

**«CONSTITUTIONAL LAW
IN THEORY AND PRACTICE»***

par René PEPIN**

«*Constitutional Law in Theory and Practice*» n'est pas un ouvrage traditionnel sur le droit constitutionnel canadien. S'adressant aux étudiants en droit et en sciences politiques, on n'y trouve pas d'analyse poussée des grandes décisions des tribunaux ni beaucoup de références. Il cherche surtout à contribuer au débat sur «l'intégrité» ou non des décisions des tribunaux en droit constitutionnel : les juges utilisent-ils des critères précis pour trancher les litiges ou appliquent-ils consciemment ou non, leurs propres préférences personnelles?

Le chapitre introductif est peut-être le plus intéressant. L'auteur définit d'abord le terme «constitution» de façon non-conventionnelle : c'est tout simplement le texte qui détermine le comportement de ceux ou celles qui ont le pouvoir de gouverner les autres. Il note qu'un grand nombre de constitutions ont un contenu très semblable : le principe démocratique, la séparation des pouvoirs dans l'État, le principe fédératif (s'il y a lieu) et les droits fondamentaux. Il fait ensuite un survol des grandes questions qui intéressent le droit constitutionnel : le dilemme entre un texte très détaillé mais qui peut devenir vite obsolète, et un texte si général qu'il n'est d'aucune utilité, la qualification constitutionnelle, les amendements constitutionnels, etc.¹ L'auteur énonce sa thèse principale : il veut s'attaquer à la croyance moderne selon laquelle il n'y a aucune règle fixe pour trancher les litiges, de sorte que les juges peuvent toujours appuyer quelque position que ce soit sur une ou plusieurs sources du droit. Il écrit : «Mon ambition dans cet ouvrage est de ressusciter et de défendre l'intégrité de la règle de droit »². Sa thèse est pour le moins originale. À son avis, toutes les décisions des tribunaux, même celles en matière de partage des pouvoirs législatifs,

*. David Beatty, *Constitutional Law in Theory and Practice*, Toronto, University of Toronto Press, 1995, 204 p.

** Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

1. Pour lui des conventions constitutionnelles sont des amendements constitutionnels apportés par les politiciens, par contraste à ceux apportés par les tribunaux dans leurs décisions.

2. Notre traduction.

s'articulent autour de deux pôles : une loi contestée doit, pour être valide, répondre au critère de rationalité et à celui de proportionnalité. Le critère de rationalité³ exige de ceux qui sont chargés d'exercer les pouvoirs de l'État qu'ils utilisent les moyens qui interfèrent le moins possible avec la liberté des personnes ou le droit des communautés⁴ de contrôler leur destinée. L'auteur explique ceci en d'autres termes en disant que l'État doit montrer qu'il y a une commune mesure entre la restriction apportée à une liberté individuelle et l'importance de l'objectif sociétal poursuivi. La règle de proportionnalité⁵ signifie que les restrictions imposées à l'autonomie personnelle ou à la liberté des gouvernements doit être sensiblement égale aux autres contraintes qui auraient été imposées à d'autres groupes d'individus ou à des gouvernements dans le passé. Et elles ne doivent pas empiéter sur les libertés individuelles plus qu'il n'est nécessaire pour atteindre le but poursuivi. Ceux qui défendent la validité d'une loi ou d'un règlement doivent montrer qu'ils ont agi avec «moderation and proportion». Le reste du volume sert à expliciter et illustrer cette thèse.

Le chapitre deux est consacré au partage des pouvoirs législatifs. Les questions qui se posent aux juges sont de savoir quel niveau de gouvernement a juridiction pour réglementer tel secteur de l'activité humaine, qu'il s'agisse de la publicité, des grèves, de la prostitution, de la publicité, etc. Le texte constitutionnel étant silencieux sur la plupart de ces questions, les juges ne peuvent trancher les litiges avec une rigueur mathématique. Le seul principe fondamental qu'ils doivent respecter est le principe fédératif. C'est ici que l'auteur fait le lien avec les règles de rationalité et de proportionnalité. Le principe fédératif signifiant d'abord que tout pouvoir législatif doit être interprété de façon à ne pas permettre à un niveau de gouvernement d'envahir ou de détruire son vis-à-vis, et que les gouvernements doivent montrer que la mesure adoptée est modérée, mesurée, en un mot proportionnelle. Le principe fédératif signifie aussi qu'une fois cette justification faite, les gouvernements doivent être libres de choisir, à l'intérieur de leurs compétences, les mesures jugées nécessaires : ce serait alors l'application du principe de rationalité. Les deux facettes du principe fédératif seraient mises en pratique par les règles de la modification mutuelle des pouvoirs et des compétences concurrentes, dont

3. Qu'il appelle aussi nécessité.
4. Les provinces.
5. Aussi appelée «consistency».

l'une est un peu le contraire de l'autre. Il y a une compartimentation étanche des pouvoirs entre parlements, mais à l'intérieur de ces pouvoirs, chacun doit avoir la plus grande latitude possible. Les principes de proportionnalité et rationalité seraient utilisés de façon assez évidente par les tribunaux dans leur interprétation des pouvoirs fédéraux en matière de commerce et dans la clause «paix, ordre et bon gouvernement». L'auteur reconnaît tout de même que les critères de rationalité et de proportionnalité ne permettent pas de savoir précisément quelles sont les limites des pouvoirs des gouvernements, ni si les tribunaux les ont toujours appliqués uniformément. (Par exemple dans *Crown Zellerbach*, sur l'étendue du pouvoir fédéral de légiférer en matière de dimension nationale, la Cour suprême s'est divisée à 5 contre 4.)

Le chapitre 3, sur les libertés fondamentales, est d'une facture plus conventionnelle. Comme le font la plupart des auteurs de volumes de base en droit constitutionnel, l'auteur explique que plusieurs questions relatives au partage de pouvoirs et en matière de libertés fondamentales se posent de façon assez semblable : toutes les lois et tous les règlements doivent respecter la constitution formelle. La différence tient au fait que dans le premier domaine il y a toujours un parlement qui peut adopter la norme contestée, tandis que dans le second les tribunaux imposent des limites absolues que ni les parlements ni les gouvernements ne peuvent transgresser. Mais les tribunaux ont eu recours à la même approche pour préciser le sens des termes de la constitution, savoir quelles sont les valeurs fondamentales de notre société que la charte veut protéger. En l'occurrence, il s'agit principalement de la dignité humaine, de l'autonomie personnelle, et de l'égalité. L'auteur analyse ensuite l'article 1 de la Charte canadienne des droits et libertés, où s'appliquent particulièrement bien les principes de rationalité et de proportionnalité. Le principe de rationalité, ou de nécessité, serait particulièrement important. Le résultat des décisions des tribunaux, surtout la Cour suprême, le désole, car, comme en matière de partage de pouvoirs, le tribunal, et plusieurs juges individuellement, ont émis des opinions extrêmement changeantes sur un même sujet. L'auteur critique le fait que la Cour suprême soit devenue au cours des années plus déférente à l'égard des choix faits par les parlements ou gouvernements. À son avis cela va carrément à l'encontre du principe de *légalité* (rule of law), et l'approche libérale que la cour avait choisie initialement pour interpréter ce document. Il est particulièrement critique à l'égard de son interprétation restrictive de l'article 15, sur le droit à l'égalité, le confinant aux groupes traditionnellement considérés dans la société nord-américaine comme étant défavorisés. La cour

aurait dû étendre le droit à l'égalité à tous les groupes qui sont «similarly situated».

Le chapitre 4, sur le droit constitutionnel comparé, veut montrer que les principes de proportionnalité et rationalité⁶ sont universels dans le temps et l'espace. Est étudié brièvement le droit constitutionnel des États-Unis, de l'Inde, du Japon, de la Cour européenne des droits de l'homme, et de la Cour constitutionnelle d'Allemagne. L'auteur scrute le cadre général d'analyse et les grands principes élaborés par ces tribunaux. Il cherche à montrer que même s'ils évoluent dans des conditions historiques, politiques, et institutionnelles fort différentes, ils fondent tous ultimement la validité d'une loi sur le respect des critères de rationalité et de proportionnalité. Les différences dans les décisions des tribunaux sur divers sujets tiendraient au fait que dans certains pays la plus haute cour se montre plus ou moins exigeante quant à la démonstration par l'État de l'importance sociale des buts poursuivis par ses lois. Pensons ici à la règle du «strict scrutiny» appliquée aux États-Unis, mais pas dans toutes les sphères de l'activité humaine.

Enfin le chapitre 5 est l'occasion d'un recul pour mieux apprécier ce que le droit comparé nous apprend sur l'intégrité et l'efficacité du contrôle judiciaire des lois et règlements. Les divers systèmes juridiques auraient beaucoup en commun. Pour trancher les questions de validité des lois, les tribunaux travailleraient fondamentalement avec le même cadre d'analyse. Il y aurait aussi beaucoup de ressemblances entre les juges au niveau psychologique : ils font preuve d'une grande prudence et déférence dans l'application des règles départageant les lois valides de celles qui ne le sont pas. Mais ces règles seraient essentiellement les mêmes. L'auteur réaffirme donc sa thèse principale à l'effet que les principes de rationalité et proportionnalité sont des principes neutres et objectifs en ce sens qu'ils reçoivent la même application dans un pays doté d'une constitution de 200 pages, comme en Inde, ou de quelques pages, comme aux États-Unis. Ils fournissent aux juges un cadre d'analyse qui «peut» conduire à des résultats concrets et sûrs.

Même si la thèse de l'auteur n'emporte pas nécessairement une adhésion immédiate et enthousiaste, elle a le mérite de faire réfléchir le lecteur sur le rôle du pouvoir judiciaire en matière constitutionnelle.

6. L'auteur les appelle aussi des principes de justice et d'égalité.