : <<http://www.chairelrwilson.ca/cours/drt3805g/Libexpression3805.pdf>> (caractères italiques ajoutés). L'auteur tire cette conclusion en faisant référence aux arrêts *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, préc., note 161, et *Hunter*, préc., note 136, ainsi qu'à Henri Brun et Guy Tremblay, préc., note 152, p. 1015.

²²⁴ G. Cornu, préc., note 7, p. 779, cf. « précédent » : le précédent est « [...] une décision juridictionnelle (précédent jurisprudentiel) qui peut avoir, selon les systèmes juridiques, valeur d'exemple, autorité de fait ou caractère obligatoire »; Albert Mayrand, « L'autorité du précédent au Québec », (1994) 28 *R.J.T.* 771, 774 indique que « le précédent est une décision judiciaire statuant sur un point de droit et qui fera autorité lorsque la Cour qui l'a rendue ou une autre cour d'un degré inférieur sera appelée à se prononcer sur le même point de droit »; voir également P.-A. Côté, préc., note 10, p. 629.

²²⁵ T. S. Kuhn, préc., note 4, p. 148.

²²⁶ T. S. Kuhn, *ibid.*, p. 155.

²²⁷ T. S. Kuhn, *ibid.*, p. 148.

ii. Les arguments militant contre son existence

L'absence d'une « crise ». Pour soutenir l'absence de « crise », il pourrait être opportun de soulever, par exemple, que la majorité des juges de la Cour suprême du Canada a conclu dans l'arrêt *Fraser* à propos de l'arrêt *Health Services* que ce dernier s'inscrivait « dans la lignée des arrêts antérieurs portant sur les droits individuels et collectifs »²²⁸. Ainsi, la soi-disant nouvelle façon d'interpréter l'alinéa 2d) de la *Charte* ne serait, par conséquent, que le fruit de « la conception que se fait la société canadienne de la liberté d'association »²²⁹, laquelle avait changé depuis l'époque où la « trilogie » avait été rendue. Il n'y aurait donc pas eu « crise » mais simple adaptation.

L'ajustement et la précision du paradigme scientifique plutôt qu'une révolution des droits. Dans l'arrêt *Fraser*, la majorité de la Cour suprême du Canada a considéré qu'il serait « inopportun sur le plan procédural de renverser l'arrêt *Health Services* »²³⁰, ce qui confirme, ce faisant, ce dernier arrêt. Le précédent ne constituerait-il pas, comme l'exprimait Kuhn qui le comparait précisément à une décision judiciaire²³¹, un paradigme scientifique qui est, par nature, « destiné à être *ajusté et précisé* dans des conditions nouvelles ou plus strictes »²³²? Et n'est-ce pas précisément ce que la majorité des juges de la Cour suprême du Canada a conclu dans l'arrêt *Fraser* à l'égard de l'arrêt *Health Services*, en déclarant que ce dernier s'inscrivait, ainsi qu'on vient de le voir, « dans la lignée des arrêts antérieurs portant sur les droits individuels et collectifs »²³³ et, en ajoutant, que la décision rendue dans cet arrêt « *découl[ait]* directement des principes énoncés dans *Dunmore* »²³⁴? La notion de liberté d'association constitutionnellement protégée n'aurait alors été, en conséquence, qu'*ajustée et précisée* sans avoir subi de révolution au sens kuhnien du terme.

²²⁸ *Fraser*, préc., note 175, par. 65 (caractères italiques ajoutés).

²²⁹ *Fraser, ibid.*, par. 90.

²³⁰ *Fraser, ibid.*, par. 59; voir aussi *Fraser, ibid.*, par. 52, où la majorité de la Cour souligne que « [l]e juge Rothstein soutient que l'arrêt *Health Services* rompt radicalement avec la jurisprudence antérieure et que la décision est erronée »; voir également *Fraser, ibid.*, par. 143, dans lequel le juge Rothstein affirme, dans son opinion dissidente, que « l'arrêt *Health Services* s'écarte [...] d'un précédent antérieur ».

²³¹ T. S. Kuhn, préc., note 4, p. 45.

²³² T. S. Kuhn, *ibid.* (caractères italiques ajoutés).

²³³ *Fraser*, préc., note 175, par. 65 (caractères italiques ajoutés).

²³⁴ *Fraser, ibid.*, par. 38 et 43 (caractères italiques ajoutés).

L'absence d'un changement de paradigme. Qui plus est, la majorité de la Cour suprême du Canada a exprimé dans l'arrêt *Fraser* qu'elle n'était pas d'accord avec la position voulant que « l'arrêt *Health Services* se démarque nettement de la jurisprudence antérieure »²³⁵.

Comme le souligne Nicolas Molfessis,

Seul le renversement d'une jurisprudence établie donne à la solution un caractère non douteux de nouveauté. Mais il est plus difficile de décider si la Cour énonce une règle nouvelle quand elle étend le raisonnement déjà suivi dans des décisions antérieures. À peine est-il besoin d'ajouter que, *sauf dans le cas exceptionnel où la Cour renverse explicitement sa jurisprudence*, le degré de nouveauté du précédent est difficile à évaluer.²³⁶

De plus, nul autre que Oliver Wendell Holmes, Jr., avait déjà exprimé que « [l]es révolutions ne sont jamais la suite de précédents ni ne les engendrent »²³⁷. Par conséquent, il ne pourrait y avoir eu, en vertu de cette position, un changement de paradigme quant à l'interprétation de la conception de la liberté d'association.

En définitive, le réaménagement de la conception de la liberté d'association a-t-il entraîné une « révolution scientifique »? La confirmation de l'existence d'une « révolution scientifique » reposerait principalement sur la modification du paradigme prévu pour interpréter la liberté d'association constitutionnellement protégée. En effet, les juges majoritaires dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*²³⁸ et dans *Institut professionnel de la fonction publique du Canada c. Territoire du Nord-Ouest (Commissaire)*²³⁹ n'avaient-ils pas justement adopté une approche insensible à son contexte, approche qui fut ensuite modifiée par la Cour suprême du Canada, entraînant ainsi une « révolution scientifique »?

3. La « révolution constitutionnelle » et la liberté d'association

Après avoir tenté de vérifier si l'adoption de la *Charte* avait coïncidé avec une « révolution scientifique », il convient maintenant de se pencher sur la question de savoir si elle a constitué

²³⁵ *Fraser, ibid.*, par. 61.

²³⁶ N. Molfessis, préc., note 216, ch. 3.2 (caractères italiques ajoutés).

²³⁷ Oliver Wendell Holmes, Jr., 1861, Lettre à Fulton, citée par Louis Menand dans *The Metaphysical Club*, New York, Farrer, Straus et Giroux, 2001, p. 33 [traduction de l'auteur].

²³⁸ *Renvoi relatif à l'Alberta*, préc., note 188.

²³⁹ *Institut professionnel de la fonction publique du Canada c. Territoire du Nord-Ouest (Commissaire)*, préc., note 192.

une « révolution constitutionnelle ». Afin d'éviter, dans la mesure du possible, les répétitions avec ce qui précède, nous limiterons ici notre propos aux considérations directement reliées à la liberté d'association, et ce, sous l'angle de certains arguments militant en faveur (i.) ou contre (ii.) l'existence d'une « révolution constitutionnelle » comme le comprend Lipkin.

i. Certains arguments militant en faveur de son existence

On peut dire que l'arrêt *Health Services* a entraîné une « révolution constitutionnelle » au sens où lorsqu'une disposition constitutionnelle acquiert une nouvelle signification²⁴⁰, en l'occurrence par le renversement de l'interprétation d'une disposition de la *Charte*, et surtout lorsque son interprétation est remplacée par une autre, cela revient ni plus ni moins à lui donner une nouvelle signification. Ainsi, l'arrêt *Health Services* aurait engendré une « révolution constitutionnelle » dans l'interprétation de l'article 2d) de la *Charte* en élargissant le sens antérieurement dégagé de cet article pour y inclure certains aspects de la négociation collective. Bien sûr, il s'agit ici d'une « révolution constitutionnelle » à petite échelle (*micro constitutional revolution*) puisqu'elle s'est produite à l'intérieur d'un paradigme²⁴¹. On ne doit cependant pas sous-estimer le fait que ce paradigme correspond à rien de moins que l'adoption de la *Charte* et à son application subséquente pour interpréter les droits et libertés constitutionnellement protégés.

ii. Certains arguments militant contre son existence

Cependant, l'apposition de l'expression « révolution constitutionnelle », au sens où l'entend Lipkin, à certains changements paradigmatiques peut apparaître quelque peu excessive, et d'autant plus que, comme le souligne certains auteurs, le concept de « révolution constitutionnelle » est fort large²⁴². En tout état de cause, ce concept est si étendu qu'il permet d'y inclure les revirements de jurisprudence, alors que ceux-ci pourraient tout aussi bien être

²⁴⁰ R. J. Lipkin (1987-1988), préc., note 13, 733.

²⁴¹ R. J. Lipkin, préc., note 18, 780.

²⁴² G. J. Jacobsohn, préc., note 119, 139.

considérés comme la simple « manifestation de la vie du droit » et comme « le signe de son adaptation aux faits »²⁴³ sans qu'on ait besoin de conclure qu'il s'agit d'une révolution. Riccardo Guastini affirme d'ailleurs qu'« un système juridique n'est pas un ensemble de normes déterminé une fois pour toute, mais plutôt un ensemble de normes *changeant* »²⁴⁴. Dans le même ordre d'idée, le juge Le Dain affirmait à cet égard dans l'arrêt *R. c. Therens* que « [d]e par sa nature même une charte constitutionnelle des droits et libertés doit être rédigée en termes généraux susceptibles d'évolution et d'adaptation par les tribunaux »²⁴⁵. Il a également été soutenu qu'une charte constitutionnelle des droits et libertés devait « être susceptible d'évoluer avec le temps de manière à répondre à de nouvelles réalités sociales, politiques et historiques que souvent ses auteurs n'ont pas envisagées. »²⁴⁶. On pense ici spontanément à la fameuse métaphore de l'« arbre vivant » que la Cour suprême du Canada a employé « à de nombreuses reprises »²⁴⁷ et dont on peut dire qu'elle confère aux tribunaux « un large pouvoir interprétatif »²⁴⁸. En vertu de cette allégorie, en effet, la Constitution, tel un « arbre vivant », est « susceptible de croître et de se développer à l'intérieur de ses limites naturelles »²⁴⁹. La Cour suprême du Canada a d'ailleurs récemment souligné que « [c]ette métaphore perdure et constitue l'approche préférée en matière d'interprétation constitutionnelle »²⁵⁰. Il convient d'ajouter que dans le contexte de l'interprétation des droits et libertés prévus par la *Charte*, « [l]a théorie de "l'arbre vivant", bien comprise et acceptée comme principe d'interprétation constitutionnelle, convient particulièrement bien à la législation sur les droits de la personne »²⁵¹.

Est-ce à dire (avec Lipkin) que dès qu'une disposition constitutionnelle acquiert une nouvelle signification, il pourrait y avoir une « révolution constitutionnelle »²⁵²? Il faudrait, pour cela, que l'interprétation de la *Charte* comporte des normes constitutionnelles dont le sens serait *figé* puisque

²⁴³ N. Molfessis, préc., note 216, ch. 2.2.

²⁴⁴ Riccardo Guastini, *Leçons de théorie constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2010, p. 59.

²⁴⁵ *Therens*, préc., note 135, p. 618.

²⁴⁶ *Hunter*, préc., note 136, par. 155.

²⁴⁷ *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, [2005] 2 R.C.S. 669, par. 9 (j. Deschamps).

²⁴⁸ Stéphane Bernatchez, « L'évolution continue de la Constitution canadienne par les tribunaux : arbre vivant ou dialogue? », p. 449 dans Graeme Mitchell, Ian Peach, David E. Smith et John Donaldson Whyte, *A Living Tree – The Legacy of 1982 in Canada's Political Evolution*, LexisNexis Canada Inc., Markham, 2007.

²⁴⁹ [1930] A.C. 124 (C.P.), p. 136 (Lord Sankey); voir aussi Raynold Langlois, « L'application des règles d'interprétation constitutionnelle », (1987) 28 *C. de D.* 207, 210.

²⁵⁰ *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, [2011] 3 R.C.S. 837, par. 56.

²⁵¹ *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, p. 621 (j. L'Heureux-Dubé, dissidente mais sur une autre question).

²⁵² R. J. Lipkin (1987-1988), préc., note 13, 733.

c'est le changement de sens qui fait la « révolution constitutionnelle ». Or, « la sécurité juridique ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence *figée* »²⁵³, et c'est avec justesse que François Chevrette note qu'on ne doit pas se surprendre qu'un texte constitutionnel reçoive « une interprétation plus *souple* et large que ce n'est le cas pour l'ensemble des autres textes de lois »²⁵⁴. Enfin, comme le souligne Nicolas Molfessis, « [u]n droit sans revirement de jurisprudence [...] serait au fond un droit entièrement sclérosé. [...] Une jurisprudence qui ne se modifie pas est souvent aussi une jurisprudence qui se dessèche »²⁵⁵.

En définitive, le réaménagement de la conception de la liberté d'association a-t-il entraîné une « révolution constitutionnelle »? Le concept de « révolution constitutionnelle » est si étendu qu'il permet de conclure à l'existence de celle-ci que ce soit ou bien en considérant qu'il y a eu un renversement de l'interprétation jusqu'alors en vigueur de la liberté d'association constitutionnellement protégée ou par le biais du remplacement de son interprétation. En effet, peu importe que l'on choisisse l'un ou l'autre de ces résultats, il convient de conclure que la conception de la liberté d'association a acquis une nouvelle signification²⁵⁶. Ce faisant, il y aurait eu une « révolution constitutionnelle ».

²⁵³ N. Molfessis, préc., note 216, ch. 2.1.2 (caractères italiques ajoutés).

²⁵⁴ François Chevrette, *Étude juridique du partage des compétences dans le fédéralisme canadien*, Montréal, Librairie des Presses de l'Université de Montréal, 1971, p. 41 (caractères italiques ajoutés).

²⁵⁵ N. Molfessis, préc., note 216, ch. 2.2.

²⁵⁶ R. J. Lipkin (1987-1988), préc., note 13, 733.

Conclusion

L'étude des modèles de la « révolution scientifique » de Kuhn et de la « révolution constitutionnelle » de Lipkin appelle, en fin d'analyse, la formulation de quelques remarques. Il est vrai que *La Structure des révolutions scientifiques* soulève plus de questions qu'elle n'apporte de réponses comme, par exemple, que sont exactement les caractéristiques-clés d'une révolution?²⁵⁷ De plus, il ne faut pas se méprendre sur les parallèles conceptuels existant entre les modèles de la « révolution scientifique » et de la « révolution constitutionnelle ». Ces modèles se distinguent, en effet, de plusieurs manières, notamment en raison du caractère étendu du concept de « révolution constitutionnelle »²⁵⁸. Ainsi, le chercheur avisé se gardera de les confondre péremptoirement, mais les utilisera néanmoins certainement avec profit. Toutefois, ces deux modèles offrent véritablement, et ce, en dépit de certains arguments pouvant être soulevés à leur encontre, d'intéressantes perspectives exploratoires pour l'étude non seulement de l'évolution du droit dans son ensemble mais aussi, plus particulièrement, pour une étude originale de l'évolution du droit constitutionnel au Canada, d'autant plus que « l'applicabilité de l'analyse paradigmatique au droit est peut-être spécialement vraie du droit constitutionnel et des droits individuels »²⁵⁹.

²⁵⁷ A. Bird, préc., note 20, 20.

²⁵⁸ G. J. Jacobsohn, préc., note 119, 139.

²⁵⁹ N. Aroney, préc., note 7, 647 [traduction de l'auteur].

Remerciements

L'auteur souhaite remercier Mélanie Samson, professeure à la Faculté de droit de l'Université Laval, pour la rigueur de ses commentaires et l'excellence de sa relecture stimulante dans la préparation initiale de cet article ainsi que François Larue-Langlois pour avoir encouragé tant sa curiosité intellectuelle que sa soif d'apprendre dès son plus jeune âge. De plus, l'auteur ne peut passer sous silence le support indéfectible et le bonheur quotidien que lui procure sa conjointe, Natalie Helps. Enfin, l'auteur tient à remercier l'évaluateur anonyme de la revue pour ses judicieux commentaires et conseils.