

L'expertise et l'information dans la gouvernance de la crise sanitaire au Québec

Marie-Eve Couture-Ménard, Stéphane Bernatchez, Jean-Frédéric Ménard, Louise Bernier, Robert P. Kouri, Thomas Blackburn-Boily and Christophe Tellier

Volume 53, Number 1, 2023

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1102330ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1102330ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Couture-Ménard, M.-E., Bernatchez, S., Ménard, J.-F., Bernier, L., Kouri, R. P., Blackburn-Boily, T. & Tellier, C. (2023). L'expertise et l'information dans la gouvernance de la crise sanitaire au Québec. *Revue générale de droit*, 53(1), 133–175. <https://doi.org/10.7202/1102330ar>

Article abstract

During the COVID-19 pandemic, the role of experts, surveys and statistics was put at the forefront of the management of the health crisis in Quebec. This situation gives rise to fears of governance by experts (epistocracy) and by numbers (numerocracy). The analysis of the legislation and cases related to public health measures shows that it is complex to conclude to the existence of epistocracy and numeracy. This article proposes a legal framework for analyzing these normative phenomena, namely that of the law of governance. The law of governance offers another explanation for expertise and information, as these are understood as legitimizing data for decisions made during the health crisis. From this perspective, it is less about governance by experts and numbers, but more about governance with experts and numbers.

L'expertise et l'information dans la gouvernance de la crise sanitaire au Québec

MARIE-EVE COUTURE-MÉNARD, STÉPHANE BERNATCHEZ,
JEAN-FRÉDÉRIC MÉNARD, LOUISE BERNIER, ROBERT P. KOURI,
THOMAS BLACKBURN-BOILY ET CHRISTOPHE TELLIER*

RÉSUMÉ

Durant la pandémie de COVID-19, le rôle des experts, des sondages et des statistiques a été mis à l'avant-plan de la gestion de la crise sanitaire au Québec. Cette situation fait naître les craintes d'une gouvernance par les experts (épistocratie) et par les nombres (numérocratie). L'analyse de la législation et de cas reliés à des mesures sanitaires montre qu'il est complexe de conclure à l'existence de l'épistocratie et de la numérocratie. Le présent article propose un cadre juridique pour analyser ces phénomènes normatifs, soit celui du droit de la gouvernance. Le droit de la gouvernance offre une autre explication de l'expertise et de l'information, alors que celles-ci sont comprises comme des données légitimantes des décisions prises pendant la crise sanitaire. Dans cette perspective, il s'agit moins d'une gouvernance par les experts et les nombres que d'une gouvernance avec les experts et les nombres.

MOTS-CLÉS :

Gouvernance, crise sanitaire, experts, sondages, statistiques.

* Marie-Eve Couture-Ménard, professeure agrégée, Faculté de droit, Université de Sherbrooke et chercheuse au Centre de recherche sur la régulation et le droit de la gouvernance (CrRDG); Stéphane Bernatchez, professeur titulaire, Faculté de droit, Université de Sherbrooke et chercheur au Centre de recherche sur la régulation et le droit de la gouvernance (CrRDG); Jean-Frédéric Ménard, professeur adjoint, Faculté de droit, Université de Sherbrooke et chercheur au Centre de recherche sur la régulation et le droit de la gouvernance (CrRDG); Louise Bernier, professeure titulaire, Faculté de droit, Université de Sherbrooke et chercheuse au Centre de recherche sur la régulation et le droit de la gouvernance (CrRDG); Robert P. Kouri, professeur titulaire, Faculté de droit, Université de Sherbrooke et chercheur au Centre de recherche sur la régulation et le droit de la gouvernance (CrRDG); Thomas Blackburn-Boily, étudiant du baccalauréat-maîtrise en droit et sciences de la vie, Faculté de droit, Université de Sherbrooke et étudiant chercheur au Centre de recherche sur la régulation et le droit de la gouvernance (CrRDG); Christophe Tellier, étudiant à la maîtrise en droit, Faculté de droit, Université de Sherbrooke et étudiant chercheur au Centre de recherche sur la régulation et le droit de la gouvernance (CrRDG).

La recherche pour le présent article a été subventionnée par la Fondation du Barreau du Québec.

ABSTRACT

During the COVID-19 pandemic, the role of experts, surveys and statistics was put at the forefront of the management of the health crisis in Quebec. This situation gives rise to fears of governance by experts (epistocracy) and by numbers (numerocracy). The analysis of the legislation and cases related to public health measures shows that it is complex to conclude to the existence of epistocracy and numeracy. This article proposes a legal framework for analyzing these normative phenomena, namely that of the law of governance. The law of governance offers another explanation for expertise and information, as these are understood as legitimizing data for decisions made during the health crisis. From this perspective, it is less about governance by experts and numbers, but more about governance with experts and numbers.

KEYWORDS :

Governance, crisis health, experts, surveys, statistics.

SOMMAIRE

Introduction	135
I. Les experts et les nombres : causes de craintes démocratiques	139
A. L'épistocratie : la gouvernance par les experts	140
B. La numérocration : la gouvernance par les nombres	144
II. De l'ambiguïté de la loi à la complexité de la pratique	148
A. L'ambiguïté des rôles : les experts et les nombres selon la loi ...	148
B. L'omniprésence de l'expertise et des nombres dans la pratique	153
1. La fermeture des restaurants en zone	
rouge en septembre 2020	154
2. La résiliation du contrat moral relatif aux rassemblements	
pendant la période des fêtes en décembre 2020	156
3. L'imposition d'un couvre-feu au mois de janvier 2021	158
4. Le port du masque à l'extérieur en avril 2021	162
5. Le retrait du masque à l'école en période	
de canicule en juin 2021	164
6. La réouverture des restaurants en zone	
orange en février 2021	165
III. L'expertise et l'information dans la perspective	
du droit de la gouvernance	167
A. L'expertise comme donnée légitimante :	
la gouvernance avec les experts	168
B. L'information comme donnée légitimante :	
la gouvernance avec les nombres	170
Conclusion	173

INTRODUCTION

Au Québec, la gestion de la crise sanitaire associée à la pandémie de COVID-19 a soulevé de nombreuses questions concernant le sort réservé à la démocratie. Les études sur la démocratie à l'épreuve de la pandémie ont été nombreuses¹ ; elles ont porté sur la constitution du pouvoir d'urgence sanitaire, l'absence de débat démocratique au sein des assemblées élues, le rôle de la police sanitaire, les atteintes aux droits et libertés des individus, la concentration du pouvoir entre les mains de l'exécutif et la gouvernance par décrets, ainsi que sur la tentation sécuritaire des gouvernants et le déploiement des outils de surveillance. En raison de leur sempiternelle préoccupation pour la normativité, les juristes se sont, bien sûr, intéressés à la question de l'effectivité des normes sanitaires² et, plus généralement, aux transformations du droit dans le cadre de la crise sanitaire³. Les questions relatives aux inégalités sociales en contexte de syndémie, de même que celles ayant trait aux droits de certaines populations vulnérables telles que les aînés, les enfants, les victimes de violence conjugale et les personnes itinérantes ont également retenu l'attention des juristes face à des mesures draconiennes comme celle du couvre-feu⁴.

Parmi l'éventail des questions possibles, deux problématiques retiennent ici notre attention, soit le rôle des experts et la place

1. Voir, notamment, Didier Fassin et al, « La démocratie à l'épreuve de l'épidémie » (2020) 10 *Esprit* 81 ; Marie-Claude Prémont, Marie-Eve Couture-Ménard et Geneviève Brisson, « L'état d'urgence sanitaire au Québec : un régime de guerre ou de santé publique ? » (2021) 55 *RJTUM* 233 ; Marie-Claude Prémont et Marie-Eve Couture-Ménard, « Le concept juridique de l'urgence sanitaire : une protection contre les virus biologiques et... politiques » (2020) 7:2 *Bulletin A+* 1 ; Marie-Eve Couture-Ménard et al, « Answering in Emergency — The Law and Accountability in Canada's Pandemic Response » (2021) 72:1 *UNBLJ* 1 ; Caroline Lequesne Roth, « Les libertés publiques à l'épreuve de la quantification sécuritaire du monde : le cas des politiques de gestion de crise de la COVID-19 » (2020) 5 *Third* à la p 48, en ligne (pdf) : <<https://hal.univ-cotedazur.fr/hal-03133136/document>>.

2. Cyril Sintez, « Les postures normatives face à la gestion normative de la crise sanitaire de la COVID-19 » (2020) 85:2 *RIEJ* 65 ; Marie-Eve Couture-Ménard et al, « La gouvernance, nouvel environnement de l'exercice des pouvoirs publics en temps de crise sanitaire : l'exemple de la régulation des masques » (2022) 24:1 *Éthique publique* 10.

3. Voir le numéro spécial de la revue *Les Cahiers de droit*, « La pandémie de COVID-19 et les transformations du droit » (2022) 63:1 *C de D* 311.

4. Marie-Eve Couture-Ménard et al, « Mitigating Social Inequities in Quebec: Governance Law to the Rescue? » dans Sabrina Germain et Adrienne Young, dir, *Beyond the Virus: Multidisciplinary and International Perspectives on Inequalities Raised by COVID-19*, Bristol UPress, c 3, p 56 ; Terry Skolnik, « The Punitive Impact of Physical Distancing Laws on Homeless People » dans Colleen M Flood et al, dir, *Vulnerable: The Law, Policy and Ethics of COVID-19*, U Ottawa Press, 2020 CanLII Docs 1866 à la p 287.

occupée par les nombres dans la gouvernance publique de la pandémie. En effet, dans l'exercice délicat de leurs pouvoirs pour endiguer la propagation d'un virus émergent, les autorités gouvernementales ont cherché à intégrer de façon constante la science dans leurs décisions⁵, mettant ainsi en évidence plus que jamais les rapports entre science et pouvoir. De plus, les décisions ont souvent été présentées comme découlant de la logique des nombres, les autorités publiques ayant invoqué des statistiques et des sondages.

Sur la base de ces deux constats, relatifs aux experts et aux nombres, d'aucuns pourraient rapidement conclure à l'émergence d'une épistocratie ou d'une numérocrairie. D'une part, si le rôle joué par les experts dans la gestion de la crise a été discuté, c'est principalement en raison du risque d'épistocratie que cela fait peser sur le régime politico-juridique. En effet, la possibilité que le savant dicte les normes en lieu et place du politique a fait craindre le déclin de la démocratie et la montée, en corollaire, de l'épistocratie⁶, laquelle signifie que le pouvoir (*cratos*) est exercé par les détenteurs du savoir scientifique (*épistémè*). Les experts ayant rapidement été propulsés au-devant de la scène, les autorités de santé publique ont acquis, durant la crise sanitaire, une notoriété inégalée, ce qui a attiré les projecteurs sur leur rôle⁷. S'interrogeant sur le statut et l'indépendance du directeur national de santé publique (DNSP), qui occupe le poste de sous-ministre adjoint au ministère de la Santé et des Services sociaux (MSSS), ainsi que sur le rôle de l'Institut national de santé publique du Québec (INSPQ), certains ont pu s'inquiéter d'une gouvernance *par* les experts, plutôt qu'une gouvernance *avec* les experts menant à des décisions politiques éclairées par la science.

5. Patrick Fafard, Adèle Cassola et Evelyne de Leeuw, dir, *Integrating Science and Politics for Public Health*, London, Palgrave MacMillan, 2022.

6. Alexandre Viala, « L'état d'urgence sanitaire ou la tentation de l'épistocratie » (2021) *Hors-série RDP* 55 [Viala, « L'état d'urgence sanitaire »]; Alexandre Viala, « La science doit servir le pouvoir sans que celui-ci ne succombe à la tentation de s'en servir », *Le Monde* (30 mars 2020), en ligne : <www.lemonde.fr/idees/article/2020/03/30/coronavirus-la-science-doit-servir-le-pouvoir-sans-que-celui-ci-ne-succombe-a-la-tentation-de-s-en-servir_6034857_3232.html> [Viala, « La science doit servir le pouvoir »].

7. Sur le rôle des directeurs de santé publique, voir, notamment, Réjean Hébert, « Le rôle essentiel de la santé publique », *La Presse* (12 janvier 2022), en ligne : <www.lapresse.ca/debats/opinions/2022-01-12/le-role-essentiel-de-la-sante-publique.php> ; Margaret MacAuley et al, « Under the Spotlight: Understanding the Role of the Chief Medical Officer in a Pandemic » (2022) 76 *J of Epidemiology & Community Health* 100; Patrick Fafard et al, « Communication About COVID-19 From Canadian Provincial Chief Medical Officers of Health: Qualitative Study » (2020) 8:3 *CMAJ OPEN* E560; Patrick Fafard et al, « Contested Roles of Canada's Chief Medical Officers of Health » (2018) 109:4 *Can J Public Health* 585.

D'autre part, le recours constant à des sondages et à des statistiques a suscité la crainte d'une gestion de la pandémie « par enquêtes »⁸ et d'un passage à ce qui peut être désigné, de manière plus générale, comme une gouvernance par les nombres⁹ ou « numérocraie »¹⁰. Les nombres relatifs aux cas déclarés de COVID-19, aux décès liés à la COVID-19 et aux lits occupés par les malades atteints du virus ont été continuellement diffusés pendant la crise et invoqués régulièrement lors des points de presse des autorités publiques en appui aux mesures sanitaires adoptées. L'effectivité des mesures sanitaires exige une certaine acceptabilité sociale¹¹ ou encore une acceptation pratique¹² de la part des citoyens, ce que le gouvernement a cherché à obtenir ou, à tout le moins, à mesurer tout au long de la crise sanitaire, notamment par les sondages. La possibilité d'une gouvernance par les nombres a été comprise par certains comme un déclin du droit, et même comme son évincement¹³. Plus précisément, la gouvernance par les nombres suscite des inquiétudes de la part de juristes, qui y voient la substitution du calcul à la loi¹⁴. Même si les statistiques et les sondages peuvent jouer des rôles différents quant à leurs effets normatifs et légitimants, ils font tous deux appel aux nombres.

À l'œuvre depuis le début de la pandémie, l'expertise et les nombres ont ainsi pris une place considérable dans la gestion de la crise sanitaire. Ce phénomène n'a toutefois pas encore été étudié plus en profondeur par les juristes, malgré son importance dans la régulation de la pandémie et les enjeux démocratiques qu'il soulève. S'il en est ainsi, c'est peut-être parce que le droit traditionnel offre peu d'explications quant au rôle des

8. Jocelyn Richer, « La grande majorité concernait la gestion de la pandémie, assure Legault », *La Presse* (27 mai 2021), en ligne : <www.lapresse.ca/actualites/politique/2021-05-27/sondages-payes-par-les-contribuables/la-grande-majorite-concernait-la-gestion-de-la-pandemie-assure-legault.php>.

9. Alain Supiot, *La gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, Poids et Mesures du Monde, Paris, Fayard, 2015 à la p 512.

10. Johannes Angermuller, « Discours académique et gouvernementalité entrepreneuriale. Des textes aux chiffres » dans Malika Temmar, Johannes Angermuller et Frédéric Lebaron, dir, *Les discours sur l'économie*, Paris, Presses universitaires France, 1993.

11. François Audet et al, « Gestion de la crise de la COVID-19. Comment se compare le Québec au reste du monde ? » dans Robert Bernier, Stéphane Paquin et François Audet, dir, *Gouverner en temps de pandémie. L'État québécois face à la crise*, Québec, Presses de l'Université du Québec à Montréal, 2022, 43.

12. Sur l'acceptation pratique, voir Jacques Lenoble et Marc Maesschalck, *L'action des normes. Éléments pour une théorie de la gouvernance*, Sherbrooke, RDUS, 2009.

13. Supiot, *supra* note 9.

14. *Ibid.*

experts, des statistiques et des sondages dans la prise des décisions et l'élaboration des normes. C'est sans doute ce qui explique les critiques adressées à ce phénomène en termes d'épistocratie et de numérocra­tie. Mais ce que certains ont pu considérer comme de la gouvernance *par* les experts et *par* les nombres de la gestion de la crise sanitaire peut-il autrement s'interpréter comme de la gouvernance *avec* les experts et *avec* les nombres ? Telle est la question au cœur du présent article.

Selon notre hypothèse, une autre perspective, celle du droit de la gouvernance, permet une autre compréhension de ces phénomènes normatifs, dans le contexte de la crise sanitaire. Surtout connu pour ses normes techniques et ses recommandations, non contraignantes et issues de procédés moins formels que le droit traditionnel, le droit de la gouvernance ne se limite pas « à des communications écrites dans la forme plus ou moins juridico-normative, comme les résolutions, les chartes, les codes de déontologie, les communications, les recommandations, la normalisation »¹⁵. Il intègre aussi des phénomènes normatifs, comme ceux de l'expertise et de l'information qui, selon Valérie Lasserre, « exercent une pression majeure sur le droit, comme par exemple les expertises techniques et la production des données informationnelles dont la connaissance, l'étude et le contrôle sont pourtant nécessaires »¹⁶. Plus précisément, dans la perspective de cet autre droit, l'expertise et l'information peuvent être considérées comme des données légitimantes pouvant être utilisées comme sources normatives et comme faisant ainsi partie du droit de la gouvernance¹⁷. Les données remplissent leur fonction de légitimation en venant contribuer à l'exigence d'acceptabilité¹⁸ nécessaire au respect et à l'effectivité des normes¹⁹. Pouvant donner ouverture à des normes expertes et à des normes informatives ou communicationnelles²⁰, les données issues des experts, sous forme d'avis et de recommandations, et des sources informatives, telles que les sondages et les statistiques, alimentent les décisions normatives, légitiment le droit et lui communiquent des données nécessaires pour la régulation.

15. Valérie Lasserre, *Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance*, Paris, LexisNexis, 2015 à la p 350.

16. *Ibid.*

17. *Ibid.*

18. David Estlund, *L'autorité de la démocratie. Une perspective philosophique*, Paris, Hermann, 2011 aux pp 79 et s.

19. Sur la question de l'effectivité des normes sanitaires, voir Sintez, *supra* note 2.

20. Karim Benyekhlef, *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, 2^e éd, Montréal, Thémis, 2015 aux pp 746–69. L'auteur distingue les normes techniques, les normes contractuelles, les normes comportementales et les normes informatives.

Qu'elles émanent de l'expertise ou de l'information, les données légitimantes s'imposent par leur « autorité intrinsèque »²¹.

Dans une première partie, il s'agira d'expliquer les craintes démocratiques que soulèvent l'épistocratie et la numérocration, aussi conçues comme de la gouvernance *par* les experts ou *par* les nombres. La deuxième partie montrera que le cadre légal relatif à l'état d'urgence sanitaire au Québec ne permet pas de déterminer l'importance qu'occupent les experts et les nombres dans la gestion d'une crise sanitaire, mais que l'analyse de diverses mesures sanitaires adoptées pendant la pandémie révèle néanmoins l'omniprésence de l'expertise et de l'information parmi les considérations sous-jacentes aux décisions politiques. L'étude des cas servira aussi à démontrer que de qualifier d'épistocratie ou de numérocration le régime politique en place durant la pandémie s'avère une tâche difficile en raison de la complexité du processus décisionnel. Compte tenu de ce constat, une troisième partie présentera, en prenant appui sur les travaux de Valérie Lasserre, une autre conception théorique du rôle de l'expertise et de l'information dans la gouvernance de la pandémie, permettant de prétendre à une gouvernance *avec* les experts et les nombres, plutôt que *par* les experts et les nombres, et de nuancer certaines craintes démocratiques.

I. LES EXPERTS ET LES NOMBRES : CAUSES DE CRAINTES DÉMOCRATIQUES

Gouverner en temps de crise sanitaire demande de prendre des décisions éclairées par le savoir scientifique et les données telles que les statistiques et les sondages. Cependant, la crainte que les experts et les nombres se substituent au pouvoir politique est bien réelle, ce qui fait surgir le spectre épistocratique et la menace numérique. Selon certains, dès lors qu'un conseil scientifique émet des avis qui précèdent les décisions gouvernementales, se crée un « processus institutionnel érigeant la science au rang de source normative »²², ce qui serait suffisant pour conclure à l'épistocratie. De même, dès lors que les sondages et les statistiques guident la décision, s'installerait une gouvernance par les nombres faisant reculer l'État de droit démocratique²³. Inversement, pour d'autres, que l'expertise soit une « source normative » constitue plutôt

21. Lasserre, *supra* note 15 à la p 21.

22. Viala, « La science doit servir le pouvoir », *supra* note 6.

23. Supiot, *supra* note 9.

une forme de droit de la gouvernance susceptible de faire l'objet d'un contrôle démocratique par les instances politiques²⁴. S'agit-il alors d'une question de degré ? En fonction de quels éléments ? Par ailleurs, la perception que les citoyens peuvent avoir du type de gouvernance en place peut dépendre de la transparence dont font preuve les instances politiques lorsqu'elles dévoilent l'existence de certaines données et leur provenance. Il faudrait donc éviter de confondre le processus décisionnel lui-même avec la justification qui en est faite publiquement.

Il s'agit, dès à présent, de présenter l'épistocratie et la numérocration.

A. L'épistocratie : la gouvernance par les experts

Il convient d'abord de reprendre la définition de l'épistocratie que propose le philosophe du droit Alexandre Viala : « L'épistocratie est d'abord un néologisme dont l'étymologie renvoie à l'idée d'un pouvoir (*cratos*) exercé par les détenteurs du savoir scientifique (*épistémè*) »²⁵. Le plus souvent, l'épistocratie est présentée comme un régime problématique ou comme une forme corrompue d'organisation politique, à l'instar de la tyrannie, de l'oligarchie et de l'anarchie selon Aristote. Bien que l'épistocratie ne soit pas un type de régime politique dont il est fait mention dans la théorie politique classique qui, depuis *La République* de Platon et *La politique* d'Aristote²⁶, s'est plutôt concentrée sur la monarchie, l'oligarchie, la république, la démocratie et le despotisme, la montée des sciences et leur rapprochement du pouvoir politique rendent de plus en plus probable l'avènement d'une telle autorité épistocratique²⁷. À la différence de la technocratie qui se fonde sur le savoir des techniciens et de la bureaucratie composée de professionnels et fonctionnaires ayant bénéficié d'une formation universitaire, avec l'épistocratie vient la crainte que les experts prennent le pouvoir et que la science infléchisse les institutions démocratiques vers une sorte de scientisme éclairé.

24. Lasserre, *supra* note 15.

25. Alexandre Viala, « L'écologie politique au risque de l'épistocratie. Une lecture de la crise des "gilets jaunes" » dans Antoine Bailleux, dir, *Le droit en transition. Les clés juridiques d'une prospérité sans croissance*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2020 à la p 465.

26. Voir, notamment, Jacqueline Bordes, *Politeia dans la pensée grecque jusqu'à Aristote*, Paris, Les Belles Lettres, 1982 ; Aristote, *La politique*, 2^e éd, coll Bibliothèque des textes philosophiques, Paris, Librairie philosophique J Vrin, 1970 ; Platon, *La République*, introduit, traduit et noté par Georges Leroux, Paris, Flammarion, 2002.

27. Sur la notion d'épistocratie, voir Estlund, *supra* note 18. Voir également Alexandre Viala, dir, *Demain, l'épistocratie ?*, Paris, Mare & Martin, 2022.

L'épistocratie s'intéresse principalement au rôle normatif des experts. Le rôle de la science consiste généralement à « décrire le monde, et non prescrire des normes »²⁸. Là où l'épistocratie pose problème, eu égard au principe démocratique, c'est lorsque le rapport entre le savoir et le pouvoir amène le savant à « dire objectivement ce qui doit être » et non seulement à « connaître ce qui est »²⁹. Selon Viala, il y a épistocratie dès qu'un « processus institutionnel érig[e] la science au rang de source normative »³⁰.

En science, non seulement le savoir expert ne confère pas de pouvoir normatif et encore moins coercitif, mais les connaissances font l'objet de discussions, de vérifications et de contre-expertises dans la communauté scientifique, selon les exigences de la rigueur scientifique³¹. De plus, dans la perspective des experts, il importe de préserver leur indépendance de la même façon que le gouvernement doit le faire à l'égard des experts³². Le rapprochement entre le savoir et le pouvoir a pu ainsi être critiqué, notamment par Foucault dans la déconstruction du biopouvoir³³. Parmi les penseurs de la modernité, il revient à Hobbes d'avoir établi la distinction entre les sphères politique et scientifique, en édictant que « c'est l'autorité et non la vérité qui fait la loi »³⁴.

Parmi les problèmes que soulève l'épistocratie, il y a la possibilité de recourir à des vérités objectives pour fonder les choix normatifs³⁵. Dans

28. Viala, « L'état d'urgence sanitaire », *supra* note 6 à la p 4.

29. *Ibid.*

30. Viala, « La science doit servir le pouvoir », *supra* note 6.

31. Jocelyn Maclure et Guillaume Pelletier, « La liberté universitaire est plus exigeante que la liberté d'expression », Policy Options politiques, Institut de recherche sur les politiques publiques (IRPP) (7 septembre 2022), en ligne : <www.policyoptions.irpp.org/fr/magazines/september-2022/la-liberte-universitaire-est-plus-exigeante-que-la-liberte-dexpression/>.

32. Au Québec, l'attention a beaucoup été portée sur le rôle du DNSP. D'ailleurs, dans son rapport d'enquête concernant 53 décès survenus dans des milieux d'hébergement au cours de la première vague de COVID-19 au Québec, la coroner Géhane Kamel propose, comme première recommandation, que le gouvernement du Québec revoie le rôle du DNSP afin que ses fonctions soient exercées en toute indépendance et sans contrainte politique (Géhane Kamel, *Rapport d'enquête concernant 53 décès survenus dans des milieux d'hébergement au cours de la première vague de la pandémie de la COVID-19 au Québec*, Bureau du coroner, 2022, Gouvernement du Québec). Plus nuancée, en ce qu'elle reconnaît les forces et les faiblesses propres aux différents modèles, la Commissaire à la santé et au bien-être insiste néanmoins elle aussi sur l'importance de l'indépendance et de la transparence dans l'élaboration et la communication des avis du DNSP (Commissaire à la santé et au bien-être, *Le devoir de faire autrement. Partie 1 : Renforcer le rôle stratégique de la santé publique*, janvier 2022).

33. Michel Foucault, *Naissance de la biopolitique*, Paris, EHESS/Gallimard-Seuil, 2004.

34. Thomas Hobbes, *Léviathan (1651)*, Paris, Dalloz, 1999, c XXVI à la p 181.

35. Jessy Giroux, « Le spectre épistocratique » (2013) 40:2 *Philosophiques* 301 à la p 302.

quelle mesure est-il possible de fonder une forme de vérité politico-juridique ? Outre la reconnaissance du fait que toute décision politique repose sur plusieurs considérations, l'un des arguments invoqués dans la défense de la démocratie³⁶ face à l'épistocratie consiste à retirer à cette dernière sa valeur épistémique, en discréditant la notion de vérité politique³⁷. Tant le nihilisme que les tentatives de redéfinir la notion de vérité sont convoqués dans ce débat. En théorie du droit, cette question a suscité beaucoup d'intérêt³⁸, souvent avec des résultats qui n'échappent pas à un certain relativisme ou scepticisme³⁹. L'épistocratie entend donc recourir à la raison théorique à des fins normatives, ce qui lui vaut aussi la critique d'élitisme antidémocratique.

Fondamentalement, le débat sur l'épistocratie soulève l'enjeu du « relativisme moral et la possibilité de vérités objectives dans le domaine du normatif »⁴⁰. Le principal obstacle épistémologique que présente l'épistocratie est sans doute sa prétention selon laquelle la raison serait capable de produire des vérités pratico-morales⁴¹. Dès lors se pose la difficulté suivante pour la démocratie : « [s]i la vérité dictait les valeurs, l'intérêt d'en soumettre l'arbitrage à la volonté des électeurs s'effacerait aussitôt »⁴². Viala écrit encore :

Or, il y a tout lieu d'observer qu'à la faveur de la montée en puissance, aujourd'hui, de l'économisme, des logiques comptables et des structures technocratiques en amont de la fabrication des lois, cet idéal épistocratique se réalise subrepticement : un hégémonisme scientifique s'introduirait insidieusement dans la production législative au risque de délégitimer le suffrage démocratique peu

36. Il existe différentes versions de la justification épistémique de la démocratie ; voir, notamment, Pierre-Étienne Vandamme, « La valeur épistémique de la démocratie, entre faits et normes » (2016) 114:1 *Revue philosophique de Louvain* 95.

37. Giroux, *supra* note 35 à la p 304.

38. Parmi les tentatives de fonder la vérité en droit, voir Luc B Tremblay, « Le droit a-t-il un sens ? Réflexions sur le scepticisme juridique » (1999) 42:1 *RIEJ* 13 ; Stéphane Bernatchez, « Oh ! Le beau droit. La pertinence du jugement esthétique pour le jugement juridique » (2017) 58:1, 2 *C de D* 87 ; Stéphane Bernatchez, « De la vérité à l'intersubjectivité : vers une conception réflexive de l'interprétation du droit » dans Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat, dir, *Interpretatio non cessat. Mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté*, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2011 à la p 79.

39. Voir, notamment, Paul Amselek, « La question de la vérité aujourd'hui : bref essai de mise en perspective » (2008) 2 *RRJ* 625 ; Pierre-André Côté, « Le sens en droit : entre vérité et validité » (1999) 42:1 *RIEJ* 7.

40. Giroux, *supra* note 35 à la p 302.

41. Viala, *supra* note 6 à la p 8 : « L'épistocratie relève au contraire d'une méta-éthique cognitive en vertu de laquelle la raison serait capable de produire des vérités pratico-morales ».

42. *Ibid* à la p 9.

à peu considéré comme inutile et de provoquer dans les urnes, par voie de conséquence, le réflexe populiste que l'on observe dans de nombreuses démocraties⁴³.

En épistocratie, la raison théorique exerce le pouvoir. Depuis la modernité, et notamment avec Kant, les énoncés politiques et juridiques avaient pourtant été évalués à l'aune des concepts de la raison pratique. Dans le cadre de l'épistocratie, ce sont plutôt les conclusions fondées sur la raison théorique qui jouiraient d'une priorité normative, ce qui fait craindre la montée d'une autorité experte non élue, souffrant d'un manque de légitimité démocratique et s'appuyant sur une rationalité trop étroite⁴⁴.

Assise sur des données chiffrées, quantifiables et vérifiées par des experts, [la raison théorique] s'intéresse au monde des phénomènes repérables *hic et nunc* [...]. C'est une raison qui n'est pas fondée à évaluer le monde mais, plus modestement, à l'observer. Or, l'idéal épistocratique auquel aspirent certaines écoles de pensée philosophique et juridique, parmi lesquelles figurent les positivismes scientistes du XIX^e siècle, consiste à produire pourtant des énoncés normatifs⁴⁵.

Pendant la crise sanitaire causée par la COVID-19, les experts étaient très présents dans les médias, alors que la société était mise à l'arrêt dans plusieurs de ses activités et que la population était assujettie à d'importantes privations de liberté, notamment par des mesures de confinement et de couvre-feu. Plus encore, les citoyens étaient nombreux à découvrir les instances de santé publique. Dans la mise en œuvre du biopouvoir (ou de la biopolitique), la compétence des experts a pu servir de nouveau mode de légitimation du pouvoir politique⁴⁶, ce qui n'a pas manqué de soulever la remise en question de l'expertise⁴⁷, le spectre épistocratique⁴⁸ ou la tentation du sophisme épistocratique⁴⁹.

43. *Ibid* à la p 9.

44. Frank Vibert, *The Rise of the Unelected. Democracy and the New Separation of Powers*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007 à la p 10.

45. Viala, *supra* note 6 à la p 10.

46. Dominique Chev   et Gilles Bo  tsch, « L'épidémie, désordre nécessaire    la légitimation des pouvoirs » (2020) Recherches et   ducatons, en ligne : <www.doi.org/10.4000/rechercheseducations.8901>.

47. Emmanuelle Huisman-Perrin, « L'expertise en question » (2021) 217:1 Raison présente 5.

48. Giroux, *supra* note 35    la p 303.

49. Viala, *supra* note 6.

En temps d'épistocratie, non seulement les experts fournissent-ils des données et émettent-ils des avis et des recommandations, mais ils servent de caution en quelque sorte à la prise de décisions. Les experts remplacent alors non seulement les élus et les politiques, mais aussi les citoyens comme sources légitimantes de l'exercice du pouvoir⁵⁰, la supériorité morale et le rôle déterminant des experts étant parfois même perçus comme un problème en termes d'égalité politique par rapport aux citoyens⁵¹.

L'expert doit savoir reconnaître qu'il ne sait pas tout (ce qu'il a souvent du mal à admettre), ce qui redonne toute sa place à la décision politique, à condition que les dirigeants acceptent de décider dans l'incertitude, en assumant les risques que cela comporte. La vie démocratique nécessite une pluralité d'acteurs. À côté des élus à qui revient la fonction de décider, experts et citoyens ordinaires ont toute leur place, en particulier ces derniers⁵².

L'épistocratie montre le difficile équilibre entre pouvoir et science. Alors que le pouvoir cherche à appuyer sa légitimité sur la science, la crainte épistocratique consiste, encore une fois, à porter la science au pouvoir. Le rôle des experts de la santé publique a pu laisser croire qu'ils exerçaient un pouvoir à certains moments. S'il est difficile de distinguer la fonction recommandatoire de la santé publique d'une véritable gouvernance par les experts, une analyse plus fine des mesures sanitaires pourra permettre de nuancer le rôle des experts pendant la pandémie. Mais auparavant, il convient de s'intéresser à la gouvernance par les nombres, ou la numérocration.

B. La numérocration : la gouvernance par les nombres

Lorsque l'information prend une forme numérique, l'on voit poindre la critique de la numérocration, ou de la gouvernance par les nombres⁵³. Celle-ci conçoit le droit comme un instrument d'efficacité et de performance, s'appuie essentiellement sur la conception économique et managériale de la gouvernance, sans référer toutefois à la branche

50. Susana Borrás, « Three Tensions in the Governance of Science and Technology » dans David Levi-Faur, dir, *The Oxford Handbook of Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2012 à la p 429.

51. Estlund, *supra* note 18.

52. François Euvé, « Vers un renouveau démocratique » (2020) 9 *Études* 5 à la p 6.

53. Supiot, *supra* note 9.

issue de la philosophie politique⁵⁴ — qui demeure dans l'angle mort de cette vision économique-managériale de la gouvernance. Quant à la loi, elle « devient elle-même un objet de calcul »⁵⁵. En fait, le calcul occupe « la place jadis dévolue à la Loi comme référence normative »⁵⁶. Cette évolution n'est qu'accrochée par la révolution numérique, alors que la normativité est pensée non plus en termes de législation, mais en termes de programmation⁵⁷.

Issue de la science de la gestion, la gouvernance par les nombres se traduit, en gouvernance publique, dans les approches du *New Public Management* et de la gestion par résultats⁵⁸. Sur le plan juridique, la gouvernance par les nombres mobilise une analyse économique du droit⁵⁹. Cette analyse prend différentes formes, selon qu'elle se fonde sur la théorie économique classique ou sur des approches économiques hétérodoxes plus récentes⁶⁰. L'approche économique de la gouvernance par les nombres « substitue le calcul à la loi comme fondement de la légitimité de la norme »⁶¹. En tentant de « calculer l'incalculable »⁶², l'analyse économique du droit propose de quantifier les droits⁶³, dans l'esprit de ces nouvelles pratiques de quantification qui « visent à transformer le monde social, à travers des *politiques publiques* » [italiques des auteurs]⁶⁴; « l'efficace politique du recours au

54. Jacques Lenoble et Marc Maesschalck, *L'action des normes. Éléments pour une théorie de la gouvernance*, Sherbrooke, RDUS, 2009.

55. Supiot, *supra* note 9 à la p 23.

56. *Ibid* à la p 15.

57. *Ibid* à la p 23.

58. Daniel Mockle, « Fascicule 5 : Politiques, directives et instruments de gestion », JCO Droit administratif, Montréal, LexisNexis Canada, 2022 (mis à jour le 1^{er} juin 2020); Alexandra Bouchard, « La gestion par résultats au sein du Tribunal administratif du travail » (2022) 27:1 Lex Electronica 53; Alexandra Bouchard, « Le nouveau management public et le Tribunal administratif du travail : une étude de cas » (2019) 32:3 Can J Admin L & Prac 191.

59. Voir le chapitre 7 de l'ouvrage d'Alain Supiot, intitulé « Calculer l'incalculable: la doctrine Law and Economics », *supra* note 9 aux pp 183–213.

60. Ejan Mackaay et al, *Analyse économique du droit*, 3^e éd, Paris/Montréal, Dalloz/Thémis, 2021; Ejan Mackaay, Alain Parent et Alexandre Désy, « L'analyse économique du droit » dans Stéphane Bernatchez et Louise Lalonde, dir, *Approches et fondements du droit*, t 3, Interdisciplinarité et théories critiques, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2019, 107; Isabelle Martin, « L'économie hétérodoxe et le droit ou la redécouverte d'une interrelation » dans Bernatchez et Lalonde, dir, *ibid*, 137.

61. Supiot, *supra* note 9 à la p 174.

62. *Ibid* à la p 183.

63. Stéphane Bernatchez, « L'arrêt *Jordan*, le management de la justice et le droit de la gouvernance: de la conversion des droits en nombres à la transformation de la culture juridique » (2016) 46:3 RDUS 451.

64. Alain Desrosières et Sandrine Kott, « Quantifier » (2005) 58:1 Genèses 2.

nombre tient dans la force d'«évidence», concept éminemment anglo-saxon, de l'argument chiffré»⁶⁵. À la loi, la gouvernance par les nombres se substitue au programme.

Dans une optique de programmation en lieu et place de la législation, telle que décrite par Supiot, les juristes s'interrogent sur la nécessité de reformater la norme juridique⁶⁶. L'image est ici celle de la machine :

La comparaison entre le droit et la machine renvoie d'abord à l'hypothèse d'un système juridique comportant des rouages ajustés avec précision et une structure parfaitement opérationnelle. La machine serait alors quelque chose s'apparentant au mécanisme d'une horloge dont la régularité garantit une forme de sécurité juridique⁶⁷.

Au cours des dernières décennies, « le modèle physico-mécanique de l'horloge, qui avait partie liée avec l'idée de règne de la loi, a été supplanté par le modèle cybernétique de l'ordinateur »⁶⁸, à telle enseigne d'ailleurs que, sur cette base informatique, la régulation technique mène parfois à la gouvernance algorithmique et à la crainte de la dictature des algorithmes⁶⁹ :

Ces algorithmes, définis par un ensemble d'instructions informatiques, effectuent des inférences dans le but de comprendre, d'expliquer ou même d'anticiper les comportements des individus. [. . .]. On parle alors de « gouvernance algorithmique » : une nouvelle forme de gouvernamentalité qui n'essaie pas de réguler les individus par l'intermédiaire d'un régime établi de règles et de contraintes, mais plutôt par un système de règles fluides et dynamiques, qui agissent sur les individus par anticipation, et qui en façonne les comportements en s'appuyant sur une nouvelle typologie de « normes algorithmiques » floues et de

65. Robert Salais, « Gouvernance, quantification et droit. À propos d'Alain Supiot, *La gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France* » (2016) 17:2 *Revue française de socio-économie* 185 à la p 186.

66. Louise Lalonde et Stéphane Bernatchez, dir, avec la collaboration de Georges Azzaria, *La norme juridique « reformatée ». Perspectives québécoises des notions de force normative et de sources revisitées*, Sherbrooke, RDUS, 2016.

67. Georges Azzaria, « L'empirisme intuitif de la Cour suprême du Canada » dans Pierre-Emmanuel Moysse et Vincent Gautrais, dir, *Droit + Machine*, Montréal, Thémis, 2017 à la p 3 [Moysse et Gautrais, *Droit + Machine*].

68. Supiot, *supra* note 9 à la p 43.

69. Boris Barraud, « Les algorithmes au cœur du droit et de l'État postmodernes » (2018) 4 *Revue internationale de droit des données et du numérique* 37; Stéphane Bernatchez, « De la démocratie par le droit à la dictature des algorithmes ? La théorie juridique à l'ère cybernétique » (2020) 25:3 *Lex Electronica* 10.

légitimité incertaine, issues des analyses statistiques, des inférences et des prédictions tirées de ces grandes masses de données⁷⁰.

Il faut toutefois apporter une nuance, en ce que même les critiques les plus sévères de la gouvernance par les nombres reconnaissent que « l'idolâtrie de la Loi peut être aussi funeste que celle des Nombres »⁷¹, ce qui pose alors un important défi :

La fonction propre du droit, dans les avatars du règne de la Loi, a été d'en tempérer la force en la faisant passer au filtre des systèmes d'interprétation qui s'imposent au législateur lui-même. Il devrait en aller de même des Nombres.⁷²

Selon la thèse de Supiot, la gouvernance ne serait que l'avatar contemporain du gouvernement⁷³, tout comme le mouvement de procéduralisation du droit ne serait qu'un « avatar du paradigme du marché »⁷⁴. C'est ainsi que Supiot écrit que :

[...] le propre de la gouvernance est en effet de reposer non pas sur la légitimité d'une loi qui doit être obéie, mais sur la capacité commune à tous les êtres humains d'adapter leur comportement aux modifications de leur environnement pour perdurer dans leur être⁷⁵.

De même, il considère que la gouvernance « congédie le vocabulaire de la démocratie politique au profit de celui de la gestion »⁷⁶. Il y aurait « dans la diffusion de la gouvernance par les nombres des atteintes et des restrictions à la pratique démocratique, voire l'instauration d'un régime d'a-démocratie »⁷⁷. C'est pourquoi Supiot en appelle au remplacement de la gouvernance, à la restauration du principe de démocratie et au sens de la solidarité⁷⁸.

70. Primavera De Filippi, « Repenser le droit à l'ère numérique : entre la régulation technique et la gouvernance algorithmique » dans Moysse et Gautrais, *Droit + Machine*, *supra* note 67 à la p 44.

71. Supiot, *supra* note 9 aux pp 410–11.

72. *Ibid* à la p 411.

73. *Ibid* à la p 12.

74. Alain Supiot, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Seuil, 2005 à la p 131. Pour une critique de la conception de Supiot, voir Jacques Lenoble, « Le droit selon le modèle de la loi : les limites de la théorie de la reconnaissance de Honneth et de l'interprétation anthropologique du droit de Supiot » (2014) 44 RDU 233.

75. Supiot, *supra* note 9 à la p 45.

76. *Ibid* à la p 47.

77. Salais, *supra* note 65 à la p 190.

78. Supiot, *supra* note 9 aux pp 415–16.

Durant la pandémie, la crainte d'une gouvernance par les nombres s'est manifestée de différentes manières. D'une part, les statistiques ont constamment été mentionnées en appui aux décisions gouvernementales qui ont été prises. D'autre part, le gouvernement a régulièrement commandé des sondages, analysés par l'INSPQ, pour évaluer l'appui aux mesures, ce que les citoyens ont appris seulement au mois de juillet 2021⁷⁹. Ainsi, la place occupée par la gouvernance par les nombres a pu être plus importante que ce que le gouvernement a bien voulu laisser croire.

II. DE L'AMBIGUÏTÉ DE LA LOI À LA COMPLEXITÉ DE LA PRATIQUE

Prévoir la tournure que prendra la gouvernance d'une crise sanitaire de l'ampleur de celle causée par la COVID-19 relève pratiquement de la divination. Néanmoins, à l'instar des autres États, le Québec s'est doté d'un régime légal posant les principales règles à suivre pour faire face à un tel événement et protéger au mieux la santé de la population. Ce régime d'exception, soit l'état d'urgence sanitaire, a été intégré au sein de la nouvelle *Loi sur la santé publique* de 2001 et a trouvé application pour la première fois dans la province en date du 13 mars 2020⁸⁰, dans le contexte de la pandémie de COVID-19. Les constats sur la gouvernance publique qui s'est mise en place pour faire face à cette crise sanitaire se précisent de plus en plus. À cet égard, la place de l'expertise et de l'information retiendra notre attention, d'abord selon la loi, puis dans la pratique, alors que différents cas seront examinés afin de comprendre la complexité du processus décisionnel entourant l'adoption de mesures sanitaires et ses justifications publiques.

A. L'ambiguïté des rôles : les experts et les nombres selon la loi

Alors que le premier réflexe des juristes consiste bien souvent à s'en remettre au texte de la loi, dans ce cas-ci, la compréhension du rôle des experts et des nombres dans la gestion de la crise demeure peu éclairée par la loi.

79. Henri Ouellette-Vézina, « Québec a réalisé des sondages hebdomadaires via une firme marketing », *La Presse* (20 juillet 2021), en ligne : <www.lapresse.ca/actualites/2021-07-20/evolution-de-la-pandemie/quebec-a-realise-des-sondages-hebdomadaires-via-une-firme-marketing.php>.

80. LQ 2001, c 60, arts 118–130 [LSP]; *Décret concernant une déclaration d'urgence sanitaire conformément à l'article 118 de la Loi sur la santé publique*, D 177-2020 (13 mars 2020) GOQ II, 1101A.

Au Québec, sous le régime de l'état d'urgence sanitaire prévu à la *LSP*, les pouvoirs d'urgence sont confiés au gouvernement (conseil des ministres), qui peut ainsi ordonner une série de mesures d'une ampleur exceptionnelle pour protéger la santé de la population⁸¹. Ces mesures comprennent notamment la vaccination obligatoire de tout ou partie de la population, la fermeture des établissements d'enseignement ou de tout autre lieu de rassemblement, l'évacuation de personnes ou encore la communication immédiate de tout renseignement⁸². C'est pourquoi une gouvernance par décrets s'est mise en place pendant la crise sanitaire. En guise d'illustration, durant l'état d'urgence sanitaire, ce ne sont pas moins de 160 décrets gouvernementaux qui ont été adoptés pour imposer une série de mesures sanitaires⁸³. Cependant, le gouvernement peut habiliter le ministre de la Santé et des Services sociaux à exercer un ou plusieurs de ces pouvoirs d'urgence, ce qu'il a choisi de faire tout au long de l'état d'urgence sanitaire, comme en témoignent les dizaines d'arrêtés ministériels adoptés entre le 14 mars 2020 et le 13 mai 2022⁸⁴. Une étude révèle d'ailleurs qu'en début de crise, les mesures sanitaires prévues par arrêtés dominaient clairement par leur nombre⁸⁵.

À l'égard du rôle des experts de la santé publique pendant l'état d'urgence sanitaire, notons que la *LSP* enjoint au ministre de la Santé et des Services sociaux (et non au gouvernement) d'agir avec l'assistance du DNSP, qui joue en l'occurrence un rôle d'expert⁸⁶. En effet, seul un médecin titulaire d'un certificat de spécialiste en santé communautaire peut occuper ce poste. Ayant la fonction de sous-ministre adjoint, le DNSP est chargé de conseiller et d'assister le ministre dans

81. Art 123(1) *LSP*.

82. Pour la liste des pouvoirs d'urgence, voir *ibid*. Pour une étude plus détaillée des pouvoirs d'urgence, voir Marie-Eve Couture-Ménard et Marie-Claude Prémont, « L'exercice des pouvoirs d'urgence prévus à la Loi sur la santé publique pendant la crise de la COVID-19 », dans Barreau du Québec, Service de la formation continue, *Développements récents en droit de la santé et des services sociaux*, vol 485, Montréal (QC), Yvon Blais, 2020, 29.

83. Gouvernement du Québec, « Mesures prises par décrets et arrêtés ministériels en lien avec la pandémie de la COVID-19 », en ligne : <www.quebec.ca/sante/problemes-de-sante/a-z/coronavirus-2019/mesures-prises-decrets-arretes-ministeriels> [Gouvernement du Québec, « Mesures prises par décrets »]; Couture-Ménard et Prémont, *supra* note 82 à la p 34.

84. Gouvernement du Québec, « Mesures prises par décrets », *supra* note 83.

85. Couture-Ménard et Prémont, *supra* note 82 à la p 48.

86. Art 124(2) *LSP*.

l'exercice de ses responsabilités en santé publique⁸⁷. Plus particulièrement, pendant l'état d'urgence, cet expert du palier central peut même assumer un rôle normatif en ce que « les ordres ou directives donnés par le directeur national de santé publique doivent être exécutés de la même manière que ceux du ministre »⁸⁸. Cela dit, comme certaines personnes l'ont souligné :

Même si rien n'interdit, bien sûr, tant au gouvernement qu'au ministre de solliciter l'expertise de santé publique, l'état d'urgence sanitaire ne lui accorde qu'un rôle imprévisible, selon le bon vouloir du gouvernement, du type de crise à gérer, et au gré d'aléas qui peuvent fluctuer au fil de l'urgence. Non seulement il est impossible de prédire le rôle du ministre, mais l'incertitude est encore plus grande quant aux autorités de santé publique. [...] Ainsi, la *LSP* ne prévoit l'implication formelle du DNSP que pour les délégations de pouvoirs d'urgence au ministre⁸⁹.

Cette centralisation du pouvoir, principalement entre les mains du gouvernement, tranche avec la pratique régulière de la santé publique. En dehors de l'état d'urgence sanitaire, les décisions relatives aux mesures à prendre pour améliorer et protéger la santé de la population relèvent surtout des directeurs de santé publique régionaux. Ces derniers sont nommés par le ministre; ils doivent être médecins et détenir une formation ou une expérience de pratique en santé communautaire, ce qui en fait des experts⁹⁰.

En outre, dans le respect des orientations ministérielles énoncées dans le Programme national de santé publique⁹¹, les directeurs régionaux ont pour fonctions: de fournir à la population de leur territoire de l'information notamment sur l'état de santé général des individus et sur les problèmes de santé prioritaires, de répertorier les situations où une action intersectorielle est requise pour prévenir des maladies, traumatismes ou problèmes sociaux, et d'assurer une expertise en prévention et promotion de la santé⁹². Plus spécifiquement, pour protéger la population contre des menaces épidémiques, les directeurs de santé

87. *Loi sur le ministère de la Santé et des Services sociaux*, RLRQ c M-19.2, art 5.1.

88. Art 124(2) *LSP*.

89. Prémont, Couture-Ménard et Brisson, *supra* note 1 à la p 270.

90. *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, RLRQ c S-4.2, art 372 [*LSSSS*].

91. Art 7(1) *LSP*; *MSSS, Programme national de santé publique 2015–2025*, Gouvernement du Québec, 2015.

92. Art 373(1) *LSSSS*.

publique régionaux bénéficient d'importants pouvoirs coercitifs. Ils peuvent, entre autres, ordonner l'évacuation d'un édifice, ainsi que la décontamination ou la fermeture d'un lieu; ne permettre l'accès à un lieu qu'à certaines personnes; ordonner à une personne de s'isoler pour une période d'au plus 72 heures à certaines conditions; interdire à une personne de fréquenter un établissement d'enseignement, un milieu de travail ou un autre lieu de rassemblement si elle n'est pas immunisée contre une maladie contagieuse dont l'écllosion est constatée dans ce milieu, et même « ordonner toute autre mesure qu'il[s] estime[nt] nécessaire pour empêcher que ne s'aggrave une menace à la santé de la population, en diminuer les effets ou l'éliminer »⁹³.

Toutefois, pendant un état d'urgence sanitaire, la participation des directeurs de santé publique régionaux est ambiguë aux termes de la loi. Ces derniers peuvent continuer à exercer leurs pouvoirs réguliers, puisque la loi indique qu'une déclaration d'état d'urgence sanitaire « n'empêche pas les autorités de santé publique d'exercer les pouvoirs qui leur sont conférés par d'autres dispositions de la présente loi »⁹⁴, soit des dispositions autres que celles relatives à l'état d'urgence. Or, en ce qui concerne leur contribution à la gestion de la crise sanitaire spécifiquement, leur degré d'autonomie décisionnelle par rapport aux autorités centrales soulève des interrogations, et cela a parfois occasionné des tensions pendant la pandémie⁹⁵.

Les dispositions relatives à l'état d'urgence sanitaire ne font allusion à aucun autre expert. Néanmoins, d'autres expertises intégrées au système de santé et plus particulièrement au système de santé publique peuvent être mises à profit dans la réponse à une crise sanitaire. Ainsi, pendant la pandémie, le gouvernement a pu bénéficier des travaux de l'INSPQ, auquel le ministre peut notamment confier des mandats prioritaires en situation d'urgence⁹⁶. L'INSPQ est un centre d'expertise et de référence en santé publique, dont la mission est de soutenir le

93. Art 106 *LSP*. Voir aussi l'article 100 *LSP* pour les pouvoirs de vérification de l'existence d'une menace à la santé de la population.

94. Art 24(1) *LSP*. Notons que les « autorités de santé publique » incluent, au sens de la loi, le ministre de la Santé et des Services sociaux, le DNSP et les directeurs de santé publique régionaux (art 2(3)).

95. Prémont, Couture-Ménard et Brisson, *supra* note 1 aux pp 271–72; Alec Castonguay, « Les 48 heures qui ont mené au reconfinement du Québec », *L'actualité* (6 janvier 2021), en ligne: <www.lactualite.com/politique/les-48-heures-qui-ont-mene-au-reconfinement-du-quebec/>.

96. *Loi sur l'Institut national de santé publique du Québec*, RLRQ c I-13.1.1, art 20 (les dispositions de la loi ne réfèrent pas explicitement à l'état d'urgence sanitaire) [*L'INSPQ*].

ministre de la Santé et des Services sociaux, les directions de santé publique régionales, ainsi que les établissements de santé dans l'exercice de leurs responsabilités⁹⁷. À cette fin, l'INSPQ, au sein duquel œuvrent des spécialistes de plusieurs disciplines, a pour objectif de « faire progresser les connaissances et les compétences, de proposer des stratégies ainsi que des actions intersectorielles susceptibles d'améliorer l'état de santé et le bien-être de la population »⁹⁸. L'Institut publie des données (notamment des statistiques, des analyses de sondages), des rapports d'évaluation de même que des avis ou des recommandations, ce qu'il a d'ailleurs fait de façon soutenue pendant la pandémie. De même, le gouvernement a pu compter sur l'Institut national d'excellence en santé et services sociaux (INESSS) pour obtenir une panoplie de données relatives aux répercussions de la COVID-19 sur le système de santé (par exemple, besoins hospitaliers prévus), l'INESSS ayant pour mission « de promouvoir l'excellence clinique et l'utilisation efficace des ressources dans le secteur de la santé et des services sociaux » afin d'éclairer les décisions et les pratiques⁹⁹. Bien qu'il semble incontournable d'obtenir le soutien de ces deux centres d'expertise pendant une crise sanitaire, les dispositions de la *LSP* relatives à l'état d'urgence sanitaire n'en font pas mention.

Évidemment, d'autres experts œuvrant hors du gouvernement, par exemple des experts issus du milieu universitaire ou de firmes privées¹⁰⁰, peuvent donner leur avis ou faire des recommandations, soit à la demande du gouvernement en participant par exemple à des comités *ad hoc*, ou encore en s'exprimant ponctuellement dans les médias.

S'en remettre uniquement au texte de loi pour comprendre le rôle des experts et de l'information dans la gestion d'une urgence sanitaire se révèle insuffisant, car comme nous l'avons mentionné, l'importance de leurs différentes contributions aux décisions de santé publique est notamment fonction de la place plus ou moins grande que leur accorde le politique dans les faits. Ainsi, afin de mieux saisir comment l'expertise et l'information ont été invoquées pour réguler la crise sanitaire causée par la COVID-19, nous avons sélectionné quelques mesures

97. Art 34 *L'INSPQ*. L'INSPQ administre également le Laboratoire de santé publique du Québec et le Centre de toxicologie du Québec.

98. INSPQ, « Qui sommes-nous? », en ligne : <www.inspq.qc.ca/institut/qui-sommes-nous>.

99. *Loi sur l'institut national d'excellence en santé et en services sociaux*, RLRQ c I-13.03, art 4(1).

100. Thomas Gerbet, « Dans l'ombre, la firme McKinsey était au cœur de la gestion de la pandémie au Québec », *Radio-Canada* (30 septembre 2022), en ligne : <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1920666/mckinsey-quebec-covid-legault-gestion-pandemie>>.

sanitaires afin d'illustrer comment, dans la pratique, différentes sources normatives (avis d'experts, données, sondages, etc.) ont pu exercer une influence sur la prise de décisions politiques.

B. L'omniprésence de l'expertise et des nombres dans la pratique

Indéniablement, comme l'indiquent des chercheurs :

[...] [i] est rare que les décisions politiques découlent directement de l'information scientifique ou de l'expertise. D'abord parce que la décision politique est prise d'équilibres et de choix complexes, en fonction de préférences et d'objectifs parfois difficiles à concilier (comme la lutte contre l'épidémie et la préservation de la santé mentale ou du dynamisme économique). Ensuite, parce que toute information scientifique est drapée d'incertitude, surtout lorsqu'il est question d'un nouveau problème comme la COVID-19. [...]. [i] interprétation d'une information scientifique peut être influencée par des éléments de contexte, des structures institutionnelles, ou encore par la tolérance au risque des décideurs¹⁰¹.

Pour illustrer comment se manifeste cet enchevêtrement complexe des sources normatives dans la pratique et quelle place ont pu occuper l'expertise et l'information dans la gestion de la crise sanitaire, nous avons choisi d'analyser six mesures sanitaires pour tenter de dégager les sources normatives qui ont pu influencer leur adoption. Il s'agit, en ordre chronologique : (1) de la fermeture des restaurants en zone rouge en septembre 2020 ; (2) de l'imposition d'un premier couvre-feu en janvier 2021 ; (3) de la réouverture des restaurants en zone orange en février 2021 ; (4) des modalités du port du masque à l'extérieur en avril 2021 ; (5) du retrait du masque à l'école en période de canicule en juin 2021 ; (6) et, finalement, des modalités de rassemblements pendant la période des fêtes au mois de décembre 2021. Ces mesures ont été sélectionnées parce qu'elles ont particulièrement retenu l'attention de la population et des médias, notamment parce que leur bien-fondé était mis en doute, faisant émerger la question de l'arrimage entre les décisions politiques et les données fournies notamment par les experts et les nombres.

101. Antoine Lemor et al, « Écouter la science dans la conception des politiques publiques de lutte contre la COVID-19 : le cas de la fermeture des écoles au Québec et en Suède », Points de vue, CIRST, en ligne (blogue) : <www.cirst.uqam.ca/nouvelles/2021/ecouter-la-science-dans-la-conception-des-politiques-publiques-de-lutte-contre-la-covid-19-le-cas-de-la-fermeture-des-ecoles-au-quebec-et-en-suede/>.

Pour chaque mesure, nous avons, d'une part, examiné les conférences de presse et les communiqués de presse du gouvernement afin de vérifier comment ce dernier en justifiait publiquement l'adoption. D'autre part, nous avons colligé les statistiques compilées par l'INSPQ (nombre de cas, d'hospitalisations et de décès liés à la COVID-19), les projections de l'INESSS quant au fardeau de la COVID-19 pour le système de santé et, le cas échéant, les résultats de sondages pertinents analysés par l'INSPQ, disponibles au moment de l'adoption des mesures sanitaires étudiées. Pour chacune de ces mesures, nous avons également consulté les avis et les recommandations émis par le DNSP (ou de la DGSP qu'il chapeaute), les directeurs de santé publique régionaux et l'INSPQ, le cas échéant. Certes, des experts œuvrant hors du gouvernement ont également donné leur avis sur des mesures sanitaires projetées, mais pour circonscrire notre étude, nous avons choisi de nous concentrer sur les experts de la santé publique du gouvernement.

1. La fermeture des restaurants en zone rouge en septembre 2020

Le 30 septembre 2020, le gouvernement ordonne par décret la fermeture des restaurants en zone rouge pendant 28 jours : les activités sont suspendues dans « les restaurants et les aires de restauration des centres commerciaux et des commerces d'alimentation, sauf pour les livraisons, les commandes à emporter ou les commandes à l'auto »¹⁰². En conférence de presse, le premier ministre de la province affirme que les « chiffres sont sans appel » en faisant référence à la hausse du nombre de cas de COVID-19 et à la hausse anticipée d'hospitalisations et de décès, et qu'il doit prendre ses responsabilités¹⁰³.

Au cours du mois de septembre 2020, les données de l'INSPQ montraient en effet que les cas déclarés de COVID-19, d'hospitalisations et de décès liés à la maladie étaient en augmentation¹⁰⁴. Face à la situation épidémiologique, la santé publique était d'avis qu'un resserrement des mesures sanitaires était nécessaire, notamment pour les rassemblements

102. Décret concernant l'ordonnance de mesures visant à protéger la santé de la population dans la situation de pandémie de la COVID-19, D 1020-2020 (30 septembre 2020) GOQ II, 4182A.

103. Conférence de presse du premier ministre, 28 septembre 2020, en ligne : Facebook <www.facebook.com/FrancoisLegaultPremierMinistre/videos/conférence-de-presse-sur-la-covid-19-28-septembre-2020/779227072871075/>.

104. Entre le 1^{er} et le 27 septembre 2020, les cas confirmés de COVID-19 passent de 186 à 922, le nombre d'hospitalisations passe de 106 à 208, et le nombre cumulatif de décès liés à la COVID-19 passe de 5 395 à 5 471 (hausse de 76). INSPQ, Données COVID-19 au Québec, mise à jour du 12 avril 2023 en ligne : <www.inspq.qc.ca/covid-19/donnees/> [INSPQ, « Données »].

dans les restaurants en zone dite « rouge », c'est-à-dire assujettie au niveau le plus élevé d'alerte et de restriction sanitaire. La DGSP ne recommandait pas pour autant la fermeture des restaurants, mais seulement des restrictions : que les repas au restaurant soient limités aux personnes provenant d'une seule adresse par table ou à deux adultes par table pouvant être accompagnés de leurs enfants jusqu'à un maximum de six personnes, et que la vente d'alcool se termine à 23 heures¹⁰⁵. Dans ce cas, le gouvernement est donc allé plus loin que la recommandation de la santé publique.

Par ailleurs, bien que le gouvernement invoque les données épidémiologiques pour justifier sa décision, les nombres ne semblent pas être la seule considération en cause. Lors des travaux de la commission parlementaire tenue en décembre 2020, précisément organisée pour entendre le DNSP au sujet de la gestion de la pandémie, ce dernier a expliqué que le gouvernement était parfois allé au-delà des recommandations de la santé publique dans sa gestion du risque, « pour des raisons qui peuvent lui appartenir, en termes d'acceptabilité sociale », ajoutant, notamment en lien avec la fermeture des restaurants, qu'« [a]lors qu'on restreint, par exemple, certains milieux à la maison, permettre certains rassemblements à l'extérieur pouvait être perçu comme étant contradictoire, et donc nuire à l'acceptabilité sociale »¹⁰⁶.

Notons également qu'au moment de la fermeture des restaurants, les sondages commandés par le gouvernement à une firme privée et analysés par l'INSPQ montraient une augmentation de 5 % des personnes craignant les conséquences économiques de la pandémie, contre une augmentation de 9 % des personnes inquiètes de la COVID-19 de façon générale et une augmentation de 12 % de gens préoccupés par la transmission de la maladie dans les lieux publics. Ces chiffres pourraient avoir contribué à l'adoption par le gouvernement d'une mesure plus stricte en réponse aux préoccupations populaires, ce qui traduit l'importance accordée à l'acceptabilité sociale dont parlait le DNSP.

Ainsi, la multiplication des sources normatives, comme dans le présent exemple, pourrait constituer un élément permettant d'écarter

105. DGSP, « Système d'alerte et d'intervention graduelle » (27 septembre 2020), en ligne (pdf) : <www.publications.msss.gouv.qc.ca/msss/fichiers/docs-dnsp-covid/20200927_Systemes-d-alerte-et-d-intervention-graduelle.pdf>.

106. Assemblée nationale du Québec, *Débats de la Commission de la santé et des services sociaux*, 42-1, vol 45, n° 70 (9 décembre 2020), en ligne : <www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/csss-42-1/journal-debats/CS55-201209.html#16h> à la p 52 (Horacio Arruda).

l'hypothèse d'une gouvernance *par* les experts ou *par* les nombres et renforcer l'idée que l'expertise et l'information peuvent exercer une fonction informative, contextualisante ou légitimante. D'ailleurs, en commission parlementaire, le DNSP a affirmé que le processus de prise de décisions représentait un « travail d'équilibre et de gestion du risque, selon la situation », qui « doit prendre en compte l'épidémiologie de chacune des régions », tout en regardant « ce qui se passe dans le monde »¹⁰⁷, relativisant ainsi l'importance de chacune des sources normatives.

Cependant, dans ce cas-ci, la perception qu'a pu avoir la population du rôle des experts dans la gouvernance de la crise peut avoir été biaisée par un manque de transparence dans l'exercice des pouvoirs publics. La population n'a appris que lors de la commission parlementaire tenue en décembre 2020 que la santé publique n'avait pas recommandé la fermeture des restaurants. Or, le gouvernement ayant souvent affirmé suivre les recommandations de la santé publique, la population a pu présumer que c'était également le cas lors du resserrement des mesures à l'automne 2020.

2. *La résiliation du contrat moral relatif aux rassemblements pendant la période des fêtes en décembre 2020*

Le 19 novembre 2020, alors que la seconde vague de cas se poursuit, le gouvernement propose à la population un « contrat moral » dont l'objectif est un assouplissement éventuel des règles pour le temps des fêtes de fin d'année à venir, afin que les familles puissent alors se rassembler¹⁰⁸. En contrepartie, il demande à la population de respecter certaines conditions pour maintenir la situation sous contrôle jusque-là et par la suite, soit de « participer à un confinement volontaire une semaine avant et une semaine après la période autorisée pour les rassemblements privés; se limiter à des rassemblements composés d'un maximum de dix personnes sur une période de quatre jours, soit du 24 au 27 décembre; surtout, continuer à se protéger les uns et les autres, en particulier les personnes plus âgées »¹⁰⁹. Lors de son annonce, le premier ministre mentionne qu'un assouplissement des

107. *Ibid* à la p 50.

108. MSSS, « Pandémie de la COVID-19 — Le gouvernement propose un contrat moral aux Québécois pour le temps des Fêtes », et points de presse dans les édifices de l'Assemblée nationale, Québec (19 novembre 2020), en ligne: <www.msss.gouv.qc.ca/ministere/salle-de-presse/communiqu-2454/>.

109. *Ibid*.

mesures au moment des fêtes permettra à la population de faire le plein d'énergie pour se rendre jusqu'à la fin de la pandémie, rappelant que les décisions prises depuis le début de la crise visent à assurer un équilibre entre les risques que les rassemblements représentent et les bienfaits qu'ils apportent aux personnes¹¹⁰.

Toutefois, le contrat moral proposé est finalement résilié par le gouvernement le 3 décembre 2020, face à l'augmentation considérable des cas de COVID-19 et des hospitalisations liées au virus¹¹¹. Lors de son annonce, le premier ministre indique en effet que la situation épidémiologique, incluant la capacité hospitalière, ne permet plus d'envisager la tenue de rassemblements pendant la période des fêtes¹¹². Les mesures de confinement en vigueur continueront donc à s'appliquer. Cette décision en est une du gouvernement et non une demande de la santé publique, précise le premier ministre, bien que la santé publique soit « quand même d'accord avec cette proposition-là »¹¹³. Il appert que le DNSP était plutôt d'avis d'attendre au 11 décembre pour statuer sur le maintien ou non du contrat moral, mais que le premier ministre ne souhaitait pas laisser de l'espoir à la population au vu de l'évolution de la situation.

Du côté des sondages, les résultats obtenus entre le 24 et le 30 novembre 2022, soit juste avant la résiliation du contrat moral, montraient notamment que la question de l'interdiction potentielle des rassemblements pendant le temps des fêtes divisait la population : 52 % des gens étaient d'accord avec cette interdiction, dont à peine un peu plus du quart (28 %) l'étaient totalement¹¹⁴.

Plus que l'expertise et les sondages, il semble donc que les chiffres concernant la situation épidémiologique, ainsi que des considérations

110. *Ibid.*

111. Entre le 26 novembre et le 3 décembre 2020, les cas quotidiens de COVID-19 passent de 1 374 à 1 171 et la moyenne mobile sur sept jours a subi une augmentation de 301 cas par jour. Pendant cette même période, le nombre d'hospitalisations passe de 669 à 762. INSPQ, « Données », *supra* note 104.

112. Conférence de presse de M François Legault, premier ministre, et de M Christian Dubé, ministre de la Santé et des Services sociaux. Conférences et points de presse dans les édifices de l'Assemblée nationale, Québec (3 décembre 2020), en ligne : <www.assnat.qc.ca/fr/actualites-salle-presse/conferences-points-presse/ConferencePointPresse-67929.html>.

113. *Ibid.*

114. INSPQ, « SOM : Étude de suivi sur la pandémie du coronavirus (COVID-19) — 24 au 30 novembre » (2 décembre 2020), en ligne (pdf) : <https://cdn-contenu.quebec.ca/cdn-contenu/gouvernement/Rapports_de_sondages_COVID-19/Rapports_hebdomadaires_et_bihebdomadaires/R20147v1p24_Rapport_hebdomadaire_2_decembre_2020.pdf?1626113641>.

sociales aient influencé la décision du gouvernement. Tout comme pour la fermeture des restaurants en septembre 2020, la résiliation du contrat moral en décembre 2020 montre que le gouvernement ne s'en remet pas uniquement à l'expertise ni aux nombres pour prendre ses décisions, mais également à d'autres considérations, notamment sociales, en l'occurrence le souci de ne pas laisser planer inutilement l'espoir de se rassembler aux fêtes.

3. L'imposition d'un couvre-feu au mois de janvier 2021

Le 8 janvier 2021, le gouvernement ordonne par décret l'imposition d'un couvre-feu dans l'ensemble de la province pour une période d'un mois. Il est alors « interdit à toute personne entre 20 heures et 5 heures, de se trouver hors de sa résidence ou de ce qui en tient lieu ou du terrain d'une telle résidence [...] »¹¹⁵. Cette mesure, qualifiée d'électrochoc, fera du Québec la seule province canadienne et l'unique gouvernement nord-américain à recourir à cette mesure sanitaire pendant la pandémie¹¹⁶.

À l'origine, la mesure a été proposée au gouvernement, environ 48 heures avant son annonce, par le conseiller médical stratégique adjoint à la DGSP, le D^r Éric Litvak. C'est d'ailleurs « à la surprise générale » que celui-ci aurait conseillé au gouvernement d'adopter cette mesure en vue de freiner la propagation du virus¹¹⁷; il expliquera plus tard que « [l']intérêt du couvre-feu est d'introduire une règle sans ambiguïté pour la population et dont le respect est facile à vérifier par les autorités de la sécurité publique »¹¹⁸. Le DNSP et ses conseillers spéciaux avaient pourtant indiqué, deux jours auparavant, que la situation était

115. Décret concernant l'ordonnance de mesures visant à protéger la santé de la population dans la situation de pandémie de la COVID-19, D 2-2021 (8 janvier 2021) GOQ II, 5B.

116. Suzanne Colpron, « Pourquoi le Québec y a adhéré », *La Presse* (13 mars 2021), en ligne : <www.lapresse.ca/covid-19/2021-03-13/champion-du-couvre-feu/pourquoi-le-quebec-y-a-adhere.php>; David Rémillard, « Le Québec n'a pas produit d'étude sur le couvre-feu », *Radio-Canada* (30 décembre 2021), en ligne : <ici.radio-canada.ca/nouvelle/1850929/couvre-feu-quebec-etude-science-annonce-gouvernement-ministere>.

117. Quelques jours avant l'annonce du gouvernement concernant le couvre-feu, soit le 4 janvier 2021, la DGSP avait sonné l'alarme, constatant que la pandémie était désormais impossible à endiguer dans la province. Castonguay, *supra* note 95. Notons que le caractère probant des preuves scientifiques relatives à l'efficacité du couvre-feu demeure à être vérifié; voir Paul Journet, « Agir sans savoir », *La Presse* (29 janvier 2021), en ligne : <www.lapresse.ca/actualites/2021-01-29/agir-sans-savoir.php>.

118. Déclaration sous serment du D^r Éric Litvak dans *Marc-Boris St-Maurice c Québec (PG)*, Cour supérieure, district de Montréal, n° 500-17-115564-216 au para 43 [*Marc-Boris St-Maurice*].

maîtrisée, ayant atteint un plateau durant le temps des fêtes, et qu'aucune nouvelle mesure n'était préconisée en conséquence. Il appert que les experts scientifiques ont analysé les chiffres, mis à jour leurs projections, puis conclu qu'il était finalement nécessaire d'appliquer des mesures additionnelles¹¹⁹.

Le fait que, suivant les conseils d'experts, le gouvernement adopte une mesure d'une telle ampleur en si peu de temps équivaut-il à de l'épistocratie ? L'expertise s'est-elle érigée ici au rang de source normative ? Les décideurs politiques se sont-ils subordonnés aux savants ? Devant la tentation de répondre par la positive, il convient toutefois de soulever l'existence d'informations qui pouvaient influencer la décision du gouvernement.

Au moment de prendre sa décision, le gouvernement avait en effet entre les mains certaines données concernant l'opinion publique, à savoir qu'au début du mois de janvier 2021, de 20 % à 30 % des Québécois ne respectaient plus les consignes, selon les sondages¹²⁰. De plus, entre le 18 et le 21 décembre 2020, les sondages révélaient que « l'effet incitatif des messages sur le respect de la distanciation est moindre qu'à la période du 8 au 13 décembre », et 78 % des personnes sondées « appuient la décision de mettre le Québec sur pause du 17 décembre au 10 janvier »¹²¹. Il n'est donc pas exclu que ces données aient pu influencer la décision du gouvernement.

D'autres informations sont également à la disposition du gouvernement à ce moment. Les statistiques fournies par l'INSPQ montrent que dans les semaines précédant cette décision, soit depuis le début du mois de décembre 2020, tous les chiffres étaient à la hausse¹²². Les éclosions actives se produisaient surtout dans les milieux de travail, les milieux de vie et de soins, les milieux scolaires et préscolaires et les services de

119. Castonguay, *supra* note 95.

120. Denis Lessard, « Vers un (autre) confinement total », *La Presse* (5 janvier 2021), en ligne : <www.lapresse.ca/covid-19/2021-01-05/vers-un-autre-confinement-total.php>.

121. INSPQ, « SOM : Étude de suivi sur la pandémie du Coronavirus (COVID-19) — 18 au 21 décembre 2020 », Rapport hebdomadaire, en ligne (pdf) : <https://cdn-contenu.quebec.ca/cdn-contenu/gouvernement/Rapports_de_sondages_COVID-19/Rapports_hebdomadaires_et_bihebdomadaires/R20147v1p33_Rapport_hebdomadaire_22_decembre_2020.pdf?1626113641> à la p. 3.

122. Entre le 6 décembre 2020 et le 6 janvier 2021, la moyenne mobile de cas par jour est passée de 1 650 à 2 494; la moyenne mobile des décès par jour est passée de 36 à 51; et la moyenne mobile de nouvelles hospitalisations par jour est passée de 82 à 33. INSPQ, « Données », *supra* note 104.

garde¹²³. Quant aux prévisions faites par l'INESSS concernant les risques d'hospitalisation et les besoins hospitaliers, elles prévoyaient une hausse du nombre de patients COVID-19 hospitalisés, et ce, pour l'ensemble du Québec, avec une augmentation plus marquée pour la région de Montréal¹²⁴. Pour justifier sa décision, le gouvernement a d'ailleurs insisté sur l'augmentation du nombre de cas, de décès et d'hospitalisations et sur l'engorgement des hôpitaux, qualifiant la situation de « grave »¹²⁵.

Les nombres ont vraisemblablement joué un rôle important dans la prise de décision du gouvernement, puisqu'ils ont éclairé tant les experts que les politiciens. Mais ces chiffres ont-ils exercé une fonction programmatrice eu égard à l'adoption du couvre-feu ? Autrement dit, pouvait-on s'attendre à l'imposition d'une telle mesure à la vue des chiffres et des sondages ? À cet égard, le fait que le gouvernement ait mis en place un système de paliers d'alerte afin de mieux prévoir les mesures sanitaires à instaurer selon la situation épidémiologique de chaque région, ainsi que selon le contrôle de la transmission du virus et la capacité du système de soins, semble davantage correspondre à une gouvernance *par* les nombres.

Censé durer quatre semaines, le couvre-feu sera finalement maintenu pendant près de cinq mois, puisque selon le D^r Litvak :

[j]usqu'à la fin mai, la situation dans la plupart des régions du Québec, tant dans le Grand Montréal que dans le reste de la province, consistait en un équilibre fragile dans lequel les mesures parvenaient à ralentir suffisamment la transmission pour éviter une hausse des cas. Tout assouplissement significatif, comme le retrait du couvre-feu, aurait eu forcément pour effet de briser cet équilibre et de mener à de nouvelles augmentations des nombres de cas¹²⁶.

123. INSPQ, « Données sur les éclosions de COVID-19 au Québec » (2022), en ligne : <www.inspq.qc.ca/covid-19/donnees/eclosions>.

124. INESS, « Suivi de l'évolution de l'épidémie de COVID-19 : risques d'hospitalisation et projections des besoins hospitaliers — Mise à jour du 31 décembre 2020 », Communiqué de presse (2020), en ligne (pdf) : <www.inesss.qc.ca/fileadmin/doc/INESSS/Communiqués/Communique-projections-311220_web.pdf>.

125. « Le point sur la pandémie de la COVID-19 au Québec », *Le Devoir* (6 janvier 2021), en ligne (vidéo) : <www.ledevoir.com/videos/592796/le-point-sur-la-pandemie-de-covid-19-au-quebec-mercredi-6-janvier>.

126. *Marc-Boris St-Maurice*, *supra* note 118 au para 68.

Quant aux sondages, ils révèlent notamment qu'entre le 11 et le 17 mai 2021, soit juste avant l'annonce de l'éventuelle levée du couvre-feu, « les mesures les plus strictes (couvre-feu, maintien des zones rouges et rassemblements privés interdits) sont significativement moins acceptées qu'au plus récent coup de sonde (4 au 10 mai) »¹²⁷. Néanmoins, 92 % des répondants déclarent qu'ils respectent « toujours » les règles du couvre-feu¹²⁸. Enfin, les taux relatifs à la fatigue pandémique sont inquiétants, avec 83 % des répondants qui se sentent « désespérés » et 82 %, « piégés » ; 92 % disent se sentir « physiquement faibles/malades » et 80 % ressentent des difficultés à dormir¹²⁹.

Ce cas montre l'enchevêtrement de plusieurs données ayant pu influencer la décision du gouvernement. Bien que celui-ci ait évidemment le dernier mot, les experts étaient visiblement très présents dans le processus décisionnel, de même que les chiffres. Quand les décisions politiques vont dans le sens de l'expertise et des chiffres, comme dans le cas du couvre-feu, il semble d'autant plus difficile de départager la gouvernance avec les experts et les nombres et celle *par* les experts et les nombres.

Le couvre-feu est finalement levé le 28 mai 2021 sur l'ensemble du territoire¹³⁰, comme le DGSP le recommande à ce moment-là¹³¹. L'annonce en sera faite lors d'un point de presse du ministre de la Santé et des Services sociaux dès le 9 mai, lors duquel il fait état de l'amélioration notable de la situation épidémiologique¹³². Depuis la mi-avril, les

127. INSPQ, « SOM : Étude de suivi sur la pandémie du coronavirus (COVID-19) — 11 au 17 mai 2021 », Rapport hebdomadaire (19 mai 2021) à la p 3, en ligne (pdf) : <https://cdn-contenu.quebec.ca/cdn-contenu/gouvernement/Rapports_de_sondages_COVID-19/Rapports_hebdomadaires_et_bihebdomadaires/R21012v1p24_Rapport_hebdomadaire_19_mai_2021.pdf?1626113643>.

128. INSPQ, « Faits saillants du 18 mai 2021, COVID-19 — Sondages sur les attitudes et comportements des adultes québécois », en ligne : <www.inspq.qc.ca/covid-19/sondages-attitudes-comportements-quebecois/18-mai-2021>.

129. *Ibid.*

130. *Décret concernant l'ordonnance de mesures visant à protéger la santé de la population dans la situation de pandémie de la COVID-19*, D 735-2021 (26 mai 2021) GOQ II, 413A.

131. DGSP, « Recommandations relatives à la levée des mesures d'urgence, au retrait du couvre-feu sur le territoire québécois et à la mise en place des mesures d'assouplissement en vue du communiqué de presse du 19 mai 2021 » (19 mai 2021) à la p 1, en ligne (pdf) : <www.publications.msss.gouv.qc.ca/msss/fichiers/docs-dnsp-covid/20210519_Recommandations-19-mai.pdf>.

132. MSSS, « Pandémie de la COVID-19 — Levée des mesures spéciales d'urgence partout au Québec dès le 24 mai » (19 mai 2021), en ligne : <www.msss.gouv.qc.ca/ministere/salle-de-presse/communique-2871/>.

chiffres montrent en effet que la situation s'améliore¹³³ et les prévisions de l'INESSS concernant les risques d'hospitalisation et les projections des besoins hospitaliers sont encourageantes¹³⁴. En ce qui concerne l'imposition et la levée du couvre-feu, il appert que les décisions du gouvernement vont dans le même sens que les avis de certains experts de la santé publique¹³⁵ et les tendances illustrées par les chiffres disponibles.

4. Le port du masque à l'extérieur en avril 2021

Le 6 avril 2021, par un communiqué de presse du cabinet du ministre de la Santé et des Services sociaux, le port du masque est rendu obligatoire lors d'activités extérieures de sports et de loisirs, pratiquées en groupe dans les régions des paliers rouge et orange¹³⁶. Selon l'INSPQ, « peu d'études ont documenté la transmission du virus SRAS-CoV-2 dans l'environnement extérieur, notamment en saison froide »¹³⁷. En ce qui concerne les données épidémiologiques, les cas ont connu une hausse dans le dernier mois, alors que les décès sont demeurés stables et que le nombre d'hospitalisations a légèrement augmenté¹³⁸. La mesure ayant

133. Entre le 15 avril et le 15 mai 2021, la moyenne mobile de cas de COVID-19 par jour est passée de 1 416 à 713. INSPQ, « Données » *supra* note 104.

134. Voir par ex INESSS, « Suivi de l'évolution de l'épidémie de COVID-19: risques d'hospitalisation et projections des besoins hospitaliers — Mise à jour du 20 mai 2021 », Communiqué de presse, en ligne (pdf) : <www.inesss.qc.ca/fileadmin/doc/INESSS/Communiques/Communique-projections-200521_web.pdf>.

135. À noter que tous les experts de la santé publique ne partageaient pas forcément le même avis concernant une mesure donnée. Voir, notamment, Henri Ouellette-Vézina, « La santé publique de Montréal avait dit non au couvre-feu », *La Presse* (22 janvier 2022), en ligne : <www.lapresse.ca/actualites/covid-19/2022-01-21/la-sante-publique-de-montreal-avait-dit-non-au-couvre-feu.php>.

136. Au palier rouge, « lors d'activités extérieures en groupe (maximum de 8 personnes), port du masque ou du couvre-visage obligatoire lorsque les personnes ne résident pas ensemble, sauf si elles sont assises à 2 mètres de distance » ; au palier orange, « lors d'activités extérieures en groupe (maximum de 8 personnes), port du masque ou du couvre-visage obligatoire lorsque les personnes ne résident pas ensemble, sauf si elles sont assises à 2 mètres de distance ». Cabinet du ministre de la Santé et des Services sociaux, Communiqué de presse, « Pandémie de la COVID-19 — Resserrement des mesures en vigueur aux paliers rouge et orange pour faire face aux variants », en ligne : <www.quebec.ca/nouvelles/actualites/details/pandemie-de-la-covid-19-resserrement-des-mesures-en-vigueur-aux-paliers-rouge-et-orange-pour-faire-face-aux-variants>.

137. INSPQ, « COVID-19: environnement extérieur » à la p 3, en ligne (pdf) : <www.inspq.qc.ca/sites/default/files/covid/3002-environnement-exterieur-q-r-covid19.pdf>.

138. Entre le 6 mars et le 6 avril 2021, la moyenne mobile de cas par jour est passée de 706 à 1 613 ; pour cette même période, la moyenne des hospitalisations par jour est passée de 38 à 54. INSPQ, « Données » *supra* note 104.

semé « confusion et incompréhension »¹³⁹, le gouvernement fera volte-face et assouplira les normes relatives au port du masque à l'extérieur moins de dix jours plus tard¹⁴⁰.

Au sujet de la justification scientifique de l'imposition du masque à l'extérieur, le DNSP a indiqué « que la décision en ce sens avait été prise "par consensus d'experts", sans pouvoir citer aucune étude pour l'appuyer »¹⁴¹. Cette décision prise par les experts sans bénéficier de données scientifiques semble ainsi relever de « l'improvisation », ce qui, comme le mentionne le politologue Éric Montpetit, est normal dans « un contexte où le décideur doit prendre une décision maintenant sans attendre que les connaissances scientifiques soient produites »¹⁴².

Le cas présent soulève la question suivante : le spectre de l'épistocratie se fait-il plus menaçant lorsque le gouvernement s'en remet à une expertise faiblement fondée scientifiquement ? Autrement dit, la qualité des données probantes sous-jacentes à l'expertise lui procure-t-elle davantage une fonction informative et légitimante mettant le gouvernement à l'abri d'une critique épistocratique ? À tout le moins, l'expertise peut, dans ce cas-ci, avoir joué un rôle plus légitimant qu'informatif pour le gouvernement.

139. Jean-Louis Bordeleau, « Legault assouplit la règle du port du masque à l'extérieur », *Le Devoir* (15 avril 2021), en ligne : <www.ledevoir.com/societe/sante/598801/quebec-assouplit-sa-consigne-sur-le-port-du-masque-a-l-exterieur>.

140. Arrêté n° 2021-026 du ministre de la Santé et des Services sociaux en date du 14 avril 2021, concernant l'ordonnance de mesures visant à protéger la santé de la population dans la situation de pandémie de la COVID-19, en ligne (pdf) : <https://cdn-contenu.quebec.ca/cdn-contenu/adm/min/sante-services-sociaux/publications-adm/lois-reglements/AM_2021-026.pdf?1618445825> :

Que le dispositif du décret numéro 433-2021 du 24 mars 2021, modifié par les arrêtés numéros 2021-019 du 28 mars 2021, 2021-020 du 1^{er} avril 2021, 2021-023 du 7 avril 2021 et 2021-025 du 11 avril 2021, soit de nouveau modifié :

1° par le remplacement du paragraphe 20.1° du cinquième alinéa par le paragraphe suivant :
20.1° un couvre-visage doit être porté par toute personne en tout temps et pour la durée complète de toute activité de loisir ou de sport, sauf dans les cas suivants :

a) lorsque les seuls participants à l'activité sont les occupants d'une même résidence privée ou de ce qui en tient lieu ou les personnes qui peuvent se trouver dans une telle résidence en application du paragraphe 3° du présent alinéa ;

e) si les personnes participant à l'activité ne s'approchent jamais à deux mètres les unes des autres [...].

141. Jocelyne Richer, « Cafouillage sur le masque à l'extérieur : Legault cherche à minimiser la controverse », *L'Actualité* (15 avril 2021), en ligne : <www.lactualite.com/actualites/cafouillage-sur-le-masque-a-l-exterieur-legault-cherche-a-minimiser-la-controverse/>.

142. Mélissa Guillemette, « D'où vient cette idée d'imposer le masque à l'extérieur ? », *Québec Science* (15 avril 2021), en ligne : <www.quebecscience.qc.ca/sante/masque-exterieur/>.

5. Le retrait du masque à l'école en période de canicule en juin 2021

Au début du mois de juin 2021, le port du masque est encore obligatoire dans les écoles pour les élèves à partir de la première année du primaire. Toutefois, le retrait du masque est prévu dans les régions en zone jaune¹⁴³. Puis, le 7 juin, le MSSS publie un communiqué dans lequel il indique que, dans le contexte de la vague de chaleur qui sévit et « à la suite d'une recommandation des autorités de santé publique »¹⁴⁴, les élèves du primaire et du secondaire vivant dans les régions au palier orange ne seront désormais plus obligés de porter le masque en classe, et ce, dès le lendemain. Alors que les statistiques indiquent que les nombres de cas de COVID-19, de décès et d'hospitalisations diminuent¹⁴⁵, cette mesure « s'inscrit dans le contexte de déconfinement amorcé depuis quelques jours en raison de l'amélioration notable de la situation épidémiologique au Québec »¹⁴⁶, lequel a déjà mené à un allègement du port du masque dans les écoles en zone jaune¹⁴⁷. Or, la même journée, le ministre de l'Éducation annonce sur les réseaux sociaux qu'« en raison de la chaleur extrême, en plus de permettre les ventilateurs et climatiseurs, la santé publique autorisera, dès demain et jusqu'à la fin de l'année, les élèves à retirer leur masque lorsqu'ils sont en classe »¹⁴⁸, un allègement qui vaut pour toute la province.

Ce dernier assouplissement origine d'une demande que les directions d'école de Montréal ont faite à la Direction régionale de santé publique de cette ville :

« [L']Association montréalaise des directions d'établissement scolaire (AMDES), qui regroupe 650 membres à Montréal, estime qu'il fallait

143. Emmanuelle LeBlond, « Vers un allègement du port du masque dans les écoles », *L'Express* (2 juin 2021), en ligne : <www.journalexpress.ca/2021/06/02/vers-un-allegement-du-port-du-masque-dans-les-ecoles/>.

144. MSSS, « Pandémie de la COVID-19 — Le port du masque désormais non obligatoire en classe dans les régions au palier orange » (7 juin 2021), Communiqué de presse, en ligne : <www.msss.gouv.qc.ca/ministere/salle-de-presse/communique-2931/> [MSSS, « Le port du masque désormais non obligatoire »].

145. Entre le 8 mai et le 8 juin 2021, la moyenne mobile de cas par jour passe de 845 à 193 ; la moyenne mobile de décès journaliers, pour cette même période, passe de 6 à 3 ; la moyenne d'hospitalisations passe de 43 à 10. INSPQ, « Données », *supra* note 104.

146. MSSS, « Le port du masque désormais non obligatoire », *supra* note 143.

147. Voir, notamment, LeBlond, *supra* note 143.

148. Jean-François Roberge (7 juin 2021 à 18h28), en ligne : *Twitter* <www.twitter.com/jfrobergeQc/status/1402029761489248260?cxt=HHwWiiC9ofmogfUmAAAA>.

“absolument et de toute urgence” assouplir les règles de santé publique qui obligeaient les élèves à porter le masque en tout temps à l'école»¹⁴⁹.

La direction de la santé publique de la Montérégie avait « pour sa part déjà pris une décision en ce sens et permettait, si la température n'est pas “acceptable” dans une classe, que les élèves enlèvent leur masque une fois assis à leur place »¹⁵⁰. Les experts de la santé publique semblent, plus que dans d'autres cas, jouer un rôle normatif prédominant.

Le fait que les autorités de santé publique ont été interpellées par les directions d'école, et non le gouvernement, est-il signe d'une subordination du politique aux experts ? La mention, par le ministre de l'Éducation, que c'est la santé publique qui a « autorisé » cette mesure d'assouplissement pourrait renforcer cette idée et militer en faveur de l'épistocratie. Cependant, du fait que les experts ne semblent pas avoir appuyé leur décision sur des données connues, est-il plus ardu de conclure que l'expertise s'est employée à fournir des données légitimantes ? Ce cas illustre, comme le précédent, la difficulté de bien déterminer le type de gouvernance associée à la mesure sanitaire en question lorsque les décisions vont dans le sens de l'expertise et de l'information et que les experts, en l'occurrence, se voient accorder une place importante dans le processus décisionnel.

6. *La réouverture des restaurants en zone orange en février 2021*

Le 2 février 2021, alors que toute la province est touchée par des mesures de confinement, dont le couvre-feu, le gouvernement annonce un petit déconfinement pour l'ensemble du territoire, incluant la réouverture des magasins, des salons de coiffure et des musées, qui prendra effet le 8 février 2021¹⁵¹. Six régions bénéficient toutefois de mesures d'assouplissement additionnelles, car la situation s'y est

149. Marie-Eve Morasse, « Canicule — Le masque ne sera plus obligatoire en classe », *La Presse* (7 juin 2021), en ligne : <www.lapresse.ca/covid-19/2021-06-07/canicule/le-masque-ne-sera-plus-obligatoire-en-classe.php>.

150. *Ibid.*

151. Ces régions sont : la Gaspésie et les Îles-de-la-Madeleine, le Bas-Saint-Laurent, le Saguenay-Lac-Saint-Jean, l'Abitibi-Témiscamingue, la Côte-Nord et le Nord-du-Québec. Québec, Conférence de presse de M. François Legault, premier ministre, et de M. Christian Dubé, ministre de la Santé et des Services sociaux. Conférences et points de presse dans les édifices de l'Assemblée nationale (2 février 2021) en ligne : <www.assnat.qc.ca/fr/actualites-salle-presse/conferences-points-presse/ConferencePointPresse-69089.html>.

améliorée¹⁵², en particulier dans les hôpitaux. Elles passent ainsi du palier rouge au palier orange, ce qui signifie notamment que les restaurants peuvent rouvrir avec certaines restrictions : « un maximum de deux personnes, accompagnées de leurs enfants mineurs ou de toute autre personne qui nécessite ou à qui elles procurent assistance, le cas échéant, peuvent se trouver autour d'une même table »¹⁵³.

Dans ce cas-ci, le gouvernement a suivi à la lettre la recommandation faite préalablement par la DGSP¹⁵⁴ et fondée sur la situation épidémiologique variable dans les différentes régions de la province, le risque d'importation du virus en provenance d'autres régions et le risque d'importation et de transmission locale de nouveaux variants du virus. En conférence de presse, le premier ministre a insisté sur le fait que la décision d'adopter certaines mesures d'assouplissement résultait de l'évaluation du nombre de lits d'hôpitaux s'étant libérés et de la capacité, le cas échéant, de reprendre certaines activités, témoignant ainsi d'une prise en compte de certains chiffres disponibles¹⁵⁵. Il a également souligné l'importance de ne pas ajouter de pression sur le personnel soignant et de prévoir, conséquemment, un déconfinement très graduel, soit une autre considération s'ajoutant à celles retenues par les experts de la santé publique¹⁵⁶.

Par ailleurs, d'autres informations disponibles à cette période peuvent avoir orienté la décision du gouvernement de prévoir des mesures d'assouplissement, dont la réouverture des restaurants dans quelques régions en meilleure posture. Premièrement, entre le 7 janvier et le 1^{er} février 2021, les cas déclarés de COVID-19 sont continuellement à la baisse dans la province¹⁵⁷. Deuxièmement, entre le mois de janvier et le mois de février 2021, les sondages révèlent une hausse de 10 % à 33 % du pourcentage de personnes croyant que le pire de la crise est

152. *Ibid.*

153. *Décret concernant l'ordonnance de mesures visant à protéger la santé de la population dans la situation de pandémie de la COVID-19*, D 102-2021 (5 février 2021), GOQ II, 495B.

154. DGSP, « Adaptation des mesures sanitaires au 8 février 2021 » (2 février 2021), en ligne (pdf) : <www.publications.msss.gouv.qc.ca/msss/fichiers/docs-dnsp-covid/20210202_Adaptation-des-mesures-sanitaires-DGSP.pdf>.

155. Conférence de presse de M François Legault, premier ministre, et de M Christian Dubé, ministre de la Santé et des Services sociaux, « Situation au Québec quant à la COVID-19 », Version finale, 2 février 2021.

156. *Ibid.*

157. Entre ces dates, les cas sont passés de 2 799 à 890 par jour. INSPQ, « Données », *supra* note 104.

passé¹⁵⁸; de plus, 75 % des gens sont d'accord pour que les commerces non essentiels rouvrent¹⁵⁹. Enfin, bien que 61 % des personnes sondées craignent qu'un assouplissement des mesures mène à un débordement du système de santé, 85 % sont au moins « plutôt d'accord » pour un assouplissement des mesures sanitaires dans les régions les moins touchées et, plus spécifiquement, 84 % sont au moins « plutôt d'accord » avec la réouverture des restaurants dans les régions les moins touchées¹⁶⁰. Il est donc possible que l'acceptabilité sociale de la mesure, qui se dégage des sondages, ait renforcé la décision du gouvernement d'adopter une mesure d'assouplissement à laquelle la santé publique était favorable.

Les dispositions de la *LSP* ne permettent pas de prévoir l'ampleur du rôle que peuvent jouer les experts et les nombres dans la gestion de la crise sanitaire, c'est-à-dire le niveau d'influence qu'ils peuvent exercer sur le politique et, conséquemment, sur les normes adoptées. Cependant, une analyse de quelques mesures sanitaires montre que, pendant la pandémie de COVID-19, l'expertise et l'information ont été omniprésentes dans le paysage des sources normatives ayant pu être invoquées au soutien des décisions politiques, que celles-ci collent ou non aux recommandations et avis des experts de la santé publique ou aux nombres. Comment, alors, concevoir théoriquement cette importante pression que les experts et les nombres ont exercée sur le droit et, surtout, dans quelle mesure faut-il s'en inquiéter ? Conclure à l'épistocratie et à la numérocrite s'avère une tâche complexe, d'autant plus qu'il n'est pas possible d'avoir accès aux délibérations et que de nombreuses considérations interviennent dans le choix et la justification des normes sanitaires.

III. L'EXPERTISE ET L'INFORMATION DANS LA PERSPECTIVE DU DROIT DE LA GOUVERNANCE

À l'épistémocratie et à la numérocrite, le droit de la gouvernance substitue une autre explication de l'expertise et des nombres. Conçues,

158. INSPQ, « Faits saillants du 23 février 2021 », en ligne : <www.inspq.qc.ca/covid-19/sondages-attitudes-comportements-quebecois/23-fevrier-2021>.

159. *Ibid.*

160. INSPQ, « SOM : Étude de suivi sur la pandémie du coronavirus (COVID-19) — 2 au 8 février 2021 » (10 février 2021), en ligne (pdf) : <www.cdn-contenu.quebec.ca/cdn-contenu/gouvernement/Rapports_de_sondages_COVID-19/Rapports_hebdomadaires_et_bihebdomadaires/R20147v1p46_Rapport_hebdomadaire_10_fevrier_2021.pdf>.

selon Valérie Lasserre, comme des « sources normatives » constitutives de « données légitimantes » à la prise de décisions politiques et à l'élaboration de normes, l'expertise et l'« information » — les données informatives incluent notamment les nombres issus des statistiques et des sondages — jouent alors un rôle important dans la gouvernance publique¹⁶¹. Ainsi, ce qui était vu comme des menaces à la démocratie se révèle plutôt, dans la perspective du droit de la gouvernance, comme des éléments légitimants dans le processus d'édiction des normes. Même si l'expertise et l'information sont l'objet de processus institutionnels qui élèvent la science et les nombres au rang de sources normatives, il n'y aurait pas lieu, selon le droit de la gouvernance, d'y voir là l'émergence de nouveaux pouvoirs. En d'autres termes, la gouvernance *par* les experts et les nombres fait ici place à la gouvernance *avec* les experts et les nombres, justifiant ainsi le recours aux uns et aux autres pour éclairer les décisions politico-juridiques.

A. L'expertise comme donnée légitimante : la gouvernance avec les experts

La question ici ne consiste pas à opposer la démocratie à l'épistocratie¹⁶², mais à tenter de saisir comment l'expertise peut être comprise par le droit de la gouvernance, en réponse en quelque sorte au spectre épistocratique. Alors que David Estlund a proposé un « cadre philosophique »¹⁶³ pour penser le statut des experts, il s'agit ici de proposer un cadre juridique et d'analyser le rôle des experts à l'aide du droit de la gouvernance.

Dans son ouvrage sur le droit de la gouvernance¹⁶⁴, Valérie Lasserre, qui conçoit le rôle de l'expertise dans le droit de la gouvernance comme fournissant des données légitimantes, établit que l'expertise peut servir comme mode de détermination de la responsabilité (par exemple, l'expertise judiciaire), comme mode de refondation des liens sociaux (par exemple, en droit de la famille et en droit des personnes), comme mode ultime de décision (par exemple, lorsque le principe de précaution est la pierre angulaire de la décision politique) et comme mode de gestion du risque (par exemple, lorsque les institutions

161. Lasserre, *supra* note 15.

162. Giroux, *supra* note 35 à la p 303.

163. Estlund, *supra* note 18 à la p 44.

164. Voir le chapitre sur l'expertise dans Lasserre, *supra* note 15 aux pp 25–115.

scientifiques sectorielles mènent à « une véritable irradiation du droit par l'expertise »¹⁶⁵). D'ailleurs, Lasserre consacre un développement au droit sanitaire et au pouvoir de recommandation des agences sanitaires dans cette optique de gestion du risque¹⁶⁶.

Le droit de la gouvernance n'ignore pas les craintes liées à l'épistocratie. La rationalité technique et scientifique, lorsqu'elle revêt une forme impérative associée à l'exercice du pouvoir, serait donc « en passe de devenir la force motrice d'un nouveau droit »¹⁶⁷. Dès lors, « la question du contrôle démocratique de l'expertise se pose »¹⁶⁸, tout comme celle de savoir comment ce droit de la gouvernance se concilie avec l'État de droit ou, sinon, la gouvernance publique. Alors que Lasserre détermine certaines conditions reliées directement à l'expertise¹⁶⁹, les exigences du droit de la gouvernance, héritées des principes de la théorie de la gouvernance elle-même, semblent à cet égard offrir également certaines garanties : légitimité, imputabilité, responsabilité et reddition de comptes, transparence, participation, efficacité, qualité, réflexivité, proximité, etc. Ainsi, le droit de la gouvernance pense et encadre le rôle des experts, là où l'épistocratie le craint, ce qui se conçoit comme une gouvernance avec les experts.

Dans le cas de l'expertise en contexte de crise sanitaire, le droit de la gouvernance fournit donc non seulement une explication relative à l'expertise en elle-même, mais offre au surplus une qualification des recommandations faites par les experts. Celles-ci y apparaissent comme des « normes officielles non obligatoires »¹⁷⁰, revêtues néanmoins d'une certaine puissance normative. Les exemples que nous avons répertoriés montrent bien comment opère la valeur recommandatoire des avis des experts, alors que ceux-ci ont pu tantôt contribuer à fonder des mesures sanitaires, tantôt voir leur expertise écartée des décisions au profit d'autres considérations. C'est le cas, par exemple,

165. Gérard Rousseau et Patrick de Fontbressin, *L'expert et l'expertise judiciaire en France. Théorie – Pratique – Formation*, Bruxelles, Bruylant, 2007 à la p 16.

166. Lasserre, *supra* note 15 aux pp 102–10.

167. Rousseau et de Fontbressin, *supra* note 165 à la p 16.

168. Lasserre, *supra* note 15 à la p 72.

169. *Ibid* à la p 26:

L'expertise constitue donc une communication affectée d'un coefficient d'autorité suffisamment élevé pour permettre de légitimer une décision en connaissance de cause, que celle-ci soit législative, judiciaire ou administrative, ce qui suppose l'extériorité de l'expert par rapport au décideur, sa compétence, sa neutralité, son objectivité et le caractère technique et scientifique de l'expertise.

170. Lasserre, *supra* note 15 à la p 21.

lorsque le conseiller médical stratégique adjoint à la DGSP, le D^r Éric Litvak, a proposé le couvre-feu et que le gouvernement est allé en ce sens, ou encore, lorsque le gouvernement s'en est remis à la recommandation des autorités de la santé publique de permettre le retrait du masque en période de canicule. Dans d'autres situations, les recommandations des experts n'ont pas été suivies, comme lorsque le gouvernement a décidé de fermer les restaurants, alors que la santé publique lui recommandait plutôt de les maintenir ouverts.

B. L'information comme donnée légitimante : la gouvernance avec les nombres

Dans la perspective du droit de la gouvernance, l'information est l'une des sources normatives du droit, en ce qu'elle fournit des données légitimantes à la production des normes. Tout comme l'expertise, l'information s'ajoute aux données légitimantes à la source des décisions, lesquelles s'imposent par leur « autorité intrinsèque »¹⁷¹. Les études d'impact, les sondages et les statistiques constituent des exemples du rôle de l'information comme source du droit :

À côté de l'expertise, l'information illustre à son tour la puissance des données légitimantes dans le système juridique. C'est bien en effet ici du processus dynamique et opérationnel de création d'informations injectées dans le système juridique dont il est question. Ce n'est que parce que le système juridique paraît surdéterminé, paramétré par des flux, des champs et des pôles d'information, que celles-ci méritent d'être traitées comme une source de droit et à ce titre d'être connues, publiées, discutées publiquement et ainsi mieux maîtrisées. C'est bien des informations à caractère public dont il s'agit, c'est-à-dire des informations permettant de fonder des décisions politiques et d'être, à ce titre, communiquées aux citoyens et contrôlées au regard d'un principe de fiabilité, d'objectivité et de qualité. C'est le seul moyen d'éviter la confusion entre information et communication¹⁷².

L'information est « à la base de la société de l'innovation et au croisement du savoir et du pouvoir »¹⁷³. Par l'information, le droit intervient

171. *Ibid* à la p 21.

172. *Ibid* aux pp 122–23.

173. *Ibid* à la p 121.

dans tous les domaines, occupant des champs nouveaux et émergeant dans des lieux tels que les technologies, l'environnement et la santé.

L'information, qu'elle soit économique, financière, scientifique ou sociologique, est le véritable nerf de la guerre dans le fonctionnement du système juridique, parce qu'elle permet le traitement de la complexité, parce qu'elle est le savoir qui fonde les décisions, parce qu'elle est légitimante, parce qu'elle est source de pouvoir¹⁷⁴.

Lorsqu'elle n'est pas instrumentalisée, la publication d'informations concernant l'évolution de la pandémie s'inscrit ainsi dans cette logique et vient, dans une certaine mesure, assurer une forme de transparence et d'imputabilité. L'information regroupe « des données créditées de fiabilité, d'objectivité et censées rendre compte de la réalité — ou tout au moins d'une certaine réalité »¹⁷⁵. Comme nous l'avons mentionné, l'information chiffrée dont il est question dans la crise sanitaire s'incarne dans la gouvernance par les statistiques¹⁷⁶ et dans celle par les sondages¹⁷⁷. Par exemple, nous avons pu constater que le choix du gouvernement de résilier le contrat moral relatif aux rassemblements pendant la période des fêtes de décembre 2020 s'appuyait fortement sur les données alors disponibles. Plus que l'expertise et les sondages, il semble dans ce cas que les chiffres concernant la situation, ainsi que des considérations sociales aient influencé la décision du gouvernement. Les nombres ont pu ainsi fournir des données légitimantes et devenir des sources normatives.

Enfin, il importe de souligner, comme nous l'avons fait pour la relation entre le savoir et le pouvoir, que l'information, en raison de son rôle et de sa portée juridique, soulève aussi un enjeu démocratique. C'est pourquoi il convient de « soumettre les producteurs d'informations à des contrôles démocratiques de fiabilité et de qualité »¹⁷⁸. De plus, c'est la notion de transparence qui constitue « l'aveu de cette intime relation entre le savoir et le pouvoir »¹⁷⁹ : « [I]orsque ceux qui détiennent le pouvoir, que ce soit dans la sphère publique ou dans la sphère économique,

174. *Ibid* à p 122.

175. *Ibid* à la p 24.

176. Jacky Fayolle, « À propos de la gouvernance par les nombres, pour une articulation de la raison juridique et de la raison statistique » (2018) 98:1 Dr et soc 203.

177. Céline Belot, « Gouverner par les sondages ? Nicolas Sarkozy et l'opinion publique » (2012) 3 Politiques publiques 71.

178. Lasserre, *supra* note 15 à la p 127.

179. *Ibid* à la p 122.

sont tenus de rendre des comptes, que ce soit aux citoyens, aux actionnaires, aux clients, c'est la notion de transparence qui est utilisée nimbée d'éthique, imprégnée de morale»¹⁸⁰. La transparence est également un principe de gouvernance publique et une exigence du droit de la gouvernance¹⁸¹.

Au Québec, dans la gestion politique de la pandémie par les sondages, c'est précisément là que le bât blesse. Dans la mesure où le gouvernement a tardé à révéler qu'il s'appuyait sur des sondages pour élaborer, maintenir ou abolir ses mesures sanitaires, la transparence requise par les principes de la nouvelle gouvernance publique n'a pas été assurée. L'information et l'expertise se rencontraient alors, puisque ces données étaient colligées et analysées par une source experte officiellement reconnue, soit l'INSPQ¹⁸².

En tant que données légitimantes, les statistiques et les sondages doivent répondre à certaines exigences du droit de la gouvernance. La validité des données statistiques exige la fiabilité et l'indépendance des institutions qui les produisent, car selon Lasserre, les « données légitimantes, et parmi elles l'outil statistique, ont établi leur empire sur la prise de décision et la création du droit »; « [l]a statistique rend donc possible la connaissance de l'État, de sa population, de ses ressources, de l'effectivité de son droit, de la société à un moment donné et se présente comme un "savoir nécessaire à l'art de gouverner" »¹⁸³.

Ainsi, l'information qui résulte de sondages « n'est utile à la démocratie que si elle est fiable. Dans le cas contraire, elle peut lui être un danger »¹⁸⁴. Pour lutter contre les risques que pose la démocratie d'opinion, il peut être exigé « une plus grande transparence quant au processus de produc-

180. *Ibid* à la p 123.

181. Daniel Mockle, *La gouvernance publique*, Paris, LGDJ, 2022; Daniel Mockle, « Les principes de la nouvelle gouvernance publique » dans Gilles J Guglielmi et Élisabeth Zoller, dir, *Transparence, démocratie et gouvernance citoyenne*, Paris, Panthéon-Assas, 2014, 89; John Pitseys, « Le concept de gouvernance » (2010) 65 :2 RIEJ 207; Stéphane Bernatchez, Jean-Frédéric Ménard et Marie-Eve Couture-Ménard, « Le droit et la théorie de la gouvernance : outil de diagnostic et remède relatifs aux soins et aux services d'hébergement aux aînés dans le contexte de la pandémie de COVID-19 » (2022) 63:1 C de D 77.

182. INSPQ, Centre d'expertise et de référence en santé publique, « COVID-19 – Sondages sur les attitudes et comportements des adultes québécois », en ligne : <www.inspq.qc.ca/covid-19/sondages-attitudes-comportements-quebecois>.

183. Lasserre, *supra* note 15 à la p 140. L'autrice cite : Dominique Deprins, « La statistique, instrument de pouvoir ? » (2005) 55 RIEJ 117. Sur l'importance des statistiques, voir Alain Desrosières, *La politique des grands nombres. Histoire de la raison statistique*, Paris, La Découverte, 2010.

184. Lasserre, *supra* note 15 à la p 148.

tion de l'information sondagière»¹⁸⁵. Les sondages jouent un rôle politique important ; non seulement visent-ils à connaître l'opinion des individus, mais ils contribuent à l'orienter¹⁸⁶ :

C'est précisément ce rôle politique des sondages qui justifie certaines questions : peut-on se fier à la qualité des informations qu'ils contiennent ? Tout d'abord, dans quelle mesure représentent-ils l'opinion publique ? Celle-ci existe-t-elle, comme en doutait P Bourdieu ? C'est la problématique qui se cache derrière la critique de la « sondocratie », de la « science démoscopique », de la « démocratie sondagière », de la signification susceptible d'être donnée à « l'agrégation statistique d'opinions privées qui sont rendues publiques ». Ensuite, quelle est la nature véritable de cette information ? Ne doit-on pas voir un artefact là où les doxosophes ne voient que des données, selon les mots de P Bourdieu¹⁸⁷ ?

Tout comme l'expertise, l'information propre au droit de la gouvernance exige un certain contrôle, ce qui peut s'établir à partir des principes de la gouvernance, tels que la transparence, l'impartialité et la qualité.

CONCLUSION

Notre étude a permis de constater que la qualification du rôle de l'expertise et de l'information en termes d'épistocratie ou de numérocration dans le contexte de la gestion de la pandémie s'avère beaucoup plus complexe qu'il n'y paraît à première vue. Cela suggère qu'il ne faudrait pas conclure trop rapidement à l'épistocratie ou à la numérocration. Ne serait-ce que pour cette raison, le rôle de l'expertise et de l'information dans la gouvernance de la crise sanitaire mérite d'être plus amplement étudié, notamment afin d'éclairer le phénomène normatif dans son ensemble.

Devant les craintes d'épistocratie et de numérocration, le droit de la gouvernance propose de concevoir l'expertise et l'information comme

185. *Ibid* à la p 149.

186. Antoine Rémond, « Le rôle politique des sondages. Retour sur la réforme des retraites de 2003 » (2007) 169:4 Actes de la recherche en sciences sociales 48.

187. *Ibid* aux pp 149–50.

Le terme *doxosophe* est employé avec une connotation négative et sert à dénoncer des experts, politologues, commentateurs, journalistes et autres « faiseurs d'opinion », qui, par sondages interposés, interviennent dans les médias pour diffuser une pensée censée représenter celle de l'opinion publique.

La Toupie (dictionnaire), en ligne : <www.toupie.org/Dictionnaire/Doxosophie.htm>.

des données légitimantes de la production normative. Tout en servant de fondements à la décision, les données issues des experts, des statistiques et des sondages permettent au gouvernement d'exercer son jugement dans la prise de décisions : les expertises et les informations ne se transforment pas directement en décisions dans la mesure où la médiation du politique opère entre la source normative et la norme elle-même. En gouvernant avec les experts et les nombres, le gouvernement conserve le pouvoir.

L'intérêt d'une telle approche théorique du droit de la gouvernance réside dans le fait qu'elle permet d'inclure conceptuellement les données légitimantes dans le droit et de ne pas les traiter comme des éléments à exclure du droit et uniquement à craindre. En cela, le droit de la gouvernance s'avère une solution de rechange à l'épistocratie et à la numérocration, en ce qu'il propose des moyens de baliser ces données légitimantes à partir de certaines de ses exigences, dont l'imputabilité et la transparence.

Les décisions et mesures sanitaires étudiées ici révèlent précisément que cette question de la transparence a posé problème, en ce que le gouvernement a notamment mis beaucoup de temps à divulguer qu'il comptait sur des sondages pour évaluer l'appui de la population aux mesures adoptées ou même prévues. Quant aux experts, leur rôle soulève un questionnement lorsqu'ils sont instrumentalisés afin de servir de cautions à la prise de décisions ; dès lors, l'expertise se rapproche de l'exercice du pouvoir selon un régime épistocratique.

Les cas étudiés montrent bien que la gouvernance par l'expertise et l'information soulève des enjeux démocratiques, mais ils permettent aussi de nuancer la perception, voire la crainte, que certains peuvent avoir que les experts et les nombres aient pris le dessus sur le politique pendant toute la pandémie. Notre étude attentive des mesures sanitaires retenues ici révèle que les considérations ayant mené aux décisions outrepassaient souvent la seule prise en compte des données expertes et informatives, confirmant encore une fois que gouverner demeure un art bien plus qu'une science. Analysés dans la perspective du droit de la gouvernance, ces cas dévoilent ainsi une autre façon de concevoir le rôle des experts, des statistiques et des sondages, au-delà des craintes liées à l'épistocratie et à la numérocration, et ce, tout en imposant malgré tout un devoir de vigilance démocratique à leur égard.

Qui plus est, dans la perspective du droit de la gouvernance, il est possible de considérer que l'expertise et l'information peuvent acquérir

une certaine force normative, en ce qu'elles en arrivent à produire des effets normatifs susceptibles de guider les conduites. C'est ainsi que les personnes ont pu adopter des comportements et des postures normatives¹⁸⁸ sur la base des informations fournies par les experts et des nombres eux-mêmes. Ainsi, pour les juristes interpellés par les phénomènes normatifs et la théorie de la norme, il n'est peut-être pas inintéressant de constater que les données peuvent non seulement avoir un effet légitimant au soutien d'une décision, mais qu'elles peuvent également avoir un effet normatif.

Enfin, la perspective du droit de la gouvernance permet ainsi de conceptualiser le rôle de l'expertise et de l'information autrement qu'à travers le prisme des craintes épistocratiques et numériques. Le droit de la gouvernance met en lumière, du moins en théorie, le potentiel informatif, contextualisant et légitimant de l'expertise et de l'information, en tant que données légitimantes, pour autant que leur usage se fasse conformément aux exigences de la gouvernance. Dès lors, même quand les avis et les recommandations d'experts, ainsi que les statistiques et les sondages prennent une place importante dans la gouvernance publique, par exemple durant la gestion de la pandémie de COVID-19, il n'y a pas lieu de conclure automatiquement à l'épistocratie ou à la gouvernance par les nombres. Dans ce contexte, il s'agirait à la fois de gouverner *avec* les experts plutôt que *par* les experts et de gouverner *avec* les nombres plutôt que *par* les nombres.

188. Sintez, *supra* note 2.