

Quelques réflexions sur la constitutionnalisation du droit et le constitutionnalisme au sein de l'État

par Benoît PELLETIER*

L'adoption de la Loi constitutionnelle de 1982, à l'occasion du rapatriement de la Constitution canadienne, a eu pour effet d'élargir le cadre constitutionnel et d'accroître la sphère dans laquelle s'exercent les interventions des cours de justice et des autres tribunaux. Ces résultantes s'inscrivent dans le contexte de la recrudescence de la constitutionnalisation du droit au Canada et elles contribuent fortement à cette dernière. En réalité, la constitutionnalisation n'est autre que l'intégration de normes, de valeurs, de principes et d'idéaux dans le corpus constitutionnel. Elle s'appuie sur l'autorité suprême de la constitution et de l'architecture constitutionnelle dans un État donné. C'est d'ailleurs en vertu de la même autorité que l'État – quel qu'il soit – élabore la norme constitutionnelle et échafaude le droit constitutionnel, et ce, en lui donnant – ou, à tout le moins, à une bonne partie de celui-ci – une valeur supralégislative. C'est également la même autorité qui permet que soit exercé le contrôle judiciaire de la constitutionnalité. S'il est vrai que la constitution acquière de ce fait une certaine rigidité sur le plan juridique, il n'en reste pas moins que les conventions constitutionnelles viennent quelque peu assouplir la situation. Celles-ci évoluent en marge du cadre constitutionnel formel, mais elles parviennent néanmoins à détailler, à modifier, à confirmer ou à neutraliser le droit strict.

Quant au constitutionnalisme, il rejoint l'idée voulant que la constitution représente la source des pouvoirs dans l'État et qu'elle existe pour assurer le bon fonctionnement de cette entité politique. La constitution étend d'ailleurs ses tentacules dans l'ensemble de l'ordonnement juridique, qu'elle imprègne de son contenu en général et de ses valeurs en particulier. Les tribunaux, qui se veulent les gardiens de la constitution, voient alors leur rôle anobli au sein de la société. Ils participent à l'évolution du droit, tout en contournant habilement la procédure de modification constitutionnelle, et ils font souvent preuve d'une grande créativité dans l'interprétation et l'application du droit, au point d'ailleurs où certains les accusent de donner dans l'activisme judiciaire, ce qui est un brin péjoratif. D'aucuns considèrent même le constitutionnalisme comme une véritable doctrine, favorable à l'« émulsion » de la constitution non seulement dans l'ordre juridique, mais également dans la société en entier.

The adoption of the Constitution Act, 1982, in the course of the patriation of the Canadian Constitution, had the effect of broadening the constitutional framework and increasing the ambit of the courts and other tribunals. This is part of, and contributes significantly to, the increasing constitutionalization of the law in Canada. Constitutionalization is simply the incorporation of norms, values, principles and ideals into constitutional law. This

* L'auteur est avocat émérite, docteur en droit et professeur éminent à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa. Dans le présent article, le genre masculin est employé sans aucune intention de discriminer et dans le seul but d'alléger le texte. De plus, les références sont omises à l'intérieur des citations.

incorporation is based on the supreme authority of the Constitution and of the constitutional architecture in a given State. It is by virtue of this same authority that all States develop constitutional norms and construct constitutional law, while conferring on that same law – or at least on a significant portion of it – a supra-legislative value. It is also this same authority that allows for judicial review of constitutionality. While it is true that the Constitution becomes somewhat rigid as a result, the constitutional conventions make it a little more flexible. These conventions evolve in the margins of the formal constitutional framework, but they nevertheless manage to flesh out, modify, confirm or override formal law.

As for constitutionalism, it is consistent with the idea that the constitution is the source of power in all States and that it exists to ensure the proper functioning of the State. The Constitution extends its tentacles throughout the legal system, which it imbues with its essence and specifically with its values. The courts, which view themselves as guardians of the Constitution, thus see their role within society further elevated. They make the law evolve, while skilfully side-stepping the constitutional amendment procedure, and they often show great creativity in the interpretation and application of the law, leading some commentators to accuse them of judicial activism, a term which is somewhat pejorative in its connotations. Some even see constitutionalism as a real doctrine, conducive to the “emulation” of the Constitution not only in the legal system, but also in society as a whole.

La aprobación de la Ley Constitucional de 1982, como resultado de la repatriación de la Constitución canadiense, amplió el marco constitucional y aumentó el campo de competencia en el que intervienen las cortes de justicia y otros tribunales. Estos resultados forman parte del resurgimiento de la constitucionalización del derecho en Canadá, a lo cual contribuyen de manera importante. En realidad, la constitucionalización no es otra cosa que la integración de normas, valores, principios e ideales en el corpus constitucional. Esta se basa en la autoridad suprema de la Constitución y en la arquitectura constitucional de un Estado determinado. Es además en virtud de la misma autoridad que el Estado – cualquiera que sea – elabora la norma constitucional y plantea el derecho constitucional, otorgándole a este – o, al menos, a buena parte de él – un valor supralegislativo. Es también la misma autoridad que permite que el control judicial de constitucionalidad sea ejercido. Si bien es cierto que la Constitución adquiere así cierta rigidez en el plano jurídico, lo cierto es que las convenciones constitucionales flexibilizan un poco la situación. Aunque las convenciones evolucionan fuera del marco constitucional formal, ellas logran establecer, modificar, confirmar o neutralizar el derecho estricto.

En cuanto al constitucionalismo, este se une a la idea de que la Constitución representa la fuente de poder en el Estado y que ella existe para asegurar el buen funcionamiento de esta entidad política. De hecho, la Constitución también extiende sus tentáculos sobre todo el ordenamiento jurídico, al que impregna con su contenido en general, y sus valores en particular. Los tribunales, como guardianes de la Constitución, ven entonces ennoblecido su papel dentro de la sociedad. Ellos participan en la evolución del derecho, eludiendo hábilmente el procedimiento de modificación constitucional, y suelen hacer prueba de una gran creatividad en la interpretación y aplicación de la ley, hasta el punto de ser acusados por algunos de participar en un activismo judicial, lo cual es un poco peyorativo. Algunos incluso consideran al constitucionalismo como una verdadera doctrina, favorable a la «emulsión» de la Constitución no solo en el ordenamiento jurídico, sino también en la sociedad en su conjunto.

SOMMAIRE

Introduction	95
I. La constitutionnalisation du droit	103
A) L'élaboration de la norme constitutionnelle	107
B) Le contrôle de la constitutionnalité des règles de droit....	116
C) Le rôle discret mais néanmoins réel des conventions constitutionnelles	145
II. Le constitutionnalisme	152
A) Un cadre légal qui assure le bon fonctionnement de l'état	152
B) L'empreinte de la constitution sur l'ordre juridique	155
C) L'intervention des tribunaux en tant qu'organes de modification <i>indirecte</i> de la norme constitutionnelle	158
D) Le dynamisme ou l'activisme judiciaire	166
E) Le constitutionnalisme en tant que doctrine	173
Conclusion	180

Introduction

Les constitutionnalistes partout au monde ont toujours eu une propension, une facilité à créer des mots nouveaux. Ils ont forgé de toutes pièces les mots « constitutionnalisation » et « constitutionnalisme ». Bien entendu, ces deux termes renvoient au concept de constitution, lequel vient lui-même du mot latin *constitutio* qui signifie « organisation, structure, système ».

En science politique, les spécialistes ont l'habitude de dire que la constitution d'un pays relève d'une espèce de contrat ou de pacte social que l'ensemble des citoyens acceptent et qu'ils se sentent contraints de respecter en raison de sa nature fondamentale¹. Cette thèse du contrat ou du pacte social ne se constate vraiment que dans les sociétés démocratiques et encore ne s'y trouve-t-elle confirmée qu'en partie, étant donné que les autorités publiques ignorent parfois, même dans les démocraties, les désirs et les besoins réels des populations visées².

En droit, on considère que la constitution d'un pays contient les normes qui déterminent sa forme de gouvernement. Elle est *la* loi fondamentale dans une société donnée, celle qui se trouve au-dessus de toute autre loi. Elle établit les institutions de cette société, leurs pouvoirs respectifs et la manière dont doivent s'établir les rapports entre celles-ci. Elle en détermine l'organisation et le fonctionnement. Elle précise aussi les

¹ Voir notamment : Olivier CHARRON, « Philosophie du contrat », *Séminaire « La citoyenneté à travers le contrat »*, 14 décembre 2017, (Intervention pour le Conseil départemental de l'Orne), en ligne : <<https://www.alain-lambert.org/2017/12/40374/>>. Il dit ceci :

La conception contractuelle de l'État est le produit d'une culture qui définit l'être humain comme un être rationnel, c'est-à-dire non seulement raisonnable, donc intelligent et moral, mais aussi intéressé, donc capable de calcul. Au fondement de toute théorie du contrat social, il y a cette idée que la société civile n'est pas un accident fortuit mais le fruit d'un calcul utilitaire des individus pour déterminer ce qui vaut mieux pour le plus grand bien du plus grand nombre d'individus.

Voir aussi : Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social ou Principes de droit politique*, Paris, Union générale d'éditions, 1963.

² Il suffit de prendre pour exemple le rapatriement de la Constitution canadienne et l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.), auxquels le gouvernement du Québec et l'Assemblée nationale n'ont jamais officiellement consenti. La *Loi constitutionnelle de 1982* constitue l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.), reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 44.

règles qui posent les rapports primordiaux entre les individus et l'État. Elle fournit un cadre fixe à l'exercice de l'autorité gouvernementale et, lorsqu'on y inclut une charte, à la protection permanente des droits et libertés de l'individu³. La Cour suprême du Canada a d'ailleurs donné une définition fort intéressante du concept de « constitution » dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba* : « La Constitution d'un pays est l'expression de la volonté du peuple d'être gouverné conformément à certains principes considérés comme fondamentaux et à certaines prescriptions qui restreignent les pouvoirs du corps législatif et du gouvernement⁴ ».

Dans certains pays, la constitution est composée d'une loi fondamentale. Il en est ainsi pour les États-Unis, dont la Constitution se trouve dans un document unique qui établit les règles relatives à l'organisation de l'État et de sa population. Il en est de même, par exemple, pour la France, l'Allemagne et l'Afrique du Sud. Dans d'autres pays, la constitution peut être composée de plusieurs lois de nature constitutionnelle, de règles jurisprudentielles établies en vertu d'un régime de common law et de conventions constitutionnelles. La constitution est alors formée d'éléments divers ayant parfois une autorité ou une importance inégale. C'est le cas pour le Canada, dont la Constitution, au sens large, est, entre autres, formée de règles législatives (lois britanniques, lois fédérales, lois provinciales) et infralégislatives (décrets en conseil impériaux, règlements

³ La constitution d'un État garantit les valeurs fondamentales d'une société. Elle peut fournir une protection particulière à des droits et libertés individuels qui, sans elle, ne seraient pas hors d'atteinte de l'action législative ou gouvernementale. Une constitution peut aussi chercher à assurer que des groupes minoritaires vulnérables bénéficieront des institutions et des droits nécessaires pour préserver et promouvoir leur identité propre devant les tendances assimilatrices de la majorité ou la tentation de cette dernière de passer outre à des droits existants en vue d'atteindre plus efficacement et plus facilement certains objectifs collectifs. Enfin, une constitution peut mettre en place un partage des compétences législatives qui répartit le pouvoir politique entre différents ordres de gouvernement.

⁴ *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, 745. Pour une analyse en profondeur de la Constitution canadienne, voir : Peter C. OLIVER, Patrick MACKLEM et Nathalie DES ROSIERS (dir.), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, New York, Oxford University Press, 2017.

fédéraux et provinciaux), de règles de common law, de coutumes et de conventions⁵. Toutefois, la violation d'une convention n'entraîne aucune conséquence juridique directe⁶. Comme l'a affirmé la Cour suprême à l'occasion du *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, une simple équation permet de résumer la situation : « conventions constitutionnelles plus droit constitutionnel égalent la Constitution complète du pays⁷ ».

De façon générale, on peut dire que la Constitution du Canada comprend deux lois principales : l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, maintenant appelé la *Loi constitutionnelle de 1867*⁸, et la *Loi constitutionnelle de 1982*⁹. Cette dernière inclut elle-même la *Charte*

⁵ On peut dire que, au sens large, la Constitution canadienne est composée de lois d'origine britannique, de lois fédérales et provinciales qui ont une importance fondamentale dans l'État, de décisions adoptées par le Parlement canadien et les législatures provinciales, de normes réglementaires et de décisions adoptées par les différents gouvernements, de coutumes, de conventions constitutionnelles et de principes constitutionnels dits implicites. Ajoutons à cette liste les traités conclus entre les gouvernements et les Autochtones, ces traités jouissant d'un véritable statut constitutionnel en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* lorsqu'ils sont reconnus comme tels par les tribunaux.

⁶ Nous reparlerons des conventions constitutionnelles : *infra*, partie I, section C.

⁷ *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, 877, 878, 883 et 884 (ci-après « *Renvoi relatif au rapatriement de la Constitution* »).

⁸ Le Canada a été créé en tant que fédération par l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*. Cette loi, anciennement et usuellement appelée *A.A.N.B. (1867)*, a été modifiée à de nombreuses reprises par les autorités britanniques au cours des années qui ont suivi. En 1982, elle a été renommée *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.).

⁹ L'article 52(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982* donne une définition non exhaustive de la Constitution du Canada. Il affirme notamment qu'elle comprend la *Loi de 1982 sur le Canada*, y compris la *Loi constitutionnelle de 1982* elle-même, ainsi que tous les textes législatifs et les décrets figurant à l'annexe de cette dernière loi et les modifications de ces textes législatifs et décrets. Nous savons maintenant, depuis que la Cour suprême a rendu le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, 2014 CSC 21, que la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26, doit elle aussi être incluse dans cette définition de la Constitution du Canada et qu'elle est soumise, dans ce qu'elle a d'essentiel, aux modalités complexes de modification constitutionnelle prévues par les articles 41 d) et 42 (1) e) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il est très étonnant que la *Loi sur la Cour suprême* ait été constitutionnalisée et se soit vu donner une

*canadienne des droits et libertés*¹⁰. À cela s'ajoutent de nombreuses traditions politiques et parlementaires qui prennent la forme de conventions constitutionnelles, lesquelles sont écrites ou tacites et font pleinement partie du mode de gouvernement canadien. Il faut aussi, dans un pays aussi complexe que le Canada, tenir compte de l'incidence majeure de la jurisprudence constitutionnelle, laquelle joue parfois le rôle de modalité de modification *indirecte* de la Constitution¹¹. Tous ces ingrédients (textes législatifs ou infralégislatifs de nature constitutionnelle, coutumes, conventions, jurisprudence, etc.) composent la Constitution canadienne, laquelle s'est d'ailleurs considérablement développée et a mûri au cours des années.

Dans l'arrêt *Osborne c. Canada (Conseil du trésor)*¹², la Cour suprême a fait une subtile distinction entre le constitutionnalisme juridique et le constitutionnalisme politique. Le premier renvoie aux règles de droit de nature constitutionnelle (lois et jurisprudence), alors que le second a trait aux conventions constitutionnelles¹³. Dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard; Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*¹⁴, le juge en chef Lamer a précisé que, bien que la Constitution canadienne comprenne des règles écrites et non écrites, l'évolution du système constitutionnel du pays a abouti à la suprématie de la Constitution écrite pour des motifs qui tiennent essentiellement à la certitude du droit et au contrôle judiciaire de la constitutionnalité, soit deux préoccupations au cœur du constitutionnalisme¹⁵.

autorité formelle par la Cour suprême, alors qu'elle n'avait été adoptée à l'origine que par le Parlement canadien.

¹⁰ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)] (ci-après « Charte »).

¹¹ Nous reviendrons sur l'impact de la jurisprudence en tant que mode indirect de mutation constitutionnelle : *infra*, partie II, section C.

¹² [1991] 2 R.C.S. 69 (ci-après « *Osborne* »).

¹³ *Id.*, 87; le juge Sopinka s'appuyant sur le *Renvoi relatif au rapatriement de la Constitution*, préc., note 7, 883 et 884.

¹⁴ [1997] 3 R.C.S. 3 (ci-après « *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale* »).

¹⁵ *Id.*, 68 (j. en chef Lamer, au nom de la majorité).

Il va sans dire que, dans tout examen minutieux des grandes étapes de l'évolution politique et constitutionnelle du Canada, on doit réserver une place de premier choix au rapatriement de la Constitution canadienne survenu en 1982. Celui-ci a signifié le fait de transférer du Parlement du Royaume-Uni aux autorités canadiennes – fédérales et provinciales – le plein pouvoir de modifier la Constitution du Canada. C'est par la proclamation de la *Loi de 1982 sur le Canada*¹⁶, loi britannique, qu'a été rapatriée la Constitution canadienne. Techniquement, le rapatriement a été accompli par l'abrogation de l'article 4 et de l'article 7(1) du *Statut de Westminster de 1931*¹⁷, cette dernière disposition ayant jusqu'alors pour effet de conserver au Parlement britannique le pouvoir exclusif d'abroger ou de modifier des parties importantes de la Constitution du Canada. Le rapatriement a aussi été marqué par le transfert dans l'ordre juridique canadien des lois britanniques de nature constitutionnelle, jusque-là applicables au Canada, et par la canadianisation de ces lois¹⁸ ainsi que par l'octroi aux autorités canadiennes désignées du pouvoir de modifier ou encore d'abroger l'une ou l'autre partie des lois rapatriées¹⁹. Plus

¹⁶ Cette loi ayant été adoptée par le Parlement britannique, le risque existait qu'elle n'ait de valeur officielle qu'en anglais. Pour pallier cette situation, on l'a accompagnée de deux annexes, soit les annexes A et B, contenant respectivement la version française de la *Loi de 1982 sur le Canada* et la version bilingue de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L'article 3 de la *Loi de 1982 sur le Canada* prévoit que le texte figurant à l'annexe A est obligatoire comme une loi au même titre que la version anglaise correspondante. Quant à l'article 57 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, il prévoit que les versions française et anglaise de cette dernière loi ont force de loi de façon égale.

¹⁷ L'article 4 et l'article 7(1) du *Statut de Westminster de 1931*, 22 Geo. V, c. 4 (R.-U.), reproduit dans L.R.C. 1985, ann. II, n° 27, ont été abrogés, dans la mesure où ils s'appliquent au Canada, par le jeu combiné de l'article 53(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et du point 17 (colonne II) de l'annexe de cette dernière loi.

¹⁸ L'article 2 de la *Loi de 1982 sur le Canada* prévoit qu'aucune loi adoptée par le Parlement du Royaume-Uni ne peut faire partie du droit canadien après le 17 avril 1982. Quant à l'article 53(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, il énonce notamment que, sauf abrogation, les textes législatifs et les décrets énumérés dans la colonne I de l'annexe de cette loi « restent en vigueur en tant que lois du Canada sous les titres mentionnés à la colonne III ».

¹⁹ C'est dans la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*, composée des articles 38 à 49 de cette loi, que se trouve la procédure de modification de la Constitution du Canada applicable depuis le 17 avril 1982. Cette partie prévoit

précisément, l'article 2 de la *Loi de 1982 sur le Canada* prévoit que nulle loi adoptée par le Parlement du Royaume-Uni après le 17 avril 1982 ne peut faire partie du droit canadien. Par ailleurs, par l'article premier de cette loi est édictée pour le Canada la *Loi constitutionnelle de 1982*, laquelle comprend la Charte et des dispositions relatives aux droits des peuples autochtones du Canada, aux conférences constitutionnelles, aux procédures de modification de la Constitution du Canada, à la péréquation et à la modification du partage des compétences législatives en matière de richesses naturelles.

Le rapatriement de la Constitution canadienne et, plus particulièrement, l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982* ont indubitablement marqué une reconfiguration de l'ordre constitutionnel canadien. D'une part, l'adoption de la Charte a eu pour effet de déplacer le pouvoir décisionnel vers le monde judiciaire²⁰. D'autre part, le rapatriement en tant que tel et l'adoption de cinq nouvelles modalités de modification

cinq modalités différentes de modification constitutionnelle. Trois d'entre elles font appel au consentement des deux chambres fédérales – la Chambre des communes et le Sénat – et à celui d'un nombre variable de législatures provinciales. L'une des cinq modalités susmentionnées repose sur le consentement unilatéral du Parlement canadien, tandis qu'une autre prévoit le consentement unilatéral d'une législature provinciale. Notons que, dans le cas des modalités de modification constitutionnelle exigeant la collaboration des deux ordres de gouvernement, fédéral et provincial, le Sénat ne dispose que d'un veto suspensif de 180 jours selon l'article 47 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cet article a notamment été mis en œuvre en 1996, alors que le Sénat a refusé d'approuver une motion de la Chambre des communes en vue de changer la Constitution pour permettre à Terre-Neuve de réformer son système scolaire confessionnel. La Chambre des communes a donc adopté la motion une seconde fois et a pu ainsi passer outre au défaut d'autorisation du Sénat. Remarquons du reste que la tenue d'un référendum n'est pas requise par la partie V de cette loi et que la participation des trois territoires canadiens n'est pas prévue non plus. Quant aux Autochtones, la *Loi constitutionnelle de 1982* ne leur confère pas en elle-même un droit de veto en matière constitutionnelle. Tout ce qu'elle inclut, c'est leur droit de participer à une conférence fédérale-provinciale sur la modification de l'article 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, de l'article 25 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ou de la partie II de cette dernière loi : voir, à cet égard, l'article 35.1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

²⁰

Nous reviendrons sur ce point : *infra*, partie I, section B. Plus particulièrement, voir la note 111 et le texte correspondant.

constitutionnelle ont transformé substantiellement le processus de constitutionnalisation au Canada. De fait, la *Loi constitutionnelle de 1982* a eu un impact significatif sur l'ensemble de la dynamique constitutionnelle propre au pays. De plus, l'armature de la Constitution canadienne a continué de se transformer et d'évoluer même après son rapatriement.

Le présent texte se veut une simple réflexion, théorique et doctrinale, sur la constitutionnalisation du droit et le constitutionnalisme. Le premier de ces concepts sera présenté sous l'angle de l'élaboration de la norme constitutionnelle (partie I, section A) de même que sous celui de l'incorporation d'une norme dans une constitution et de son respect dans l'État (partie I, section B). L'étude de ce concept nous amènera par ailleurs à discuter quelque peu du rôle effacé, mais quand même bien concret des conventions constitutionnelles au Canada (partie I, section C). Quant au second concept, il sera abordé en tant que principe favorisant à la fois le fonctionnement efficace de l'État (partie II, section A), l'imprégnation constitutionnelle de tout l'ordre juridique (partie II, section B), l'apport des tribunaux à l'évolution et à la modification de la Constitution (partie II, section C) ainsi que la créativité judiciaire (partie II, section D). Le constitutionnalisme sera de plus envisagé comme constituant une doctrine qui vise notamment à encourager une constitutionnalisation toujours plus soutenue du droit (partie II, section E).

Notre texte a pour objectif d'esquisser la relation qui unit la constitutionnalisation du droit et le constitutionnalisme dans quelque régime juridique et politique que ce soit. Nous examinerons les aspects techniques de même que les aspects plus généraux, voire imagés de la constitutionnalisation du droit. Nous analyserons de surcroît l'impact du constitutionnalisme sur le maintien ordonné d'un État et sur l'exercice de la fonction judiciaire. Enfin, nous explorerons les côtés idéologiques du constitutionnalisme, car il y en a!

Notre thèse centrale est l'existence probante d'un lien étroit entre le constitutionnalisme et la judiciarisation qui caractérise le régime politique et juridique canadien. Par exemple, l'enchâssement de la Charte dans la Constitution s'est inscrit dans un large processus de judiciarisation. De nos jours, la popularité indéniable de cette charte auprès des Canadiens alimente le constitutionnalisme. La confiance qu'a en bonne partie la population canadienne dans le système judiciaire, et dans les cours de justice en particulier, de même que la stabilité de l'État canadien nourrissent elles aussi le respect que manifestent un grand nombre de Canadiens envers la Constitution.

Dans la même veine, il existe un lien évident entre le constitutionnalisme et la constitutionnalisation du droit, puisque le constitutionnalisme encourage la création de nouvelles normes constitutionnelles formelles (partie I, section A) et même de conventions, lesquelles sont plus que de simples règles de convenance (partie I, section C)²¹. Le constitutionnalisme postule par ailleurs l'extension du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des règles de droit (partie I, section B). Il permet l'élaboration d'un cadre légal ordonné en mesure de soutenir l'État (partie II, section A). Il avalise le dynamisme et même l'activisme judiciaire (partie II, section D) ainsi que le rayonnement de la Constitution dans l'ensemble de l'ordre juridique (partie II, section B). Le constitutionnalisme cautionne de surcroît l'adaptation de la Constitution et son évolution au moyen de la jurisprudence (partie II, section C). Enfin, il se pose comme doctrine, c'est-à-dire comme un ensemble de principes traduisant une conception bien arrêtée – et éminemment positive – du rôle de la Constitution dans la société (partie II, section E).

²¹ Dans *Re : Opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793, 816, la Cour suprême a affirmé que l'on devrait faire la distinction entre une règle constitutionnelle de la nature d'une convention et une règle de convenance ou une simple ligne de conduite jugée opportune par les acteurs politiques.

Enfin, un lien manifeste apparaît entre la constitutionnalisation du droit et la judiciarisation au sein d'un État, ne serait-ce que parce que cette dernière augmente la portée du cadre constitutionnel lui-même et qu'elle élargit *ipso facto* l'assise du contrôle judiciaire de la constitutionnalité. En conférant une valeur ou une autorité constitutionnelle à une norme, à un texte quelconque ou à un principe, on étend la « sphère » d'action et d'intervention des cours de justice et d'autres tribunaux. Plus précisément, les concepts de la « constitutionnalisation du droit » et du « constitutionnalisme » rejoignent l'idée voulant qu'il existe dans l'État une constitution écrite pouvant dominer la hiérarchie des normes et ayant pour conséquence l'invalidation des lois adoptées par le législateur ainsi que celle des actes accomplis par le gouvernement. En d'autres mots, le droit lui-même est un système hiérarchisé de règles. Il appartient aux tribunaux d'en imposer le respect, dans le contexte du contrôle qu'ils font de la constitutionnalité et de la légalité. Le droit constitutionnel est l'une des dimensions de cette réalité. Une fois constitutionnalisée, la règle de droit acquiert une grande autorité dans l'État. Celle-ci rejaillit sur les tribunaux eux-mêmes, ce qui leur permet de donner le ton en ce qui touche l'application de tout le corps normatif et d'infuser dans ce dernier de grands principes et valeurs constitutionnels.

C'est donc fort de ces remarques que nous entamons notre étude de la constitutionnalisation du droit en tant que mécanisme d'élaboration des normes constitutionnelles et fondement du contrôle de la constitutionnalité dans l'État.

I. La constitutionnalisation du droit

La constitutionnalisation de l'ordre juridique touche les diverses dimensions de la vie politique canadienne : système judiciaire, régime parlementaire, monarchie constitutionnelle, fédéralisme, protection des droits et libertés, etc. Au Canada, même la suprématie des parlements est restreinte par la Constitution formelle. Quant à l'action gouvernementale, elle doit être exercée conformément aux lois et à la Constitution ou de façon compatible avec celles-ci.

Clairement, la Constitution canadienne comprend non seulement des règles écrites, mais aussi un certain nombre de normes non écrites. La Cour suprême l'a d'ailleurs confirmé dans l'affaire *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*²². Dans cet arrêt, elle a jugé que la Constitution autorisait la législature de la Nouvelle-Écosse à refuser aux médias le droit d'enregistrer et de diffuser ses débats. Les médias avaient fondé leur prétention sur l'alinéa 2b) de la Charte, qui protège notamment « la liberté de presse et les autres moyens de communication ». S'exprimant pour la majorité, la juge McLachlin a conclu qu'en opposant son refus la législature avait exercé ses privilèges non écrits et historiques, lesquels avaient un statut constitutionnel et étaient, par conséquent, soustraits à l'application de la Charte²³. La juge

²² [1993] 1 R.C.S. 319 (ci-après « *New Brunswick Broadcasting* »).

²³ Il y a lieu de rappeler ici qu'une norme constitutionnelle jouissant d'une autorité supralégislative ne peut pas être interprétée de façon à dépouiller de son sens une autre mesure possédant la même autorité. Ainsi les dispositions constitutionnelles ayant la même autorité doivent-elles être interprétées les unes en tenant compte des autres. Sur ce point, voir notamment : *New Brunswick Broadcasting, id.*, 390, où la juge McLachlin a affirmé, au nom de la majorité, que la Charte ne pouvait pas supprimer le droit qu'avait l'assemblée législative d'agir comme elle a fait, « en vertu du principe qu'une partie de la Constitution ne peut pas abroger une autre ». Dans le cas précis de l'arrêt *New Brunswick Broadcasting*, cela voulait dire notamment que, dans la mesure où ils jouissaient d'un statut supralégislatif, les privilèges parlementaires ne pouvaient pas être invalidés pour cause de non-conformité avec la Charte. Voir aussi : *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148, 1197 et 1198, où la juge Wilson a déclaré, au nom de trois de ses collègues, que les droits et privilèges garantis par l'article 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne peuvent pas faire l'objet d'un examen en vertu de l'article 29 de la Charte; voir également, relativement au renvoi précédent, les passages (p. 1206-1209), où le juge Estey a mentionné, au nom de deux de ses collègues que, pour autant qu'il constitue un exercice valide d'une compétence législative expresse attribuée par l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le projet de loi n° 30 n'a pas besoin de la protection de l'article 29 de la Charte pour être confirmé. Voir aussi : *Ontario Home Builders' Association c. Conseil scolaire de la région de York*, [1996] 2 R.C.S. 929, 995, où le juge Iacobucci a soutenu, au nom de quatre de ses collègues, dont le juge en chef Lamer, qu'une disposition législative requise par l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* se doit d'échapper à tout examen fondé sur la Charte. Voir : *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609, 639, où le juge Iacobucci a précisé, au nom de quatre de ses collègues, y compris le juge en chef Lamer, que le financement des écoles catholiques romaines séparées et des écoles

McLachlin s'était alors principalement appuyée sur le libellé de l'article 52(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui, par l'usage qu'il fait du mot « comprend », ne fournit pas une définition exhaustive de la Constitution du Canada²⁴.

Parmi les principes non écrits qui composent la Constitution du Canada se trouvent notamment ceux que la Cour suprême a mis en avant dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*²⁵ en tant que piliers fondamentaux de la contexture politique et constitutionnelle propre au Canada : le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit de même que la protection des minorités²⁶. Selon la Cour suprême, ces facteurs fonctionnent en symbiose, de sorte qu'« [a]ucun de ces

publiques était prévu à l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et qu'il se devait d'échapper à tout examen fondé sur la Charte. Au même effet, voir l'opinion du juge Sopinka, appuyée par le juge Major, où il est dit que la distinction entre les écoles catholiques romaines et les autres écoles confessionnelles était prévue par la Constitution, et ne pouvait de ce fait être l'objet d'aucune contestation en vertu de la Charte (p. 702). Soulignons au passage que ce qui vaut pour les lois adoptées sous l'égide de l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* convient aussi, par exemple, pour celles qui sont adoptées en vertu de l'article 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* relativement aux « Indiens » ou de l'article 23 de la Charte en ce qui concerne l'instruction dans la langue officielle de la minorité : on ne saurait contester ces lois pour le motif qu'elles vont à l'encontre des droits à l'égalité reconnus par ladite charte. Sur ce point, voir : *Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 15; *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; *Renvoi relatif au projet de loi 30*, préc., note 23, 1206, où le juge Estey a affirmé, au nom du juge Beetz, que l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* est l'équivalent provincial de l'article 91(24) de cette loi.

²⁴ Il est clair que les privilèges parlementaires inhérents font partie de la Constitution rigide ou formelle : voir généralement *New Brunswick Broadcasting*, préc., note 22; *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, par. 30 et 34. Il en est ainsi pour l'existence même de la Cour suprême et pour le maintien de ses diverses caractéristiques essentielles : *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, préc., note 8, par. 72-95. Enfin, les principes constitutionnels non écrits, dégagés par la Cour suprême au cours des années, font aussi partie de la Constitution canadienne et ont vraisemblablement un caractère supralégislatif. Nous parlerons de ces principes ci-après.

²⁵ [1998] 2 R.C.S. 217.

²⁶ *Id.*, par. 61-82. Nous reviendrons sur les principes inhérents ou sous-jacents à la Constitution canadienne : *infra*, partie I, section B.

principes ne peut être défini en faisant abstraction des autres, et aucun de ces principes ne peut empêcher ou exclure l'application d'aucun autre²⁷ ». Cette symbiose découle elle-même de l'« architecture interne » de la Constitution, de la « structure constitutionnelle fondamentale » de l'État canadien²⁸. Ces principes sous-jacents à la Constitution « guident l'interprétation du texte et la définition des sphères de compétence, la portée des droits et obligations ainsi que le rôle de nos institutions politiques. Fait tout aussi important, le respect de ces principes est indispensable au processus permanent d'évolution et de développement de notre Constitution²⁹ ». La Cour suprême devait même ajouter que des principes constitutionnels sous-jacents peuvent parfois donner naissance à des obligations juridiques, imposer des limites à l'action gouvernementale et lier les tribunaux³⁰.

Toujours selon la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*³¹, il est impossible de contourner la Constitution en s'appuyant sur la seule souveraineté populaire puisque le principe de la primauté du droit et la doctrine du constitutionnalisme s'avèrent indispensables à la démocratie. De fait, celle-ci ne peut exister sans ce principe. L'assentiment des gouvernés est certes une valeur fondamentale dans la société canadienne, mais les institutions démocratiques elles-mêmes doivent, pour être légitimes, reposer sur des fondations juridiques³².

²⁷ *Id.*, par. 49.

²⁸ *Id.*, par. 50.

²⁹ *Id.*, par. 52.

³⁰ *Id.*, par. 54; sur les principes constitutionnels, sous-jacents, voir également les paragraphes 50 à 53. Voir aussi : *Renvoi relatif au rapatriement de la Constitution*, préc., note 7, 844 et 845; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, préc., note 4, 752.

³¹ Préc., note 25.

³² *Id.*, par. 256; nous reviendrons sur les liens qui existent entre la démocratie, la primauté du droit et le constitutionnalisme : *infra*, partie II, section A.

L'idée voulant que l'autorité de la Constitution canadienne relève de facteurs à la fois politiques et juridiques nous semble rejoindre une réalité incontestable. Cela n'empêche toutefois pas que la formation du cadre constitutionnel ou du « bloc de constitutionnalité³³ » lui-même appartienne essentiellement au domaine du droit. En effet, la création en tant que telle des normes constitutionnelles donne lieu à ce qu'il est fréquemment convenu d'appeler la « constitutionnalisation du droit », laquelle repose sur une démarche de nature juridique. Plus exactement, la constitutionnalisation du droit est étroitement liée au processus d'élaboration de la norme constitutionnelle, c'est-à-dire qu'elle fait appel à des mécanismes qui permettent de donner à des normes dans l'État une force constituante. Examinons donc d'un peu plus près, dès à présent, ce processus spécial de formalisation des règles de nature constitutionnelle, tout en gardant à l'esprit ces propos du juriste français Pierre Brunet :

La constitutionnalisation du droit et, mieux encore, des droits est aujourd'hui une des expressions les plus répandues au point de constituer un discours à elle seule. On ne peut manquer de relever pourtant l'absence de toute définition précise de ce que « constitutionnaliser » voudrait dire, tout comme d'ailleurs demeure parfois assez vague l'objet de cette constitutionnalisation. S'agit-il de constitutionnaliser le droit tout entier³⁴?

A) L'élaboration de la norme constitutionnelle

Le phénomène de constitutionnalisation est bien connu au Canada. Il réside dans le fait de donner un caractère constitutionnel à des principes ou à des dispositions législatives. Le verbe constitutionnaliser désigne lui-même le fait d'élever au rang de règle constitutionnelle; d'inscrire,

³³ Nous employons dans notre texte l'expression « bloc de constitutionnalité », plus courante en droit constitutionnel français que canadien, pour désigner l'ensemble des règles constitutionnelles qui, en raison de leur nature supralégislative, constituent le fondement même du contrôle judiciaire de la constitutionnalité dans l'État.

³⁴ Pierre BRUNET, « La constitutionnalisation des valeurs par le droit », dans Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ et Jean-Marc SOREL (dir.), *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisés le monde?*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 257, à la p. 257.

d'incorporer ou d'inclure dans la Constitution; de protéger ou de consacrer par la Constitution³⁵.

Au Canada, l'action d'insérer ou d'intégrer dans le corpus constitutionnel est fréquemment désignée par les mots « enchâsser dans la Constitution ». L'*enchâssement constitutionnel* est une expression sympathique, quoique plus ou moins rigoureuse, qui signifie que l'on inscrit une disposition dans la Constitution, de sorte qu'elle ne puisse plus être modifiée par la suite qu'en vertu d'une procédure spéciale plutôt que par la simple passation d'une loi. Quant à la constitutionnalisation, elle renvoie à un mécanisme qui permet de donner à certains principes ou règles qui composent la Constitution un caractère rigide ou une autorité supra-législative.

Inutile de dire que ce ne sont pas toutes les normes composant une constitution qui jouissent d'une autorité dite formelle ou supralégislative, mais seulement celles qui sont placées au-dessus des autres règles de droit du fait qu'elles ne peuvent être adoptées, modifiées ou abrogées qu'en suivant un processus plus contraignant que celui auquel sont habituellement assujetties les lois ordinaires. Cette partie de la constitution d'un État, qui ne peut être modifiée qu'en vertu d'une procédure plus exigeante que celle qui est requise dans le cas des lois ordinaires, relève de ce qu'il est convenu d'appeler la « constitution formelle ». Ce dernier concept est tout à fait immatériel³⁶.

³⁵ Il s'agit ici d'une définition personnelle du verbe *constitutionnaliser*. Dans le dictionnaire, on le définit comme désignant le fait de « [d]onner un caractère constitutionnel à (un texte législatif) ». Le terme *constitutionnel* désigne lui-même ce qui est « [s]oumis à une constitution », « [c]onforme à la constitution », « [r]elatif à la constitution d'un État ». Pour ces définitions, voir : *Le Petit Robert. Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Le Robert, 2015, p. 521. Quant au mot *constitutionnalisation*, le *Larousse* le définit par une « action conférant valeur constitutionnelle à un texte ou à un principe ». Enfin, le mot *constitutionnalisme* commence à être largement répandu et accepté comme faisant partie du vocabulaire constitutionnel dans le monde. Bien que la définition de ce terme soit loin d'être parfaitement arrêtée, nous présenterons celui-ci sans guillemets dans notre texte.

³⁶ Le concept de constitution formelle n'est défini nulle part dans la Constitution du Canada. Les dispositions qui jouissent d'une telle autorité supralégislative ou d'un

Dans certains pays, une norme est considérée comme faisant partie d'une constitution formelle ou rigide lorsqu'elle ne peut être modifiée ou abrogée qu'en vertu d'un référendum ou d'une règle d'approbation qui se révèle rigoureuse et qui, comme en France, nécessite soit un référendum, soit un vote pris selon une majorité qualifiée à l'occasion d'une séance plénière de l'Assemblée nationale et du Sénat³⁷. Aux États-Unis, l'article V de la Constitution entrée en vigueur en 1789 prévoit qu'une modification constitutionnelle doit être proposée soit par un vote des deux tiers des deux chambres du Congrès, soit par une convention (c'est-à-dire une assemblée constituante) convoquée par celui-ci à la demande des législatures des deux tiers des États. De plus, une modification fait effectivement partie de la Constitution une fois qu'elle est ratifiée par les législatures des trois quarts des États ou par une convention dans les trois quarts des États, le choix de la méthode de ratification revenant au Congrès. En Australie, les modifications importantes à la Constitution ne peuvent être effectuées que par voie référendaire. Pour être adoptée, la modification proposée doit recevoir l'appui de la majorité de tous les électeurs qui ont voté dans la majorité des États. Il existe par ailleurs des règles distinctes en vertu desquelles les électeurs de chaque État visé par la modification doivent approuver celle-ci. Dans certaines circonstances, l'appui majoritaire des électeurs de *tous* les États peut être requis.

tel caractère rigide ne se trouvent dans aucune partie spécifique des textes constitutionnels du pays. La constitution formelle renvoie tout simplement à des normes constitutionnelles – peu importe où elles se trouvent dans la constitution – dont la modification ou l'abrogation relève d'un processus complexe et par ailleurs plus contraignant, plus difficile à appliquer, plus exigeant que le processus d'adoption et d'abrogation des lois ordinaires ou quasi constitutionnelles.

³⁷ Sur ce point, voir : *Constitution du 4 octobre 1958*, art. 89. On y prévoit notamment que la révision constitutionnelle est définitive après avoir été approuvée par référendum. Toutefois, ce dernier n'est pas requis lorsque le président de la République décide de soumettre le projet de révision au Parlement convoqué en Congrès; dans ce cas, ce projet n'est approuvé que s'il réunit la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés.

Dans le contexte canadien, la Constitution formelle vise les normes qui ne peuvent être modifiées que de façon relativement complexe. Elle met tout particulièrement en cause une procédure composée de modalités faisant appel, à des degrés divers, à la participation des ordres fédéral et provincial de gouvernement. Ces modalités astreignantes de modification constitutionnelle sont prévues dans les articles 38 et 41 à 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ces règles étant soumises à un processus de modification élaboré, elles jouissent d'une autorité supralégislative et sont considérées comme très importantes pour les rapports fédératifs canadiens. Bien entendu, il est parfaitement normal que, dans un État fédéral comme le Canada, la Constitution écrite ne puisse – du moins dans ses dispositions essentielles – être modifiée unilatéralement par l'un ou l'autre des deux ordres de gouvernement en cause. Il n'en reste toutefois pas moins que, comme l'a confirmé la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*³⁸, il n'y a aucune règle constitutionnelle qui, au Canada, soit totalement à l'abri de l'application de l'une ou l'autre des cinq modalités de modification constitutionnelle et qui, de ce fait, soit intouchable³⁹.

La complexité de la procédure de modification constitutionnelle au Canada, telle qu'elle découle essentiellement – mais peut-être pas exclusivement⁴⁰ – de la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n'est

³⁸ Préc., note 25.

³⁹ *Id.*, par. 264; sur ce point, voir également : Benoît PELLETIER, *La modification constitutionnelle au Canada*, Scarborough, Carswell, 1996, p. 95. De fait, il n'existe pas de « superconstitutionnalité » au Canada, c'est-à-dire de normes intangibles. Toute norme constitutionnelle est soumise à l'une ou l'autre des cinq modalités de modification constitutionnelle énoncées dans la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ainsi, le forum approprié à la modification envisagée peut, s'il respecte les règles de procédure en vigueur, modifier aujourd'hui toute règle constitutionnelle.

⁴⁰ Nous évoquons ici la possibilité que certaines dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de la *Loi constitutionnelle de 1871* (R.-U.), 34 & 35 Vict., c. 28, reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 11, soient encore applicables en matière de modification constitutionnelle de nos jours. En ce qui a trait à la *Loi constitutionnelle de 1867*, nous pensons plus particulièrement dans ce cas à certaines dispositions qui contiennent leurs propres modalités de modification et qui ont possiblement survécu à l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Sur ce point, voir : Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING, *Les constitutions du Canada et du Québec du régime français à nos jours*,

plus à démontrer. Il faut tenir compte par ailleurs d'un certain nombre d'autres éléments de complication de nature paraconstitutionnelle qui viennent alourdir la procédure de modification constitutionnelle prévue par la partie V en question⁴¹.

2^e éd., t. 1, Montréal, Éditions Thémis, 1994, p. 487, note 1244. Quant à la *Loi constitutionnelle de 1871*, elle avait été adoptée à l'origine par le Parlement britannique afin de confirmer les pouvoirs du Parlement canadien d'établir des provinces dans les territoires déjà admis – ou qui, par la suite, pourraient être admis dans le Dominion du Canada – et de pourvoir à la représentation de ces provinces dans le Parlement. L'article 3 de la *Loi de 1871* dispose ce qui suit :

Avec le consentement de toute province de la dite Puissance, le Parlement du Canada pourra de temps à autre augmenter, diminuer ou autrement modifier les limites de telle province, à tels termes et conditions qui pourront être acceptés par ladite législature, et il pourra de même avec son consentement établir les dispositions touchant l'effet et l'opération de cette augmentation, diminution ou modification de territoire de toute province qui devra la subir.

Voir : Maurice OLLIVIER, *Actes de l'Amérique du Nord britannique et statuts connexes, 1867-1962*, Ottawa, Roger Duhamel, 1967. Or, la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne prévoit pas l'abrogation de cette disposition. Il est donc possible que celle-ci continue de répondre à certaines situations comme celles qui découleraient d'un changement de la frontière internationale ou, peut-être même, de l'agrandissement d'un territoire aux dépens d'une province. Il n'en reste toutefois pas moins que, que ce soit en vertu de l'article 3 de la *Loi constitutionnelle de 1871*, de l'alinéa 43a) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ou de l'alinéa 42(1)e) de cette dernière loi, les frontières d'une province ne peuvent d'aucune façon être modifiées sans son consentement (à moins évidemment que l'on interprète la procédure 7/50 prévue dans l'alinéa 42(1)e) comme ne requérant pas nécessairement le consentement de ladite province, ce qui serait une absurdité, admettons-le). Quant à l'article 4 de la *Loi constitutionnelle de 1871*, qui prévoit que le Parlement canadien peut légiférer à propos de tout territoire non compris dans une province, il est vraisemblablement encore en vigueur. Sur l'application de la *Loi constitutionnelle de 1871*, voir : Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, n^o IV-166, p. 232, et n^o IV-185, p. 238; J.-Y. MORIN et J. WOEHLING, préc., note 40, p. 406.

⁴¹

De nombreux éléments de complication s'ajoutent à la procédure de modification constitutionnelle canadienne, dont ceux qui découlent de la *Loi concernant les modifications constitutionnelles*, L.C. 1996, c. 1. Sur ce point, voir : Benoît PELLETIER, « La modification et la réforme de la Constitution canadienne », (2017) 47 *R.G.D.* 459, 485-498.

Peu importe le mécanisme auquel on a recours, le processus de constitutionnalisation est lié à l'élaboration de la norme constitutionnelle formelle, c'est-à-dire à la composition d'une norme qui a vraiment une autorité particulière dans l'État et qui se voit dotée d'une préséance sur les autres règles de droit. Notons toutefois que certaines normes composant la Constitution du Canada ne possèdent pas un tel caractère rigide; c'est le cas notamment des conventions constitutionnelles. C'est aussi le cas de la totalité des mesures constitutionnelles qui peuvent être modifiées unilatéralement par le Parlement en vertu de l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ou par une législature provinciale conformément à l'article 45 de cette loi⁴². L'ensemble des règles constitutionnelles mentionnées ci-dessus ne disposent pas d'une autorité supralégislative et ne font pas partie de la Constitution formelle en tant que telle⁴³. Par conséquent, elles ne se situent pas au sommet de la hiérarchie des normes juridiques.

⁴² L'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982* a succédé à l'article 91(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ce dernier ayant été abrogé à l'occasion du rapatriement de la Constitution canadienne. À noter que l'article 44 a la même portée que l'article 91(1). Il ne vise que des matières qui concernent strictement l'ordre fédéral de gouvernement. Toute modification constitutionnelle ayant un effet sur les relations fédératives ou touchant le cœur du compromis fédératif doit échapper à la portée dudit article 44. Quant à l'article 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, comme il s'est trouvé à continuer l'ancien article 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il doit se voir donner la même interprétation. Il ne porte que sur des questions relevant de la régie interne d'une province. Sur ce point, voir : *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32, par. 46-48.

⁴³ Soulignons que certains auteurs estiment que toutes les dispositions constitutionnelles qui sont modifiables en vertu de l'une ou l'autre des modalités contenues dans la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*, y compris celles qui tombent sous le couvert de l'article 44 ou de l'article 45 de cette loi, composent la constitution formelle. Leur conclusion tient essentiellement au fait que ces dernières ne peuvent pas être modifiées indirectement ou implicitement, contrairement aux dispositions législatives ordinaires : voir H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 40, n° I-15, p. 12. Pour notre part, nous sommes d'avis que seules les mesures qui ne peuvent être modifiées que par les deux ordres de gouvernement, agissant ensemble, font partie de la constitution dite formelle.

Il existe par ailleurs au Canada des lois dites quasi constitutionnelles⁴⁴. Ces lois fédérales ou provinciales, tout en n'étant pas constitutionnelles à proprement parler, puisqu'elles peuvent être modifiées ou abrogées par un seul législateur, jouissent néanmoins d'une certaine primauté législative par rapport aux autres lois adoptées par le même ordre de gouvernement. Ces lois portent généralement sur les droits et libertés de la personne. Elles peuvent concerner également d'autres sujets⁴⁵. De façon générale, ces lois comportent un pouvoir dérogatoire en vertu duquel le législateur ne pourra déroger à la loi en cause que de façon explicite et en utilisant une disposition expresse de dérogation dans une loi ordinaire, antérieure ou postérieure à l'adoption de la loi quasi constitutionnelle en

44

Mentionnons notamment, à titre de lois quasi constitutionnelles, la *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12 (ci-après « Charte québécoise » ou « Charte des droits et libertés de la personne »), la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H-6, et la *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, c. 44; sur ce point, voir notamment : *Frenette c. Métropolitaine (La), cie d'assurance-vie*, [1992] 1 R.C.S. 647, 673, où la Cour suprême, sous la plume de la juge L'Heureux-Dubé, a reconnu le caractère quasi constitutionnel de la *Charte des droits et libertés de la personne*; voir aussi : *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345, 402 et 403, où le juge Gonthier, au nom de quatre de ses collègues, a tenu des propos fort intéressants en ce qui a trait au statut quasi constitutionnel de la *Charte des droits et libertés de la personne* et à l'interprétation large et libérale qu'il convient de donner à celle-ci. Les juges La Forest et L'Heureux-Dubé, malgré leur dissidence partielle, partageaient entièrement le point de vue des juges majoritaires quant au caractère spécial de la Charte québécoise (p. 371 et 372). Enfin, voir : *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, 251, où la juge L'Heureux-Dubé, s'exprimant cette fois au nom de la Cour suprême, a rappelé ses propos dans l'affaire *Béliveau St-Jacques* quant au statut spécial, fondamental, d'ordre public et quasi constitutionnel de la *Charte des droits et libertés de la personne*. En ce qui touche la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, voir par exemple : *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84. En ce qui a trait à la *Déclaration canadienne des droits*, voir : *Law society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Authorson c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 39.

45

À cet égard, voir : la *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. 1985, c. 31 (4^e supp.).

question⁴⁶. Par conséquent, les lois quasi constitutionnelles sont élevées au-dessus des lois ordinaires sans avoir cependant un véritable statut constitutionnel. Dans l'affaire *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*⁴⁷, le juge Estey, s'exprimant au nom de la majorité, a confirmé en ces termes le concept de lois quasi constitutionnelles :

Évidemment la *Déclaration canadienne des droits* est, quant à sa forme, identique à toutes les autres lois du Parlement. Elle a été conçue et adoptée en vue de remplir un rôle plus fondamental que les lois ordinaires du pays. Elle ne fait cependant pas partie de la Constitution de ce dernier. Elle se situe probablement quelque part entre une loi ordinaire et un texte constitutionnel⁴⁸.

Nous venons de mentionner que ce sont surtout les lois portant sur les droits et libertés de la personne qui sont considérées comme quasi constitutionnelles⁴⁹ mais pas seulement celles-ci. Néanmoins, l'importance de ces lois dans la société canadienne est telle, que la Cour suprême a même déjà reconnu que celles-ci doivent avoir une certaine primauté législative, et ce, peu importe qu'elles contiennent ou non une disposition exigeant une

⁴⁶ Les tribunaux font donc primer ces lois quasi constitutionnelles sur toute autre loi incompatible, antérieure ou postérieure, sauf celles de ces lois qui contiennent une disposition dérogatoire expresse.

⁴⁷ Préc., note 44.

⁴⁸ *Id.*, 366.

⁴⁹ Sur ce point, voir : *Battlefords and District Co-operative Ltd. c. Gibbs*, [1996] 3 R.C.S. 566, 577, où la Cour suprême a jugé que les lois en matière de droits de la personne sont fondamentales ou quasi constitutionnelles; par conséquent, il y a lieu de leur donner une interprétation large et fondée sur l'objet visé. Dans le même sens, voir : *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, préc., note 44, 89 et 90. Il y a été reconnu que la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, précitée, était quasi constitutionnelle bien qu'elle ne contienne pas un pouvoir dérogatoire. Dans cet esprit, la Cour suprême a affirmé, toujours dans l'arrêt Robichaud, à la page 90, que la loi en cause exprimait « certains objectifs fondamentaux de notre société ». Enfin, voir : *Newfoundland Association of Public Employees c. Terre-Neuve (Green Bay Health Care Centre)*, [1996] 2 R.C.S. 3, 14, où le juge Major, au nom de sept de ses collègues, a reconnu le statut quasi constitutionnel des lois sur les droits de la personne. Sur ce fondement, il a affirmé que « [l]es lois sur les droits de la personne fixent un minimum auquel les parties ne peuvent pas se soustraire par contrat » (p. 16). Dans le même jugement, le juge Major est appuyé sur toutes ces questions spécifiques par la juge L'Heureux-Dubé (p. 20).

dérogation expresse. Ainsi, la Cour suprême a jugé que toute modification, toute abrogation ou toute exception relative à une loi qui porte sur les droits et libertés de la personne doit se faire par une déclaration législative claire et non implicitement⁵⁰.

Il ressort des propos qui précèdent que les lois quasi constitutionnelles ont une nature spéciale : elles ont une primauté ou une suprématie législative sur les lois purement ordinaires. Bien que les lois quasi constitutionnelles puissent être modifiées selon la procédure législative normale, les corps législatifs qui les ont adoptées ne peuvent y déroger que de façon explicite. Toutefois, ce ne sont que les normes constitutionnelles rigides, formelles ou supralégislatives qui entraînent réellement l'exercice du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois et des autres règles de droit.

D'ailleurs, derrière l'expression « contrôle de la constitutionnalité » se déploie et propage l'idée d'une constitutionnalisation du droit, sous l'égide particulièrement de la Cour suprême. Concentrons-nous maintenant sur ce contrôle de la constitutionnalité au nom duquel les tribunaux sont chargés de faire respecter le cadre constitutionnel.

⁵⁰ Voir l'arrêt *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226, 236 : « Les codes sur les droits de la personne sont des lois fondamentales destinées à s'appliquer à toutes les autres mesures adoptées par le législateur en l'absence, dans ces mesures législatives, de termes exprès lui refusant ce pouvoir »; voir également l'arrêt *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150, 153 : « De plus, une loi sur les droits de la personne est une loi d'application générale d'intérêt public et fondamentale qui prévaut en cas de conflit avec d'autres lois particulières. »

B) Le contrôle de la constitutionnalité des règles de droit

Toute norme juridique doit être compatible avec une disposition constitutionnelle au sens strict, c'est-à-dire une disposition jouissant d'une autorité supralégislative. Si une telle incompatibilité était soulevée devant les tribunaux, ce serait alors cette dernière qui l'emporterait et obtiendrait la sanction judiciaire⁵¹. C'est là le fondement même du contrôle de la constitutionnalité des règles de droit par les tribunaux.

Le principe du contrôle judiciaire de la constitutionnalité veut essentiellement qu'il appartienne aux instances judiciaires (et quasi judiciaires) d'assurer le respect de la constitution et la conformité des règles de droit par rapport au cadre constitutionnel lui-même. Bien entendu, ce principe découle du caractère normatif de la constitution et est intimement lié au concept de « constitutionnalisation du droit » dont nous avons parlé précédemment. En effet, c'est parce que la constitution a un caractère obligatoire, juridique et formel qu'il existe un contrôle de la constitutionnalité, lequel est assumé au Canada par les tribunaux, comme c'est le cas dans de nombreux autres pays.

Au Canada, le principe même du contrôle de la constitutionnalité des lois et des autres règles de droit a été consacré par l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En effet, cette disposition établit clairement le caractère suprême de la Constitution canadienne et « condamne » à l'invalidité les règles de droit incompatibles avec celle-ci⁵². Certains juristes, y compris parmi les juges de la Cour suprême, avancent que l'article 52 en question a consacré la suprématie constitutionnelle au Canada⁵³ mais, selon nous cette suprématie existait dès l'adoption du *Statut*

⁵¹ La Cour suprême a bien explicité ce principe dans l'affaire *Adler c. Ontario*, préc., note 23.

⁵² Bien que l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* emploie le terme « inopérantes », c'est bel et bien d'une invalidité qu'il est question et non d'une « inopérabilité » à proprement parler : *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, préc., note 4, 746 et 747.

⁵³ Sur ce point, voir : *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 131-135 (ci-après « *Vriend* ») (propos des juges Cory et Iacobucci, s'exprimant au nom de quatre de leurs collègues). Au paragraphe 24 tout particulièrement, les juges Cory et

de *Westminster de 1931*⁵⁴ puisque, après coup, ce n'était qu'à titre de fiduciaire que Londres exécutait – conformément à l'article 4 et à l'article 7(1) du Statut – les volontés canadiennes en matière de modification constitutionnelle⁵⁵.

Iacobucci ont écrit ce qui suit : « Lorsque la *Charte* a été introduite, le Canada est passé du système de la suprématie parlementaire à celui de la suprématie constitutionnelle, pour reprendre les propos de l'ancien juge en chef Brian Dickson (“Keynote Address”, dans *The Cambridge Lectures 1985* (1985), aux p. 3 et 4). » Voir aussi : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 25, par. 72, où la Cour suprême a rappelé avoir souligné plusieurs fois dans le passé que, dans une large mesure, « l'adoption de la *Charte* avait fait passer le système canadien de gouvernement de la suprématie parlementaire à la suprématie constitutionnelle »; voir par ailleurs le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, préc., note 9, par. 89 :

La *Charte canadienne des droits et libertés* a été adoptée lors du rapatriement de la Constitution. Les tribunaux ont alors dû assumer la responsabilité d'interpréter la *Charte* et d'accorder des réparations en cas de violation de ses dispositions. Le rapatriement a permis également de reconnaître expressément que la Constitution est la « loi suprême du Canada » :

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

La nécessité de l'existence d'un arbitre judiciaire impartial et dont les décisions font autorité est le corollaire de cette disposition. Les tribunaux sont devenus les « gardiens de la constitution » [...]. À ce titre, la Cour suprême du Canada constitue une pierre d'assise de la Constitution. L'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982* a « fait passer le système canadien de gouvernement de la suprématie parlementaire à la suprématie constitutionnelle ».

Enfin, sur l'idée que le Canada aurait acquis sa suprématie constitutionnelle en 1982, voir : *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, préc., note 14, 73.

⁵⁴

Préc., note 17.

⁵⁵

Dès 1931, le Canada a disposé de la pleine souveraineté étatique et donc, de sa souveraineté législative de même que de sa souveraineté constitutionnelle. C'est à la demande des autorités canadiennes – et plus particulièrement des provinces – que Londres a conservé le pouvoir de modifier des parties substantielles de la Constitution canadienne. Après l'entrée en vigueur du *Statut de Westminster de 1931*, préc., note 17, le gouvernement et le Parlement britanniques n'agissaient plus, à l'égard du Canada, que conformément aux volontés du « Dominion » lui-même, en vertu de l'article 4 du Statut. Dans le *Renvoi relatif au rapatriement de la Constitution*, préc., note 7, la Cour suprême

Avant 1982, le contrôle judiciaire de la constitutionnalité découlait implicitement du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, lequel renvoie aux grands principes sur lesquels est fondée la Constitution du Royaume-Uni. Notons au passage que, de 1865 à 1931, la validité des lois canadiennes⁵⁶ a été déterminée par l'application de l'article 2 de la *Colonial Laws Validity Act, 1865*⁵⁷. Cette disposition affirmait qu'aucune loi canadienne ne pouvait être incompatible avec une loi impériale applicable au Canada sous peine d'être déclarée invalide dans la mesure de l'incompatibilité. La même sanction s'appliquait à l'égard d'une loi canadienne incompatible avec un règlement adopté en vertu d'une loi britannique applicable au Canada. Toutefois, en vertu de l'article 3 de la *Colonial Laws Validity Act, 1865*, les lois canadiennes pouvaient être incompatibles avec la « loi d'Angleterre », c'est-à-dire essentiellement avec la common law britannique⁵⁸.

est venue préciser la façon dont le Canada devait s'adresser aux autorités britanniques pour obtenir les modifications qu'il souhaitait voir apporter à sa constitution. Nous reviendrons sur ce point : *infra*, partie I, section B. Nous sommes ainsi d'avis que le gouvernement et le Parlement britanniques ne jouaient qu'un rôle de fiduciaires relativement aux demandes de modification constitutionnelle canadiennes à compter de 1931. Notons cependant que la thèse du « fiduciaire législatif » a été rejetée par le juge en chef Laskin de même que les juges Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer dans le *Renvoi relatif au rapatriement de la Constitution*, dans la partie XII de leur jugement (p. 797-801). En effet, ces juges ont affirmé ce qui suit (p. 799) : « La compétence [du Parlement britannique] est [...] entière et il lui appartient à lui seul de décider d'agir et du mode d'action ». Puis ils ont ajouté ceci (p. 801) : « Quoique le Statut puisse impliquer relativement aux procédures conventionnelles intracanadiennes, ni lui ni les procédures dont il découle ne mettent en doute l'autorité juridique entière du Parlement du Royaume-Uni sur l'Acte de l'Amérique du Nord britannique. » Nous continuons néanmoins à défendre la thèse susmentionnée, convaincu que nous sommes que c'est celle qui traduit le mieux la nature de la relation qui existait entre le Canada et le Royaume-Uni après l'adoption du *Statut de Westminster de 1931* et l'obtention par le Canada de sa souveraineté étatique.

⁵⁶ Avant 1867, les « lois canadiennes » dont nous parlons ici étaient celles des colonies britanniques d'Amérique du Nord, parmi lesquelles colonies figurait la province du Canada (Ontario et Québec). Après l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les « lois canadiennes » comprenaient les lois des provinces de même que celles de l'ordre fédéral de gouvernement.

⁵⁷ 28 & 29 Vict., c. 63 (R.-U.).

⁵⁸ Dans le *Renvoi relatif au rapatriement de la Constitution*, préc., note 7, la Cour

De nos jours, le contrôle de la constitutionnalité est très étendu au Canada. Il vise tout autant les lois fédérales et provinciales que les nombreux actes infralégislatifs et les diverses décisions de l'administration publique. Cependant, ce contrôle peut être limité par certaines règles, dont celle en vertu de laquelle seuls ceux qui y ont un intérêt suffisant peuvent soumettre des litiges ayant trait à la constitutionnalité des règles de droit. Ce critère de l'intérêt suffisant, qui impose *a priori* une certaine limite à la capacité des citoyens d'avoir accès au contrôle de la constitutionnalité, est néanmoins interprété très largement par les tribunaux⁵⁹. Ainsi, en vertu du

suprême a dit de la *Colonial Laws Validity Act, 1865, id.*, que cette loi était censée être libératrice, en ce qu'elle dégageait les législatures coloniales de l'application de la common law britannique (sous réserve des décisions du Comité judiciaire du Conseil privé) ainsi que de la soumission à des lois britanniques non applicables expressément (ou par déduction nécessaire) à la colonie. Voir l'opinion des juges majoritaires sur la question du droit strict (p. 794).

⁵⁹

Sur l'intérêt pour agir en matière constitutionnelle, voir : *Thorson c. Procureur Général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138, 161; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265, 271; *Canada (Procureur général) c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575, 598. Voir aussi : *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236 (ci-après « *Conseil canadien des Églises* »), où a été examinée la question de la qualité pour agir dans une affaire portant sur la Charte. Le juge Cory, au nom de la Cour, a formulé ainsi les critères à considérer afin de déterminer si une partie a qualité pour agir (p. 253) :

- 1) La question de l'invalidité de la loi se pose-t-elle sérieusement?;
- 2) Le demandeur est-il directement touché par la loi ou a-t-il un intérêt véritable quant à sa validité?; et
- 3) Y-a-t-il une autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la Cour?

Dans un contexte plus global, le juge Cory a affirmé que l'élargissement de la qualité pour agir au-delà des parties traditionnelles était compatible avec les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et que l'objet fondamental de la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public était de garantir qu'une loi ne serait pas à l'abri d'une contestation judiciaire (p. 252, 256 et 257). La *ratio decidendi* de l'arrêt *Conseil canadien des Églises* a été confirmée dans l'arrêt *Vriend*, préc., note 53, où le juge Cory (dans des motifs conjoints avec le juge Iacobucci), au nom de la majorité, a analysé la qualité pour agir (p. 526-529). Il a confirmé et appliqué les principes dégagés dans l'arrêt *Conseil canadien des Églises* (p. 527-529). Voir aussi : *Hy and Zel's Inc. c. Ontario (Procureur général)*; *Paul Magder Furs Ltd. c. Ontario (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 675 (ci-après « *Hy and Zel's Inc.* »), concernant la constitutionnalité de

droit au respect de la Constitution, tout justiciable peut ordinairement soumettre aux tribunaux des questions constitutionnelles qui pourraient ne jamais être soulevées autrement. Comme on le constate, la limite au contrôle de la constitutionnalité qui est relative à l'intérêt ou à la qualité pour agir (*locus standi*) est très restreinte. D'ailleurs, dans l'arrêt *Hy and Zel's*⁶⁰, la

la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* de l'Ontario. Dans l'arrêt *Office canadien de commercialisation des oeufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157, 182-188, la Cour suprême a reconnu aux intimés, des producteurs d'œufs venant des Territoires du Nord-Ouest, la qualité pour contester la constitutionnalité du régime fédéral de commercialisation des œufs, en vertu de la liberté de circulation et d'établissement garantie par l'article 6 de la Charte et la liberté d'association reconnue à l'alinéa 2d) de cette dernière. Selon la Cour suprême, c'était, entre autres, « une question d'importance nationale » (p. 160). De plus, toujours selon cette cour, bien que les intimés aient pu chercher à se voir reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public, ils n'avaient pas besoin de le faire en l'espèce. La Cour suprême en a d'ailleurs profité pour rappeler que, en général, la partie qui cherche à invoquer la Charte peut obtenir la qualité pour agir de quatre manières : 1) de plein droit; 2) en vertu de la logique de l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; 3) dans l'intérêt public; ou 4) en vertu d'un pouvoir discrétionnaire résiduaire. Dans l'affaire *R. c. Caron*, 2011 CSC 5, la Cour suprême a accueilli une demande de provision pour frais présentée par l'intimé, car il aurait été contraire à l'intérêt de la justice que le litige ne soit pas tranché de manière juste sur le fond parce que l'intimé ne disposait pas des ressources financières nécessaires pour terminer ce qu'il avait commencé; dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 CSC 45, la Cour suprême a rappelé que, en vue de décider s'il est justifié de reconnaître la qualité pour agir dans une cause de droit public, les tribunaux doivent soupeser trois facteurs. Ainsi, ils doivent :

- se demander si l'affaire dont ils sont saisis soulève une question justiciable sérieuse;
- s'assurer que la partie qui a intenté la poursuite a un intérêt réel dans les procédures ou est engagée quant aux questions que celles-ci soulèvent;
- déterminer si la poursuite proposée constitue – à la lumière de toutes les circonstances et d'un grand nombre de considérations – une manière raisonnable et efficace de soumettre la question en litige au plus haut tribunal du pays.

La Cour suprême ajoute par ailleurs qu'il appartient à celui ou à celle qui souhaite se voir reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public de démontrer que les trois facteurs susmentionnés sont respectés. Les tribunaux doivent toutefois apprécier le tout en adoptant une approche souple et téléologique.

juge L'Heureux-Dubé n'a pas hésité à déclarer que la capacité de faire valoir des droits fondés sur la Charte, c'est-à-dire la qualité pour agir, constitue l'un « des préceptes les plus fondamentaux du constitutionnalisme⁶¹ ».

En ce qui touche le contrôle judiciaire de la constitutionnalité, il y a lieu évidemment de rappeler la doctrine de la justiciabilité. En vertu de celle-ci, les tribunaux ne doivent pas outrepasser le rôle qui leur revient dans le système politique et constitutionnel canadien⁶². Partant, ils ne doivent pas chercher à usurper les fonctions du législateur ni celles du gouvernement⁶³.

⁶¹ *Id.*, 699 : la juge L'Heureux-Dubé est dissidente dans cette affaire, mais l'énoncé voulant que la qualité pour agir soit essentielle au constitutionnalisme nous semble devoir faire autorité.

⁶² Dans l'affaire *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49, 91, le juge en chef Dickson a affirmé, au nom de la Cour, qu'il existe tout un éventail de questions litigieuses exigeant l'exercice d'un jugement judiciaire en vue de déterminer si elles relèvent des tribunaux mais que, en fin de compte, pareil jugement dépend de la façon dont le pouvoir judiciaire voit son propre rôle dans le système constitutionnel canadien. Le juge en chef a rappelé par ailleurs que la notion de justiciabilité la plus fondamentale dans le régime canadien est celle voulant qu'il n'appartienne pas aux tribunaux de juger de la validité des lois, sous réserve bien entendu du respect du partage des pouvoirs et de celui de la Charte.

⁶³ Il est difficile de soutenir que les tribunaux n'usurpent jamais la fonction du législateur. Par exemple, dans l'affaire *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, la juge en chef McLachlin, s'exprimant alors au nom de cinq de ses collègues, a presque réécrit l'article 43 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46 – portant sur l'usage d'une force raisonnable pour corriger un enfant ou un élève – afin de pouvoir en confirmer la validité. Malgré tout, nous croyons que la Cour suprême demeure généralement soucieuse de ne pas outrepasser le rôle qui lui revient par rapport aux organes législatifs et gouvernementaux dans une société marquée par la séparation des pouvoirs. La juge L'Heureux-Dubé a très bien traduit cette préoccupation dans sa dissidence rendue dans l'arrêt *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, 1056 et 1057, alors qu'elle a exprimé l'idée que le pouvoir judiciaire devrait respecter l'intégrité des choix faits par les assemblées législatives : « [N]otre Cour ne saurait se comporter comme une "super-législature" et jongler avec les pièces d'un mécanisme législatif légitime. Compte tenu de la complexité de la structure créée par le Parlement, toute velléité de réécrire la législation doit être laissée aux commissions de réforme et aux organismes législatifs. » Dans l'affaire *RJR-Macdonald inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995]

Comme corollaire de la doctrine de la justiciabilité se trouve le principe voulant que les tribunaux ne se prononcent pas sur la sagesse ou la pertinence des lois contestées. Ils ne se statuent que sur leur légalité⁶⁴. De même, les tribunaux ne devraient pas se saisir de questions politiques, et ce, même si ces dernières devaient leur être soumises dans le contexte d'un renvoi. Cela n'a toutefois pas empêché la Cour suprême de succomber à quelques reprises à la tentation de se pencher sur des questions à forte saveur politique. Par exemple, dans le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*⁶⁵, elle a donné son avis sur la constitutionnalité de mesures prises ou susceptibles de l'être par le gouvernement fédéral en vue de diminuer ses obligations dans le cas du Régime d'assistance publique du Canada, après s'être interrogée sur la justiciabilité des questions

3 R.C.S. 199, 332 et 333, la juge McLachlin, au nom de la majorité, a tenu à réitérer le rôle des tribunaux par rapport au Parlement. Ainsi, ils doivent s'assurer que le gouvernement démontre que « les restrictions qu'il apporte aux droits garantis sont raisonnables et justifiables [...] Les tribunaux se trouveraient à diminuer leur rôle à l'intérieur du processus constitutionnel [...] s'ils portaient le respect jusqu'au point d'accepter le point de vue du Parlement simplement pour le motif que le problème est sérieux et la solution difficile ». Enfin, voir les motifs du juge Cory (dans des motifs conjoints avec le juge Iacobucci), au nom de la majorité, dans l'affaire *Vriend*, préc., note 53, 529-532, où il analyse les rôles respectifs du législateur et des tribunaux.

⁶⁴ Dans l'arrêt *Amax Potash Ltd. c. Le gouvernement de la Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576, 590, le juge Dickson a reconnu, au nom de la Cour suprême, que le Parlement du Canada et les législatures provinciales ne pouvaient pas imposer des impôts en outrepassant leurs pouvoirs et se donner à cet égard une immunité au moyen d'une loi existante ou *ex post facto*. Le juge Dickson a notamment affirmé ce qui suit :

On dit qu'un État est souverain et qu'il n'appartient pas aux tribunaux de juger de la raison d'être ni de la sagesse de la volonté expresse du législateur. En tant que déclaration de principe, c'est indubitablement exact, mais dans un État fédéral, le principe général doit céder devant les exigences de la constitution qui définit les limites de la souveraineté et de la suprématie. Les tribunaux ne mettront pas en doute la sagesse des textes législatifs qui, aux termes de la Constitution canadienne, relèvent de la compétence des législatures, mais une des hautes fonctions de cette Cour est de s'assurer que les législatures n'outrepassent pas les limites de leur mandat constitutionnel et n'exercent pas illégalement certains pouvoirs.

⁶⁵ [1991] 2 R.C.S. 525.

constitutionnelles qui lui étaient posées par le gouvernement de la Colombie-Britannique. Dans le *Renvoi relatif au rapatriement de la Constitution*⁶⁶, la Cour suprême a littéralement créé une convention constitutionnelle qui ne reposait sur aucun précédent, dans le but vraisemblablement de mettre fin à l'impasse dans laquelle s'étaient engouffrés les acteurs politiques⁶⁷. De même, dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*⁶⁸, elle a reconnu qu'une tentative sécessionniste de la part du gouvernement québécois aurait une dimension juridique tout autant (sinon plus) qu'une dimension politique et que, par conséquent, elle ne trahirait pas le rôle constitutionnel qui est le sien en répondant aux questions qui lui étaient alors soumises par le gouvernement fédéral⁶⁹. Par contre, dans

⁶⁶ Préc., note 7.

⁶⁷ *Id.* : une majorité s'est dégagée sur la question de la légalité et une autre sur celle de la convention constitutionnelle. Dans le premier cas, les juges majoritaires (le juge en chef Laskin ainsi que les juges Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer) ont établi que le Parlement canadien pouvait demander unilatéralement aux autorités britanniques d'apporter à la Constitution canadienne une modification touchant les relations fédérales-provinciales. Dans le second cas, les juges majoritaires (les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Chouinard et Lamer) ont conclu que pareille demande devait conventionnellement s'appuyer sur un degré appréciable de consentement provincial. Pourtant, tous les précédents – tant négatifs que positifs – militaient en faveur de l'application de la règle de l'unanimité. C'est donc dire qu'il n'existait aucun précédent sur lequel aurait pu reposer la convention constitutionnelle finalement énoncée par la Cour suprême. En retenant malgré tout cette convention constitutionnelle, le plus haut tribunal du pays a donné de la latitude aux acteurs politiques et a ouvert la voie au compromis qui est survenu dans la nuit du 4 au 5 novembre 1981. Cela a permis la réalisation du rapatriement de la Constitution canadienne malgré l'objection du Québec.

⁶⁸ Préc., note 25.

⁶⁹ Nous reviendrons sur ce point : *infra*, note 90 et le texte correspondant. Contentons-nous cependant de souligner pour le moment que, dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 25, la Cour suprême n'a pas voulu se prononcer sur ce que serait une question claire ni un verdict populaire clair. Elle a plutôt laissé aux politiciens le soin d'en décider, ce qui a permis l'adoption par la suite de la *Loi de clarification*, L.C. 2000, c. 26. La Cour suprême s'en est également remise aux acteurs politiques pour « déterminer le contenu des négociations et le processus à suivre » (par. 153) et elle a conclu que la violation de l'obligation constitutionnelle de négocier – dont elle avait par ailleurs reconnu l'existence dans la même opinion – ferait « appel aux mécanismes du processus politique plutôt qu'aux tribunaux » (par. 102). Selon la Cour suprême, la

l'affaire *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*⁷⁰, la Cour suprême a refusé d'ordonner au cabinet des ministres fédéral et à Petro-Canada de porter à la connaissance du Vérificateur général certaines données qui présentaient un caractère essentiellement politique. Dans le même esprit, des questions relevant de la prérogative royale pourraient ne pas être justiciables, surtout si elles possèdent un haut profil politique. Bref, le caractère politique ou non d'un dossier dépend considérablement de sa nature et des circonstances qui lui sont propres. Tout cela est laissé entre les mains des tribunaux⁷¹.

conciliation des divers intérêts constitutionnels mis en cause par la négociation susmentionnée relèverait davantage du monde politique que du domaine judiciaire, précisément parce qu'elle impliquerait que les acteurs politiques se fassent réciproquement des concessions (par. 153).

⁷⁰ [1989] 2 R.C.S. 49.

⁷¹ Voir : *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, [2010] 1 R.C.S. 44, où la réparation prévue par l'article 24 de la Charte a été déterminée en tenant compte de préoccupations politiques. Dans l'arrêt *Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441 (ci-après « *Operation Dismantle* »), les juges Dickson, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer ont affirmé que les décisions du cabinet sont assujetties au contrôle judiciaire en vertu de l'article 32(1)a) de la Charte. La juge Wilson a souscrit à cette conclusion, et ce, même si c'était en l'occurrence un exercice de la prérogative royale; dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, 496, le juge Lamer a indiqué au nom de quatre de ses collègues, dont le juge en chef Dickson, que les tribunaux n'ont jamais été habilités à se prononcer sur l'à-propos des lois et des politiques qui leur sont sous-jacentes, mais qu'ils ont néanmoins le pouvoir et même le devoir d'apprécier le contenu des lois en tenant compte des garanties contenues dans la Constitution. Voir aussi : *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, par. 30 et suiv. (ci-après « *Doucet-Boudreau* »), où les juges Iacobucci et Arbour ont conclu, au nom de trois de leurs collègues, qu'en ordonnant au gouvernement de faire de son mieux pour fournir des établissements scolaires dans les délais prévus, et en se déclarant compétent pour entendre les comptes rendus sur les efforts déployés à cet égard, le juge de première instance n'avait pas erré (par. 40). Selon les juges Iacobucci et Arbour, le juge de première instance avait dûment tenu compte de la nécessité d'une exécution diligente, des limites du rôle des tribunaux et de l'opportunité de laisser au gouvernement une certaine marge d'appréciation quant à la façon de remplir les obligations imposées par la Constitution. Les deux mêmes juges ont toutefois ajouté que l'urgence de la situation ou du contexte n'habilite pas en soi une cour dite supérieure à accorder une réparation d'une ampleur illimitée sous le régime de l'article 24(1) de la Charte. En l'espèce, de dire les juges Iacobucci et Arbour, les réparations

Toujours en vertu de la doctrine de la justiciabilité, les tribunaux devraient normalement se montrer réticents à se prononcer sur des questions purement morales. Il faut bien admettre néanmoins que, depuis l'adoption de la Charte, cette dimension de la justiciabilité n'a plus l'importance qu'elle avait autrefois⁷². En effet, de nos jours, les tribunaux donnent leur avis allègrement sur des questions auxquelles se rattache un fort caractère moral, comme l'avortement et le statut du fœtus⁷³, l'aide médicale à mourir⁷⁴, la prostitution⁷⁵ ou les droits des conjoints de même sexe⁷⁶.

accordées par le juge de première instance étaient à la fois convenables et justes, et elles n'étaient pas inéquitables pour le gouvernement provincial visé, soit celui de la Nouvelle-Écosse. Au surplus, ces réparations se révélaient efficaces et créatives et étaient destinées à donner vie aux droits découlant de l'article 23 de la Charte; dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, par. 10 et 90, la Cour suprême a affirmé qu'il ne revenait pas aux tribunaux de trancher la question politique de savoir si l'instauration d'un régime pancanadien et unique de gestion des valeurs mobilières était préférable à l'existence de multiples régimes provinciaux. Elle a ajouté que les tribunaux n'avaient pas à se demander quel type de régime ni quelle politique était optimal. Enfin, dans le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, préc., note 42, par. 4 et 20, la Cour suprême a dit qu'il ne lui appartenait pas de juger de l'opportunité des projets de réforme du Sénat ni de spéculer sur l'éventail complet des changements dont peut faire l'objet cette institution. Son rôle consistait uniquement à se prononcer sur la façon dont les changements proposés dans le renvoi en question pouvaient être accomplis.

⁷² Nous ne sommes pas sans savoir que, au Canada, la doctrine de la justiciabilité veut qu'une question soit non justiciable des tribunaux si elle met en cause des considérations morales et politiques qu'il n'est pas du ressort de ces derniers d'évaluer. Cette théorie ne s'appliquerait toutefois pas dans les cas où la constitutionnalité des lois est mise en cause à partir de la Charte; voir : *Operation Dismantle*, préc., note 71. Par ailleurs, il est très clair que, même dans les cas où la Charte ne trouve pas application à proprement parler, nous sommes parfois en présence d'une jurisprudence constitutionnelle ayant un net caractère politique, comme nous l'avons vu ci-dessus : *supra*, partie I, section B.

⁷³ *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530.

⁷⁴ *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5.

⁷⁵ *Renvoi relatif à l'art 193 et à l'al 195.1(1)c) du Code criminel (Man)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72.

⁷⁶ *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79.

Enfin, encore en rapport avec la doctrine de la justiciabilité, il y a lieu de tenir compte du principe bien connu au Canada qui veut que les tribunaux n'interviennent pas dans des questions qui ont trait aux privilèges et aux immunités des assemblées parlementaires⁷⁷. Cependant, même si les dispositions concernant le fonctionnement parlementaire et législatif ne peuvent pas être invoquées dans un litige, il n'en reste pas moins qu'elles pourraient faire l'objet d'une demande d'avis consultatif à la Cour suprême par le gouvernement fédéral, ou à une cour d'appel puis à la Cour suprême par un gouvernement provincial. Du reste, notons que, dans l'arrêt *Chagnon c. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec*⁷⁸, la Cour suprême ne s'est pas privée pour interpréter restrictivement les privilèges parlementaires soulevés en l'espèce – soit celui de gérer le personnel et celui d'expulser les étrangers – et pour en soumettre l'exercice à un critère de nécessité. Les juges majoritaires se sont exprimés ainsi :

Toutefois, bien que l'indépendance de la législature soit un élément nécessaire de notre structure constitutionnelle et qu'elle fasse partie intégrante de notre droit, on peut dire la même chose de ses limites. La nature inhérente du privilège parlementaire signifie que son existence et sa portée doivent être fermement ancrées dans sa raison d'être.

[...]

En conséquence, au Canada, la portée du privilège parlementaire est délimitée par les objectifs qu'il vise (voir p. ex. *Vaid*, par. 41-46). Celui-ci est inhérent à la nature et aux fonctions des assemblées législatives en tant que branche distincte du gouvernement. Le privilège inhérent ne s'appliquera que dans la mesure où cela est « indispensable pour protéger les législateurs dans l'exécution de leurs fonctions législatives et délibératives et de la tâche de l'assemblée législative de demander des comptes au gouvernement relativement à la conduite des affaires du pays »

⁷⁷ Les tribunaux n'interviennent pas dans le processus d'adoption des lois. Cela relève de la *lex parlamenti*. Par conséquent, le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois s'exerce une fois que la loi est adoptée, à moins que l'on ne soit dans l'un des cas précis où peut être exercé un contrôle *a priori*. Nous reviendrons de toute façon sur le contrôle *a priori* et le contrôle *a posteriori* : *infra*, partie I, section B.

⁷⁸ 2018 CSC 39.

(*Vaid*, par. 41; voir aussi *New Brunswick Broadcasting*, p. 381-385). Autrement, il empiéterait de façon injustifiée sur d'autres parties de la Constitution⁷⁹.

Il ressort donc de ce qui précède que la doctrine de la justiciabilité comporte ses propres limites, et que rares sont les situations où « le long bras de la Justice » se heurte vraiment à des questions qui ne sauraient relever du monde judiciaire. En d'autres termes, il y a très peu de problématiques de nature constitutionnelle qui ne soient pas susceptibles d'être soumises aux tribunaux. Dès lors, on peut dire que, en pratique, le contrôle des lois et des actes gouvernementaux par les tribunaux canadiens, et plus particulièrement par la Cour suprême, est très étendu, et qu'il n'existe, même au nom du principe de la justiciabilité, que fort peu de normes ou de décisions que les tribunaux canadiens refusent de contrôler.

Cette dernière affirmation nous amène toutefois à dire un mot au sujet de l'existence dans le droit canadien de pouvoirs dits dérogatoires. En effet, ce type de pouvoir apparaît notamment à l'article 33 de la Charte⁸⁰. Ainsi, en vertu de ce dernier, il est possible pour une assemblée législative canadienne, fût-elle le Parlement canadien ou une législature provinciale, de donner préséance à l'une de ses lois sur les articles 2 et 7 à 15 de la Charte⁸¹. Cette préséance, qui découle de l'usage d'une disposition

⁷⁹ *Id.*, par. 25 et 27.

⁸⁰ On trouve aussi des pouvoirs dérogatoires dans des lois quasi constitutionnelles comme la *Déclaration canadienne des droits*, préc., note 44, art. 2, ou la *Charte des droits et libertés de la personne*, art. 52. À titre d'exemple, voir la *Loi sur la laïcité de l'État*, RLRQ, c. L-0.3, art. 33 et 34, où le législateur québécois a appliqué une disposition dérogatoire à l'encontre des articles 1 à 38 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, en plus du fait d'opposer une disposition dérogatoire à l'application des articles 2 et 7 à 15 de la Charte adoptée en 1982. Sur les pouvoirs dérogatoires en général, voir : Guillaume ROUSSEAU, « La disposition dérogatoire des chartes des droits : de la théorie à la pratique, de l'identité au progrès social », *Institut de recherche sur le Québec*, mars 2016, en ligne : <<http://irq.quebec/publications/disposition-derogatoire/>>.

⁸¹ Sur ce point, voir : *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, 733-745 (ci-après « *Ford* »). Dans ce jugement, la Cour suprême a affirmé que l'usage du pouvoir dérogatoire de l'article 33 de la Charte ne peut pas avoir d'effets rétroactifs, mais qu'une déclaration faite en vertu de cet article est néanmoins suffisamment explicite si elle mentionne le numéro de l'article, du

déroatoire (aussi appelée « clause nonobstant »), n'est cependant valide que pour une durée de cinq années : certes, elle est renouvelable indéfiniment, mais toujours pour des périodes de cinq années consécutives.

Comme on le constate, si l'usage de la clause déroatoire prévue par l'article 33 de la Charte peut écarter l'exercice du contrôle judiciaire de la constitutionnalité, il ne saurait toutefois le faire qu'à des fins strictes⁸². Bien

paragraphe ou de l'alinéa qui contient la ou les dispositions auxquelles le législateur souhaite déroger. Néanmoins, différentes questions se posent encore en ce qui touche le pouvoir déroatoire prévu par l'article 33 de la Charte. L'une de ces questions est celle de savoir si l'égalité des sexes doit être exclue de sa portée, en raison de la formulation de l'article 28 de la Charte. Une autre question consiste à déterminer si le pouvoir déroatoire fait obstacle à un tribunal qui veut se saisir d'un dossier à proprement parler et conclure en la violation de la Charte ou si, au contraire, il ne l'empêche que de prononcer une déclaration d'invalidité d'une loi malgré cette violation. Dans son volumineux jugement rendu le 20 avril 2021 dans l'affaire *Hak c. Procureur général du Québec*, 2021 QCCS 1466, portant sur la *Loi sur la laïcité de l'État*, préc., note 80, le juge Marc-André Blanchard de la Cour supérieure du Québec n'a pas hésité à déclarer invalides de nombreuses dispositions de cette loi et de ses annexes, pour le motif qu'elles violaient les articles 3 ou 23 de la Charte. À noter que ces deux articles ne sont pas visés par le pouvoir déroatoire de l'article 33 de la Charte. Pour le reste de cette loi, le juge Blanchard en est venu à la conclusion que « l'utilisation de l'article 33 stérilise le recours aux dispositions pertinentes de la Charte » (par. 784). Certains juristes continuent par ailleurs de se demander, malgré la clarté de l'arrêt *Ford* quant au fait que l'article 33 ne contient que des exigences de forme, si cet article ne comporterait pas aussi quelques conditions de fond.

⁸² Voir : Louis-Philippe LAMPRON, « Les institutions judiciaires et le phénomène de la judiciarisation du politique au Québec et au Canada », dans Alain-G. GAGNON (dir.), *La politique québécoise et canadienne : une approche pluraliste*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2014, p. 299, à la p. 312 :

D'autre part, les tenants de la théorie du dialogue ne nous semblent pas accorder un poids suffisamment important au fait que l'article 33 de la Charte canadienne ne permet aux législateurs de déroger qu'aux droits fondamentaux protégés par les articles 2 et 7 à 15, laissant donc très clairement le « dernier mot » aux tribunaux en ce qui concerne l'interprétation de dispositions telles que le droit de vote aux élections fédérales et provinciales (art. 3) et le droit des membres de minorités linguistiques de chaque province (anglophone ou francophone) d'avoir accès à l'instruction publique dans leur langue maternelle (art. 23). Cette dernière disposition avait permis à la Cour suprême du Canada de rendre l'arrêt *Nguyen*, dans lequel elle avait invalidé les modifications apportées

entendu, l'usage de la clause dérogatoire comporte fréquemment un prix politique pour l'assemblée législative qui décide de l'utiliser et alerte très souvent la population quant au fait qu'il est alors potentiellement question d'une violation d'un droit ou d'une liberté reconnue par la Charte⁸³.

Outre l'application de la doctrine de la justiciabilité ou l'utilisation d'un pouvoir dérogatoire, le Parlement et les législatures ne peuvent pas soustraire leurs lois au contrôle judiciaire de la constitutionnalité. L'administration publique fédérale ou provinciale ne peut pas non plus échapper au contrôle de la légalité de ses actes et de ses normes. En effet, la Cour suprême a interprété la partie VII de la *Loi constitutionnelle de*

par le législateur québécois à la *Charte de la langue française* en 2002 dans le but d'éliminer le phénomène dit « des écoles passerelles ».

83

Voir : Guy DURAND, « Le “pouvoir de déroger” et la Charte des droits et libertés », (2005) 7-1 *Éthique publique*, en ligne : <<https://journals.openedition.org/ethiquepublique/1994>>, particulièrement au passage suivant : « Plusieurs analystes et observateurs jugent l'existence du “pouvoir de déroger” inscrit à l'article 33 de la Charte fédérale des droits et libertés comme un accroc : la reconnaissance des droits individuels passe avant tout et les meilleurs gardiens en sont les juges. Tout recours à ce pouvoir leur paraît inadmissible, voire digne de réprobation. » Voir aussi : Alain BACCIGALUPO, « Le système politique canadien depuis l'avènement de la charte : démocratie ou juriscratie? », dans Louis BALTHAZAR, Guy LAFOREST et Vincent LEMIEUX (dir.), *Le Québec et la restructuration du Canada, 1980-1992 : enjeux et perspectives*, Sillery, Septentrion, 1991, p. 119, à la p. 131 : « Les conséquences politiques de tels agissements non seulement ne se feraient pas attendre mais pourraient bien s'avérer, en pratique, beaucoup plus graves que les effets juridiques auxquels la puissance publique aurait voulu échapper ». Voir également : Donna GRESCHNER, « Effets de la *Charte* et de l'évolution de la jurisprudence sur les coûts des soins », dans Thomas A. MCINTOSH, Pierre-Gerlier FOREST et Gregory P. MARCHILDON (dir.), *Les études de la Commission Romanow*, t. 3, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 2004, p. 90, à la p. 118 : « Les gouvernements pourraient prévenir le recours aux tribunaux en se prévalant de la clause dérogatoire de l'article 33 [...] Cependant, la clause dérogatoire est rarement invoquée, par crainte des conséquences politiques. » Finalement, voir : Hugo LAVALLÉE, « Laïcité : la disposition de dérogation au cœur du débat », *Radio-Canada*, 29 mars 2019, en ligne : <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1161260/laicite-projet-loi-caq-charte-droits-personne-quebec-canada>> : « [M]ais les parlementaires l'emploient habituellement avec circonspection. Dans le contexte où ces chartes ont été adoptées pour protéger les droits de la personne, y déroger comporte généralement un coût politique élevé. »

1867, plus particulièrement son article 96, comme garantissant – au nom, entre autres, de la séparation des pouvoirs⁸⁴ – le maintien de la compétence fondamentale et de l'indépendance des cours supérieures des provinces, telles qu'elles existaient en 1867⁸⁵. Cela empêche notamment le Parlement et les législatures de légiférer de façon à porter atteinte aux « pouvoirs qui sont essentiels à l'administration de la justice et au maintien de la primauté du droit⁸⁶ ». La branche exécutive de l'État ne peut pas, elle non plus, modifier le rôle fondamental des cours supérieures dans le système politique canadien. Ce « rôle fondamental » repose essentiellement sur la compétence résiduaire des cours supérieures de même que sur l'exercice de leur pouvoir de surveillance et de contrôle sur les instances judiciaires inférieures ou encore sur les organes quasi judiciaires ou purement administratifs.

⁸⁴ La séparation des pouvoirs constitue l'une des caractéristiques fondamentales de la Constitution canadienne. Le juge en chef Dickson a exposé ce point dans l'arrêt *Fraser c. Commission des relations de travail dans Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, 469 et 470, (ci-après « *Fraser* ») :

Il existe au Canada une séparation des pouvoirs entre les trois branches du gouvernement – le législatif, l'exécutif et le judiciaire. En termes généraux, le rôle du judiciaire est, il va sans dire, d'interpréter et d'appliquer la loi; le rôle du législatif est de prendre des décisions et d'énoncer des politiques; le rôle de l'exécutif est d'administrer et d'appliquer ces politiques.

Voir également : *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, 620 (j. L'Heureux-Dubé, motifs majoritaires); *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854, 871 (ci-après « *Cooper* ») (j. Lamer, dissidence).

⁸⁵ Sur ce point, voir notamment : *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220, 236 et 237; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, par. 37 et 38; *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, préc., note 14, par. 82-109. Voir aussi : *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, 734; *Renvoi relatif au Code de procédure civile (Qc)*, art. 35, 2021 CSC 27. Dans ce dernier renvoi, les juges Côté et Martin, s'exprimant alors avec l'accord des juges Moldaver et Karakatsanis, ont confirmé le test fondé sur la compétence historique de la Cour supérieure, qui avait été élaboré dans le *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*. Ils ont également confirmé l'approche basée sur la compétence fondamentale de la Cour supérieure, qui avait été adoptée dans l'arrêt *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*. Sur ces questions, les juges majoritaires ont rappelé que le cadre d'analyse applicable à l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* comprenait deux tests, soit celui qui est lié à la compétence historique de la Cour supérieure et l'autre, à sa compétence fondamentale (par. 144 et 145).

⁸⁶ *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, préc., note 85, par. 38.

De surcroît, il n’y a pas de tribunaux canadiens spécialisés qui exercent le monopole du contrôle de la constitutionnalité en dehors de la hiérarchie des tribunaux de droit commun, contrairement à plusieurs pays d’Europe où il existe une cour ou un conseil constitutionnel. Le contrôle de la constitutionnalité relève donc au Canada des tribunaux judiciaires et administratifs. Les litiges portant *de façon principale* sur des questions constitutionnelles incombent à la compétence *exclusive* de la Cour supérieure du Québec, en première instance. Par contre, tous les tribunaux judiciaires ou administratifs (y compris la Cour fédérale du Canada) ont compétence pour trancher des questions constitutionnelles soulevées de façon incidente, en vertu de la théorie de l’exception d’inconstitutionnalité⁸⁷. La Cour suprême agit alors en tant qu’instance de dernier ressort. Un tribunal administratif ou un tribunal judiciaire inférieur ne peut pas déclarer invalide le texte incriminé avec effet *erga omnes*, ce pouvoir étant réservé aux tribunaux supérieurs (Cour supérieure, Cour d’appel et Cour suprême).

L’organisation judiciaire hiérarchisée et centralisée du Canada⁸⁸, en vertu de laquelle la Cour suprême exerce le rôle de tribunal de dernière

⁸⁷ Sur ce point, voir notamment : *Séminaire de Chicoutimi c. Cité de Chicoutimi*, [1973] R.C.S. 681. La Cour suprême a déclaré que la Cour provinciale (maintenant la Cour du Québec) était incompétente pour entendre une contestation portant *principalement* sur une question constitutionnelle. Cela relève plutôt des fonctions traditionnellement réservées à la Cour supérieure du Québec. Par contre, dans l’arrêt *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, la Cour suprême a rappelé le principe bien établi – par les arrêts *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570, *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5 et *Tétrault-Gadoury c. Canada (Commission de l’emploi et de l’immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22 –, voulant qu’un tribunal administratif investi du pouvoir de mettre en pratique la loi ait compétence pour appliquer la Charte aux questions soulevées dans le contexte de ses attributions, à moins que le législateur n’ait clairement manifesté l’intention de soustraire cette dernière à la compétence du tribunal en cause.

⁸⁸ Dans le *Renvoi relatif au Code de procédure civile (Qc)*, art. 35, préc., note 85, la Cour suprême a confirmé à maints endroits le caractère « unifié » du système judiciaire canadien et a rappelé que l’article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* participait de cette unification. En d’autres termes, cette dernière disposition

instance pour tous les domaines du droit, fait en sorte que cette cour n'éprouve pas de difficultés à imposer son interprétation de la Constitution aux juridictions inférieures⁸⁹.

Le contrôle de la constitutionnalité s'exerce *a priori* ou *a posteriori*. Notons que le contrôle *a priori* est généralement le propre du renvoi ou de l'avis consultatif. Cependant, nous tenons à souligner que toute personne peut, de façon préventive, avant même que l'on ait cherché à lui appliquer le texte, demander un jugement pour faire constater l'inconstitutionnalité d'une loi ou d'un règlement si elle satisfait aux exigences relatives à l'intérêt pour agir. En effet, par le jugement déclaratoire, le contrôle constitutionnel *a priori* est ouvert, dans une certaine mesure, aux individus tout autant qu'aux gouvernements⁹⁰. Quant au contrôle *a posteriori*, il est le plus souvent exercé dans le cas de litiges ordinaires, amorcés par un justiciable ou un gouvernement. Ce contrôle peut aussi être accompli dans le contexte d'un renvoi ou d'un avis consultatif⁹¹.

Avant 1982, le contrôle judiciaire de la constitutionnalité avait un caractère relativement restreint puisqu'il ne portait que sur les seules questions touchant l'application du partage des pouvoirs législatifs opéré

renforce le caractère national du système judiciaire canadien : voir particulièrement les paragraphes 1, 43, 169, 174, 203 et 220 de ce jugement.

⁸⁹ La capacité qu'a la Cour suprême d'imposer ses décisions aux tribunaux inférieurs, positionnée comme elle est au sommet de la hiérarchie judiciaire au Canada, contribue fortement, comme on s'en doute, au phénomène d'imprégnation constitutionnelle dont nous reparlerons : *infra*, partie II, section B.

⁹⁰ La demande de justice visant l'obtention d'un jugement déclaratoire permet au justiciable qui a l'intérêt suffisant d'obtenir un jugement déclarant l'invalidité, l'« inopérabilité » ou l'inapplicabilité constitutionnelle d'une loi ou d'un règlement. Ces recours peuvent avoir un effet préventif ou curatif, ce qui ouvre la porte à un contrôle tant *a priori* que *a posteriori*.

⁹¹ L'article 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, préc., note 9, permet au gouverneur en conseil de soumettre au jugement de cette cour toute question importante de droit ou de fait. Par ailleurs, l'article premier de la *Loi sur les renvois à la Cour d'appel*, RLRQ, c. R-23, autorise le gouvernement du Québec à soumettre à la Cour d'appel toute question quelconque qu'il juge à propos de déférer ainsi pour avis de cette cour. Quant à l'article 5.1 de la *Loi sur les renvois à la Cour d'appel*, il permet d'interjeter appel auprès de la Cour suprême de toute opinion rendue par la Cour d'appel du Québec sur les questions soumises en vertu de l'article premier.

par la *Loi constitutionnelle de 1867* et d'autres considérations relativement secondaires⁹². Ce contrôle a été amplifié à l'occasion du rapatriement de 1982, puisqu'il inclut maintenant, en plus du partage des pouvoirs législatifs, le respect des nombreux principes constitutionnels que la Charte énonce⁹³. En effet, cette dernière fait partie de la Constitution formelle et

⁹² Les mots « considérations relativement secondaires » sont une allusion au fait que la Cour suprême a élaboré une déclaration sommaire de droits et libertés à partir d'une interprétation implicite du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*. À cet égard, dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, préc., note 14, 74 et 75, le juge en chef Lamer, parlant au nom de la majorité, a affirmé que le Parlement et les législatures ne pouvaient pas limiter la liberté d'expression découlant de ce préambule. Il est toutefois important de voir les propos tenus par le juge La Forest (dissident en partie) (p. 181 et 182). Celui-ci refuse de se prononcer sur la théorie voulant que la Constitution canadienne comporte des droits implicites – particulièrement en matière de liberté d'expression politique – qui limitent les pouvoirs des législateurs. En gros, il s'est contenté d'indiquer que cette théorie « n'est pas tant une “déclaration des droits implicite” [...] qu'une garantie plus limitée des libertés d'expression nécessaires à l'existence de la démocratie parlementaire » (p. 182). Il a par ailleurs ajouté que « l'idée que la Constitution protège implicitement les droits démocratiques a été rejetée par un certain nombre d'éminents juristes en raison de son incompatibilité avec la structure et l'historique de la Constitution » (p. 182). Quoi qu'il en soit, nous pensons indéniable que, avant 1982, le bloc de constitutionnalité au Canada était minimalement composé des articles 20 (périodicité des sessions du Parlement du Canada), 50 (durée de la Chambre des communes), 93 (droits confessionnels), 121 (libre circulation des biens), 125 (exemption de taxes pour les terres publiques) et 133 (droits linguistiques) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Sur le sens de l'expression « bloc de constitutionnalité » employée ci-dessus : *supra*, note 33.

⁹³ Avant la Charte, le contrôle judiciaire de la constitutionnalité au Canada portait essentiellement sur le partage des pouvoirs législatifs entre les ordres fédéral et provincial de gouvernement. Depuis que la Charte a fait son entrée dans le paysage juridique canadien, le contrôle de la constitutionnalité s'est élargi considérablement, tout en restant de même nature qu'avant l'édiction de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, préc., note 4, 745 et 746, la Cour suprême a insisté sur le fait que, depuis le 17 avril 1982, le mandat du pouvoir judiciaire de protéger la Constitution est enchâssé dans l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et qu'il appartient aux tribunaux de protéger les personnes dont les droits constitutionnels sont violés, « quelles que soient ces personnes et quelles que soient les raisons de cette violation ». Dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, préc., note 71, 496, le juge Lamer a notamment souligné que « [l]es éléments vraiment nouveaux de

possède un caractère totalement supralégislatif et rigide. Les tribunaux doivent désormais s'assurer que les lois ordinaires et les règles de droit sont compatibles avec cette charte, à défaut de quoi il leur faudra déclarer ces normes invalides dans la mesure de l'incompatibilité.

La Charte a fait l'objet de multiples commentaires depuis son entrée en vigueur en 1982. En effet, bien qu'elle constitue « une tentative d'unification autour de valeurs communes⁹⁴ », elle n'atteint cet objectif que partiellement et n'offre pas le même degré de contentement à tous les acteurs du jeu politique et social canadien. Des critiques lui sont faites relativement à une série de problèmes. D'abord, soulignons qu'une critique souvent adressée à la Charte est liée au rapatriement de 1982 lui-même. En effet, l'adoption d'une nouvelle loi constitutionnelle n'ayant pas reçu l'approbation du Québec est perçue par certains comme un vice de forme fondamental⁹⁵. Pour d'autres, la Charte se trouve à la source d'un profond

la *Loi constitutionnelle de 1982* tiennent à ce qu'elle a sanctionné le processus de décision constitutionnelle et en a étendu la portée de manière à englober un plus grand nombre de valeurs ». Dans l'arrêt *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 CSC 66, 425-429, le juge Binnie a notamment dit, au nom de la Cour, que la Charte assujettit à de nouvelles limites le pouvoir des gouvernements en matière de droits de la personne, mais qu'il appartient aux tribunaux de s'assurer de la constitutionnalité des mesures prises par l'État.

⁹⁴ Voir : Pierre BLACHE, « La Charte canadienne : obstacle postmoderne à l'émergence d'un Québec moderne et rassembleur? », (1994) 28 *R.J.T.* 333, 335.

⁹⁵ Voir : Marie-Christine WEIDMANN KOOP, *Le Québec aujourd'hui : identité, société et culture*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 2003, p. 74 : « Si cette réforme est empreinte de toute légalité formelle, le procédé souffre d'un vice de légitimité, puisqu'il heurte le principe du consentement des partenaires à tout changement constitutionnel. » Voir aussi : Guy LAFORÉST, « L'esprit de 1982 », dans Louis BALTHAZAR, Guy LAFORÉST et Vincent LEMIEUX (dir.), *Le Québec et la restructuration du Canada, 1980-1992 : enjeux et perspectives*, Sillery, Septentrion, 1991, p. 147, à la p. 153 :

Comme celle de Rousseau, la philosophie politique de Locke stipule que le consentement du peuple est toujours nécessaire pour asseoir la légitimité de l'autorité politique [...] Le consentement du peuple était encore plus nécessaire lorsque les représentants, les fiduciaires de la souveraineté populaire, avaient l'intention d'apporter des changements fondamentaux à la nature même du pacte social [...] Les citoyens ne peuvent rester à l'écart d'une telle opération. C'est pourtant ce qui s'est passé au Canada, et de façon encore plus marquée au Québec, entre 1980

écart ou déphasage entre les idéaux qu'elle consacre et la protection effective de ceux-ci dans la vie de tous les jours des Canadiens⁹⁶. D'autres encore reprochent à la Charte de ne pas avoir réduit les inégalités sociales et économiques; au contraire, disent-ils, « la répartition des richesses [...] paraît s'être considérablement détériorée⁹⁷ ». Voici précisément ce que disait Henri Brun à cet égard :

Une Charte omniprésente, parce qu'interprétée dans l'abstrait et l'absolu, entraînera l'usure des droits qu'elle est censée servir. Plus encore elle sera source d'une injustice croissante au profit des plus forts, des plus puissants, des mieux organisés et des mieux nantis, au lieu d'assurer d'abord et avant tout, comme elle se doit, la protection des plus vulnérables. Bien loin d'engendrer une société plus juste, plus sécuritaire et plus douce, c'est une société d'affrontements et de conflits qu'elle favorisera, une société fondée sur la réclamation maximale des droits et l'accomplissement minimal des devoirs⁹⁸.

et 1982 [...] On ne répètera jamais assez souvent que la *Loi constitutionnelle* de 1982 et la Charte des droits et libertés ont changé les règles du jeu sans le consentement du Québec.

⁹⁶ Sur ce point, voir la préface, rédigée par Serge Joyal, de l'ouvrage de Michael D. BEHIELS, *La francophonie canadienne : renouveau constitutionnel et gouvernance scolaire*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 2005, p. IX :

La *Constitution* s'inspirait d'une vision plus généreuse et plus humaniste des relations entre humains. En établissant les fondements de notre union politique, elle consacrait le droit des citoyens d'être différents et exigeait de la majorité qu'elle fasse un usage mesuré de ses forces et de son pouvoir de nivellement.

Le professeur Behiels révèle que, malgré les nobles idéaux auxquels voulaient satisfaire les lois conçues pour protéger ces droits fondamentaux, nos politiciens ont souvent cédé aux pressions des majorités et des groupes d'intérêts plus puissants. Malheureusement, ils ont souvent négligé et abandonné les minorités linguistiques.

⁹⁷ Michael MANDEL, *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada*, Montréal, Boréal, 1996, p. 280.

⁹⁸ Voir : Henri BRUN, « La Charte canadienne des droits et libertés comme instrument de développement social », dans Claire BECKTON et A. Wayne MACKAY (dir.), *Les tribunaux et la Charte*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1986, p. 1, à la p. 27.

Dans cette veine, on entend ici et là des gens se plaindre que la Charte accorde trop de droits et de garanties aux individus sans les assortir d'obligations ou de devoirs pour les citoyens⁹⁹. De façon générale, on déplore également que la Charte confère trop de pouvoirs aux juges¹⁰⁰. De plus, certains reprochent à la Charte d'avoir nourri les différends au sein de la francophonie canadienne – surtout en ce qui concerne l'interprétation de son article 23 – et d'avoir renvoyé dos à dos les Québécois et les francophones vivant en milieu minoritaire¹⁰¹.

⁹⁹ Sur ce point, voir : Guy POWLES, « Duties of individuals: some implications for the Pacific of including “duties” in “human rights” documents », (1992) 22-3 *Victoria U. Wellington L. Rev.* 49; Samantha BESSON, « The Bearers of Human Rights' Duties and Responsibilities for Human Rights: A Quiet (R)Evolution? », (2015) 32-1 *Social Philosophy & Policy* 244.

¹⁰⁰ Sur ce point, voir : Henri LAMOUREUX, *Éthique, travail social et action communautaire*, Sainte-Foy, Presses de l'Université du Québec, 2003, p. 220 : « Cette formule donne beaucoup de pouvoir aux juges et autorise parfois, trop souvent disent certains, le législateur à se soustraire à des décisions politiques embarrassantes comme ce fut le cas pour la question de la reconnaissance du statut national des québécois et de leur droit à l'autodétermination. » Voir aussi : Alain-G. GAGNON, *Le fédéralisme canadien contemporain. Fondements, traditions, institutions*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2006, p. 277 : « Autrement dit, la Charte québécoise maintient davantage le pouvoir de décision entre les mains du corps politique élu que la Charte canadienne, qui le transfère de façon plus considérable au pouvoir judiciaire. ». Finalement, voir : Joseph PESTIEAU, *Les citoyens au bazar : mondialisation, nations et minorités*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1999, p. 90 : « Ajoutons qu'au Canada, surtout depuis qu'il s'est doté de la Charte des droits et libertés en 1982, on compte de plus en plus sur le pouvoir judiciaire pour satisfaire des revendications particulières au nom de droits fondamentaux. En conséquence, le législatif et l'exécutif ont peut-être moins d'autorité pour définir et poursuivre l'intérêt général. »

¹⁰¹ Sur ce point, voir : Frédéric BÉRARD, *Charte canadienne et droits linguistiques : pour en finir avec les mythes*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2017, p. 67 :

Les éléments factuels qui précèdent témoignent de l'opposition simultanée du gouvernement du Québec et des francophones hors Québec face au volet linguistique du projet de *Charte canadienne*. Les motifs sous-jacents de leur contestation respective demeurent, bien entendu, antinomiques. Alors que le Québec considère que toute disposition éducationnelle, même minimaliste, constitue une menace directe à la souveraineté de la province, la communauté francophone

S'agissant du Québec plus particulièrement, certaines personnes estiment que la Charte illustre à quel point est délicat l'équilibre entre les droits individuels et les droits collectifs¹⁰². Du reste, on critique la Charte

hors Québec se désole quant à elle du caractère laxiste et indigent des mesures prévues. La définition des exigences est trop approximative, laissant ainsi place à l'arbitraire provincial.

Voir également la très intéressante thèse de doctorat présentée par Éric POIRIER, *La francophonie canadienne divisée autour des droits linguistiques prévus dans la Constitution : entre interprétation symétrique et interprétation asymétrique, entre intention législative comme stratégie judiciaire et contraintes juridiques*, thèse de doctorat, Bordeaux et Sherbrooke, Droit public, Université de Bordeaux et Université de Sherbrooke, 2021 (non publiée). L'hypothèse principale de l'auteur veut que les francophones du Canada aient été piégés par Pierre Elliott Trudeau qui, avec l'appui du pouvoir judiciaire, a encouragé consciemment l'émergence d'une vision symétrique des droits linguistiques. Cette dernière aurait notamment eu pour effet de renvoyer dos à dos les Québécois et les francophones canadiens vivant en situation minoritaire. Par conséquent, l'auteur promeut une interprétation et une application asymétriques des droits linguistiques, seule voie, selon lui, permettant la réunification de la francophonie canadienne, y compris le Québec.

102

Sur ce point, voir notamment : Jocelyn MACLURE, « Qui remet en question les droits collectifs? », *La Presse* +, 1^{er} avril 2019, en ligne : <plus.lapresse.ca/screens/eb27bf96-ffda-4501-b203-f47e1a748884_7C__0.html>, qui parle notamment de la *Loi sur la laïcité de l'État*, préc., note 80. Il soutient que l'argument de l'équilibre nécessaire entre les droits collectifs et les droits individuels n'est, dans le cas de cette loi, qu'une mystification. Selon Maclure, la *Loi sur la laïcité de l'État* pose, au Québec, toute la question qui consiste à préciser le rapport entre la majorité de la population et les libertés des citoyens touchés par une décision gouvernementale plutôt que la question de savoir si cette majorité détient réellement des droits collectifs. Pour une opinion différente, voir : Benoît PELLETIER, « L'État québécois peut et doit faire des choix collectifs », *La Presse*, 29 mai 2021, en ligne : <https://www.lapresse.ca/debats/opinions/2021-05-29/l-etat-quebecois-peut-et-doit-faire-des-choix-collectifs.php>; il y a également lieu de voir les rapports d'expertise réunis dans le dossier de la contestation judiciaire de la *Loi sur la laïcité de l'État* : Marc CHEVRIER et al., *La laïcité : le choix du Québec. Regards pluridisciplinaires sur la Loi sur la laïcité de l'État*, recueil de cinq rapports d'expertise sollicités par le procureur général du Québec, Québec, Secrétariat à l'accès à l'information et à la réforme des institutions démocratiques, 2021. Ces rapports donnent une idée précise de la position du gouvernement québécois dans le dossier susmentionné.

en raison de sa trop grande propension à la centralisation. C'est ce qu'a affirmé José Woehrling dès le début des années 90 :

La mise en œuvre des droits et libertés touche des problèmes de culture et de civilisation et amène les tribunaux à se substituer au législateur pour effectuer certains « choix de société ». Or, dans le cadre de la Charte canadienne, cette mise en œuvre se fait à l'échelle nationale, par le biais d'une hiérarchie judiciaire centralisée qui utilise inévitablement une approche uniforme pour interpréter les standards constitutionnels. L'uniformité de l'interprétation constitutionnelle imposée par la Cour suprême du Canada pourrait donc limiter la variété des choix politiques qui s'offrent aux organes démocratiques des différentes provinces, en particulier le Québec¹⁰³.

Peu importe les critiques qu'on lui adresse, la Charte, à notre sens, n'aura toute sa valeur et toute sa crédibilité – mis à part la question de sa légitimité politique en ce qui concerne le Québec – que dans la mesure où les juges chargés de son interprétation et de son application par rapport aux actes exécutifs et législatifs feront preuve de perspicacité et de pondération. D'ailleurs, leur rôle va sans cesse croissant eu égard aux nombreuses questions qui se posent actuellement à la communauté politique canadienne et auxquelles ils doivent trouver des solutions appropriées, en disant certes le droit, mais en l'adaptant aussi à l'évolution du contexte sociopolitique canadien. Cependant, ledit contexte est marqué précisément par des principes ou des valeurs dont plusieurs sont contradictoires à première vue. C'est le cas à tout le moins pour le fédéralisme, le pluralisme social¹⁰⁴, le

¹⁰³ Voir : José WOEHLING, *La Constitution canadienne et l'évolution des rapports entre le Québec et le Canada anglais, de 1867 à nos jours*, coll. « Points de vue n° 4 », Edmonton, Centre d'études constitutionnelles, 1993, p. 122.

¹⁰⁴ D'ailleurs, certaines dispositions de la Charte sont sans équivoque en ce qui a trait, par exemple, à la promotion sociale des groupes et des citoyens; voir : Alan CAIRNS et Cynthia WILLIAMS, « Le constitutionnalisme, la citoyenneté et la société au Canada : un aperçu », dans Alan CAIRNS et Cynthia WILLIAMS (dir.), *Le constitutionnalisme, la citoyenneté et la société au Canada*, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1986, p. 1, à la p. 14 :

Les droits à l'égalité prévus au paragraphe 15(1) de la Charte et les possibilités de mesures de promotion sociale offertes par le paragraphe 15(2), avec les neuf critères que sont la race, l'origine nationale ou

dualisme Québec-Canada, le bijuridisme, le bilinguisme, le multiculturalisme, l'interculturalisme et le multinationalisme¹⁰⁵. De plus, Cynthia Williams a soutenu ceci :

Lors de l'étude de la Charte de 1982, ce ne sont pas les articles relatifs aux droits fondamentaux, juridiques, démocratiques et politiques qui ont suscité le plus de controverse, mais plutôt les clauses relatives à l'égalité [...], aux langues officielles et au droit à l'éducation des groupes linguistiques minoritaires, au droit à des écoles séparées et autres écoles confessionnelles, aux droits des autochtones et à la protection du patrimoine multiculturel¹⁰⁶.

Dans un tel environnement sociologique et constitutionnel, la tâche du juge n'est évidemment pas des plus faciles à assumer.

Comme il fallait s'y attendre, la Charte a marqué une attitude nettement plus interventionniste de la part de la Cour suprême pour ce qui est du dynamisme et de la créativité judiciaires¹⁰⁷. Quand on parle justement

ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge, les invalidités physiques ou mentales, ne peuvent faire autrement que de favoriser la multiplication et la politisation des identités, ce qui donne aux groupes des moyens ayant l'appui de l'État pour progresser dans l'échelle sociale.

¹⁰⁵ Concernant le multinationalisme, voir : José WOEHLING, « La protection des minorités nationales dans le système fédéral canadien », dans Bernard FOURNIER et Min REUCHAMPS (dir.), *Le fédéralisme en Belgique et au Canada : comparaison sociopolitique*, Bruxelles, De Boeck, 2009, p. 143, à la p. 143 : « D'autre part, le Canada est un pays multinational, qui comprend des groupes qui ne sont pas de simples minorités culturelles, mais des minorités nationales : les peuples autochtones et les francophones. » Toujours sur le multinationalisme, voir : Joseph H. CARENS, *Culture, Citizenship, and Community: A Contextual Exploration of Justice as Evenhandedness*, Oxford, Oxford University Press, 2000; Michel SEYMOUR, « Le droit des peuples », (2004) 12-3 *Bulletin d'histoire politique* 79.

¹⁰⁶ Cynthia WILLIAMS, « L'évolution des droits du citoyen », dans Alan CAIRNS et Cynthia WILLIAMS (dir.), *Le constitutionnalisme, la citoyenneté et la société au Canada*, Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1986, p. 111, à la p. 140.

¹⁰⁷ La Charte adoptée en 1982 a indéniablement marqué l'élargissement du contrôle de la constitutionnalité, et ce, en dépit du pouvoir dérogatoire qu'elle prévoit dans son article 33. Comme nous l'avons déjà dit, ce contrôle repose essentiellement

de cette créativité, l'on ne saurait passer sous silence la consécration jurisprudentielle des principes dits implicites ou sous-jacents, dont nous avons parlé précédemment. Ceux-ci découlent du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁰⁸ ou sont tout simplement inhérents à l'architecture ou à la structure constitutionnelle canadienne. Les concepts d'architecture et de structure constitutionnelle, que nous avons également abordés ci-dessus, renvoient eux-mêmes à l'existence d'un réseau organisé et hiérarchisé de normes, de valeurs et de principes fondamentaux qui régissent la relation entre les principaux organes de l'État de même qu'entre l'État et les individus¹⁰⁹.

Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*¹¹⁰, la Cour suprême a déclaré faire elle-même partie de l'architecture de la Constitution canadienne¹¹¹ et jouer un rôle primordial dans la structure constitutionnelle canadienne en tant qu'arbitre ultime des litiges sur le

sur le phénomène de la constitutionnalisation du droit, en vertu duquel le sommet de la hiérarchie des normes dans l'État est occupé par les règles qui ont une véritable autorité formelle. Quant au dynamisme et à la créativité judiciaires que l'adoption de cette charte a entraînés, nous y reviendrons : *infra*, partie II, section D.

¹⁰⁸ L'indépendance judiciaire a également été considérée par la Cour suprême comme constituant un principe constitutionnel implicite, découlant du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* : voir le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, préc., note 14, par. 83, 105 et 124, et aussi l'arrêt *La Reine c. Bearegard*, [1986] 2 R.C.S. 56, 72 et 73 (ci-après « *Bearegard* »). Il en est de même pour la liberté de parole, le principe du gouvernement responsable et les grands principes qui se dégagent de la common law britannique. Sur ces questions, voir respectivement : *Fraser*, préc., note 84, 462; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, 57; *Renvoi relatif au rapatriement de la Constitution*, préc., note 7, 805.

¹⁰⁹ Sur ces concepts, voir : Dave GUÉNETTE, « L'architecture constitutionnelle – Dimensions artistiques d'une construction juridique », (2017) 58 *C. de D.* 33, où l'auteur affirme notamment que, en s'inspirant de l'architecture pour décrire la Constitution du Canada, « la Cour suprême démontre qu'elle conçoit la Constitution du Canada comme une construction ayant une structure fondamentale non seulement dynamique et évolutive, mais également comparable à celle d'une œuvre d'art dont il importe d'avoir une vision d'ensemble pour réellement en saisir l'essence ».

¹¹⁰ Préc., note 9.

¹¹¹ *Id.*, par. 87 et 100.

partage des compétences et de cour générale d'appel pour le Canada¹¹². Dans le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*¹¹³, la Cour suprême a notamment affirmé ce qui suit :

Ces règles et principes d'interprétation ont amené la Cour à conclure que la Constitution possède une « architecture interne », ou une « structure constitutionnelle fondamentale » : *Renvoi relatif à la sécession*, par. 50; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, p. 57; voir aussi le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, par. 82. La notion d'architecture exprime le principe selon lequel « [c]haque élément individuel de la Constitution est lié aux autres et doit être interprété en fonction de l'ensemble de sa structure » : *Renvoi relatif à la sécession*, par. 50; voir aussi l'analyse relative à l'approche adoptée par la Cour à l'égard de l'interprétation constitutionnelle dans M. D. Walters, « Written Constitutions and Unwritten Constitutionalism », dans G. Huscroft, dir., *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory* (2008), 245, p. 264-265. Autrement dit, la Constitution doit être interprétée de façon à discerner la structure de gouvernement qu'elle vise à mettre en œuvre. Les prémisses qui sous-tendent le texte et la façon dont les dispositions constitutionnelles sont censées interagir les unes avec les autres doivent contribuer à notre interprétation et à notre compréhension du texte, ainsi qu'à son application¹¹⁴.

L'emploi des mots « architecture » et « structure » pour décrire le cadre constitutionnel canadien s'avère un heureux emprunt à l'art. Ces termes évoquent la grandeur du cadre constitutionnel, son unicité, son équilibre d'ensemble. À cette référence à l'art s'ajoute celle que faisait jadis le Comité judiciaire du Conseil privé à la nature, alors qu'il dépeignait la Constitution comme un arbre vivant susceptible de croître dans ses limites naturelles¹¹⁵.

¹¹² *Id.*, par. 88; voir aussi : par. 82, 94 et 101.

¹¹³ Préc., note 42.

¹¹⁴ *Id.*, par. 26.

¹¹⁵ Voir l'arrêt *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124, 136, où Lord Sankey s'exprime ainsi : « The British North America Act planted in Canada a living tree capable of growth and expansion within its natural limits. The object

Décidément, la constitutionnalisation du droit relève de questions de nature technique – comme la procédure de modification constitutionnelle en tant que telle –, mais elle recèle également une dimension poétique, voire artistique.

Le droit positif est évidemment d'une grande importance dans un État comme le Canada, puisqu'il est sanctionné par des tribunaux jouissant d'une indépendance institutionnelle et, à l'intérieur de ces tribunaux, par des juges bénéficiant d'une indépendance personnelle¹¹⁶. Le droit naturel et le droit fondamental sont eux aussi d'une importance manifeste, surtout lorsqu'ils sont consacrés par la Constitution elle-même, comme c'est le cas pour la justice fondamentale prévue dans l'article 7 de la Charte. Si nous tenons compte au surplus des principes constitutionnels sous-jacents ou non écrits dont la Cour suprême a reconnu l'existence jusqu'à présent, nous pouvons dire que les contours de la Constitution se révèlent presque indéfinissables ou insaisissables à ce jour.

En ce qui touche précisément les principes constitutionnels non écrits, la Cour suprême a mentionné ce qui suit dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* :

Dans le récent *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, nous avons souligné que certains grands principes imprègnent la Constitution et lui donnent vie. Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, à la p. 750, nous avons dit de

of the Act was to grant a Constitution to Canada » (traduction citée dans le *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, préc., note 76, par. 26 : « considéré notre Constitution comme un “arbre vivant [...] susceptible de croître et de se développer à l'intérieur de ses limites naturelles” »).

¹¹⁶ Dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, préc., note 14, le juge en chef Lamer a rappelé que l'indépendance judiciaire avait deux dimensions, soit une dimension individuelle et une dimension institutionnelle ou collective. L'indépendance judiciaire a par ailleurs trois caractéristiques essentielles : l'inamovibilité, la sécurité financière et l'indépendance administrative. Sur les dimensions ou aspects individuels et collectifs ou institutionnels de l'indépendance judiciaire, et sur ses attributs ou caractéristiques essentielles, voir également le juge en chef Dickson, parlant au nom de deux de ses collègues, dans l'arrêt *Beauregard*, préc., note 108, 70.

la primauté du droit que ce « principe est nettement implicite de par la nature même d'une constitution ». On peut dire la même chose des trois autres principes constitutionnels analysés ici [le fédéralisme, la démocratie et la protection des minorités].

Bien que ces principes sous-jacents ne soient pas expressément inclus dans la Constitution, en vertu d'une disposition écrite, sauf pour certains par une allusion indirecte dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il serait impossible de concevoir notre structure constitutionnelle sans eux. Ces principes ont dicté des aspects majeurs de l'architecture même de la Constitution et en sont la force vitale¹¹⁷.

Ainsi, ces principes constitutionnels non écrits sont de nature à inspirer et à orienter l'interprétation de la Constitution, notamment en ce qui concerne les champs de compétence fédéraux et provinciaux, les droits, les libertés et les obligations de la personne de même que la vocation et le rôle des institutions politiques canadiennes. Ils permettent au cadre constitutionnel d'évoluer et de se développer, le tout sous l'impulsion des changements survenant dans la société. Ils s'avèrent d'une importance capitale dans le système actuel de gouvernement. Ils sont ni plus ni moins que « structurels¹¹⁸ ». Cependant, si « structurels » qu'ils soient, ces principes constitutionnels non écrits ne sont pas une raison pour ignorer le texte même de la Constitution ou y passer outre¹¹⁹. Ils permettent néanmoins

¹¹⁷ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 25, par. 50 et 51.

¹¹⁸ Voir : *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, préc., note 14, où les juges majoritaires parlent de principes structurels (par. 104).

¹¹⁹ Sur ce point, voir notamment *id.*, par. 93, où le juge Dickson a affirmé ce qui suit, au nom de la majorité :

Toutefois, je tiens à ajouter une mise en garde. Comme je l'ai dit dans l'arrêt *New Brunswick Broadcasting*, précité, à la p. 355, l'histoire constitutionnelle du Canada peut être considérée, en partie, comme une évolution « qui a abouti à la suprématie d'une constitution écrite définitive ». La préférence pour une Constitution écrite repose sur bon nombre de raisons importantes, particulièrement la certitude du droit et, par ce moyen, la légitimité du contrôle judiciaire fondé sur la Constitution. Compte tenu de ces préoccupations, qui sont au cœur de l'idée de constitutionnalisme, il est de la plus haute importance de préciser la source de ces normes non écrites.

de « combler les vides des dispositions expresses du texte constitutionnel¹²⁰ ».

Comme nous l'avons dit précédemment, la Cour suprême est même allée jusqu'à soutenir, dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, que les principes constitutionnels sous-jacents donnent parfois lieu à d'importantes obligations de nature juridique, comportant des contraintes pour les gouvernements et liant les tribunaux. En outre, dans l'arrêt *La Reine c. Beauguard*, le juge en chef Dickson a rappelé, au nom de deux de ses collègues¹²¹, que les principes de la suprématie parlementaire, de la primauté du droit et de l'indépendance judiciaire constituent la pierre angulaire du système constitutionnel britannique. Le Canada a hérité de ces principes par l'intermédiaire du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹²².

Des principes constitutionnels fermes et dynamiques peuvent donc découler du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, du corps de la Constitution¹²³ ou encore de son architecture ou de sa structure fondamentale. En ce sens, la Constitution canadienne est véritablement d'une complexité singulière. Non seulement elle comprend de nombreux textes d'origine britannique ou canadienne, mais elle inclut en outre de multiples principes non écrits disposant potentiellement d'un contenu substantiel et d'une véritable force normative. La question se pose cependant de savoir quel rôle jouent les conventions constitutionnelles dans l'ordonnement juridique au Canada. Elles font certes partie du décor constitutionnel propre au pays, mais ont-elles le même potentiel normatif que les principes sous-jacents dont nous venons de parler? Ce sont là des questions que nous

¹²⁰ *Id.*, par. 104, et la Cour suprême d'ajouter que « les principes [...] illustrent l'effet juridique particulier du préambule »; voir également le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 25, par. 53.

¹²¹ Les juges Dickson, Estey et Lamer formaient la majorité, car c'était une formation de cinq juges. Les juges Beetz et McIntyre étaient dissidents.

¹²² *Beauguard*, préc., note 108.

¹²³ À titre d'exemple, les articles 96 à 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* de même que l'alinéa 11d) et l'article 7 de la Charte sont – avec le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* – les sources constitutionnelles désignées par les tribunaux jusqu'à présent en ce qui touche l'indépendance judiciaire.

entendons aborder dès maintenant. Elles s'avèrent essentielles à la détermination de la portée du cadre constitutionnel lui-même.

C) Le rôle discret mais néanmoins réel des conventions constitutionnelles

À l'occasion du *Renvoi relatif au rapatriement de la Constitution*¹²⁴, la Cour suprême s'est penchée sur la constitutionnalité d'un projet fédéral de rapatriement qui n'avait alors l'appui que des provinces de l'Ontario et du Nouveau-Brunswick¹²⁵. Le plus haut tribunal du pays en a profité pour examiner de près les conventions constitutionnelles¹²⁶. Il ressort du renvoi en question que ces dernières constituent des règles politiques et non juridiques à proprement parler. Elles ne peuvent pas se cristalliser en règles de droit et, par conséquent, ne sont pas sanctionnables par les tribunaux¹²⁷. Elles doivent reposer sur un ou des précédents manifestes¹²⁸ et avoir une raison d'être¹²⁹. Les acteurs politiques doivent se sentir liés par elles, en

¹²⁴ Préc., note 7.

¹²⁵ Comme nous l'avons vu, la Cour suprême a examiné la constitutionnalité du projet fédéral de rapatriement de la Constitution sous l'angle du droit strict et sous celui des conventions constitutionnelles : *supra*, partie I, section B.

¹²⁶ Sur les conventions constitutionnelles en général, voir : *Renvoi relatif au rapatriement de la Constitution*, préc., note 7, 852-859 et 876-884.

¹²⁷ *Renvoi relatif au rapatriement de la Constitution*, préc., note 7, 882.

¹²⁸ Voir *Re : Opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, préc., note 21, 817, où la Cour suprême affirme notamment ce qui suit :

Nous estimons toutefois qu'une convention ne peut demeurer entièrement inexprimée, sauf peut-être à l'étape de sa gestation avant qu'elle ne soit acceptée comme règle obligatoire. Nous ne connaissons aucun exemple d'une convention qui soit ainsi née sans jamais avoir été exprimée et aucun ne nous a été cité. Il nous semble impossible en pratique de distinguer l'argument du procureur de l'appelant, selon lequel les conventions n'ont pas à être acceptées expressément, d'un déni de la nécessité de l'acceptation par les acteurs dans les précédents. C'est précisément grâce aux déclarations connues de nombreux acteurs qu'il a été possible dans le *Premier renvoi* d'affirmer l'existence d'une convention.

¹²⁹ Cette raison d'être peut par exemple reposer sur le principe fédéral lui-même, le principe démocratique, l'indépendance des anciennes colonies ou encore la nature de la relation qui existait à toute époque pertinente entre le Canada et le Royaume-Uni.

considération justement de leur raison d'être, mais aussi de leur importance fondamentale dans l'État. En ce sens, les conventions constitutionnelles ont un caractère contraignant, voire normatif¹³⁰. Ce sont des normes étatiques¹³¹, dont les tribunaux peuvent reconnaître l'existence et déterminer la portée. Ils peuvent même déclarer qu'une convention a été violée dans telles ou telles circonstances mais, ainsi que nous l'avons déjà souligné, ils ne peuvent pas en forcer le respect.

Contrevenir à une convention revient certes à agir inconstitutionnellement, mais non pour autant illégalement. Voici les propos des juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Chouinard et Lamer dans le *Renvoi relatif au rapatriement de la Constitution* :

C'est parce que la sanction des conventions relève des institutions gouvernementales autres que les tribunaux, tels le gouverneur général, le lieutenant-gouverneur, les chambres du Parlement ou l'opinion publique et, en définitive, l'électorat, qu'on dit généralement qu'elles sont politiques.

Avec égards, nous adoptons la définition de convention donnée par le savant juge en chef du Manitoba, le juge Freedman, dans le renvoi du Manitoba, précité, aux pp. 13 et 14 :

¹³⁰ Dans le *Renvoi relatif au rapatriement de la Constitution*, préc., note 7, les juges majoritaires sur la question de l'existence d'une convention constitutionnelle (soit les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Chouinard et Lamer) se sont inspirés des propos des premiers ministres William Lyon Mackenzie King, Richard Bedford Bennett, Louis St-Laurent et John Diefenbaker pour déterminer par quelle convention les acteurs politiques se sentaient liés à toute époque pertinente. Ils ont conclu que les acteurs politiques s'estimaient liés par une convention requérant « un degré appréciable de consentement provincial » (p. 905). Cela est étonnant puisque, comme nous l'avons vu précédemment (partie I, section B), tous les précédents militaient en faveur de l'application de la règle de l'unanimité. Les acteurs politiques se croyaient-ils donc liés par une convention constitutionnelle autre que celle qu'ils ont appliquée dans les faits? Cela serait pour le moins improbable, voire absurde.

¹³¹ Nous pouvons dire des conventions constitutionnelles qu'elles constituent des normes étatiques en ce qu'elles ont un caractère obligatoire aux yeux des acteurs politiques et qu'elles sont fondamentales dans l'État.

[TRADUCTION] Qu'est-ce qu'une convention constitutionnelle? On trouve de nombreux écrits sur le sujet. Bien qu'il puisse y avoir des nuances entre les constitutionnalistes, les experts en sciences politiques et les juges qui y ont contribué, on peut énoncer comme suit avec un certain degré d'assurance les caractéristiques essentielles d'une convention. Ainsi, il existe un consensus général qu'une convention se situe quelque part entre un usage ou une coutume, d'une part, et une loi constitutionnelle, d'autre part. Il y a un consensus général à savoir que, si l'on cherchait à fixer cette position avec plus de précision, on placerait la convention plus près de la loi que de l'usage ou de la coutume. Il existe également un consensus général voulant qu'« une convention est une règle que ceux à qui elle s'applique considèrent comme obligatoire ». Hogg, *Constitutional Law of Canada* (1977), p. 9. Selon la prépondérance des autorités sinon le consensus général, la sanction de la violation d'une convention est politique et non juridique.

Il faut garder à l'esprit toutefois que bien qu'il ne s'agisse pas de lois, certaines conventions peuvent être plus importantes que certaines lois. Leur importance dépend de la valeur ou du principe qu'elles sont censées protéger. En outre, elles forment une partie intégrante de la Constitution et du régime constitutionnel. Elles relèvent du sens du mot « Constitution » dans le préambule de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*¹³².

Toujours dans le même renvoi, la Cour suprême a affirmé que « [l']objet principal des conventions constitutionnelles est d'assurer que le cadre juridique de la Constitution fonctionnera selon les principes ou valeurs constitutionnelles dominantes de l'époque¹³³ ». À titre d'exemple, soulignons que, bien qu'ils existent toujours en théorie et figurent formellement aux articles 55, 56, 57 et 90 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les pouvoirs de réserve et de désaveu sont vraisemblablement tombés en désuétude en vertu des conventions constitutionnelles. D'ailleurs, dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, la Cour suprême a rappelé que

¹³² *Renvoi relatif au rapatriement de la Constitution*, préc., note 7, 882 et 883. Notons que les propos du juge Freedman ont été approuvés également par les juges dissidents Laskin, Estey et McIntyre (p. 852).

¹³³ *Id.*, 880.

de nombreux auteurs estimaient que le pouvoir fédéral de désaveu avait été abandonné¹³⁴. Il en est de même pour le droit que garde le monarque de refuser son assentiment aux projets de lois adoptés par le Parlement ou les législatures, de dissoudre de sa propre initiative les chambres électives ou de renvoyer les membres du Cabinet des ministres alors que ceux-ci jouissent encore de la confiance des élus du peuple. Tous ces pouvoirs sont tombés en désuétude, en principe, en vertu des conventions constitutionnelles.

Dans le *Renvoi relatif au rapatriement de la Constitution*, outre les pouvoirs de réserve et de désaveu, on parle, entre autres, des conventions constitutionnelles relatives à la démission du gouvernement dans le cas, notamment, où l'opposition obtiendrait la majorité aux élections générales, à la nomination du premier ministre et des ministres ainsi que de l'appui qu'ils doivent avoir en tout temps de la part des membres de la chambre élue, à l'exercice des prérogatives de la Couronne, à la dissolution de la chambre élective, à la tenue de conférences fédérales-provinciales, à la nomination du lieutenant-gouverneur, aux relations entre la Couronne, le premier ministre, le Cabinet et les chambres du Parlement, sans oublier les relations entre les membres du Commonwealth.

Les conventions constitutionnelles servent à contrecarrer, à compléter, à nuancer ou à contredire les textes juridiques¹³⁵. Par conséquent, elles ont un effet des plus concrets sur le droit. Cependant, elles rejoignent davantage le concept de la « légitimité » que celui de la « légalité ». Elles prennent naissance et se développent dans le monde politique plutôt que juridique ou judiciaire. Elles dictent aux politiciens un code de conduite, mais ceux-ci ont en même temps le pouvoir et la capacité

¹³⁴ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 25, 217 et 250.

¹³⁵ Sur ce point, voir : J.-Y. MORIN et J. WOEHRLING, préc., note 40, p. 423 : « À cette fin, les conventions [constitutionnelles] consistent souvent à ignorer, à contredire ou à mettre de côté dans la pratique des règles juridiques de la Constitution qui ne sont pas (ou ne sont plus) en accord avec les “valeurs” constitutionnelles. »

de transformer les conventions au gré des circonstances¹³⁶. Voilà qui traduit à la fois la force et la fragilité des conventions constitutionnelles en tant que règles politiques plutôt que règles de droit.

Quoi qu'il en soit, c'est précisément parce qu'elles sont la plupart du temps non écrites que les conventions constitutionnelles s'avèrent si utiles. En effet, elles permettent l'adaptation de la Constitution au gré de l'évolution de la société¹³⁷. Certains vont même jusqu'à dire que les conventions constitutionnelles autorisent le contournement de pouvoirs gouvernementaux dépassés et inconciliables avec la culture politique canadienne existant à toute époque pertinente¹³⁸.

Somme toute, les conventions constitutionnelles jouent un rôle déterminant dans un État comme le Canada. Elles font partie intégrante de la Constitution. Elles lient les acteurs dans les précédents¹³⁹. En ce sens,

¹³⁶ De fait, les acteurs politiques ont non seulement la possibilité de faire naître les conventions constitutionnelles, mais en plus ils peuvent les transformer en cours de route.

¹³⁷ Les conventions constitutionnelles ont par ailleurs ceci d'avantageux qu'elles permettent, la plupart du temps, d'éviter la judiciarisation d'enjeux essentiellement politiques. Elles rehaussent le statut, le profil et l'importance des acteurs politiques eux-mêmes, en leur accordant un rôle à jouer à l'égard de l'évolution constitutionnelle du système politique.

¹³⁸ Voir : Andrew HEARD, « Les conventions constitutionnelles », (2005) 28-2 *Revue parlementaire canadienne* 19.

¹³⁹ Sir Ivor Jennings a énoncé de la façon suivante les critères relatifs aux conventions constitutionnelles : « [TRADUCTION] Un seul précédent avec une bonne raison peut suffire à établir la règle. Toute une série de précédents sans raison peut ne servir à rien, à moins qu'il ne soit parfaitement certain que les personnes visées se considèrent ainsi comme liées ». Notons que cette traduction des propos de Lord Jennings est tirée du *Renvoi relatif au rapatriement de la Constitution*, préc., note 7, 888; aussi cité dans *Re : Opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, préc., note 21, 815. Il semble, à la lumière de ce passage, que le fait que les acteurs politiques s'estiment rattachés par telle ou telle convention constitutionnelle découle des précédents eux-mêmes et non de facteurs distincts. La question de savoir par quoi les acteurs politiques sont liés ne s'appliquerait donc que lorsque les précédents ne sont pas concluants. C'est d'ailleurs ce que le procureur général du Québec a plaidé en vain dans *Re : Opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, préc., note 21. Bref, nous sommes d'avis que les précédents parlent d'eux-mêmes

bien qu'elles ne constituent pas des règles juridiques au sens strict, comme nous l'avons vu ci-dessus, elles se trouvent plus près de la loi que de la coutume. Tout cela explique le rôle et l'attitude ambigus des tribunaux à l'égard des conventions constitutionnelles. Ils ont beaucoup de mal à les situer dans tout l'État de droit. Bien qu'ils en mesurent l'importance, ils se fient essentiellement aux acteurs politiques pour les respecter et ils renoncent à les administrer.

Pour leur part, les auteurs Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet ont fait un intéressant rapprochement entre les conventions constitutionnelles et les règles de droit en tant que telles :

Certains ont soutenu que les tribunaux ne devraient pas se pencher sur des questions politiques, non juridiques. Mais le fait est que les conventions constitutionnelles ne sont pas des règles totalement extrajuridiques, comme l'a reconnu la Cour suprême à l'occasion du premier renvoi (p. 884-885). Et il faut dissiper à cet égard les mésententes purement terminologiques. Ainsi, la doctrine classique soutient que le droit constitutionnel comprend les lois constitutionnelles et les conventions constitutionnelles; il nous semble que dans le premier renvoi la Cour suprême veut désigner la même réalité en disant que la constitution comprend le droit constitutionnel et les conventions (p. 883-884). Que les conventions constitutionnelles soient ou non du droit dépend simplement de l'extension que l'on donne au mot « droit » : parle-t-on du droit strict appliqué par les tribunaux ou du droit dans le sens de normes étatiques dont la sanction n'est pas nécessairement judiciaire? Or il est parfaitement clair que la nature des conventions retenue par la Cour suprême dans les deux renvois en fait du droit véritable dans ce second sens. Dans ces deux renvois d'ailleurs, la Cour a approuvé un *dictum* du juge en chef Freedman du Manitoba à l'effet qu'une convention se rapproche davantage du droit (strict) que d'un simple usage ou coutume non normative.

et instruisent de manière factuelle sur la question de savoir quelle convention constitutionnelle les acteurs politiques se sentent contraints de respecter. En d'autres mots, s'il est vrai que l'acceptation des acteurs dans les précédents s'avère une condition essentielle pour établir la règle conventionnelle, il n'en reste pas moins qu'il n'y a pas lieu de distinguer le caractère contraignant de la convention des précédents eux-mêmes. Les deux forment un tout, à notre avis.

En se prononçant sur l'existence de conventions, les tribunaux abordent en réalité ce qui a toujours été une source importante du droit constitutionnel britannique dont nous avons hérité. Même si elles n'appellent pas de sanction proprement légale, mais seulement des sanctions politiques, les conventions n'en restent pas moins des règles de droit qu'il peut devenir nécessaire de faire constater à l'occasion. En fait, elles se situent à la frontière du droit et des sciences politiques, participant des deux disciplines¹⁴⁰.

Malgré la position des trois auteurs, voulant que les conventions constitutionnelles soient bel et bien des règles de droit à certains égards, il ne faut pas oublier que certaines de ces conventions entrent parfois en conflit avec des règles de droit écrites et que les tribunaux n'ont alors d'autre choix que de donner préséance à ces dernières. Nicole Duplé s'est exprimée ainsi :

La différence entre les règles de droit constitutionnel et les conventions constitutionnelles réside dans le fait que les tribunaux exerçant le contrôle de constitutionnalité ne peuvent sanctionner la violation des conventions constitutionnelles puisqu'elles ne sont pas de nature juridique et sont parfois en opposition claire avec les règles du droit constitutionnel. La mission des tribunaux est de faire respecter la primauté du droit et non pas des valeurs constitutionnelles qui ne sont pas énoncées par le droit positif¹⁴¹.

Nous en sommes donc venus personnellement à la conclusion que l'on ne saurait parler de la constitutionnalisation du droit sans glisser un mot au sujet de l'impact majeur qu'ont les conventions constitutionnelles sur le système politicojuridique canadien. Cette constitutionnalisation n'est au fond qu'une manifestation du principe de la primauté du droit, alors que le constitutionnalisme en est une particularisation.

Examinons donc d'un peu plus près le constitutionnalisme, en tant que mouvement ou théorie qui défend la suprématie de la Constitution dans

¹⁴⁰ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 40, n° I-159, p. 48.

¹⁴¹ Nicole DUPLÉ, *Droit constitutionnel : principes fondamentaux*, 7^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2018, p. 67.

l'État ainsi que le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois et des autres règles de droit.

II. Le constitutionnalisme

Le concept du constitutionnalisme poursuit un idéal, soit celui d'une constitution disposant d'une portée large et trônant au sommet de la hiérarchie des normes juridiques. En ce sens, il est en bonne partie lié à la primauté du droit¹⁴². En fait, le constitutionnalisme et la primauté du droit forment les deux côtés d'une seule et même médaille. Plus exactement, ces concepts ont pour objet de protéger la répartition de la souveraineté étatique et des pouvoirs législatifs dans une fédération, les droits et libertés des individus et des minorités, de même que la charpente fondamentale d'un pays, quel qu'il soit. En ce sens, le constitutionnalisme se présente, à certains égards, comme un cadre normatif destiné à permettre la viabilité et le fonctionnement efficient d'un État. Nous aborderons cet aspect dès à présent.

A) Un cadre légal qui assure le bon fonctionnement de l'état

Les normes constitutionnelles s'inscrivent normalement dans un schème cohérent, ce qui crée ainsi un cadre légal qui assure le bon fonctionnement de l'État. De plus, le système constitutionnel d'un État doit être érigé sur la base de la légalité. En effet, toute société voulant se donner un ordre constitutionnel fonctionnel doit faire respecter ce concept séculaire qu'est la primauté du droit.

De façon générale, on peut dire que la jurisprudence canadienne reconnaît sans équivoque l'importance capitale de la primauté du droit¹⁴³. Ce principe fait indéniablement partie des règles constitutionnelles les plus fondamentales au Canada. Il est d'ailleurs énoncé en toutes lettres dans le préambule de la Charte, outre qu'il découle du préambule de la *Loi*

¹⁴² Le constitutionnalisme est d'abord et avant tout la primauté de la Constitution et du droit constitutionnel dans l'État.

¹⁴³ Nous reviendrons sur l'importance de la primauté du droit plus loin dans cette section (*infra*, partie II, section A) et dans la conclusion du présent texte.

*constitutionnelle de 1867*¹⁴⁴. Il interagit avec le concept du constitutionnalisme. D'ailleurs, dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*¹⁴⁵, la Cour suprême livre d'intéressantes réflexions sur le constitutionnalisme et la primauté du droit. Ainsi, cette dernière est d'abord définie selon trois éléments : premièrement, elle signifie « la suprématie du droit sur les actes du gouvernement et des particuliers »; deuxièmement, elle « exige la création et le maintien d'un ordre réel de droit positif qui préserve et incorpore le principe plus général de l'ordre normatif »; troisièmement, elle postule que « l'exercice de tout pouvoir public doit en bout de ligne tirer sa source d'une règle de droit¹⁴⁶ ». En ce qui concerne tout spécialement le constitutionnalisme, la Cour suprême a affirmé ce qui suit :

Le principe du constitutionnalisme ressemble beaucoup au principe de la primauté du droit, mais ils ne sont pas identiques. L'essence du constitutionnalisme au Canada est exprimée dans le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* [...] En d'autres mots, le principe du constitutionnalisme exige que les actes de gouvernement soient conformes à la Constitution. Le principe de la primauté du droit exige que les actes de gouvernement soient conformes au droit, dont la Constitution [...] La Constitution lie tous les gouvernements, tant fédéral que provinciaux, y compris l'exécutif (*Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, à la p. 455). Ils ne sauraient en transgresser les dispositions : en effet, leur seul droit à l'autorité qu'ils exercent réside dans les pouvoirs que leur confère la Constitution. Cette autorité ne peut avoir d'autre source¹⁴⁷.

Admettons d'entrée de jeu que la distinction que fait la Cour suprême entre la primauté du droit et le constitutionnalisme n'est pas limpide. Après tout, les principes du constitutionnalisme et de la primauté

¹⁴⁴ À cet égard, voir : H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 40, n° IX-5, p. 720.

¹⁴⁵ Préc., note 25.

¹⁴⁶ *Id.*, 257 et 258; la Cour suprême renvoyait alors aux définitions déjà données dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, préc., note 4, et dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, préc., note 14.

¹⁴⁷ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 25, par. 72; voir aussi : *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, préc., note 4, 749, où la Cour suprême a tenu des propos intéressants sur la primauté du droit.

du droit sont tous deux à la base du système de gouvernement canadien. Ils assurent aux citoyens une société stable, prévisible et ordonnée, ils sont une forteresse contre la tyrannie dans l'État¹⁴⁸. Du reste, dans leurs assises mêmes, tant la primauté du droit que le constitutionnalisme impliquent une limitation des pouvoirs publics par rapport aux administrés, l'assujettissement de l'État au droit et à la Constitution ainsi que le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois et des actes accomplis par l'administration publique¹⁴⁹. Sur ce dernier point, il y a d'ailleurs lieu de noter que l'une des conséquences de l'élargissement du contrôle de la constitutionnalité, c'est la limitation des pouvoirs législatif et exécutif. Bien sûr, les tribunaux ne doivent pas usurper le rôle du législateur ni celui du gouvernement. Dans l'arrêt *Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)*, la Cour suprême l'a rappelé avec justesse : « Compte tenu de l'existence de deux principes constitutionnels – la séparation des pouvoirs et la souveraineté parlementaire –, il est rarement approprié que les tribunaux examinent de près le processus législatif¹⁵⁰ ».

Dans le *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, la Cour suprême a précisé que « [l]a souveraineté parlementaire signifie [...] que le pouvoir législatif du gouvernement l'emporte sur les pouvoirs exécutif et judiciaire, qui doivent tous deux agir conformément aux textes législatifs et ne peuvent usurper la fonction législative de la législature ou y nuire¹⁵¹ ». Par contre, dans les arrêts

¹⁴⁸ Sur ce point, voir : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 25, 257. Voir aussi : *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, 142; *Renvoi relatif au rapatriement de la Constitution*, préc., note 7, 805 et 806.

¹⁴⁹ Sur ce point, voir : Herman BELZ, « Constitutionalism », dans Kermit HALL *et al.* (dir.), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, New York, Oxford University Press, 1992, p. 190, aux p. 190 et 191. Voir aussi : André TREMBLAY, *Droit constitutionnel – Principes*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 99; H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 40, n° IX.2-IX.4, p. 719.

¹⁵⁰ *Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)*, 2018 CSC 40, par. 2; voir également, de façon particulière, les paragraphes 10, 11 et 35.

¹⁵¹ *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, 2018 CSC 48, par. 55.

*R. c. Askov*¹⁵² et *R. c. Jordan*¹⁵³, la Cour suprême n'a pas hésité à se montrer très insistante à l'égard du gouvernement afin qu'il investisse plus de ressources dans le système de justice en matière criminelle¹⁵⁴.

En somme, les tribunaux étendent et développent l'interprétation de la Constitution du Canada et utilisent différentes formules ou formulations qui accentuent le champ de cette dernière. Cela participe de l'esprit du constitutionnalisme. Ce dernier se manifeste aussi par le phénomène en vertu duquel se développe et se dégage l'influence de la Constitution sur les multiples branches du droit. En effet, si la Cour suprême irrigue parfois le droit, la Constitution en creuse le lit, en imprégnant de sa couleur et de sa saveur l'ensemble du corpus légal. Le constitutionnalisme se démarque alors par sa tendance à favoriser la propagation dans l'ensemble du droit des principes et des valeurs qu'il véhicule de même que des normes qui le sous-tendent. C'est précisément à l'étude de l'imprégnation des normes juridiques par la Constitution que nous souhaitons nous attarder dès maintenant.

B) L'empreinte de la constitution sur l'ordre juridique

Rappelons au départ que, si l'élaboration des normes constitutionnelles est une chose, leur application concrète en est une autre. En effet, de nombreux pays ont adopté une constitution de très haut niveau, rédigée par de grands juristes. Cependant, une constitution, pour être efficace, doit être appliquée dans les faits et guider l'interprétation de l'ensemble du corpus normatif d'un pays. Il n'est donc pas étonnant à première vue d'observer une propagation des normes et des valeurs constitutionnelles dans l'ensemble du droit. Cette diffusion passe notamment par les différentes chartes et lois en matière de droits et de libertés. Ainsi, au Canada, les principes d'interprétation découlant de la Charte adoptée en 1982 se répandent dans les lois quasi constitutionnelles portant sur les droits et

¹⁵² [1990] 2 R.C.S. 1199.

¹⁵³ 2016 CSC 27 (ci-après « *Jordan* »).

¹⁵⁴ On peut même dire que, dans l'arrêt *Jordan*, *id.*, la Cour suprême a eu recours à des mesures radicales pour imposer ses volontés, puisqu'elle a suggéré un délai de rigueur en ce qui touche la validité d'accusations criminelles.

libertés comme la *Charte des droits et libertés de la personne*¹⁵⁵. De là, ils s'étendent encore à l'ensemble du corpus normatif québécois, dont le *Code civil du Québec*¹⁵⁶. On se trouve dès lors en présence de nombreux segments ou points de convergence qui favorisent la constitutionnalisation de l'ordre juridique, y compris en ce qui concerne les rapports privés auxquels d'ailleurs la *Charte des droits et libertés de la personne* et le *Code civil du Québec* s'appliquent pleinement, contrairement à la Charte de 1982¹⁵⁷.

L'existence d'une transposition des grandes valeurs constitutionnelles d'un instrument législatif à un autre nous semble une certitude de nos jours. Ces valeurs suscitent globalement l'adhésion collective, ce qui leur donne une autorité et une légitimité enviées par rapport aux normes non constitutionnelles. Le caractère unificateur de la jurisprudence élaborée au fil du temps par la Cour suprême, la composition relativement intégrée du système judiciaire canadien¹⁵⁸ et l'application de la règle du *stare decisis* contribuent fortement à cette imprégnation constitutionnelle du droit. La propagation des valeurs et des principes constitutionnels nourrit d'ailleurs le constitutionnalisme.

¹⁵⁵ Préc., note 44.

¹⁵⁶ Il est d'ailleurs intéressant de noter que la disposition préliminaire de cette loi affirme ce qui suit : « Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne [...] et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens. » Voir notamment : *Tremblay c. Daigle*, préc., note 73; *Center for Gender Advocacy c. Attorney General of Quebec*, 2021 QCCS 191, dans lesquels arrêts différents articles du *Code civil du Québec* ont été examinés au regard de la Charte adoptée en 1982.

¹⁵⁷ Voir à cet égard l'article 32 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui prévoit que la Charte s'applique au Parlement et au gouvernement canadiens de même qu'aux législatures et aux gouvernements provinciaux.

¹⁵⁸ Dans le *Renvoi relatif au Code de procédure civile (Qc)*, art. 35, préc., note 85, les juges Côté et Martin (avec l'accord de deux de leurs collègues) ont affirmé, au paragraphe premier de leur décision, que « [l]e système judiciaire national unifié représente une caractéristique déterminante du régime judiciaire canadien »; voir également le paragraphe 43 de leur décision, où ils reconnaissent que l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* a notamment pour objectif « de renforcer le caractère national du système judiciaire canadien ».

Voilà précisément pourquoi, afin de tracer un portrait juste de la situation juridique qui règne dans un pays donné, nous devons, au-delà des textes constitutionnels eux-mêmes, chercher à circonscrire l'impact réel de l'ordre constitutionnel sur l'ensemble du droit. De même, il nous faut analyser le rôle des conventions constitutionnelles, la pratique quotidienne des relations fédératives ainsi que l'apport de la jurisprudence afin de bien saisir la dynamique constitutionnelle propre à un État comme le Canada¹⁵⁹. En effet, comme nous l'avons vu plus haut¹⁶⁰, les conventions constitutionnelles servent parfois à neutraliser, à compléter, à préciser ou à contredire les textes formels. Quant à la pratique des relations fédérales-provinciales, elle permet à l'occasion de mieux équilibrer les rapports fédératifs, surtout lorsqu'elle repose sur des mécanismes de collaboration, de coopération ou de concertation de même que sur la participation des États fédérés (les provinces) à la prise des grandes décisions nationales¹⁶¹. Enfin, la jurisprudence interprète et fait évoluer la constitution d'un pays à travers le temps. De fait, la jurisprudence cherche souvent à adapter la constitution à une réalité sociale en mouvement, sans même qu'il y ait mise en œuvre de la procédure formelle de modification constitutionnelle. Nous proposons donc d'examiner dans ce qui suit l'impact non négligeable que peut avoir la jurisprudence en tant que mode *indirect* de modification de la norme constitutionnelle.

¹⁵⁹ Le texte même de la Constitution du Canada est une chose, son interprétation par les tribunaux en est une autre. Pour bien comprendre les aspects constitutionnels d'un pays aussi complexe que le Canada, il faut tenir compte et de l'un et de l'autre. Il importe aussi de saisir la nature et le rôle des conventions constitutionnelles de même que l'étendue et le fonctionnement de la pratique fédérative. Cette dernière renvoie elle-même à l'ensemble des relations qu'entretiennent entre eux les gouvernements existant dans une fédération.

¹⁶⁰ *Supra*, partie I, section B.

¹⁶¹ L'une des grandes faiblesses de la fédération canadienne réside précisément dans le fait qu'elle n'a aménagé aucun forum permanent permettant aux provinces de se prononcer par rapport à la prise des grandes décisions fédérales ou pancanadiennes.

C) L'intervention des tribunaux en tant qu'organes de modification *indirecte* de la norme constitutionnelle

La modification *directe* de la Constitution canadienne exige dans la plupart des cas l'application d'une procédure particulièrement compliquée et la présence d'un très large consensus politique. Nous avons dit cependant ci-dessus que, en plus des conventions constitutionnelles, il existe un véhicule important qui permet à la Constitution canadienne d'évoluer et de répondre aux besoins changeants sur le plan sociétal sans nécessairement recourir à la procédure de modification prévue dans la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982* : nous pensons ici à la jurisprudence¹⁶².

L'interprétation que font les tribunaux de la Constitution est un facteur déterminant qui façonne les bases de la société canadienne. Comme l'a affirmé le juge Dickson dans l'affaire *Hunter c. Southam inc.*¹⁶³, l'interprétation d'une constitution est différente de l'interprétation d'une loi, car la première est rédigée en prévision de l'avenir; elle ne peut pas être facilement abrogée ni modifiée et, par conséquent, elle doit être susceptible de changer avec le temps de manière à répondre à de nouvelles réalités sociales¹⁶⁴. Le professeur Paul Freund a exprimé la même idée, en avertissant les tribunaux (américains en l'occurrence) de ne pas interpréter les dispositions de la Constitution comme un testament de peur qu'elle ne le devienne¹⁶⁵.

¹⁶² Nous développons ici l'idée que les tribunaux, par l'interprétation qu'ils font de la Constitution, contribuent indirectement à la modification de cette dernière et lui permettent de s'adapter à une réalité sociale constamment en mouvement. Cela, il faut le dire, n'est pas toujours souhaitable cependant : d'une part, parce qu'une telle façon d'agir peut amener les tribunaux à trahir à la longue les compromis politiques qui ont façonné l'histoire constitutionnelle du Canada et qui ont abouti à des modifications accomplies en bonne et due forme; d'autre part, parce que le risque est grand que les tribunaux en viennent à empiéter indûment sur le rôle du constituant. Ceux-ci doivent se limiter à jouer le rôle qui leur sied dans la société et éviter de déborder sur l'univers politique.

¹⁶³ [1984] 2 R.C.S. 145.

¹⁶⁴ *Id.*, 155.

¹⁶⁵ Sur ce *point*, voir : *id.* (« not to read the provisions of the Constitution like a last will and testament lest it become one »).

La jurisprudence agit à l'occasion comme modalité *indirecte* de modification constitutionnelle. Ainsi, la Cour suprême analyse parfois les dispositions constitutionnelles d'une façon téléologique et évolutive lorsqu'elle souhaite faire avancer une norme juridique ou lorsqu'elle veut en établir la portée¹⁶⁶. Le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* est d'ailleurs une excellente illustration de ce type d'interprétation des textes constitutionnels fondamentaux au Canada.

Les cas sont nombreux où la Cour suprême a elle-même tenté d'adapter les normes juridiques en fonction de l'évolution réelle de la société. Par exemple, dans l'affaire *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*¹⁶⁷, le juge Estey a réaffirmé l'importance d'interpréter la Constitution de façon à permettre son évolution, tout en respectant les prémisses fondamentales sur lesquelles elle est érigée¹⁶⁸. Pensons aussi, toujours à titre d'exemple, au *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23¹⁶⁹, dans lequel la Cour suprême a opté pour une interprétation résolument « adaptée » de la compétence fédérale en matière d'assurance chômage¹⁷⁰.

¹⁶⁶ Nous constatons que, de plus en plus, la Cour suprême favorise *systématiquement* une interprétation évolutive, large et téléologique des textes constitutionnels : sur ce point, voir l'arrêt *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768. Voir aussi : *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, préc., note 76, par. 22 et 23. Une telle interprétation de la Constitution ne devrait pas être automatique ou inconditionnelle. Après tout, l'approche historique a aussi son mérite, de même que la retenue judiciaire.

¹⁶⁷ Préc., note 44.

¹⁶⁸ *Id.*, 366.

¹⁶⁹ 2005 CSC 56.

¹⁷⁰ Par contre, voir : *R. c. Comeau*, 2018 CSC 15, où la Cour suprême a refusé – à bon droit – de donner à l'article 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867* une interprétation qui exigerait une pleine intégration économique, car agir ainsi saperait l'autonomie provinciale et minerait le caractère fédéral de l'État canadien.

Le processus d'ajustement des dispositions constitutionnelles aux situations futures relève traditionnellement du pouvoir judiciaire. Cela requiert un juste équilibre entre, d'une part, le respect des spécificités culturelles et des identités personnelles et, d'autre part, le maintien de l'unité nationale et des valeurs constitutionnelles. Dans cette optique, le professeur Ghislain Otis a noté judicieusement que la justice constitutionnelle agit à titre de facteur de « macro-construction » du droit¹⁷¹. Bien entendu, les tribunaux ont un choix à faire entre une construction unitaire, uniforme et homogène du droit, d'un côté, et une action décentralisée, plurielle et axée sur la diversité juridique, de l'autre¹⁷². Le professeur Otis a néanmoins déploré que les juges canadiens donnent trop facilement une impulsion aux poussées intégrationnistes et au renforcement du pouvoir fédéral, et ce, à l'égard tant du contentieux du partage fédératif des compétences législatives que de la protection des droits et libertés de la personne. Il a notamment souligné que l'idéologie dominante à l'échelle du Canada tend à faire échec aux forces identitaires provinciales au profit d'une identité pancanadienne uniforme¹⁷³. Ces propos sont encore pertinents de nos jours.

De son côté, le professeur Jacques Frémont a illustré à quel point la Cour suprême est intervenue au cours des ans en tant qu'organe de modification *indirecte* du partage des pouvoirs législatifs, particulièrement dans le secteur des compétences économiques¹⁷⁴. Frémont a attribué une bonne part de cette attitude proactive de la Cour suprême à la culture de la Charte, de même qu'au fait que « les médias et les politiciens ont accordé toute leur attention aux jugements relatifs aux droits et libertés, laissant ainsi

¹⁷¹ Ghislain OTIS, « La justice constitutionnelle au Canada à l'approche de l'an 2000 : uniformisation ou construction plurielle du droit? », (1996) 27 *R.D. Ottawa* 261.

¹⁷² *Id.*, 263-267.

¹⁷³ *Id.*, 279.

¹⁷⁴ Jacques FRÉMONT, « La face cachée de l'évolution contemporaine du fédéralisme canadien », dans Gérard A. BEAUDOIN *et al.* (dir.), *Le fédéralisme de demain : réformes essentielles*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, p. 45, à la p. 56.

les tribunaux libres d'intervenir au chapitre du partage des compétences¹⁷⁵ ».

Comme nous l'avons constaté plus haut, non seulement le constitutionnalisme contribue à l'élargissement du cadre constitutionnel, mais il confirme en plus l'importance grandissante des valeurs et des principes constitutionnels et il étend les tentacules de la Constitution jusque dans les derniers retranchements du droit ainsi que de la vie sociale et politique. À titre d'exemple de l'impact du corpus constitutionnel sur la vie de tous les jours, soulignons les propos déjà tenus par les auteurs Peter W. Hogg et Allison A. Bushell, voulant que les décisions rendues en vertu de la Charte soient la plupart du temps suivies d'une nouvelle législation comportant les mêmes objectifs que celle qui vient d'être rendue invalide, mais respectant cette fois les principes constitutionnels en cause¹⁷⁶.

¹⁷⁵ *Id.* Notons que la Cour suprême s'en remet de plus en plus aux gouvernements, fédéral et provinciaux, pour régler comme ils l'entendent leurs différends de nature constitutionnelle. Elle le fait au nom de ce qu'elle appelle le « fédéralisme coopératif »; à cet égard, voir notamment : *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, préc., note 71; *Saskatchewan (Procureur général) c. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 CSC 53; *Orphan Well Association c. Grant Thornton Ltd.*, 2019 CSC 5. Le professeur Peter C. Oliver n'est pas sans y voir le signe d'un manque d'intérêt de la part de la Cour suprême à l'égard des questions touchant le partage des pouvoirs législatifs au sein du fédéralisme canadien : Peter C. OLIVER, « The Busy Harbours of Canadian Federalism: The Division of Powers and its Doctrines in the McLachlin Court », dans David A. WRIGHT et Adam M. DODEK (dir.), *Public Law at the McLachlin Court: The First Decade*, Toronto, Irwin Law, 2011, p. 167. Notons du reste que la Cour suprême a de plus en plus tendance à tolérer sinon à encourager la présence des deux ordres de gouvernement dans le même espace législatif. Cette position diminue évidemment le potentiel de différends judiciaires portant sur le partage des compétences législatives en tant que tel.

¹⁷⁶ Peter W. HOGG et Allison A. BUSHELL, « The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter Of Rights Isn't Such A Bad Thing After All) », (1997) 35 *Osgoode Hall L.J.* 75, 105. À l'époque, tout un débat a été lancé par cet article de Hogg et Bushell. À cet égard, voir : Christopher P. MANFREDI et James B. KELLY, « Six Degrees of Dialogue: A Response To Hogg and Bushell », (1999) 37 *Osgoode Hall L.J.* 513; Peter W. HOGG et Allison A. THORNTON, « Reply to "Six Degrees of Dialogue" », (1999) 37 *Osgoode Hall L.J.* 529. Dans l'arrêt *Vriend*, préc., note 53, 564 et 565, le juge Iacobucci (dans des motifs conjoints avec le juge Cory, au nom de la majorité) parle lui aussi de la nécessité

Dans la même veine, notons cet exemple du dialogue entre le législateur et les tribunaux dans l'arrêt *R. c. Mills*¹⁷⁷, dans le contexte de l'adoption d'un régime législatif portant sur la procédure applicable à la communication de dossiers en la possession du ministère public dans des poursuites relatives à une infraction d'ordre sexuel. Les juges McLachlin et Iacobucci, au nom de cinq de leurs collègues, ont alors exprimé l'idée selon laquelle les rapports généraux entre les tribunaux et le législateur doivent être autant que possible empreints de respect mutuel :

Le fait qu'une loi adoptée par le législateur diffère d'un régime envisagé par la Cour, en l'absence d'un régime législatif, ne veut toutefois pas dire que cette loi est inconstitutionnelle. Le législateur peut s'inspirer de la décision de la Cour et concevoir un régime différent pourvu que celui-ci demeure constitutionnel. Tout comme le législateur doit respecter les décisions de la Cour, la Cour doit respecter la décision du législateur que le régime qu'elle a créé peut être amélioré. Insister sur une conformité servile irait à l'encontre du respect mutuel qui sous-tend les rapports entre les tribunaux et le législateur et qui est si essentiel à notre démocratie constitutionnelle [...].

Notre Cour a agi dans l'arrêt *O'Connor*, et le législateur a réagi au moyen de la loi C-46. Comme nous l'avons vu, la Loi n'est pas inconstitutionnelle du simple fait qu'elle ne reflète pas l'arrêt *O'Connor*¹⁷⁸.

C'est précisément le respect mutuel qui favorise un sain dialogue entre le législateur et les tribunaux. Ce dialogue serait appelé, s'il devait se

d'un dialogue entre le législatif, l'exécutif et le judiciaire. Il explique la problématique soulevée par le rôle précis des tribunaux dans un contexte de suprématie constitutionnelle (p. 564-567) et y fait notamment mention de l'article de Hogg et Bushell.

¹⁷⁷ [1999] 3 R.C.S. 668. Voir aussi : Mary T. MOREAU, « La *Charte canadienne des droits et libertés* comme instrument de dialogue entre le tribunal et le législateur », (2007) 36 *Revue internationale d'études canadiennes* 319; Kent ROACH, « Constitutional and Common Law Dialogues between the Supreme Court and Canadian Legislatures », (2001) 80 *R. du B. can.* 481; R. J. SHARPE, « Le rôle des tribunaux dans une démocratie constitutionnelle », dans *Colloque de l'Institut national de la magistrature*, Whistler, juin 2007 (non publié).

¹⁷⁸ *R. c. Mills*, préc., note 177, 710-745.

confirmer, à transformer positivement le rôle historique du législateur, du gouvernement et du système judiciaire lui-même. Toutefois, force nous est d'admettre pour l'instant que ce dialogue entre le législatif et le judiciaire ne se confirme pas dans tous les cas. Au contraire, il demeure relativement difficile de recenser les situations où un tel dialogue se produit¹⁷⁹. Par

¹⁷⁹

Voir : Jean LECLAIR, « La métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien : un concept qui dessert les intérêts du citoyen? », dans Patrick A. MOLINARI (dir.), *Dialogues sur la justice : le public, le législateur, les tribunaux et les médias*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 83, à la p. 86 : « En fait, je suis d'avis que le dialogisme institutionnel proposé par la Cour suprême a pour conséquence de reléguer le citoyen au statut de simple observateur de la vie politique, plutôt que d'encourager sa participation active. » Voir aussi l'arrêt *Doucet-Boudreau*, préc., note 71, par. 53, où la Cour suprême dit ceci :

En toute déférence, l'interprétation de l'art. 24 qui se dégage des motifs des juges LeBel et Deschamps tendrait à court-circuiter et à réduire ce large pouvoir discrétionnaire. Elle tendrait également, en l'espèce, à court-circuiter et à dévaloriser la promesse constitutionnelle relative aux droits linguistiques contenue à l'art. 23. À notre avis, la retenue judiciaire et les métaphores comme celle du « dialogue » ne doivent pas être érigées en règles constitutionnelles strictes auxquelles peuvent être assujettis les termes de l'art. 24.

Dans l'arrêt *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, par. 96 (ci-après « *Chaoulli* »), la juge Deschamps a affirmé ce qui suit :

Le présent dossier constitue un bon exemple de cas où les tribunaux disposent de tous les outils nécessaires à l'évaluation de la mesure gouvernementale. Une preuve abondante a été présentée. Le gouvernement a bénéficié de beaucoup de temps pour agir. De nombreuses commissions ont été créées [...] Les gouvernements ont à maintes reprises promis de trouver une solution au problème des listes d'attente. Il semble cependant que la cristallisation du débat autour d'une philosophie socio-politique fasse perdre de vue l'urgence d'agir concrètement. Le dernier rempart des citoyens demeure alors les tribunaux.

Toujours dans l'arrêt *Chaoulli*, les juges McLachlin, Major et Bastarache se sont dits d'accord avec les conclusions auxquelles est parvenue la juge Deschamps et ont ajouté ce qui suit (par. 107) :

Bien qu'il appartienne au législateur québécois de décider du genre de système de santé qui doit être adopté au Québec, la mesure législative qui s'ensuit est, comme toutes les règles de droit, assujettie à des limites constitutionnelles, y compris celles imposées par l'art. 7 de la *Charte*. Le fait que la question soit complexe ou controversée ou encore qu'elle mette en cause des valeurs sociales ne signifie pas pour autant que les

contre, plus fréquents sont les cas où le pouvoir judiciaire a le dernier mot sur des questions à propos desquelles le législatif s'est prononcé ou dont il a renoncé à s'occuper. Alors que certains parlent de dialogue entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir politique, d'autres voient plutôt les juges et les politiciens se renvoyer constamment la balle. L'élément certain dans tout cela est que les dernières années ont été le théâtre d'une certaine judiciarisation, pour ne pas dire d'une judiciarisation certaine de la vie politique, c'est-à-dire qu'il y a eu une véritable transposition des enjeux sociaux de l'arène politique vers les tribunaux¹⁸⁰.

Michael Mandel s'est déjà interrogé à ce propos en se posant la question de savoir si « [c]ela a [...] donné “plus de pouvoir aux citoyens” [ou si] le pouvoir a [...] simplement été déplacé vers la profession juridique, ce qui [...] semble une manière assez singulière de rendre sa vigueur à la démocratie¹⁸¹ ». Et ce phénomène de judiciarisation, décrit de façon plutôt

tribunaux peuvent renoncer à exercer leur responsabilité constitutionnelle de vérifier la conformité à la *Charte* d'une mesure législative contestée par des citoyens. Comme notre Cour l'a affirmé à un certain nombre de reprises, « une des hautes fonctions de cette Cour est de s'assurer que les législatures n'outrepassent pas les limites de leur mandat constitutionnel et n'exercent pas illégalement certains pouvoirs » (*Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 497, le juge Lamer (plus tard Juge en chef), citant les propos du juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Amax Potash Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576, p. 590).

¹⁸⁰ Quant à la judiciarisation du politique à proprement parler, le professeur Frederick Lee Morton en a donné une illustration : « Les leaders politiques élus semblent tendre de plus en plus à éviter les questions “délicates” [...] le rôle politique croissant que jouent les tribunaux grâce à la Charte n'est peut-être pas dû au seul fait que les juges s'arrogent la fonction d'élaboration des politiques, mais aussi au fait que les politiciens abdiquent devant leurs responsabilités » (traduction de l'anglais faite par Hervé JUSTE, dans M. MANDEL, préc., note 97, p. 114). La version originale en anglais va comme suit : « [T]here seems to be a growing trend of “issue avoidance” by elected political leaders [...] the increasing political role of the courts under the Charter may come not only because judges arrogate to themselves the policy-making function, but also because politicians abdicate this responsibility » (Frederick Lee MORTON, « The Political Impact of the Canadian Charter of Rights and Freedoms », (1987) 20 *Revue canadienne de science politique* 31, 51).

¹⁸¹ M. MANDEL, préc., note 97, p. 19.

négative par Mandel, tire son origine, selon cet auteur, de la Charte elle-même, car celle-ci « a *judiciarisé* notre politique¹⁸² »; elle constitue « l'antithèse même de la démocratie¹⁸³ ». Le professeur Mandel a poursuivi sa critique de la Charte en affirmant ce qui suit :

La protection offerte par la Charte s'écarte de la primauté démocratique du droit sous tous les rapports [...], la Charte est avant tout un assemblage de vagues incantations où s'expriment des idéaux – certes sublimes, mais totalement abstraits – incapables de contenir ou de guider les juges lorsqu'ils les appliquent à la vie quotidienne; et le principe voulant que les juges ne soient pas tenus de rendre compte de leurs décisions lui enlève tout caractère démocratique qu'on voudrait lui donner¹⁸⁴.

La diatribe de Mandel contre la Charte doit, de nos jours, être considérée avec précaution, car les tribunaux ont finalement eu moins de difficulté que prévu à ancrer la Charte dans la vie quotidienne des citoyens. Ils l'ont fait d'ailleurs avec un certain dynamisme. En réalité, il n'y a pas de limite à la créativité judiciaire, surtout dans un pays où s'applique la tradition de common law. L'idée selon laquelle il existe des principes constitutionnels non écrits – outre ceux qui découlent tout naturellement du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* – et celle qui veut que le Canada possède une structure ou une architecture constitutionnelle fondamentale qui ne soit pas que théorique en sont des exemples éloquentes. L'intervention dynamique du juge dans la judiciarisation de la vie politique¹⁸⁵, dans l'interprétation de la Constitution et dans l'élaboration de l'ordre normatif est fréquemment désignée, à tort ou à raison, par l'expression « activisme judiciaire¹⁸⁶ ». Ce concept a une signification bien

¹⁸² *Id.*

¹⁸³ *Id.*, p. 20.

¹⁸⁴ *Id.*, p. 73.

¹⁸⁵ Sur la judiciarisation de la vie politique au Canada, voir : Alupa CLARKE, *Théories constitutionnelles de la judiciarisation du politique au Canada*, mémoire de maîtrise, Québec, Faculté des sciences sociales, Université Laval, 2016.

¹⁸⁶ Sur l'activisme judiciaire, voir : Stéphane BERNATCHEZ, *Juger les lois. La légitimité démocratique et la fonction du contrôle judiciaire de constitutionnalité*, thèse de doctorat, Montréal, Faculté de droit, Université de Montréal, 2006.

particulière dans la société canadienne et mérite amplement que nous lui consacrons les quelques réflexions qui suivent.

D) Le dynamisme ou l'activisme judiciaire

D'après la doctrine de l'activisme judiciaire, les tribunaux optent de plus en plus pour une interprétation progressiste des règles constitutionnelles en tant que telles. À titre d'exemple, les tribunaux interprètent les termes généralement vagues et abstraits de la Charte, ce qui les amène inévitablement à contrôler les décisions du Parlement et des législatures et à rendre eux-mêmes certaines décisions lourdes de conséquences sur le plan social. En faisant cela, les magistrats saisissent parfois l'occasion, comme nous l'avons vu plus haut, pour imposer leur propre conception philosophique des questions qui leur sont soumises.

De nos jours, il paraît évident que les juges insèrent habilement, dans les zones grises et nébuleuses du droit en général et de la Constitution en particulier, leurs propres idées, leur opinion, leur idéologie. Par ailleurs, on aurait tort de penser que la justice constitutionnelle est dépourvue de caractère politique, et qu'elle ne repose que sur des considérations juridiques. En effet, comme nous l'avons déjà mentionné, les tribunaux canadiens hésitent peu à intervenir sur des questions de nature politique¹⁸⁷. Au surplus, il est clair, croyons-nous, qu'un certain nombre de décisions de la Cour suprême – parmi les plus importantes – ont autant une connotation politique qu'une portée juridique¹⁸⁸.

¹⁸⁷ Nous avons parlé précédemment de certains cas où la Cour suprême s'est prononcée sur des questions qui avaient une saveur politique (*supra*, notes 61 à 66 et les textes correspondants). Nous nous en voudrions toutefois de ne pas souligner au passage que la Cour supérieure du Québec est saisie en ce moment de plusieurs contestations de la *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec*, RLRQ, c. E-20.2. Cette loi est communément appelée la « Loi 99 ». Ce dossier a un fort tonus politique.

¹⁸⁸ C'est le cas, à notre avis, du *Renvoi relatif au rapatriement de la Constitution*, préc., note 7, où la Cour suprême a fait une distinction entre les textes formels et les conventions constitutionnelles, la légalité stricte et la légitimité. Elle a finalement retenu une convention constitutionnelle qui, à son avis, était appuyée par un certain nombre d'acteurs politiques, comme nous l'avons mentionné plus haut (partie I, section B). C'est le cas également pour le *Renvoi relatif à la*

Cependant, la prudence est de mise : il ne faut surtout pas assimiler l'activisme judiciaire au progrès et la retenue judiciaire au conservatisme. En effet, faire cela serait cantonner le législateur dans le *statu quo* et accorder toutes les vertus aux tribunaux. Ce serait entretenir une vision naïve de la séparation des pouvoirs dans l'État et porter inutilement aux nues l'activisme judiciaire.

Certes, des personnes réprouvent l'emploi de l'expression « activisme judiciaire » pour décrire le pouvoir accru dont jouit la Cour suprême depuis l'entrée en vigueur de la Charte, l'élargissement depuis 1982 du pouvoir d'appréciation par les tribunaux de la constitutionnalité des lois et des autres règles de droit ainsi que l'impact de l'interprétation de la Charte sur l'ensemble du système juridique canadien. De façon générale, ces personnes préfèrent la tournure « dynamisme judiciaire » à celle d'« *activisme judiciaire* », pour le motif que cette dernière se révèle trop péjorative et est employée de façon simpliste par opposition à la retenue judiciaire qui, elle, aurait présument des fondements plus nobles.

Pour sa part, Beverley McLachlin, ex-juge en chef de la Cour suprême, n'a pas semblé éprouver de réserves à employer les mots « activisme judiciaire » pour décrire les interventions fréquentes des tribunaux. Ainsi, elle a affirmé ce qui suit :

sécession du Québec, préc., note 25, 227, 228, 240 et 263, où la Cour suprême a notamment reconnu que la sécession était à la fois un acte politique et un acte juridique et que la légitimité démocratique était intimement liée à la légalité constitutionnelle. Il est intéressant de noter l'ouvrage de Geneviève TREMBLAY, *Les tribunaux et les questions politiques : les limites de la justiciabilité*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1999, p. 129, où elle s'est exprimée contre l'intervention des tribunaux sur des questions dites politiques : « Les tribunaux ne sont pas les tribunes les plus appropriées pour discuter des options politiques ou morales d'une société. Se prononcer sur une question politique ou morale exige, ni plus ni moins, de choisir entre des valeurs sociales divergentes. Cette tâche est, à notre avis, essentiellement politique. »

[TRADUCTION] Dans ces limites, il existe de bonnes raisons pour lesquelles les cours ne peuvent pas éviter un certain degré d'activisme judiciaire. La première est que, si les tribunaux n'agissent pas, les citoyens de notre société verront leurs droits brimés [...] Une autre raison pour laquelle les tribunaux ne peuvent pas refuser d'agir est liée à la première; il s'agit de leur fonction qui consiste à freiner l'exercice illégal ou malveillant du pouvoir [...] La troisième raison pour laquelle les tribunaux peuvent être contraints d'agir de manière plus interventionniste, je l'ai déjà évoquée. Il s'agit de l'incapacité, de temps en temps, des autres branches du gouvernement à répondre au besoin d'adoption de lois dans certains domaines difficiles¹⁸⁹.

Que ce soit au nom d'un certain activisme judiciaire ou non, il nous paraît impérieux que les tribunaux ne s'en prennent pas sans merci aux fonctions normatives et sociales de l'État et qu'ils ne s'enferment pas dans une forme quelconque d'antiétatisme. Au contraire, les interventions judiciaires doivent poursuivre des idéaux sociétaux, tout en assurant un équilibre réel entre les droits collectifs, le bien commun et l'intérêt public, d'une part, et les droits et libertés individuels, d'autre part. Autrement dit, le défi et le rôle des tribunaux consistent à parvenir à un juste équilibre entre le contrôle judiciaire et le processus démocratique. Il leur faut alors essentiellement concilier les assises de la justice constitutionnelle avec les principes sur lesquels s'appuie la démocratie.

189

Beverley MCLACHLIN, « The Role of the Court in the Post-Charter Era: Policy-Maker or Adjudicator? », (1990) 39 *U.N.B.L.J.* 43, 57 et 58. La version originale, en anglais, se lit comme suit :

Within these limits, there exist good reasons why courts cannot avoid a certain degree of judicial activism. The first is that if the courts fail to act, the citizens of our society will find their rights curtailed [...] Another reason why the courts cannot decline to act is related to the first; it is their function in curbing the wrongful exercise of power [...] The third reason why courts may be forced to act in a more interventionist way I have already touched on. It is the failure from time to time of other branches of government to respond to the need for legislation in certain difficult areas.

Voir aussi : Beverley MCLACHLIN, « Charter Myths », (1999) 33 *U.B.C.L. Rev.* 23; Beverley MCLACHLIN, « Courts, Legislatures and Executives in the Post-Charter Era », (1999) 20-5 *Policy Options* 41.

Tout compte fait, il existe des liens étroits entre le respect de la Constitution et le principe démocratique. Selon la Cour suprême, qui l'a dit dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*¹⁹⁰, la démocratie repose sur la volonté souveraine du peuple, d'un côté, et constitue une valeur fondamentale qui est protégée par la Constitution, de l'autre côté, et qui se traduit par la représentation politique dans un parlement agissant dans les limites de sa compétence constitutionnelle¹⁹¹. La légitimité de la Constitution repose elle-même sur l'adhésion de la collectivité aux valeurs institutionnelles que le cadre constitutionnel sous-tend¹⁹². À ce propos, le professeur Jacques Chevallier a affirmé ce qui suit :

[L]'efficacité juridique [ne sera plus fondée] sur la puissance intrinsèque de la norme, mais sur la recherche de l'*adhésion* des adressataires [...] La force de la règle de droit ne provient plus de ce qu'elle s'énonce comme un ordre obligatoire auquel les administrés doivent se plier; elle dépend du *consensus* qu'elle est capable de recueillir¹⁹³.

Les propos de Chevallier reviennent à dire que les tribunaux ont un rôle majeur à jouer dans tout le processus, qui consiste à favoriser l'acceptation sociale du droit. Ce rôle s'avère d'autant plus important au Canada que les instances judiciaires sont obligées de « manipuler » avec

¹⁹⁰ Préc., note 25.

¹⁹¹ *Id.*, 252-257.

¹⁹² Du fait même de sa fonction fondatrice ou refondatrice d'un État, une constitution doit disposer d'une légitimité particulière. Cette dernière constitue la dimension juridique ou conventionnelle du consensus social qu'elle est censée représenter. Sans cette légitimité, la constitution risque de ne pas être respectée. La légitimité est acquise d'abord par le mode d'adoption et de modification de la constitution de même que par les conditions de sa mise en œuvre.

¹⁹³ Jacques CHEVALLIER, « La rationalisation de la production juridique », dans Charles-Albert MORAND (dir.), *L'État propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'État*, Paris, Publisud, 1991, p. 11, à la p. 37. Voir aussi : Jean-François THUOT, « Déclin de l'État et formes postmodernes de la démocratie », (1994) 26 *Revue québécoise de science politique* 75, 91, où il affirme que l'État moderne n'a plus la puissance nécessaire pour assumer sa fonction traditionnelle de gouverner politique, étant donné l'éclatement de sa puissance souveraine. Comme le souligne par ailleurs cet auteur, l'État est maintenant obligé de négocier son intervention dans la société.

soin des concepts, des règles, des principes et des valeurs de nature constitutionnelle qui ont des conséquences significatives sur la définition du Canada en tant que pays, sur l'affirmation de la spécificité québécoise¹⁹⁴,

194

Il serait bien que les tribunaux canadiens, et au premier chef la Cour suprême, tiennent davantage compte du caractère spécifique et distinct du Québec lorsqu'ils interprètent et appliquent la Constitution canadienne. Ils le font à l'occasion, surtout dans des dossiers à forte saveur linguistique, mais ils devraient agir ainsi encore plus systématiquement. Voir l'arrêt *Ford*, préc., note 81, 778 et 779 :

Il ressort des documents se rapportant à l'article premier et à l'art. 9.1 que la politique linguistique sous-tendant la *Charte de la langue française* vise un objectif important et légitime. Ils révèlent les inquiétudes à l'égard de la survie de la langue française et le besoin ressenti d'une solution législative à ce problème. De plus, ces documents montrent le lien rationnel qui existe entre le fait de protéger la langue française et le fait d'assurer que la réalité de la société québécoise se reflète dans le « visage linguistique ».

Voir aussi : *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14, par. 34, 44 et 52. À ce dernier paragraphe, la Cour suprême a affirmé ce qui suit :

[Le Procureur général du Québec] estime que la situation linguistique unique du Québec au sein du Canada – la communauté linguistique provinciale majoritaire est, en même temps, la communauté linguistique nationale minoritaire – peut justifier le critère de la « majeure partie » selon l'interprétation qu'il donne de ce critère. Nous ne jugeons pas nécessaire d'examiner cette possibilité. Le fait de donner une interprétation atténuante de l'art. 73 permet au Québec d'atteindre ses objectifs législatifs tout en garantissant qu'aucune personne admissible en vertu de l'art. 23 de la Charte canadienne ne sera empêchée de fréquenter une école de la minorité linguistique si elle choisit de le faire.

Ensuite, voir l'arrêt *Gosselin*, préc., note 23, par. 31 :

En rejetant le « libre accès » comme principe directeur de l'art. 23, les auteurs de la Charte canadienne étaient soucieux des conséquences que pourrait entraîner le fait que les membres de la majorité linguistique soient admis à envoyer leurs enfants dans les écoles de la minorité linguistique. On craignait à l'époque (une préoccupation qui existe toujours aujourd'hui, selon l'intervenante, la Commissaire aux langues officielles du Canada) que les écoles des minorités linguistiques, à l'extérieur du Québec du moins, deviennent elles-mêmes des centres d'assimilation si les membres de la majorité linguistique submergeaient les élèves de la minorité linguistique. Au Québec, une autre dimension s'ajoute au problème en ce que la présence d'écoles destinées à la communauté linguistique minoritaire ne doit pas servir à contrecarrer la volonté de la majorité de protéger et de favoriser le français comme

sur le contenu de la citoyenneté canadienne et sur les principales caractéristiques du tissu social canadien.

Les tribunaux doivent donc éviter de donner à la Constitution canadienne, et plus particulièrement à la Charte, une interprétation qui soit trop radicale et qui en fasse découler une exigence d'uniformité. Au contraire, ils doivent reconnaître les réalités historiques, sociales et culturelles du pays, de même que la nécessité de permettre aux collectivités

langue de la majorité au Québec, sachant que le français restera la langue de la minorité dans le contexte plus large de l'ensemble du Canada. Dans le pourvoi connexe *Casimir*, par. 49-50, nous examinons certains des problèmes qui pourraient surgir si les écoles de la minorité linguistique devenaient les équivalents fonctionnels des programmes d'immersion destinés à la majorité linguistique au Québec. Nous avons également pris soin, dans *Casimir*, de « souligner que l'application de l'art. 23 doit tenir compte des disparités très réelles qui existent entre la situation de la communauté linguistique minoritaire du Québec et les communautés linguistiques minoritaires des territoires et des autres provinces » (par. 44). Des problèmes différents n'appellent pas nécessairement les mêmes solutions.

Voir par ailleurs l'arrêt *Québec (Éducation, Loisir et Sport) c. Nguyen*, 2009 CSC 47, par. 43 :

Toutefois, je ne veux pas nier les dangers que l'expansion illimitée des EPNS pourrait présenter pour les objectifs de préservation et d'épanouissement de la langue française au Québec. En l'absence de toute mesure susceptible de contrôler le développement de ce phénomène, les écoles passerelles pourraient devenir éventuellement un mécanisme permettant de manière quasi automatique de contourner les dispositions de la *CLF* portant sur les droits scolaires linguistiques, de créer de nouvelles catégories d'ayants droit en vertu de la *Charte canadienne* et de rétablir indirectement un régime de libre choix linguistique dans le domaine scolaire au Québec.

Enfin, voir le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, préc., note 9, par. 49 :

L'objectif de l'art. 6 est de garantir que non seulement des juristes civilistes expérimentés siègent à la Cour, mais également que les traditions juridiques et les valeurs sociales distinctes du Québec y soient représentées, pour renforcer la confiance des Québécois envers la Cour en tant qu'arbitre ultime de leurs droits. Autrement dit, l'art. 6 protège à la fois le fonctionnement et la légitimité de la Cour suprême dans sa fonction de cour générale d'appel pour le Canada.

qui y vivent d'exprimer et de conserver leurs particularismes¹⁹⁵. L'uniformisation tous azimuts serait vraisemblablement de nature à vider l'autonomie provinciale de toute signification véritable. Or, l'article premier de la Charte – qui permet que, dans certains cas, des règles de droit dérogent aux droits et libertés qu'elle énonce – confère précisément aux juges le pouvoir d'interpréter des intérêts divergents dans la société canadienne, tout en les autorisant, il est vrai, à porter un certain nombre de jugements de valeur¹⁹⁶.

L'article premier de la Charte se révèle d'autant plus nécessaire qu'aucun droit ni liberté ne saurait être envisagé de manière absolue, sans limites – mêmes inhérentes ou tacites – ni possibilité pour le législateur de faire certains choix de société. Cet article permet aux instances législatives et gouvernementales d'échapper un tant soit peu à la rigidité de la Constitution et d'éviter, à certains égards, la sanction judiciaire de l'inconstitutionnalité.

¹⁹⁵ Luís R. CARDOSO DE OLIVEIRA, *Droit légal et insulte morale : dilemmes de la citoyenneté au Brésil, au Québec et aux États-Unis*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2005, p. 148 : « La charte était vue au Québec comme une grande menace à l'autonomie qu'elle a de promulguer des lois pour défendre ses traditions culturelles, et a été effectivement utilisée contre certaines prescriptions de la loi de la langue de la province (qui limite l'utilisation de l'anglais dans l'espace public), loi vénérée par les Québécois, et pour qui elle deviendrait un symbole de l'identité nationale du Québec. »

¹⁹⁶ L'article premier de la Charte autorise que les droits et libertés qu'elle reconnaît soient restreints par des règles de droit dont l'État pourrait démontrer le caractère raisonnable et dont il pourrait justifier l'existence en fonction des standards généralement reconnus dans les sociétés dites démocratiques. Aux fins de l'application de l'article premier en question, la Cour suprême a établi un critère particulièrement exigeant dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Ce critère repose notamment sur la proportionnalité qui existe entre les objectifs poursuivis par le législateur et les moyens qu'il utilise pour les atteindre. Il porte également sur la proportionnalité qui existe entre les effets bénéfiques de la mesure contestée et ses effets désavantageux. Inutile de mentionner que, lorsque l'article premier est invoqué dans un dossier, les tribunaux sont appelés à soupeser les droits individuels et collectifs en cause et, inévitablement, à porter un jugement sur les choix faits par le législateur.

En réalité, sans être véritablement un bouclier contre l'interventionnisme ou l'activisme judiciaire, l'article premier de la Charte permet une relativisation de celle-ci par son invitation adressée aux tribunaux de tenir compte des contextes et des besoins particuliers des provinces et d'adopter une approche différenciée – plutôt qu'uniforme – des droits et libertés de la personne. À sa façon, l'article en question colore le constitutionnalisme, en permettant aux législateurs et aux gouvernements de faire valoir leur point de vue sur des enjeux réels et urgents¹⁹⁷. Cependant, le constitutionnalisme dont nous parlons comporte aussi une dimension doctrinale qui ne doit pas nous échapper. Comme nous le verrons ci-après, cette dimension relève, entre autres, essentiellement du profond désir de constitutionnaliser les valeurs, les principes et les normes qui composent le faisceau juridique au Canada.

E) Le constitutionnalisme en tant que doctrine

S'il est vrai que, comme nous l'avons dit ci-dessus, les points communs se trouvent fort nombreux entre les principes de la primauté du droit et du constitutionnalisme et que ce dernier peut, à juste titre, être vu comme une particularisation de la première, on aurait tort cependant de donner au constitutionnalisme une définition trop statique ou limitative. Au contraire, nous estimons que le constitutionnalisme représente beaucoup plus qu'une simple modalité d'application de la primauté du droit : il a une signification davantage globale et rejoint une certaine idéologie. Voici les propos de François Chevette à cet égard :

[Le constitutionnalisme est] aussi une idéologie dont le discours politique se réclame, chacun y trouvant ce qu'il veut bien y mettre et chacun y voyant une forme de contrat social dont les Pères de la fédération auraient été les signataires. Le suffixe « isme » veut rendre compte de cette dimension idéologique, et c'est sans doute à cette même fin que le mot « *constitutionalism* » est employé

¹⁹⁷

Dans l'arrêt *R. c. Oakes, id.*, la Cour suprême a dit que, en vertu de l'article premier de la Charte, l'objectif poursuivi par l'État doit se fonder sur des préoccupations sociales réelles et urgentes dans une société libre et démocratique.

assez couramment dans la langue anglaise en Amérique du Nord¹⁹⁸.

Le *Dictionnaire Larousse* dit tout simplement du constitutionnalisme que c'est une « [d]octrine selon laquelle la constitution [...] a la liberté pour objet¹⁹⁹ ». Le juge français Robert Badinter précise qu'en France le constitutionnalisme est un art national comme la cuisine. Toujours en France, et plus scientifiquement, le professeur Michel Troper suggère que le constitutionnalisme désigne la théorie prescriptive selon laquelle les trois objectifs suivants doivent être poursuivis :

- 1) les règles de fond qui possèdent une autorité constitutionnelle sont plus nombreuses, plus importantes et plus générales et elles régissent un plus grand nombre de matières;
- 2) ces règles s'imposent désormais réellement, c'est-à-dire que leur violation peut être sanctionnée d'une manière ou d'une autre;
- 3) ces normes sont protectrices des droits de la personne²⁰⁰.

Dans un autre de ses textes, Troper énonce que le constitutionnalisme *lato sensu* est l'idée que, dans tout État, il faut une constitution afin d'empêcher le despotisme et que le constitutionnalisme *stricto sensu* correspond à l'idée que non seulement une constitution est nécessaire, mais que celle-ci doit également être fondée sur des principes susceptibles de produire de véritables effets²⁰¹.

En Allemagne cette fois, le professeur Dieter Grimm s'est exprimé ainsi au sujet du constitutionnalisme :

¹⁹⁸ François CHEVRETTE, « Les trois visages du constitutionnalisme canadien », (1986) 20 *R.J.T.* 505, 505.

¹⁹⁹ LAROUSSE, *Dictionnaire Larousse*, « Constitutionnalisme », en ligne : <www.larousse.fr>.

²⁰⁰ Michel TROPER, « Le constitutionnalisme entre droit et politique », *Picardie*, en ligne : <<https://extra.u-picardie.fr/outilscurapp/medias/revues/29/troper.pdf>>, p. 82 et 83 (PDF).

²⁰¹ Voir : Michel TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, Presses universitaires de France, 1994, p. 199-221.

Le constitutionnalisme [...] exclut toute forme de pouvoir absolu ou arbitraire des hommes sur d'autres hommes. En assujettissant tout acte de pouvoir au respect des règles de droit, il rend prévisible l'exercice de l'autorité publique et donne aux individus soumis à cette autorité la possibilité de s'organiser en fonction des décisions du gouvernement et d'interagir sans crainte avec les détenteurs de l'autorité publique. Il offre aux individus et aux groupes aux idées et aux intérêts les plus divers une base de consensus sur laquelle ils peuvent s'affronter de manière civilisée. Il rend possible un changement paisible de gouvernement. Dans des conditions favorables, il peut même contribuer à l'intégration sociale²⁰².

Plus près de nous, Warren J. Newman a soutenu ce qui suit : « On peut décrire le constitutionnalisme, compris au sens de la loi suprême de la Constitution, comme le constitutionnalisme *juridique*. Cependant, un fort courant de constitutionnalisme *politique* sous-tend la tradition canadienne également²⁰³ ». Dans le premier cas, soit le constitutionnalisme juridique, Newman renvoie, entre autres, à l'article 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Dans le second cas, soit le constitutionnalisme politique, il fait allusion aux conventions constitutionnelles²⁰⁴. De son côté, Jean Leclair a affirmé ceci au sujet du constitutionnalisme :

Le constitutionnalisme correspond justement à cette acceptation juridique de la supériorité de la constitution sur toute autre règle de droit. Il se manifeste par la création et la mise en place d'une justice constitutionnelle indispensable à la reconnaissance effective des droits et libertés garantis par la constitution. Une instance judiciaire doit donc être investie du pouvoir de contrôler

²⁰² Dieter GRIMM, « L'acquis du constitutionnalisme et ses perspectives dans un monde changé », (2019) 30 *Trivium*, en ligne : <<http://journals.openedition.org/trivium/6956>>, par. 27.

²⁰³ Warren J. NEWMAN, « Le constitutionnalisme, la légalité et la légitimité : une perspective canadienne », notes en vue d'une comparaison au Comité des affaires constitutionnelles du Parlement européen, Bruxelles, 20 juin 2018, p. 5.

²⁰⁴ À ce sujet, voir aussi les propos du juge Sopinka dans l'arrêt *Osborne*, préc., note 12, 87 : « Sous-jacente à cette distinction entre le droit constitutionnel et les conventions constitutionnelles est la différence qui existe entre le constitutionnalisme juridique et le constitutionnalisme politique. »

la légalité constitutionnelle des normes étatiques de manière à garantir la suprématie de la constitution²⁰⁵.

Dans l'un de ses textes, le professeur Stéphane Bernatchez s'est posé la question de savoir si le constitutionnalisme était un vecteur de l'évolution constitutionnelle ou un obstacle à cette dernière. Il a, au surplus, réfléchi à la possibilité de réimaginer la Constitution canadienne à partir des principes constitutionnels sous-jacents²⁰⁶.

Quant à nous, nous croyons que le constitutionnalisme, en tant que doctrine ou théorie, se présente essentiellement sous trois visages différents²⁰⁷. Le premier relève de la croyance que la constitution est une protection contre l'autoritarisme. Le deuxième comporte un jugement de valeur, en ce qu'il positionne la constitution au-dessus même de la souveraineté populaire dans l'État. Enfin, le troisième visage postule l'idée voulant que les grands principes gouvernant une société trouvent leur place dans la constitution.

En ce qui concerne le premier visage plus particulièrement, il érige la constitution en véritable barrière contre les abus potentiels du pouvoir politique. Lorsqu'elle est source du pouvoir souverain et de protection des droits et libertés fondamentaux, la constitution vient ainsi limiter le pouvoir politique dans l'État et sert à éviter les dérives totalitaires de même que les atteintes à la dignité humaine. Le constitutionnalisme s'oppose donc au « légicentrisme », ce dernier concept renvoyant à l'importance et à la primauté de la loi dans l'État. Somme toute, le constitutionnalisme voit dans

²⁰⁵ Jean LECLAIR, « L'avènement du constitutionnalisme en Occident : fondements philosophiques et contingence historique », (2011) 41 *R.D.U.S.* 159, 163 et 164.

²⁰⁶ Stéphane BERNATCHEZ, « La gouvernance constitutionnelle. Le constitutionnalisme et l'identité constitutionnelle du Canada au XXI^e siècle », dans Félix MATHIEU et Dave GUÉNETTE (dir.), *Ré-imaginer la Canada : vers un État multinational?*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 2019, p. 227.

²⁰⁷ Marc Chevrier a accordé lui aussi trois visages au constitutionnalisme contemporain, mais ce sont les suivants : 1) le constitutionnalisme libéral; 2) le constitutionnalisme d'expression et d'intégration de la société; et 3) le constitutionnalisme de la liberté. Sur ce point, voir : Marc CHEVRIER, « Trois visions de la constitution et du constitutionnalisme contemporain », (2008) 2 *Revue québécoise de droit constitutionnel* 72.

la constitution la meilleure protection contre le despotisme. Il y voit une garantie de la liberté²⁰⁸. Comme l'a d'ailleurs précisé Nicole Duplé, « [l]e constitutionnalisme repose sur l'idée que le meilleur rempart contre l'arbitraire réside dans une constitution qui limite la compétence de tous les organes étatiques producteurs de droit, y compris celles du Parlement²⁰⁹ ».

En ce qui a trait au deuxième visage du constitutionnalisme, il place la constitution au sommet de la hiérarchie des règles de droit²¹⁰ et même au-dessus de la souveraineté du peuple. Cela se constate d'ailleurs au Canada, où, comme nous l'avons déjà vu²¹¹, le référendum ne correspond pas à une modalité officielle de modification constitutionnelle et où cette dernière relève plutôt de mécanismes parlementaires, voire multiparlementaires. Rappelons cependant que cette hiérarchisation ne serait rien sans un contrôle effectif de la primauté de la constitution :

Encore faut-il que la primauté de la constitution soit assurée par un contrôle de la constitutionnalité des lois et des actes de l'exécutif, que ce contrôle soit effectué par un organe indépendant du Parlement et du gouvernement et enfin, que cette constitution place les droits et libertés individuels hors de la portée des organes de l'État. Cette notion contemporaine du constitutionnalisme intègre ainsi les exigences de ce que l'on appelle l'État de droit. En effet, est un État de droit tout État démocratique dont la constitution inclut les droits et libertés fondamentaux, la primauté de la constitution étant garantie par l'existence d'un contrôle constitutionnel effectif exercé par un organe indépendant des organes étatiques contrôlés²¹².

²⁰⁸ M. TROPER, préc., note 199.

²⁰⁹ N. DUPLÉ, préc., note 141, p. 87.

²¹⁰ Le droit, avons-nous vu dans notre introduction, est un système hiérarchisé de normes. Les dispositions de la Constitution écrite qui ont une autorité supralégislative dominant la hiérarchie des normes et ont pour conséquence l'invalidation de lois adoptées par le législateur ou d'actes accomplis par le gouvernement.

²¹¹ *Supra*, partie I, section A.

²¹² N. DUPLÉ, préc., note 141, p. 87.

Quant au troisième visage du constitutionnalisme, il appelle des commentaires plus élaborés. En vertu de cette dimension de la doctrine du constitutionnalisme, la constitution doit non seulement être reconnue comme fondamentale dans l'État, mais elle doit par ailleurs être nettement valorisée. Elle doit l'être d'ailleurs au point où il devient souhaitable que les règles de droit acquièrent autant que possible un statut constitutionnel et que la constitution réussisse à pénétrer de sa saveur l'ensemble de l'ordre juridique d'une société donnée. Ainsi le constitutionnalisme témoigne-t-il, à sa façon, d'une tendance à vouloir constitutionnaliser, c'est-à-dire à faire en sorte que les grands principes guidant la société figurent dans la constitution et bénéficient de la protection et de la solidité constitutionnelles.

Pour notre part, nous ne saurions être d'accord avec l'idée selon laquelle tout se trouve dans la constitution. Cette idée de constitutionnaliser sans nuance ne peut que déconsidérer la nature fondamentale de la constitution d'un État. De plus, partant du fait que chaque modification de la constitution est soumise à une procédure longue et complexe, constitutionnaliser à tout venant ne peut qu'alourdir le système judiciaire et politique, sinon bloquer l'appareil de l'État.

Ce qui nous irrite, c'est la volonté d'étendre la portée de la Constitution canadienne pour le seul plaisir d'agir ainsi. Nous ne nions toutefois pas qu'il serait souhaitable de procéder éventuellement à une réforme de ladite constitution qui réponde aux aspirations légitimes du Québec. Notons au passage que, de manière étonnante, au Canada, la Charte a rapidement acquis un caractère quasi sacré auprès des anglophones, bien que ces derniers aient habituellement une façon plus pragmatique et prosaïque de voir les arrangements constitutionnels de diverses natures²¹³.

²¹³ Historiquement, au Canada, les anglophones ont abordé la Constitution et le dossier constitutionnel de façon pragmatique, concrète, alors que les francophones y ont vu quelque chose de quasi sacré. Depuis l'adoption de la Charte en 1982, les rôles semblent s'être inversés. Ce sont maintenant les anglophones qui, majoritairement, défient la Charte et s'opposent à toute tentative de modifier la Constitution, tandis que les francophones rêvent encore – pour plusieurs d'entre eux – à une réforme constitutionnelle qui réponde aux intérêts, aux aspirations et aux besoins du Québec.

Il est évident que la reconnaissance par la Cour suprême de principes flous, comme le sont les principes constitutionnels sous-jacents ou implicites, et le recours occasionnel à des concepts élastiques, tels que la « structure » ou l'« architecture » de la Constitution, participent de la doctrine du constitutionnalisme ou confortent celle-ci. Si le biais idéologique que manifestent parfois les juges est à déplorer, ce sont surtout leurs recours aux principes et aux concepts nébuleux dont nous venons de parler qui ont un effet insidieux sur l'ordre légal et constitutionnel au Canada. Avec de tels principes ou concepts, il n'y a plus vraiment de frein à l'expansion du cadre constitutionnel, au bon plaisir des tribunaux.

Alors que le constitutionnalisme peut être vu comme une doctrine qui se donne vocation à rendre fondamental le maximum de normes, nous répondons que le fait de ne pas constitutionnaliser n'enlève rien à l'État de droit, puisque ce dernier comporte intrinsèquement bien des aspects non couverts par la Constitution. Ajoutons que le concept de « doctrine » est défini par le *Dictionnaire Larousse* comme un « [e]nsemble de croyances ou de principes traduisant une conception [...] de la société [...] constituant un système d'enseignement [...] philosophique, politique, etc., et s'accompagnant souvent de la formulation de règles de pensée ou de conduite²¹⁴ ». Ce concept a pour synonymes les termes « théorie » et « thèse ». Partant de cette définition et de la conceptualisation du constitutionnalisme proposée par plusieurs auteurs, conceptualisation que nous avons présentée plus haut, nous croyons difficile de considérer ce concept autrement qu'en tant que doctrine formelle.

Donc, le constitutionnalisme, en tant que doctrine, est en réalité un vaste projet normatif²¹⁵, qui a essentiellement pour objet la constitutionnalisation du droit, et ce, que celle-ci soit directe ou indirecte. Il porte la marque de l'extension du cadre constitutionnel. Bien entendu, cette prédisposition à élargir le contenu de la constitution se bute, au Canada, à la complexité de la procédure de modification constitutionnelle. Il

²¹⁴ LAROUSSE, préc., note 199, « Doctrine ».

²¹⁵ Sur ce point, voir : Anne PETERS, « Le constitutionnalisme global : Crise ou consolidation ? », (2018) 19 *Jus Politicum* 59, en ligne : <<http://juspoliticum.com/article/Le-constitutionnalisme-global-Crise-ou-consolidation-1197.html>>.

n'empêche que le constitutionnalisme met l'accent sur les aspects vertueux et consacrés²¹⁶ de la constitution. Il la célèbre, la légitime²¹⁷ et la promeut. Nous en voulons pour preuve la Charte de 1982, qui a acquis une stature presque sublime aux yeux de bien des Canadiens.

Le constitutionnalisme se prolonge dans ce que nous appellerons l'« État constitutionnel », soit un État qui s'appuie sur l'autorité ultime de la constitution et sur le contrôle judiciaire de la constitutionnalité. Le constitutionnalisme est un courant de pensée juridique qui se traduit par la volonté d'organiser l'État en fonction d'une norme juridique appelée « constitution » ou par des normes juridiques à caractère constitutionnel. Il érige la constitution en loi suprême et veille à ce que toute loi ou toute action gouvernementale soit conforme à celle-ci. Le constitutionnalisme est par ailleurs un pilier de la démocratie²¹⁸, car cette dernière a besoin d'un cadre ordonné pour s'exprimer, se maintenir et survivre.

Conclusion

L'analyse du juge est évidemment très déterminante dans un système de common law comme celui qui caractérise le droit public canadien. Non seulement le juge interprète les textes larges et parfois énigmatiques qui composent la Constitution, mais en plus il dispose de l'autorité de créer des règles de droit à partir de rien. Dans le *Renvoi relatif*

²¹⁶ Comme l'a dit Jean-Marie Denquin, le phénomène de sacralisation du droit se trouve au cœur du constitutionnalisme, et ce dernier est aujourd'hui identifié à l'idée d'une démocratie par le droit; voir : Jean-Marie DENQUIN, « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », 1 *Jus Politicum*, en ligne : <<http://juspoliticum.com/article/Situation-presente-du-constitutionnalisme-Quelques-reflexions-sur-l-idee-de-democratie-par-le-droit-25.html>>.

²¹⁷ *Supra*, partie II, section D.

²¹⁸ Luc B. Tremblay s'est demandé comment réconcilier la démocratie avec le constitutionnalisme. Cette question l'a amené à la conclusion qu'une constitution n'est pas juste et bonne parce que le peuple l'a voulue à un moment donné de son histoire, mais plutôt parce qu'elle sert à maintenir un gouvernement démocratique légitime. Sur ce point, voir : Luc B. TREMBLAY, « Deux thèses sur la démocratie et le constitutionnalisme : la souveraineté du peuple et l'engagement préalable », (2011) 41 *R.D.U.S.* 583, 604.

*aux juges de la Cour provinciale*²¹⁹, le juge La Forest a affirmé que le principe de l'indépendance de la magistrature « découle de la structure du constitutionnalisme canadien²²⁰ ». Dans l'arrêt *Cooper*²²¹, le juge en chef Lamer a précisé que « l'existence des cours de justice est un élément fondamental de la compréhension du constitutionnalisme au Canada²²² ». Il a repris cette idée dans le renvoi susmentionné, où il a reconnu que les tribunaux forment « un élément fondamental de la compréhension du constitutionnalisme au Canada [...] au même titre que les institutions politiques ». Ils occupent une place centrale « dans le système de gouvernement au Canada ». Ils sont, avec les institutions qui composent les pouvoirs législatif et exécutif, une partie de l'ossature de la Constitution canadienne²²³.

Comme il ressort de ces propos du juge en chef Lamer, les tribunaux sont les organes chargés de la protection de la Constitution canadienne et des valeurs essentielles qui en découlent, telles que la primauté du droit et la justice fondamentale de même que l'égalité et la préservation du processus démocratique. Leur rôle a nettement un caractère constitutionnel. Ce sont les arbitres qui règlent les conflits de compétence entre les autorités fédérales et les provinces et tranchent les litiges fondés sur la Charte dans le contexte où des droits ou libertés sont invoqués contre l'État²²⁴. Dans le même esprit, dans l'arrêt *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*; *Rice c. Nouveau-Brunswick*²²⁵, le juge Gonthier a confirmé ce qui suit :

²¹⁹ Préc., note 14.

²²⁰ *Id.*, par. 318 et 319 (j. La Forest, dissident). Nous avons examiné précédemment le concept de « structure » de la Constitution canadienne : *supra*, dans l'introduction de la partie I et dans le partie I, section B.

²²¹ Préc., note 84.

²²² *Id.*, 872 (j. Lamer, dissident).

²²³ *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, préc., note 14, par.107-109 et 124-127 (j. en chef Lamer, au nom de la majorité).

²²⁴ *Id.*, par. 122-124. Sur les liens qui existent entre la démocratie et la Constitution, voir également le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 25, de même que la conclusion du présent texte.

²²⁵ 2002 CSC 13.

L'indépendance judiciaire est essentielle à la réalisation et au bon fonctionnement d'une société libre, juste et démocratique, fondée sur les principes du constitutionnalisme et de la primauté du droit [...] De façon générale, le rôle élargi du juge en tant qu'arbitre des litiges, interprète du droit et gardien de la Constitution exige qu'il soit complètement indépendant de toute autre entité dans l'exercice de ses fonctions judiciaires²²⁶.

Nul doute que, pour qu'un État demeure fort et uni, il lui faut des valeurs partagées par l'ensemble des citoyens. Cependant, il doit également avoir un cadre légal, voire constitutionnel, élaboré et solide, qui sera interprété et appliqué par des tribunaux impartiaux et indépendants.

Si les liens entre la primauté du droit, le constitutionnalisme et l'indépendance judiciaire s'imposent d'eux-mêmes, la situation est identique pour ceux qui existent entre la constitution, d'une part, et le maintien de l'ordre social et des structures étatiques, d'autre part²²⁷. En effet, la constitution d'un pays, quel qu'il soit, est la plupart du temps riche

²²⁶ *Id.*, par. 34 et 35.

²²⁷ Comme l'a affirmé la Cour suprême à l'occasion du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 25, la Constitution assume essentiellement trois rôles distincts. D'abord, elle peut offrir une protection supplémentaire à des droits et libertés fondamentaux afin d'éviter que la majorité, même dans les démocraties, ne soit tentée de bafouer ces droits en vue d'atteindre plus efficacement un certain nombre d'objectifs sociétaux. Ensuite, la Constitution peut accorder des garanties à des groupes minoritaires vulnérables devant les tendances négatrices et assimilatrices de la collectivité majoritaire. Enfin, dans un État fédéral, la Constitution peut partager les pouvoirs législatifs et autres pouvoirs constitutionnels entre les ordres de gouvernement en présence. Le constitutionnalisme – c'est-à-dire le respect de la primauté du droit et de l'ordre constitutionnel – n'est pas incompatible avec l'existence d'un gouvernement démocratique. Tout au long du renvoi en question, la Cour suprême a établi les liens qui s'imposent entre la souveraineté populaire, la légitimité des arrangements constitutionnels auxquels les Canadiens sont parvenus dans le passé, le caractère supralégislatif de la Constitution, le sens véritable du fédéralisme, la protection formelle des droits de la personne de même que la démocratie constitutionnelle.

en symboles, mais elle agit aussi comme gardienne de l'ordre social et de la sécurité juridique, parfois même de la cohésion de l'État²²⁸.

Certes, le respect du cadre constitutionnel s'avère nécessaire pour la survie d'un État, mais il peut aussi être d'une grande pertinence dans l'hypothèse inverse, c'est-à-dire dans le cas du démantèlement complet d'un pays ou encore de la sécession ou de l'indépendance de l'une de ses composantes. Ainsi, dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*²²⁹, la Cour suprême a clairement précisé les conditions auxquelles devrait se soumettre un quelconque processus sécessionniste au Canada pour être conforme à la Constitution canadienne²³⁰. Elle a établi en outre le lien solide

²²⁸ Étant donné qu'il favorise la stabilité et l'immutabilité relative des règles qui le composent, le constitutionnalisme peut jouer un rôle déterminant en tant que facteur encourageant le maintien de l'ordre social et la cohésion de l'État, et ce, dans quelque pays que ce soit. D'ailleurs, dans certains cas, l'adoption de mesures constitutionnelles illustre moins un penchant du constituant pour l'enchâssement constitutionnel qu'un souci de consolider le consensus social nécessaire à la création ou à la survie d'un État. Sur ce point, voir : Pierre CARIGNAN, « La raison d'être de l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867 à la lumière de la législation préexistante en matière d'éducation », (1986) 20 *R.J.T.* 375, 451, où il a affirmé que l'adoption de l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* « manifeste moins une faveur pour le constitutionnalisme qu'un souci de faciliter le projet de fédération ». Cet extrait est notamment cité dans l'arrêt *Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 377, 402 (j. Beetz, motifs majoritaires); *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.)*, [1993] 2 R.C.S. 511, 530 (j. Gonthier, au nom de la Cour suprême).

²²⁹ Préc., note 25.

²³⁰ *Id.*; la Cour suprême a affirmé qu'une éventuelle sécession du Québec devait, pour être conforme à la Constitution du Canada, reposer sur un référendum tenu sur une question claire et donnant lieu à un vote clair. Une telle situation ferait naître une obligation constitutionnelle de négocier de la part des acteurs politiques. Cette négociation devrait porter sur les modalités de la sécession et avoir notamment pour toile de fond les principes constitutionnels implicites de la démocratie, de la primauté du droit et du constitutionnalisme, du fédéralisme et de la protection des minorités. Les parties devraient négocier de bonne foi, à défaut de quoi leur attitude pourrait jouer en leur défaveur en ce qui touche la reconnaissance internationale d'un Québec souverain (étant entendu qu'une attitude déplorable de la part du Québec nuirait à cette reconnaissance et qu'une attitude négative de la part des autres partenaires fédératifs favoriserait une telle reconnaissance). Dans l'hypothèse où la négociation aboutirait à un résultat concluant, l'entente ainsi

qui existe entre la légalité constitutionnelle et la légitimité démocratique, entre le droit et la politique, dans l'hypothèse de la sécession du Québec.

Déjà en 1959, dans l'arrêt *Roncarelli c. Duplessis*²³¹, la Cour suprême a énoncé que la primauté du droit (ou le principe de la légalité) constituait l'une des prémisses fondamentales du système constitutionnel canadien. Dans le *Renvoi relatif au rapatriement de la Constitution*²³², le juge en chef Laskin ainsi que les juges Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer ont affirmé que « [l]a “règle de droit” est une expression haute en couleur qui, sans qu'il soit nécessaire d'en examiner ici les nombreuses implications, communique par exemple un sens de l'ordre, de la sujétion aux règles juridiques connues et de la responsabilité de l'exécutif devant l'autorité légale²³³ ». Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*²³⁴, la Cour suprême a reconnu que « la primauté du droit exige la création et le maintien d'un ordre réel de droit positif qui préserve et incorpore le principe plus général de l'ordre normatif²³⁵ ». Dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*²³⁶, elle a rappelé que « l'exercice de tout pouvoir public doit en bout de ligne tirer sa source d'une règle de droit²³⁷ ». Et dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*²³⁸, elle a indiqué que « le principe de la primauté du droit assure aux citoyens et résidents une société stable, prévisible et ordonnée où mener leurs activités.

intervenue devrait faire l'objet d'une modification accomplie en vertu de la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La Cour suprême n'a toutefois pas dit ce que serait une question claire – hormis la mention au paragraphe 88 du renvoi que la question référendaire devrait porter sur « la répudiation claire de l'ordre constitutionnel existant et l'expression claire par la population d'une province du désir de réaliser la sécession » – ni ce que serait un vote clair. Elle n'a pas précisé non plus qui seraient les acteurs politiques ou les partenaires fédératifs visés, ni laquelle des modalités de modification constitutionnelle serait applicable. À notre avis, ces exigences, mises bout à bout, constituent dans les faits une négation du droit des Québécois et des Québécoises de décider librement de leur avenir.

²³¹ Préc., note 148, 142.

²³² Préc., note 7.

²³³ *Id.*, 805 et 806.

²³⁴ Préc., note 4.

²³⁵ *Id.*, 749.

²³⁶ Préc., note 14.

²³⁷ *Id.*, par. 10.

²³⁸ Préc., note 25.

Elle fournit aux personnes un rempart contre l'arbitraire de l'État²³⁹ ». Et la Cour suprême d'ajouter ce qui suit un peu plus loin :

Le constitutionnalisme facilite et, en fait, rend possible un système politique démocratique en instaurant un cadre ordonné dans lequel les gens peuvent prendre des décisions politiques. Bien compris, le constitutionnalisme et la primauté du droit n'entrent pas en conflit avec la démocratie; bien au contraire, ils lui sont indispensables. Sans cette relation, la volonté politique qui anime les décisions démocratiques serait elle-même ébranlée²⁴⁰.

La relation entre le constitutionnalisme et la primauté du droit, d'une part, et le maintien du système de gouvernement au Canada, d'autre part, nous paraît manifeste. C'est bien sûr le droit qui est à la base des rapports entre l'État et les individus. D'ailleurs, l'ensemble de l'autorité qu'exerce l'État sur ces derniers réside dans les pouvoirs que lui attribue le droit, dont la Constitution. Les gouvernements, tant fédéral que provinciaux, sont forcément liés par le droit, et ils ne sauraient déroger à ses dispositions. Dans un pays comme le Canada, le cadre constitutionnel protège les droits et libertés de la personne et en garantit le respect. Il est censé permettre aux groupes minoritaires de préserver leurs particularismes, notamment au moyen d'une autonomie, d'institutions et de droits qui leur soient propres. Il assure la suprématie du droit sur les actes des gouvernements et des particuliers. Il sert d'assise à l'expression de la démocratie. Il assure, lorsque cela est bien interprété par les tribunaux, un certain équilibre entre les droits et libertés des individus et des minorités, d'un côté, et l'atteinte d'objectifs collectifs, de l'autre²⁴¹. Enfin, il répartit les pouvoirs législatifs entre les

²³⁹ *Id.*, par. 70.

²⁴⁰ *Id.*, par. 78.

²⁴¹ L'État, par l'exercice de ses fonctions législative et exécutive, fait des choix collectifs, promeut le bien commun et l'intérêt public, poursuit des objectifs globaux et revendique des droits collectifs en faveur de la majorité de la population. En procédant ainsi, il compromet parfois les droits et libertés individuels de même que les protections dont jouissent les minorités. Au Québec, la *Loi sur la laïcité de l'État*, préc., note 80, et la *Loi sur la langue officielle et commune du Québec, le français*, L.Q. 2022, c. 14 sont deux textes législatifs qui font usage de pouvoirs dérogatoires, en sont de parfaits exemples.

ordres de gouvernement établis et définit les sphères d'autonomie au sein du fédéralisme.

Dans le cas du fédéralisme, c'est indéniablement, à nos yeux, le principe central de l'ordre constitutionnel canadien²⁴². Il repose essentiellement sur l'interdépendance et la complémentarité des ordres de gouvernement en présence, de même que sur la création d'un tissu d'obligations réciproques entre les partenaires fédératifs. Voilà quelle est l'essence même du fédéralisme. C'est la Constitution qui en détermine les tenants et les aboutissants, qui en circonscrit la portée. Il n'y a pas de fédéralisme sans Constitution et il n'existe pas de Constitution sans un réseau normatif élaboré. Ne reste plus qu'à y ajouter la démocratie, la protection des droits et libertés de la personne, la monarchie constitutionnelle, l'indépendance judiciaire ainsi que la souveraineté parlementaire²⁴³, et l'on a alors une bonne idée de ce qui compose le constitutionnalisme canadien.

²⁴² *Renvoi sur la sécession du Québec*, préc., note 25, par. 57, renvoyant à l'opinion dissidente des juges Martland et Ritchie dans le *Renvoi relatif au rapatriement de la Constitution*, préc., note 7, 821.

²⁴³ Dans un État fédéral comme le Canada, la souveraineté parlementaire ne peut être exercée qu'en conformité avec la Constitution formelle, cette dernière contenant elle-même notamment un partage des pouvoirs législatifs et la Charte.